

INHALTSÜBERSICHT

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Kapitel 1 Einführung	1
A. Problemstellung	1
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	5
C. Gang der Untersuchung	6
Kapitel 2 <i>Related party transactions</i> zwischen wirtschaftlichem Nutzen und Gefahren des Machtmissbrauchs	7
A. <i>Related party transactions</i> als allgemeiner Bestandteil des Wirtschaftslebens	7
B. Gefahren durch Trennung von Eigentum und Kontrolle	8
Kapitel 3 Regulierung von <i>related party transactions</i> im Allgemeinen	15
A. Zweck der Regulierung	15
B. Anwendungsbereich einer Regulierung	19
C. Regulierungsinstrumente	29
Kapitel 4 Regulierung von <i>related party transactions</i> vor ARUG II	35
A. Überblick	35
B. Schutz vor Geschäften mit (beherrschenden) Aktionären	35
C. Schutz vor Geschäften mit Organmitgliedern	95
D. Schutz vor Umgehungsgeschäften	113
E. Ergebnis	138
Kapitel 5 Regulierung von <i>related party transactions</i> nach ARUG II	141
A. Das europäische Gesetzgebungsverfahren – vom Grünbuch zur ARRL	141
B. Das neue Schutzsystem en detail – sinnvolle Lückenfüllung oder Doppelregulierung?	147
Zusammenfassung in Thesen	241
Literaturverzeichnis	245

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Kapitel 1 Einführung	1
A. Problemstellung	1
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	5
C. Gang der Untersuchung	6
Kapitel 2 Related party transactions zwischen wirtschaftlichem Nutzen und Gefahren des Machtmisbrauchs	7
A. Related party transactions als allgemeiner Bestandteil des Wirtschaftslebens	7
B. Gefahren durch Trennung von Eigentum und Kontrolle	8
I. Grundsatz	8
II. Unterschiedliche Spannungsfelder	9
1. Verhältnis Aktionäre – Vorstand	9
2. Verhältnis Aktionäre – Aufsichtsrat	10
3. Verhältnis Minderheitsaktionäre – Mehrheitsaktionär	11
4. Bedeutung der Aktionärsstruktur in Deutschland für eine Regulierung	12
Kapitel 3 Regulierung von related party transactions im Allgemeinen	15
A. Zweck der Regulierung	15
I. Schutzadressaten	15
1. (Minderheits-)Aktionäre börsennotierter Gesellschaften	15
2. Sonstige Interessengruppen?	17
II. Verhinderung von <i>tunneling</i> durch <i>related party transactions</i>	17
1. Begriff des <i>tunneling</i>	18
2. Abgrenzung	19
B. Anwendungsbereich einer Regulierung	19
I. IAS 24.9 als Maßstab?	20
II. Eigene Begriffsbestimmung für <i>related parties</i>	21
1. Einflussreiche Aktionäre	22
a) Dogmatischer Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des maßgeblichen Einflusses	22
aa) Aktienrechtlicher Beherrschungstatbestand (§ 17 Abs. 1 AktG) als zweckmäßiger Anknüpfungspunkt	22
bb) Keine Unternehmenseigenschaft des Aktionärs erforderlich	24

b) Hinreichender Einfluss auch unterhalb der Beherrschungsschwelle?	25
2. Organmitglieder	26
3. Weiterer Umgehungsschutz	27
a) Aktionären und Organmitgliedern persönlich nahe stehende Personen	27
b) Aktionären und Organmitgliedern gesellschaftsrechtlich nahe stehende Personen	28
4. Formulierung der Begriffsbestimmung	28
C. Regulierungsinstrumente	29
I. Schutz durch Transparenz	30
II. Schutz durch Verfahrensrecht	32
III. Schutz durch materielles Recht	33
IV. Durchsetzung (<i>enforcement</i>)	34
Kapitel 4 Regulierung von <i>related party transactions</i> vor ARUG II	35
A. Überblick	35
B. Schutz vor Geschäften mit (beherrschenden) Aktionären	35
I. Schutz durch Transparenz	35
1. Nationale Bilanzierungspflicht (§ 285 Nr. 21 HGB)	35
2. Internationale Bilanzierungspflicht (IAS 24)	37
II. Schutz durch Verfahrensrecht	38
1. Zustimmungsvorbehalt (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)	38
2. Ausnahme von der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht (§ 82 Abs. 1 AktG)	40
a) Grundsatz	40
b) Ausnahme bei Geschäften mit beherrschenden Aktionären	41
III. Schutz durch materielles Recht	42
1. Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 AktG)	42
a) Anwendungsbereich	42
aa) Objektiver Anwendungsbereich	43
bb) Subjektiver Anwendungsbereich	43
b) Bereichsausnahmen	44
c) Rechtsfolgen	45
2. Gleichbehandlungsgebot (§ 53a AktG)	45
3. Schadensersatzpflicht (§ 117 AktG)	47
IV. Enforcement	48
1. Grundsätzliche innere Zuständigkeitsordnung für das <i>enforcement</i> von Ersatzansprüchen	48

2.	Ersatzweise Geltendmachung von Ersatzansprüchen (§ 147 AktG) und Klageerzwingungsverfahren (§ 148 AktG)	49
3.	Klage aus eigenem Recht bei Eigenschäden (Wertung des § 117 Abs. 1 Satz 2 AktG)	50
4.	Zwischenergebnis	51
V.	Stellungnahme	52
1.	Grundsätzlich hohes Schutzniveau durch materielles Recht	52
2.	Gefahr organschaftlicher Interessenkonflikte im Rahmen des <i>enforcements</i>	52
3.	Kein wirksames <i>enforcement</i> der Haftungsansprüche durch Aktionäre	54
a)	Praktische Unwirksamkeit des Klagezulassungsverfahrens (§ 148 AktG)	54
b)	Auch Transparenzdefizit hindert enforcement	55
aa)	Bilanzrechtliche Publizitätspflichten zur Kenntniserlangung unzureichend	56
(1)	Inhaltliche Reichweite und Ausgestaltung der Publizität	57
(2)	Zugänglichkeit der Informationen	58
(3)	Zwischenergebnis	59
bb)	Keine hinreichenden aktienrechtlichen Instrumente zur Sachverhaltsermittlung	59
VI.	Schutz im Konzern	60
1.	Grundlagen	60
a)	Regelungszweck des (aktienrechtlichen) Konzernrechts	61
b)	Konzernrechtlicher Unternehmensbegriff	61
c)	Vergleich mit Regelungszweck von related party transactions	62
2.	Der Vertragskonzern	63
a)	Allgemeines	63
aa)	Überblick zum Vertragskonzernrecht	63
bb)	Gefahren für die außenstehenden Aktionäre	65
b)	Schutz der außenstehenden Aktionäre	65
aa)	Abschluss des Beherrschungsvertrags	65
bb)	Verlustausgleichspflicht (§ 302 AktG)	68
cc)	Angemessener Ausgleich (§ 304 AktG)	69
dd)	Angemessene Abfindung (§ 305 AktG)	70
ee)	Enforcement	71
3.	Der faktische Konzern	72
a)	Überblick zum Recht der faktischen Konzerne	72
b)	Abhängigkeitsbegriff	73

aa) Mehrheitsbeteiligung (§ 16 AktG)	73
bb) Beherrschender Einfluss (§ 17 Abs. 1 AktG)	74
c) Schutz der Minderheitsaktionäre	75
aa) Nachteilsausgleich (§ 311 AktG)	75
bb) Haftung (§ 317 AktG)	78
cc) Abhängigkeitsbericht (§ 312 AktG)	78
dd) Enforcement	80
4. Stellungnahme	81
a) Regulierungslücken durch Voraussetzung der Unternehmenseigenschaft	81
b) Kein wirksames enforcement im Vertragskonzern durch Aktionäre	81
aa) Kein Klagerrecht der Aktionäre hinsichtlich Verlustausgleichsanspruch (§ 302 AktG)	83
bb) Zu hohes Kostenrisiko für Geltendmachung der Schadensersatzansprüche	85
c) Kein wirksames enforcement im Recht der faktischen Konzerne durch Aktionäre	88
aa) Zu hohes Kostenrisiko für Geltendmachung der Schadensersatzansprüche	88
bb) Mängel des Abhängigkeitsberichts (§ 312 AktG)	88
(1) Keine unabhängige Erstellung und Prüfung des Berichts	89
(2) Fehlende Offenlegung des Berichts	91
(3) Unzureichende Kompensation der fehlenden Offenlegung durch Sonderprüfung (§ 315 AktG)	92
VII. Zusammenfassung	94
C. Schutz vor Geschäften mit Organmitgliedern	95
I. Schutz durch Transparenz	96
1. Bilanzrechtliche Publizitätspflichten	96
2. Publizität bei <i>director's dealings</i> (Art. 19 MMVO)	96
3. Offenlegung von Interessenkonflikten aufgrund organschaftlicher Treuepflicht	99
a) Die organschaftliche Treuepflicht im Allgemeinen	99
b) Der Begriff des Interessenkonflikts	100
c) Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten	100
II. Schutz durch Verfahrensrecht	101
1. Vertretung durch Aufsichtsrat gegenüber Vorstandsmitgliedern (§ 112 AktG)	101
a) Objektiver Anwendungsbereich	101
b) Subjektiver Anwendungsbereich	102
c) Rechtsfolgen	103

2. Ausnahme von der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht (§ 82 Abs. 1 AktG)	103
3. Darlehen an Vorstandsmitgliedern (§ 89 AktG)	103
a) Anwendungsbereich	104
b) Rechtsfolgen	104
4. Darlehen an Aufsichtsratsmitglieder (§ 115 AktG)	105
a) Anwendungsbereich	105
b) Rechtsfolgen	105
5. Zustimmungserfordernis für Beratungsverträge (§ 114 AktG)	106
a) Anwendungsbereich	106
b) Rechtsfolgen	106
II. Schutz durch materielles Recht	107
1. Schadensersatzpflicht (§ 93 Abs. 2 AktG) (i.V. m. § 116 Satz 1 AktG))	107
a) Allgemeines	107
b) Verletzung der Treuepflicht durch unangemessene related party transactions	107
c) Haftungsprivileg der business judgement rule	108
2. Schadensersatzpflicht (§ 117 AktG)	109
IV. Enforcement	109
V. Stellungnahme	110
1. Wirksamer verfahrensrechtlicher Schutz	110
2. Gefahr organschaftlicher Interessenkonflikte im Rahmen des <i>enforcements</i>	110
4. Kein wirksames <i>enforcement</i> der Haftungsansprüche durch Aktionäre	112
D. Schutz vor Umgehungsgeschäften	113
I. Schutz vor Geschäften mit Aktionären und Organmitgliedern persönlich nahe stehenden Personen	113
1. Geschäfte mit nahen Familienangehörigen eines beherrschenden Aktionärs	113
a) Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 AktG) auch für Geschäfte mit nahen Familienangehörigen?	113
aa) Meinungsstand	113
bb) Stellungnahme	113
b) Übrige Schutzmechanismen	115
2. Geschäfte mit nahen Familienangehörigen eines Organmitglieds	115
a) Erfordernis der Aufsichtsratzzustimmung für Kreditverträge (§§ 89 Abs. 3, 115 Abs. 2 AktG)	115
b) Vertretung durch den Aufsichtsrat (§ 112 AktG) auch bei Geschäften mit nahen Familienangehörigen?	116

aa) Meinungsstand	116
bb) Stellungnahme	116
c) Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht als Auffangtatbestand	118
d) Offenlegung aufgrund Treuepflicht	119
e) Übrige Schutzmechanismen	120
3. Zwischenergebnis	120
a) Geschäfte mit nahen Familienangehörigen eines Aktionärs	120
b) Geschäfte mit nahen Familienangehörigen eines Organmitglieds	121
II. Schutz vor Geschäften mit Aktionären und Organmitgliedern gesellschaftsrechtlich nahe stehenden Personen	122
1. Geschäfte mit Gesellschaften, deren Mitglied eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans ein Organmitglied oder beherrschender Aktionär der Aktiengesellschaft ist	122
a) Geschäfte mit Gesellschaften, deren Mitglied eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans ein Organmitglied der Aktiengesellschaft ist	122
aa) Erfordernis der Aufsichtsratszustimmung für Kreditverträge (§§ 89 Abs. 4, 115 Abs. 3 AktG)	122
bb) Vertretung durch den Aufsichtsrat (§ 112 AktG) auch bei Geschäften mit Gesellschaften, deren Mitglied des Vertretungsorgan Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft ist?	122
(1) Meinungsstand	122
(2) Stellungnahme	123
cc) Insichgeschäft (§ 181 BGB)	123
dd) Ausnahme von der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht (§ 82 Abs. 1 AktG)	124
ee) Offenlegung aufgrund Treuepflicht	125
ff) Übrige Schutzmechanismen	125
b) Geschäfte mit Gesellschaften, deren Mitglied eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans ein beherrschender Aktionär der Aktiengesellschaft ist	126
aa) Schutz infolge faktischer Konzernierung (§§ 311 ff. AktG)?	126
bb) Übrige Schutzmechanismen	127
2. Geschäfte mit Gesellschaften, an deren Kapital ein Organmitglied oder beherrschender Aktionär der Aktiengesellschaft beteiligt ist	127

a) Geschäfte mit Gesellschaften, an deren Kapital ein Organmitglied der Aktiengesellschaft beteiligt ist	127
aa) Vertretung durch den Aufsichtsrat (§ 112 AktG) auch bei Geschäften mit von Vorstandsmitgliedern gehaltenen Gesellschaften?	127
(1) Meinungsstand	127
(2) Stellungnahme	128
(a) „Wirtschaftliche Identität“	128
(b) Von Vorstandsmitgliedern „nur“ beherrschte Gesellschaften	129
bb) Vorliegen eines Interessenkonflikts?	130
cc) Übrige Schutzmechanismen	131
b) Geschäfte mit Gesellschaften, an deren Kapital ein beherrschender Aktionär der Aktiengesellschaft beteiligt ist	131
aa) Schutz infolge faktischer Konzernierung (§§ 311 ff. AktG)	131
(1) Meinungsstand	131
(2) Stellungnahme	132
bb) Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 AktG) auch für Geschäfte mit von Aktionären gehaltenen Gesellschaften?	134
(1) Meinungsstand	134
(2) Stellungnahme	134
(3) § 311 AktG als <i>lex specialis</i> zum Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 AktG)	135
cc) Übrige Schutzmechanismen	136
3. Zusammenfassung	136
a) Geschäfte mit Gesellschaften, deren Mitglied eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans ein Organmitglied oder beherrschender Aktionär der Aktiengesellschaft ist	136
aa) Geschäfte mit Gesellschaften, deren Mitglied eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans ein Organmitglied der Aktiengesellschaft ist	136
bb) Geschäfte mit Gesellschaften, deren Mitglied eines Vertretungs- oder Aufsichtsorgans ein beherrschender Aktionär der Aktiengesellschaft ist	137
b) Geschäfte mit Gesellschaften, an deren Kapital ein Organmitglied oder beherrschender Aktionär der Aktiengesellschaft beteiligt ist	137
aa) Geschäfte mit Gesellschaften, an deren Kapital ein Organmitglied der Aktiengesellschaft beteiligt ist	137

bb) Geschäfte mit Gesellschaften, an deren Kapital ein beherrschender Aktionär der Aktiengesellschaft beteiligt ist	138
E. Ergebnis	138
Kapitel 5 Regulierung von <i>related party transactions</i> nach ARUG II	141
A. Das europäische Gesetzgebungsverfahren – vom Grünbuch zur ARRL	141
I. April 2011: Grünbuch der EU-Kommission	141
II. Dezember 2012: Aktionsplan der EU-Kommission	142
III. April 2014: Richtlinievorschlag der EU-Kommission	142
IV. November 2014: Italienischer Ratspräsidentschaftsentwurf	143
V. Januar 2015: Lettischer Ratspräsidentschaftsentwurf	144
VI. August 2016: Parlamentsentwurf	146
VII. Juni 2017: Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens und Inkrafttreten der ARRL	146
B. Das neue Schutzsystem en detail – sinnvolle Lückenfüllung oder Doppelregulierung?	147
I. Anwendungsbereich	147
1. Nahestehende Unternehmen und Personen	147
a) Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	147
aa) Nahestehende Unternehmen	148
(1) Dieselbe Unternehmensgruppe (IAS 24.9(b)(i))	148
(c) Power-Kriterium	149
(d) Returns-Kriterium	151
(e) Vergleich mit vertraglicher Konzernierung	151
(f) Vergleich mit faktischer Konzernierung	152
(2) Assozierte Unternehmen (IAS 24.9(b)(ii))	153
(3) Gemeinschaftsunternehmen (IAS 24.9(b)(ii),(iii))	154
(4) Verbindung über Dritte (IAS 24.9(b)(iv))	155
(5) Pensionsfonds (IAS 24.9(b)(v))	155
(6) Beherrschung von oder gemeinschaftliche Führung mit nahestehender natürlicher Person (IAS 24.9(b)(vi))	155
(7) Personen in Schlüsselpositionen (IAS 24.9(b)(vii))	155
(8) Erbringung von Dienstleistungen (IAS 24.9(b)(viii))	156
bb) Nahestehende Personen	156
cc) Erweiterung des Anwendungsbereichs infolge einer Analogie?	157
dd) Bereichsausnahmen nach IAS 24.11	158
b) Kritische Würdigung	159

2.	Geschäftsbeginn	161
a)	Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	161
b)	Kritische Würdigung	162
aa)	Allgemeines	162
bb)	Organisationsverträge und -beschlüsse	163
cc)	Keine Unterlassungen	163
3.	Wesentlichkeit	165
a)	Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	165
b)	Kritische Würdigung	166
aa)	Wirtschaftlicher Wert	166
(1)	Bestimmung des Wertes	166
(2)	Haftungsfälle durch Schätzung des Gegenstandswertes?	167
bb)	Schwellenwert	168
(1)	Bilanzielles Aktivvermögen als einzig maßgebliche Bezugsgröße	169
(2)	1,5%-Schwelle	170
cc)	Aggregationsregelung	172
(1)	Regelung als „notwendiges Übel“	172
(2)	Durchbrechung des Trennungsprinzips infolge teleologischer Erstreckung des Anwendungsbereichs?	173
4.	Beschränkung auf börsennotierte Gesellschaften	174
a)	Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	174
b)	Kritische Würdigung	174
5.	Zwischenergebnis	177
II.	Bereichsausnahmen	177
1.	Marktübliche Geschäfte	178
a)	Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	178
b)	Kritische Würdigung	179
aa)	Allgemeines	179
(1)	Marktüblichkeit der Geschäfte	179
(2)	Ordentlichkeit des Geschäftsgangs	180
bb)	Internes Bewertungsverfahren	181
(1)	Auslegungsschwierigkeiten	181
(2)	Vorstandszuständigkeit	182
cc)	<i>Opting in</i>	183
2.	Geschäfte mit Tochtergesellschaften	184
a)	Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	184
b)	Kritische Würdigung	184
aa)	Auslegung des Richtlinientextes	185
(1)	Beschränkung auf <i>downstream</i> -Geschäfte	185
(2)	„Angemessenes Schutzniveau“	186

bb) Kein tunneling-Risiko bei 100%igen Tochtergesellschaften oder keiner Beteiligung nahestehender Unternehmen oder Personen	187
cc) „Angemessenes Schutzniveau“ bei Geschäften mit in der EU ansässigen börsennotierten Tochtergesellschaften	188
dd) Kein „angemessenes Schutzniveau“ bei Geschäften mit faktisch konzernierten Tochtergesellschaften	189
3. Zwingender Hauptversammlungsbeschluss und Umsetzungsakte	190
a) Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	190
b) Kritische Würdigung	190
aa) Weite Umsetzung grundsätzlich von Richtlinie gedeckt	190
bb) Erfordernis eines Stimmverbots?	192
cc) Folgegeschäfte im Vertragskonzern erfasst?	193
dd) Nach <i>Holzmüller</i> -Doktrin zustimmungsbedürftige Geschäfte erfasst?	195
4. Weitere Ausnahmen	195
a) Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	195
b) Kritische Würdigung	196
5. Zwischenergebnis	196
III. Rechtsfolgen	197
1. Zustimmungspflicht	197
a) Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	197
b) Kritische Würdigung	198
aa) Zuständiges Organ	198
bb) Zustimmungsverfahren	200
(1) Möglichkeit der Ausschussbestellung	200
(2) Sicherung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder	201
(a) Problemaufriss	201
(b) Ausschussbesetzung (§ 107 Abs. 3 Satz 6 AktG)	204
(c) Stimmrechtsausschluss (§ 107 Abs. 3 Satz 5 AktG und § 111b Abs. 2 AktG)	208
cc) Vorlagemöglichkeit an die Hauptversammlung (§ 111b Abs. 4 AktG)	210
2. Transparenzpflicht	211
a) Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	211
b) Kritische Würdigung	212
aa) Art der Veröffentlichung – gesellschaftsrechtliche oder kapitalmarktrechtliche Ausgestaltung?	212
bb) Zeitpunkt der Veröffentlichung	214

cc) Inhalt der Veröffentlichung	216
dd) Überschneidung mit ad hoc-Publizitätspflicht (Art. 17 MMVO)	217
ee) Geheimnisschutz	218
ff) <i>Fairness opinion</i>	218
gg) Erweiterter Anwendungsbereich für Geschäfte von Tochtergesellschaften mit <i>related parties</i>	221
(1) Umgehungsschutz nur für Transparenzpflicht	221
(2) Probleme infolge fehlenden Informationszugangs der Aktiengesellschaft	222
(a) Erfordernis der Kenntnis	223
(b) Wissenszurechnung	224
(c) Rechtmäßigkeit der Informationsweitergabe	226
(d) Informationsanspruch	228
3. Sanktionen	229
a) Inhalt der ARRL und Umsetzung durch das ARUG II	229
b) Kritische Würdigung	230
aa) Entscheidung zur Wirksamkeit im Außenverhältnis verkennt <i>enforcement</i> -Defizite	230
bb) Bußgeldtatbestand (§ 405 Abs. 2a Nr. 6 AktG)	232
cc) Rechtsfragen zur Innenhaftung des Vorstands (§ 93 Abs. 2 AktG)	234
dd) Mögliche Pflichtverstöße für eine Innenhaftung des Aufsichtsrats (§§ 93 Abs. 2 i.V.m. § 116 Satz 1 AktG)	235
ee) Keine Außenhaftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB)	236
ff) Außenhaftung wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)	237
4. Zwischenergebnis	238
IV. Ergebnis	238
Zusammenfassung in Thesen	241
Literaturverzeichnis	245