

# Konzern- und Umwandlungsrecht

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

## Einheit 4: Konzernerneingangs- kontrolle



# Einheit 4: Konzerneingangskontrolle

---

## Übersicht zur heutigen Veranstaltung

### I. Mitteilungspflichten

*Unter dem Schlagwort „Konzerneingangskontrolle“ sind in Bezug auf das abhängige Unternehmen zu erörtern:*

### II. Schutz vor Abhängigkeit

### III. Schutz bei Entstehung eines Konzerns

*In Bezug auf das herrschende Unternehmen ist zu erörtern:*

### IV. Beteiligung der Aktionäre

## I. Mitteilungspflichten

### 1. Einführung

- Die **§ § 20, 21 AktG** zielen im Wesentlichen darauf, die Erlangung einer Sperrminorität („25 % + 1“) und deren Verlust offenzulegen.
- Gemäß **§ 160 I Nr. 8 AktG** sind die Beteiligung nach **§ 20 I, IV AktG** und **§ 33 I, II WpHG** (**§ 21 I, II WpHG a. F.**) in den Anhang zum Jahresabschluss aufzunehmen.
- Bei wechselseitiger Beteiligung (**§ 19 AktG**, siehe Einheit 3) haben die Unternehmen die Höhe ihrer Beteiligung gemäß **§ 328 IV AktG** untereinander mitzuteilen.
- Gemeinsam ist den Pflichten das Ziel, die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse herzustellen, d. h. „die Aktionäre, die Gläubiger und die Öffentlichkeit über geplante und bestehende Konzernverbindungen ... zu unterrichten und die ... wahren Machtverhältnisse in der Gesellschaft deutlich hervortreten zu lassen“ (RegBegr., abgedruckt bei *Kropff*, S. 38).

# Einheit 4: Konzerneingangskontrolle

---

## I. Mitteilungspflichten

### 1. Einführung

- Die weitreichenden Mitteilungspflichten nach **§ § 33 ff. WpHG** (§ § 21 ff. WpHG a. F.) gelten nur für börsennotierte Gesellschaften. Insoweit sind die § § 20, 21 AktG suspendiert, **§ § 20 VIII, 21 V AktG**.
- Die **§ § 20, 21 AktG** sind – in unterschiedlicher Weise – auf die AG beschränkt:
  - Der personelle Anwendungsbereich von **§ 20 I 1 AktG** ist zwar rechtsformneutral („Unternehmen“). Der Tatbestand ist aber auf das Halten von „Aktien“ beschränkt.
  - Im Vergleich dazu ist der sachliche Anwendungsbereich von **§ 21 I 1 AktG** weiter („Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland“). Der personelle Anwendungsbereich ist aber die „Gesellschaft“, d. h. die AG und die KGaA (§ 278 III AktG), beschränkt.

# Einheit 4: Konzerneingangskontrolle

## I. Mitteilungspflichten

### 1. Einführung

- Die weitreichenden Mitteilungspflichten nach **§ § 33 ff. WpHG** (§ § 21 ff. WpHG a. F.) gelten nur für börsennotierte Gesellschaften. Insoweit sind die § § 20, 21 AktG suspendiert, **§ § 20 VIII, 21 V AktG**.
- Die **§ § 20, 21 AktG** sind – in unterschiedlicher Weise – auf die AG beschränkt:

- Der personelle Anwendungsbereich von **§ 20 I 1 AktG** ist zwar rechtsformunabhängig („Unternehmen“). Der Tatbestand ist aber auf

- Im Vergleich mit **§ 21 I AktG** „Inland“ „Gesellschaft“ beschränkt

**Keine Mitteilungspflicht** besteht für Beteiligungen an Personengesellschaften. Diese „Lücke“ wird bei den Personen*handels*gesellschaften (nicht aber der GbR) durch die nach §§ 107, 143 II, 162 I, 175 HGB vorzunehmenden Anmeldungen zum Handelsregister abgemildert.

## I. Mitteilungspflichten

### 2. Einzelne Tatbestände der §§ 20, 21 AktG

Bei der Anwendung der §§ 20, 21 AktG sind **vier Tatbestände** zu unterscheiden:

- a) **Sperrminorität i.w.S.**  
nach §§ 20 I 1, 21 I 1 AktG
- b) **Sperrminorität i.e.S.**  
nach § 20 III AktG
- c) **Mehrheitsbeteiligung**  
nach §§ 20 IV, 21 II AktG
- d) **Beendigung**  
nach §§ 20 V, 21 III AktG

## I. Mitteilungspflichten

### 2. Einzelne Tatbestände der §§ 20, 21 AktG

#### a) Sperrminorität i.w.S.

- Die Erlangung einer Sperrminorität i.w.S. begründet Mitteilungspflichten nach **§ 20 I 1** bzw. **§ 21 I 1 AktG**.
- Die Berechnung der Sperrminorität erfolgt in **zwei Schritten**:

#### (1) Inhaberschaft

- In **§ 20 I 1 AktG** heißt es: „einem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Aktien einer AG mit Sitz im Inland gehört“.
- In **§ 21 I 1 AktG** heißt es: der AG bzw. KGaA (§ 278 III AktG) „mehr als der vierte Teil der Anteile einer anderen Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland gehört“.
- Der **Begriff „gehört“** setzt die Inhaberschaft der Aktien bzw. Anteile voraus.

# Einheit 4: Konzerneingangskontrolle

## I. Mitteilungspflichten

### 2. Einzelne Tatbestände der §§ 20, 21 AktG

#### a) Sperrminorität i.w.S.

##### (2) Zurechnungstatbestände

Die Sperrminorität i.w.S. nach § 20 I 1 und § 21 I 1 AktG ist aufgrund von Zurechnungstatbeständen eine solche.

- Nach **§ 20 I 2 bzw. § 21 I 2 AktG i.V.m. § 16 IV AktG** sind Anteile, die einem abhängigen Unternehmen (§ 17 I AktG), einem Dritten für Rechnung des Unternehmens (§§ 662 ff. BGB) oder einem von diesem abhängigen Unternehmen hinzuzurechnen.

Bei § 20 I 1 AktG sind nach **§ 20 II AktG** außerdem Aktien hinzuzurechnen, deren Übereignung – einschließlich abhängiger und für seine Rechnung handelnder Unternehmen – verlangen bzw. zu deren Abnahme es verpflichtet ist.

Den Zurechnungstatbeständen ist das Ziel gemeinsam, naheliegende **Umgehungen zu verhindern.**

## I. Mitteilungspflichten

### 2. Einzelne Tatbestände der §§ 20, 21 AktG

#### b) Sperrminorität i.e.S.

- Nach **§ 20 III AktG** besteht eine gesonderte Mitteilungspflicht bei Erreichen der Sperrminorität i.e.S.
- Diese unterscheidet sich von der Sperrminorität i.w.S. dadurch, dass **keine Hinzurechnung nach § 20 II AktG** erfolgt.
- Motiviert ist die Mitteilungspflicht i.e.S. dadurch, dass das Vorliegen einer **wechselseitigen Beteiligung** (§ 19 AktG) allein auf Grundlage der Inhaberschaft, also ohne Hinzurechnungen nach § 20 II AktG, festzustellen ist.
- Obgleich § 19 AktG rechtsformneutral „mehr als de(n) vierte(n) Teil der Anteile des anderen Unternehmens“ voraussetzt, enthält **§ 21 AktG keine § 20 III AktG vergleichbare Mitteilungspflicht.**

## I. Mitteilungspflichten

### 2. Einzelne Tatbestände der §§ 20, 21 AktG

#### c) Mehrheitsbeteiligung

- Nach **§ 20 IV** bzw. **§ 21 II AktG** ist die Erlangung einer Mehrheitsbeteiligung mitzuteilen.
- Obwohl die Mehrheitsbeteiligung jeweils mit dem **Zusatz „(§ 16 I AktG)“** versehen ist, findet auch die Hinzurechnung nach **§ 16 IV AktG** Anwendung.
- Hintergrund ist die Tatsache, dass die **Abhängigkeitsvermutung** (§ 17 II AktG) durch die Mehrheitsbeteiligung unter Berücksichtigung von § 16 IV AktG ausgelöst wird. Methodologisch handelt es sich dabei wohl noch um eine teleologische Auslegung.

## I. Mitteilungspflichten

### 2. Einzelne Tatbestände der §§ 20, 21 AktG

#### d) Beendigung

- Mitteilungspflichten bestehen nicht nur bei dem Aufbau einer Beteiligung, sondern auch bei dessen Abbau bzw. Beendigung.
- Daher sehen **§ 20 V** und **§ 21 III AktG** **spiegelbildlich** zu den unter a), b) und c) dargestellten Tatbeständen Mitteilungspflichten für jeden Fall vor, dass einer der Tatbestände „nicht mehr (besteht)“.

## I. Mitteilungspflichten

### 3. Inhalt der Mitteilungspflichten

- Die Mitteilungen sind – in den Fällen des § 20 AktG – **an die AG bzw. KGaA (§ 278 III AktG)** oder – in den Fällen des § 21 AktG – an das **jeweils andere Unternehmen** zu adressieren.
- In der Mitteilung sind die **Art der Beteiligung** sowie deren **Inhaber** bzw. Zurechnungsadressat anzugeben.
- Die Mitteilungen haben jeweils **unverzüglich** (§ 121 I 1 BGB) zu erfolgen.
- Die Mitteilungen sind jeweils „**schriftlich**“ abzufassen. Im Gegensatz zu § 126 I BGB bedarf es aber keiner eigenhändigen Namensunterschrift.
- Nur in den Fällen des § 20 I, IV AktG ist in **§ 20 VI 1 Hs. 1 AktG** vorgesehen, dass die (Empfänger-)Gesellschaft die Mitteilung in den **Gesellschaftsblättern** (§ 25 AktG) bekanntzumachen hat.

## I. Mitteilungspflichten

### 4. Sanktionen

- Die Verletzung einer Mitteilungspflicht nach § 20 I, III-V oder § 21 I-III AktG hat nach **§ 20 VII 1** bzw. **§ 21 IV 1 AktG** einen **Rechtsverlust** zur Folge.
- Der übliche **Begriff** des „Rechtsverlusts“ ist **unglücklich**. Er impliziert (unzutreffend) einen endgültigen Rechtsverlust. Dem temporären Charakter entspricht ein „**Ruhen**“ der Rechte.
- Diesbezüglich sind **zwei Fragen** zu klären:
  - a) **Zeitlicher Umfang**  
(„Wie lange ruhen die Rechte?“)
  - b) **Gegenständliche Reichweite**  
(„Welche Rechte ruhen?“)

## I. Mitteilungspflichten

### 4. Sanktionen

#### a) Zeitlicher Umfang

- Der Rechtsverlust nach **§ 20 VII 1** bzw. **§ 21 IV 1 AktG** ist seiner Art nach **temporär**. Im **Wortlaut** heißt es: „... für die Zeit, für die ... die *Mitteilungs-pflicht nicht erfüllt*“.
- Die Mitteilungspflichten bestehen also nicht nur „unverzüglich“ nach der Verwirklichung des Tatbestands, sondern bestehen **auf unbestimmte Zeit** fort, bis sie erfüllt werden.
- Dementsprechend dauert der (temporäre) Rechtsverlust **solange** an, **bis die Mitteilungspflichten erfüllt werden**.

## I. Mitteilungspflichten

### 4. Sanktionen

#### b) Gegenständliche Reichweite

Die gegenständliche Reichweite erschließt sich aus § 20 VII 2 und § 21 IV 2 AktG:

- Eine Sonderbehandlung erfahren nur das **Recht auf den Bilanzgewinn** (§ 58 IV AktG) und das **Recht auf den Liquidationsüberschuss** (§ 271 I, III 1 AktG).
- Sie ruhen (temporär, s. o.) nur ausnahmsweise, **wenn** die Mitteilungspflicht **vorsätzlich** verletzt wurde und **solange** bis sie **nachgeholt** wird.
- Daraus folgt: Wurde die Mitteilungspflicht **schuldlos** oder lediglich **fahrlässig** verletzt, können die Rechte nach §§ 58 IV, 271 I, III 1 AktG nach der nachträglichen Erfüllung **auch für die zurück-liegende Zeit** geltend gemacht werden.

Für sonstige Rechte besteht keine vergleichbare Einschränkung. Nach § 20 VII 1 bzw. § 21 IV 1 AktG ruhen sie daher auch bei einer schuldlosen Verletzung der Mitteilungspflichten.

# Einheit 4: Konzerneingangskontrolle

## I. Mitteilungspflichten

### 4. Sanktionen

#### b) Gegenständliche Reichweite

Im Unterschied dazu ergänzt die h. M. § 44 I 1 WpHG (§ 28 Satz 1 WpHG a. F.) um die (ungeschriebene) Voraussetzung eines **Verschuldens**. Ursächlich für den Unterschied ist, dass die sog. Meldeschwellen niedriger und zahlreicher sind.

Die Reichweite der Mitteilungspflichten erschließt sich aus § 20 VII 2 und § 21 IV 1 AktG. Die Mitteilungspflichten betreffen nur das **Recht auf den Bilanz-** und das **Recht auf den Liquidations-**anspruch (§ 20 VII 2 AktG).

Die Rechte sind nur ausnahmsweise, **wenn** die Mitteilungspflicht verletzt wurde und **solange** bis sie

Daraus folgt: wurde die Mitteilungspflicht **schuldlos** oder lediglich **fahrlässig** verletzt, können die Rechte nach §§ 58 IV, 271 I, III 1 AktG nach der nachträglichen Erfüllung **auch für die zurück-liegende Zeit** geltend gemacht werden.

Für sonstige Rechte besteht keine vergleichbare Einschränkung. Nach § 20 VII 1 bzw. § 21 IV 1 AktG ruhen sie daher auch bei einer schuldlosen Verletzung der Mitteilungspflichten.

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 1. Einführung

- In **§ 17 AktG** findet die Art und Weise, wie die Abhängigkeit entstanden ist, keine Erwähnung.
- Der Tatbestand ist also „offen“ und umfasst **sämtliche Entstehungsweisen**, u. a.:
  - (Tochter-)Gesellschaft wird **als abhängiges Unternehmen gegründet**;
  - ein Unternehmensteil wird **zur Neugründung ausgegliedert** ( § 123 III Nr. 2 UmwG);
  - ein Minderheitsgesellschafter wird durch den **Erwerb weiterer Anteile** (z. B. aufgrund eines Übernahmeangebots nach § § 29 ff. WpÜG) zum Mehrheitsgesellschafter;
  - ein Privatgesellschafter wird durch den **Erwerb einer zweiten Beteiligung** und wird dadurch zum **Unternehmen** i.S.d. Konzernrechts;
  - ein **Entherrschungsvertrag** (siehe Einheit 2) endet.

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 1. Einführung

- Die Abhängigkeit ( § 17 AktG) eröffnet den Anwendungsbereich des faktischen Konzernrechts ( § § 311 ff. AktG).
- Wesentliches Ziel dieser Regelungen ist der **Schutz der Minderheitsgesellschafter** und der **Gläubiger des abhängigen Unternehmens**.
- In zeitlicher Hinsicht setzt dieser Schutz **erst ex post** ein, nämlich sobald die Abhängigkeit besteht.
- Einen **präventiven Schutz** gegen die Begründung der Abhängigkeit sehen die § § 311 ff. AktG **nicht** vor.
- Daher besteht Einigkeit, dass das Konzernrecht der Abhängigkeit „**neutral**“ gegenübersteht, es also kein Ziel der § § 311 ff. AktG ist, die Begründung der Abhängigkeit zu verhindern.

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 1. Einführung

- Die Abhängigkeit im Bereich der Abhängigkeit
- Wesentlich in erster Linie den **Gesellschaftern** bei der **Minderheitsabhängigen** Ausgestaltung der Satzung. Folglich ist danach zu unterscheiden, ob die Satzung abwehrende Bestimmungen enthält.
- In zeitliche Abhängigkeit, nämlich so
- Einen **präventive** Schutz gegen die Begründung der Abhängigkeit sehen in § 311 ff. AktG **nicht** vor.
- Daher besteht die Gefahr, dass das Konzernrecht der Abhängigkeit „neutral“ gegenübersteht, es also kein Ziel der § 311 ff. AktG ist, die Begründung der Abhängigkeit zu verhindern.

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 2. Abwehrende Satzungsbestimmungen

In der Satzung kann die nachträgliche Begründung der Abhängigkeit ( § 17 AktG) – in Grenzen – durch **verschiedene Maßnahmen** verhindert werden:

#### a) Verhinderung der Mehrheitsbeteiligung

- **Vinkulierung** von Namensaktien ( § 68 II AktG) bzw. GmbH-Geschäftsanteile ( § 15 V GmbHG)
- **Vorkaufs- bzw. Erwerbsrechte** in Bezug auf GmbH-Geschäftsanteile, wenn die Anteile veräußert werden oder der Gesellschafter ausscheidet
- **Höchststimmrechte** sind bei einer GmbH und einer nicht börsennotierten AG ( § 134 I 2 AktG) zulässig

# Einheit 4: Konzerneingangskontrolle

## II. Schutz vor Abhängigkeit

Die Effektivität der Rechte ist dadurch begrenzt, dass sie **nur in den Grenzen der Treuepflicht** ausgeübt werden dürfen.

### Abhängigkeitsbestimmungen

Die nachträgliche Begründung der Abhängigkeit – in Grenzen – durch **verschiedene Ausnahmen** vermindert werden:

### Verhinderung der Mehrheitsbeteiligung

- **Vinkulierung** von Namensaktien ( § 68 II AktG) bzw. GmbH-Geschäftsanteile ( § 15 V GmbHG)
- **Vorkaufs- bzw. Erwerbsrechte** in Bezug auf GmbH-Geschäftsanteile, wenn die Anteile veräußert werden oder der Gesellschafter ausscheidet
- **Höchststimmrechte** sind bei einer GmbH und einer nicht börsennotierten AG ( § 134 I 2 AktG) zulässig

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 2. Abwehrende Satzungsbestimmungen

#### b) Verhinderung der Unternehmenseigenschaft des Mehrheitsgesellschafters

- Verbot des Erwerbs einer weiteren Beteiligung an einem anderen Unternehmen (**Wettbewerbsverbot**)
- Aber: Hierbei handelt es sich „nur“ um eine schuldrechtliche Pflicht, bei deren Verletzung die (Minderheits-)Gesellschafter Unterlassung verlangen können

#### c) Entwertung der Mehrheit durch die Gewährung von Schutzrechten an Minderheitsgesellschafter

Bei der GmbH und bei Personengesellschaften besteht die Möglichkeit, Mehrheitsentscheidung weitgehend durch das Erfordernis der **Einstimmigkeit** zu ersetzen.

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 2. Abwehrende Satzungsbestimmungen

#### b) Verhinderung der Unternehmenseigenschaft des Mehrheitsgesellschafters

- Verbot des Erwerbs eines weiteren Unternehmens durch einen anderen U
- Aber: Hierbei handelt es sich um schuldrechtliche (Minderheits-)Gesellschafter, die nicht verweigern können

Aber auch hier gilt:  
Die Minderheitsgesellschafter dürfen die Zustimmung nur in den Grenzen der **Treuepflicht** verweigern.

#### c) Entwertung der Mehrheit durch die Gewährung von Schutzrechten an Minderheitsgesellschaftern

Bei der GmbH und bei Personengesellschaften besteht die Möglichkeit, Mehrheitsentscheidung weitgehend durch das Erfordernis der **Einstimmigkeit** zu ersetzen.

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 3. Ohne abwehrende Satzungsbestimmungen

Enthält die Satzung das von der Abhängigkeit bedrohten Unternehmens keine abwehrende Satzungsbestimmung, sind – ohne Rücksicht auf die Rechtsform – **zwei Typusformen** zu unterscheiden:

- a) **Kapitalistische Gesellschaften**
- b) **Personalistische Gesellschaften**

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 3. Ohne abwehrende Satzungsbestimmungen

#### a) Kapitalistische Gesellschaften

- Bei kapitalistischen (Anleger-)Gesellschaften sind die (hohe) **Dividendenerwartung** und das (als gering eingeschätzte) **Verlustrisiko** das Motiv für die Beteiligung.
- Schutzwürdig ist also *allenfalls* die Erwartung der Gesellschafter, dass die Dividendenerwartung und das Verlustrisiko **wie bei Unabhängigkeit der Gesellschaft fortbestehen** (dazu unter IV.).
- Ein weitergehender Schutz vor Abhängigkeit besteht nicht.

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 3. Ohne abwehrende Satzungsbestimmungen

#### b) Personalistische Gesellschaften

- Personalistische Gesellschaften sind insbesondere sog. **Familiengesellschaften** sowie **Mitunternehmergemeinschaften**.
- Werden diese nicht als abhängige Gesellschaften gegründet, ist Grundlage der Mitgliedschaft jedes Gesellschafters *auch* die Unabhängigkeit der Gesellschaft.
- Hieraus ergeben sich **zwei Vorkehrungen** zum **Schutz der Minderheitsgesellschafter**:
  - (1) Qualifiziertes Mehrheitserfordernis
  - (2) Materielle Beschlusskontrolle

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 3. Ohne abwehrende Satzungsbestimmungen

#### b) Personalistische Gesellschaften

##### (1) Qualifiziertes Mehrheitserfordernis

- Die Begründung der Abhängigkeit ( § 17 I AktG) erfolgt **außerhalb der Satzung**, bedarf also keiner Satzungs-änderung.
- Aber: Ist Grundlage der Beteiligung die Unabhängigkeit der Gesellschaft (s. o.), stellt jeder Beschluss, durch den nachträglich eine Abhängigkeit begründet wird, eine **Strukturänderung** dar.
- Strukturänderungen bedürfen – obgleich im Gesetz nicht als solche ausdrücklich geregelt – **mindestens der für Satzungsänderungen vorgesehenen qualifizierten Mehrheit** (z. B. § 53 II 1, 2 GmbHG, § § 133 I, 179 II AktG).

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 3. Ohne abwehrende Satzungsbestimmungen

#### b) Personalistische Gesellschaften

##### (2) Materielle Beschlusskontrolle

- Außerdem haben die (Mehrheits-)Gesellschafter bei der Ausübung ihres Stimmrechts die **Treuepflicht** zugunsten der Minderheitsgesellschafter zu beachten.
- Die Treuebindung bewirkt, dass die Minderheitsgesellschafter den Beschluss nur hinnehmen müssen, wenn die Abhängigkeit **übergeordneten Interessen der Gesellschaft** entspricht, die das **Interesse die Minderheitsgesellschafter an der Unabhängigkeit überwiegen**.
- Dies ist *in der Regel zu verneinen*. Dann müssen Absicherungen zugunsten der Minderheitsgesellschafter getroffen werden.

## II. Schutz vor Abhängigkeit

### 3. Ohne abwehrende Satzungsbestimmungen

#### b) Personalistische Gesellschaften

- Die Einhaltung der Schutzvorkehrungen unterliegt der **gerichtlichen Überprüfung**.
- Hierbei sind **zwei Vorgehen** zu unterscheiden:

**Var. 1:** Soll die Abhängigkeit durch einen **Beschluss** der Gesellschafter begründet werden, unterliegt dieser der **gerichtlichen Inhaltskontrolle**.

**Var. 2:** Erfordern die Vorgänge **keinen Beschluss** der Gesellschafter, können die (Minderheits-) Gesellschafter gestützt auf ihre Mitgliedschaft (§ 1004 I BGB analog) auf **Unterlassung** der jeweiligen Maßnahme klagen.

## III. Schutz bei Entstehung eines Konzerns

### 1. Divergenz zwischen Abhängigkeit und Konzern

- Besteht die Abhängigkeit ( § 17 AktG) – gleich auf welche Weise sie entstanden ist – wird nach **§ 18 I 3 AktG** das Bestehen eines Konzerns vermutet.
- Die Divergenz besteht darin, dass § 17 AktG nur die **Möglichkeit** voraussetzt, den beherrschenden Einfluss auszuüben, während § 18 I 1 Hs. 1 AktG eine einheitliche Leitung verlangt.
- Daher stellt sich die **Frage**, ob auch bei dem Übergang von einer (bloßen) Abhängigkeit zu einem Konzern i.e.S. ein **Präventivschutz** besteht, also eine (erneute) rechtliche Kontrolle erfolgt und es ggf. (erneut) der Zustimmung der Gesellschafter bedarf.

## III. Schutz bei Entstehung eines Konzerns

### 2. Besteht (auch) ein Konzerneingangsschutz?

Für einen (zusätzlichen) Konzerneingangsschutz besteht aus zwei Gründen **grds. kein Bedürfnis**:

- (1) Die Abhängigkeit ist ein **abstrakter Gefährdungstatbestand** (siehe Einheit 2). Daher muss jederzeit damit gerechnet werden, dass der beherrschende Einfluss für eine einheitliche Leitung genutzt wird.
- (2) Mit dem Eintritt in die Abhängigkeit gewähren die **§ § 311 ff. AktG** einen **ausreichenden Schutz** der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger des abhängigen Unternehmens. Dieser Schutz besteht auch nach dem Übergang zu einem Konzern fort.

Hinzu kommt noch eine **praktische Schwierigkeit**:

- (3) Der Übergang zu einem Konzern erfolgt **ohne Publizitätsakt**. Eine „Konzernierungserklärung“ ist dem AktG fremd. Ein (theoretisch möglicher) Präventivschutz würde daher i.d.R. ungenutzt bleiben.

## III. Schutz bei Entstehung eines Konzerns

### 2. Besteht (auch) ein Konzerneingangsschutz?

Für einen (zusätzlichen) Konzerneingangsschutz besteht aus zwei Gründen **grds. kein Bedürfnis**:

- (1) Die Abhängigkeit ist ein **abstrakter Gefährdungstatbestand** (siehe Einheit 2). Daher muss jederzeit damit gerechnet werden, dass der beherrschende Einfluss für eine einheitliche Leitung genutzt wird.
- (2) Mit dem Vorliegen der Abhängigkeit gewähren die **§ § 311 ff. AktG** einen **ausreichenden Schutz** der Minderheitsgesellschafter und -gläubiger.

Eine **Ausnahme** gilt für den sog. **qualifiziert faktischen Konzern** (siehe Einheit 6), bei dem die Min-

derheitsgesellschafter intensiver gefährdet werden.

- (3) Daher ist die Begründung eines qualifiziert faktischen Konzerns nur zulässig, wenn die **Gesellschafter** bei der AG und KGaA mit satzungändernder Mehrheit, bei der GmbH einstimmig **zustimmen**.

## IV. Beteiligung der Aktionäre

### 1. Einführung

Nach der aktienrechtlichen Kompetenzordnung ist der **Vorstand** im Rahmen seiner **Leitungsmacht** (§ 76 I AktG) dazu berufen, ...

- Unternehmensbeteiligungen zu erwerben und die damit verbundene Stimmrechte auszuüben sowie
- Tochtergesellschaften zu gründen und Vermögenswerte des Unternehmens auf die Tochtergesellschaft zu übertragen (Einlagen).

Hierdurch kann der **wirtschaftliche Wert der Aktien der Muttergesellschaft** erheblich beeinträchtigt werden, z. B. bei der Verlagerung gewinnbringender Tätigkeiten auf Tochtergesellschaften sowie bei dem Ausgleich von Verlusten der Tochtergesellschaft.

## IV. Beteiligung der Aktionäre

### 2. Holzmüller-Rechtsprechung

**Bsp. nach BGHZ 83, 122 ff. (Holzmüller):**

- Das Unternehmen der H-AG besteht aus den Tätigkeitsbereichen A, B und C.
- Tätigkeitsbereich C ist seit Jahren der profitabelste und hat im Jahr 2017 ca. 80 % zu dem Unternehmensergebnis beigetragen.
- Im Frühjahr 2018 beschließt der Vorstand der H-AG, den Tätigkeitsbereich C auszugliedern und im Wege der Spaltung zur Neugründung auf eine 76 %-Tochtergesellschaft zu übertragen.

**Besteht ein Mitwirkungsrecht der Aktionäre in der Hauptversammlung?**

## IV. Beteiligung der Aktionäre

### 2. Holzmüller Rechtsprechung

- Bsp. nach** Für die Spaltung zur Neugründung ist *derzeit* ein **Beschluss über den Spaltungsvertrag** erforderlich, der einer **qualifizierten Mehrheit** bedarf, § 135 Satz 1 i.V.m. §§ 13 I 1, 65 I 1 UmwG.
- Das Um... keitsbe... tätig-
  - Tätigke... ste
  - und hat... -
  - menserg...
  - Im Frühjahr 20... beschließt der Vorstand der H-AG, den Tätigkeitsbereich C auszugliedern und im Wege der Spaltung zur Neugründung auf eine 76 %-Tochtergesellschaft zu übertragen.

**Besteht ein Mitwirkungsrecht der Aktionäre in der Hauptversammlung?**

## IV. Beteiligung der Aktionäre

### 3. Rechtsfortbildung der Rechtsprechung

- **§ 119 I AktG** weist der Hauptversammlung für diese Fälle keine Beschlusskompetenz zu. Eine Vorlage nach **§ 119 II AktG** ist unterblieben.
- Demnach wäre allein der Vorstand zur Entscheidung berufen (**§ 76 I AktG**).
- Aber: Einigkeit darüber, dass der Gesetzgeber des AktG 1965 die Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter des herrschenden Unternehmens nicht erkannt hat.
- Diese Regelungslücke hat der BGH durch **Rechtsfortbildung** geschlossen. Diese besteht aus **zwei ungeschriebenen Elementen**:
  - a) Konzern- bzw. Beteiligungsklausel
  - b) Beschlusskompetenz der Aktionäre

## IV. Beteiligung der Aktionäre

### 3. Rechtsfortbildung der Rechtsprechung

- § 119 I AktG weist der Hauptversammlung für diese Fälle keine Beschlus-

§ 119 II AktG ist un-

- Demnach wäre allein berufen (§ 76 I AktG)

- Aber: Einigkeit darüber 1965 die Schutzbedi herrschenden Unterne

- Diese Regelungslücke hat durch **Rechtsfortbildung** geschlossen. Diese besteht aus **zwei ungeschriebenen Elementen**:

- a) Konzern- bzw. Beteiligungsklausel
- b) Beschlusskompetenz der Aktionäre

Wird eine Voraussetzung nicht gewahrt, kann **jeder Aktionär** gestützt auf seine Mitgliedschaft (§ 1004 I BGB analog) auf **Unterlassung klagen**.

## IV. Beteiligung der Aktionäre

### 3. Rechtsfortbildung der Rechtsprechung

#### a) Konzern- bzw. Beteiligungsklausel

- Der Erwerb einer wesentlichen Beteiligung an einem anderen Unternehmen – sei es durch eine Transaktion, sei es durch eine Ausgründung – ist nicht *per se* Gegenstand des Unternehmens ( § 23 III Nr. 2 AktG).
- Daher bedarf es – ggf. im Wege einer Satzungsänderung – einer sog. **Konzern- bzw. Beteiligungsklausel**.
- Inhaltlich muss die Klausel **hinreichend bestimmt** sein, d. h. den Gegenstand des anderen Unternehmens beschreiben (z. B. „... sowie die Beteiligung an anderen holzverarbeitenden Unternehmen“).

## IV. Beteiligung der Aktionäre

### 3. Rechtsfortbildung der Rechtsprechung

#### b) Beschlusskompetenz der Aktionäre

- Nach BGHZ 83, 122, 131 besteht eine ungeschriebene Beschlusskompetenz der Hauptversammlung, wenn die Maßnahme „so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse“ eingreift, so dass sie das Gewicht einer Satzungsänderung hat (dazu sogleich).
- Ist dies zu bejahen, hat der Vorstand die Maßnahme der Hauptversammlung vorzulegen. Methodologisch handelt es sich um eine **Ermessensreduktion auf Null bei § 119 II AktG**.
- Die Hauptversammlung hat über die Zustimmung mit **satzungsändernder Mehrheit** (§ § 133 I, 179 II AktG) zu entscheiden.

## IV. Beteiligung der Aktionäre

### 3. Rechtsfortbildung der Rechtsprechung

#### b) Beschlusskompetenz der Aktionäre

- Zu fragen ist: **Wann hat die Maßnahmen das „Gewicht einer Satzungsänderung“?**
- Maßgeblich ist die sog. **Mediatisierung der Mitgliedschaftsrechte**, insbesondere der vermögensmäßigen Rechte.
- Da jede Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts eine Mediatisierung bewirkt, berücksichtigt der BGH nicht nur **quantitative**, sondern auch **qualitative Effekte**.
- Auf die Festlegung von Betragsgrenzen hat der BGH daher bewusst verzichtet. Maßgeblich sind **sämtliche Umstände des Einzelfalls**.

# Einheit 4: Konzerneingangskontrolle

---

## Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 89, 162 ff. (Heumann-Ogilvy)
- BGHZ 83, 122 ff. (Holzmüller)
- BGHZ 159, 30 ff. (Gelatine I)
- BGH, ZIP 2004, 1001 ff. (Gelatine II)
- *Decher*, Mitwirkungsrechte der Aktionäre beim Kauf von Unternehmen?, in: FS U. H. Schneider, 2011, S. 261 ff.
- *Hägele*, Praxisrelevante Probleme der Mitteilungspflichten nach § § 20, 21 AktG, NZG 2000, 726 ff.
- *Hoffmann-Becking*, „Holzmüller“, „Gelatine“ und die These von der Mediatisierung der Aktionärsrechte, ZHR 172 (2008), 231 ff.
- *Hüffer*, Verlust oder Ruhen von Aktionärsrechten bei Verletzung aktienrechtlicher Meldepflichten, in: FS Boujong, 1996, S. 277 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)

