

## **Abschlussmodul Konzern- und Umwandlungsrecht mit Übung**

### **Fall 1 / Lösungsübersicht**

#### **Allgemeine Lesehinweise**

Allgemein zu den Begriffen Unternehmen und Abhängigkeit: K/A, § 2; E/H; § 3

Rechtsprechung: BGHZ 69, 334 – Veba/Gelsenberg; BGHZ 135, 107 – VW/Niedersachsen; BGHZ 148, 123 – MLP; BGHZ 63, 193 – Seitz; BGHZ 90, 381 BuM/WestLB; BGHZ 175, 365, Tz. 10 – Telekom/UMTS

Beschlussanfechtung: *Winbichler*, Gesellschaftsrecht (Wi), § 29 VI

Fallbearbeitung: K/A § 2 Rn. 97; Kä, Fall 25

#### **A. Zulässigkeit der Klage**

- I.** Klageart → Anfechtungsklage, § 243 I AktG
- II.** Zuständiges Gericht - § 246 III S. 2 AktG
  1. sachlich: Landgericht, Kammer für Handelssachen (vgl. §§ 93 ff. GVG)
  2. örtlich: Sitz der Gesellschaft
- III.** Klage muss gegen die AG gerichtet sein - § 246 II S. 1 AktG
- IV.** (sonstige) allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen
  1. Parteifähigkeit
  2. Prozessfähigkeit

#### **B. Begründetheit der Klage**

##### **I. Allgemeine Voraussetzungen für die Anfechtungsklage**

1. Anfechtungsbefugnis - § 245 Nr. 1 AktG
2. Klagefrist - § 246 I AktG

##### **II. Anfechtungsgrund - Verstoß gegen §§ 172 II, 176 II 1, 312 III 3 iVm § 243 I?**

Ein Gesetzesverstoß könnte sich hier daraus ergeben, dass der Hauptversammlung keine Schlusserklärung zu einem Abhängigkeitsbericht (§ 314 II 1) vorgelegt wurde. Dies setzt eine Pflicht zur Erstellung eines Abhängigkeitsberichts gemäß § 312 AktG voraus.

Bei der V-AG müsste es sich um eine Aktiengesellschaft handeln, die zu einen anderen Unternehmen in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, ohne dass zwischen der Aktiengesellschaft und dem Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht.

1. Die V-AG ist eine Aktiengesellschaft und es besteht kein Beherrschungsvertrag
2. Jedoch ist fraglich, ob die V-AG zu einem Unternehmen in einem Abhängigkeitsverhältnis iSv §§ 311, 17 steht.

Unternehmen ist jeder Gesellschafter (gleich welcher Rechtsform) mit gesellschafts-fremden Interessen wirtschaftlicher Art, die er neben dem Interesse an der Gesellschaft hat und bei denen die Gefahr besteht, dass der Gesellschafter diese Interessen vorrangig zu Lasten der Gesellschaft verfolgt.<sup>1</sup>

a) Abhängigkeit von Prof. BR?

(1) beherrschender Einfluss von Prof. BR

- Vermutung nach § 17 II AktG greift nicht – BR hat keine Mehrheit
- Aber beherrschender Einfluss nach § 17 I AktG  
Jedoch kann eine Beteiligung unter 50% der Anteile eine beherrschende Stellung iSv § 17 I AktG begründen, wenn das Unternehmen nachweislich die Geschäfte der Gesellschaft maßgeblich beeinflusst. Dies gilt insbesondere, wenn das Unternehmen die Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat maßgeblich bestimmen kann.

i) Anteil an Stimmrechten

- Stimmrechtsbeteiligung von 30% oder mehr der Stimmrechte
- Im Einzelfall denkbar wegen Präsenzmehrheit, insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften (vgl. § 29 II WpÜG)

ii) V-AG nicht börsennotiert, aber folgender Umstand kommt hier hinzu:

- BR ist Vorstandsvorsitzender
- Umfangreichen Einfluss auf das operative Geschäft

(2) Aber eine Abhängigkeit von BR iSv § 311 AktG kommt nur in Betracht, wenn BR auch Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne ist. Daher muss BR jeweils alle Merkmale des konzernrechtlichen Unternehmensbegriffs erfüllen, d.h. es muss die Gefahr einer anderweitigen Interessenbindung anzunehmen. Diese liegt insbesondere dann vor, wenn aufgrund einer wesentlichen Beteiligung an einer anderen Gesellschaft eine anderweitige Interessenbindung vorliegt. Eine derartige Beteiligung ist hier aber nicht ersichtlich. In Ermangelung anderweitigen Interessenbindung ist BR nicht Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne, so dass unabhängig vom Umfang des Einflusses eine Abhängigkeit der V-AG iSv §§ 311 I, 17 AktG von BR nicht in Betracht kommt.

b) Abhängigkeit von BU oder BE

- Beteiligung von BU oder BE allein genügt nicht für beherrschenden Einfluss
- Vermutung nach § 17 II AktG greift nicht
- keine Anhaltspunkte für beherrschenden Einfluss ohne Mehrheit
- 

---

<sup>1</sup> BGHZ 148, 123, 125 – MLP; BGHZ 69, 334, 346 – Veba/Gelsenberg; K/A, § 2 Rn. 30; Hüffer/Koch, AktG (Kommentar), § 15 Rn. 10).

a) Beteiligungs-GmbH kein Unternehmen, da nur an der V-AG beteiligt?

Gemäß § 16 IV gelten Anteile, die einem von ihm abhängigen Unternehmen oder eines von diesem abhängigen Unternehmens gehören als Anteile die dem Unternehmen gehören. Da die B-GmbH in vollem Umfang in den Händen von BU ist, werden BU diese Anteile zugerechnet.

b) Sind BU und BE Unternehmen iSv §§ 311, 15?

Jedoch kann die Zurechnung nach § 16 IV die Eigenschaft "Unternehmen" nicht begründen. Daher müssen sowohl BU, BE als auch BR jeweils alle Merkmale des konzernrechtlichen Unternehmensbegriffs erfüllen.<sup>2</sup>

(1) BE als Unternehmen

Die BE ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und damit der öffentlichen Hand zuzurechnen. Mittlerweile ist in Rechtsprechung und Schrifttum nahezu einhellig anerkannt, dass es, wenn sich die öffentliche Hand an privaten Unternehmen beteiligt, kein Konzernprivileg für die öffentlichen Hand gibt.<sup>3</sup> Daher ist die öffentliche Hand jedenfalls dann als Unternehmen anzusehen, wenn sie eine bedeutende Beteiligung an zwei privaten Gesellschaften hält.

**Vertiefungshinweis** Unternehmen bei Beteiligung der öffentlichen Hand an exakt einem privaten Unternehmen?

Contra Einordnung als Unternehmen:

→ keine Gefahr einer Interessenkollision, da keine Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen

Pro Unternehmen:

→ zwischen öffentlichen Interessen und Interessen einer Aktiengesellschaft größere Divergenz als typischerweise bei Privatinvestor

→ nach h.M. sowohl BU, BE und BR als Unternehmen anzusehen.<sup>4</sup>

Relevanz für den Fall: Der Sachverhalt schweigt zu der Anzahl der Beteiligungen. Folgt man der h.M. kann dies dahinstehen. Generell ist es eher fernliegend, dass die öffentliche Hand nur an einer Gesellschaft beteiligt ist.

(2) BU als Unternehmen

BU ist ein gemeinnütziger Verein. Auch hier stellt sich die Frage einer anderweitigen Interessenbindung. Die Beteiligung an der Beteiligungs-GmbH zählt natürlich nicht, da die GmbH ebenfalls ausschließlich an der V-AG beteiligt ist. Eine anderweitige Interessenbindung ließe sich dennoch begründen, wenn man die obigen Erwägungen zur Gefahr einer anderweitigen Interessenbindung aufgrund der Orientierung am Gemeinwohl bzw. dem öffentlichen Interesse auf einen gemeinnützigen Verein übertrüge. Die wohl h.M. bejaht dies (*Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1, 19; *Sprengel*, Vereinskonzernrecht, 1998, S. 96; ohne Begründung a.A. *Habersack*, in: Scherrer (Hrsg.), Sportkapitalgesellschaften, 1998, S. 52; vgl. auch *Hüffer*, AktG § 16 Rn. 13 aE in Bezug auf Gewerkschaften).

---

<sup>2</sup> BGHZ 148, 123, 126 – MLP; K/A, § 2 Rn. 58 f.

<sup>3</sup> BGHZ 69, 334, 346 – Veba/Gelsenberg; BGHZ 175, 365 -Telekom/UMTS .

<sup>4</sup> K/A, § 2 Rn. 42; vgl. auch BGHZ 175, 365, Tz. 10 – Telekom/UMTS.

### c) Abhängigkeit nach § 17 II AktG

Die Abhängigkeit wird vermutet, wenn ein Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung wie in § 16 definiert hält. Das ist hier nicht der Fall.

Jedoch kann eine Beteiligung unter 50% der Anteile eine beherrschende Stellung iSv § 17 I AktG begründen, wenn das Unternehmen nachweislich die Geschäfte der Gesellschaft maßgeblich beeinflusst. Dies gilt insbesondere, wenn das Unternehmen die Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat maßgeblich bestimmen kann.

Hier kann weder BE, noch BU einen derartigen Einfluss ausüben.

Jedoch haben die beiden Gesellschafter zusammen eine Mehrheit von mehr als 50% in der Hauptversammlung und können die Besetzung der Anteilseignerbank im Aufsichtsrat maßgeblich bestimmen.

#### (1) restriktive Auffassung

Nach einer Auffassung ist eine Abhängigkeit von mehreren Unternehmen nicht möglich. Die Regelungen der §§ 311 ff. seien auf das Verhältnis zwischen einer abhängigen Gesellschaft und EINEM herrschenden Unternehmen ausgerichtet. Für diese Auffassung spricht der Wortlaut §§ 17, 311 AktG ("EIN anderes Unternehmen herrschend Einfluss). Hiernach wäre eine Beherrschung durch BU, BE bzw. BE einzeln oder im Verbund zu verneinen.<sup>5</sup>

#### (2) Konzept der mehrfachen Abhängigkeit

Die Gegenauffassung vertritt das Konzept der mehrfachen Abhängigkeit. Hiernach kann eine Gesellschaft auch von mehreren miteinander zusammenwirkenden Unternehmen abhängig sein. Diese haften nach diesem Ansatz für den nicht erfolgten Ausgleich von Nachteilen gemäß §§ 311, 318 AktG als Gesamtschuldner. Hiernach käme die Annahme eines herrschenden Einflusses durch BU, BE und BR in Betracht.<sup>6</sup>

#### (3) Relevanz des Meinungsstreits für den vorliegenden Fall

Die Entscheidung dieses Streits könnte dahinstehen, wenn die beteiligten Unternehmen zum Zwecke der Verwaltung der Beteiligung an der V-AG und der Koordinierung der Einflussnahme eine Gesellschaft gegründet hätten und diese als eigenständiges herrschendes Unternehmen angesehen werden könnte.<sup>7</sup>

Zwar kommt hier die Annahme eines Zusammenwirkens von BU und BE zum Zweck der Ausübung eines (beherrschenden) Einflusses in Betracht. Jedoch enthält der Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass BU und BE bei der Ausübung ihres Einflusses für Dritte erkennbar als Einheit gemeinsam auftreten (etwa durch einen gemeinsamen Vertreter) und/oder ein von den Gesellschaftern getrenntes Gesellschaftsvermögen bilden. Damit ist die Annahme einer Außen-GbR fernliegend.

---

<sup>5</sup> Zu dieser Auffassung stellvertretend *Bauer*, NZG 2001, 745; vgl. auch Darstellung bei E/H, § 3 III 1; ausführlich E/H, Komm., § 15 Rn. 20 ff.

<sup>6</sup> K/A, § 2 Rn. 39; E/H, § 3 III 1; ausführlich E/H, Komm., § 15 Rn. 20 ff.; vgl. auch BGHZ 62, 103 – Seitz; BGH NJW 1993, 2114 – WAZ/IKZ.

<sup>7</sup> K/A, § 2 Rn. 39.

Eine reine Innengesellschaft ist aber kein tauglicher Adressat für eine Haftung nach § 318 AktG oder sonstige konzernrechtlichen Vorgaben. Damit ist eine Entscheidung des Meinungsstreits notwendig.

#### (4) Stellungnahme und Zwischenergebnis

Für das Konzept der mehrfachen Abhängigkeit sprechen die Zielsetzung und der Zweck des Konzernrechts: Herstellung eines effektiven Schutzes der Minderheit und der Gläubiger vor nachteiliger Einflussnahme von Gesellschaften mit anderen Interessenbindungen. Die Erreichung dieses Zwecks wäre gefährdet, wenn die gemeinsame Einflussnahme von Unternehmen mit anderweitigen Interessenbindungen nicht erfasst würde. Auch der Einwand der Gegenauffassung, wonach die § 311 ff. nur auf das Verhältnis zwischen einer abhängigen Gesellschaft und EINEM herrschenden Unternehmen ausgerichtet seien, ist bei näherer Betrachtung nicht haltbar. Ein bedeutender Teil der § 311 ff. haben als Regelungsadressaten ohnehin die abhängige Gesellschaft bzw. deren Organe. Dies gilt insbesondere auch für die hier in Rede stehende Pflicht zur Erstellung eines Abhängigkeitsberichts.

#### (5) Folgerungen für den vorliegenden Fall

Aber auch die Vertreter des Konzept der mehrfachen Abhängigkeit verlangen, dass die Koordinierung der Einflussnahme eine gewisse Verfestigung und Verstetigung erfährt. Die Kriterien für die notwendige Intensität der Kooperation bzw. Koordinierung sind nicht abschließend geklärt. Jedoch geht die Tendenz dahin, eine ausreichende Verfestigung anzunehmen, wenn die Zusammenarbeit die Voraussetzungen des § 705 BGB für die Bildung einer Innengesellschaft erfüllt.<sup>8</sup>

Aus der Vereinbarung zwischen BR, BU und BE ergibt sich, dass die Vertragspartner mit der Koordinierung einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Die fehlende Bildung eines gesonderten Gesellschaftsvermögens durch Leistung von Beiträgen steht der Annahme einer Innengesellschaft nicht entgegen. Zwar gehört die Leistung von Beiträgen zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen eines Gesellschaftsvertrages iSv § 705. Jedoch kann – anders als bei der Kapitalgesellschaft – der Beitrag iSv § 706 auch in der Vornahme bestimmter Handlungen bestehen. Daher kann die Verpflichtung den Einfluss auf die verabredete Weise auszuüben als sein Beitrag angesehen werden.

Daher ist hier eine Abhängigkeit der V-AG in Form der sogenannten mehrfachen Abhängigkeit von BU und BE anzunehmen.

Daraus folgt, dass die V-AG gemäß § 312 verpflichtet ist, über ihre Beziehungen zu diesen drei Unternehmen zu berichten und die Pflicht des Aufsichtsrats diesen Bericht zu prüfen (§ 314 II S. 1). Ferner ist der Bericht in die Prüfung durch den Abschlussprüfer einzubeziehen (§ 313). All dies ist nicht erfolgt, so dass ein Verstoß gegen §§ 312, 314 vorliegt.

#### 4. Verstoß iSv § 243 I

Jedoch genügt für die Anfechtbarkeit eines Beschlusses nicht, dass die Gesellschaft bzw. der Vorstand gegen eine gesetzliche Bestimmung verstoßen haben. Die Anfechtbarkeit nach § 243 I setzt vielmehr voraus, dass der Hauptversammlungsbeschluss selbst gegen

---

<sup>8</sup> K/A, § 2 Rn. 39; E/H, § 3 III 1; ausführlich E/H, Komm., § 15 Rn. 20 ff.; vgl. auch BGHZ 62, 103 – Seitz; BGH NJW 1993, 2114 – WAZ/IKZ.

Gesetz oder Satzung verstößt. Hier gibt es zwei verschiedene Ansätze, die Anfechtungsrelevanz zu begründen.

a) Gemäß § 120 II liegt in der Entlastung die Billigung der Verwaltung der Gesellschaft durch den Vorstand und den Aufsichtsrat. Zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehört insbesondere deren Rechtmäßigkeit. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>9</sup> führt daher jeder schwerwiegende dem Vorstand zuzurechnende Gesetzes- oder Satzungsverstoß zur Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses.

b) Gemäß § 314 II hat der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung nach § 172 II über das Ergebnis seiner Prüfung des Abhängigkeitsberichts zu berichten und der Bericht ist mit der Einberufung der Hauptversammlung den Aktionären zur Einsicht auszulegen (§ 176 II 1). Der Bericht nach § 172 II ist eine wichtige Informationsgrundlage für den Beschluss über die Entlastung. Damit ergibt sich der Gesetzesverstoß hier aus § 314 II iVm § 172 II, 176 II.

Gemäß § 243 IV 1 AktG kann ein Beschluss wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen nur angefochten werden, wenn diese Information als wesentlich für die sachgerechte Wahrnehmung der Aktionärsrechte angesehen werden kann.

Im Hinblick auf Sinn und Zweck des Abhängigkeitsberichts und der Bedeutung des Berichts des Aufsichtsrats begründet das Fehlen eines Abhängigkeitsberichts eine Unvollständigkeit des Berichts des Aufsichtsrats, die ganz wesentlich für die Wahrnehmung der Aktionärsrechte anzusehen ist. Damit ist der Beschluss auch wegen Verstoßes gegen §§ 314 II iVm §§ 172 II, 176 II 1 anfechtbar.<sup>10</sup>

5. Das Fehlen des Abhängigkeitsberichts ist ein Gesetzesverstoß iSv § 243 I und begründet daher einen Anfechtungsgrund.

### **III. Weitere Anfechtungsgründe – siehe Folien**

---

<sup>9</sup> BGH NJW 2003, 1032 (Macrotron).

<sup>10</sup> Vgl. zum Ganzen K/A. § 2 Rn. 97 / B.III.4.