

Aktiengesetz: AktG

Grigoleit

2. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-68983-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

solche bei Vorzugsaktien (§§ 139 ff.) oder aus Höchststimmrechten (§ 134 I 2), sind bei beiden Positionen außer Ansetzung zu lassen.

IV. Mittelbare Mehrheitsbeteiligung (§ 16 IV)

1. Zurechnungsvoraussetzungen und Folgen. Wenn Anteile dem übergeordneten Unternehmen nicht im Rechtssinne gehören oder dem Privatvermögen eines Einzelkaufmanns zugehörig sind, können sie gleichwohl aufgrund besonderer Zurechnung nach § 16 IV eine Mehrheitsbeteiligung konstituieren. Der Zurechnung liegt einheitlich der Gesichtspunkt des Umgehungsschutzes zugrunde,³³ weil die betreffenden Konstellationen mit **Einflusspotentialen** des übergeordneten Unternehmens verbunden sind, **die einer Zugehörigkeit der Anteile zum Unternehmensvermögen weitgehend entsprechen.** Nach diesem Schutzzweck kommt die Zurechnung – ungeachtet des insoweit unscharfen Wortlauts („auch“) – auch dann zum Tragen, wenn das übergeordnete Unternehmen keine Anteile hält und die Mehrheitsbeteiligung daher vollständig im Wege der Zurechnung begründet werden muss.³⁴

Die **Unternehmenseigenschaft des übergeordneten Unternehmens** kann indes **nicht durch Zurechnung begründet werden**, ihre Feststellung ist einer möglichen Zurechnung vorgelagert.³⁵ Im Einzelnen sind zurechenbar: **Erstens** Anteile, die einem **vom übergeordneten Unternehmen abhängigen Unternehmen** gehören (**§ 16 IV Alt. 1**); nach dem Zweck der Zurechnungsvorschrift und aufgrund der ausschließlichen Auswirkung der Zurechnung auf das übergeordnete Unternehmen gilt dies unabhängig vom kollisionsrechtlichen Auswahlmodus (→ Einl. Rn. 11 ff., → § 15 Rn. 8) auch dann, wenn das abhängige Unternehmen im Ausland gegründet worden ist oder im Ausland seinen Verwaltungssitz hat.³⁶ **Zweitens (§ 16 IV Alt. 2)** werden Anteile zugerechnet, die von einem anderen **für Rechnung** des übergeordneten Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmen (§ 17) gehalten werden. Entsprechend den allgemeinen privatrechtlichen Regeln ist darunter ein Handeln auf Kosten und Risiko des übergeordneten Unternehmens (ohne Stellvertretung) zu verstehen (§§ 662 ff., 675 BGB).³⁷ **Drittens (§ 16 IV Alt. 3)** werden einem **übergeordneten einzelkaufmännischen Unternehmen** die im **Privatvermögen** des Einzelkaufmanns gehaltenen Anteile zugerechnet.

Die Zurechnung von Anteilen Dritter zum übergeordneten Unternehmen führt aber **nicht dazu, dass die Anteile dem Dritten nicht mehr im Sinne der §§ 15 ff. zugeordnet werden (keine Absorptionswirkung)**; denn zum einen ist dies in § 16 IV nicht angeordnet und zum anderen wird eine spezifische Konzerngefahr hinsichtlich des Einflussmittlers nicht durch das Vorhandensein des übergeordneten, mittelbaren Einflussträgers aufgehoben. Es ergibt sich daher eine duale

³³ RegBegr, Kropff S. 30; Adler/Düring/Schmaltz AktG Rn. 22; Hüffer/Koch Rn. 12; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 29.

³⁴ Ganz hM, vgl. etwa OLG Hamm NZG 1998, 681; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 34; MüKoAktG/Bayer Rn. 44 mwN, insbes. auch für die früher vertretene aA.

³⁵ Vgl. BGH NJW 2001, 2973 (2974) = BGHZ 148, 123; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 25; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 16; Spindler/Stilz/Schall Rn. 19; Cahn AG 2002, 30 (33).

³⁶ Ebenso Hüffer/Koch Rn. 12; Adler/Düring/Schmaltz AktG Rn. 23; MüKoAktG/Bayer Rn. 43; GK-AktG/Windbichler Rn. 49. IERG ebenso Spindler/Stilz/Schall Rn. 38.

³⁷ LG Hannover ZIP 1992, 1236 (1239); MüKoAktG/Bayer Rn. 47; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 30, 24 (Weisungsrecht notwendig, wenn nur geringer Kapital-/Risikoeinsatz); Spindler/Stilz/Schall Rn. 22; Sieger/Hasselbach WM 2004, 1370 ff.

Zurechnung und es kann ggf. auch eine duale Mehrheitsbeteiligung zu konstatieren sein.³⁸

- 19 **2. Reichweite der Zurechnung. Stimmbindungsverträge** sind nach § 16 III 1 nicht für die Begründung der Stimmrechtsmehrheit zu berücksichtigen („aus den ihm gehörenden Anteilen“) und auch nicht als Zurechnungsgrund iSv § 16 IV erwähnt. Gleichwohl ist eine **Zurechnung vertraglich effektiv gebundener Stimmrechte im Wege teleologischer Extension von § 16 IV geboten**, weil und wenn die damit erzielbare **Kontrolle den in § 16 IV aufgezählten Fällen gleichkommt**.³⁹ Erweiternd anzuwenden ist auch § 16 IV Alt. 3, indem nicht nur Einzelkaufleuten, sondern auch anderen Unternehmern iSv § 15 Anteile zugerechnet werden, die in Sondervermögen gehalten werden; dies gilt etwa für freiberufliche und andere nichtkaufmännische Unternehmer im Hinblick auf Anteile im Privatvermögen sowie für öffentlich-rechtliche Rechtsträger und andere nicht erwerbswirtschaftliche Rechtsträger, sofern diese Anteile in von ihnen kontrollierten Sondervermögen halten.⁴⁰ Demgegenüber sind **einer Personengesellschaft solche Anteile grds. nicht zuzurechnen, die ein Gesellschafter in seinem Privatvermögen hält**, weil es aus Sicht der Personengesellschaft an der Möglichkeit einer gleichförmigen Interessenverwirklichung hinsichtlich der zum Gesellschaftervermögen gehörigen Anteile fehlt.⁴¹
- 20 Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die **Zurechnungsanordnung** nicht nur hinsichtlich der Begründung einer Mehrheitsbeteiligung, sondern auch **in anderem konzernrechtlichen Kontext** zur Anwendung kommen kann. So ist die Anwendbarkeit von § 16 IV etwa bei §§ 20 IV, 21 II trotz fehlender Verweisung allgemein anerkannt (→ § 20 Rn. 15 ff., 18), umstritten ist sie hingegen bei § 42 (dort → § 42 Rn. 5).

§ 17 Abhängige und herrschende Unternehmen

- (1) **Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.**
- (2) **Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.**

Übersicht

	Rn.
I. Grundlagen	1
II. Beherrschungs-/Abhängigkeitskriterium: Möglichkeit der Ausübung beherrschenden Einflusses (§ 17 I)	5
1. Allgemeine Anforderungen	5
2. Gesellschaftsrechtliche Radizierung des Einflusses	6
3. Anforderungen an die gesellschaftsrechtliche Einflussposition	7

³⁸ Zutr. LG Berlin AG 1998, 195 (196); Maslo NZG 2004, 163 (167); KK-AktG/Koppensteiner Rn. 35 f.; MüKoAktG/Bayer Rn. 45 mwN auch zur heute nicht mehr vertretenen aA.

³⁹ Zutr. Mertens FS Beusch, 1993, 583 (589 ff.); MüKoAktG/Bayer Rn. 41 mwN; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 25, 18a. AA Hüffer/Koch Rn. 13; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 43; Spindler/Stilz/Schall Rn. 34.

⁴⁰ Zutr. und näher MüKoAktG/Bayer Rn. 50; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 19 f.

⁴¹ Ganz hM, vgl. MüKoAktG/Bayer Rn. 51 mwN; Hölters/Hirschmann Rn. 14; GK-AktG/Windbichler Rn. 33.

	Rn.
a) Entscheidungsmacht und Personalentscheidungsmacht	7
b) Dauer und Intensität des Einflusses	8
c) Minderheitsbeteiligung	9
III. Abhängigkeitsvermutung bei Mehrheitsbeteiligung (§ 17 II)	20
1. Allgemeine Anforderungen der Vermutung und ihrer Widerlegung	20
2. Gebot rechtlicher Neutralisierung der Einflussinstrumente	22
3. Neutralisierung der Mehrheitsbeteiligung kraft satzungsmäßiger Disposition über das Stimmrecht	24
4. Vertragliche Neutralisierung der Stimmrechtsmehrheit	25
a) Stimmbindungs- und Entherrschungsvertrag	25
b) Anforderungen an den Neutralisierungsvertrag	26
c) Sanktionierung	28
5. Mehrstufige Konzernverhältnisse	29

I. Grundlagen

Die Vorschrift verankert eine **Legaldefinition** für diejenige Form der Unternehmensverbindung, die durch ein **herrschendes Unternehmen** einerseits und ein **abhängiges Unternehmen** andererseits gekennzeichnet ist. Zentrales Kriterium für ein solches Über-/Unterordnungsverhältnis ist die **Möglichkeit beherrschender Einflussnahme** (§ 17 I), für deren Vorliegen eine **widerlegliche Vermutung** eingreift, wenn die **Voraussetzungen einer Mehrheitsbeteiligung iSv § 16** erfüllt sind (§ 17 II); letztlich ist also allein eine materielle Betrachtung maßgebend.¹ Das **Beherrschungskriterium** ist dem Aktienrecht im Sinne der unzweideutigen Definition der § 17 und der von der Rspr. praktizierten, einschränkenden Auslegung (→ Rn. 6) **einheitlich vorgegeben**.²

Die **Beherrschung** bildet insbes. die **zentrale Anknüpfung des sog. faktischen Konzerns** (§§ 311–318), also für die Regulierung von Über-/Unterordnungsverbindungen ohne (umfassenden) unternehmensvertraglichen (§§ 291–310) oder eingliederungsbedingten (§§ 319–327) Schutz des untergeordneten Unternehmens. Das Beherrschungskriterium wird **im Rahmen der Konzerndefinition** des § 18 um das Element der **Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung des herrschenden Unternehmens** ergänzt, für dessen Vorliegen die Beherrschung eine widerlegliche Vermutung begründet (§ 18 I 3). Dieser Konzernbegriff iS ist allerdings nicht als (neben der Beherrschung) eigenständige Form der Unternehmensverbindung konzipiert, vielmehr sind ihm nur periphere Funktionen zugewiesen (vgl. → § 18 Rn. 2).

Neben der gesetzlichen Regulierung faktischer Konzerne findet das **Beherrschungskriterium** (ähnlich wie der und häufig in Parallele zum Gesichtspunkt der Mehrheitsbeteiligung) **an verschiedenen Stellen Anwendung** um – im Sinne eines positivrechtlichen Zurechnungsdurchgriffs – einer Umgehung von Vorschriften durch Auslagerung bestimmter Vorgänge in eine abhängige Gesellschaft entgegenzuwirken (§§ 16 IV, 20 II, VII, 56 II, III, 71a II, 71d S. 2, 89 II, 100 II, 115 I 2, 134 I 4, 136 II, 145 III, 160 I Nr. 1 und 2). Hinsichtlich des Abfindungsanspruchs

¹ Im Gegensatz dazu steht etwa der formale Beherrschungsbegriff des § 29 II WpÜG, vgl. zur Gegenüberstellung BGH NZG 2012, 1033 Rn. 22 mwN.

² Ganz hM, von der Rspr. stillschweigend zugrunde gelegt, vgl. etwa BGH NJW 1984, 1893 (1896f.) = BGHZ 90, 381 – BuM/WestLB; BGH NJW 1993, 2114 (2115f.) = BGHZ 121, 137 – Zurechnungsklausel. Ferner mwN auch zur früher vertretenen abweichenden Auffassung MüKoAktG/Bayer Rn. 4.

bei Abschluss eines Unternehmensvertrags ist gem. § 305 II Nr. 2 – statt des zwingenden Ausgleichs in Aktien (§ 305 II Nr. 1) bzw. einer zwingenden Barabfindung (§ 305 II Nr. 3) – ein Wahlrecht zwischen Barabfindung und Aktien vorgesehen, wenn beide beteiligten Gesellschaften AG bzw. KGaA sind und die übergeordnete Gesellschaft ihrerseits von einem anderen Unternehmen abhängig ist. Ferner ist das Beherrschungskriterium auch als Anknüpfung der Konzernrechnungslegung verankert, freilich mit eigenständiger Nuancierung (§ 290 I und II HGB).³

- 4 Aus **steuerrechtlicher Perspektive** hat der BFH die **Regeln der sog. Betriebsaufspaltung** unter dem Gesichtspunkt der personellen Verflechtung mit dem Beherrschungskriterium verknüpft; der Mehrheitsaktionär erzielt danach aus der Besitzüberlassung an die beherrschte AG Einkünfte aus Gewerbebetrieb.⁴

II. Beherrschungs-/Abhängigkeitskriterium: Möglichkeit der Ausübung beherrschenden Einflusses (§ 17 I)

- 5 **1. Allgemeine Anforderungen.** Das Kriterium „Ausübung beherrschenden Einflusses“ lässt für die Beschreibung des Verhältnisses zwischen übergeordnetem und untergeordnetem Unternehmen einen **erheblichen Auslegungsspielraum**. **Klargestellt** wird in § 17 I immerhin, dass die **Möglichkeit der Einflussausübung hinreicht**, es also – anders als beim Konzernkriterium des § 18 – **nicht auf deren tatsächliche Praktizierung ankommt**.⁵ Des Weiteren wird **mittelbare Einflussausübung** ausdrücklich als genügend erachtet. Damit ist va die Einschaltung eines seinerseits weisungsabhängigen bzw. wenigstens der Personalgewalt unterstellten, rechtlich selbständigen Einflussmittlers gemeint, insbes. einer Tochtergesellschaft hinsichtlich der Einflussnahme auf die Einzelgesellschaft (mehrstufige Abhängigkeit) oder eines Treuhänders am einflussbegründenden Gesellschaftsanteil.⁶ Beide Fälle werden bei einer regulären Mehrheitsbeteiligung auch über §§ 16 IV, 17 II erfasst, so dass die in § 17 I angeordnete Einbeziehung mittelbarer Einflussausübung nur bei einer Minderheitsbeteiligung eigenständige Bedeutung hat (vgl. auch → Rn. 12). Nach ganz hM kommt es bei Vermittlung des Einflusses zu einer mehrfachen Abhängigkeit, die neben der primär herrschenden Obergesellschaft auch ggü. dem Einflussmittler besteht (vgl. → § 16 Rn. 18). Weitere Konkretisierungen der Anforderungen an die Ausübung beherrschenden Einflusses ergeben sich aus den systematischen und teleologischen Rahmenbedingungen. Für die Beurteilung, ob eine Möglichkeit zur Einflussnahme besteht, kommt es dabei maßgeblich auf die Sicht des abhängigen Unternehmens an.⁷
- 6 **2. Gesellschaftsrechtliche Radizierung des Einflusses.** Die wichtigste Einschränkung ergibt sich aus **systematischen und teleologischen Erwägungen** dahingehend, dass die **Einflussnahme auf gesellschaftsrechtlicher Grund-**

³ Vgl. dazu etwa BT-Drs. 16/12407, 89; ausf. *Lüdenbach/Freiberg* BB 2009, 1230; *Kütting/Seel* BB 2010, 1459. Hingegen noch unter Bezugnahme auf BT-Drs. 16/10067, 78 f. und deshalb auf das Kriterium „einheitliche Leitung“ *KKRD/Morck/Bach* HGB § 290 Rn. 2.

⁴ BFH ZIP 2011, 1468 ff.; dazu *Wachter* DStR 2011, 1599; *Potsch/Stahl* NZG 2011, 1017. Vgl. bereits BFH DStR 1982, 387 = BFHE 135, 330.

⁵ Dies ist vom BGH immer wieder bekräftigt worden; vgl. etwa BGH NJW 1987, 1639 (1640) = BGHZ 99, 1 – Asphaltmischwerke; BGH NJW 1974, 855 (857) = BGHZ 62, 193. Vgl. auch BGH NJW 1997, 1855 (1856 f.) = BGHZ 135, 107; OLG Düsseldorf AG 2009, 873 (874); OLG Stuttgart AG 2009, 204 (205).

⁶ MüKoAktG/Bayer Rn. 73 ff.; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 29 ff., Hüffer/Koch Rn. 6.

⁷ Ganz hM, BGH NJW 1974, 855 (856) = BGHZ 62, 193; BGH NJW 1997, 1855 (1856) = BGHZ 135, 107; GK-AktG/Windbichler Rn. 18; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 11.

lage, dh grds. auf einer **mitgliedschaftlichen Beteiligung** beruhen muss.⁸ Eine rein wirtschaftliche oder aufgrund eines Schuldvertrags gesicherte Einflussposition kann auch dann nicht genügen, wenn diese besonders intensiv bzw. durch besondere organisatorische Einflussinstrumente rechtlich gesichert ist (zum Beispiel: Franchising; Just-in-Time-Lieferverträge; kreditvertragliche Covenants).⁹ Das Erfordernis gesellschaftsrechtlicher Radizierung trägt der grds. **Einbindung in das Aktienkonzernrecht**, der diesbezüglichen Ausrichtung der §§ 16, 19, 20 ff., sowie dem (auch) minderheitsbezogenen Schutzzweck der §§ 311 ff. Rechnung. Dem Konzernrechtsgesetzgeber kann **keine Regelungsabsicht für die gleichsam unendliche Vielzahl von mitgliedschaftslosen Einflussformen und Interessenkonflikten** angesonnen werden. Die Loslösung von einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung würde ferner erhebliche Rechtsunsicherheit hervorrufen, die angesichts der einschneidenden Rechtsfolgen der §§ 311 ff. nicht hinnehmbar ist.¹⁰ Das Gebot der mitgliedschaftlichen Radizierung schließt es freilich nicht aus, dass die Feststellung beherrschenden Einflusses aus dem Zusammenspiel eines (für sich genommen nicht relevanten) mitgliedschaftlichen Einflusses mit (kumulativ vorliegenden) außergesellschaftlichen Einflussinstrumenten abgeleitet werden kann (→ Rn. 15).¹¹

3. Anforderungen an die gesellschaftsrechtliche Einflussposition. a) Ent- **7**
scheidungsmacht und Personalentscheidungsmacht. Beherrschung ist Willensverwirklichung durch Ausübung der Entscheidungs- bzw. Befehlsgewalt. Nach § 17 II begründet die Mehrheitsbeteiligung idR eine hinreichende Beherrschungsmacht. Da die Mehrheitsbeteiligung bei der AG, anders als bei der GmbH, nicht mit Weisungsmacht verbunden ist (§§ 76, 119 II), kann es hier¹² nur auf die **Personalentscheidungsgewalt** ankommen, welche der Stimmrechtsmehrheit durch die Möglichkeit einer Bestimmung über die Besetzung des AR bzw.

⁸ Heute ganz hM. Vgl. insbes. auch zur Begründung BGH NJW 1984, 1893 (1896 f.) = BGHZ 90, 381 – BuM/WestLB, Ferner BGH NJW 1993, 2114 = BGHZ 121, 137 – Zurechnungsklausel; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 15 und MüKoAktG/Bayer Rn. 14–24, jeweils mwN zu Entwicklung und abweichenden Auffassungen. Für die Zwecke von § 54 I BetrVG iVm § 18 I AktG und damit vor abweichendem teleologischen Hintergrund (Sicherstellung der Beteiligungsrechte bei Verlagerung der Entscheidungsmacht) offenlassend BAG BeckRS 2015, 69307 Rn. 26, wobei jedenfalls eine „zumindest gleichwertige[er]“, „verfestigte Möglichkeit [...], grundsätzlich alle unternehmensrelevanten Entscheidungen des abhängigen Unternehmens zu steuern“, für hinreichend erachtet wird. Nicht erforderlich ist eine gesellschaftsrechtliche Absicherung der Einflussnahme nach EuGH, ZIP 2018, 1751 für das den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen iSv § 17 IIIa KSchG.

⁹ Vgl. dazu Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 14 ff. mwN auch zur Gegenansicht; ausf. Ulmer ZGR 1978, 457 (465 ff.). AA etwa LG Oldenburg ZIP 1992, 1632 (1636); Soudry/Löb GWR 2011, 127; Nagel/Riess/Theis DB 1989, 1505 (1508 ff.); Werner, Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand (1979), S. 140 ff.; Spindler/Stilz/Schall Rn. 21 f. für Sonderfälle, in denen Unternehmen einem anderen seinen Willen aufzwingen kann.

¹⁰ So auch Adler/Düring/Schmaltz AktG Rn. 22 ff.

¹¹ Zutr. BGH NJW 1984, 1893 (1897) = BGHZ 90, 381 – BuM/WestLB („Der nicht einmal 25 % erreichende, geschweige denn einer Mehrheitsbeteiligung nahekommende Aktienbesitzer der Bkl. und der Sitz ihres Vorstandsmitglieds im Aufsichtsrat von B bildeten auch in Verbindung mit ihrer wirtschaftlich gewiß bedeutsamen Gläubigerrolle keine ausreichende Grundlage für eine gesellschaftsrechtlich abgesicherte, umfassende und beständige Einflußmöglichkeit“).

¹² Näher zur Beherrschung von anderen Gesellschaftsformen, die im Aktienrecht insbes. im Bereich des Umgehungsschutzes relevant werden kann, MüKoAktG/Bayer Rn. 116 ff.; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 79 ff.

durch dessen Personalherrschaft über den Vorstand zugewiesen ist (§§ 84, 101, 133).¹³ Diese **mediatisierte Konkretisierung** des Herrschaftskriteriums folgt neben § 17 II auch aus der ausdrücklich in § 17 I verankerten Einbeziehung mittelbarer Einflussinstrumente.

- 8 **b) Dauer und Intensität des Einflusses.** An die verschiedentlich vom BGH postulierte **Beständigkeit** der Einflussausübung¹⁴ sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.¹⁵ Es kann allenfalls darum gehen, **zufällige Einflusspositionen** auszuscheiden und eine gewisse Mindestsicherung des Einflusses zu fordern;¹⁶ die **Absicht einer Veräußerung** oder diesbezügliche Dispositionen schließen die Annahme beherrschenden Einflusses jedenfalls nicht aus.¹⁷ Auch das verschiedentlich erwähnte Kriterium der „**umfassenden**“ Einflussnahme¹⁸ hat bislang keine entscheidende praktische Rolle gespielt; bei einer AG ergibt sich dies va aus der binären Struktur der Personalentscheidungsgewalt: Diese liegt grds. uneingeschränkt bei der AR-Mehrheit, die wiederum uneingeschränkt durch die HV-Mehrheit bestimmt werden kann. Eine Beherrschung von Teilfunktionen des Gesellschaftsunternehmens kann (sofern rechtlich möglich, also insbes., wenn die untergeordnete Gesellschaft eine GmbH ist) nur dann genügen, wenn sich der Einfluss mittelbar auch auf die Entfaltung des Unternehmens im Ganzen entscheidend auswirkt.¹⁹
- 9 **c) Minderheitsbeteiligung.** Während die grds. Relevanz einer Mehrheitsbeteiligung (Stimmrechts- und Anteilsmehrheit, § 16) durch § 17 II vorgegeben ist und bei deren Vorliegen allenfalls eine (ausnahmsweise) Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung in Betracht kommt (vgl. näher → Rn. 20 ff.), bedarf die Feststellung herrschenden Einflusses bei Unterschreitung der Anforderungen des § 16, also bei Vorliegen einer Minderheitsbeteiligung, **besonderer Begründung**, die im Hinblick auf abhängige AG insbes. **der mediatisierten Personalentscheidungsgewalt gleichkommen muss.**²⁰ **Nicht genügend** ist jedenfalls der Gesichtspunkt der **Sperminorität**, weil dadurch lediglich Strukturänderungen verhindert, nicht aber die Geschäftspolitik (mittels der Personalgewalt) initiativ bestimmt werden kann; dies gilt auch bei einer Sperminorität, die aufgrund satzungsmäßiger Bestimmung die AR-Wahl blockieren kann (§ 133), weil auch damit etwa im Verhältnis zu

¹³ Zutr. MüKoAktG/Bayer Rn. 26 f.; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 6; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 6 f.

¹⁴ Vgl. etwa BGH NJW 1984, 1893 (1897) = BGHZ 90, 381 – BuM/WestLB; BGH NJW 1997, 1855 (1856) = BGHZ 135, 107; BGH NJW 2001, 2973 (2974) = BGHZ 148, 123. Sa OLG Düsseldorf AG 2009, 873 (874).

¹⁵ Ebenso MüKoAktG/Bayer Rn. 13; Hüffer/Koch Rn. 7.

¹⁶ Spindler/Stilz/Schall Rn. 19; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 11 ff.

¹⁷ Zutr. und mwN MüKoAktG/Bayer Rn. 63, Hüffer/Koch Rn. 7; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 25, die maßgeblich darauf abstellen, dass Abhängigkeit nicht Dauerhaftigkeit voraussetzt. Im Hinblick auf AG einschränkend K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 11. Für das Erfordernis der Dauerhaftigkeit, Bayreuther, Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht (2001), S. 131 ff.

¹⁸ Vgl. etwa BGH NJW 1984, 1893 (1897) = BGHZ 90, 381 – BuM/WestLB; BGH NJW 1997, 1855 (1856) = BGHZ 135, 107; BGH NJW 2001, 2973 (2974) = BGHZ 148, 123.

¹⁹ So auch Spindler/Stilz/Schall Rn. 12 f.; Hüffer/Koch Rn. 7. Weitergehend Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 9 f. mit Verweis auf Auslegung des Kriteriums „einheitliche Leitung“: Einflussnahmemöglichkeit in einem der zentralen Unternehmensbereiche; ähnlich KK-AktG/Koppensteiner Rn. 27.

²⁰ In diesem Sinne etwa BGH NJW 1981, 1512 (1513) = BGHZ 80, 69; BGH NJW 1997, 1855 (1856 f.) = BGHZ 135, 107; BGH NJW 2001, 2973 (2974) = BGHZ 148, 123; OLG Düsseldorf AG 2009, 873 (874 f.).

den Mehrheitsinteressen eine strategische Interessendurchsetzung nicht hinreichend gesichert ist.²¹

aa) Faktische Mehrheitsbeteiligung aufgrund unvollständiger HV-Präsenz. Eine hinreichende Minderheitsbeteiligung liegt insbes. dann vor, wenn diese aufgrund der typischerweise niedrigen **HV-Präsenz** (Streubesitz) tatsächlich eine Stimmrechtsmehrheit sicherstellt. In der **Rspr.** wurde eine solche Beherrschung kraft anteilsbasierter **faktischer Stimmrechtsmehrheit in folgenden Konstellationen** angenommen: Anteilshöhe von 43,74 %, wenn in der HV „kaum jemals wesentlich mehr als 80% des Aktienkapitals vertreten sind“;²² Anteilshöhe von 20 % begründet Stimmrechtsmehrheit in fünf aufeinanderfolgenden Jahren, zusätzlich zwei Sitze im AR;²³ Anteilshöhe von 34 % und zusätzlich Möglichkeit der Verhinderung abweichenden Stimmverhaltens bei einer anderen 25 % Beteiligung aufgrund hälftigen Anteils an dieser, angesichts einer HV-Teilnahme von 83 %.²⁴ Bei einer **in Streubesitz stehenden Gesellschaft** wird danach eine „glatte“ **50 %-Beteiligung** regelmäßig als faktische **Mehrheitsbeteiligung** zu behandeln sein; sofern aber idR alle Aktionäre in der HV vertreten sind, liegt auch im faktischen Sinne keine Mehrheitsbeteiligung vor, so dass ein beherrschender Einfluss wie bei jeder anderen Minderheitsbeteiligung nur durch zusätzliche Einflussinstrumente hergestellt werden kann.

bb) Mängel des Anteilserwerbs. Ebenfalls als faktische Mehrheitsbeteiligung anzuerkennen ist der **an einem (behebaren) Wirksamkeitsmangel leidende, aber tatsächlich vollzogene Mehrheitserwerb.**²⁵ Eine hinreichende Einflussstellung ergibt sich aber **nicht bereits** allein aufgrund einer auf eine Mehrheitsbeteiligung gerichteten, **schuldrechtlichen Erwerbserwartung** (Anteilskauf; Option etc); ausschlaggebend ist vielmehr der „dingliche“ Beteiligungserwerb.²⁶ Der Gesichtspunkt des „vorausseilenden Gehorsams“ vermittelt keine hinreichende Absicherung des Einflusses, er wird insbes. durch die **Möglichkeit widerstreitender Interessen** des „noch-Anteilsseigners“ in Frage gestellt. Positivrechtlich ergibt sich ein deutlicher Umkehrschluss aus § 16 IV sowie aus der expliziten Zurechnungsanordnung nach §§ 20 II Nr. 1 AktG, 34 I 1 WpHG; letztere Normen unterscheiden sich dadurch von der allgemeinen Abhängigkeitsfrage, dass sie auf Herstellung von Transparenz gerichtet und beschränkt sind. Ein **hinreichender Schutz vor schädigender Einflussnahme** kann auch vor Beteiligungserwerb (allgemeiner Schutzpflichtdogmatik entsprechend) **durch eine vorwirkende Treupflichthaftung** gewährleistet werden.

²¹ AA in letzterer Hinsicht MüKoAktG/Bayer Rn. 44; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 25; ähnlich K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 9. Wie hier Adler/Düring/Schmaltz AktG Rn. 37; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 43; Abhängigkeit abl. für den Fall, dass (weiterer) Mehrheitsaktionär vorhanden ist, Hüffer/Koch Rn. 10.

²² BGH NJW 1978, 104 (107) = BGHZ 69, 334 – VEBA.

²³ BGH NJW 1997, 1855 (1857) = BGHZ 135, 107.

²⁴ LG Berlin AG 1996, 230 (231); 1997, 183 (184 f.). Als Gegenbeispiel BGH ZIP 2012, 1177 (1179): Beteiligung von 30,5 % ungenügend bei regelmäßiger HV-Präsenz von 67 % der stimmberechtigten Anteile.

²⁵ Zutr. MüKoAktG/Bayer Rn. 64; zust. Spindler/Stilz/Schall Rn. 24; Bürgers/Körber/Fett Rn. 8; iErg auch K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 14 (Sicht der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft maßgeblich).

²⁶ Zutr. OLG Düsseldorf ZIP 1993, 1791 (1795); GK-AktG/Windbichler Rn. 50 (Einflussnahmemöglichkeit nur tatsächlich, nicht gesellschaftsrechtlich vermittelt); Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 11 aE; Hüffer/Koch Rn. 9. Für vorwirkende Abhängigkeit aber MüKoAktG/Bayer Rn. 54 ff.; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 47 (Verkäufer Zug um Zug verpflichtet, Abstimmung als „Treuhänder“ an den Interessen des Käufers auszurichten). Noch weitergehend M Weber ZIP 1994, 678 (683 ff.), der zum Teil selbst unter Bedingung stehende Kaufverträge für ausreichend erachtet.

- 12 **cc) Vertragliche oder andere Bindung von Stimmrechten.** Als Instrument zur beherrschungsmäßigen Aufwertung einer Minderheitsbeteiligung kommt zunächst eine **vertragliche oder anderweitig gesicherte Bindung von Stimmrechten** Dritter mit dem Ergebnis einer mehrheitsgleichen Kontrolle von HV-Beschlüssen in Betracht. Auf die Unternehmereigenschaft der zugerechneten Anteilsträger kommt es dabei jedenfalls nicht an.²⁷ Die wichtigsten derartigen Kontrollmechanismen sind allerdings bereits durch §§ 16 IV, 17 II erfasst (Anteile im Vermögen von abhängigen Gesellschaften und Treuhändern). Darüber hinaus kann eine mehrheitsgleiche Kontrolle durch Stimmbindungsverträge (im Rahmen deren effektiver Laufzeit) erzielt werden, wobei sämtliche vom potenziell herrschenden Unternehmen nach § 16 I, IV und vertraglich kontrollierten Anteile zusammengezählt eine (jedenfalls faktische, soeben → Rn. 10) Mehrheit begründen müssen.²⁸ Beteiligungsbesitz aufgrund von **Stimmrechtsvollmachten** (insbes.: **Depotstimmrecht**, § 135) begründet wegen der Widerruflichkeit und Weisungsabhängigkeit der Vollmacht sowie aufgrund eines Umkehrschlusses zu § 16 IV keine hinreichend gesicherte Einflussposition und ist daher nicht anzurechnen.²⁹ Soweit eine Eigenbeteiligung der Bank von mehr als 20 % besteht, ist die Ausübung des Vollmachtstimmrechts sogar grds. untersagt (§ 135 III 4).
- 13 **dd) Einflusszurechnung aufgrund tatsächlichen Zusammenwirkens.** Fehlt es an einer effektiven vertraglichen oder sonstigen rechtlichen Absicherung der Stimmrechtskontrolle, so kann nach zutr. Rspr. des BGH unter Umständen auch eine **Zurechnung der Stimmrechtsmacht Dritter aufgrund tatsächlichen Zusammenwirkens** geboten sein. Dies setzt allerdings voraus, „dass die Unterstützung nicht zufällig auftritt, vielmehr auf **ausreichend sicherer Grundlage von vornherein und beständig gesichert** ist.“³⁰ Die Anforderungen an einen solchen (ohne rechtliche Absicherung) „gefestigten Interessenverbund“ sind bislang nicht klar konturiert. Der BGH hat festgestellt, dass eine etwaige Familienverbundenheit als solche nicht genügt, sondern vielmehr zusätzliche Umstände, namentlich eine langfristige geübte Praxis („in der Vergangenheit stets als geschlossene Einheit aufgetreten“), den Schluss rechtfertigen müssen, dass die betreffenden Anteilseigner „beständig zu einer gemeinsamen Stimmrechtsausübung“ zusammenfinden.³¹ Nach diesen Grundsätzen kann unter Umständen auch außerhalb von Familienverbänden ein mehrheitsgleicher Einfluss eines Minderheitsbeteiligten auf Zurechnung von diesem erfahrungsgemäß folgenden Stimmblocken gestützt werden. Allerdings sind an eine solche Zurechnung sehr hohe Anforderungen zu stellen; insbes. bedarf es einer **hinreichenden Plausibilisierung der Beständigkeit** des (nicht-vertragli-

²⁷ Zutr. BGH NJW 1981, 1512 (1513) = BGHZ 80, 69; MüKoAktG/Bayer Rn. 38.

²⁸ Zutr. und näher GK-AktG/Windbichler Rn. 53; MüKoAktG/Bayer Rn. 38. Vgl. auch BayObLG NZG 2002, 579 (582); OLG Düsseldorf ZIP 1993, 1791 (1794); OLG Karlsruhe NZG 2004, 334 (335); OLG Schleswig ZIP 2006, 421 (427).

²⁹ Zutr. Hüffer/Koch Rn. 10; Adler/Düring/Schmaltz AktG Rn. 31; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 49; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 24. AA Spindler/Stilz/Schall Rn. 30. Dies gilt auch für den Fall, dass das Kreditinstitut allein mit den verwalteten *Depotaktien* oder mit Hilfe einer Kapitalanlagetochtergesellschaft in der Lage ist, die (faktische) *HV-Mehrheit* zu realisieren. Anders aber MüKoAktG/Bayer Rn. 50. Zust. KK-AktG/Koppensteiner Rn. 49.

³⁰ BGH NJW 1981, 1512 (1513) (bezogen auf die GmbH) = BGHZ 80, 69.

³¹ BGH NJW 1981, 1512 (1513). Verhältnismäßig großzügig BGH NJW 1974, 855 (857); vgl. auch BGH NJW 1984, 2254 (2256) = BGHZ 77, 94; BGH NJW 1992, 1167 (1168); 1993, 1200 (1202) = BGHZ 122, 123; BGH NJW 1999, 254 (258); OLG Düsseldorf AG 2009, 873 (875).