

# Konzern- und Umwandlungsrecht

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

## Einheit 3: Grundbegriffe des Konzernrechts (Teil 2)



## Übersicht zur heutigen Veranstaltung

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

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 1. Bedeutung

- Der für das Konzernrecht namensstiftende Begriff des Konzerns ist in **§ 18 I 1 Hs. 1 und II Hs. 1 AktG** legaldefiniert.
- Im **Aktienrecht** hat die Legaldefinition für die Rechtsanwendung nur **geringe Bedeutung**. So z. B. in **§ 100 II 2 AktG** für die Berechnung der Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten.
- Der Konzern ist insbesondere **keine Voraussetzung** für die Anwendung der **§ § 311-318 AktG**. Diese knüpfen an den Tatbestand der **Abhängigkeit** ( **§ 17 AktG**) an.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 1. Bedeutung

- Die Vorschriften über die **Konzernrechnungslegung** (§ § 329 ff. AktG a. F.) fußten auf dem Konzernbegriff nach § 18 AktG.
  - Im Zuge der Umsetzung der Konzernrechnungslegungs-RL (83/349/EWG, jetzt: Bilanz-RL 2013/34/EU) wurden die Regelungen nicht nur in die § § 290 ff. HGB verschoben. Geändert wurde auch die Anknüpfung: An die Stelle des § 18 AktG ist der eigenständige Konzernbegriff des **§ 290 HGB** getreten.
- Im kollektiven Arbeitsrecht nimmt z. B. **§ 54 BetrVG** bei dem Gebot, einen Konzernbetriebsrat zu errichten, auf § 18 AktG Bezug.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 2. Unter- und Gleichordnungskonzern

Die Vorschrift des § 18 AktG unterscheidet **zwei Formen eines Konzerns**:

- Der Konzern nach **§ 18 I 1 Hs. 1 AktG** ist der sog. **Unterordnungskonzern**. Charakteristisch ist für ihn – in Ansehung von § 18 I 3 AktG und im Umkehrschluss zu § 18 II Hs. 1 AktG – die Abhängigkeit i.S.d. § 17 I AktG.
- Den Gegensatz dazu bildet der sog. **Gleichordnungskonzern** nach **§ 18 II Hs. 1 AktG**, bei dem kein Unternehmen von dem anderen ab-hängig ( § 17 I AktG) ist.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 3. Einheitliche Leitung

- Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen nicht nur von einem anderen abhängig ist, sondern einen Konzern bildet, ist nach **§ 18 I 1 Hs. 1 AktG** die **einheitliche Leitung** der abhängigen Unternehmen durch das herrschende Unternehmen.
- Der Gesetzgeber des AktG hat bewusst auf eine **Legaldefinition** des Begriffs der einheitlichen Leitung **verzichtet**.
- Für die Prüfung bietet der Tatbestand folgende Reihenfolge an:
  - a) Vermutung nach § 18 I 2 AktG
  - b) Vermutung nach § 18 I 3 AktG
  - c) Sonstige einheitliche Leitung

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 3. Einheitliche Leitung

#### a) Vermutung nach § 18 I 2 AktG

- Nach § 18 I 2 AktG sind Unternehmen als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen, wenn ...

Var. 1: zwischen den Unternehmen ein **Beherrschungsvertrag** (§ 291 I 1 Alt. 1 AktG) besteht oder

- Ein (bloßer) Gewinnabführungsvertrag (§ 291 I 1 Alt. 2 AktG) genügt nicht.

Var. 2: das eine Unternehmen in das andere **eingliedert** ist (§ § 319 ff. AktG).

- Nach h. M. handelt es sich bei § 18 I 2 AktG um eine **unwiderlegbare Vermutung**.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 3. Einheitliche Leitung

#### b) Vermutung nach § 18 I 3 AktG

- Bei bestehender Abhängigkeit i.S.d. § 17 I AktG wird nach **§ 18 I 3 AktG** vermutet, dass das abhängige Unternehmen mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.
- Dies gilt auch dann, wenn die Abhängigkeit darauf beruht, dass die Vermutung nach **§ 17 II AktG** nicht widerlegt ist. In diesem Fall beruht der Konzern auf **zwei hintereinander anzuwendenden Vermutungen**.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 3. Einheitliche Leitung

#### b) Vermutung nach § 18 I 3 AktG

- Bei bestehender Abhängigkeit i.S.d. § 17 I AktG wird nach **§ 18 I 3 AktG** vermutet, dass das abhängige Unternehmen mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

Im Gegensatz zu § 18 I 2 AktG, wenn die Abhängigkeit ist die Vermutung des **§ 18 I 3 AktG widerlegbar**. In diesem Konzern auf **zwei hintereinander anzuwendenden Vermutungen**.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 3. Einheitliche Leitung

#### c) Sonstige einheitliche Leitung

- Die Vermutungen nach § 18 I 2 AktG und § 18 I 3 AktG lassen erkennen, dass die einheitliche Leitung – wie die Abhängigkeit ( § 17 I AktG) – *regelmäßig* auf der **gesellschaftsrechtlichen Beteiligung** beruht.
- Die Vermutungen schließen **andere Formen** der einheitlichen Leitung nicht aus.
- Eine allgemeine Definition der einheitlichen Leitung steht vor der Schwierigkeit der **Vielgestaltigkeit der Steuerung von Unternehmensgruppen**. Diese reicht von der strikt zentralisierten Führung durch Weisungen bis zu einer lockeren Koordination in wenigen Einzelpunkten.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 3. Einheitliche Leitung

#### c) Sonstige einheitliche Leitung

- Einigkeit besteht im Ausgangspunkt darüber, dass die einheitliche Leitung folgende **zwei Elemente** voraussetzt:
  - (1) die zentrale Planung und Koordination der wirtschaftlichen Aktivitäten,
  - (2) die bewirkt, dass die Gruppe als organisatorische Einheit erscheint.
- **Unerheblich** ist nach allgemeiner Ansicht die **Art der Ausführung der Kontrolle** einzelner Vorgänge, also, ob die einheitliche Leitung mit Hilfe von Weisungen, Ratschlägen, Besprechungen, personeller Verflechtung der Leitungsorgane oder mit anderen Mitteln bewirkt wird.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 3. Einheitliche Leitung

#### c) Sonstige einheitliche Leitung

- Im Zentrum tatrichterlicher Feststellungen steht i.d.R. die Frage nach einem **zentralen Finanzmanagement**.
- Hierbei werden die dezentral von den selbstständigen Unternehmen erwirtschafteten Erträge bei einer zentralen Stelle (*cash pool* bzw. *cash pooling-Gesellschaft*) zusammengefasst und nach einem unternehmensübergreifenden Finanz- und Investitionsplan neu verteilt.
- Die Teilnahme an dem sog. **cash pooling** wird von der h. M. nicht nur als Indiz, sondern als **Voraussetzung** für die einheitliche Leitung angesehen.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 3. Einheitliche Leitung

#### c) Sonstige einheitliche Leitung

- Weitere Umstände sind nach h. M. nur **Indizien** für bzw. gegen eine einheitliche Leitung, nämlich:
  - (1) Besteht eine **personelle Verflechtung** der Unternehmen auf Leitungsebene (z. B. sog. Matrix-Manager)?
  - (2) Wird die **Unternehmenspolitik** auf gemeinsamen Sitzungen **laufend abgestimmt**?

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 4. Mehrfache Konzernzugehörigkeit

Nach h. M. ist auch eine mehrfache Konzernzugehörigkeit möglich. Anerkannt sind insbesondere **zwei Gestaltungen**, nämlich:

#### a) **Gemeinschaftsunternehmen**

- Sog. Gemeinschaftsunternehmen können von zwei oder mehreren Unternehmen abhängig sein ( **§ 17 I AktG**, siehe Einheit 2).
- Ist die Abhängigkeit im Verhältnis zu mehreren Unternehmen zu bejahen, bilden sie mit jedem herrschenden Unternehmen nach **§ 18 I 1, 3 AktG** einen Konzern.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 4. Mehrfache Konzernzugehörigkeit

Nach h. M. ist auch eine mehrfache Konzernzugehörigkeit möglich. Anerkannt sind insbesondere **zwei Gestaltungen**, nämlich:

#### a) Gemeinschaftsunternehmen

- Sog. Gemeinschaftsunternehmen können von zwei oder mehreren Unternehmen abhängig sein.
- Ist die mehrfache Konzernzugehörigkeit z. B. bei der Berechnung der Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten in § 100 II 1 Nr. 1, Satz 2 AktG.

**Praktische Bedeutung** hat die mehrfache Konzernzugehörigkeit z. B. bei der Berechnung der Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten in § 100 II 1 Nr. 1, Satz 2 AktG.

## IV. Konzern im engeren Sinn

### 4. Mehrfache Konzernzugehörigkeit

Nach h. M. ist auch eine mehrfache Konzernzugehörigkeit möglich. Anerkannt sind insbesondere **zwei Gestaltungen**, nämlich:

#### b) Konzern im Konzern

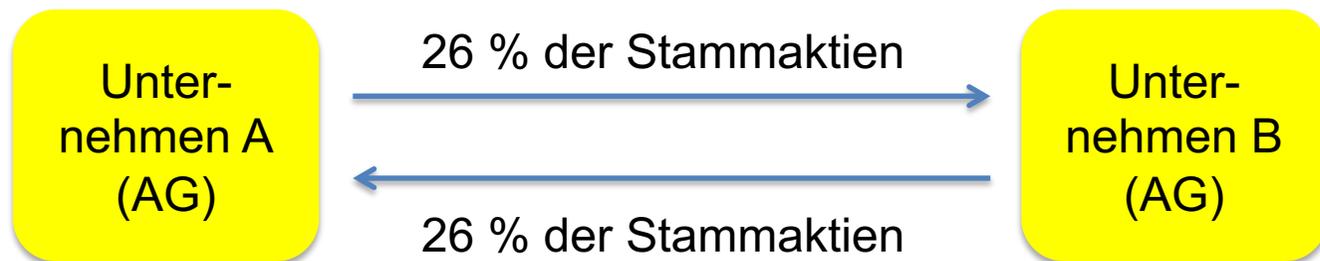
- Diese von der Rspr. entwickelte Figur kommt nur bei **mehrstufigen Konzernen** in Betracht.
- Sie liegt vor, wenn die einheitliche Leitung der **Enkelgesellschaft** sowohl von der unmittelbaren darüber stehenden beherrschenden **Tochtergesellschaft** als auch von der an der Spitze stehenden **Muttergesellschaft** ausgeübt wird.
- Hierfür ist es erforderlich, dass auch die Tochtergesellschaft **eigenständig Weisungen** erteilen kann, also nicht darauf beschränkt ist, Weisungen der Muttergesellschaft an die Enkelgesellschaft weiterzuleiten.

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### a) Tatbestand

- Die (einfache) wechselseitige Beteiligung erfordert nach **§ 19 I 1 AktG** einen wechselseitigen Anteilsbesitz, der jeweils ein Viertel der Anteile des anderen Unternehmens übersteigt.
- Zum Beispiel:

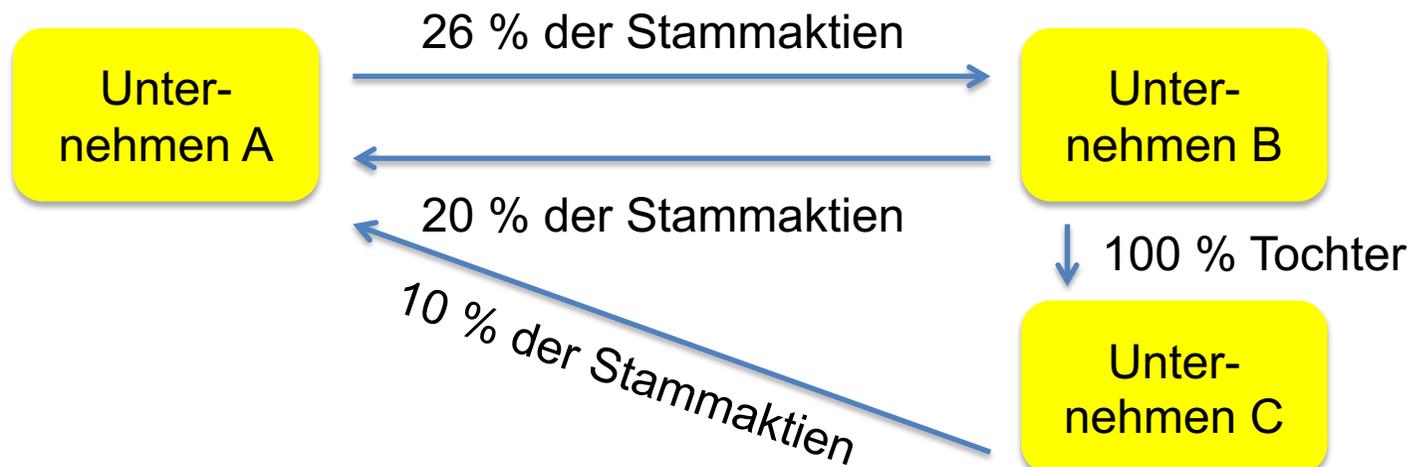


## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### a) Tatbestand

- Für die Berechnung des Anteilsbesitzes verweist § 19 I 2 AktG auf § 16 II 1, IV AktG.
- Aus § 19 I 2 i.V.m. § 16 IV AktG ergibt sich, dass der **mittelbare Anteilsbesitz** dem unmittelbaren Anteilsbesitz gleichgestellt ist.
- Zur Illustration:



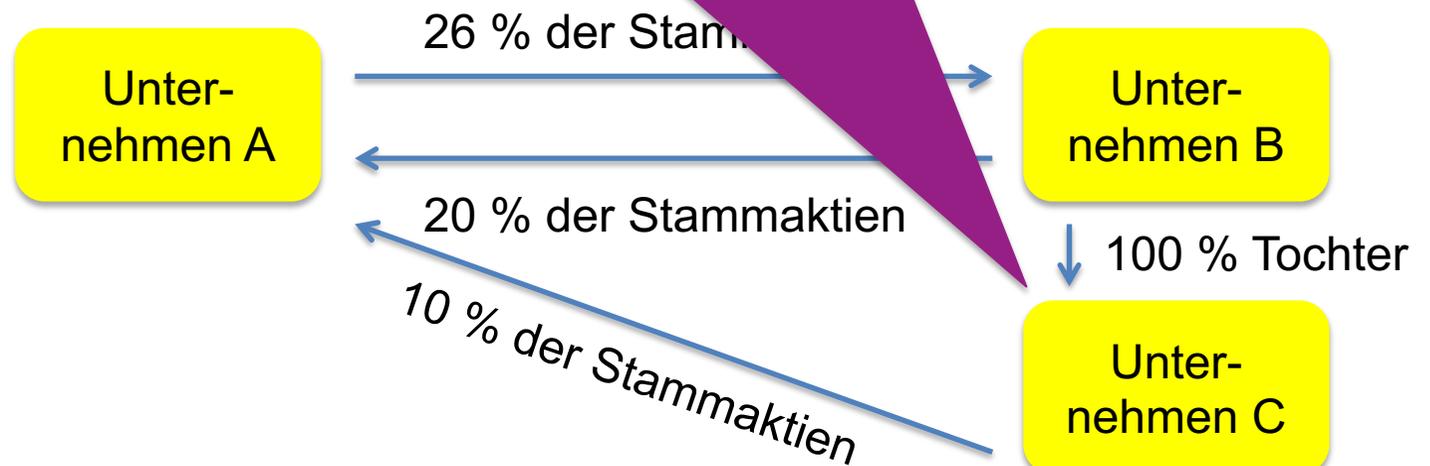
# Einheit 3: Grundbegriffe

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Ein a)

Eine wechselseitige Beteiligung liegt auch dann dann vor, wenn ausschließlich das Tochterunternehmen eine Beteiligung an dem Unternehmen A, die den Anteil von 25 % übersteigt, hält. Diese Konstruktion wird als **Dreiecksbeteiligung** bezeichnet.

- Zur Illustration:



## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### a) Tatbestand

- Atypisch für das Allgemeine Konzernrecht (§ § 15 ff. AktG) ist die Beschränkung auf Unternehmen „mit **Sitz im Inland** in der Rechtsform einer **Kapitalgesellschaft**“.
- Die Regelung impliziert kein Verbot wechselseitiger Beteiligungen bei Unternehmen anderer Rechtsformen.
- Aber: Nach h. M. können die Regelungen des § 19 AktG mangels einer Regelungslücke **nicht** im Wege der **Analogie** auf Personengesellschaften erstreckt werden (BGHZ 119, 345, 355).

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### b) Gefahrenpotential

Wechselseitige Beteiligungen begründen (abstrakt) Gefahren in **zwei Situationen**:

(1) Kapitalaufbringung

(2) Kapitalerhaltung

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### b) Gefahrenpotential

##### (1) Kapitalaufbringung

Beispiel:

- A gründet zwei Gesellschaften ( $A^1$ ,  $A^2$ ) in der Rechtsform der AG, deren Grundkapital jeweils 50.000 Euro beträgt.
- Gesellschafter bei  $A^1$  werden A (50 % der Anteile, Bareinlage 25.000 Euro) und die  $A^2$  (50 % der Anteile, Bareinlage 25.000 Euro).
- Gesellschafter bei  $A^2$  werden A (50 % der Anteile, Bareinlage 25.000 Euro) und die  $A^1$  (50 % der Anteile, Bareinlage 25.000 Euro).

# Einheit 3: Grundbegriffe

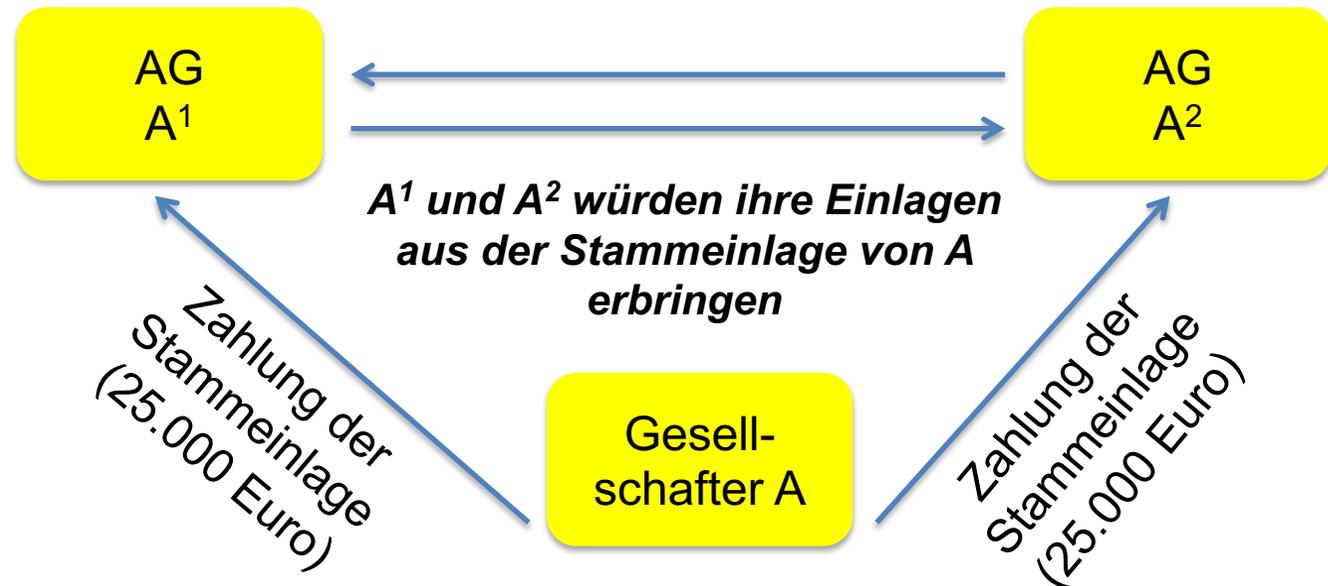
## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### b) Gefahrenpotential

#### (1) Kapitalaufbringung

Beispiel:



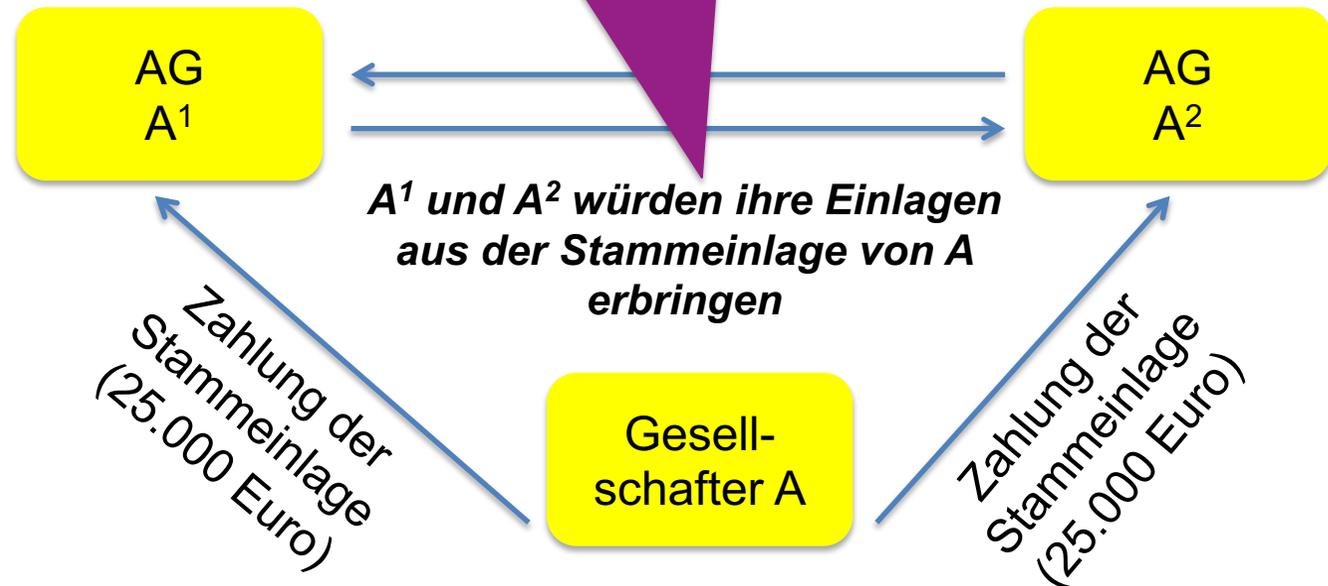
# Einheit 3: Grundbegriffe

## V. Wechselseitige Beteiligung

1. Einfach  
b) Gef  
(1)

Ergebnis: Real wären A1 und A2  
jeweils mit nur 25.000 Euro  
Stammkapital ausgestattet.

Beispiel:



## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### b) Gefahrenpotential

#### (2) Kapitalerhaltung

##### Beispiel:

- A<sup>1</sup> beschließt eine Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen (§ § 182 ff. AktG).
- Die jungen Aktien (1.000 Stück) (Nennbetrag jeweils 10 Euro) sollen jeweils zur Hälfte von A und A<sup>2</sup> übernommen werden.
- An welche Grenze stößt die Zahlung von A<sup>2</sup> an A<sup>1</sup>?

# Einheit 3: Grundbegriffe

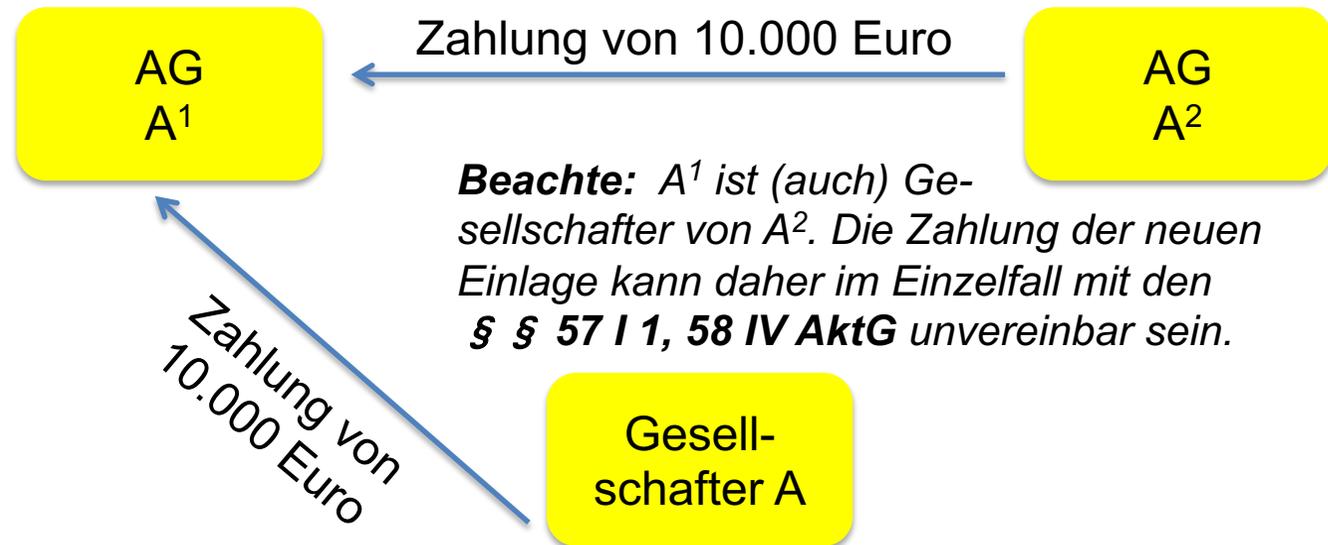
## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### b) Gefahrenpotential

#### (2) Kapitalerhaltung

Beispiel:



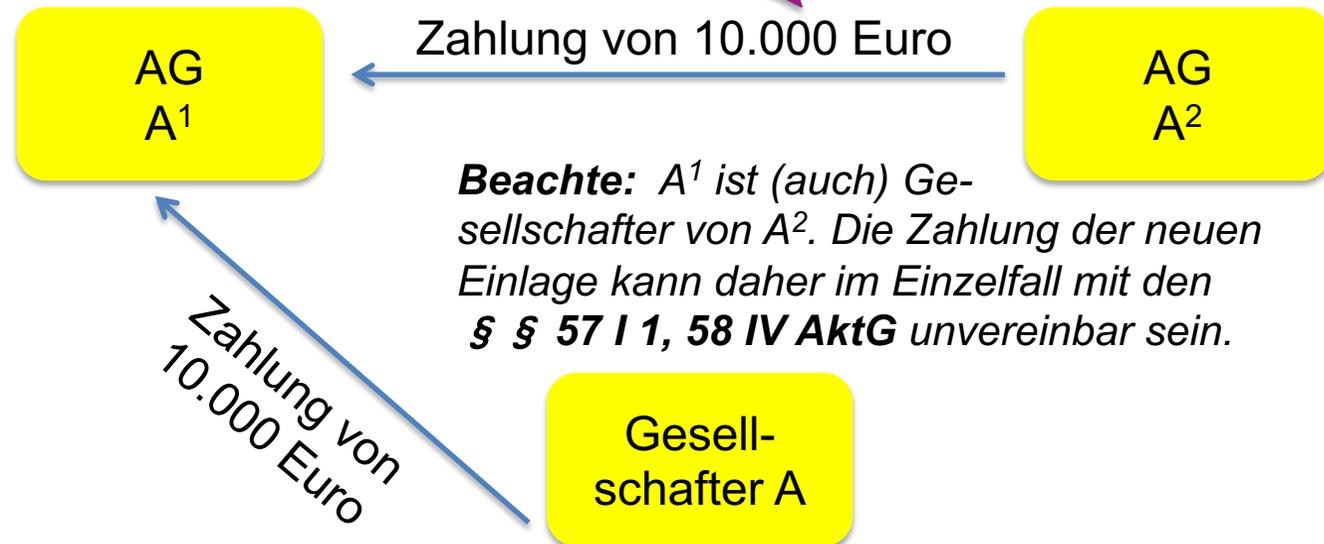
# Einheit 3: Grundbegriffe

## V. Wechselseitige Beteiligung

1. Einfach  
b) Gef  
(2)

Bei wiederholtem wechselseitigen Vorgehen könnte das Grundkapital ohne reale Kapitalzufuhr beliebig erhöht werden.

Beispiel:



## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### c) Rechtsfolgen

- **§ 19 AktG** enthält **nur** den **Tatbestand** einer (einfachen) wechselseitigen Beteiligung, nicht aber die Rechtsfolgen.
- Diese sind über das AktG verstreut:
  - Angaben im Anhang des Jahresabschlusses (§ § 264 I 1, 284 ff. HGB) nach Maßgabe von **§ 160 I Nr. 7 AktG**
  - Bei einfachen wechselseitigen Beteiligungen ist – im Umkehrschluss zu § 19 IV AktG – **§ 328 AktG** anzuwenden.

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### a) Rechtsfolgen

Die Regelungen des **§ 328 AktG** sollen bewirken, dass wechselseitige Beteiligungen jenseits des Umfangs von einem Viertel aller Anteile **wirtschaftlich unattraktiv** sind.

Der **Tatbestand** einer wechselseitigen Beteiligung, nicht

verstreut:

Angaben im Anhang des Jahresabschlusses (§ § 264 I 1, 284 ff. HGB) nach Maßgabe von **§ 160 I Nr. 7 AktG**

Bei einfachen wechselseitigen Beteiligungen ist – im Umkehrschluss zu § 19 IV AktG – **§ 328 AktG** anzuwenden.

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 1. Einfache wechselseitige Beteiligung

#### c) Rechtsfolgen

- Die Vorschrift des **§ 328 AktG** enthält im Wesentlichen **drei Regelungen**:
  - (1) Nach **§ 328 I 1 AktG** können die Rechte aus Anteilen, die ein Viertel aller Anteile übersteigen, **grds.** nicht ausgeübt werden.
    - Ausnahmen enthalten **§ 328 I 2 und II AktG**.
  - (2) Ausschluss sämtlicher Stimmrechte bei der Wahl von Mitgliedern des Aufsichtsrats unter der Voraussetzung von **§ 328 III AktG**.
  - (3) Gegenseitige Mitteilungspflichten nach **§ 328 IV AktG**

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### a) Tatbestand

- Qualifizierte Formen der wechselseitigen Beteiligung sind in **§ 19 II und III AktG** beschrieben.
- Bei **§ 19 II AktG** muss *eine* Beteiligung eine Mehrheitsbeteiligung (§ 16 I AktG) sein oder *ein* Unternehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben können (§ 17 I AktG).
- Bei **§ 19 III AktG** muss *jede* Beteiligung eine Mehrheitsbeteiligung (§ 16 I AktG) sein oder *jedes* Unternehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben können (§ 17 I AktG).

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### b) Gefahrenpotential

- Zu den Gefahren einfacher wechselseitiger Beteiligungen kommt bei sämtlichen qualifizierten Formen **eine weitere Gefahr** hinzu.
- Diese besteht darin, dass die **Balance der Organe** (Corporate Governance Struktur) dadurch außer Funktion gesetzt wird, dass der Vorstand bzw. die Geschäftsführer einen Freiraum ohne effektive Kontrolle erlangen.

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### b) Gefahrenpotential

##### Beispiel:

- Die Unternehmen A<sup>1</sup> GmbH und A<sup>2</sup> GmbH sind i.S.d. **§ 19 III AktG** qualifiziert wechselseitig beteiligt. Sie halten jeweils 65 % der Geschäftsanteile des jeweils anderen Unternehmens.
- G ist bislang einziger **Geschäftsführer** der A<sup>1</sup> GmbH.
- Auf der **Gesellschafterversammlung von A<sup>2</sup>** lässt sich G – er übt die Stimmen der A<sup>1</sup> aus ( § 35 I 1 GmbHG) – zum einzigen Geschäftsführer von A<sup>2</sup> bestellen.
- Welche Konsequenzen ergeben sich hieraus?

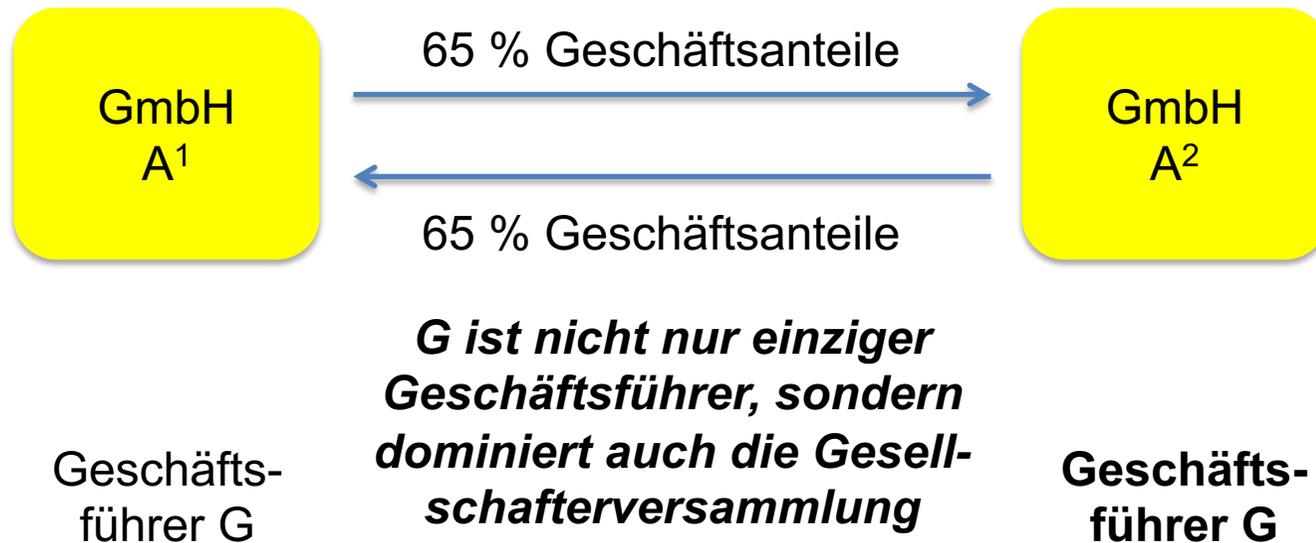
# Einheit 3: Grundbegriffe

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### b) Gefahrenpotential

Beispiel:

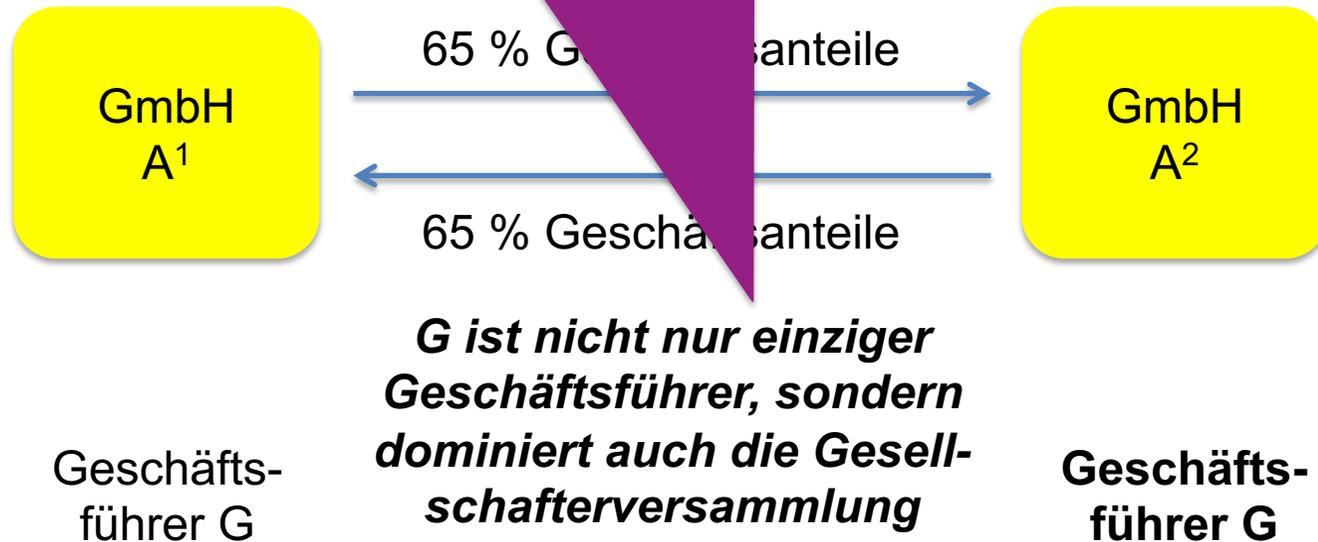


# Einheit 3: Grundbegriffe

## V. Wechselseitige Beteiligung

2. Qualifikation

Ausnahmen bestehen nur bei Stimmverboten (§ 47 IV GmbHG) sowie bei dem Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit



## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### c) Rechtsfolgen

- Die Rechtsfolge des **§ 19 II, III AktG** besteht darin, die Unternehmen als **abhängig** bzw. **herrschend** anzusehen.
- Hieran knüpfen an:
  - (1) die Konzernvermutung nach **§ 18 I 3 AktG**,
  - (2) das Recht des sog. faktischen Konzerns (**§ § 311 ff. AktG**) sowie
  - (3) das grds. Verbot der Übernahme neuer Aktien nach **§ 56 II 1 AktG**.

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### c) Rechtsfolgen

- Die Rechtsfolge des **§ 19 II, III AktG** besteht darin, die Unternehmen als **abhängig** bzw. **herrschend** anzusehen.
- Hieran knüpfen:
  - (1) die Konzernverbotssätze des **AktG**,
  - (2) das Recht des sog. **gesellschaftlichen Konzerns** (**§ § 311 ff. AktG**) sowie
  - (3) das grds. Verbot der Übernahme neuer Aktien nach **§ 56 II 1 AktG**.

Die Regelung ist im Zusammenhang mit den **§§ 71 ff. AktG** zu lesen.

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### c) Rechtsfolgen

- Im Einzelnen ergeben sich aus § 56 II und den §§ 71 ff. AktG folgende Ver- und Gebote:
  - (1) Nach **§ 56 II 1 AktG** darf das abhängige oder im Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen keine neuen Aktien des wechselseitig herrschenden Unternehmens **übernehmen** (Primärerwerb!).
  - (2) Durch **§ 71d Satz 2 AktG** wird das grds. Verbot des (Sekundär-)Erwerbs eigener Aktien auf abhängige oder im Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen ausgedehnt (Alt. 1).

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### c) Rechtsfolgen

- Im Einzelnen  
§ § 71 ff. AktG

- (1) Nach § 5  
oder im M  
Unternehmen

wechselseitig herr-schenden Unter-nehmens  
**übernehmen** (Primärerwerb!).

- (2) Durch **§ 71d Satz 2 AktG** wird das grds.  
Ver-bot des (Sekundär-)Erwerbs eigener  
Aktien auf abhängige oder im  
Mehrheitsbesitz ste-hende Unternehmen  
ausgedehnt (Alt. 1).

Aufgrund der Formulierung  
„Gleiches gilt ...“ gelten die  
**Ausnahmen nach § 71d Satz 2, 1  
i.V.m. § 71 I Nr. 1-5, 7, 8, II AktG.**

## V. Wechselseitige Beteiligung

### 2. Qualifizierte wechselseitige Beteiligung

#### c) Rechtsfolgen

- Darf das abhängige oder im Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen *ausnahmsweise* (s. o.) Aktien des wechselseitig herrschenden Unternehmens erwerben, gilt:
  - (1) Aus den Aktien stehen dem abhängigen oder im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen nach § 71d Satz 4 i.V.m. **§ 71b AktG** keine Rechte zu.
  - (2) Nach § 71d Satz 4 i.V.m. **§ 71c II AktG** sind die 10 % des Grundkapitals übersteigenden Aktien binnen drei Jahren zu veräußern.

# Einheit 3: Grundbegriffe

---

## Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 119, 345 ff.
- *Emmerich*, Wechselseitige Beteiligungen bei AG und GmbH, NZG 1998, 622 ff.
- *Wastl/Wagner*, Wechselseitige Beteiligungen im Aktienrecht, AG 1997, 241 ff.

# Konzern- und Umwandlungsrecht

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

## Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

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)

[sekfest@law.uni-kiel.de](mailto:sekfest@law.uni-kiel.de)

