

Beck'sches Holding Handbuch

Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Rechnungslegung, Arbeitsrecht, Kartellrecht

Bearbeitet von

Dr. Kai Hasselbach, Dr. Christoph Nawroth, Dr. Adalbert Rödding, Daniel Döpfner, Dr. Frank Laudenklos,
Dr. Alexander Mentz, Dr. Thomas Müller-Bonanni, Dr. Peter Niggemann, Dr. Wolfram Rhein

2. Auflage 2015. Buch. Rund 860 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68099 1

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Steuern > Internationales Steuerrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

5. Konzernierung

5. Konzernierung

Schrifttum: *Holger Altmeppen* Cash Pooling und Kapitalerhaltung im faktischen Konzern, NZG 2010, S. 401–407; *Holger Altmeppen* Cash Pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, NZG 2010, S. 361–368; *Holger Altmeppen* Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2007, S. 2657–2660; *Andreas Austmann* Der verschmelzungsrechtliche Squeeze-out nach dem 3. UmwÄndG 2011, NZG 2011, S. 684–691; *Stephan Balthasar* Zum Austrittsrecht nach § 305 AktG bei „faktischer Beherrschung“, NZG 2008, S. 858–861; *Theodor Baums/Florian Drinhausen/Astrid Keinath* Anfechtungsklagen und Freigabeverfahren. Eine empirische Studie, ZIP 2011, S. 2329–2352; *Walter Bayer/Thomas Hoffmann/Tobias Sawada* Beschlussmängelklagen, Freigabeverfahren und Berufskläger, ZIP 2012, S. 897–911; *Lukas Beck*, Nachteilszufügung, ihre Wirkung und ihr Ausgleich im faktischen Konzern, BB 2015, S. 1289–1294; *Eike Thomas Bicker* Offene Fragen der Existenzvernichtungshaftung im Konzern, DZWIR 2007, S. 284–288; *Klaus Bilda* Erwerb der Ausgleichs- und Abfindungsrechte außenstehender Aktionäre, AG 2008, S. 641–648; *Thomas Bürker* Die Berücksichtigung des Börsenkurses bei Strukturmaßnahmen – BGH revidiert DAT/Altana, NZG 2010, S. 967–971; *Annette Bödeker/Michael Fink* Vermögensrechte von Minderheitsaktionären – Zu den Auswirkungen eines Squeeze-Outs auf den unternehmensvertraglichen Ausgleichsanspruch, NZG 2010, S. 296–298; *Carsten Cramer* Change Of Control-Klauseln im deutschen Unternehmensrecht, 2009; *Barbara Dauner-Lieb* Change Of Control-Klauseln nach Mannesmann, DB 2008, S. 567–571; *Christian E. Decher* Die Ermittlung des Börsenkurses für Zwecke der Barabfindung beim Squeeze out, ZIP 2010, 1673–1678; *Hans Diekmann* Änderungen im Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz anlässlich der Umsetzung der EU-Übernahmerichtlinie in das deutsche Recht, NJW 2007, S. 17–21; *Anja Disput* Change of Control-Klauseln im gewerblichen Mietvertrag, NZM 2008, S. 305–308; *Stephan R. Göthel* Der verschmelzungsrechtliche Squeeze out, ZIP 2011, S. 1541–1550; *Mathias Habersack* Aufsteigende Kredite im Lichte des MoMiG und des „Dezember“-Urteils des BGH, ZGR 2009, S. 347–365; *Kai Hasselbach* Aktuelle Rechtsfragen des aktien- und übernahmerechtlichen Ausschlusses von Minderheitsaktionären, CFL 2010, S. 24–34; *Kai Hasselbach/Felix Ebbinghaus* Auswirkungen der Stollwerck-Entscheidung des BGH auf die Transaktions- und Bewertungspraxis bei börsennotierten Gesellschaften, Der Konzern 2010, S. 467–477; *Klaus Henselmann/Michael J. Munkert/Nadine Winkler/Claudia Schrenker* 20 Jahre Spruchverfahren – Empirische Ergebnisse zum gerichtlichen Verfahrensgang und zum Ausgang von Spruchverfahren, WPg 2013, S. 1153–1161; *Matthias Hentzen* Atypische Risiken aus der Beendigung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, NZG 2008, S. 201–205; *Matthias Hentzen/Oliver Riecks* Übernahmerechtlicher Squeeze-out – ein Nachruf?, DB 2013, S. 1159–1164; *Patrick Hohl/Anna Auerbach* BB-Rechtsprechungsreport zum Squeeze-out 2009, BB 2010, S. 902–907; *Timo Holzborn/Thomas Peschke* Europäische Neutralitätspflicht und Übernahme Squeeze-Out – Die Implementierung der Übernahmerichtlinie im WpÜG, BKR 2007, S. 101–107; *Michael Kort* Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf einen „verdeckten“ Beherrschungsvertrag?, NZG 2009, S. 364–368; *Sebastian Korts* Die Vereinbarung von Kontrollwechselklauseln in Vorstanderverträgen, BB 2009, S. 1876–1884; *Bruno Kropff* Einlagenrückgewähr und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, NJW 2009, S. 814–817; *Klaus Kremers/Thomas Hoffmann* Insolvenzrechtsreform führt zum Mentalitätswechsel, ZInsO 2013, S. 289–290; *Alexander Längsfeld* (Un-)Wirksamkeit von Change-of-Control-Klauseln, NZI 2014, S. 734–739; *Matthias Lehmann* Keine wertpapiermäßige Verkörperung von Abfindungsansprüchen aus Unternehmensvertrag, WM 2007, S. 771–778; *Benjamin Leyendecker* Irrelevanz des anteiligen Unternehmenswerts zur Ermittlung der

Squeeze-out-Abfindung bei Bestehen eines fortdauernden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, NZG 2010, S. 927–930; *Dirk Lorenz* Das Spruchverfahren – dickes Ende oder nur viel Lärm um nichts?, AG 2012, S. 284–288; *Claus Luttermann* Zur Rechtspraxis internationaler Unternehmensbewertung bei der Publikums-Aktiengesellschaft, NZG 2007, S. 611–618; *Dieter Mayer* Praxisfragen des verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out-Verfahrens, NZG 2012, S. 561–575; *Andreas Merkner/Marco Sustmann* BGH beendet Streit über die Berücksichtigung von Nacherwerben bei der Ermittlung des erforderlichen Aktienbesitzes für übernahmerechtlichen Squeeze-out, NZG 2013, S. 374–378; *Thomas Mühl/Andreas Wägenseil* Der Gewinnabführungsvertrag – gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, NZG 2009, S. 1253–1259; *Tobias Nikoleyeczik* Neues zum übernahmerechtlichen Squeeze-out, GWR 2014, S. 207–211; *Nicolas Ott* Der übernahmerechtliche Squeeze-out gemäß §§ 39a f. WpÜG, WM 2008, S. 384–391; *Sorika Pluskar* Nicht missbräuchliche Gestaltungen zur Erlangung der Beteiligungshöhe beim Squeeze-out, NZG 2007, S. 725–729; *Rolf Rattunde* Das neue Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG, GmbHIR 2012, S. 455–462; *Völker Römermann/Jan-Philipp Präß* Die Wirksamkeit von Change-of-Control-Klauseln im Insolvenzfall, NWB 2013, S. 2644–2649; *Carsten Schäfer/Felix Dette* Aktienrechtlicher Squeeze-Out – Beschlussnichtigkeit bei missbräuchlicher Erlangung des Kapitalquorums?, NZG 2009, S. 1–8; *Stephan Scherer* Münchener Anwaltsbuch Erbrecht, 3. Auflage, München 2010; *Martin Schockenhoff/Stephanie Lumpp* Der verschmelzungsrechtliche Squeeze out in der Praxis, ZIP 2013, S. 749–760; *Jürgen S. Sieger/Kai Hasselbach* Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach den neuen §§ 327a ff. AktG, ZGR 2002, S. 120–162; *Roland Steinmeyer/Matthias Santelmann* Zur Widerleglichkeit der Angemessenheitsvermutung beim übernahmerechtlichen Squeeze out, BB 2009, S. 674–678; *Eberhard Stilz* Freigabeverfahren und Beschlussmängelrecht, Festschrift für Hommelhoff (2012), S. 1181–1196; *Ingo Theusinger/Matthias Kapteina* Upstream-Sicherheiten und Limitation Language, NZG 2011, S. 881–887; *Rüdiger Wilhelmi* Upstream-Darlehen nach dem MoMiG, WM 2009, S. 1917–1923.

- 264 Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht besonders wichtig für die Organisation einer Unternehmensgruppe ist die Frage, ob die einzelnen, rechtlich selbständigen Einheiten innerhalb der Gruppe zu einem *Konzern* zusammengefasst sowie als solcher geführt werden können und sollen. Ob innerhalb einer (deutschen) Unternehmensgruppe eine „Konzernierung“, also eine Zusammenfassung verschiedener Gesellschaften zu einem Konzern, stattfindet, hat wesentliche Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften, auf ihre rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit (bzw. deren Verlust) und auf die Möglichkeit der Holding, den Konzern als einheitliches Ganzes zu führen.
- 265 Bei der Konzernierung wird zwischen dem „faktischen Konzern“ einerseits, und dem – durch den Abschluss eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrags geprägten, überwiegend nur in Deutschland und zwischen deutschen Unternehmen vorkommenden – Vertragskonzern andererseits unterschieden. Ansatzpunkt für den rechtlichen Rahmen, den das deutsche Recht beiden Konzertypen setzt, ist vor allem das Vorhandensein von Minderheitsgesellschaften in einzelnen abhängigen Konzerngesellschaften, deren Schutz (neben dem Schutz der Gläubiger) das Konzernrecht in erster Linie dient.
- 266 Die Anwendbarkeit der deutschrechtlichen Vorschriften zu beiden Konzertypen ist in erster Linie für Unternehmensgruppen relevant, die ganz oder teilweise (auch) aus *inländischen Unternehmen* bestehen. Das Konzernrecht

5. Konzernierung

ist weitestgehend eine deutsche Besonderheit; sein Anwendungsbereich ist auf deutsche Unternehmen beschränkt, und in ausländischen Rechtsordnungen finden sich – mit sehr wenigen Ausnahmen – zumeist keine vergleichbaren Regelungen. Für ausländische Unternehmen, auch wenn diese faktisch in einen Konzern mit deutscher Holding eingebunden sind, haben die konzernrechtlichen Vorschriften des deutschen Rechts daher nur eine verhältnismäßig geringe Bedeutung. An ihrer Stelle hat die Holding im Umgang mit den ausländischen Tochtergesellschaften aber die vielfältigen, in ihrer Ausgestaltung sehr unterschiedlichen Regelungen des jeweils anwendbaren ausländischen Gesellschaftsrechts zu beachten, das die Ziele des deutschen Konzernrechts – vor allem den Minderheiten- und den Gläubigerschutz – auf sehr unterschiedliche Art und Weise zu verwirklichen sucht.⁴³⁷

5.1 Faktischer Konzern

In der Rechtspraxis ist die Wahl zwischen den beiden Konzernformen in **267** erster Linie durch die tatsächlichen Beherrschungsverhältnisse in der Unter- gesellschaft, also die faktische Möglichkeit der Holding, eine Konzernierung durchzusetzen, sowie durch steuerliche Vorgaben bestimmt – nämlich durch die Notwendigkeit, die **Verrechnung steuerlicher Gewinne und Verluste** zwischen den betreffenden Konzerngesellschaften durch die Begründung einer **steuerlichen Organschaft** zu ermöglichen, was wiederum den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages i. S. d. § 291 AktG zwischen ihnen voraussetzt. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrages hingegen, der zur vertraglichen Kontrolle der Holding über die abhängige Konzerngesellschaft führt (dazu u. B. 5.2, Rdn. 296), ist für die Begründung einer Organschaft nicht erforderlich. Dies führt in der Praxis jedoch i. d. R. nicht dazu, dass auf die Kombination von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen verzichtet wird, weil eben erst der Beherrschungsvertrag rechtlich umfassende Einflussmöglichkeiten auf das abhängige Unternehmen gewährt.⁴³⁸ Lediglich bei der GmbH finden sich vermehrt auch isolierte Gewinnabführungsverträge, weil dort die Gesellschafter auch ohne Beherrschungsvertrag umfangreiche Weisungsrechte haben. Der faktische Konzern, bestimmt durch ein rein tatsächliches, vor allem durch die Beteiligungsverhältnisse der betroffenen Unternehmen aneinander geschaffenes **Abhängigkeitsverhältnis**, findet sich daher in der Praxis vor allem dann, wenn für eine steuerliche Organschaft – gleich aus welchen Gründen – kein Bedürfnis besteht oder wenn hierfür wegen der damit bzw. allgemein mit dem Abschluss eines Unternehmensvertrags verbundenen gesellschafts- und/oder steuerrechtlichen (Haftungs- und Kosten-) Folgen kein Raum ist. Üblich sind faktische Konzernverhältnisse vor allem bei börsennotierten Unternehmen mit substantiellem Streubesitz, und allgemein bei Unternehmen, die zwar von einem Gesellschafter oder einer

⁴³⁷ MüKo-BGB/Kindler⁵ 2010, IntGesR Rdn. 756; Rechtsvergleichung in KK-AktG/Koppensteiner³ 2004, Vorb. § 291 Rdn. 115 ff.

⁴³⁸ MüKo-AktG/Altmeppen³, 2010, § 291 Rdn. 52; Zahlen bei Spindler/Stilz/Veil² AktG, 2010, Vor § 291 Rdn. 56.

Gesellschaftergruppe faktisch kontrolliert werden, die aber zugleich über substantielle Minderheitsgesellschafter verfügen.

5.1.1 Begriff

268 Der faktische Konzern stellt eine Verbindung von rechtlich selbstständigen Unternehmen dar, bei denen die Abhängigkeit eines oder mehrerer (abhängiger) Unternehmen von einem (oder mehreren) herrschenden Unternehmen nicht auf dem Abschluss eines Beherrschungsvertrages, sondern auf sonstigen, rein tatsächlichen Umständen beruht. Dabei begründet allerdings – entgegen dem in der Wirtschaft teilweise üblichen Sprachgebrauch – nicht jede Mehrheitsbeteiligung eines Unternehmens an einem anderen Unternehmen einen (faktischen) Konzern. Aus rechtlicher Sicht ist dies vielmehr erst dann der Fall, wenn das mehrheitlich beteiligte Unternehmen zum Nachteil des anderen Unternehmens in dessen Geschäftstätigkeit und Rechtspositionen eingreift. Hierdurch entsteht das Risiko einer Beeinträchtigung der Interessen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern der kontrollierten Gesellschaft, und die beiden Gesellschaften werden zu herrschendem bzw. abhängigem Unternehmen, auf die die Regeln des faktischen Konzerns Anwendung finden.⁴³⁹

269 Im Rahmen der faktischen Konzernierung wird je nach Intensität der einheitlichen Unternehmensleitung zwischen **qualifiziert faktischen Konzernen** und **einfachen faktischen Konzernen** unterschieden.⁴⁴⁰ Von einem qualifiziert faktischen Konzern spricht man, wenn die Beziehungen zwischen den verbundenen Gesellschaften so dicht verflochten sind, dass einzelne Eingriffsmaßnahmen des herrschenden Unternehmens im Rahmen ihrer Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft nicht mehr individualisierbar sind und daher von dem herrschenden Unternehmen auch nicht mehr – wie es beim faktischen Konzern in § 311 Abs. 1 AktG eigentlich vorgesehen ist – am Ende eines jeden Geschäftsjahrs einzeln ausgeglichen werden können. In diesen Fällen greifen, anders als im einfachen faktischen Konzern, die gesetzlichen Schutzmechanismen z.B. für Gläubiger der abhängigen Gesellschaft nicht mehr. Ihr Schutz muss dann, was allerdings auf seltene Ausnahmefälle beschränkt ist, u.a. durch eine Haftung des herrschenden Unternehmens gegenüber den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft sicher gestellt werden. Es kommt also zu einem *Haftungsdurchgriff*, unter Zurückstellung der rechtlichen Selbstständigkeit der abhängigen Gesellschaft als Rechtssubjekt und Haftungsmasse.⁴⁴¹ Beispiele hierfür sind insbesondere die Existenzvernichtungshaftung und die Sphären- oder Vermögensvermischung (o.B.4.4.1a), Rdn. 233, B.4.4.3b), Rdn. 241 ff.).⁴⁴²

⁴³⁹ Emmerich/Habersack/Emmerich⁷ Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2013, § 18 Rdn. 1; Hüffer/Koch¹¹ AktG, 2014, § 18 Rdn. 24; Lutter/Stephan, Holding-Handbuch⁵, 2015, § 3 Rdn. 3.73.

⁴⁴⁰ Lutter/Bayer/Törlitzsch, Holding-Handbuch⁵, 2015, § 8 Rdn. 8.78 ff.

⁴⁴¹ BGHZ 149, 10, 17.9.2001, Az. II ZR 178/99; Roth/Altmeppen/Altmeppen⁷ GmbHG, 2012, § 13 Rdn. 128 ff.; Scholz/Westermann¹¹ GmbHG, 2012, Einl. Rdn. 10 ff.; Lutter/Bayer/Törlitzsch, Holding-Handbuch⁵, 2015, § 8 Rdn. 8.81 ff. und 8.88 ff. (auch zu den relevanten Fallgruppen).

⁴⁴² Wicke² GmbHG, 2011, § 13 Rdn. 5 ff., 14.

5. Konzernierung

Der einfache faktische Konzern wiederum beruht auf dem Prinzip, dass „Eingriffe“ des herrschenden Unternehmens in das Unternehmen der abhängigen Gesellschaft und vor allem in dessen Vermögen, die sich aus der Interaktion beider Unternehmen ergeben, in angemessen kurzen Zeiträumen (grds. innerhalb des jeweiligen Geschäftsjahrs) wieder ausgeglichen werden. Die abhängige Gesellschaft wird hier also nicht dauerhaft geschädigt und bleibt als eigenständiges Rechtssubjekt sowie als selbständige Vermögensmasse unangetastet. Das Konzernrecht ist insoweit vor allem bemüht, die Minderheitsgesellschafter der abhängigen Gesellschaft so zu stellen, als gäbe es die faktische Konzernierung gar nicht. Aus rechtlicher Sicht besonders wichtig ist hier vor allem die Frage, welche Rechtshandlungen überhaupt als „Eingriff“ zu qualifizieren sind, und welche schlicht die Ausübung von Gesellschafterrechten des mehrheitlich beteiligten Unternehmens darstellen, die nicht ausgleichspflichtig sind.

Gesetzlich geregelt ist nur der **faktische (Aktien-) Konzern**, und zwar in §§ 311 ff. **AktG**, während das GmbHG und das HGB keine diesbezüglichen Regelungen enthalten. Bei der faktisch konzernierten GmbH bzw. Personengesellschaft werden diese Vorschriften auch nicht entsprechend herangezogen, sondern der Schutz der abhängigen Gesellschaft erfolgt über die allgemeinen Regelungen des GmbHG bzw. des HGB, und zwar vor allem über Satzungsregelungen zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern und – bei der GmbH – über die **Kapitalschutzvorschriften** der §§ 30, 31 GmbHG, welche die ansonsten sehr weit gehenden Einwirkungsmöglichkeiten der Gesellschafterversammlung begrenzen. Der konzernrechtliche Schutz ist in der faktisch konzernierten GmbH und erst recht in der faktisch konzernierten Personengesellschaft deutlich weniger stark ausdifferenziert, weniger weit gehend und in seinen konkreten Auswirkungen auch weniger berechenbar als in der Aktiengesellschaft. Der Grund hierfür liegt im Wesentlichen darin, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des Konzernrechts vor allem die – börsennotierte – AG im Auge hatte, und nicht die i. d. R. stärker personalistisch strukturierten, seltener über Minderheitsgesellschafter verfügenden übrigen Gesellschaftsformen, bei denen sich die übrigen Gesellschafter zudem besser als in der AG durch Satzungsbestimmungen gegen eine negative Einflussnahme seitens eines kontrollierenden Gesellschafters schützen können.

5.1.2 Rechtswirkungen

a) Aktienrecht

Die §§ 311 ff. **AktG**, in denen der faktische Aktienkonzern geregelt ist, dienen – im Zusammenspiel mit den Kapitalschutzvorschriften der §§ 57 und 71a (*Vermögensschutz*) sowie den §§ 93 und 116 **AktG (Organhaftung)** – dem Schutz der Gläubiger und der außenstehenden Aktionäre der abhängigen Gesellschaft. Dabei handelt es sich um einen reinen Konzernbinnenschutz, d. h. die betreffenden Normen sind auf einen (Vermögens-) Ausgleich zwischen den Beteiligten gerichtet und verhindern nicht die Konzernierung selbst. Es gibt also im deutschen Aktienrecht keinen **Konzerneingangsschutz** – dieser findet sich lediglich für börsennotierte Gesellschaften im WpÜG (u. B. 6.2, Rdn. 419f.) oder kann, was zumindest bei Publikums-Aktiengesellschaften,

die auf die freie Übertragbarkeit des von ihnen emittierten Kapitals angelegt sind, in der Praxis sehr selten, und dann zumeist bei Versicherungsunternehmen vorkommt, in der Satzung der Gesellschaft verankert werden (z.B. über die Ausgabe vinkulierter Aktien).⁴⁴³

aa) Kein nachteiliger Einfluss ohne Ausgleich (§ 311 AktG)

- 273 Das faktische Konzernrecht gestattet es dem herrschenden Unternehmen, abhängige Aktiengesellschaften zu **nachteiligen Rechtsgeschäften** oder Maßnahmen zu veranlassen, sofern innerhalb angemessener Zeit ein (wirtschaftlicher) Ausgleich dieser Nachteile erfolgt.⁴⁴⁴ Dies gilt für sämtliche Formen der Einflussnahme, die zu einer Minderung oder zu einer konkreten Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen Gesellschaft führen. Die Bewertung der einzelnen Maßnahmen erfolgt dabei anhand einer Vergleichsbetrachtung, die sich am Verhalten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer unabhängigen Gesellschaft orientiert.⁴⁴⁵ Ein Rechtsgeschäft oder eine Maßnahme, die dieser nicht ergreifen würde, bedarf eines „Ausgleichs“ innerhalb desselben Geschäftsjahrs der abhängigen Gesellschaft, also einer tatsächlichen **Kompensation des Nachteils** oder aber (zumindest) der Gewährung eines diesbezüglichen (werthaltigen) Anspruchs.⁴⁴⁶ Auf diesen Ausgleich hat die abhängige Gesellschaft nach h.M. zwar keinen jederzeit durchsetzbaren Rechtsanspruch, weil es dem herrschenden Unternehmen nach § 311 Abs. 2 AktG gestattet ist, seiner Kompensationspflicht erst am Ende des Geschäftsjahres nachzukommen. Bleibt der Ausgleich jedoch bis zum Ende des Geschäftsjahrs aus, so besteht ab diesem Zeitpunkt ein Schadensersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft gegen die herrschende Gesellschaft gemäß § 317 AktG.⁴⁴⁷ Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft ist verpflichtet, die Voraussetzungen des § 311 AktG zu prüfen, das herrschende Unternehmen ggf. auf die Ausgleichspflicht hinzuweisen und sich die Bereitschaft zum Ausgleich bestätigen zu lassen, bevor das abhängige Unternehmen an ausgleichspflichtigen Maßnahmen mitwirkt – anderenfalls macht er sich gemäß § 93 AktG haftbar.⁴⁴⁸ Erfolgt eine solche Bestätigung nicht oder muss der Vorstand der abhängigen Gesellschaft davon ausgehen, dass das herrschende Unternehmen zur Leistung des Ausgleichs nicht in der Lage oder nicht willens ist, so muss der Vorstand seine Mitwirkung an der betreffenden Maßnahme verweigern.

- 274 Kritisch sind im faktischen Konzern insbesondere **konzerninterne Darlehen**, die von der abhängigen an die herrschende Gesellschaft gewährt wer-

⁴⁴³ Zur Verbreitung von Vinkulierungsklauseln *Bayer/Hoffmann AG* 2007, R. 375 ff.

⁴⁴⁴ Lutter/*Bayer/Töölitzsch*, Holding-Handbuch⁵, 2015, § 8 Rdn. 8.69 ff.

⁴⁴⁵ BGHZ 175, 365, 3.3.2008, Az. II ZR 124/06; MüKo-AktG/*Altmeppen*³ 2010, § 311 Rdn. 158 ff.

⁴⁴⁶ Emmerich/Habersack/*Habersack*⁷ Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2013, § 311 Rdn. 70 ff.; Henn/Frodermann/Jannott/*Schubel*⁸ Handbuch des Aktienrechts, 2009, 872; Hüffer/*Koch*¹¹ AktG, 2014, § 311 Rdn. 44 ff.

⁴⁴⁷ Hüffer/*Koch*¹¹ AktG, 2014, § 311 Rdn. 38; MüKo-AktG/*Altmeppen*³ 2010, § 311 Rdn. 301 ff.

⁴⁴⁸ Emmerich/Habersack/*Habersack*⁷ Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2013, § 311 Rdn. 78; Bürgers/Körber/*Fett*³ AktG, 2014, § 311 Rdn. 60.

5. Konzernierung

den (sog. *Upstream* Darlehen). Diese sind zwar grundsätzlich zulässig, führen aber zu einer Ausgleichspflicht, wenn die hierbei gewährte Verzinsung und/oder – je nach Bonität des herrschenden Unternehmens – die Gewährung von Sicherheiten einem **Drittvergleich** nicht standhält.⁴⁴⁹ Das faktische Konzernrecht ist hinsichtlich des Drittvergleichs allerdings nicht unflexibel, so dass es z. B. ausreicht, wenn zwar einerseits eine nicht marktübliche (bzw. nicht bonitätsangemessene) Verzinsung gewährt wird, der abhängigen Gesellschaft aber zugleich etwa zusätzliche Sicherheiten zur Verfügung gestellt werden, welche die Kreditwürdigkeit der herrschenden Gesellschaft im Vergleich zu einem konzernexternen Schuldner in einer Weise erhöhen, die das Verzinsungs niveau letztlich doch als angemessen erscheinen lässt.⁴⁵⁰ Auch ein **zentrales Cash Management** (C.6.1.1, Rdn. 151) ist deshalb konzernrechtlich zulässig und an sich nicht ausgleichspflichtig, sofern die Liquidität der abhängigen Gesellschaft sowie eine im Marktvergleich angemessene Verzinsung ihrer Mittel und deren jederzeitige Rückzahlung sichergestellt sind.⁴⁵¹ Ist letzteres zweifelhaft, muss sich die abhängige Gesellschaft bei der Einzahlung von Geldern in den Cash Pool wie bei der Vergabe an einen konzernfremden Dritten – insbesondere durch die Stellung von Sicherheiten – absichern.

Entsprechendes gilt für **Konzernumlagen**, mit denen die abhängige Gesellschaft Leistungen der Konzernholding vergütet (wie z. B. die Erbringung von Zentralfunktionsleistungen in den Bereichen Personalwesen, Recht, Steuern, Controlling, Bilanzierung usw.). Eine Ausgleichspflicht besteht auch hier nicht, sofern die Höhe der Umlage angemessen ist und die Erbringung der betreffenden Leistung auch tatsächlich im Interesse des abhängigen Unternehmens liegt, die Umlage also nicht nur – missbräuchlich – zum Abschöpfen von Liquidität oder von Gewinnen aus dem abhängigen Unternehmen dient.⁴⁵²

bb) Abhängigkeitsbericht und Sonderprüfung (§§ 312ff. AktG)

Der Vorstand der abhängigen AG ist, damit die Abhängigkeitsbeziehung und das sich hieraus ergebende gegenseitige Leistungs- und Beziehungsgeflecht transparent werden, zur Erstellung eines jährlichen Berichts über alle Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen – also zu dem Mutterunternehmen und weiteren Konzerngesellschaften – verpflichtet. Hierin sind alle Rechtsgeschäfte der abhängigen Gesellschaft mit dem herrschenden Unternehmen sowie alle Maßnahmen und Rechtsgeschäfte der abhängigen Gesellschaft mit (auch konzernexternen) Dritten darzustellen, sofern sie auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens vorgenommen wurden. Die Erstellung eines solchen Berichts setzt vor allem voraus, dass die Leistungsbeziehungen zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften ständig

⁴⁴⁹ BGHZ 179, 71, 1.12.2008, Az. II ZR 102/07; *Habersack* ZGR 2009, 347, 349 ff.

⁴⁵⁰ MüKo-AktG/*Altmeppen*³ 2010, § 311 Rdn. 242 ff.; *Emmerich/Habersack/Emmerich*⁷ Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2013, § 311 Rdn. 47 a.

⁴⁵¹ BGHZ 182, 103, 20.7.2009, Az. II ZR 273/07; *Emmerich/Habersack/Habersack*⁷ Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2013, § 311 Rdn. 48; MüKo-AktG/*Altmeppen*³ 2010, § 311 Rdn. 225 ff.

⁴⁵² *Emmerich/Habersack/Habersack*⁷ Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2013, § 311 Rdn. 49; MüKo-AktG/*Altmeppen*³ 2010, § 311 Rdn. 277 ff.

genau dokumentiert werden, was durchaus mit einem nicht unerheblichen Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden sein kann.

- 277 Der Abhängigkeitsbericht ist durch den Abschlussprüfer (§ 313 AktG) und den Aufsichtsrat (§ 314 AktG) des abhängigen Unternehmens zu prüfen, die ihrerseits verpflichtet sind, einen schriftlichen Bericht bzw. eine Stellungnahme über das Ergebnis der Prüfung zu verfassen. Den Minderheitsaktionären des abhängigen Unternehmens wiederum steht ein **Sonderprüfungsrecht** zu (§ 315 AktG). Dieses berechtigt sie, die Bestellung eines Sonderprüfers zu beantragen, wenn der Verdacht einer pflichtwidrigen, also z.B. nicht kompensationsfähigen Nachteilszufügung auftritt, sowie zu einem Schadenersatzanspruch, wenn diese tatsächlich nachgewiesen wird. *Praxisprobleme* ergeben sich hier vor allem bei *börsennotierten* abhängigen Gesellschaften, etwa im Nachgang zu einer Übernahme nach dem WpÜG, wo das Sonderprüfungsrecht nicht selten dazu genutzt wird, wirtschaftliche Interessenkonflikte zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären auszufechten oder die notwendigen Informationen hierfür zu erlangen.

b) *GmbH und Personengesellschaften*

- 278 Für die faktisch konzernierte GmbH oder Personengesellschaft existieren, anders als im faktischen Aktienkonzern, keine speziellen gesetzlichen Regelungen. Die Anwendung der §§ 311ff. AktG kommt in beiden Fällen mangels Vergleichbarkeit der Sachlage – die Aktiengesellschaft genießt rechtlich einen deutlich höheren Grad an Unabhängigkeit von ihren Gesellschaftern als andere Gesellschaftsformen, und ihre Aktionäre und Gläubiger bedürfen daher auch eines verstärkten rechtlichen Schutzes – nach h.M. nicht in Betracht. Hier finden daher nur die allgemeinen Vorschriften des GmbH-Rechts bzw. des Personengesellschaftsrechts Anwendung.

aa) *Grundsätze der Konzernierung*

- 279 Bei der *GmbH* verfügt das herrschende Unternehmen durch seine Mehrheit in der Gesellschafterversammlung und die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung über sehr weit reichende Einflussmöglichkeiten. Die Gesellschafterversammlung kann zwar nicht selbst die Geschäftsführung bei der abhängigen GmbH übernehmen und diese auch nicht im Rechtsverkehr vertreten; sie kann aber die Geschäftsführer sowohl in grundsätzlichen bzw. strategischen Fragen anweisen als auch Einzelweisungen zu Fragen des Tagesgeschäfts geben und Maßnahmen der abhängigen GmbH, die grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der dortigen Geschäftsführung fallen, ihrer vorherigen Zustimmung unterwerfen.⁴⁵³ Einen „Kernbereich eigenverantwortlicher und weisungsfreier Geschäftsführung“, der in der Literatur teilweise befürwortet worden ist, gibt es nicht, weil die Verfassung der GmbH eben der Gesellschafterversammlung eine zentrale und umfassende Rolle gibt und zu Lasten der Geschäftsführung weitest gehende Handlungsfreiheit einräumt.⁴⁵⁴

⁴⁵³ Siehe zur Geltung entsprechender Klauseln in der Satzung der Holding (auch) für abhängige Konzerngesellschaften nur Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider¹¹ GmbHG, 2013, § 37 Rdn. 81 f.

⁴⁵⁴ Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider¹¹ GmbHG, 2013, § 37 Rdn. 46; Roth/Altmeppen/Altmeppen⁷ GmbHG, 2012, § 37 Rdn. 6, jew. m. w. N.