

Konzern- und Umwandlungsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Einheit 2: Grundbegriffe des Konzernrechts (Teil 1)



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- I. Verbundene Unternehmen**
 - II. Mehrheitsbeteiligung**
 - III. Abhängigkeit**
-
- I. Konzern im engeren Sinn
 - II. Wechselseitige Beteiligung

I. Verbundene Unternehmen

1. Überblick

- Unter dem **Oberbegriff „verbundene Unternehmen“** listet **§ 15 AktG** alle im Konzernrecht relevanten Formen eines Unternehmensverbundes auf.
- Die Regelung ist **Ausgangspunkt des allgemeinen Konzernrechts**, definiert also dessen sachlichen Anwendungsbereich.
- Die praktische Bedeutung des Begriffs erschöpft sich weitgehend in dem Umfang von **Berichts-, Auskunfts- und Prüfungspflichten**, z. B.
§ § 90 I 3 Hs. 2, III 1, 131 I 2, III 1 Nr. 1, 312 I 1, 2 AktG, § 51a II 1 GmbHG.

I. Verbundene Unternehmen

2. Begriff der Unternehmens

- Dreh- und Angelpunkt von § 15 AktG ist der **Begriff des Unternehmens**.
- Aus der Sicht des Konzernrechts sind **zwei Arten von Gesellschaftern** zu unterscheiden:
 - (1) **Unternehmen**: (nur) für sie gelten die Vorschriften des allgemeinen und ggf. des besonderen Konzernrechts
 - (2) **sog. Privatgesellschafter**: Diese Personen sind zwar Gesellschafter, aber **keine Unternehmen i.S.d. Konzernrechts**. Ihre Rechte und Pflichten bestimmen sich nach dem Gesellschaftsrecht mit Ausnahme des Konzernrechts.

I. Verbundene Unternehmen

2. Begriff der Unternehmens

- Im Gegensatz zu den §§ 291 ff. AktG sind die §§ **15 ff. AktG** nicht auf die AG und KGaA begrenzt, sondern **rechtsformneutral**.
- Von der **Gesellschaft** als Rechtsträger ist das **Unter-nehmen** zu unterscheiden. Besonders deutlich zeigt sich dies z. B. in **§ 105 I HGB**, wo die oHG („Gesell-schaft“) der Rechtsträger des Unternehmens („Han-dels-gewerbes“) ist.
- Im Gegensatz zu dem Begriff des Handelsgewerbes (§ 1 II HGB) hat der historische Gesetzgeber den Begriff des Unternehmens „angesichts der großen praktischen Schwierigkeiten“ **bewusst nicht legal-definiert**.

I. Verbundene Unternehmen

2. Begriff der Unternehmens

- Nach ganz h. M. ist der Unternehmensbegriff **nach dem telos** der jeweiligen Vorschrift auszulegen (BGHZ 159, 234, 236 ff.).
- Das Ziel des Konzernrechts (§ § 15 ff., 291 ff. AktG) besteht *in erster Linie* darin, die **Minderheitsgesellschafter** vor den Gefahren zu **schützen**, die für Minderheitsgesellschafter mit dem Aufbau einer Unternehmensgruppe unter **einheitlicher Leitung** einhergehen.
- Die Schutzbedürftigkeit resultiert aus einem **Interessenkonflikt**. Diesen offenbart ein – vereinfachter – Vergleich:
 - Wer **ein Unternehmen** leitet, hat sämtliche Entscheidungen im besten Interesse des Unternehmens zu treffen.
 - Wer **zwei Unternehmen** leitet, kann in Situationen geraten, in denen er Vorteile für ein Unternehmen nur unter Inkaufnahme von Nachteilen für das andere Unternehmen realisieren kann (sog. **Konzernkonflikt**).

Einheit 2: Grundbegriffe

I. Verbundene Unternehmen

2. **Begriff des Unternehmens** Nach dem *telos* der §§ 15 ff. AktG ist der Begriff des Unternehmens derart weit auszulegen, dass er alle Sachverhalte erfasst, in denen die Gefahr eines solchen Interessenkonflikts droht.
- Nach dem *telos* der §§ 15 ff. AktG ist der Begriff des Unternehmens derart weit auszulegen, dass er alle Sachverhalte erfasst, in denen die Gefahr eines solchen Interessenkonflikts droht.
 - Das Ziel der §§ 15 ff. AktG ist die Vermeidung der Gefahr eines Interessenkonflikts.
- Als **Faustformel** kann folgende Definition dienen:
„Ein Unternehmen ist jede Vermögenseinheit, die sich wirtschaftlich betätigt.“
- Die Soz. ist ein Unternehmen, wenn:
 - Wer **ein Unternehmen** leitet, hat sämtliche Entscheidungen im besten Interesse des Unternehmens zu treffen.
 - Wer **zwei Unternehmen** leitet, kann in Situationen geraten, in denen er Vorteile für ein Unternehmen nur unter Inkaufnahme von Nachteilen für das andere Unternehmen realisieren kann (sog. **Konzernkonflikt**).

I. Verbundene Unternehmen

3. Rechtsform des abhängigen Unternehmens

- Die **§ § 15 ff. AktG** sind **rechtsformneutral**.
- Daher kann Rechtsträger des abhängigen Unternehmens **jede „rechtlich besonders organisierte Vermögenseinheit“** sein, die **sich wirtschaftlich betätigt**.
- Im Gegensatz zu den **§ § 291 ff. AktG** sind die **§ § 15 ff. AktG** nicht auf die AG und die KGaA begrenzt. Sie gelten auch für GmbH, KG, oHG etc.
- Ihre besondere Organisation muss die Vermögenseinheit nicht durch das deutsche Recht erfahren. Erfasst sind daher z. B. auch die **SE** sowie die britisch **Limited Company (Ltd.)**.

I. Verbundene Unternehmen

4. Rechtsform des herrschenden Unternehmens

a) Unternehmen

- Ausgehend von der Gefahr eines Interessenkonflikts (s. o.) setzt die Eigenschaft als herrschendes Unternehmen voraus, dass der Rechtsträger (dazu sogleich) **gleichzeitig auf zwei oder mehrere Unternehmen Einfluss** nehmen kann.
- Konkret bedarf es einer „**wirtschaftlichen Interessenbindung außerhalb der** (Anm.: abhängigen) **Gesellschaft (...), die stark genug ist, um die ernste Besorgnis zu begründen, der Aktionär** (Anm.: herrschendes Unternehmen) **könnte um ihretwillen seinen Einfluss zum Nachteil der** (Anm.: abhängigen) **Gesellschaft geltend machen“** (st. Rspr., u. a. BGHZ 69, 334, 337 – VEBA).

I. Verbundene Unternehmen

4. Rechtsform des herrschenden Unternehmens

b) Rechtsform

Taugliche Rechtsformen eines herrschenden Unternehmens sind:

- (1) **Kaufleute** und **Personenhandelsgesellschaften** sind stets Unternehmen, da sie kraft Gesetzes (§ 1 I, § 105 I HGB) ein Handelsgewerbe betreiben.
- (2) **AG** und **GmbH** gelten als Handelsgesellschaften (§ 3 I AktG, § 13 III GmbHG). Sie betreiben aber – entgegen dem missverständlichen Wortlaut von § 3 I AktG – nicht notwendig ein Unternehmen. Ein Unternehmen i.S.d. Konzernrechts sind sie daher nur, wenn im Einzelfall der sog. **Konzernkonflikt** hinzutritt.

I. Verbundene Unternehmen

4. Rechtsform des herrschenden Unternehmens

b) Rechtsform

Taugliche Rechtsformen eines herrschenden Unternehmens sind:

- (3) **Natürliche Personen** sind nur dann Unternehmen i.S.d. Konzernrechts, wenn sie an mindestens zwei Unternehmen maßgeblich beteiligt sind. Für den Konzernkonflikt genügt die Beteiligung; der Einfluss muss nicht tatsächlich ausgeübt werden.
- (4) **Holding-Gesellschaften** ohne eigenen Geschäftsbetrieb sind *jedenfalls* dann Unternehmenseigenschaften i.S.d. Konzernrechts, wenn die Holding **mehrere Beteiligungen aktiv verwaltet** (= Konzernkonflikt) und damit Einfluss auf die Beteiligungsgesellschaften nehmen kann.

I. Verbundene Unternehmen

4. Rechtsform des herrschenden Unternehmens

b) Rechtsform

Bsp. nach BGHZ 135, 107 ff. – VW:

- Das Land Niedersachsen hält einen 20 %-Anteil an der Volkswagen AG.
- Obgleich der Anteil – absolut betrachtet – die Minderheit darstellt, hatte das Land Niedersachsen in den letzten fünf Jahren auf den Hauptversammlungen die absolute Stimmenmehrheit. Die durchschnittliche Präsenzquote betrug 37 %.
- **Ist das Land Niedersachsen herrschendes Unternehmen i.S.d. Konzernrechts?**

I. Verbundene Unternehmen

4. Rechtsform des herrschenden Unternehmens

b) Rechtsform

Lösungshinweise:

- Körperschaften des öffentlichen Rechts befinden sich in einem Konzernkonflikt u. a. dann, wenn sie **Anteile an mehreren wirtschaftlichen Unternehmen** in ihrer Hand vereinen.
- Halten sie Anteile an nur **einem wirtschaftlichen Unternehmen**, genügt der Konflikt mit **politischen Interessen** der Gebietskörperschaft oder – bei Gemeinden – den **Vorschriften der GO** für den sog. Konzernkonflikt.

II. Mehrheitsbeteiligung

1. Bedeutung

- Der Begriff der Mehrheitsbeteiligung ist in **§ 16 I AktG** legaldefiniert.
- Zu **unterscheiden** sind das „in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen“ und das an diesem „mit Mehrheit beteiligte Unternehmen“.
- **Eigenständige Bedeutung** haben diese Begriffe nur in **§ 56 II 1, III 2 AktG** und **§ 71d Satz 2 AktG**.
- Wesentliche Bedeutung erlangt der Begriff des „in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen(s)“ in **§ 17 II AktG** (sog. **Abhängigkeitsvermutung**). Daraus folgt, dass in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen grundsätzlich abhängige Unternehmen i.S.d. **§ 17 I AktG** sind.

II. Mehrheitsbeteiligung

2. Einzelheiten

- Für die Mehrheitsbeteiligung nach **§ 16 I AktG** genügt entweder die **Mehrheit der Anteile** (Alt. 1) oder die **Mehrheit der Stimm-rechte** (Alt. 2). Unterschiede ergeben sich insbesondere durch umlaufende Vorzugsaktien ohne Stimmrecht (§ § 139 ff. AktG).
- Die Berechnung nach § 16 I Alt. 1 AktG wird in **§ 16 II AktG**, die Berechnung nach § 16 I Alt. 2 AktG in **§ 16 III AktG** präzisiert.
- Abzusetzen sind jeweils die **eigenen Anteile** bzw. die damit verbundenen Stimmrecht, § 16 II 2, 3 bzw. III 2 AktG.
- Zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören (Aktieneigentum), sind nach **§ 16 IV AktG** weitere Anteile hinzuzurechnen, die dem Unternehmen bei wirtschaftlicher Betrachtung zustehen. Die Regelung dient – ähnlich § 71d Satz 2 AktG – der Vereitelung von Umgehungsversuchen.

III. Abhängigkeit

1. Bedeutung

- Die Vorschrift des **§ 17 I AktG** erläutert das (untrennbare) Begriffspaar des abhängigen und des herrschenden Unternehmens.
- Die Begriffe eröffnen die **Anwendung** der Regelungen betreffend den faktischen Konzern (**§ § 311-318 AktG**).
- Im allgemeinen Konzernrecht begründet die Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG die sog. **Konzernvermutung** nach **§ 18 I 3 AktG**.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

a) Abstrakter Gefährdungstatbestand

- Die Abhängigkeit nach **§ 17 I AktG** setzt voraus, dass ein (herrschendes) Unternehmen einen be-herrschenden Einfluss auf ein anderes (= ab-hängiges Unternehmen) ausüben *kann*.
- Die Formulierung „kann“ lässt erkennen, dass es sich um einen **abstrakten Gefährdungstatbestand** handelt.
- Unerheblich ist daher, ob der Einfluss tatsächlich ausgeübt wird. Erforderlich, aber auch ausreich-**end** ist die **beständige strukturelle Möglich-keit** dazu.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

a) Abstrakter Gefährdungstatbestand

- Die Abhängigkeit nach **§ 17 I AktG** setzt voraus, dass ein (herrschendes) Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes (= abhängiges Unternehmen) ausüben *kann*.

§ 17 I AktG kennt nicht nur die unmittelbare Abhängigkeit, sondern auch die **mittelbare**. Diese liegt vor, wenn ein Unternehmen seinen Einfluss über zwei Stufen hinweg ausüben kann. Über dem (unteren) beherrschten Unternehmen stehen also zwei herrschende Unternehmen („**doppelte Abhängigkeit**“), wobei das „mittlere“ seinerseits abhängig ist.

en, dass
ungstat-

, aber

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

b) Vermutung des § 17 II AktG

- Die Vermutung des § 17 II AktG lässt erkennen, dass das Mittel für die Ausübung des Einflusses i.d.R. die **gesellschaftsrechtliche Beteiligung** ist.
- Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung gewährt nur ein **Stimmrecht in der Hauptversammlung**. Die Kompetenzen der Hauptversammlung sind allerdings beschränkt (§ § 76 I, 119 AktG), insbesondere die Geschäftspolitik bestimmt der Vorstand.
- Die **Einflussnahme** ist daher eine **vermittelte**, nämlich: Die Hauptversammlung bestellt den Aufsichtsrat (§ 101 AktG), der wiederum den Vorstand (§ 84 AktG). Der Einfluss zeigt sich darin, dass Vorstand und Aufsichtsrat ihre Fortdauer im Amt gefährden, wenn sie den Interessen des herrschenden Unternehmens zuwiderhandeln (sog. **Personalhoheit**).

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

b) Vermutung des § 17 II AktG

- Die Vermutung des § 17 II AktG ist **widerlegbar**.
- Hierfür muss **im Einzelfall** dargelegt werden, dass trotz des Mehrheitsbesitzes **kein Einfluss** ausgeübt werden *kann*.
- Dies ist bei der AG z. B. anzunehmen, wenn der Mehrheitsgesellschafter **keine Personalhoheit** hat (z. B. Stimmrechtsbeschränkung, Stimmbindungsvertrag).
- Die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats nach dem **MitbestG genügt alleine nicht**, siehe §§ 27, 29 II 1 MitbestG.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

b) Vermutung des § 17 II AktG

- Widerlegt werden kann die Vermutung des § 17 II AktG auch durch einen sog. **Entherrschungsvertrag**.
- Es handelt sich um eine Vereinbarung zwischen dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen und dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen. Diese ist darauf gerichtet, das mit Mehrheit beteiligte Unternehmen daran zu hindern, seinen Einfluss ausüben zu können.
- Der Entherrschungsvertrag hat **keine Regelung im AktG** erfahren.
- Aufgrund dieses Inhalts ist der Entherrschungsvertrag nicht nur schuldrechtlicher Natur (= Unterlassungspflichten), sondern weist **auch organschaftliche Wirkungen** auf.
- Obgleich das Aktienrecht nach **§ 23 V AktG** grds. abschließend und zwingend ist, ist der Entherrschungsvertrag **nach ganz h. M. zulässig**. Diese Rechtsfortbildung ist in Anbetracht von § 23 V AktG problematisch.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

b) Vermutung des § 17 II AktG

- Aufgrund der organschaftlichen Wirkungen gelten für den Entherrschungsvertrag **zwei besondere Errichtungsvoraussetzungen**:
 - (1) Der Vertrag bedarf **analog § 293 III AktG** der **Schriftform**.
 - (2) Die **Satzung des herrschenden Unternehmens** muss die *ausschließlich kapitalistische* (\neq unternehmerische) **Verwaltung** der Anteile gestatten. Ggf. bedarf es einer Satzungsänderung.
- Zur Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung ist der (wirksame) Entherrschungsvertrag nur geeignet, wenn er **unkündbar für mindestens fünf Jahre** geschlossen wird. Diese Zeitspanne entspricht der maximalen Amtsdauer der Aufsichtsratsmitglieder (§ 102 I 1 AktG).

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

c) Minderheitsbeteiligung

- Die Vermutung des § 17 II AktG impliziert, dass beherrschender Einfluss auch ohne eine Mehrheitsbeteiligung möglich ist.
- Eine Minderheitsbeteiligung genügt aber **nur ausnahmsweise**, wenn **besondere Umstände** hinzutreten, die den gleichartigen **Einfluss** wie auf Grundlage einer Mehrheitsbeteiligung **sichern**.
- Dies ist bei einer beherrschten AG z. B. anzunehmen, wenn aufgrund einer **niedrigen Präsenz auf vergangenen Hauptversammlungen** die Vermutung besteht, dass die Minderheit der Anteile stets für die einfache Stimmenmehrheit (§ 133 I AktG) ausreicht.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

c) Minderheitsbeteiligung

Bsp. nach BGHZ 80, 69 ff. – Süssen:

- A hält – ebenso wie seine Geschwister B und C – seit fünf Jahren 25 % der stimmberechtigten Anteile der S. AG.
- Entsprechend der Familientradition haben die Geschwister ihr Abstimmungsverhalten vor jeder Hauptversammlung besprochen und entsprechend der mehrheitlichen Meinung „im Block“ abgestimmt.
- **Ist A ein herrschendes Unternehmen i.S.d. § 17 I AktG?**

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

c) Minderheitsbeteiligung

Lösungshinweise:

- A hält nur eine **Minderheitsbeteiligung**. Es bedarf also zusätzlicher Umstände, die seine Einflussmöglichkeit gewährleisten.
- Die **Familienbande** *alleine* genügt hierfür nicht. Sie gebietet – ohne besondere zusätzliche Umstände – kein einheitliches Abstimmungsverhalten.
- Aber: Die Abstimmungspraxis der letzten Jahre begründet die Vermutung, dass A, B und C „**in einem verfestigten Interessenverbund zur Einheit geworden sind**“. Dieser (zusätzliche) Umstand genügt für die Begründung der Abhängigkeit i.S.d. § 17 I AktG.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

d) Bloß wirtschaftliche Abhängigkeit?

- Den Gegensatz zu einer gesellschaftsrechtlichen (Mehrheits-)Beteiligung (§ 17 II AktG) bildet eine bloß wirtschaftliche Abhängigkeit, z. B. aufgrund **langfristiger Liefer- oder Kreditbeziehungen**.
- Sie **genügen** nach ganz h. M. (BGHZ 90, 381, 395 ff. – BuM) **nicht** zur Begründung einer Abhängigkeit i.S.d. § 17 I AktG.
- Das Konzernrecht ist Teil des Gesellschaftsrechts. Daher bedarf es stets eines gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflusses. Bloß vertragliche Abhängigkeiten sind Gegenstand des allgemeinen **Zivilrechts** sowie des **Wettbewerbsrechts**.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

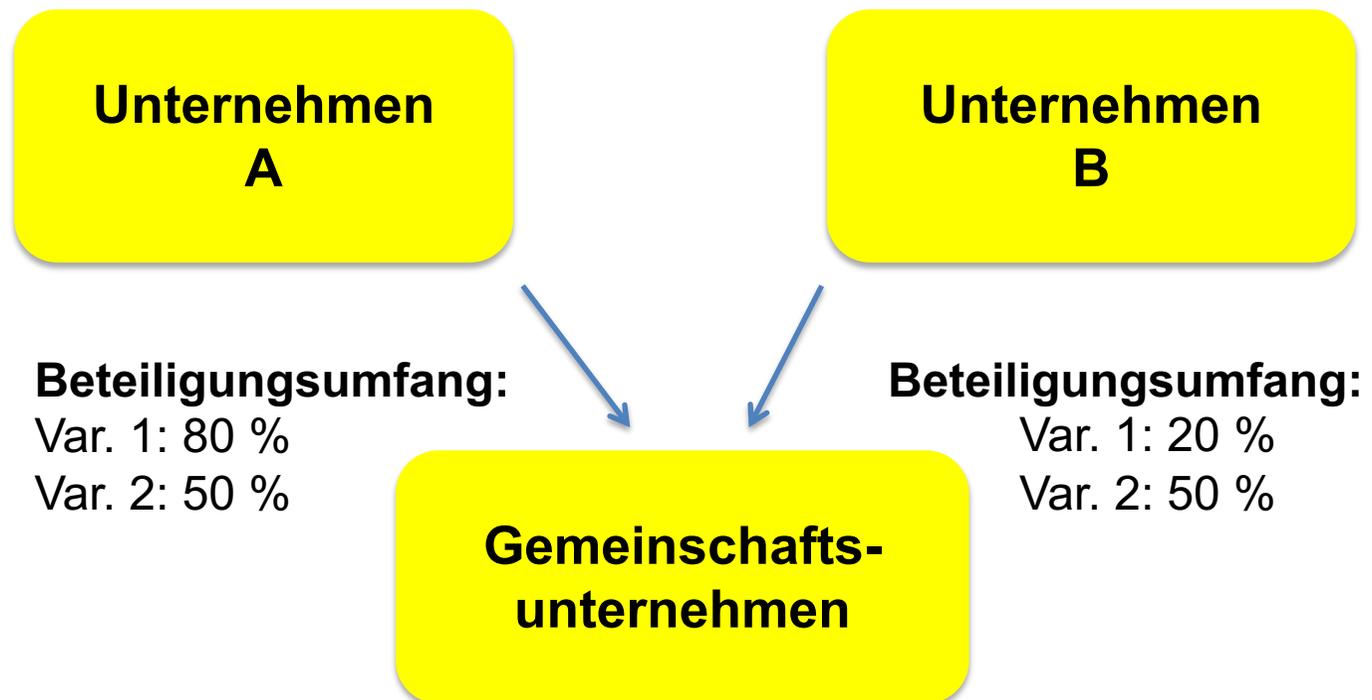
e) Mehrmütterherrschaft

- Trotz der Formulierung von § 17 I AktG im Singular („ein anderes Unternehmen“) können auch **mehrere Unternehmen herrschend** sein.
- Bedeutsam ist diese Konstruktion insbesondere bei sog. **Gemeinschaftsunternehmen**.
- Gemeinschaftsunternehmen sind gemeinsame Tochtergesellschaften von zwei oder mehreren Unternehmen (z. B. zum Zweck des gemeinsamen Einkaufs, Verkaufs oder gemeinsamer Forschung).

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

e) Mehrmütterherrschaft



III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

e) Mehrmütterherrschaft

- In **Var. 1** steht das Gemeinschaftsunternehmen im Mehrheitsbesitz von Unternehmen A (§ 16 I AktG).
- Vorbehaltlich der Widerlegung der Vermutung des § 17 II AktG ist das Gemeinschaftsunternehmen daher **nur von Unternehmen A abhängig** i.S.d. § 17 I AktG.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

e) Mehrmütterherrschaft

- In **Var. 2** ist zu differenzieren:
 - Alt. 1: *Ohne das Hinzutreten zusätzlicher Umstände* **neutralisieren** sich die 50 %-Beteiligungen gegenseitig. Das Gemeinschaftsunternehmen ist daher weder von Unternehmen A noch von Unternehmen B abhängig.
 - Alt. 2: *In der Regel* **koordinieren** die Unternehmen A und B **ihren Einfluss** auf das Gemeinschaftsunternehmen. Dies kann z. B. durch eine **GbR**, deren Zweck die Führung des Gemeinschaftsunternehmens ist, geschehen, jedoch auch durch **Stimmbindungsverträge** oder eine **personelle Verflechtung** der Führungsorgane.

III. Abhängigkeit

2. Subsumtion

e) Mehrmütterherrschaft

- In **Var. 2** ist zu prüfen, ob das Gemeinschaftsunternehmen nach ganz h. M. **von allen Müttern abhängig**.
 - Alt. 1: Ohne die Zustimmung aller Mütter nicht **neutralisierbar**. Das Gemeinschaftsunternehmen ist weder von Unternehmen A noch von Unternehmen B abhängig.
 - Alt. 2: In der **Regel koordinieren** die Unternehmen A und B **ihren Einfluss** auf das Gemeinschaftsunternehmen. Dies kann z. B. durch eine **GbR**, deren Zweck die Führung des Gemeinschaftsunternehmens ist, geschehen, jedoch auch durch **Stimmbindungsverträge** oder eine **personelle Verflechtung** der Führungsorgane.

Ist die koordinierte Ausübung des Einflusses **auf gewisse Dauer** gesichert, ist das Gemeinschaftsunternehmen nach ganz h. M. **von allen Müttern abhängig**.

Einheit 2: Grundbegriffe

Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 159, 234 ff.
- BGHZ 135, 107 ff. – VW
- BGHZ 90, 381, 395 ff. – BuM
- BGHZ 80, 69 ff. – Süssen
- BGHZ 69, 334, 337 – VEBA/Gelsenberg
- *Mülbert*, Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 163 (1999), 1 ff.
- *Vetter*, in: Festschrift für Marsch-Barner, 2018, S. 575 ff.

Konzern- und Umwandlungsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

sekfest@law.uni-kiel.de

Aktuelle Hinweise finden Sie nicht nur auf der Homepage des Lehrstuhls, sondern auch auf **facebook**:

<http://fb.me/LehrstuhlFest> und **twitter**:

[@FestTimo](https://twitter.com/FestTimo)

