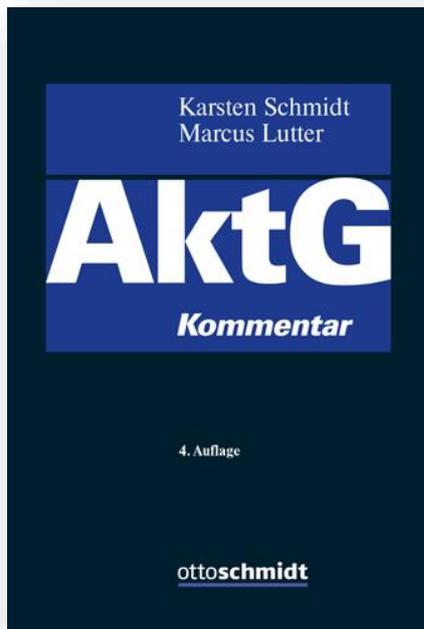


Leseprobe zu



K. Schmidt/Lutter

Aktiengesetz

ISBN 978-3-504-31179-7

4. neu bearbeitete Auflage, 2020, rd. 4500 Seiten, 2 Bände, gebunden, 160x240

349,00 € inkl. MwSt.

Vorwort

Zum idealen Zeitpunkt – kurz nach Inkrafttreten des ARUG II – legen Autoren, Herausgeber und Verlag nunmehr die vierte, wiederum vollständig überarbeitete Auflage des erfolgreich eingeführten AktG-Kommentars vor. Das Werk ist auch weiterhin eine Antwort der rechtlichen Praxis und Wissenschaft auf einen dynamischen Bedeutungszuwachs und Bedeutungswandel, der dem Aktiengesetz von 1965 in den ersten Jahrzehnten seiner Geltung nicht vorhergesagt wurde (statistische Angaben in der Einl. Rz. 2). Die Rechtsform der Aktiengesellschaft ist in den letzten 20 Jahren durch Flexibilisierung „kleiner“ und durch Börsengänge „großer“ Gesellschaften in vielerlei Hinsicht attraktiver geworden und durch Konzentrationsprozesse im Wirtschaftsleben noch weiter vorgedrungen. Gleichzeitig durchlebt das Aktiengesetz, flankiert durch kapitalmarktrechtliche Gesetzgebung und beschleunigt durch die gemeinschaftsrechtliche Rechtsangleichung, im Zuge einer früh schon erkannten „Aktienrechtsreform in Permanenz“ (Zöllner, AG 1994, 336) einen anhaltenden Modernisierungsschub. Dieser wird durch die Judikatur des EuGH, des Bundesverfassungsgerichts, des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte noch verstärkt und ist längst noch nicht abgeschlossen. Betriebswirtschaftliche Erkenntnisse über Unternehmensfinanzierung und Corporate Governance kommen hinzu. Die rechtswissenschaftliche Diskussion beschleunigt und begleitet diesen Wandel, und mit ihm verändern sich auch die Anforderungen an die Kommentarliteratur. Diesem Anspruch zu genügen, hat sich dieser Kommentar seit seiner Erstauflage auf die Fahnen geschrieben und sich bemüht, auch in der vierten Auflage den Modernisierungsprozess des Aktienrechts bestmöglich zu begleiten und der Praxis all die Fragen zu beantworten, die sich ihr in der täglichen Anwendung des Aktienrechts stellen.

Abermals hat eine höchst produktive Gesetzgebung – auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene – den Takt für die Neuauflage vorgegeben, dies wiederum flankiert durch einen ungebrochenen Strom aktienrechtlicher Gerichtsentscheidungen. All dies zeitnah umzusetzen, prägt als große Herausforderung diese Auflage.

Komplett und umfassend kommentiert wurde insbesondere das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2637), das neben gravierenden Änderungen bestehender Vorschriften zahlreiche neue Themenkomplexe in geltendes Recht überführt hat: bessere Identifikation und Unterrichtung der Aktionäre „Know your Shareholder“ (neue §§ 67a–67f AktG), als „Say on Pay“ propagierte stärkere Mitspracherechte der Aktionäre bei der Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat (neue §§ 87a, 120a, 162 AktG), strengere Vorgaben für Geschäfte mit nahestehenden Personen und Unternehmen „Related Party Transactions“ (neue §§ 111a–111c AktG) sowie erhöhte Transparenzpflichten für institutionelle Anleger, Stimmrechtsberater und Vermögensverwalter (neue §§ 134a–134d AktG).

Vollständig eingearbeitet wurden – neben einer Vielzahl weiterer Gesetze – das Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BilRUG), das Gesetz zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie, die Aktienrechtsnovelle 2016, das Abschlussprüfungsreformgesetz (AREG), das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz sowie nicht zuletzt umfassende kapitalmarktrechtliche Änderungen, zuvörderst durch die beiden jüngeren Finanzmarktnovellierungsgesetze (Erstes und Zweites FiMaNoG). Im Gefolge der zahlreichen Gesetzesänderungen wurde auch der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) grundlegend überarbeitet und trat Anfang 2020 in veränderter Fassung in Kraft. Auch diese Änderungen mussten ausgeleuchtet werden und führten an vielen Stellen zu Aktualisierungsbedarf. Kurz vor Drucklegung konnte schließlich noch die alle Bereiche des Wirtschaftslebens durchdringende Gesetzgebung zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie eingefügt werden, die auch für das Aktienrecht punktuelle Anpassungen brachte – allen voran die Ermöglichung einer vollständig präsenzlosen, „virtuellen“ Hauptversammlung.

Das Team der Autoren ist in seinem vorhandenen Bestand weitgehend unverändert geblieben, mit Ausnahme von Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. *Gerd Krieger*, der die bislang gemeinschaftlich verantworteten Kommentierungen mit dieser Auflage vollständig in die Hände von Frau Rechtsanwältin Dr. *Viola Sailer-Coceani* gelegt hat. Die Kommentierungen von Herrn Rechtsanwalt und Notar Dr. *Ingo Klöcker* hat als neu eingetretener Autor Herr Rechtsanwalt Dr. *Jonas Wittgens* übernommen, und für die Fortführung der Bearbeitungen des viel zu früh verstorbenen Notars Dr. *Gerd Langhein* hat, ebenfalls neu im Autorenteam, Herr Notar Dr. *Jan Hupka* Sorge getragen. Einige der durch das ARUG II

neu geschaffenen Regelungsbereiche ließen eine nochmalige Erweiterung des Autorenkreises angezeigt erscheinen, wofür wir Herrn Rechtsanwalt Dr. *Daniel Illhardt* und Herrn Rechtsanwalt Dr. *Konrad von Nussbaum* gewinnen konnten. Allen mit dieser Auflage ausgeschiedenen Autoren gilt unser großer Dank und allen neu eingetretenen ein herzliches Willkommen!

Herausgeber und Verlag geben mit dieser Auflage ein in vielen Teilen umfassend überarbeitetes und vor allem nochmals erweitertes Werk in die Hände seiner Nutzer. Inhaltliche Anregungen werden unmittelbar an den Verlag erbeten (lektorat@otto-schmidt.de).

Hamburg und Bonn, im Mai 2020

Karsten Schmidt
Marcus Lutter

Inhaltsverzeichnis

Band I

	Seite
Vorwort	VII
Bearbeiterverzeichnis	IX
Allgemeines Schrifttumsverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
Internationales Gesellschaftsrecht	15

Kommentierung des AktG

	§§	Seite
Erstes Buch	Aktiengesellschaft	
Erster Teil	Allgemeine Vorschriften	1–22 41
Anhang zu § 22	Kommentierung der §§ 33–47, 127, 128 WpHG ...	Anh. 22 220
Zweiter Teil	Gründung der Gesellschaft	23–53 307
Dritter Teil	Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter	53a–75 579
Vierter Teil	Verfassung der Aktiengesellschaft	
Erster Abschnitt	Vorstand	76–94 1083
Anhang zu § 92	Kommentierung des § 15a InsO	Anh. 92 1358
Zweiter Abschnitt	Aufsichtsrat	95–116 1417
Dritter Abschnitt	Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft	117 1843
Vierter Abschnitt	Hauptversammlung	
Erster Unterabschnitt	Rechte der Hauptversammlung	118–120a 1857
Zweiter Unterabschnitt	Einberufung der Hauptversammlung	121–128 1949
Dritter Unterabschnitt	Verhandlungsniederschrift, Auskunftsrecht	129–132 2099

Band II

Vierter Unterabschnitt	Stimmrecht	133–137 2253
Fünfter Unterabschnitt	Sonderbeschluss	138 2379
Sechster Unterabschnitt	Vorzugsaktien ohne Stimmrecht	139–141 2386
Siebter Unterabschnitt	Sonderprüfung, Geltendmachung von Ersatzansprüchen	142–149 2425

	§§	Seite
Fünfter Teil	Rechnungslegung. Gewinnverwendung	
Erster Abschnitt	Jahresabschluss und Lagebericht. Entsprechenserklärung und Vergütungsbericht	150–162 2591
Zweiter Abschnitt	Prüfung des Jahresabschlusses	
Erster Unterabschnitt	Prüfung durch Abschlussprüfer	163–169 (weggefallen)
Zweiter Unterabschnitt	Prüfung durch den Aufsichtsrat	170, 171 2675
Dritter Abschnitt	Feststellung des Jahresabschlusses. Gewinnverwendung	
Erster Unterabschnitt	Feststellung des Jahresabschlusses	172, 173 2699
Zweiter Unterabschnitt	Gewinnverwendung	174 2711
Dritter Unterabschnitt	Ordentliche Hauptversammlung	175, 176 2716
Vierter Abschnitt	Bekanntmachung des Jahresabschlusses	177, 178 (weggefallen)
Sechster Teil	Satzungsänderung. Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung	
Erster Abschnitt	Satzungsänderung	179–181 2729
Zweiter Abschnitt	Maßnahmen der Kapitalbeschaffung	
Erster Unterabschnitt	Kapitalerhöhung gegen Einlagen	182–191 2799
Zweiter Unterabschnitt	Bedingte Kapitalerhöhung	192–201 2887
Dritter Unterabschnitt	Genehmigtes Kapital	202–206 2931
Vierter Unterabschnitt	Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	207–220 2967
Fünfter Unterabschnitt	Wandelschuldverschreibungen. Gewinnschuldverschreibungen	221 3008
Dritter Abschnitt	Maßnahmen der Kapitalherabsetzung	
Erster Unterabschnitt	Ordentliche Kapitalherabsetzung	222–228 3055
Zweiter Unterabschnitt	Vereinfachte Kapitalherabsetzung	229–236 3084
Dritter Unterabschnitt	Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien. Ausnahme für Stückaktien	237–239 3105
Vierter Unterabschnitt	Ausweis der Kapitalherabsetzung	240 3122
Siebenter Teil	Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und des festgestellten Jahresabschlusses. Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung	
Erster Abschnitt	Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen	
Erster Unterabschnitt	Allgemeines	241–249 3127
Zweiter Unterabschnitt	Nichtigkeit bestimmter Hauptversammlungsbeschlüsse	250–255 3350
Zweiter Abschnitt	Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses	256, 257 3383
Dritter Abschnitt	Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung	258–261a 3409
Achter Teil	Auflösung und Nichtigkeitsklärung der Gesellschaft	
Erster Abschnitt	Auflösung	
Erster Unterabschnitt	Auflösungsgründe und Anmeldung	262, 263 3435

		§§	Seite
Zweiter Unterabschnitt	Abwicklung	264–274	3446
Zweiter Abschnitt	Nichtigerklärung der Gesellschaft	275–277	3485
Zweites Buch	Kommanditgesellschaft auf Aktien	278–290	3493
Drittes Buch	Verbundene Unternehmen		
Erster Teil	Unternehmensverträge		
Erster Abschnitt	Arten von Unternehmensverträgen	291, 292	3585
Zweiter Abschnitt	Abschluss, Änderung und Beendigung von Unternehmensverträgen	293–299	3623
Dritter Abschnitt	Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger	300–303	3687
Vierter Abschnitt	Sicherung der außenstehenden Aktionäre bei Beherrschungs- und Gewinnabführungs- verträgen	304–307	3737
Zweiter Teil	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen		
Erster Abschnitt	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags	308–310	3831
Zweiter Abschnitt	Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags	311–318	3861
Dritter Teil	Eingegliederte Gesellschaften	319–327	3987
Vierter Teil	Ausschluss von Minderheitsaktionären	327a–327f	4039
Fünfter Teil	Wechselseitig beteiligte Unternehmen	328	4135
Sechster Teil	Rechnungslegung im Konzern	329–393 (weggefallen)	
Viertes Buch	Sonder-, Straf- und Schlussvorschriften		
Erster Teil	Sondervorschriften bei Beteiligung von Gebietskörperschaften	394, 395	4143
Zweiter Teil	Gerichtliche Auflösung	396–398	4179
Dritter Teil	Straf- und Bußgeldvorschriften. Schlussvorschriften	399–410	4187
Anhang	Spruchverfahrensgesetz		4225
Stichwortverzeichnis			4331

§ 111a Geschäfte mit nahestehenden Personen

(1) Geschäfte mit nahestehenden Personen sind Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen,

1. durch die ein Gegenstand oder ein anderer Vermögenswert entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder zur Nutzung überlassen wird und
2. die mit nahestehenden Personen gemäß Satz 2 getätigt werden.

Nahestehende Personen sind nahestehende Unternehmen oder Personen im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards, die durch die Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 der Kommission vom 3.11.2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. Nr. L 320 vom 29.11.2008, S. 1; L 29 vom 2.2.2010, S. 34), die zuletzt durch die Verordnung (EU) 2019/237 (ABl. Nr. L 39 vom 11.2.2019, S. 1) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung übernommen wurden. Ein Unterlassen ist kein Geschäft im Sinne des Satzes 1.

(2) Geschäfte, die im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen mit nahestehenden Personen getätigt werden, gelten nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen im Sinne der §§ 107 und 111a bis 111c. Um regelmäßig zu bewerten, ob die Voraussetzungen nach Satz 1 vorliegen, richtet die börsennotierte Gesellschaft ein internes Verfahren ein, von dem die an dem Geschäft beteiligten nahestehenden Personen ausgeschlossen sind. Die Satzung kann jedoch bestimmen, dass Satz 1 nicht anzuwenden ist.

(3) Nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen im Sinne der §§ 107 und 111a bis 111c gelten ferner

1. Geschäfte mit Tochterunternehmen im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards, die durch die Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 übernommen wurden, die unmittelbar oder mittelbar in 100-prozentigem Anteilsbesitz der Gesellschaft stehen oder an denen keine andere der Gesellschaft nahestehende Person beteiligt ist oder die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union haben und deren Aktien zum Handel an einem in einem Mitgliedstaat gelegen oder dort betriebenen geregelten Markt im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Nummer 21 der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (ABl. Nr. L 173 vom 12.6.2014, S. 349; L 74 vom 18.3.2015, S. 38; L 188 vom 13.7.2016, S. 28; L 273 vom 8.10.2016, S. 35; L 64 vom 10.3.2017, S. 116), die zuletzt durch die Richtlinie (EU) 2016/1034 (ABl. Nr. L 175 vom 30.6.2016, S. 8) geändert worden ist, zugelassen sind;
2. Geschäfte, die einer Zustimmung oder Ermächtigung der Hauptversammlung bedürfen;
3. alle in Umsetzung der Hauptversammlungszustimmung oder -ermächtigung vorgenommenen Geschäfte und Maßnahmen, insbesondere
 - a) Maßnahmen der Kapitalbeschaffung oder Kapitalherabsetzung (§§ 182 bis 240), Unternehmensverträge (§§ 291 bis 307) und Geschäfte auf Grundlage eines solchen Vertrages,
 - b) die Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens gemäß § 179a,
 - c) der Erwerb eigener Aktien nach § 71 Absatz 1 Nummer 7 und 8 Satzteil vor Satz 2,
 - d) Verträge der Gesellschaft mit Gründern im Sinne des § 52 Absatz 1 Satz 1,
 - e) der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach den §§ 327a bis 327f sowie
 - f) Geschäfte im Rahmen einer Umwandlung im Sinne des Umwandlungsgesetzes;
4. Geschäfte, die die Vergütung betreffen, die den Mitgliedern des Vorstands oder Aufsichtsrats im Einklang mit § 113 Absatz 3 oder § 87a Absatz 2 gewährt oder geschuldet wird;
5. Geschäfte von Kreditinstituten, die zur Sicherung ihrer Stabilität durch die zuständige Behörde angeordnet oder gebilligt wurden;
6. Geschäfte, die allen Aktionären unter den gleichen Bedingungen angeboten werden.

I. Grundlagen	1	3. Normzweck der §§ 111a ff. AktG	16
1. Überblick	1	4. Praktische Bedeutung der §§ 111a ff. AktG	26
2. Regelung von Related Party Transactions im deutschen Recht außerhalb der §§ 111a ff. AktG	7	5. Verhältnis zum Konzernrecht	29
		6. Europarechtlicher Hintergrund und Entstehungsgeschichte	37

a) Europarecht	37	3. Einrichtung eines internen Kontrollverfahrens (§ 111a Abs. 2 Satz 2 AktG)	171
aa) Art. 9c ARRL	37	a) Inhalt und Ausgestaltung	171
bb) Ausgangsentwurf der Kommission vom 9.4.2014	39	b) Zuständigkeit	177
cc) Entwicklung seit 2014	45	c) Ausschluss der betroffenen nahestehenden Personen von der Prüfung	180
b) Entstehungsgeschichte des ARUG II	47	d) Rechtsfolge des Fehlens eines Verfahrens	184
II. Betroffene Gesellschaften	52	4. Satzungsdispens (§ 111a Abs. 2 Satz 3 AktG)	186
1. Börsennotierung	52	VI. Ausnahmen nach § 111a Abs. 3 AktG	191
2. Anwendbarkeit auf KGaA und SE	56	1. Überblick	191
III. Nahestehende Personen (§ 111a Abs. 1 Satz 2 AktG)	58	2. Geschäfte mit Tochterunternehmen (§ 111a Abs. 3 Nr. 1 AktG)	193
1. Überblick	58	a) Überblick	193
2. Allgemeine Grundsätze	64	b) Geschäfte mit 100-prozentigen Tochterunternehmen	198
3. Details zu nahestehenden Unternehmen	70	c) Geschäfte mit Tochterunternehmen ohne Beteiligung nahestehender Personen	202
a) Begriff des Unternehmens	70	d) Geschäfte mit börsennotierten Tochtergesellschaften	204
b) Beherrschung (Zugehörigkeit zu Unternehmensgruppe)	71	3. Geschäfte, die einer Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen (§ 111a Abs. 3 Nr. 2 AktG)	206
aa) Überblick	71	a) Allgemeine Hinweise zum Anwendungsbereich	206
bb) Verfügungsgewalt	75	b) Teleologischer Grund und europarechtliche Basis	212
cc) Zurechnung von Entscheidungsrechten	84	c) Einzelne Hauptversammlungsbeschlüsse	218
c) Maßgeblicher Einfluss (Assoziiertes Unternehmen)	89	4. Geschäfte, die zustimmende Hauptversammlungsbeschlüsse umsetzen (§ 111a Abs. 3 Nr. 3 AktG)	225
d) Beteiligung an gemeinschaftlicher Führung eines Unternehmens (Gemeinschaftsunternehmen)	94	a) Allgemeine Hinweise	225
e) Vermitteltes Nahestehen	98	b) Unternehmensverträge und Geschäfte auf Grundlage eines solchen Vertrages (§ 111a Abs. 3 Nr. 3 lit. a) AktG)	231
4. Nahestehende natürliche Personen	102	c) Sonstige Umsetzungsgeschäfte (§ 111a Abs. 3 Nr. 3 lit. a) bis f) AktG)	238
5. Ausschluss des Nahestehens	106	d) Europarechtliche Legitimation	241
6. Kenntniserlangung vom Näheverhältnis	107	5. Geschäfte, die die Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung betreffen (§ 111a Abs. 3 Nr. 4 AktG)	245
IV. Relevante Geschäfte nach § 111a Abs. 1 AktG	110	6. Geschäfte zur Sicherung der Stabilität von Kreditinstituten (§ 111a Abs. 3 Nr. 5 AktG)	250
1. Überblick	110	7. Geschäfte, die allen Aktionären unter gleichen Bedingungen angeboten werden (§ 111a Abs. 3 Nr. 6 AktG)	256
2. Rechtsgeschäfte und Maßnahmen	116		
3. Übertragung/Überlassung eines Vermögenswerts	121		
4. Sonderfälle	127		
5. Unterlassen	137		
V. Geschäfte im ordentlichen Geschäftsgang (§ 111a Abs. 2 AktG)	139		
1. Überblick	139		
2. Geschäfte i.S.d. § 111a Abs. 2 Satz 1 AktG	143		
a) Ordentlicher Geschäftsgang	145		
b) Marktübliche Bedingungen	150		
c) Zusammenhang zwischen beiden Voraussetzungen	157		
d) Einzelfälle	159		

Literatur: *Backhaus/Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats bei Geschäften mit nahestehenden Personen (Related Party Transactions) bei der KGaA – HGB sticht AktG, AG 2019, 287; *Barg*, Regulierung von Related Party Transactions im deutschen Aktienrecht, AG 2020, 149; *Bayer/J. Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2016/17, BB 2017, 2114; *Bayer/J. Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2017/18, BB 2018, 2562; *Bayer/J. Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil II, BB 2019, 2178; *Bayer/Selentin*, Related Party Transactions: Der neueste EU-Vorschlag im Kontext des deutschen Aktien- und Konzernrechts, NZG 2015, 7; *BDI/FBD*, Erforderliche Harmonisierung oder unnötiger Systembruch – Der Vorschlag der EU-Kommission zu Related Party Transactions, abrufbar unter http://www.bdi.eu/download_content/2015_Related_Party_Transactions.pdf; *Bremer*, Neuere Entwicklungen in Brüssel – Reform der Aktionärsrechte-Richtlinie ante portas, NZG 2014, 415; *BRAK*, Stellungnahme Nr. 39/2014 vom September 2014 zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung (COM(2014) 213) vom

9.4.2014; *Brouwer*, ARUG II geht in die nächste Runde, GmbHR 2019, R120; *Bungert/Berger*, Say on Pay und Related Party Transactions: Der RefE des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (Teil 2), DB 2018, 2860; *Bungert/de Raet*, Die Aktionärsrechterichtlinie im EU-Parlament: Die Auswirkungen der geplanten Regelungen zu Related Party Transactions auf das deutsche Konzernrecht, Der Konzern 2015, 289; *Bungert/Wansleben*, Umsetzung der überarbeiteten Aktionärsrechterichtlinie in das deutsche Recht: Say on Pay und Related Party Transactions, DB 2017, 1190; *Bungert/Wansleben*, ARUG II: Say on Pay und Related Party Transaction im Regierungsentwurf aus Sicht der Praxis, BB 2019, 1026; *Civelek*, Regulierungsoptionen für Related Party Transactions, 2019; *DAI*, Position zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie (Nov. 2014), abrufbar unter https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/positionspapiere/2014-11-06_%20Stellungnahme%20DAI%20Aktionaersrechte_richtlinie%20FINAL.pdf; *DAV-HRA*, Stellungnahme des DAV-Handelsrechtsausschusses zum Vorschlag der Europäischen Kommission einer Richtlinie zur Änderung der RL 2007/36/EG (Aktionärsrechte-Richtlinie) – COM (2014) 213, NZG 2015, 54; *DAV-HRA*, Stellungnahme des DAV-Handelsrechtsausschusses zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II), NZG 2019, 12; *Decher*, Strittige Related Party Transactions als Bremse für Verschmelzung und Squeeze-out?, in FS E. Vetter, 2019, S. 95; *Drygala*, Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions, AG 2013, 198; *Eisele/Oser*, RegE ARUG II: Ausgewählte Anwendungsfragen der neuen Zustimmungs- und Publizitätspflichten für Geschäfte mit nahestehenden Personen, DB 2019, 1517; *Engert/Florstedt*, Geschäfte mit nahestehenden Personen aus empirischer Sicht, ZIP 2019, 493; *Enriques*, Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal), EBOR 2015, 1; *Fleischer*, „Geheime Kommandosache“: Ist die Vertraulichkeit des Abhängigkeitsberichts (§ 312 AktG) noch zeitgemäß?, BB 2014, 835; *Fleischer*, Related Party Transactions bei börsennotierten Gesellschaften: Deutsches Aktien(konzern)recht und Europäische Reformvorschläge, BB 2014, 2691; *Florstedt*, Die wesentlichen Änderungen des ARUG II nach den Empfehlungen des Rechtsausschusses, ZIP 2020, 1; *Florstedt*, Der Aktionärschutz bei Geschäften mit nahestehenden Personen gem. § 107 AktG und §§ 111a-c AktG, ZHR 184 (2020), 10; *Grigoleit*, Regulierung von Related Party Transactions im Kontext des deutschen Konzernrechts, ZGR 2019, 412; *Grobecker/Wagner*, Der RefE eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie im Überblick, Der Konzern 2018, 419; *Hallemeesch*, Self-dealing by Controlling Shareholder: Improving Minority Protection in Light of Article 9c SRD, ECFR 2018, 197; *Heldt*, Say on Pay und Related Party Transactions im Referentenentwurf des ARUG II aus gesellschaftspolitischer Sicht, AG 2018, 905; *Hommelhoff*, Ein Neustart im europäischen Konzernrecht, KSzW 2014, 63; *Hopt*, Der Aufsichtsrat – Bedeutungswandel, Konvergenz, unternehmerische Mitverantwortung, Pflichten- und Haftungszuwachs, ZGR 2019, 507; *Illner/Hoffmann*, Regierungsentwurf zum ARUG II: Bußgeld- und Haftungsrisiken und Folgen für die Hauptversammlung, ZWH 2019, 81; *Inci*, Diskussionsbericht zum Berliner Kreis für Gesellschaftsrecht: Die reformierte Aktionärsrechte-Richtlinie und ihre Umsetzbarkeit ins deutsche Recht, NZG 2017, 579; *Jung*, Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen (Related Party Transactions), WM 2014, 2351; *Jung/Stiegler* in *Jung/Krebs/Stiegler* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 30: Aktionärsrechte-Richtlinie; *Kleinert/Kleinert*, Konsequenzen aus der BGH-Entscheidung vom 15.1.2019 (II ZR 392/17) und § 111b AktG-RegE, BB 2019, 1355; *Kleinert/Mayer*, Geschäfte der Aktiengesellschaft mit nahestehenden Personen und Unternehmen – Bestandsaufnahme und anstehende Neuerungen durch die Umsetzung der EU-Aktionärsrechterichtlinie II, EuZW 2018, 314; *Kleinert/Mayer*, Related-Party-Transactions nach dem Referentenentwurf zum ARUG II – Neue Haftungsfälle für Organmitglieder und wesentliche Änderungen im Recht des faktischen Konzerns, EuZW 2019, 103; *Klene*, Related Party Transactions, 2017; *Klene*, Related Party Transactions – Handlungsbedarf in Deutschland, GWR 2018, 210; *Lanfermann*, Zustimmung des Aufsichtsrats zu Geschäften mit nahestehenden Personen nach dem ARUG II-RefE, BB 2018, 2859; *Lanfermann/Maul*, Maßnahmenpaket der Europäischen Kommission zum Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, BB 2014, 1283; *Langenbacher*, (No) market for corporate governance? Related party transactions and shareholder approval rights, in FS Müller-Graff, 2015, S. 312; *Lieder/Wernert*, Related Party Transactions nach dem Referentenentwurf eines ARUG II, ZIP 2018, 2441; *Lieder/Wernert*, Related Party Transactions: Ein Update zum Regierungsentwurf des ARUG II, ZIP 2019, 989; *Lutter*, Nochmal: Die geplante europäische Gesetzgebung zu „related party transactions“, EuZW 2014, 687; *Markworth*, Der Aufsichtsrats-Ausschuss zu Related Party Transactions nach § 107 Abs. 3 Sätze 4-6 AktG, AG 2020, 166; *Mörsdorff/Piroth*, Neue Aktionärsrechte-Richtlinie und Minderheitenschutz im deutschen Aktienrecht – Unlösbarer Konflikt oder friedliche Koexistenz?, ZIP 2018, 1469; *Mühlbert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Konzernrecht?, ZHR 179 (2015), 645; *H.-F. Müller*, Related Party Transactions im Konzern, ZGR 2019, 97; *H.-F. Müller*, Die Angemessenheit von Related Party Transactions, in FS E. Vetter, 2019, S. 479; *H.-F. Müller*, Related Party Transactions nach dem ARUG II, ZIP 2019, 2429; *Pälliche*, Anregungen zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie für Geschäfte börsennotierter Unternehmen mit Organmitgliedern oder ihnen nahestehenden Parteien, AG 2018, 514; *Paschos/Goslar*, Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II), AG 2019, 365; *Regierungskommission DCGK*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre; *Redeke/Schäfer/Troidl*, Related Party Transactions: Zum internen Verfahren nach § 111a Abs. 2 AktG, AG 2020, 159; *Rhiel*, Related-Party-Transactions im deutschen und US-amerikanischen Recht der Aktiengesellschaft, 2015; *Tobias Roth*, Related Party Transactions auf dem Prüfstand – Eine kritische Auseinandersetzung mit Art. 9c der Aktionärsrechterichtlinie 2017 und dessen Um-

setzung in deutsches Recht, 2018; *J. Schmidt*, Die Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie 2017: der Referentenentwurf für das ARUG II, NZG 2018, 1201; *J. Schmidt*, Related Party Transactions nach dem RegE zum ARUG II, EuZW 2019, 261; *Uwe H. Schneider*, Europarechtlicher Schutz vor nachteiligen Transaktionen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen?, EuZW 2014, 641; *Seibert*, ARUG II – Die Stellungnahmen, in FS E. Vetter, 2019, S. 749; *Seibt*, Richtlinienvorschlag zur Weiterentwicklung des europäischen Corporate Governance-Rahmens, DB 2014, 1910; *Seidel*, Konzerninterne Related Party Transactions nach der Aktionärsrechte-Richtlinie II – Umsetzungsbedarf für das neue Regelungskonzept im Lichte des deutschen Konzernrechts und die Rechtsfolgen bei Missbrauch, AG 2018, 423; *Selzner*, Related Party Transactions – Fortschritt oder Bedrohung?, ZIP 2015, 753; *Seulen*, RefE für das ARUG II – Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie, DB 2018, 2915; *Spindler/Seidel*, Die Zustimmungspflicht bei Related Party Transactions in der konzernrechtlichen Diskussion – Ein Plädoyer für die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, AG 2017, 169; *Stöber*, Neuerungen im Aktienrecht durch das ARUG II, DStR 2020, 391; *Tarde*, Zu den neuen EU-Vorgaben für related party transactions und ihren Auswirkungen auf das deutsche Recht, ZGR 2017, 360; *Tarde*, Related Party Transactions, 2018; *Tarde*, Geschäfte mit nahestehenden Personen nach dem ARUG II-Regierungsentwurf, NZG 2019, 488; *Temming*, Geschäfte zwischen einer AG und ihr nahestehenden Parteien – Wer soll diese genehmigen?, RdA 2015, 280; *Tröger*, Related Party Transactions mit Blockaktionären im europäischen Gesellschaftsrecht, AG 2015, 53; *Tröger*, Germany's Reluctance to Regulate Related Party Transactions, SAFE Working Paper No. 202; *Tröger/Roth/Strenger*, Effektiver Aktionärsschutz bei Related Party Transactions: wider die „weiße Salbe“ des ARUG II-Referentenentwurfs, BB 2018, 2946; *Tröger/Strenger*, Neuregelung von Related Party Transactions – so bitte nicht!, Børsenzeitung v. 16.10.2018, S. 10; *Ungerer*, Prozedurale Regulierung und Transparenz von Related Party Transactions in börsennotierten Aktiengesellschaften, 2019; *Veil*, Transaktionen mit Related Parties im deutschen Aktien- und Konzernrecht – Grundsatzfragen der Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie, NZG 2017, 521; *Versel/Wiersch*, Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2013, EuZW 2014, 375; *J. Vetter*, Regelungsbedarf für Related Party Transactions?, ZHR 179 (2015), 273; *J. Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter (Hrsg.), 50 Jahre AktG, 2015, S. 231; *J. Vetter*, Zur Bewertung von Geschäften mit nahestehenden Personen – Überlegungen zur Auslegung des § 111b, AG 2019, 853; *VGR*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II), AG 2018, 920; *J. Vetter*, Zur Bewertung von Geschäften mit nahestehenden Personen – Überlegungen zur Auslegung des § 111b Abs. 1 AktG, AG 2019, 853; *Wentz*, Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie – von der Aktionärsrechterichtlinie über den Referentenentwurf zum Regierungsentwurf, WM 2019, 906; *Wiersch*, Der Richtlinienentwurf zu Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen – Sinnvolle Verstärkung des Minderheitenschutzes?, NZG 2014, 1131; *Zetzsche*, Langfristigkeit im Aktienrecht? – Der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform der Aktionärsrechterichtlinie, NZG 2014, 1121; *Zipperle/Lingen*, Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie im Überblick, BB 2020, 131.

Spezialliteratur zur Bestimmung nahestehender Personen:

Andrejewski/Böckem, Die Bedeutung natürlicher Personen im Kontext des IAS 24, KoR 2005, 170; *Böckem/Stibi/Zoeger*, IFRS 10 „Consolidated Financial Statements“: Droht eine grundlegende Revision des Konsolidierungskreises?, KoR 2011, 399; *Buchheim/Knorr/M. Schmidt*, Anwendung der IFRS in Europa: Das neue Endorsement-Verfahren, KoR 2008, 334; *Buchheim/Knorr/M. Schmidt*, Anwendung der IFRS in Europa: Die Auswirkungen des neuen Endorsement-Verfahrens auf die Rechnungslegung, KoR 2008, 373; *Busch/Zwirner*, Joint Arrangements nach IFRS 11 – neue Abbildungsvorschriften und Folgewirkungen, IRZ 2012, 219; *Dietrich/Krakuhn/Sierleja*, Analyse der Konsolidierungspflicht ausgewählter Investmentstrukturen nach IFRS 10, IRZ 2012, 23; *Dietrich/Krakuhn/Sierleja*, Berücksichtigung von Prinzipal-Agenten-Beziehungen im Rahmen der Abgrenzung des Konsolidierungskreises nach IFRS 10, IRZ 2011, 519; *Dietrich/Stoek*, Wenn Schutzrechte zu Mitwirkungsrechten werden – Anwendung des IAS 28 auf reine Kreditbeziehungen bei Banken, IRZ 2013, 349; *Engelen/Drefahl*, Berichterstattung und Determinanten der Geschäfte mit nahestehenden Personen nach IAS 24, KoR 2013, 460; *Erchinger/Melcher*, IFRS-Konzernrechnungslegung – Neuerungen nach IFRS 10, DB 2011, 1229; *Fuchs/Stibi*, IFRS 11 „Joint Arrangements“ – lange erwartet und doch mit (kleinen) Überraschungen?, BB 2011, 1451; *Hauck/Prinz*, Zur Auslegung von (europarechtlich übernommenen) IAS/IFRS, Der Konzern 2005, 635; *Hauptmann/P. Sailer/Benz*, Anhangangaben zu Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen am Beispiel von Unternehmen des öffentlichen Sektors, Der Konzern, 2010, 112; *Hell/Höfner/Junker*, Call-Optionen über Unternehmensanteile im Anwendungsbereich des IFRS 10, PiR 2016, 299; *Kütting/Gattung*, Nahe stehende Unternehmen und Personen nach IAS 24 (Teil 2), KoR 2005, 1105; *Kütting/Mojadad*, Das neue Control-Konzept nach IFRS 10, KoR 2011, 273; *Kütting/Seel*, Die gemeinschaftliche Beherrschung nach IFRS 11, KoR 2012, 452; *Kütting/Seel*, Die quotale Einbeziehung nach IFRS 11 – Unterschiede zur Quotenkonsolidierung gem. IAS 31 und praktische Anwendungsprobleme, WPg 2012, 587; *Kütting/Seel*, Gemeinschaftliche Beherrschung nach IFRS 11. Zur Beurteilung von Konfliktlösungs- oder Beendigungsmechanismen, IRZ 2011, 467; *Lüdenbach*, Nahe Familienangehörige nach IAS 24 zwischen Regel und Prinzip, PiR 2016, 29; *Lüdenbach/Schubert*, Gemeinschaftliche Vereinbarungen (joint arrangements) nach IFRS 11. Darstellung und kritische Würdigung des neuen Standards, PiR 2012, 1; *M. Meyer*, Abgrenzung von substantiellen Rechten und Schutzrechten auf der Grundlage von IFRS 10, PiR 2012, 269; *Niehus*, IAS 24: Related Party Disclosures – „Nahe Familienangehörige“ als Gegenstand der Rechnungslegung und Abschlussprüfung, WPg 2003, 521; *Niehus*, Nahestehende Personen nach dem BilMoG, DStR 2008, 2280; *Reiland*, IFRS 10: Sachgerechte Abgrenzung des Konsoli-

dierungskreises oder Spielwiese für Finanzprüfer?, DB 2011, 2729; *Rühl/Althoff*, Faktische Beherrschung durch Präsenzmehrheit im Konzernabschluss nach HGB und IFRS, KoR 2012, 553; *Schön*, Kompetenzen der Gerichte zur Auslegung von IAS/IFRS, BB 2004, 763; *Schulze-Osterloh*, Internationale Rechnungslegung für den Einzelabschluss und für Unternehmen, die den öffentlichen Kapitalmarkt nicht in Anspruch nehmen, ZIP 2003, 93; *Schulze-Osterloh*, Internationalisierung der Rechnungslegung und ihre Auswirkungen auf die Grundprinzipien des deutschen Rechts, Der Konzern 2004, 173; *Zülch/Popp*, Angaben über Beziehungen zu nahestehenden Unternehmen und Personen ab 2011, PiR 2011, 89.

I. Grundlagen

1. Überblick

Die §§ 111a bis 111c AktG setzen Art. 9c der Aktionärsrechterichtlinie („ARRL“) in der durch die sog. 1
Zweite Aktionärsrechterichtlinie („2. ARRL“) geänderten Fassung zu Geschäften mit nahestehenden Personen, sog. *Related Party Transactions*, in deutsches Recht um². Regelungsanlass und Regelungskonzept sind europarechtlich vorgegeben (dazu nachfolgend ausführlicher in Rz. 16 ff., 37 ff.). Der deutsche Gesetzgeber hätte unabhängig von dieser europarechtlichen Vorgabe wohl keinen Anlass gesehen, angesichts der schon bestehenden Schutzmechanismen im Hinblick auf Geschäfte mit nahestehenden Personen zusätzliche Regelungen in das Recht börsennotierter Gesellschaften aufzunehmen (ausführlicher zu den bereits bestehenden Schutzmechanismen nach deutschem Recht nachfolgend Rz. 7 ff.).

Art. 9c ARRL sieht neben der Definition von Related Party Transactions auf der Rechtsfolgenseite zum 2
einen deren unverzügliche Offenlegung (**Transparenz**) und zum anderen deren **inhaltliche Kontrolle und Freigabe** durch ein von der nahestehenden Person unabhängiges gesellschaftsinternes Gremium vor (zum Wortlaut von Art. 9c ARRL s. Rz. 37). Letztlich ist die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands für relevante Related Party Transactions also beschränkt.

Der Gesetzgeber hat diese Vorgaben primär in den §§ 111a bis 111c AktG umgesetzt: 3

- § 111a AktG definiert Geschäfte mit nahestehenden Personen. § 111a AktG enthält bis auf marginale Regelungen in Abs. 2 **ausschließlich Definitionen**; die eigentlichen Rechtsfolgen finden sich in §§ 111b und 111c AktG, die dabei aber an die Definitionen des Geschäfts und der nahestehenden Person anknüpfen.
- § 111b AktG regelt die Pflicht, zu Geschäften mit nahestehenden Personen ab einer gewissen wirtschaftlichen Relevanz die Zustimmung des Aufsichtsrats oder eines damit beauftragten Aufsichtsratsausschusses einzuholen und sichert dessen Entscheidung gegen eine unangemessene Einflussnahme durch die nahestehende Person. Im Hinblick auf die Zustimmung eines Ausschusses wird er dabei durch die ebenfalls durch das ARUG II neu eingeführten Sätze 4 bis 6 von § 107 Abs. 3 AktG ergänzt.
- § 111c AktG regelt die Pflicht zur unverzüglichen Veröffentlichung relevanter Geschäften mit nahestehenden Personen und das dabei zu beachtende Verfahren.

Ergänzt werden die §§ 111a bis 111c AktG durch den bereits angesprochenen § 107 Abs. 3 Sätze 4 bis 6 4
AktG und die **Bußgeldandrohung** des § 405 Abs. 2a Nr. 6 und Abs. 5 AktG (hierzu § 111c Rz. 77 ff.).

Die **Regelungssystematik des § 111a AktG** zur Definition von Geschäften mit nahestehenden Personen ist wie folgt: 5

- Abs. 1 bestimmt den Typus von relevanten Geschäften mit nahestehenden Personen sehr allgemein und knapp: Es handelt sich um Rechtsgeschäfte und Maßnahmen, durch die ein Gegenstand oder

1 Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl. Nr. L 132 vom 20.5.2017, S. 1.

2 Zur Terminologie: „ARRL“ bezeichnet im Folgenden die Aktionärsrechterichtlinie in ihrer aktuellen (durch die 2. ARRL geänderten) Fassung. „2. ARRL“ bezeichnet die Richtlinie (EU) 2017/828 zur Änderung der ursprünglichen Aktionärsrechterichtlinie (Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre).

ein anderer Vermögensgegenstand entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder zur Nutzung überlassen wird (Satz 1), wobei ein Unterlassen kein Geschäft in diesem Sinne ist (Satz 3).

- Zudem bestimmt Abs. 1 – wiederum sehr generisch – die „nahestehenden“ Personen durch Verweis auf das Verständnis dieses Begriffs in den internationalen Rechnungslegungsstandards.
 - Die eigentliche für die Praxis **wichtige Präzisierung der Geschäfte mit nahestehenden Personen erfolgt negativ über verschiedene Ausnahmen** in den Abs. 2 und Abs. 3. Abs. 2 nimmt zunächst Geschäfte aus, die im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen getätigt worden sind.
 - Abs. 3 sieht weitere Ausnahmen unabhängig von den Umständen ihres Abschlusses und den konkreten Bedingungen vor. Hintergrund dieser Ausnahmen ist, dass der Gesetzgeber (i) einen ausreichenden Schutz vor den Gefahren von Geschäften mit nahestehenden Personen schon durch andere Normen und Konzepte des Aktienrechts gesichert sah und (ii) diese Ausnahmen von Art. 9c ARRL zugelassen wurden. Eine Sonderrolle nimmt insoweit Abs. 3 Nr. 5 ein, der auf dem Schutz eines übergeordneten rechtspolitischen Ziels und der Wahrung der Handlungsfähigkeit des Staates bei dessen Verfolgung beruht.
- 6 Bereits bei der Definition der Geschäfte mit nahestehenden Personen und den Ausnahmen in den Abs. 2 und 3 wird ein Grundgedanke des Gesetzgebers deutlich, der auch in der Umsetzung der Rechtsfolgen in den §§ 111b und 111c AktG verfolgt worden ist: Der Gesetzgeber hat sich bei Umsetzung der Vorgaben von Art. 9c ARRL **auf das durch die 2. ARRL zwingend gebotene Maß beschränkt** und hat die ihm vom europäischen Gesetzgeber eingeräumten Begrenzungsmöglichkeiten und die Möglichkeiten zur Gewährung von Flexibilität zugunsten der Unternehmen in weitest gehenden Umfang genutzt (ausführlicher Rz. 21 ff.).

2. Regelung von Related Party Transactions im deutschen Recht außerhalb der §§ 111a ff. AktG

- 7 Das Bedürfnis nach zusätzlichen Schutzmechanismen im Hinblick auf Geschäfte mit nahestehenden Personen, der Ansatz des deutschen Gesetzgebers bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben des Art. 9c ARRL und letztlich der Normzweck der §§ 111a bis 111c AktG lassen sich nur beurteilen, wenn man die schon zuvor **bestehenden Schutzinstrumente des deutschen Aktien- und Bilanzrechts im Hinblick auf Related Party Transactions** in den Blick nimmt. Für den deutschen Gesetzgeber war das bereits bestehende Schutzniveau ein maßgeblicher Grund für sein Bestreben einer minimalinvasiven, praktikablen Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben (ausführlicher hierzu nachfolgend Rz. 23)³.
- 8 Dem deutschen Recht ist teilweise ein zu **großzügiger Umgang mit Related Party Transactions vorgeworfen** worden. In einer jährlich durchgeführten Studie der Weltbank belegte Deutschland 2019⁴ im Hinblick auf die Kategorie „Protecting minority investors“ mit einem Fokus auf den Schutz gegen nachteilige Related Party Transactions unter Berücksichtigung der Kriterien Transparenz einschließlich Billigung und Veröffentlichung von related Party Transactions, Organhaftung, Aktionärsklagen sowie Aktionärs- und Minderheitsrechten Rang 72 von 190 Staaten⁵. Auf einen laxen Umgang mit Related Party Transactions in Deutschland wird auch von international anerkannten Wissenschaftlern hingewiesen⁶. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Kritik wirklich berechtigt ist. Richtig ist, dass das deutsche Aktienrecht keinen einheitlichen Begriff der Related Party Transaction als *terminus technicus* kennt und **kein eigen-**

3 Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 35.

4 Die Studie ist abrufbar unter <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/germany#protecting-investors>; besonders große Abweichungen gegenüber vergleichbaren Ländern wurden im Hinblick auf den Abschluss nachteiliger Related Party Transactions identifiziert (S. 32 des Berichts zu Deutschland).

5 Kritisch zu dieser Studie auch DAI, Position zur Änderung der Aktionärsrechterrichtlinie (Nov. 2014), S. 30 f., abrufbar unter https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/positionspapiere/2014-11-06%20Stellungnahme%20DAI%20Aktionaersrechterrichtlinie%20FINAL.pdf.

6 S. *Enriques/Hertig/Kanda/Pargendler* in Kraakman u.a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 149, 166 ff.; *Enriques*, EBOR 2015, 1, 24, 27; s. auch *Tröger*, SAFE Working Paper 202, S. 1 ff., 22 f.

ständiges Regelungskonzept für Related Party Transactions entwickelt hat⁷. Das ist aber kein Nachteil. In Deutschland wurde bisher der Fehler vermieden, völlig unterschiedliche Problembereiche, nämlich Transaktionen mit Organmitgliedern und ihnen nahestehenden Personen einerseits und Transaktionen mit einflussreichen Großaktionären unter einen einheitlichen Oberbegriff zu fassen und dadurch die grundlegenden Unterschiede und Gefahren zu verwischen. Ein weiterer Grund für die vergleichsweise schlechte Bewertung im internationalen Vergleich dürfte darin liegen, dass sich der Schutz vor den Gefahren von Related Party Transactions in beiden Bereichen jeweils nur aufgrund eines **Bündels von Maßnahmen** ergibt, die sich insbesondere dem ausländischen Betrachter möglicherweise nicht unmittelbar und jedenfalls nicht so einfach und plausibel erschließen, wie dies in ausländischen Rechtsordnungen der Fall sein mag⁸.

Nachfolgend soll daher ein kurzer Überblick über die Instrumente zum Schutz vor Related Party Transactions im deutschen Recht gegeben werden⁹. Diese beinhalten einerseits eine (allerdings nachträgliche) Publizität, andererseits materiell-rechtliche Schutz- und Kontrollinstrumente, wobei zwischen dem Schutz vor dem eigenen Management und dem Schutz vor einem (möglicherweise dominierenden) Mitaktionär unterschieden wird.

Publizität: Geschäfte mit nahestehenden Personen sind offenzulegen, anders als nach § 111c AktG allerdings erst nachträglich:

- § 285 Nr. 21 und § 314 Abs. 1 Nr. 13 HGB verlangen für den Anhang des Einzel- bzw. Konzernabschluss die Angabe der nicht zu marktüblichen Bedingungen zustande gekommenen wesentlichen Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weiterer Angaben, die für die Beurteilung der Finanzlage notwendig sind¹⁰.
- Im von börsennotierte Unternehmen typischerweise aufzustellenden IAS/IFRS-Konzernabschluss (Art. 4 IAS-VO¹¹, § 315e HGB) sind nach **IAS 24.18** zu Related Party Transactions neben der Art der Beziehung zur Related Party mindestens anzugeben die Höhe der Geschäftsvorfälle, die Höhe der ausstehenden Salden, einschließlich Verpflichtungen, und deren Bedingungen und Konditionen sowie die Art der Leistungserfüllung und Einzelheiten gewährter oder erhaltener Garantien, Rückstellungen für zweifelhafte Forderungen und den während der Periode erfassten Aufwand für uneinbringliche oder zweifelhafte Forderungen.
- Nach § 114 Abs. 4 Satz 2 WpHG sind auch im **Halbjahresfinanzbericht** die wesentlichen Geschäfte des Emittenten mit nahe stehenden Personen anzugeben.

Im Hinblick auf **Transaktionen mit Organmitgliedern** besteht ein recht engmaschiges aktienrechtliches System von Checks and Balances, das missbräuchlichen Vermögensverlagerungen recht effektiv entgegenwirken sollte. Die aktienrechtlichen Instrumente greifen dabei unabhängig von jeglichen Materialitätsschwellen. Wichtige materielle Schutzelemente sind:

⁷ Deutlich hierzu auch *Fleischer*, BB 2014, 2691.

⁸ Ähnlich *Fleischer*, BB 2014, 2691; *DAI*, Position zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie (Nov. 2014), S. 30 f., abrufbar unter https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/positionspapiere/20180705%20Stellungnahme%20ARL%20Corporate%20Governance.pdf; ausführlicher zur Regelung von Related Party Transactions in anderen Jurisdiktionen *Enriques*, EBOR 2015, 1, 13 ff.; *Fleischer*, BB 2014, 2691, 2692 ff. (Frankreich, UK, USA, Italien); *Hallemeesch*, ECFR 2018, 197, 212 ff. (Belgien, Frankreich, Niederlande); *Ungerer*, S. 201 ff. (USA, UK, Frankreich, Italien); *T. Roth*, S. 155 ff. (USA, UK, Schweiz, Österreich); *Klene*, S. 12 ff. (England); *Rhiel*, S. 113 ff. (USA); *Tarde*, S. 53 ff. (England); s. auch *Tröger*, AG 2015, 53, 56 ff.; OECD Report on Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights, 2012, abrufbar unter <http://www.oecd.org/daf/ca/50089215.pdf>.

⁹ Zu einem ausführlicheren Überblick über die unabhängig von den §§ 111a bis 111c AktG bestehenden Schutzinstrumente des deutschen Rechts *Fleischer*, BB 2014, 2691 ff.; *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7, 10 f.; *Kleinert/Mayer*, EuZW 2018, 314, 316 ff.; *Pällicke*, AG 2018, 514, 516 ff.; *Selzner*, ZIP 2015, 753, 755 ff.; *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 289 ff.; umfassend *Civelek*, S. 37 ff.; *Klene*, S. 117 ff.; *T. Roth*, S. 29 ff.; *Tarde*, S. 101 ff.; *Ungerer*, S. 65 ff.

¹⁰ Die Bestimmungen beruhen jeweils auf den europarechtlichen Vorgaben des Art. 17 Abs. 1 lit. r) i.V.m. Art. 2 Nr. 3 Rechnungslegungsrichtlinie.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. Nr. L 243 vom 11.9.2002, S. 1.

- Für Verträge der Gesellschaft mit ihren Vorstandsmitgliedern sieht das AktG mit § 112 AktG ein sehr effizientes und weitreichendes Kontrollinstrument vor, indem die Vertretungsmacht für die Gesellschaft ausnahmsweise dem Aufsichtsrat übertragen wird. Zusätzliche Anforderungen werden durch § 89 AktG an die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder und ihnen nahestehende Personen gestellt. Im Hinblick auf Vorstandsmitgliedern nahestehende Personen bleibt die Beschränkung der Vertretungsmacht aus Gründen des Rechtsschutzes hinter derjenigen der rein prozeduralen Instrumente der §§ 111a bis 111c AktG zurück¹².
- Außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 112 und 89 AktG wird sich ein Vorstandsmitglied beim Abschluss solcher Verträge jedenfalls **nicht auf die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen können**, da diese nach h.M. beim Vorliegen von Interessenkonflikten nicht greift¹³.
- Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat: Im **dualistischen System** wird die gegenseitige Überwachung jedes Geschäftsleitungsorgans durch das jeweils andere institutionalisiert. Der Aufsichtsrat bestellt und überwacht (§ 111 Abs. 1 AktG) den Vorstand und macht ggf. Schadensersatzansprüche geltend. Wie der Aufsichtsrat seine präventive und reaktive Überwachung des Vorstands organisiert und insbesondere welche Geschäfte seiner Zustimmung bedürfen, unterliegt in aller Regel seinem Ermessen, sofern die Hauptversammlung keine bindenden Vorgaben in der Satzung getroffen hat (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Weitreichende Mittel zur Information (§ 90 AktG), zur Überwachung (§ 111 Abs. 2 und 4 AktG) und zur Durchsetzung von Personalmaßnahmen (§ 84 AktG) stehen ihm zur Verfügung.
- Eine unzureichende Überwachung hat die individuelle **Schadensersatzhaftung** der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 AktG zur Folge.
- Bei Aufsichtsratsmitgliedern ist das Risiko, dass sie der Gesellschaft Vermögen zu ihrem eigenen Vorteil entziehen, noch deutlich geringer. Der Aufsichtsrat und erst recht einzelne Aufsichtsratsmitglieder haben bei solchen Transaktionen keine Vertretungsmacht für die Gesellschaft, auch der Vorstand muss also bei einer solchen Transaktion mitwirken. Dienst- und Werkverträgen muss darüber hinaus der Aufsichtsrat nach § 114 AktG zustimmen. Zusätzliche Anforderungen stellt § 115 AktG an die Kreditgewährung zugunsten von Aufsichtsratsmitgliedern und ihnen nahestehenden Personen.
- Nahezu einhellig wird aus der organschaftlichen Treuepflicht und unter Hinweis auf den DCGK¹⁴ eine Pflicht des Vorstandsmitglieds zur unverzüglichen **Offenlegung aller Interessenkonflikte** gegenüber dem Aufsichtsrat und auch den anderen Vorstandsmitgliedern abgeleitet¹⁵. Entsprechendes gilt für Aufsichtsratsmitglieder¹⁶.

12 Nach h.M. erfasst § 112 AktG auch Ansprüche von natürlichen Personen, die einem Vorstandsmitglied nahestehen, wenn die Ansprüche ihre Grundlage im Vorstandsverhältnis haben, s. BGH v. 16.10.2006 – II ZR 7/05, AG 2007, 86 = NZG 2007, 31 (für eine Versorgungszusage zugunsten der Ehefrau); *Drygala*, § 112 Rz. 12; *Habersack* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 112 AktG Rz. 16; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 112 AktG Rz. 33, 33a; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., § 111 AktG Rz. 17; a.A. OLG München v. 29.1.1996 – 26 U 4973/95, AG 1996, 328 f. Nicht abschließend geklärt ist die Situation bei Beteiligung dem Vorstandsmitglied nahestehender juristischer Personen. Nach h.M. greift § 112 AktG dann ein, wenn zwischen Vorstandsmitglied und Drittgesellschaft wirtschaftliche Identität besteht, was insbesondere angenommen wird, wenn das Vorstandsmitglied Alleingesellschafter der Drittgesellschaft ist (BGH v. 15.1.2019 – II ZR 392/17, AG 2019, 298 = ZIP 2019, 564), nicht dagegen bei einer lediglich beherrschenden oder maßgeblichen Beteiligung, zum Meinungsstand s. etwa *Drygala*, § 112 Rz. 14 ff.; *Habersack* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 112 AktG Rz. 9; *Hüffer/Koch*, § 112 AktG Rz. 4; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., § 111 AktG Rz. 18; *Hell*, GWR 2019, 245, 246, jeweils m.w.N. auch zur großzügigeren Gegenansicht.

13 Hierzu etwa *Hüffer/Koch*, § 93 AktG Rz. 25 f.; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., § 93 AktG Rz. 25 ff.; zurückhaltender *Sailer-Coceani*, § 93 Rz. 19.

14 Zum DCGK 2017 s. dessen 4.3.4 für den Vorstand und 5.5.2 für den Aufsichtsrat; zum DCGK 2020 Grundsatz 19 und die zugehörigen Empfehlungen E.1 und E.2.

15 S. etwa *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 122, 124, 130a; *Fleischer*, BB 2014, 2691, 2696; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 AktG Rz. 275; *Hopt*, ZGR 2004, 1, 25; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., § 93 AktG Rz. 110; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 93 AktG Rz. 125.

16 Ihre Verpflichtung zu einem am Unternehmensinteresse orientierten Umgang mit Interessenkonflikten beinhaltet u.a. die Offenlegung des Konfliktes sowie ggf. die Niederlegung des Mandats; s. etwa *Habersack* in Münch-

- **Inhaltliche Vorgaben:** Das Aktienrecht sieht nicht ausdrücklich vor, dass Geschäfte mit Organmitgliedern marktgerecht sein müssen, allerdings entspricht dies der heute überwiegenden Auffassung¹⁷.

Schutz im Hinblick auf Geschäfte mit Aktionären: Bei den allgemeinen Schutzmechanismen des deutschen Rechts zugunsten der Gesellschaft und der Minderheitsaktionäre bei Transaktionen mit einflussreichen Aktionären ist zwischen Instrumenten, die für Transaktionen mit allen Aktionären gelten, und Spezialvorschriften, die nur im Verhältnis zu einem herrschenden Unternehmen Anwendung finden, zu unterscheiden. Zu den allgemeinen, alle Aktionäre betreffenden Schutzinstrumenten ist insbesondere auf die folgenden hinzuweisen:

- Es ist Aufgabe der Vorstandsmitglieder, darauf zu achten, dass alle Transaktionen der Gesellschaft allein im Gesellschaftsinteresse abgeschlossen werden. Sie haben dabei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, alle Aktionäre gleich zu behandeln (§ 53a AktG) und haften der Gesellschaft bei Verstößen auf Schadensersatz (§ 93 Abs. 2 AktG). Der Aufsichtsrat hat den Vorstand auch insoweit zu überwachen.
- Die strenge **aktienrechtliche Kapitalbindung des § 57 AktG** verbietet mit Ausnahme von Dividenden jede offene oder verdeckte Übertragung von Vermögen an Aktionäre; erfasst sind namentlich Austauschverträge oder sonstige Transaktionen mit Aktionären, die einem Drittvergleich nicht standhalten¹⁸. Die Kapitalerhaltungsgrundsätze verbieten **verdeckte Leistungen an alle Aktionäre**, unabhängig von ihrer Eigenschaft als Related Party und jeglicher Materialitätsschwelle.
- Steuerrechtlich stellen Geschäfte mit Aktionären, die einem Drittvergleich nicht standhalten, typischerweise **verdeckte Gewinnausschüttungen** dar¹⁹.
- Verstöße gegen die strenge aktienrechtliche Kapitalbindung werden scharf sanktioniert: Ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 AktG wird durch die §§ 62 Abs. 1, 93 Abs. 3 Nr. 1, 116 Satz 1 AktG zivilrechtlich sanktioniert. Die entgegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG erhaltene Leistung ist vom Empfänger zurück zu gewähren, Vorstand und Aufsichtsrat haften bei fahrlässigen oder vorsätzlichen Verstößen auf Schadensersatz. Vorsätzliche schädigende Einflussnahmen, insbesondere durch Aktionäre, werden darüber hinaus von § 117 AktG erfasst. Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder börsennotierter Gesellschaften sind materiell sehr weitgehend (Haftung für einfache Fahrlässigkeit, Beweislastumkehr im Hinblick auf Sorgfaltswidrigkeit und Verschulden, Unzulässigkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung, zehnjährige Verjährung). Zumindest vorsätzliche Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften werden regelmäßig eine Untreue nach § 266 StGB darstellen²⁰.

Im **faktischen Konzern**, also im Verhältnis der Aktiengesellschaft zu einem beherrschenden Aktionär mit Unternehmenseigenschaft²¹, gelten Besonderheiten, die die allgemeinen Grundsätze überwiegend verschärfen (ausführlicher Rz. 32 f.). Aktionäre börsennotierter Gesellschaften werden bei Entstehen eines faktischen Konzerns durch die Verpflichtung eines die Kontrolle erwerbenden Aktionärs zur Abgabe eines Pflichtangebots nach § 35 WpÜG geschützt.

Ein grundsätzlich abweichendes gesellschaftsrechtliches Schutzkonzept ist für **Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge** vorgesehen. Für den Abschluss einer solchen, die gesamte Struktur der abhängigen Gesellschaft grundlegend ändernden Maßnahme sind (i) eine präventive Publizität (§§ 293a, 293f AktG), (ii) eine Angemessenheitskontrolle durch einen externen Prüfer (§§ 293b ff. AktG) und (iii) die Billigung durch die Hauptversammlung (§ 293 Abs. 2 AktG) erforderlich, allerdings ohne

Komm. AktG, 5. Aufl., § 100 AktG Rz. 93, 100; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 100 AktG Rz. 302 f., 309; *Seibt* in FS Hopt, 2010, S. 1363, 1373 f.

17 OLG Frankfurt v. 18.11.2010 – 5 U 110/08, AG 2011, 462, 463 (für einen Mietvertrag zwischen AG und Vorstand); *Fleischer*, BB 2014, 2691, 2696; *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1052; *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 93 AktG Rz. 135; *Sailer-Coceani*, § 93 Rz. 21; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 AktG Rz. 241; *Hopt*, ZGR 2004, 1, 10; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., § 93 AktG Rz. 107.

18 S. nur *Fleischer*, § 57 Rz. 9, 11 ff.; *Hüffer/Koch*, § 57 AktG Rz. 2, 6 ff.

19 Zu Tatbestand und Rechtsfolgen ausführlicher *Kleinert/Mayer*, EuZW 2018, 314, 318 f.

20 S. etwa *Fischer*, 66. Aufl. 2019, § 266 StGB Rz. 103; *Lackner* in Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 266 StGB Rz. 20a f.

21 Zur Unterscheidung von beherrschenden Unternehmen und Privataktionären etwa *J. Vetter*, § 15 Rz. 30 ff., 41 ff.

Stimmverbot des begünstigten Mehrheitsaktionärs. Ist diese Hürde übersprungen, hat das herrschende Unternehmen nach § 308 AktG weiten Spielraum, auch nachteilige Transaktionen zu seinen Gunsten durchzusetzen. Für diese ist, von der eher theoretischen Bindung an das Konzerninteresse und dem Verbot existenzvernichtender Eingriffe abgesehen, kein besonderer, an das individuelle Geschäft anknüpfender Schutz mehr vorgesehen. Der Grund dafür ist, dass der Schutz der Gesellschaft, der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger nicht wie im faktischen Konzern und wie in Art. 9c ARRL angelegt an die einzelne Maßnahme anknüpft, sondern pauschalisierend an die Strukturänderung, unabhängig von den wirtschaftlichen Auswirkungen des einzelnen Geschäfts (§§ 302 ff. AktG). In Deutschland wurde dieses pauschalisierende und vom Einzelgeschäft abstrahierende Schutzkonzept traditionell als günstig für die abhängige Gesellschaft und die Außenseiter bewertet, während das an die Einzelmaßnahme anknüpfende Schutzkonzept des faktischen Konzerns vor allem nach Kodifizierung des Aktienkonzernrechts, aber auch teilweise heute noch, rechtspolitischer Kritik ausgesetzt ist²².

- 15 Das Aktienrecht kennt darüber hinaus **besondere Schutzinstrumente in Sondersituationen**. So enthalten die Bestimmungen über Sacheinlagen und Sachübernahmen bei der Gründung (§§ 27, 32 ff. AktG), die Umgehungsvorschrift zu Nachgründungen (§ 52 AktG)²³ sowie die Vorschriften über Kapitalerhöhungen (§§ 183 f., 255 AktG) Regelungen zur Offenlegung, externer Wertprüfung und Beschlussfassung über Related Party Transactions im Gründungsstadium und bei Kapitalerhöhungen. Besondere Transparenzanforderungen für Geschäfte mit nahestehenden Personen gelten für Wertpapierprospekte anlässlich der Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt oder des öffentlichen Angebots von Aktien und sonstigen Wertpapieren²⁴.

3. Normzweck der §§ 111a ff. AktG

- 16 Der deutsche Gesetzgeber hat sich bewusst auf die Umsetzung von Art. 9c ARRL beschränkt und keinen darüber hinausgehenden Regelungszweck mit den §§ 111a bis 111c AktG verfolgt. Damit entspricht der Normzweck der §§ 111a bis 111c AktG demjenigen, den der europäische Gesetzgeber Art. 9c 2. ARRL beimesen wollte.
- 17 Der europarechtliche **Normzweck des Art. 9c ARRL** und damit auch der §§ 111a bis 111c AktG liegt darin, die Gesellschaft vor Nachteilen durch den Abschluss von Geschäften mit nahestehenden Personen zu schützen. Anlass ist die Einschätzung, dass Geschäfte mit nahestehenden Personen den Gesellschaften und ihren Aktionären abträglich sein können, da sie dem nahestehenden Unternehmen oder der nahestehenden Person die Möglichkeit geben können, sich Werte der Gesellschaft anzueignen. Es soll verhindert werden, dass die nahestehende Person ihre Position der Nähe ausnutzt, um Einfluss zu ihren Gunsten auf die Gesellschaft zu nehmen. Das Risiko der Übertragung von Werten an nahestehende Personen, insbesondere kontrollierende Gesellschafter, wird verbreitet mit dem Schlagwort „**Tunneling**“²⁵ umschrieben, ohne dass damit aber ein weiterer Erkenntnisgewinn verbunden ist²⁵.
- 18 Zum Schutz der **Gesellschafts- und Aktionärsinteressen** sollen die Mitgliedstaaten deshalb einerseits sicherstellen, dass wesentliche Geschäfte mit nahestehenden Personen zur Zustimmung durch die Aktionäre oder das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan gemäß Verfahren vorgelegt werden, durch die verhindert wird, dass das nahestehende Unternehmen oder die nahestehende Personen ihre Position ausnutzen, und die einen angemessenen Schutz der Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre bieten²⁶. Zum anderen wird die öffentliche Bekanntmachung als notwendig angesehen, damit sich **Aktionäre, Gläubiger, Arbeitnehmer und andere interessierte Parteien** über potenzielle Auswirkungen informieren können, die solche Geschäfte unter Umständen auf den Wert der Gesellschaft haben. Die geaue

22 Dies wird insb. an der Diskussion um die Unzulässigkeit des faktischen Konzerns deutlich, zum Meinungsstand etwa *J. Vetter*, § 311 Rz. 6, zur rechtspolitischen Beurteilung § 311 Rz. 8 f.

23 S. dazu *Fleischer*, BB 2014, 2691, 2692.

24 S. insb. Anhang I (unter VIII.) der Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABl. Nr. L 168 vom 30.6.2017, S. 12.

25 So auch *Grigoleit*, ZGR 2019, 412, 415.

26 Erwägungsgrund Nr. 42 der 2. ARRL.

Angabe des nahestehenden Unternehmens bzw. der nahestehenden Person sei erforderlich, um die durch das Geschäft geschaffenen Risiken besser zu bewerten und es zu ermöglichen, dass das Geschäft – auch auf dem Rechtsweg – angefochten werden kann²⁷. Bemerkenswert ist insoweit zum einen, dass der Schutzzweck der Veröffentlichung über den Schutz der Aktionäre hinausgeht²⁸. Die Begründung des Regierungsentwurfs greift diesen Gedanken ausdrücklich auf und leitet daraus eine kapitalmarktrechtliche Perspektive der Veröffentlichungspflicht ab²⁹. Zum anderen wird der Schutzzweck nur durch einen ersten Schritt verfolgt. Die konkreten Folgeschritte, mit denen sich Aktionäre und andere Stakeholder nach Erhalt der Information über eine Related Party Transaction gegen diese schützen können, beispielsweise durch Beschreiten des Rechtswegs, sind nicht Gegenstand der Richtlinie.

Mit Art. 9c ARRL soll das Recht der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Schutz der Gefahren vor Related Party Transactions harmonisiert werden, wobei diese **Harmonisierung** letztlich kaum über elementare Grundzüge hinausgeht, da den Mitgliedstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt worden ist, neben den verschiedenen Ausnahmemöglichkeiten insbesondere bei der Definition der den nationalen Regeln unterfallenden wesentlichen Geschäfte (hierzu auch § 111b Rz. 7).

Die **deutschen Gesetzesmaterialien** greifen diese Überlegungen auf und führen zur Begründung der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats nach § 111b AktG und der Veröffentlichung nach § 111c AktG aus, dass durch Geschäfte mit nahestehenden Personen bedeutende Vermögenswerte der Gesellschaft auf die nahestehende Person zum Nachteil der Gesellschaft ihrer Aktionäre übertragen werden können; durch die §§ 111a bis 111c AktG soll der Schutz gegen Vermögensabflüsse zugunsten nahestehender Personen verstärkt werden³⁰.

Bei der teleologischen Auslegung der Bestimmungen anhand dieses Normzwecks ist jedoch große Vorsicht geboten. Das Bedürfnis nach gezielten Regelungen zu Related Party Transactions ist in den Mitgliedsstaaten völlig unterschiedlich. Im deutschen Aktienrecht war bereits unabhängig von der Einführung der §§ 111a bis 111c AktG in den unterschiedlichen Bereichen von denkbaren Geschäften mit nahestehenden Personen wie gezeigt (Rz. 7 ff.) ein recht weitgehender, wenn auch uneinheitlicher und nicht zentral geregelter Schutz der Gesellschaft, ihrer Gläubiger und Minderheitsgesellschafter installiert. Der deutsche Gesetzgeber hat sich daher bewusst auf eine **Minimalumsetzung der europarechtlichen Vorgaben** zu Related Party Transactions beschränkt. Er war auch nicht bereit, die etablierten Konzepte des deutschen Aktienrechts einschließlich derjenigen des faktischen und des Vertragskonzerns aufzugeben, was verständlich ist, da diese zum Schutz der Gesellschaft, der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger teilweise deutlich weitergehend als die Vorgaben des Art. 9c ARRL sind.

Die Absicht des Gesetzgebers, den europarechtlich zwingend vorgegebenen Regelungsauftrag im zwingend erforderlichen Umfang umzusetzen, aber **nicht über dieses zwingende Mindestmaß hinauszugehen**, zeigt sich zum einen an der aktiven Nutzung der von Art. 9c ARRL eröffneten Ausnahmemöglichkeiten. Hervorzuheben sind insoweit die folgenden Entscheidungen und Gestaltungselemente des Gesetzgebers:

- Der Verzicht auf eine Erstreckung des Anwendungsbereichs auf nicht börsennotierte Gesellschaften (s. hierzu auch Rz. 52).
- Die vollumfängliche Nutzung der von Art. 9c ARRL zugelassenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Regelungen für bestimmte Geschäfte in § 111a Abs. 2 und 3 AktG.
- Das Abstellen auf einen einerseits praktikablen und andererseits ausreichend hohen Schwellenwert zur Bestimmung derjenigen Geschäfte, die der Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 111b Abs. 1 AktG und der Veröffentlichung nach § 111c Abs. 1 AktG bedürfen (zur teilweise geäußerten Kritik an der Höhe des Schwellenwerts s. § 111b Rz. 14).
- Die Entscheidung, die erforderliche Zustimmung zu wesentlichen Geschäften mit nahestehenden Personen dem Aufsichtsrat zu überlassen und nicht der Hauptversammlung. Der zur Begründung gegebene ausdrückliche Verweis des Gesetzgebers auf das besondere Kompetenzgefüge der Aktien-

²⁷ Erwägungsgrund Nr. 44 der 2. ARRL.

²⁸ S. aber *Veil*, NZG 2017, 521, 522.

²⁹ Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 86.

³⁰ Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 35.

gesellschaft sowie die drohenden Verzögerungen aufgrund von Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse³¹ überzeugt.

- Die praktikable Regelung des Umgangs mit Interessenkonflikten in § 111b AktG.
- 23 Zum anderen kommt diese Herangehens- und Denkweise in den **Gesetzesmaterialien** sehr klar zum Ausdruck. So verweist die Begründung des Regierungsentwurfs zur Begründung der Ausnutzung von Ausnahme- und Gestaltungsspielräumen, die Art. 9c ARRL eröffnet, mehrfach einerseits auf das schon bisher in Deutschland bestehende hohe Schutzniveau im Hinblick auf den Schutz vor Gefahren aus Geschäften mit nahestehenden Personen und andererseits auf das Bestreben hin, deutsche Unternehmen in möglichst weitem Umfang vor zusätzlichen bürokratischen Belastungen durch eine auch gesamtwirtschaftlich schädliche Über- und Doppelregulierung zu bewahren³². Zu Beginn der allgemeinen Erläuterungen zur Umsetzung von Art. 9c ARRL weist die Begründung des Regierungsentwurfs auf das bereits bestehende Bündel von Regelungen hin, die weitgehend demselben Zweck dienen; wolle man diese Einzelregelungen nicht aufgeben, so sei umgekehrt einsichtig, dass die Vorgaben der 2. ARRL nur behutsam und möglichst unbürokratisch umzusetzen seien, da eine Überregulierung und Doppelregelung derselben Sachverhalte zu vermeiden sei und gesamtwirtschaftlich schädlich wäre³³. Der Gesetzgeber respektierte den Harmonisierungsauftrag des europäischen Gesetzgebers, wollte die Eingriffe in die etablierten aktienrechtlichen Institute und die durch das AktG etablierte Corporate Governance aber doch möglichst minimalinvasiv ausgestalten. Ausdrücklich spricht er von einem „*Ausgleich zwischen den Eingriffen in das bestehende nationale Rechtssystem und dem Harmonisierungsziel der 2. ARRL*“³⁴.
- 24 Dieser Ansatz des Gesetzgebers, sich vor dem Hintergrund der bereits bestehenden aktienrechtlichen Schutzinstrumente gegen Einflussnahmen durch nahestehende Personen auf eine Umsetzung der zwingend erforderlichen Vorgaben des Art. 9c ARRL zu beschränken und Ermächtigungen zu Ausnahmen weitestgehend auszunutzen, ist sowohl rechtspolitisch als auch rechtssystematisch zu begrüßen³⁵. Das deutsche Aktien- und Bilanzrecht hat mit unterschiedlichen präventiven und reaktiven Instrumenten ein Schutzniveau sichergestellt, das, von der Kritik an der Vertraulichkeit des Abhängigkeitsberichts abgesehen (hierzu s. Rz. 35 und § 311 Rz. 9), bisher keinen Anlass zu grundlegenden rechtspolitischen Forderungen nach Reformen gegeben hat. Entsprechend wird ein Bedürfnis für die zusätzlichen durch Art. 9c ARRL vorgegebenen und durch die §§ 111a bis 111c AktG umgesetzten Schutzbestimmungen im Hinblick auf Related Party Transactions deutscher Gesellschaften verbreitet nicht oder allenfalls teilweise gesehen³⁶. Den bisherigen Schutzinstrumenten wird durch die Art. 9c ARRL/§§ 111a bis 111c AktG ein weiteres, mit ihnen nicht synchronisiertes Schutzkonzept hinzugefügt.
- 25 Dass der deutsche Gesetzgeber den europarechtlich vorgegebenen Schutzzweck durch die neuen Regelungen nur insoweit umsetzen wollte, wie dies zwingend erforderlich war, hat erhebliche **Auswirkungen auf die Gesetzesauslegung**:
- Selbstverständlich sind die zwingenden europarechtlichen Vorgaben auch bei der Auslegung der §§ 111a bis 111c AktG zu beachten. Sollte sich ein Konflikt der Art ergeben, dass das deutsche Recht die 2. ARRL nicht vollständig oder unzutreffend umgesetzt hat, sind die §§ 111a bis 111c AktG richtlinienkonform auszulegen.
 - Dies gilt aber nur insoweit, als ein echter Verstoß gegen den zwingend umzusetzenden Inhalt von Art. 9c ARRL vorliegt.

31 Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 78.

32 Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 35, 80; s. auch *Seibert* in FS E. Vetter, 2019, S. 749, 759 f.

33 BT-Drucks. 19/9739, 35.

34 Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 83.

35 Zustimmung etwa auch *DAV-HRA*, NZG 2019, 12, 16; *Hüffer/Koch*, § 111a AktG Rz. 1; *Lieder/Wernert*, ZIP 2019, 989 f.; *Barg*, AG 2020, 149, 158 Rz. 48; im Grundsatz auch *VGR*, AG 2018, 920, 923; zu sonstigen Stellungnahmen zum Referentenentwurf *Seibert* in FS E. Vetter, 2019, S. 749, 760; kritisch zu diesem Ansatz *Tröger/Roth/Strenger*, BB 2018, 2946 ff.; *Tröger/Strenger*, Börsenzeitung v. 16.10.2018, S. 10; *Tröger*, SAFE Working Paper 202, S. 1, 12 ff., 22 f.; *Klene*, GWR 2018, 210, 211 f.

36 S. Rz. 30, außerdem etwa *DAV-HRA*, NZG 2019, 12, 16; a.A. *Tröger/Roth/Strenger*, BB 2018, 2946 ff.; *Tröger/Strenger*, Börsenzeitung v. 16.10.2018, S. 10; *Tröger*, SAFE Working Paper 202, S. 1, 12 ff., 22 f.; *Klene*, GWR 2018, 210, 211 f.

- Angesichts der bewussten Vorgehensweise des deutschen Gesetzgebers bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben ist es dagegen methodisch nicht vertretbar, die §§ 111a bis 111c AktG teleologisch erweiternd auszulegen, um den Normzweck von Art. 9c ARRL in noch besserem Maße Rechnung zu tragen. Der deutsche Gesetzgeber wollte diesen Normzweck angesichts der schon bestehenden Schutzniveaus durch die §§ 111a bis 111c AktG nicht optimal, sondern nur im zwingend vorgegebenen Umfang sicherstellen und dies haben auch die Rechtsanwender und die Gerichte zu beachten.
- Sollte sich herausstellen, dass das Konzept der §§ 111a bis 111c AktG zwar Art. 9c ARRL umsetzt, aber nicht „rund“ ist, weil Wertungswidersprüche zwischen der Erfassung einzelner Geschäfte mit nahestehenden Personen und der Nichterfassung anderer Geschäfte, die möglicherweise ein vergleichbares Gefährdungspotenzial aufweisen, zu bestehen scheinen, sind diese außerhalb des von der ARRL zwingenden vorgegebenen Bereichs der Mindestharmonisierung hinzunehmen; sie können nicht durch eine erweiternde Auslegung des Anwendungsbereichs oder eine einschränkende Auslegung von Ausnahmen eingegeben werden.
- Die Anforderungen an die Begründung einer im Wege der teleologischen Auslegung oder gar der Analogie auszufüllenden Lücke innerhalb der §§ 111a bis 111c AktG sind daher enorm hoch. Es reicht dafür nicht der Vergleich mit anderen von § 111a AktG erfassten Geschäften und Maßnahmen aus. Vielmehr ist der Nachweis eines erheblichen Schutzdefizits, das auch nicht durch andere, im Aktienrecht schon länger anerkannte Schutzinstrumente in ausreichendem Umfang behoben wird, und einer gesetzlichen Wertung außerhalb der §§ 111a bis 111c AktG, wonach dieses Defizit nicht hin- genommen werden darf, erforderlich.

4. Praktische Bedeutung der §§ 111a ff. AktG

Die rechtspraktische Bedeutung der §§ 111a bis 111c AktG muss sich zwar erst noch erweisen. In der Rechtswirklichkeit kommen Geschäfte einer börsennotierten Aktiengesellschaft mit einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung praktisch nicht mit Organmitgliedern, sondern nur mit verbundenen Unternehmen, also einem beherrschenden Unternehmen und dessen sonstigen abhängigen Gesellschaften vor³⁷. Die Zahl abhängiger börsennotierter Gesellschaften in Deutschland ist recht hoch³⁸. Allerdings nehmen § 111a Abs. 2 und 3 AktG wichtige Geschäfte vom Anwendungsbereich der Regelungen über Geschäfte mit nahestehenden Personen aus. Dies gilt insbesondere für die Geschäfte mit Tochterunternehmen und den Vertragskonzern und seine Durchführung (hierzu näher Rz. 231 ff.). Der Schwellenwert des § 111b Abs. 1 AktG dürfte so hoch sein, dass er durch einzelne Geschäfte nur selten erreicht werden dürfte. Allerdings wird insoweit abzuwarten sein, inwieweit die Aggregationsregelung in § 111b Abs. 1 AktG zu einer Erhöhung der Zahl relevanter vom Aufsichtsrat zu billigender und zu veröffentlicher Geschäfte führen wird.

Die praktische Bedeutung erschöpft sich im Wesentlichen in einer **Ergänzung der Regelungen zum faktischen Konzern** (hierzu ausführlicher nachfolgend Rz. 30 ff.). Aus einer möglicherweise geringen Zahl relevanter Geschäfte darf dabei allerdings nicht auf eine geringe praktische Bedeutung der Vorschriften geschlossen werden. Zu beachten ist, dass jede öffentliche Übernahme die Thematik streift. Ein Übernehmer zahlt eine Kontrollprämie nur, wenn er Synergien heben kann, was jedenfalls bei der Übernahme durch einen Strategen eine Integration der erworbenen Zielgesellschaft in den Konzern des Bieters voraussetzt. Bis zur vollständigen Integration nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags oder Durchführung eines Squeeze-out und anschließendem Formwechsel werden typischerweise eine Vielzahl von Transaktionen mit Gesellschaften der Übernehmergruppe durchgeführt³⁹.

Nicht unterschätzt werden sollte auch die **administrative Bedeutung** der Vorschrift für börsennotierte Gesellschaften. Unabhängig davon, ob in Zukunft tatsächlich relevante Geschäfte mit nahestehenden Personen abgeschlossen werden, haben die Gesellschaften Prozesse aufzusetzen, um nahestehende Per-

37 S. hierzu auch die empirische Untersuchung von *Engert/Florstedt*, ZIP 2019, 493, 496 f.

38 Aktuelle Untersuchungen kommen zu einem Anteil von mindestens 40 %, s. *Bayer/Hoffmann*, AG 2018, R116 f.; *Engert/Florstedt*, ZIP 2019, 493, 495 f.

39 Bereits *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 302.

sonen und mit ihnen abgeschlossene Geschäfte identifizieren und bewerten zu können (zu einem Überblick über die prozeduralen Pflichten § 111b Rz. 111 ff.).

5. Verhältnis zum Konzernrecht

- 29 Das Regelungskonzept der §§ 111a bis 111c AktG tritt neben die traditionellen konzernrechtlichen Regelungen insbesondere des Vertragskonzerns (§§ 291 ff. AktG) und des faktischen Konzerns (§§ 311 ff. AktG). Im Hinblick auf den **Vertragskonzern** hätte die uneingeschränkte Geltung insbesondere des Zustimmungserfordernisses § 111b Abs. 1 AktG auf alle vom herrschenden Unternehmen nach § 308 Abs. 1 AktG angewiesenen Geschäfte unter Unanwendbarkeit des § 308 Abs. 3 AktG faktisch das Ende dieser organisationsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeit bedeutet, da für die Gesellschaft nachteilige Geschäfte nicht vom Aufsichtsrat gebilligt würden⁴⁰. Dies hat auch der Gesetzgeber gesehen und in § 111a Abs. 3 Nr. 2 und 3 AktG eine ausdrückliche Ausnahme vom Geschäftsbegriff und damit vom Anwendungsbereich der §§ 111b und 111c AktG für den Vertragskonzern einschließlich der bei seinem Bestehen vorgenommenen gruppeninternen Geschäfte vorgesehen (hierzu Rz. 219, 231 ff., zur Vereinbarkeit mit Art. 9c ARRL Rz. 241 ff.).
- 30 Entgegen Forderungen aus der Praxis⁴¹ hat der Gesetzgeber dagegen bewusst **keine generelle Ausnahme für den faktischen Konzern** einschließlich der Beziehungen zu herrschenden Unternehmen vorgesehen, wie § 311 Abs. 3 AktG ausdrücklich klarstellt. Auf die Frage, ob eine solche Ausnahme auch für die Beziehungen der Gesellschaft zum herrschenden Unternehmen mit Art. 9c ARRL vereinbar gewesen wäre⁴², kommt es daher nicht an. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist zumindest gut nachvollziehbar⁴³. Dass Aufsichtsräte abhängiger Aktiengesellschaften wichtige Geschäfte mit dem herrschenden und mit diesem verbundenen Unternehmen nicht gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG an ihre Zustimmung binden, ist zwar in der Praxis häufig anzutreffen, aber sicher kein Ausdruck guter Corporate Governance⁴⁴. Solange der Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG gegenüber den Aktionären vertraulich ist, ist die unverzügliche Veröffentlichung wesentlicher Geschäfte mit dem herrschenden und mit diesem verbundenen Unternehmen konsequent, wenn man eine solche Offenlegung für Geschäfte mit nahestehenden Personen im Übrigen anordnet. Im faktischen Konzern als dem vermutlich wichtigsten Anwendungsfall der §§ 111a bis 111c AktG kommt es damit zu einer Doppelregulierung durch die §§ 311 ff. und 111a ff. AktG⁴⁵.
- 31 Die **bürokratische Zusatzbelastung** für abhängige börsennotierte Gesellschaften dürfte sich in Grenzen halten, insbesondere dann, wenn die Aggregation von Geschäften mit derselben nahestehenden Person gemäß dem Wortlaut eng verstanden wird (hierzu § 111b Rz. 72 ff.). § 312 AktG fordert ohnehin eine Erfassung und Überprüfung auf Nachteile für alle Geschäfte mit anderen Gruppengesellschaften. Jedenfalls bei integrierten Konzernn mit vielfältigen Liefer- und Leistungsbeziehungen kann dies nicht reaktiv zum Ende des Geschäftsjahres erfolgen; vielmehr ist ein kontinuierlicher formalisierter Kontroll- und Dokumentationsprozess zu installieren (ausführlicher hierzu § 312 Rz. 59 ff.). Im

40 Ausführlicher *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 315 ff.; s. auch Rz. 44 zur Kritik am Ausgangsentwurf der 2. ARRL der EU-Kommission für Art. 9c ARRL sowie Rz. 212 und Rz. 231 zur Begründung der Ausnahme nach § 111a Abs. 3 Nr. 3 AktG.

41 *DAV-Handelsrechtsausschuss*, NZG 2015, 54, 65 Rz. 108; *Bungert/de Raet*, Der Konzern 2015, 289, 294; *Bungert/Wansleben*, DB 2017, 1190, 1196 f.; *Bungert/Berger*, DB 2018, 2860, 2862 f.; *Heldt*, AG 2018, 905, 915 f.; *Kleinert/Mayer*, EuZW 2019, 103, 105, 108; *T. Roth*, S. 321 f., 348; *Selzner*, ZIP 2015, 753, 760; *H.-F. Müller*, ZGR 2019, 97, 115 ff., der allerdings auch auf die europarechtlichen Grenzen für eine solche Anerkennung hinweist, tendenziell auch *Grigoleit*, ZGR 2019, 412, 451; für die Ausnahme von Downstream-Geschäften im faktischen Konzern auch *DAV-HRA*, NZG 2019, 12, 17 Rz. 61.

42 Dies bejahend etwa *Bayer/J. Schmidt*, BB 2017, 2114, 2117 f.; *Bungert/Wansleben*, DB 2017, 1190, 1197; *Heldt*, AG 2018, 905, 915 f.; ablehnend *Lieder/Werner*, ZIP 2018, 2441, 2446, 2447 f.; *Lieder/Wernert*, ZIP 2019, 989, 994; *H.-F. Müller*, ZGR 2019, 97, 118 f.; *J. Schmidt*, NZG 2018, 1201, 1211; *Spindler/Seidel*, AG 2017, 169, 170; *Tarde*, ZGR 2017, 360, 384; *Tarde*, S. 233; *Veil*, NZG 2017, 521, 530; *Ungerer*, S. 339 f.

43 Ähnlich *Mörsdorf/Piroth*, ZIP 2018, 1469, 1473 f.; *J. Schmidt*, EuZW 2019, 261, 262 f.; *Seidel*, AG 2018, 423, 426 f.

44 S. hierzu bereits *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 308, 312.

45 Dazu näher *Grigoleit*, ZGR 2019, 412, 444 ff.; *H.-F. Müller*, ZGR 2019, 97, 119 ff.

Hinblick auf die prozeduralen Anforderungen, die einerseits § 312 AktG, andererseits § 111a Abs. 2 Satz 2 AktG zum Monitoring der Geschäfte mit nahestehenden Personen im ordentlichen Geschäftsgang zu marktüblichen Bedingungen und § 111b Abs. 1 AktG zur Bewertung von Geschäften mit nahestehenden Personen und dem Monitoring einer Überschreitung des Schwellenwerts insbesondere im Wege der Aggregation stellen, liegt es an den Unternehmen, den administrativen Aufwand durch eine effiziente Koordination der Verfahren zu minimieren (s. hierzu auch Rz. 28 und § 111b Rz. 111 ff.).

Gemeinsamkeiten/Unterschiede: Sowohl die Schutzinstrumente der §§ 311 ff. AktG als auch die §§ 111a ff. AktG **knüpfen an das individuelle Geschäft an** – anders als die §§ 291 ff. AktG, bei denen die Schutzinstrumente pauschal an der Zustandsveränderung ansetzen. Die §§ 111a bis 111c AktG konzentrieren sich dabei auf präventive, prozedurale Instrumente (Aufsichtsratszustimmung und Publizität), während sich die § 311 ff. AktG auf reaktive Maßnahmen, insbesondere den Abhängigkeitsbericht und Haftungssanktionen beschränken⁴⁶, die allerdings auch eine präventive Wirkung entfalten dürften. Gemeinsam ist beiden Konzepten, trotz unterschiedlicher Formulierungen, der Maßstab für Geschäfte, die es zu verhindern gilt (Nachteiligkeit i.S.d. § 311 Abs. 1 AktG, s. § 111b Rz. 86).

Zu konkreten Unterschieden ist insbesondere auf Folgendes hinzuweisen:

- Der personelle Anwendungsbereich der §§ 311 ff. AktG ist deutlich enger als der der §§ 111a bis 111c AktG, da einerseits Unternehmenseigenschaft und andererseits beherrschender Einfluss des Aktionärs erforderlich sind.
- Die §§ 311 ff. AktG erfassen sämtliche nachteilige Rechtsgeschäfte und sonstige Maßnahmen, unabhängig von jeglichen Materialitätsschwellen. Der Begriff Maßnahme wird weit verstanden (s. § 311 Rz. 25) und umfasst nach seinem ausdrücklichen Wortlaut, anders als § 111a Abs. 1 AktG, insbesondere auch veranlasste Unterlassungen (hierzu Rz. 137 f.).
- Die Beachtung der Vorgaben des § 311 AktG einschließlich des vollständigen Nachteilsausgleichs wird ebenfalls durch den Vorstand und den Aufsichtsrat geprüft. Allerdings beschränkt sich die Kontrolle des Aufsichtsrats auf eine nachträgliche Prüfung des Abhängigkeitsberichts, bei dem das einzelne Geschäft typischerweise nicht in der gleichen Ausführlichkeit beschrieben und erläutert wird, die dies typischerweise bei Geschäften erfolgt, die der Zustimmung des Aufsichtsrats unterliegen.
- Der nachträglichen Überprüfung entsprechend kann der Aufsichtsrat ein Geschäft nicht verhindern. Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands bleibt unberührt. Sollte der Vorstand – anders als der Vorstand – ein Geschäft mit dem herrschenden Unternehmen für nachteilig halten, ist er auf die Veröffentlichung seiner Auffassung im Bericht an die Hauptversammlung gem. § 314 Abs. 2 und 3 AktG und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand und das Drängen auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen das herrschende Unternehmen beschränkt. Die Hürde für diese Sanktionen dürfte deutlich höher sein als die Verweigerung der Zustimmung zu einem Geschäft, zumal dies nach außen nicht bekannt würde.
- § 313 AktG sieht zwingend die Prüfung des Abhängigkeitsberichts durch den Abschlussprüfer vor. Es findet sich damit ein Element der Prüfung durch einen unabhängigen Dritten (s. Art. 9c Abs. 3 ARRL), die allerdings nicht pro-aktiv, sondern erst nachträglich erfolgt und in ihrer Intensität deutlich hinter der Bewertung eines einzelnen wichtigen Geschäfts zurückbleibt.
- Anders als die §§ 111a bis 111c AktG normieren §§ 317 f. AktG Schadensersatzansprüche, die gegenüber den allgemeinen Anspruchsgrundlagen der §§ 92 Abs. 2, 116 Satz 1 AktG verschärft werden. Insbesondere haftet bei kompensationsloser Veranlassung von Nachteilen nicht nur das herrschende Unternehmen, sondern nach § 317 Abs. 3 AktG auch dessen gesetzliche Vertreter, die die Maßnahme veranlasst haben. Darüber hinaus können auch die Minderheitsaktionäre Ersatz für solche Schäden verlangen, die über einen bloßen Reflexschaden hinausgehen (§ 317 Abs. 1 Satz 2 AktG).
- Die Mitaktionäre sind in die Überprüfung der Nachteiligkeit von Geschäften mit dem herrschenden Unternehmen nach den §§ 311 ff. AktG nicht einbezogen, sieht man einmal von den leicht erweiterbaren, in der Praxis aber immer noch praktisch bedeutungslosen Möglichkeiten zur Erzwingung einer Sonderprüfung nach § 315 AktG ab. Insbesondere wird der Abhängigkeitsbericht nicht veröffentlicht. Entsprechend schwierig ist es für Aktionäre, die Schadensersatzansprüche, die ihnen nach dem

⁴⁶ Zu diesen unterschiedlichen Schutzkonzepten ausführlicher *Mörsdorff/Piroth*, ZIP 2018, 1469, 1470 ff.

Gesetz zustehen oder jedenfalls von ihnen geltend gemacht werden können (§ 317 Abs. 1, 3 und 4 AktG), faktisch auch geltend zu machen.

- 34 In einer Hinsicht begrenzt die Anwendung des § 111b AktG die konzernrechtlichen Möglichkeiten des § 311 AktG. Dieser erlaubt die Durchführung eines nachteiligen Geschäfts, sofern der Nachteil zeitlich verzögert gem. § 311 Abs. 2 AktG ausgeglichen wird. Ein solcher **zeitlich verzögerter und vertraglich noch nicht ausgeformter Nachteilsausgleich** passt nicht zur Überprüfung eines Geschäfts durch den Aufsichtsrat vor dessen Abschluss (näher hierzu § 111b Rz. 88). Dieser Umstand ist zum Anlass genommen worden, den von der h.M. zugelassenen zeitlich verzögerten Nachteilsausgleich im Rahmen des § 311 AktG de lege lata in Frage zu stellen⁴⁷.
- 35 Ein positiver Nebeneffekt der wissenschaftlichen Begleitung des Entstehens und der Umsetzung der Regeln zu Related Party Transactions in Art. 9c ARRL und §§ 111a bis 111c AktG ist die **deutlich intensivierte Diskussion der Effizienz und Angemessenheit der §§ 311 ff. AktG** und des durch sie erreichten Schutzniveaus. Dies zeigt sich insbesondere an dem neuerlichen Entflammen der rechtspolitischen Frage, ob der **Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG** veröffentlicht werden sollte. Ganz überwiegend ist dabei eine Veröffentlichung, gegebenenfalls kombiniert mit einem angemessenen Schutz berechtigter Vertraulichkeitsinteressen der Gesellschaft, gefordert worden⁴⁸.
- 36 Teilweise wird darüber hinaus eine **Ineffizienz und Inadäquanz der Möglichkeiten zur Anspruchsverfolgung nach § 317 AktG** bemängelt⁴⁹. Dies hängt aber primär mit unzureichenden Informationen der Aktionäre über potenziell nachteilige Geschäfte mit dem herrschenden und mit diesem verbundenen Unternehmen zusammen. Von diesem Informationsdefizit abgesehen sind die Möglichkeiten zur Anspruchsverfolgung für Minderheitsaktionäre im faktischen Konzern durch das Recht zur individuellen Anspruchsverfolgung nach §§ 317 Abs. 3, 309 Abs. 4 Satz 1 AktG und insbesondere die Möglichkeit, eine Anspruchsverfolgung insbesondere gegen das herrschende Unternehmen durch einen besonderen Vertreter nach § 147 AktG durchzusetzen⁵⁰, bereits sehr weitgehend. Im Übrigen werden die Möglichkeiten der Anspruchsverfolgung, von der weitergehenden Information gem. § 111c AktG abgesehen, durch die 2. ARRL und das ARUG II nicht verbessert.

6. Europarechtlicher Hintergrund und Entstehungsgeschichte

a) Europarecht

aa) Art. 9c ARRL

- 37 Die §§ 111a bis 111c AktG beruhen auf der 2. ARRL, die die von den Mitgliedstaaten umzusetzenden Vorgaben zu Related Party Transactions in Art. 9c ARRL einführt⁵¹. Dessen Wortlaut lautet wie folgt:
- (1) Die Mitgliedstaaten legen fest, was wesentliche Geschäfte für die Zwecke dieses Artikels sind, und berücksichtigen dabei Folgendes:
- a) den Einfluss, den Informationen über das Geschäft auf die wirtschaftlichen Entscheidungen der Aktionäre der Gesellschaft haben können;

⁴⁷ Grigoletti, ZGR 2019, 412, 452; s. auch § 311 Rz. 104.

⁴⁸ S. Bayer/Selentin, NZG 2015, 7, 11; Drygala, AG 2013, 198, 207; Fleischer, BB 2014, 835 ff.; Fleischer, BB 2014, 2691, 2698; Florstedt, ZHR 184 (2020), 10, 56 f.; Klene, GWR 2018, 210, 211 f.; Seidel, AG 2018, 423, 426 f.; Rhiel, S. 82 f.; Selzner, ZIP 2015, 753, 760; Spindler/Seidel, AG 2017, 169, 170; Temming, RdA 2015, 280, 281; Tröger, SAFE Working Paper 202, S. 1, 17 f.; J. Vetter in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter (Hrsg.), 50 Jahre AktG, 2015, S. 231, 253 ff.; VGR, AG 2018, 920, 924; zurückhaltend Tarde, S. 158; a.A. Civelek, S. 239 ff.; H.-F. Müller in Spindler/Stilz, § 312 AktG Rz. 4; die rechtspolitische Forderung nach erhöhter Transparenz des Abhängigkeitsberichts jedenfalls für legitim haltend H.-F. Müller, ZGR 2019, 97,123; außerdem Roth, S. 95 ff.; wohl auch DAV-HRA, NZG 2015, 54, 62 f. Rz. 75, 81.

⁴⁹ Spindler/Seidel, AG 2017, 169, 170; Tröger, SAFE Working Paper 202, S. 1, 12 ff., 16 ff.; Klene, GWR 2018, 210, 211.

⁵⁰ Hierzu § 317 Rz. 26; Rieckers/J. Vetter in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., § 147 AktG Rz. 140 ff.; s. zu einem praktischem Fall auch Decher in FS E. Vetter, 2019, S. 95 ff.

⁵¹ Ausführlicher hierzu etwa Jung/Stiegler in Jung/Krebs/Stiegler, § 30 Rz. 256 ff.; Kleinert/Mayer, EuZW 2018, 314, 319 ff.; Tarde, ZGR 2017, 360, 362 ff.; Veil, NZG 2017, 521 ff.

b) das Risiko, das für die Gesellschaft und ihre Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, einschließlich der Minderheitsaktionäre, mit dem Geschäft verbunden ist.

Bei der Definition von wesentlichen Geschäften legen die Mitgliedstaaten eine oder mehrere quantitative Kennzahlen fest, die auf dem Einfluss des Geschäfts auf finanzielle Lage, Einnahmen, Vermögen, Kapitalisierung, einschließlich Eigenkapital, oder Umsatz der Gesellschaft basieren oder der Art des Geschäfts und der Position des nahestehenden Unternehmens oder der nahestehenden Person Rechnung tragen.

Die Mitgliedstaaten können für die Anwendung des Absatzes 4 eine andere Definition des wesentlichen Geschäfts als für die Anwendung der Absätze 2 und 3 festlegen, und können dabei je nach Größe der Gesellschaft unterschiedliche Definitionen festlegen.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Gesellschaften wesentliche Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen oder Personen spätestens zum Zeitpunkt ihres Abschlusses öffentlich bekannt machen. Die Bekanntmachung muss mindestens Informationen zur Art des Verhältnisses zu den nahestehenden Unternehmen oder Personen, die Namen der nahestehenden Unternehmen oder Personen, das Datum und den Wert des Geschäfts und alle weiteren Informationen enthalten, die erforderlich sind, um zu bewerten, ob das Geschäft aus Sicht der Gesellschaft und der Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, einschließlich der Minderheitsaktionäre, angemessen und vernünftig ist.

(3) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der öffentlichen Bekanntmachung gemäß Absatz 2 ein Bericht beigefügt wird, in dem bewertet wird, ob das Geschäft aus Sicht der Gesellschaft und der Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, einschließlich Minderheitsaktionäre, angemessen und vernünftig ist, und in dem die Annahmen, auf denen diese Bewertung beruht, sowie die angewandten Methoden erklärt werden.

Der Bericht wird erstellt von

- a) einem unabhängigen Dritten oder
- b) dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan der Gesellschaft oder
- c) dem Prüfungsausschuss oder einem anderen Ausschuss, der mehrheitlich aus unabhängigen Mitgliedern der Unternehmensleitung besteht.

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nahestehenden Unternehmen oder Personen nicht an der Ausarbeitung des Berichts teilnehmen.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass den wesentlichen Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen durch die Hauptversammlung oder das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan der Gesellschaft gemäß Verfahren zugestimmt wird, durch die verhindert wird, dass das nahestehende Unternehmen oder die nahestehende Person seine bzw. ihre Position ausnutzt, und die einen angemessenen Schutz der Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, einschließlich der Minderheitsaktionäre, bieten.

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass Aktionäre in der Hauptversammlung das Recht haben, über wesentliche Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen oder Personen abzustimmen, denen durch das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan der Gesellschaft zugestimmt wurde.

Ist ein Mitglied der Unternehmensleitung oder ein Aktionär an dem Geschäft als nahestehendes Unternehmen oder nahestehende Person beteiligt, darf dieses Mitglied der Unternehmensleitung bzw. dieser Aktionär nicht an der Zustimmung oder der Abstimmung teilnehmen.

Die Mitgliedstaaten können zulassen, dass der Aktionär, der ein nahestehendes Unternehmen oder eine nahestehende Person ist, an der Abstimmung teilnimmt, sofern das nationale Recht angemessene Schutzmechanismen enthält, die vor oder während des Abstimmungsverfahrens gelten, um die Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, einschließlich Minderheitsaktionäre, zu schützen, indem das nahestehende Unternehmen oder die nahestehende Person daran gehindert wird, dem Geschäft zuzustimmen, obwohl die Mehrheit der Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, bzw. die Mehrheit der unabhängigen Mitglieder der Unternehmensleitung gegenteiliger Meinung sind.

(5) Die Absätze 2, 3 und 4 gelten nicht für Geschäfte, die im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen getätigt werden. Für solche Geschäfte richtet das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan der Gesellschaft ein internes Verfahren ein, um regelmäßig zu bewerten, ob diese Bedingungen erfüllt sind. Die nahestehenden Unternehmen und Personen nehmen an dieser Bewertung nicht teil.

Allerdings können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Gesellschaften die Anforderungen nach den Absätzen 2, 3 oder 4 auf Geschäfte anwenden, die im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen getätigt werden.

(6) Die Mitgliedstaaten können von den Anforderungen gemäß den Absätzen 2, 3 und 4 ausnehmen oder den Gesellschaften gestatten, von diesen Anforderungen auszunehmen:

- a) Geschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren Tochtergesellschaften, sofern es sich um hundertprozentige Tochtergesellschaften handelt oder kein anderes der Gesellschaft nahestehendes Unternehmen oder keine andere der Gesellschaft nahestehende Person an der Tochtergesellschaft beteiligt ist oder im nationalen Recht Vorschriften zum angemessenen Schutz der Interessen der Gesellschaft, der Tochtergesellschaft, und ihrer Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, einschließlich der Minderheitsaktionäre, bei derartigen Geschäften vorgesehen sind;
 - b) genau festgelegte Arten von Geschäften, für die nach nationalem Recht die Zustimmung durch die Hauptversammlung erforderlich ist, sofern in solchen Rechtsvorschriften die angemessene Behandlung aller Aktionäre und die Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, einschließlich der Minderheitsaktionäre, ausdrücklich geregelt und angemessen geschützt sind;
 - c) Geschäfte, die die Vergütung der Mitglieder der Unternehmensleitung oder bestimmte Elemente der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung betreffen, die gemäß Artikel 9a gewährt oder geschuldet werden;
 - d) Geschäfte von Kreditinstituten auf der Grundlage von Maßnahmen, durch die ihre Stabilität geschützt werden soll und die von der zuständigen Behörde angenommen wurden, die gemäß Unionsrecht für die Aufsicht über die Kreditinstitute zuständig ist;
 - e) Geschäfte, die allen Aktionären unter den gleichen Bedingungen angeboten werden und bei denen die Gleichbehandlung aller Aktionäre und der Schutz der Interessen der Gesellschaft gewährleistet sind.
- (7) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Gesellschaften wesentliche Geschäfte zwischen der Gesellschaft nahestehenden Unternehmen oder Personen und Tochtergesellschaften der Gesellschaft öffentlich bekannt geben. Die Mitgliedstaaten können auch vorsehen, dass der Bekanntmachung ein Bericht beigefügt werden muss, in dem bewertet wird, ob das Geschäft aus Sicht der Gesellschaft und der Aktionäre, die weder ein nahestehendes Unternehmen noch eine nahestehende Person sind, einschließlich der Minderheitsaktionäre, angemessen und vernünftig ist, und in dem die Annahmen, auf denen diese Bewertung beruht, sowie die angewandten Methoden erklärt werden. Die Ausnahmen nach den Absätzen 5 und 6 gelten auch für die in diesem Absatz genannten Geschäfte.
- (8) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Geschäfte mit denselben nahestehenden Unternehmen und Personen, die in einem beliebigen Zeitraum von 12 Monaten oder in demselben Geschäftsjahr getätigt wurden und nicht den Verpflichtungen nach den Absätzen 2, 3 oder 4 unterliegen, für die Zwecke dieser Absätze zusammengerechnet werden.
- (9) Dieser Artikel berührt nicht die Vorschriften zur öffentlichen Bekanntgabe von Insiderinformationen gemäß Artikel 17 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates.
- 38 Art. 14b regelt darüber hinaus Maßnahmen und **Sanktionen**. Danach legen die Mitgliedsstaaten „Regeln“ für Maßnahmen und Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die gemäß der Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften zu verhängen sind, und ergreifen alle erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass sie angewandt werden. Die vorgesehenen Maßnahmen und Sanktionen sollen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

bb) Ausgangsentwurf der Kommission vom 9.4.2014

- 39 Die 2. ARRL und insbesondere die Entstehung des Art. 9c ARRL, der den §§ 111a bis 111c AktG zugrunde liegt, hat eine vergleichsweise kurze, aber doch ereignisreiche Historie, die zu einigen für den deutschen Rechtsanwender und die Kompatibilität der europäischen Vorgaben mit deutschem Aktienrecht erfreulichen Verbesserungen geführt hat und vor deren Hintergrund die nunmehr umgesetzte Regelung als recht moderater Eingriff in die Corporate Governance deutscher Aktiengesellschaften und das deutsche Konzernrecht erscheint. Um die ursprüngliche Brisanz der europäischen Vorschläge nachvollziehen und die finale europäische Regelung zutreffend einordnen zu können, soll nachfolgend ein kurzer Überblick über die Entwicklung von Art. 9c ARRL durch die 2. ARRL gegeben werden.
- 40 Die Kommission legte am 9.4.2014 ihren Vorschlag zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie vor („**Kommissionsvorschlag**“)⁵², in dem u.a. in Art. 9c ein Vorschlag zur harmonisierten Behandlung von

52 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung, COM/2014/0213 final 2014/0121 (COD), abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:213:FIN>.

sog. Related Party Transactions enthalten war. Hintergrund des Kommissionsvorschlags war, dass die Kommission insbesondere bei Geschäften mit Mitgliedern der Unternehmensleitung und kontrollierenden Aktionäre die Gefahr sah, dass Werte zu Lasten der Aktionäre und vor allem der Minderheitsaktionäre übertragen werden. Nach Ansicht der Kommission hatten Aktionäre vor geplanten Transaktionen bisher keinen ausreichenden Zugang zu Informationen und keine geeigneten Instrumente, um gegen missbräuchliche Transaktionen vorzugehen⁵³.

Der Vorschlag unterschied zwischen „kleinen“ und „größeren“ Related Party Transactions und traf differenzierte Regelungen zur Transparenz, zur Wert- und Angemessenheitskontrolle und zur Entscheidungskompetenz. 41

- „Kleine“ Related Party Transactions, die weniger als 5 %, aber mehr als 1 % des Vermögens der AG betreffen, sollten **zum Zeitpunkt ihres Abschlusses öffentlich bekannt gemacht** werden (Art. 9c Abs. 1 des Kommissionsvorschlags). Der Bekanntmachung war ein Bericht eines unabhängigen Dritten beizufügen. Der unabhängige Dritte sollte dabei nicht nur bewerten, ob die Transaktionsbedingungen marktüblich sind, sondern auch bestätigen, dass die Transaktion aus Sicht der (Minderheits-) Aktionäre fair und vernünftig ist.
- „Große“ Related Party Transactions – das waren solche, die mehr als 5 % des Vermögens des Unternehmens betreffen oder erhebliche Auswirkungen auf den Gewinn oder Umsatz haben können – sollten den Aktionären zusätzlich **im Rahmen einer Hauptversammlung zur Genehmigung vorgelegt** werden (Art. 9c Abs. 2 des Kommissionsvorschlags). Transaktionen mit denselben nahestehenden Unternehmen/Personen innerhalb der letzten 12 Monate wurden aggregiert (Art. 9c Abs. 3 des Kommissionsvorschlags). Bei dem Hauptversammlungsbeschluss sollte die betroffene nahestehende Person einem Stimmverbot unterliegen (s. Art. 9c Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2, Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2, Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 2 des Kommissionsvorschlags).

Den Mitgliedstaaten wurde nur ein sehr begrenzter Gestaltungsspielraum eingeräumt: 42

- Zum einen sollten sie die Hauptversammlung ermächtigen können, für genau festgelegte Arten wiederkehrender Transaktionen mit einer bestimmten Related Party für maximal 12 Monate von der Berichtspflicht zu befreien und eine Vorabgenehmigung für zustimmungsbedürftige große Transaktionen zu erteilen (s. Art. 9c Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 1, Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 des Kommissionsvorschlags).
- Zum anderen sollten sie Ausnahmen für Transaktionen mit zu 100 % gehaltenen Tochtergesellschaften vorsehen können (Art. 9c Abs. 4 RL-E).
- **Keine Ausnahmemöglichkeiten waren insbesondere für konzernrechtliche Maßnahmen** einschließlich Abschluss und Durchführung eines Beherrschungsvertrags vorgesehen.

Der Vorschlag der Kommission entsprach im Ergebnis fast eins zu eins dem (allerdings nicht näher begründeten) Vorschlag des European Corporate Governance Forums vom 10.3.2011⁵⁴, der seinerseits im Wesentlichen die Regelungen der UK Listing Rules rezipierte⁵⁵ und den die Kommission in ihrem Aktionsplan vom Dezember 2012⁵⁶ aufgegriffen hatte. Auf ein weit verbreitetes Regelungskonzept oder gar einen Standard in der EU konnte sich der Vorschlag, insbesondere der zur Beteiligung der Hauptversammlung, nicht berufen; nicht nur Deutschland, sondern eine Vielzahl anderer Staaten verfolgte grundsätzlich andere Herangehensweisen⁵⁷. 43

53 S. 5 f. des Kommissionsvorschlags.

54 Statement of the European Corporate Governance Forum on Related Party Transactions for Listed Entities, 10.3.2011, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_related_party_transactions_en.pdf.

55 S. insb. Chapter 11.1 der UK Listing Rules; dazu *Fleischer*, BB 2014, 2691, 2694; *Seibt*, DB 2014, 1910, 1914; ausführlich *Klene*, S. 12 ff.; *Tarde*, S. 85 ff.

56 S. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebens-fähige Unternehmen, COM(2012) 740, 12.12.2012, S. 11.

57 Ausführlicher zu den verschiedenen Regelungskonzepten *Fleischer*, BB 2014, 2691, 2692 ff.; *Tröger*, AG 2015, 53, 56 ff.; *Enriques*, EBOR 2015, 1, 13 ff.

- 44 Selten hat ein europäischer Gesetzgebungsvorschlag ein solches, ganz überwiegend negatives Echo im deutschen Schrifttum ausgelöst⁵⁸. Die Hauptkritikpunkte waren:
- die jedenfalls in Deutschland systemfremde und unpraktikable Beteiligung der Hauptversammlung;
 - damit zusammenhängend die fehlende Berücksichtigung des dualistischen Systems und die Missachtung der Kompetenzen und Verantwortung des Aufsichtsrats und damit bei mitbestimmten Gesellschaften die Umgehung der Arbeitnehmermitbestimmung;
 - die Aushöhlung der konzernrechtlichen Möglichkeiten, insbesondere des Beherrschungsvertrags (s. auch Rz. 29 und Rz. 231);
 - der erhebliche bürokratische Aufwand durch ein externes Bewertungsgutachten;
 - sowie – grundlegend – ein mangelnder Bedarf an weiteren Regelungen für Geschäfte mit nahestehenden Personen.

cc) Entwicklung seit 2014

- 45 Diese geballte Kritik, die nicht nur aus Deutschland geäußert wurde, blieb nicht ungehört. Die nachfolgenden **Änderungen in einer Vielzahl von Einzelschritten** sollen nachfolgend nur überblicksartig dargestellt werden⁵⁹:
- Die Änderungsvorschläge im Berichtsentwurf des JURI-Berichterstatters waren marginal⁶⁰.
 - Kompromissvorschläge der italienischen Ratspräsidentschaft: Am 10.11.2014 wurde unter der italienischen Ratspräsidentschaft ein erster übererarbeiteter Entwurf zur Diskussion gestellt⁶¹, der zunächst am 26.11.2014⁶² und dann noch einmal am 5.12.2014⁶³ modifiziert wurde. Diese Kompromissvorschläge greifen die Kritik am Kommissionsentwurf auf und entschärfen diesen, indem den Mitgliedstaaten durch Aufweichung der zwingenden Vorgaben ein deutlich weitergehender Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung eingeräumt wird⁶⁴.
 - Kompromissvorschläge der lettischen Ratspräsidentschaft: Aufbauend auf dem letzten italienischen Vorschlag stellte die lettische Ratspräsidentschaft am 14.1.2015 einen weiteren Kompromissvor-

58 Den Entwurf insgesamt ablehnend *BRAK*, Stellungnahme Nr. 39/2014, S. 7 ff.; *DAI*, Position zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie (Nov. 2014), S. 2 ff., 26 ff.; *DAV-HRA*, NZG 2015, 54, 62 ff.; *BDA/BDI/DIHK*, Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag COM(2014)213 final, Juli 2014, S. 17 ff.; *BDI/FBD*, Erforderliche Harmonisierung oder unnötiger Systembruch – Der Vorschlag der EU-Kommission zu Related Party Transactions, S. 20 ff.; *Regierungskommission DCGK*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre, S. 14; *Lanfermann/Maul*, BB 2014, 1283, 1287 f.; *Seibt*, DB 2014, 1910, 1914 ff.; ablehnend gegenüber der Hauptversammlungszuständigkeit etwa Stellungnahme des Bundesrats vom 11.7.2014, BR-Drucks. 166/14, 5; *IDW*-Schreiben vom 22.8.2014 an das BMJV zur Einbeziehung der Aktionäre, abrufbar unter <http://www.idw.de/idw/portal/d640504>; teilweise sehr weit reichende Kritik an verschiedenen Einzelaspekten bei *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7, 8; *Bremer*, NZG 2014, 415; *Fleischer*, BB 2014, 2691, 2698 ff.; *Hommelhoff*, KSzW 2014, 63, 67; *Jung*, WM 2014, 2351, 2356 ff.; *Schneider*, EuZW 2014, 641, 642; *Selzner*, ZIP 2015, 753,758 ff.; *Tarde*, S. 213 ff.; *Tröger*, AG 2015, 53, 59 ff.; *Vorse/Wiersch*, EuZW 2014, 375, 380; *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, insb. 301 ff.; *J. Vetter* in *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter* (Hrsg.), 50 Jahre AktG, 2015, S. 231, 267 ff.; *Wiersch*, NZG 2014, 1131, 1136; *Zetsche*, NZG 2014, 1121, 1127 f.; kritisch, wenn auch mit anderer Zielrichtung auch *Enriques*, EBOR 2015, 1, 25 ff.

59 Ausführlicher zu allen nachfolgenden Entwürfen und Vorschlägen *Ungerer*, S. 289 ff.

60 Etwas ausführlicher hierzu etwa *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 279.

61 Abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13758-2014-INIT/en/pdf>, S. 35 ff.; hierzu ausführlich *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7, 9 f.; *Tröger*, AG 2015, 53, 59 ff., 63 ff.

62 Dieser Entwurf wurde nicht öffentlich verfügbar gemacht; dazu *Jung*, WM 2014, 2351 ff.

63 Abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15647-2014-INIT/en/pdf>, S. 32 ff.

64 Ausführlicher zu den Änderungen etwa *Bungert/de Raet*, Der Konzern 2015, 289, 290 f.; *Tarde*, S. 217 ff.; *Tröger*, AG 2015, 53, 62 ff.; *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 279 ff.;

schlag vor⁶⁵, der durch modifizierende Vorschläge vom 17.2.2015, 6.3.2015 und 20.3.2015 ergänzt wurde⁶⁶.

- Am 8.7.2015 befasste sich das EU-Parlament im Plenum mit dem von der EU-Kommission initiierten Vorschlag für die 2. ARRL. Die vorgeschlagenen Änderungen betrafen teilweise Verschärfungen, aber auch die Einräumung von Dispensmöglichkeiten zugunsten der Mitgliedstaaten⁶⁷.
- Als Grundlage für den Trilog wurde durch die niederländische Ratspräsidentschaft am 22.6.2016 ein (ihren Vorschlag vom 20.5.2016⁶⁸ noch einmal abändernder) Vorschlag veröffentlicht⁶⁹. Dieser enthält für Related Party Transactions im Verhältnis zum lettischen Ratsvorschlag vom 20.3.2015 allerdings keine abweichenden oder neuen Regelungen, abgesehen von marginalen Formulierungsänderungen.

Angesichts der erheblichen Kritik und der Schwierigkeiten, eine Einigung zu finden, wurde ein informeller Trilog durchgeführt, an dem der EU-Ausschuss der Ständigen Vertreter (AS_{TV}), Vertreter des EU-Ministerrats unter slowakischem Ratsvorsitz sowie Vertreter des Europäischen Parlaments teilnahmen. Im Trilogverfahren wurde am 9.12.2016 eine Einigung erzielt⁷⁰ und am 13.12.2016 veröffentlicht⁷¹. Diese im Trilog getroffene Einigung wurde am 14.3.2017 formell durch das Europäische Parlament angenommen. Am 3.4.2017 wurde die 2. ARRL in ihrer endgültigen Fassung angenommen. Am 20.5.2017 erfolgte die Veröffentlichung der Aktionärsrechterichtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union. In nationales Recht umzusetzen war sie eigentlich bis zum 10.6.2019. 46

b) Entstehungsgeschichte des ARUG II

Die Umsetzung der 2. ARRL einschließlich des Art. 9c ARRL oblag federführend dem BMJV. Das BMJV hat hierzu am 18.9.2017 eine Expertenkommission⁷² eingesetzt, die bei der Umsetzung der 2. ARRL unterstützen sollte. Die Expertengruppe selbst hat keinen eigenen Vorschlag für ein ARUG II entworfen, sondern das BMJV intern unterstützt. Ein **Referentenentwurf zum ARUG II**⁷³ wurde am 11.10.2018 veröffentlicht⁷⁴. Dieser enthielt die Regelungen zu Geschäften mit nahestehenden Personen primär in §§ 111a bis 111c AktG-E, eine ergänzende Regelung zu einem die Billigung solcher Geschäfte vorbereitenden Aufsichtsratsausschuss in § 107 Abs. 3 AktG-E sowie eine Bestimmung zur Bekanntmachung von Geschäften mit nahestehenden Personen in § 48a WpHG vor. Interessierte Kreise hatten 47

65 Abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5215-2015-INIT/en/pdf>, S. 50 ff.; zu den wesentlichen Änderungen *Bungert/de Raet*, *Der Konzern* 2015, 289, 291; *J. Vetter*, *ZHR* 179 (2015), 273, 282 f.

66 Letztgenannter Vorschlag abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7315-2015-INIT/en/pdf>, S. 45 ff.; die vorgenannten sind soweit ersichtlich nicht veröffentlicht; zum Vorschlag vom 6.3.2015 *Temming*, *RdA* 2015, 280, 282.

67 Zusammenfassung und Ergebnisse der Debatte abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10626-2015-INIT/en/pdf>, Ergebnisse zu RPT S. 63 ff.

68 Ausführlicher hierzu *Bungert/de Raet*, *Der Konzern* 2015, 289, 291 ff.

69 Abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10261-2016-INIT/en/pdf>.

70 Zu weiteren Zwischenschritten [https://www.consilium.europa.eu/register/en/content/out/?typ=SET&i=ADV&RESULTSET=1&DOC_LANCD=EN&ROWSPP=25&NRROWS=500&ORDERBY=DOC_DATE+DESC&DO_S_INTERINST=2014/0121%20\(COD\)](https://www.consilium.europa.eu/register/en/content/out/?typ=SET&i=ADV&RESULTSET=1&DOC_LANCD=EN&ROWSPP=25&NRROWS=500&ORDERBY=DOC_DATE+DESC&DO_S_INTERINST=2014/0121%20(COD)).

71 Vorschlag des slowakischen Ratspräsidenten unter Beachtung der im informellen Trilog gefundenen Ergebnisse v. 13.12.2016 – 15248/16.

72 Bestehend aus *Tim Florstedt*, *Ulrich Noack*, *Jessica Schmidt*, *Jochen Vetter* und *Dirk Zetzsche*; hierzu auch *Seibert* in FS E. Vetter, 2019, S. 749 f.

73 Abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Aktionaersrechte_richtlinie_II.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

74 Zu den darin enthaltenen Bestimmungen zu Related Party Transactions etwa *Bayer/Schmidt*, *BB* 2018, 2562, 2574 ff.; *Bungert/Berger*, *DB* 2018, 2860 ff.; *Grobecker/Wagner*, *Der Konzern* 2018, 419, 421 ff.; *Kleinert/Mayer*, *EuZW* 2019, 103 ff.; *Lieder/Wernert*, *ZIP* 2018, 2441 ff.; *H.-F. Müller*, *ZGR* 2019, 97, 101 ff.; *J. Schmidt*, *NZG* 2018, 1201, 1208 ff.; *Seulen*, *DB* 2018, 2915, 2916 ff.; *Tröger/Roth/Strenger*, *BB* 2018, 2946, 2948 ff.; ausführlich *Ungerer*, S. 346 ff.

die Möglichkeit, Stellungnahmen hierzu abzugeben. Davon wurde in vielfältiger Weise Gebrauch gemacht⁷⁵.

- 48 Am 20.3.2019 veröffentlichte die Bundesregierung ihren **Regierungsentwurf** des ARUG II⁷⁶. Das BMJV hat dabei eine Vielzahl der in den Stellungnahmen zum Referentenentwurf vorgebrachten Kritikpunkte und Anregungen aufgenommen. Wesentliche **Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf** betrafen⁷⁷:
- Die Regelungen wurden im Aktienrecht konzentriert. Die zuvor in § 48a WpHG geregelte Veröffentlichungspflicht findet sich nunmehr in § 111c AktG.
 - In § 111a Abs. 3 Nr. 1 AktG wurde zur Ausnahme von Geschäften mit Tochterunternehmen die Variante ergänzt, dass die Tochter selbst börsennotiert ist und den Anforderungen der Umsetzung des Art. 9c ARRL in Deutschland oder einem anderen europäischen Staat unterliegt.
 - Das Delegationsverbot für die Erteilung der Zustimmung zu einem Geschäft durch den Aufsichtsrat wurde abgeschafft. Der Aufsichtsratsausschuss kann nunmehr selbst entscheiden, was die Billigung von Geschäften mit nahestehenden Personen praktisch deutlich erleichtern kann. In dem Zusammenhang wurde auch die Zusammensetzung des Ausschusses geändert, um eine Einflussnahme der nahestehenden Person effektiv auszuschließen. § 107 Abs. 3 AktG wurde entsprechend grundlegend überarbeitet. Das Zusammenspiel zwischen Ausschuss und Aufsichtsrat wurde deutlich vereinfacht. Gestrichen wurde insbesondere die zwingende externe Angemessenheitsprüfung bei verweigerter Zustimmung des vorbereitenden Ausschusses.
 - Die Aggregationsregel des § 111b Abs. 1 AktG wurde auf das laufende Geschäftsjahr und nicht mehr die letzten 12 Monate bezogen.
 - Im Übrigen handelte es sich im Wesentlichen um kleinere technische und sprachliche Modifikationen.
- 49 Verschiedene Klarstellungen zu Fragen, die in den Stellungnahmen zum Referentenentwurf angerissen worden waren, wurden in der Gesetzesbegründung vorgenommen⁷⁸. Hervorzuheben sind die Klarstellungen zur Anwendbarkeit des § 111a Abs. 2 AktG auf konzerninterne Geschäfte. Der **Bundesrat** hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 29.5.2019⁷⁹ nur eine technische Änderung angeregt, hatte aber keine inhaltlichen Anmerkungen.
- 50 Nach Veröffentlichung des Regierungsentwurfs fanden intensivere **Diskussionen im Bundestagsausschuss für Recht und Verbraucherschutz** statt, der am 5.6.2019 auch eine Sachverständigenanhörung durchführte⁸⁰. Die inhaltlichen Änderungsvorschläge des Ausschusses zu den §§ 111a bis 111c AktG beschränkten sich darauf, den Schwellenwert nach § 111b Abs. 1 von 2,5 % auf 1,5 % herabzusetzen⁸¹. Mit dieser Änderung zu den §§ 111a bis 111c AktG wurde das ARUG II von Bundestag und Bundesrat gebilligt⁸².
- 51 Die neu eingeführten §§ 111a bis 111c AktG sowie die die Verstöße gegen die Veröffentlichungspflicht nach § 111c Abs. 1 AktG durch ein Bußgeld sanktionierenden Änderungen des § 405 Abs. 2a Nr. 6,

75 Die insgesamt 28 eingegangenen Stellungnahmen sind auf der Internetseite des BMJV unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Aktionaersrechterrichtlinie_II.html abrufbar. Die Stellungnahme des HRA des DAV ist zusätzlich in NZG 2019, 12, 16 ff.; die Stellungnahme der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR) in AG 2018, 920, 923 f. abgedruckt, hierzu ausführlicher *Seibert* in FS E. Vetter, 2019, S. 749, 750 f., 759 ff.

76 BT-Drucks. 19/9739.

77 Ausführlicher zum Inhalt des Regierungsentwurfs und dessen Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf *Bungert/Wansleben*, BB 2019, 1026, 1027 ff.; *Lieder/Wernert*, ZIP 2019, 989 ff.; *Paschos/Goslar*, AG 2019, 365, 370 ff.; *J. Schmidt*, EuZW 2019, 261 ff.; *Tarde*, NZG 2019, 488 ff.; zu Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf auch *Brouwer*, GmbHR 2019, R120, R121 f.; *Wentz*, WM 2019, 906, 912.

78 S. dazu etwa *Bungert/Wansleben*, BB 2019, 1026, 1027 ff.; *J. Schmidt*, EuZW 2019, 261 ff.

79 Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/10507, 3 mit Gegenäußerung der Bundesregierung auf S. 6.

80 Die Stellungnahmen von *Tobias Brouwer*, *Tim Drygala*, *Klaus Gabriel*, *Hilke Herchen*, *Kerstin Jerchel*, *Peer-Robin Paulus*, *Christian Strenger* und *Rainald Thannisch* sind unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht abrufbar.

81 BT-Drucks. 19/15153.

82 BR-Drucks. 605/19.

Abs. 4 und Abs. 5 AktG sind mit **Inkrafttreten des ARUG II**⁸³ gem. Art. 16 ARUG II am 1.1.2020 in Kraft getreten. Weder § 26j EGActG noch das ARUG II selbst enthalten eine davon abweichende Bestimmung.

II. Betroffene Gesellschaften

1. Börsennotierung

Die §§ 111a bis 111c AktG betreffen nur börsennotierte Gesellschaften. Dies ergibt sich noch nicht aus § 111a AktG, wohl aber aus §§ 111b und 111c AktG. Auch der Anwendungsbereich der zugrunde liegenden ARRL beschränken sich auf börsennotierte Gesellschaften. Art. 1 Abs. 1 ARRL beschränkt den Anwendungsbereich der Richtlinie auf Gesellschaften, die ihren Sitz in einem EU-Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel an einem in einem Mitgliedstaat gelegenen oder dort betriebenen geregelten Markt zugelassen sind⁸⁴. Der deutsche Gesetzgeber hätte den Anwendungsbereich der §§ 111a bis 111c AktG freiwillig darüber hinaus auch auf nicht börsennotierte Gesellschaften ausdehnen können, hat davon aber bewusst und entgegen entsprechenden Vorschlägen aus dem Schrifttum⁸⁵ abgesehen.

Die §§ 111a bis 111c AktG enthalten keine eigene Definition der börsennotierten Gesellschaft, so dass die Definition des § 3 Abs. 2 AktG maßgeblich ist. Damit geht der deutsche Anwendungsbereich insoweit leicht über das europarechtlich geforderte Mindestmaß hinaus, als nach § 3 Abs. 2 AktG nicht erforderlich ist, dass die Aktien an einem in einem EU-Mitgliedstaat betriebenen organisierten Markt gehandelt werden⁸⁶.

Erfasst sind danach Unternehmen, deren Aktien im regulierten Markt nach §§ 32 ff. BörsG gehandelt werden. Der Handel von Aktien im **Freiverkehr** nach § 48 BörsG wird von der Definition dagegen nicht erfasst⁸⁷.

Der Begriff der börsennotierten Gesellschaft ist **von dem der kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaft nach § 264d HGB abzugrenzen**. Für Kapitalmarktorientierung genügt es, wenn die Gesellschaft einen organisierten Markt durch von ihr ausgegebene Fremdkapitalpapiere oder sonstige Wertpapiere i.S.d. § 2 Abs. 1 WpHG in Anspruch nimmt. Für die Börsennotierung kommt es dagegen allein auf die Börsenzulassung der Aktien an.

2. Anwendbarkeit auf KGaA und SE

Die Regelungen von Art. 9c ARRL und damit auch der §§ 111a bis 111c AktG gelten grundsätzlich auch für die **KGaA**⁸⁸. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt im Aktienrecht ist § 278 Abs. 3 AktG (ausführlicher zum Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats nach § 111b Abs. 1 AktG § 111b Rz. 157 ff.)⁸⁹. Bei der KGaA ist zu beachten, dass auch die Komplementärin eine der KGaA nahestehende Person ist⁹⁰.

Die §§ 111a bis 111c AktG gelten auch für die **SE**. Dies folgt für die dualistische SE bereits aus der allgemeinen Verweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) und Art. 10 SE-VO auf das anwendbare Aktien-

83 Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2637.

84 Die Definition von „geregeltem Markt“ ist in Art. 2 lit. a) 2. ARRL neu gefasst worden.

85 Tröger, AG 2015, 53, 61; Civelek, S. 141 f.; Klene, GWR 2018, 210, 213; teilweise auch Hommelhoff, KSzW 2014, 63, 66; J. Vetter, ZHR 179 (2015), 273, 324 f.; a.A. DAV-HRA, NZG 2019, 12, 17 Rz. 51; Lieder/Wernert, ZIP 2018, 2441, 2442 f.; Lieder/Wernert, ZIP 2019, 989, 990; Tarde, S. 238 f.; Veil, NZG 2017, 521, 524.

86 Kleinert/Mayer, EuZW 2019, 103, 104; f.; Lutter, § 3 Rz. 6.

87 Lieder/Wernert, ZIP 2018, 2441, 2442; Lieder/Wernert, ZIP 2019, 989, 990; H.-F. Müller, ZIP 2019, 2429; allgemein zur Definition des § 3 Abs. 2 AktG Begr. des RegE zum KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, 12; Hüffer/Koch, § 3 AktG Rz. 6; Lutter, § 3 Rz. 6.

88 Im Grundsatz auch Backhaus/Brouwer, AG 2019, 287 f.

89 Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 79.

90 Ausdrücklich Backhaus/Brouwer, AG 2019, 287, 293, 294.

recht⁹¹. Für die dualistische SE gilt dies insbesondere auch für das Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats nach § 111b AktG. Für die monistische SE nimmt § 22 Abs. 6 SEAG die §§ 111a bis 111c AktG in Bezug⁹², wobei die Kompetenz des Aufsichtsrats nach § 111b Abs. 1 AktG nach § 22 Abs. 1 SEAG dem Verwaltungsrat zusteht⁹³. Art. 9 des ARUG II enthält darüber hinaus eine ausdrückliche Änderung des § 34 Abs. 4 SEAG im Hinblick auf die Einrichtung eines Ausschusses des Verwaltungsrats in Parallele zu § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG.

III. Nahestehende Personen (§ 111a Abs. 1 Satz 2 AktG)

1. Überblick

- 58 Nahestehende Personen sind nach § 111a Abs. 1 Satz 2 AktG nahestehende Unternehmen oder Personen im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards⁹⁴ in ihrer jeweils gültigen Fassung, wie sie von der Europäischen Kommission für die Anwendung in der Europäischen Union übernommen worden sind⁹⁵. Dieses sog. **Endorsement-Verfahren**⁹⁶ wird im Gesetzeswortlaut vergleichsweise schwer verständlich durch den Verweis auf die betreffenden EU-Verordnungen in Bezug genommen⁹⁷. Diese Definition bildet im Aktienrecht zwar einen Fremdkörper, war aber angesichts der entsprechenden, durch die 2. ARRL eingeführten Definition in Art. 2 lit. h) der ARRL unumgänglich. Eine Umschreibung der Definitionen gemäß den internationalen Rechnungslegungsstandards wäre angesichts deren Umfangs und der Dynamik der Verweisung wenig übersichtlich und fehleranfällig und daher nicht sinnvoll gewesen⁹⁸. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese dynamische Verweisung greifen nicht durch⁹⁹. Erst recht lässt sich aufgrund der etwas mühsameren Rechtsanwendung, der sich die nach IFRS bilanzierenden Konzerne ohnehin stellen müssen, keine Verletzung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes begründen¹⁰⁰.
- 59 Nahestehende Personen i.S.d. §§ 111a ff. AktG sind danach nahestehende Unternehmen und Personen i.S.d. in **IAS 24.9** (Angaben über Beziehungen zu nahestehenden Unternehmen und Personen) gegebene Definition, wobei IAS 24.9 seinerseits auf die Standards IFRS 10, IAS 28 und IFRS 11 Bezug nimmt¹⁰¹. Verweise auf nahestehende Personen fanden sich bereits vor Inkrafttreten des ARUG II in § 285 Nr. 21 HGB und § 314 Abs. 1 Nr. 13 HGB zum Konzernabschluss. Die dort genannten nahestehenden Personen sind ebenfalls im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards auszulegen¹⁰².

91 So ausdrücklich auch die Begr. des RegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, 122.

92 So ausdrücklich auch die Begr. des RegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, 123.

93 So ausdrücklich auch J. Schmidt, NZG 2018, 1201, 1212; Backhaus/Brouwer, AG 2019, 287, 289.

94 Die internationalen Rechnungslegungsstandards umfassen gem. Art. 2 der Verordnung (EG) 1606/2002 die International Financial Reporting Standards (IFRS) und die älteren International Accounting Standards (IAS) sowie deren, für die hier interessierenden Auslegungsfragen nicht relevanten, verbindlichen Interpretationen, benannt nach dem International Financial Reporting Standards Interpretations Committee (IFRSIC) bzw. Standing Interpretations Committee (SIC).

95 Die Übernahme einzelner Standards erfolgt durch Änderungsverordnungen zur VO (EG) Nr. 1126/2008; die aktuell geltenden internationalen Rechnungslegungsstandards ergeben sich aus der konsolidierten Version dieser Verordnung.

96 Grundlegende Regelung ist Art. 3 i.V.m. Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates. Zu einer Übersicht zu dem Verfahren Buchheim/Knorri/Schmidt, KoR 2008, 334, 335 ff.; Driesch in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 1 Rz. 72 f.; Lanfermann/Röricht, BB 2008, 826 f.

97 Kritisch zur Regelungstechnik daher DAV-HRA, NZG 2019, 12, 17 Rz. 53.

98 So zu Recht auch die Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 80; außerdem etwa Lieder/Wernert, ZIP 2019, 989, 991.

99 Ausführlicher Civelek, S. 125 ff.

100 Anders Stöber, DStR, 2020, 391, 396 und 397 f.

101 IAS 24.9 am Ende: Bezugnahme auf Definitionen aus IFRS 10 (Konzernabschlüsse), IFRS 11 (Gemeinsame Vereinbarungen) und IAS 28 (Anteile an assoziierten Unternehmen und Gemeinschaftsunternehmen).

102 Dies ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien des BilMoG, Begr. RegE, BT-Drucks. 16/10067, 72 bzw. 86 mit Verweis auf Art. 43 Abs. 1 Nr. 7b der Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978, ABl. Nr. L 222 vom 14.8.1978, S. 11, in der Fassung der Abänderungsrichtlinie 2006/46/EG des Europäischen Parlaments und

IAS 24.9 differenziert zwischen Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Geschäften mit nahestehenden natürlichen Personen. **Zentral für die Begründung des Nahestehens** sind die folgenden Begriffe und Beziehungen:

- Beherrschung (IFRS 10): Beherrschung führt zu Mutter- und Tochterunternehmen (ausführlicher Rz. 71 ff.).
- Maßgeblicher Einfluss (IAS 28): das Objekt des maßgeblichen Einflusses ist assoziiertes Unternehmen. In vielen Fällen liegt maßgeblicher Einfluss schon ab einem Stimmrechtsanteil von 20 % vor (ausführlicher Rz. 89 ff.).
- Beteiligung an gemeinschaftlicher Führung eines Unternehmens (IFRS 11): Das Objekt der Beteiligung an gemeinschaftlicher Führung eines Unternehmens ist in der Regel Gemeinschaftsunternehmen. Unter gemeinschaftlicher Führung steht ein Unternehmen, wenn mehrere Personen aufgrund vertraglicher Vereinbarung zur Lenkung des Unternehmens einstimmig zusammenwirken müssen, sie dieses also gemeinsam beherrschen (ausführlicher Rz. 94 ff.).
- Weiter kann ein Nahestehen begründet werden über die Besetzung von Schlüsselpositionen im Management, die Erbringung höherer Managementaufgaben sowie über Pensionsfonds (IAS 24.9).

Nach IAS 24.9(a) begründet **für natürliche Personen** ein Näheverhältnis zur Gesellschaft

- die Beherrschung der Gesellschaft;
- die Beteiligung an deren gemeinschaftlicher Führung;
- ein maßgeblicher Einfluss auf die Gesellschaft und
- die Bekleidung einer Schlüsselposition im Management der Gesellschaft oder eines Mutterunternehmens.

Eine erhebliche Ausdehnung der Näheverhältnisse ergibt sich daraus, dass auch nahe Familienangehörige (Ehegatten/Lebenspartner, eigene Kinder und Kinder des Ehegatten/Lebenspartners, eigene abhängige Angehörige und abhängige Angehörige des Ehegatten/Lebenspartners) der Person der Gesellschaft nahestehen (ausführlicher Rz. 104 f.).

Für Unternehmen ergibt sich ein Näheverhältnis zur Gesellschaft nach der Grundregel IAS 24.9(b) aus den folgenden Umständen:

- Der Zugehörigkeit zur selben Unternehmensgruppe wie die Gesellschaft; alle Mutterunternehmen, Tochterunternehmen und Schwestergesellschaften einer Gruppe stehen sich nahe (näher hierzu Rz. 71).
- Die Gesellschaft ist assoziiertes Unternehmen (näher hierzu Rz. 89 ff.) oder Gemeinschaftsunternehmen (näher hierzu Rz. 94 ff.) des anderen Unternehmens (oder umgekehrt) oder einer anderen Gesellschaft der Gruppe des jeweils anderen.
- Nach IAS 24.12 umfassen die Begriffe Gemeinschaftsunternehmen bzw. assoziiertes Unternehmen auch dessen jeweilige Tochtergesellschaften.
- Unternehmen und Gesellschaft sind Gemeinschaftsunternehmen desselben dritten Unternehmens.
- Die Gesellschaft ist Gemeinschaftsunternehmen eines dritten Unternehmens und das Unternehmen ist assoziiertes Unternehmen dieses dritten Unternehmens (oder umgekehrt).
- Das Unternehmen wird von einer der Gesellschaft gem. Rz. 61 nahestehenden natürlichen Person beherrscht oder steht unter gemeinschaftlicher Führung unter Beteiligung dieser natürlichen Person.
- Eine natürliche Person, die die Gesellschaft beherrscht oder an deren gemeinschaftlicher Führung beteiligt ist, hat maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen oder bekleidet bei diesem oder einem seiner Mutterunternehmen eine Schlüsselposition im Management. Kein Näheverhältnis wird da-

des Rates vom 14.6.2006, ABl. Nr. L 224 vom 16.8.2006, S. 1, der wiederum auf die Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates verweist; übereinstimmend *Niehus*, DStR 2008, 2280; *Hauptmann/Sailer/Benz*, Der Konzern 2010, 112, 113; zu Unrecht einschränkend *Wollmert/Oser/Graupe*, StUB 2010, 123, 128 f.; Nachfolgeregelung der genannten Richtlinie ist nunmehr Art. 17 Abs. 1 lit. r bzw. Art. 28 Abs. 1 lit. a (i.V.m. der Definition des Art. 2 Nr. 3) der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013, ABl. Nr. L 182 vom 29.6.2013, S. 19.

gegen begründet, wenn eine natürliche Person bei der Gesellschaft und dem anderen Unternehmen lediglich einen maßgeblichen Einfluss hat oder eine Schlüsselposition bekleidet.

- Das Unternehmen oder ein Unternehmen der Gruppe, dem es angehört, erbringt für die Gesellschaft oder deren Mutterunternehmen Leistungen im Bereich des Managements in Schlüsselpositionen. Dies betrifft insb. die GmbH/AG/SE & Co KGaA¹⁰³.
 - Das Unternehmen ist ein Pensionsfonds (präziser: Plan für Leistungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugunsten der Arbeitnehmer) der Gesellschaft oder eines ihr nahestehenden Unternehmens.
- 63 Der Begriff des nahestehenden Unternehmens, der vom konzernrechtlichen Unternehmensbegriff systematisch unabhängig ist (hierzu § 15 Rz. 30 ff.), umfasst alle herrschenden und abhängigen Unternehmen i.S.d. § 17 AktG, **geht aber erheblich über die verbundenen Unternehmen gem. §§ 15 ff. AktG hinaus**¹⁰⁴. Dies folgt insbesondere aus den folgenden Unterschieden:
- der unterhalb der Beherrschung ansetzenden Kategorie des maßgeblichen Einflusses;
 - der weitreichenden Einbeziehung natürlicher Personen, insbesondere auch bloßer Führungskräfte ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung einschließlich ihrer Familienangehörigen;
 - der weitreichenden Vermittlung des Näheverhältnisses über nahestehende natürliche Personen und Unternehmen (hierzu Rz. 98 ff.).

2. Allgemeine Grundsätze

- 64 Die internationalen Rechnungslegungsstandards folgen nicht der kontinentaleuropäischen Gesetzgebungstechnik¹⁰⁵. Es fehlt an einer durchgehenden Trennung zwischen abstrakter und konkreter Ebene. In den IFRS werden Leitlinien für die Anwendung der Paragraphen in einem zu diesen gleichrangigen Anhang gegeben durch Angabe von Indizien zu Tatbestandsmerkmalen, Prüfungsschemata und Beispielsfälle. Verbreitet ist die Verwendung von Definitionen. Diese Definitionen sind in einem Abschnitt des jeweiligen Standards zusammengestellt¹⁰⁶, werden dort aber nicht erläutert. Die internationalen Rechnungslegungsstandards sind kein in sich geschlossenes System. Definitionen aus anderen Standards können daher nur dann direkt herangezogen werden, wenn diese in Bezug genommen werden.
- 65 Die übernommenen internationalen Rechnungslegungsstandards unterliegen den **allgemeinen Auslegungsgrundsätzen für Unionsrecht**¹⁰⁷. Die verwendeten Begriffe sind unionsautonom und nicht an mitgliedstaatsrechtlichem Vorverständnis orientiert auszulegen¹⁰⁸. Insbesondere lassen sich keine Schlüsse aus dem deutschen Konzernrecht ziehen¹⁰⁹. Für die historische Auslegung ist allein der Wille des europäischen Gesetzgebers relevant¹¹⁰. Zentral für die Auslegung des Unionsrechts ist schließlich

103 Ausdrücklich zum Naheverhältnis der Komplementärin zur KGaA *Backhaus/Brouwer*, AG 2019, 287, 293, 294; zur KG *Senger/Prengel* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 20 Rz. 22.

104 S. auch *Grigoleit*, ZGR 2019, 412, 415; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 7 Rz. 57.

105 Näher zum Folgenden *Schulze-Osterloh*, ZIP 2003, 93, 98; *Schulze-Osterloh*, Der Konzern 2004, 173, 175 f.

106 IAS 24.9, 24.10 f.; IAS 28.3; IFRS 10 (Anhang A); IFRS 11 (Anhang A); IFRS 12 (Anhang A).

107 *Schön*, BB 2004, 763, 766, vertiefend 764 ff.; *Hauck/Prinz*, Der Konzern 2005, 635, 638.

108 EuGH v. 17.9.2002 – C-334/00, ECLI:EU:C:2002:499 – „Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH“, Slg. 2002, I-7357, Rz. 19 f. = NJW 2011, 3159.

109 So auch ausdrückliche die Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 80.

110 Die Materialien zur Standardsetzung durch das IASB, sog. „Basis for Conclusions“ (BC) sind weder Teil der internationalen Rechnungslegungsstandards noch des europäischen Rechts. Sie können dennoch, soweit kein entgegenstehender Wille des europäischen Gesetzgebers ersichtlich ist, berücksichtigt werden, da sie, zumindest indem sie Anstoß zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Normtext geben, der Einheitlichkeit der Anwendung dienen und damit dem Ziel des europäischen Gesetzgebers zuträglich sind, ähnlich *Nerlich*, Entwicklung einer Auslegungsmethodik für IFRS im EU-Kontext, 2007, S. 289 ff.; nach *Hauck/Prinz*, Der Konzern 2005, 635, 640 „nur eingeschränkte Bedeutung“.

auch der Sinn und Zweck der Norm¹¹¹. Da gemäß der Verweisung in § 111a Abs. 1 Satz 2 AktG (und entsprechend in Art. 2 lit. h ARRL) kein eigenständiges Verständnis der nahestehenden Person gelten soll, kommt es vorliegend auf den Zweck des IAS 24 an, der in dessen Paragraphen 5 ff. ausgeführt wird. Dieser Zweck, auf die Möglichkeit einer nachteiligen Beeinflussung der Gesellschaft durch die Existenz nahestehender Personen und Geschäfte mit diesen hinzuweisen, ist dem der §§ 111a bis 111c AktG (hierzu Rz. 16 ff.) sehr ähnlich.

Ein nachteiliger Einfluss durch eine nahestehende Person kann auch tatsächlich begründet sein. Der Status einer Partei als nahestehende Person bestimmt sich demnach über den **wirtschaftlichen Gehalt der Beziehung** zur Gesellschaft und nicht allein über den rechtlichen¹¹². Eine tatsächliche Einflussnahme ist nicht notwendig, die Möglichkeit Einfluss zu nehmen genügt¹¹³. Weiterer, allgemeiner Zweck der unionsrechtlichen Regelungen ist die europaweite Harmonisierung des jeweiligen Regelungsgegenstands¹¹⁴.

Maßgeblich ist ein **objektives Begriffsverständnis des Nahestehens**¹¹⁵. Für ein solches ist die subjektive Kenntnis des Nahestehens irrelevant. Hierfür spricht IFRS 10.5, wonach die börsennotierte Gesellschaft festzustellen hat, ob sie die Definition eines Mutterunternehmens und damit eine Variante des Nahestehens erfüllt, und IFRS 10.8, wonach alle Sachverhalte und Umstände mit in die Prüfung einzu beziehen sind. Hierfür spricht auch, dass nach der Konzeption des IAS 24 ein Nahestehen zwischen Unternehmen stets wechselseitig sein soll¹¹⁶. Dem berechtigten Interesse der Gesellschaft und der Organmitglieder, keine Verantwortung und Haftung in Zusammenhang mit Geschäften innerhalb nicht erkennbarer Beziehungen zu übernehmen, kann ausreichend durch eine Berücksichtigung bei den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen §§ 111b und 111c AktG Rechnung getragen werden (Schadensersatz, Bußgeld, s. § 111b Rz. 106 f. und § 111c Rz. 74 ff.).

Auf ein subjektives Element bei der Ermittlung des Norminhalts scheint hinzudeuten, dass an zentralen Stellen der hier relevanten internationalen Rechnungslegungsstandards der börsennotierten Gesellschaft die **Ausübung von „Ermessen“** aber verlangt wird, so bei der Einordnung eines Rechts als substantiell (IFRS 10.B23), bei der Einordnung einer Person als De-Facto-Agent (IFRS 10.B73), bei der Einordnung, ob gemeinschaftliche Führung vorliegt (IFRS 11.12 und IFRS 11.B6) sowie bei der Abgrenzung von gemeinschaftlicher Tätigkeit und Gemeinschaftsunternehmen (IFRS 11.17). Genannt werden entweder ein umfangreicher Kriterienkatalog oder zumindest mögliche Fälle zur Orientierung. Dieses „Ermessen“¹¹⁷ ist dahin zu verstehen, dass es sich bei den zu beurteilenden Tatbestandsmerkmalen um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, also nur ein richtiges Ergebnis der Subsumtion existiert, dessen Findung durch den Normadressaten gerichtlich voll und nicht nur auf Ermessensfehler überprüft werden kann¹¹⁸. Echtes Ermessen auf der Rechtsfolgenseite würde auch dem Ziel europaweiter Vereinheitlichung zuwiderlaufen.

Entscheidend für das Vorliegen des Näheverhältnisses ist der **Zeitpunkt des Zustandekommens des Geschäfts**, bei Verträgen also des Verpflichtungsgeschäfts (s. Rz. 127). Dogmatisch von der Bestimmung des relevanten Zeitpunkts zu trennen ist die Frage der teleologischen Auslegung des Begriffs der nahestehenden Person. In der Begründung des Regierungsentwurfs wird insoweit nicht klar unterschieden, wenn es dort heißt, dass die Voraussetzungen des Nahestehens nicht in jedem Fall bei Abschluss des Geschäfts vorliegen müssten, sondern das aufgrund des wirtschaftlichen Begriffsverständnisses eine

111 EuGH v. 31.1.2013 – C-12/11, ECL:EU:C:2013:43 – „Wallentin-Herman/Alitalia – Linee Aeree Italiana SpA“, Slg. 2008, I-11061, Rz. 17 m.w.N. = NJW 2009, 347, 348.

112 IAS 24.10; dazu auch die Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 80.

113 IFRS 10.12; IAS 28.3; IFRS 10.12 i.V.m. IFRS 11.B5; dazu auch die Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 80.

114 Vgl. Art. 5 Abs. 3, Art. 3 AEUV; dazu auch die Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 35.

115 Indirekt auch *Erchinger/Melcher*, DB 2011, 1229, 1236: IFRS 10 unterstelle völlige Transparenz aller relevanten Informationen.

116 „If [the standard] treats one party as related to a second party, the definition should also treat the second party as related to the first party, by symmetry“ (IAS 24.BC19(e)); eine Ausnahme von dieser Gegenseitigkeit enthält der später hinzugefügte IAS 24(b)(viii), zur Begründung der Ausnahme IAS 24.BC51.

117 Die englische Sprachfassung spricht nicht von „discretion“, sondern von „judgment“.

118 Ebenso *Dietrich/Krakuhn/Sierleja*, IRZ 2011, 519, 524: Gefahr unterschiedlicher Einschätzungen als faktisches Problem; a.A. wohl *Engelen/Drefahl*, KoR 2013, 460, 461. Im Schrifttum findet eine Unterscheidung oft nicht statt, exemplarisch *Kütting/Mojadadr*, KoR 2011, 273, 285.

Vor- und Nachwirkung des Näheverhältnisses in Betracht komme, wenn im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses faktisch noch oder schon ein dem Nahestehen entsprechendes Beeinflussungspotenzial bestehe. Das solle in der Regel der Fall sein, wenn eines der genannten Verhältnisse in einem kurzen Zeitraum, etwa bis zu sechs Monate, vor oder nach Abschluss des Geschäfts bestand oder aufgrund begründeter Erwartungen bestehen wird¹¹⁹. Diese Ausführungen überzeugen nicht¹²⁰. Richtig ist, dass das Näheverhältnis nicht zwingend rechtlich fundiert sein muss, sondern sich ein Beeinflussungspotenzial eines Dritten oder eine besondere Rücksichtnahme der Gesellschaftsorgane theoretisch auch schon im Vorfeld der rechtlichen Verfestigung und im Hinblick darauf ergeben kann. Eine Vermutung bei einem Zeitraum von sechs Monaten erscheint allerdings nicht begründbar; tatsächliche Erfahrungswerte, die eine solche Annahme stützen, sind nicht erkennbar. In jedem Fall muss die spätere Verfestigung des Näheverhältnisses beim Geschäftsabschluss erkennbar gewesen sein. Eine rechtliche Nachwirkung eines Näheverhältnisses ist noch weniger plausibel¹²¹, da in diesem Fall keine Ungewissheit über die Entwicklung der Lage herrscht. Das Ende einer rechtlichen Beziehung spricht grundsätzlich gegen einen aus dieser sich ergebenden wirtschaftlichen Einfluss. Allenfalls bei natürlichen Personen, die lange Zeit Schlüsselpositionen innegehabt haben, könnte denkbar sein, dass diese ein Geschäft schon während ihrer Amtszeit vorbereitet haben oder die Organe das Geschäft nach dem Ausscheiden aus enger Verbundenheit abschließen. Praktisch relevant dürften derartige Fälle nicht sein. Bei Unternehmen scheint ein nachwirkendes Verhältnis ausgeschlossen. Eine Vermutung für eine solche Nachwirkung innerhalb eines Sechsmonatszeitraums lässt sich erst recht nicht begründen; auch im europäischen Recht finden sich hierauf keine Hinweise.

3. Details zu nahestehenden Unternehmen

a) Begriff des Unternehmens

- 70 Unternehmen ist in den hier relevanten internationalen Rechnungslegungsstandards eine Einheit, die **zumindest teilrechtsfähig** ist¹²². Dies können privatrechtliche Gesellschaften ebenso sein wie öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen¹²³. Ein Einzelkaufmann ist kein Unternehmen im Sinne des IAS 24, da IAS 24.9(b) die Möglichkeit, beherrscht zu werden, voraussetzt und der die Beherrschung regelnde Standard IFRS 10 durchgehend von der Existenz von Stimmrechten bei der beherrschten Einheit ausgeht¹²⁴.

b) Beherrschung (Zugehörigkeit zu Unternehmensgruppe)

aa) Überblick

- 71 Ein Unternehmen steht der Gesellschaft nahe, wenn die Unternehmen derselben Unternehmensgruppe angehören, also im Verhältnis Mutter-/Tochterunternehmen oder Schwesterunternehmen stehen (IAS 24.9(b)(i)). Ein **Mutterunternehmen** ist ein Unternehmen, das ein oder mehrere Unternehmen beherrscht (IFRS 10 (Anhang A)). Ein **Tochterunternehmen** wird durch ein anderes Unternehmen beherrscht (IFRS 10 (Anhang A)). **Schwesterunternehmen** werden in den internationalen Rechnungslegungsstandards nicht definiert; nach allgemeinem Verständnis sind hierunter Unternehmen zu verstehen, die eine sie beherrschende Partei gemeinsam haben.
- 72 Beherrschung kann, sofern Entscheidungsrechte zugerechnet werden (hierzu Rz. 84 ff.), **über mehrere Stufen** erfolgen, so dass eine Gesellschaft sowohl durch die an ihr unmittelbar mehrheitlich beteiligte

119 Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 80.

120 Zustimmend dagegen *Barg*, AG 2020, 149, 151 Rz. 12.

121 Ebenfalls ablehnend *Kleinert/Mayer*, EuZW 2019, 103, 104.

122 *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 30 Rz. 1 mit Abgrenzung zum Unternehmensbegriff des IFRS 3.B7 bis 3.B12, s. auch IFRS 3 (Anhang A).

123 *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 30 Rz. 10, 12.

124 Siehe etwa Überschriften zu IFRS 10.B14 ff. und 10.B51 ff. Zudem sind sämtliche Beispiele der hier relevanten internationalen Rechnungslegungsstandards mit Gesellschaften gebildet (dies gilt mit Blick auf die Definition in Anhang A zu IFRS 10 auch für die Beispiele 13 bis 16 aus IFRS 10.B72).

Mutter als auch die daran mehrheitlich beteiligte Großmutter beherrscht wird¹²⁵. Dagegen ist Beherrschung **auf horizontaler Ebene unteilbar**. Das aktienrechtliche Konzept der Mehrmütterherrschaft (dazu § 17 Rz. 45 ff.) fällt in der IFRS-Konzeption und Terminologie unter den Begriff der gemeinschaftlichen Führung.

Eine Beherrschung hat **drei Voraussetzungen**: (i) Das Unternehmen muss Verfügungsgewalt über die Gesellschaft haben, (ii) einer Risikobelastung durch schwankende Renditen oder Anrechte auf schwankende Renditen aus seinem Engagement in die börsennotierte Gesellschaft ausgesetzt sein und (iii) die Fähigkeit haben, seine Verfügungsgewalt über die börsennotierte Gesellschaft dergestalt zu nutzen, dass dadurch die Höhe der Rendite der börsennotierten Gesellschaft beeinflusst wird¹²⁶. 73

Die beiden letzten Voraussetzungen sind in der Praxis bei Aktionären mit Verfügungsgewalt unproblematisch. Ein Unternehmen ist einer **Risikobelastung durch schwankende Renditen** oder Anrechte auf schwankende Renditen aus seinem Engagement in die börsennotierte Gesellschaft ausgesetzt, wenn sich die Renditen in Zusammenhang mit der Ertragskraft der börsennotierten Gesellschaft verändern können (IFRS 10.15, 10.B56), was typischerweise der Fall ist. Auf die Rechtsform der Renditen kommt es nicht an; erfasst werden neben Dividenden insbesondere auch Wertveränderungen der Beteiligung und auch Synergieeffekte¹²⁷. Auch die Möglichkeit, seine Verfügungsgewalt dazu einzusetzen, mit der eigenen Verfügungsgewalt die Renditen aus dem Engagement in der börsennotierten Gesellschaft zu beeinflussen (IFRS 10.17), ist bei herrschenden Unternehmen typischerweise gegeben. 74

bb) Verfügungsgewalt

Die danach maßgebliche Verfügungsgewalt setzt voraus, dass das Unternehmen über bestehende Rechte verfügt, die ihm die gegenwärtige **Fähigkeit verleihen, die maßgeblichen Tätigkeiten der Gesellschaft, also diejenigen, welche deren Renditen wesentlich beeinflussen, zu lenken**¹²⁸. Verfügungsgewalt ergibt sich gegebenenfalls erst unter Berücksichtigung der dem Unternehmen zuzurechnenden Rechte Dritter (dazu Rz. 84 ff.). 75

Welche **Tätigkeiten maßgeblich** sind, hängt vom Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ab¹²⁹. Beispiele für Entscheidungen, welche die maßgeblichen Tätigkeiten wesentlich beeinflussen, sind nach IFRS 10.B12 die Bestimmung über Betrieb und Kapital, einschließlich Bestimmung über Budgets, die Bestimmung über die Bestellung und Vergütung von Mitgliedern des Managements in Schlüsselpositionen und von Dienstleistungsunternehmen sowie die Bestimmung über die Beendigung der Zusammenarbeit mit den vorgenannten. Besondere praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung üblicherweise nicht, da sich die typischen Einwirkungsrechte letztlich auf die gesamte Geschäftsführung beziehen. 76

Verfügungsgewalt entsteht aus dem **Innehaben von Rechten**¹³⁰. Nicht notwendig ist, dass von diesen Rechten Gebrauch gemacht wird (IFRS 10.12). Rechte, welche dem Unternehmen einzeln oder in Gesamtschau Verfügungsgewalt verleihen können, sind nach IFRS 10.B15 insb. **Stimmrechte oder potenzielle Stimmrechte** in der Gesellschaft. IFRS 10B15(b) bis (e) führen weitere denkbare Rechte auf, die zur Begründung von Verfügungsgewalt relevant sein können. Bei börsennotierten Aktiengesellschaften dürften neben dem Stimmrecht nur Weisungsrechte unter einem Beherrschungsvertrag und Entscheidungsrechte nach § 101 Abs. 2 AktG in Betracht kommen. Bestehen Zweifel, ob die Rechte des Unternehmens ausreichen, sind **ergänzend praktische Fähigkeiten** zur einseitigen Lenkung zu prüfen, die sich insbesondere aus personellen Verflechtungen der Unternehmen ergeben können¹³¹. 77

Zu berücksichtigen sind nur **substanzielle Rechte**, die auf die börsennotierte Gesellschaft bezogen sind. Substanziell sind Rechte zu deren Ausübung das Unternehmen praktisch in der Lage ist und die 78

125 S. etwa auch *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 24 (mit Beispiel).

126 IFRS 10.7; 10.6; 10.B2; die Definition der Beherrschung gem. § 310 HGB ist derjenigen nach IFRS 10 ähnlich, aber nicht deckungsgleich, *Gattung/Kessler* in Heidel/Schall, 2. Aufl. 2015, § 290 HGB Rz. 36.

127 IFRS 10.B56 und 57 (mit zahlreichen weiteren Beispielen).

128 IFRS 10.10; 10.B9; 10.B14.

129 IFRS 10.B11 (mit Beispielen).

130 Insb. IFRS 10.11; 10.B14.

131 IFRS 10.B18.

das Unternehmen gegenwärtig (hierzu sogleich Rz. 79) ausüben kann¹³². Substanzuelle **Rechte Dritter** können Verfügungsgewalt des Unternehmens hindern¹³³. Im Hinblick auf eine an sich gegebene Stimmrechtsmehrheit wäre dies etwa bei einem Stimmbindungsvertrag mit einem anderen Aktionär oder einem Entherrschungsvertrag mit der Gesellschaft selbst (hierzu § 17 Rz. 60 ff.), durch den die Rechtsposition der Mitaktionäre gestärkt wird, denkbar¹³⁴. Nicht zu berücksichtigen sind **Schutzrechte**. Dies sind Rechte des Unternehmens oder Rechte Dritter¹³⁵ im Hinblick auf grundlegende Veränderungen bei den Tätigkeiten der Gesellschaft oder in Ausnahmesituationen¹³⁶. Hierunter fallen etwa die Möglichkeiten von Minderheitsgesellschaftern, Grundlagenbeschlüsse, insbesondere die Ausgabe von Eigenkapital- oder Schuldinstrumenten zu blockieren, oder Zustimmungsrechte von Kreditgebern im Hinblick auf das Bonitätsrisiko beeinflussende Maßnahmen¹³⁷.

- 79 Die **Gegenwärtigkeit** der Fähigkeit zur Lenkung ist nicht im Sinne einer sofortigen Einflussmöglichkeit zu verstehen. Es ist ausreichend, dass ein Recht dann ausgeübt werden kann, wenn Entscheidungen über die maßgeblichen Tätigkeiten anstehen¹³⁸. Das Erfordernis einer mehrwöchigen Einberufungsfrist für die Hauptversammlung steht den gegenwärtigen Einflussmöglichkeiten des Mehrheitsgesellschafters nicht entgegen¹³⁹.
- 80 Im Regelfall werden die maßgeblichen Tätigkeiten der börsennotierten Gesellschaft durch **Stimmrechte** gelenkt¹⁴⁰. Im einfachsten Fall hat dasjenige Unternehmen Verfügungsgewalt, welches die **Mehrheit der Stimmrechte** innehat. Hält ein Unternehmen direkt oder indirekt (zur Zurechnung Rz. 84 ff.) mehr als die Hälfte der Stimmrechte der Gesellschaft und kann so die Mehrheit des Aufsichtsrats bestellen, so verfügt das Unternehmen im Regelfall über Verfügungsgewalt¹⁴¹. Eine Ausnahme kann vorliegen, wenn die Rechte nicht substanziiell sind, weil die maßgeblichen Tätigkeiten den Weisungen einer staatlichen Stelle, eines Gerichts, eines Vermögensverwalters, Insolvenzverwalters, Liquidators oder einer Aufsichtsbehörde unterworfen sind¹⁴².
- 81 Ein Unternehmen kann auch **ohne eigene Stimmrechtsmehrheit** über ähnliche Rechte Verfügungsgewalt haben¹⁴³. Die Verfügungsgewalt kann etwa vermittelt oder verstärkt werden durch die eigenen Stimmrechte ergänzende Stimmrechtsvereinbarungen mit anderen Stimmberechtigten, ergänzende sonstige vertragliche Vereinbarungen oder potenzielle Stimmrechte¹⁴⁴. **Potenzielle Stimmrechte** sind nach IFRS 10.B47 Rechte auf den Erwerb von Stimmrechten in der börsennotierten Gesellschaft, etwa aus wandelbaren Instrumenten, Optionen oder Terminkontrakten. Auch potenzielle Stimmrechte sind

132 Zu Einzelheiten IFRS 10.B22-24.

133 IFRS 10.B25. Jeweils mit zahlreichen weiteren Beispielen zur Abgrenzung gegenüber bloßen Schutzrechten: Meyer, PiR 2012, 269, 273 f.; Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 31.

134 Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 33.

135 IFRS 10.B27; zur Einordnung der Rechte des Franchisegebers: IFRS 10.B29 bis 10.B33.

136 IFRS 10.B26.

137 IFRS 10.B28 (mit weiterem Beispiel). Jeweils mit zahlreichen weiteren Beispielen zur Abgrenzung gegenüber substanziiellen Rechten Meyer, PiR 2012, 269, 273 f.; Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 31; mit Beispielen zur Änderung der Einordnung eines Rechts als Schutzrecht im Zeitverlauf Dietrich/Stoek, IRZ 2013, 349 ff.

138 Vgl. IFRS 10.B24: Dass ein Recht gegenwärtig nicht ausübbar ist, hindert also nicht die gegenwärtige Fähigkeit zur Lenkung der maßgeblichen Tätigkeiten i.S.d. Definition von Verfügungsgewalt, klarstellend die dort gegebenen Beispiele 3A, 3B und 3D. IFRS 10.B24 (am Anfang) formuliert das Problem als Frage, ob ein gegenwärtig nicht ausübbares Recht ein substanziielles Recht sein kann, was bejaht wird.

139 Siehe Beispiel 3A aus IFRS 10.B24 (mit weiteren Beispielen), zum Erwerb von Optionen innerhalb der Einberufungsfrist Beispiele 3B, 3C und 3D aus IFRS 10.B24.

140 Vgl. IFRS 10.11, 10.B6 bis 10.B8.

141 IFRS 10.B35.

142 S. IFRS 10.B37.

143 IFRS 10.B16, 10.B34, 10.B38. Ähnliche Rechte sind die Stimmrechtsvereinbarungen gemäß 10.B38(a), die Rechte aus anderen vertraglichen Vereinbarungen gemäß 10.B38(b) oder potenzielle Stimmrechte gemäß 10.B38(d), s. 10.B34; unter ähnliche Rechte fallen über 10.B38(b) i.V.m. 10.B40 auch die in 10.B15(a) bis (e) genannten Rechte.

144 IFRS 10.B38(a) bis (d).

für die Bestimmung von Verfügungsgewalt nur relevant, wenn sie substantiell sind¹⁴⁵. Bei Optionen ist fraglich, ob bei der Prüfung, ob eine Option ein substantielles Recht ist, eine Ausübungsintention¹⁴⁶ und die finanziellen Möglichkeit zur Ausübung¹⁴⁷ relevant sind.

Nach den Umständen des Einzelfalls kann eine **Stimmrechtsminderheit** ausreichen um Verfügungsgewalt zu begründen¹⁴⁸. Dies stellt jedoch hohe Anforderungen an die nachfolgenden Indizien¹⁴⁹. Dabei kommt es vor allem auf die absolute Größe der eigenen Stimmrechte des Unternehmens und darauf an, wie die Stimmrechte auf die weiteren Berechtigten verteilt sind¹⁵⁰. Ausreichen wird die regelmäßige **Mehrheit der Stimmrechte in der Hauptversammlung**. Indiz für Verfügungsgewalt soll aber bereits das Innehaben eines im Verhältnis zu den übrigen Stimmrechtsanteilen relativ großen Anteils sein¹⁵¹. Verfügungsgewalt ist umso nahe liegender, je mehr Parteien zusammenwirken müssen, um das Unternehmen zu überstimmen¹⁵². Zu den heranzuziehenden Umständen des Einzelfalls gehören auch Abstimmungsmuster aus früheren Hauptversammlungen¹⁵³, aus denen sich künftige Präsenzmehrheiten prognostizieren lassen¹⁵⁴.

In Verbindung mit Stimmrechten des Unternehmens können auch **sonstige vertragliche Vereinbarungen** Verfügungsgewalt vermitteln (IFRS 10.B40). Praktisch relevant ist dies in erster Linie für Vertragsbeziehungen, die eine kraft Stimmrechten vorhandene Einflussmöglichkeit verstärken¹⁵⁵. Wirtschaftliche Abhängigkeit allein, wie diejenige des Lieferanten vom Hauptkunden, reicht nicht aus (s. auch Rz. 106)¹⁵⁶.

cc) Zurechnung von Entscheidungsrechten

Auch die internationalen Rechnungslegungsstandards kennen eine **Zurechnung von Lenkungs-, insbesondere Stimmrechten**. In ihrer Terminologie werden einem Prinzipal die Rechte seiner Agenten¹⁵⁷ und De-Facto-Agenten¹⁵⁸ zugerechnet. Zurechnung bedeutet jedoch nicht, dass die Lenkungsrechte beim Agenten zur Feststellung von dessen Verfügungsgewalt unberücksichtigt bleiben¹⁵⁹. Beherrschung kann jedoch am Fehlen anderer Tatbestandsvoraussetzungen (s. Rz. 73), insbesondere der Risikobelastung durch schwankende Renditen, scheitern.

145 IFRS 10.B47, 10.B50 (mit Beispielen 9 und 10); mit Prüfungsschema speziell für Call-Optionen: *Hell/Höfner/Junker*, PiR 2016, 299, 301 ff.

146 Diese zu Recht für irrelevant haltend *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 36 m.w.N.; *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 30 Rz. 38; *Hell/Höfner/Junker* PiR 2016, 299, 301.

147 Für eine Berücksichtigung *Hell/Höfner/Junker*, PiR 2016, 299, 302; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 36.

148 S. IFRS 10.B41.

149 S. Beispiele 4 bis 8 aus IFRS 10.B43 bis B45; s. auch *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 30 Rz. 40; *Busch/Roth*, IRZ 2012, 95, 96 f.; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 15, jeweils zu Präsenzmehrheiten.

150 IFRS 10.B42(a).

151 IFRS 10.B42(a)(ii).

152 IFRS 10.B42(a)(iii).

153 IFRS 10.B42(d); 10.B45.

154 IFRS 10.B45 (mit Beispielen 7 und 8).

155 *Böckem/Stibil/Zoeger*, KoR 2011, 399, 403.

156 IFRS 10.B40; in Bezug auf ein Nahestehen s. IAS 24.11(d).

157 S. IFRS B58 ff.

158 S. IFRS B73 ff.

159 Vgl. zum Agenten Wortlaut IFRS 10.B59: Aussagen werden nur getroffen über das Unternehmen, welches Prinzipal ist; wie hier *Dietrich/Krakuhn/Sierleja*, IRZ 2011, 519, 520; *Dietrich/Krakuhn/Sierleja*, IRZ 2012, 23, 25; s. auch IFRS 10.BC131 bis BC133; für eine Nichtberücksichtigung beim Agenten aber *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 30 Rz. 33, *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 23; IFRS 10.17 f.; zum De-Facto-Agenten: IFRS 10.B74; a.A. *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 30 Rz. 47; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 23.

- 85 **Agent** ist, wer vorrangig den (vertraglichen) Auftrag hat, im Namen¹⁶⁰ und im Interesse eines Prinzipals oder mehrerer Prinzipale zu handeln¹⁶¹. Zur Feststellung einer Prinzipal-Agenten-Beziehung ist das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten umfassend zu würdigen¹⁶². Hat eine Partei ein Recht, den Entscheidungsträger ohne wichtigen Grund abzuberufen, so reicht allein dies zur Feststellung der Agentenstellung des letzteren aus¹⁶³. Typischer Anwendungsfall einer Prinzipal-Agenten-Beziehung sind fiduziarische Treuhandverhältnisse¹⁶⁴, erfasst werden aber auch Stimmrechtsübertragungen im Einzelfall¹⁶⁵. Agent kann auch ein Fondsmanager oder sonstiger Vermögensverwalter sein¹⁶⁶.
- 86 **De-Facto-Agenten** sind nach IFRS 10.B74 Personen, die auf Anweisung des Unternehmens handeln. Eine vertragliche Vereinbarung der Weisungsbefugnis ist nicht erforderlich. De-Facto-Agenten können etwa sein¹⁶⁷:
- dem Unternehmen nahe stehende Personen;
 - Personen, die ihre Risikobelastung aus der börsennotierten Gesellschaft in Form eines Beitrags oder Darlehens vom dem Unternehmen erhalten;
 - Personen, die ihr Einverständnis erklärt haben, ihre Anteile an der börsennotierten Gesellschaft ohne vorherige Zustimmung des Unternehmens nicht zu verkaufen, zu übertragen oder zu belasten;
 - Personen, die ihre Geschäftstätigkeiten ohne nachrangige finanzielle Unterstützung des Unternehmens nicht finanzieren können;
 - eine börsennotierte Gesellschaft, bei der die Mehrheit der Mitglieder des Lenkungsorgans oder des Managements in Schlüsselpositionen mit denen des Unternehmens identisch ist, oder
 - Personen, die in enger Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmen stehen.
- 87 Typisches Beispiel für De-Facto-Agenten sind **Tochterunternehmen** im Verhältnis zum Mutterunternehmen. Deren Beteiligungen sind dem Mutterunternehmen als indirekte Beteiligungen zuzurechnen. In der Regel keine De-Facto-Agenten sind dagegen assoziierte Unternehmen oder Gemeinschaftsunternehmen¹⁶⁸.
- 88 Die Rechte aus der Prinzipal-Agent-Beziehung sind dem Unternehmen **vollumfänglich zuzurechnen**¹⁶⁹. Als Grundsatz gilt dies auch für Rechte des De-Facto-Agenten, im Einzelfall kann nach dem Grundsatz des wirtschaftlichen Gehalts der Beziehung aber eine geringere Zurechnung geboten sein¹⁷⁰.

c) Maßgeblicher Einfluss (Assoziiertes Unternehmen)

- 89 Ein Unternehmen steht einem anderen nahe, wenn eines der Unternehmen assoziiertes Unternehmen des anderen oder eines anderen Mitglieds der Gruppe, der das andere Unternehmen angehört, ist (IAS 24.9(b)(ii) Var. 1). Assoziiertes Unternehmen ist nach IAS 28.3 ein Unternehmen, bei dem der Eigentümer über maßgeblichen Einfluss verfügt. Maßgeblicher Einfluss begründet ein **Näheverhältnis in beide Richtungen**: Sowohl ein maßgeblich an der Gesellschaft beteiligtes Unternehmen als auch ein Beteiligungsunternehmen, bei dem die Gesellschaft über maßgeblichen Einfluss verfügt, stehen der Gesellschaft nahe.

160 Das Handeln „im Namen“ ist als Synonym für Handeln im Interesse des Prinzipals zu verstehen, nicht wie im deutschen Recht als Verpflichtung auf Offenkundigkeit.

161 IFRS 10.B58.

162 IFRS 10.B61, 10.8, 10.B.1; ausführlicher zu den Faktoren, die bei einer umfassenden Würdigung der Rechtsbeziehung zur Prüfung einer Agentenstellung heranzuziehen sind, s. IFRS 10.B60, 10.B72 (mit Beispielen 13 bis 16).

163 IFRS 10.B65.

164 *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 26.

165 *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 30 Rz. 53.

166 S. Beispiele 13 bis 14C und 15, 16 aus IFRS 10.B72.

167 S. IFRS 10.B75.

168 *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 24 f.; vgl. IAS 28.5.; weitere Beispiele für De-Facto-Agenten bei *Lüdenbach*, PiR 2013, 67.

169 IFRS 10.B59, 10.B58.

170 IFRS 10.B74; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 32 Rz. 24 f. (mit Beispiel); *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 30 Rz. 34.

Maßgeblicher Einfluss liegt nach IAS 28.3 a.E. vor, wenn die Möglichkeit besteht, an den finanz- und geschäftspolitischen Entscheidungen der börsennotierten Gesellschaft mitzuwirken, und kein Fall der Beherrschung oder gemeinschaftlichen Führung vorliegt. Hält ein Unternehmen direkt oder indirekt, z.B. über Tochterunternehmen, **mindestens 20 % der Stimmrechte** an der börsennotierten Gesellschaft, so wird vermutet, dass eine ausreichende Mitwirkungsmöglichkeit vorliegt, es sei denn, dass dies eindeutig widerlegt werden kann (IAS 28.5)¹⁷¹. Die Vermutung gilt auch umgekehrt, falls die Schwelle von 20 % nicht erreicht wird.

Nach IAS 28.6 lässt das Vorliegen eines oder mehrerer der nachfolgenden **Indizien** in der Regel auf einen maßgeblichen Einfluss des Unternehmens schließen:

- Vertretung des Unternehmens im Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgan der Beteiligungsgesellschaft;
- Teilnahme an den Entscheidungsprozessen, einschließlich der Teilnahme an Entscheidungen über Dividenden oder sonstige Ausschüttungen, die allerdings über die bloße Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung hinausgehen muss¹⁷²;
- wesentliche Geschäftsvorfälle zwischen Unternehmen und Beteiligungsgesellschaft;
- Austausch von Führungspersonal zwischen dem Unternehmen und der Beteiligungsgesellschaft oder
- Bereitstellung bedeutender technischer Informationen.

Verstärkt werden soll die Vermutung maßgeblichen Einflusses durch das Innehaben einer **Sperminorität** für wichtige Entscheidungen¹⁷³, etwa durch eine 25 % überschreitende Beteiligung. Indiz gegen eine ausreichende Mitwirkungsmöglichkeit des Unternehmens ist die erhebliche Beteiligung oder gar Mehrheitsbeteiligung eines anderen Gesellschafters, wenn auch eine ausreichende Mitwirkungsmöglichkeit des Unternehmens hierdurch nicht notwendig ausgeschlossen ist (IAS 28.5). Indiz gegen die positive Vermutung sind außerdem bedeutende Rechtsstreitigkeiten des Unternehmens mit der Beteiligungsgesellschaft oder mit anderen Mitgesellschaftern¹⁷⁴. Auch potenzielle Stimmrechte sind zu berücksichtigen (IAS 28.7).

IAS 28 weist viele Parallelen zum die Beherrschung regelnden Standard IFRS 10 auf¹⁷⁵. Auch wenn – anders als in IFRS 11.B5 für die gemeinschaftliche Führung – eine ausdrückliche Verweisung fehlt, können viele **Regelungen zur Beherrschung** herangezogen werden. Die Zurechnung von Rechten des De-Facto-Agenten wird von IAS 28.5 implizit vorausgesetzt; IFRS 10 ist insoweit entsprechend anzuwenden. (Analog) anwendbar ist auch die Zurechnung von auf einen Agenten übertragenen Rechten und die Zurechnung von Rechten eines De-Facto-Agenten¹⁷⁶. Gleiches gilt, ausgehend von IAS 28.8, dafür, dass nur substantielle Rechte Berücksichtigung finden. Nach nicht unbestrittener Auffassung gilt dies auch für IFRS 10.B24 zur gegenwärtigen Ausübbarkeit¹⁷⁷. Die Strukturgleichheit des Regelungszusammenhangs rechtfertigt auch die Anwendbarkeit der Normen zu Schutzrechten¹⁷⁸.

171 Einige Überlegungen dazu, wie die Vermutung widerlegt werden kann, bei *Florstedt*, ZHR 184 (2020), 10, 24 f.

172 Bei reiner Wortlautauslegung würde das Indiz für jeden stimmberechtigten Aktionär greifen; daher ist zusätzlich eine gewisse Intensität der Möglichkeit zur Einflussnahme zu fordern, vgl. *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 33 Rz. 15.

173 *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 33 Rz. 9.

174 *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 33 Rz. 9.

175 Vgl. etwa IAS 28.5 f. mit IFRS 10.B15; IAS 28.7 f. mit IFRS 10.B47 f.; IAS 28.9 mit IFRS 10.8 und 10.B37.

176 So i.E. auch *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 33 Rz. 16 mit Verweis auf § 32 Rz. 26 f. (Agent) und 24 f. (De-Facto-Agent).

177 So i.E. auch *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 33 Rz. 17 und Rz. 16 mit Verweis auf § 32 Rz. 38, 17; a.A. *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 30 Rz. 65.

178 *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 33 Rz. 16 mit Verweis auf § 32 Rz. 29 bis 32.

**d) Beteiligung an gemeinschaftlicher Führung eines Unternehmens
(Gemeinschaftsunternehmen)**

- 94 Unternehmen stehen sich nach IAS 24.9(b)(ii) Var. 2. nahe, wenn eines der Unternehmen Gemeinschaftsunternehmen des anderen oder eines Mitglieds der Gruppe, der das andere Unternehmen angehört, ist. Ein Gemeinschaftsunternehmen ist, neben der gemeinschaftlichen Tätigkeit, Unterfall eines „joint arrangement“¹⁷⁹. Dieses ist ein Arrangement, bei dem mehrere Parteien die gemeinschaftliche Führung ausüben (IFRS 11.4). Von der gemeinschaftlichen Tätigkeit unterscheidet sich das Gemeinschaftsunternehmen dadurch, dass das joint arrangement ein Rechtsträger ist und die gemeinschaftlich Führenden Rechte am Nettovermögen dieses Rechtsträgers, also an dessen Eigenkapital¹⁸⁰, besitzen (IFRS 11.16). Die Parteien, die an der gemeinschaftlichen Führung eines Gemeinschaftsunternehmens beteiligt sind, werden als **Partnerunternehmen** bezeichnet (IFRS 11.16). Auch die Begründung eines Näheverhältnisses durch gemeinschaftliche Führung ist in beide Richtungen denkbar: Ist die börsennotierte Gesellschaft selbst Gemeinschaftsunternehmen (was in der Praxis selten sein dürfte), stehen ihm die es gemeinschaftlich führenden Gesellschafterunternehmen nahe; ist die Gesellschaft selbst Partnerunternehmen eines Gemeinschaftsunternehmens, steht ihm das Gemeinschaftsunternehmen nahe.
- 95 Gemeinschaftliche Führung ist die **vertraglich vereinbarte**, gemeinsam ausgeübte Führung des Gemeinschaftsunternehmens (IFRS 11.7). Relevanter Vertrag kann sowohl der Gesellschaftsvertrag des Gemeinschaftsunternehmens als auch eine diesen ergänzende oder modifizierende schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarung sein (s. IFRS 11.B3). IFRS 11.B4 gibt Hinweise zum typischen Inhalt des Vertrags. Gemeinsam ausgeübte Führung ist **gemeinsame Beherrschung** (IFRS 11.B5). Die vorstehenden Ausführungen zur Beherrschung gelten nach IFRS 11.11 entsprechend¹⁸¹.
- 96 Gemeinsam ausgeübte Führung besteht nur dann, wenn nach Vertrag für Entscheidungen über die maßgeblichen Tätigkeiten die **einstimmige Zustimmung der an der Führung beteiligten Partnerunternehmen** erforderlich ist¹⁸². Paradebeispiel ist das 50/50-Gemeinschaftsunternehmen, bei dem Entscheidungen mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen werden¹⁸³. Es können aber auch mehr als zwei Partnerunternehmen an der gemeinschaftlichen Führung beteiligt sein¹⁸⁴. Neben den führenden kann es auch weitere, nicht an der Führung beteiligte Parteien geben (IFRS 11.11). Ist vereinbart, dass relevante Entscheidungen zur Lösung von Streitigkeiten, etwa im Wege von Schiedsverfahren, abweichend vom im Übrigen geltenden Einstimmigkeitserfordernis getroffen werden können, so steht dies einer gemeinschaftlichen Führung nicht entgegen (IFRS 11.B10). Entscheidend ist hierbei die Neutralität des Entscheidungsbefugten Dritten¹⁸⁵.
- 97 Kann die nach der vertraglichen Gestaltung des Entscheidungsprozesses für die wesentliche Beeinflussung der maßgeblichen Tätigkeiten erforderliche Quote durch das Zusammenwirken mehrerer Parteien in unterschiedlicher Zusammensetzung erzielt werden, so liegt keine gemeinschaftliche Führung vor¹⁸⁶. Fraglich ist, ob Gesellschafter, die durch **Stimmrechtspoolung** verbunden sind und aufgrund dieser schuldrechtlichen Vereinbarung in der Gesellschafterversammlung nur einheitlich abstimmen dürfen, gemeinsam als Partnerunternehmen anzusehen sind, die die Führung gemeinsam ausüben¹⁸⁷. Hier-

179 IFRS 11.6; 11.B14. Der in der deutschen Sprachfassung verwendete Begriff der „gemeinsamen Vereinbarung“ ist irreführend.

180 *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 29 Rz. 12; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 34 Rz. 21.

181 IFRS 11.B5 mit Verweis auf IFRS 10; klarstellend zur Unbeachtlichkeit von Schutzrechten: IFRS 11.B9.

182 IFRS 11.7; 11.9 f.; 11.B6.

183 S. auch IFRS 11.B7.

184 Teilweise wird, allerdings ohne überzeugende Begründung, gefordert, dass mindestens eine Partei zumindest 20 % der Stimmrechte an der börsennotierten Gesellschaft halten muss, s. *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 34 Rz. 15.

185 *Kütting/Seel*, IRZ 2012, 467, 469 ff., auch zu nach diesem Maßstab zulässigen Gestaltungen; *Brune* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 29 Rz. 10; *Fuchs/Stibi*, BB 2011, 1451, 1453; *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 34 Rz. 13; *Lüdenbach/Schubert*, PiR 2012, 1, 2 f.

186 S. IFRS 11.B8 (mit Beispielen 1 bis 3).

187 So *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 34 Rz. 16.

gegen spricht, dass das einzelne Poolmitglied überstimmt werden kann. Je nach Zusammensetzung des Pools kann dies sogar regelmäßig der Fall sein¹⁸⁸.

e) Vermitteltes Nahestehen

Auch Verbindungen der börsennotierten Gesellschaft und des Unternehmens zu Dritten können ein Nahestehen vermitteln. Dritter kann dabei ein Unternehmen oder eine natürliche Person sein. 98

Ein Unternehmen steht der börsennotierten Gesellschaft nahe, wenn beide **Gemeinschaftsunternehmen desselben dritten Unternehmens** sind (IAS 24.9(b)(iii)). Dagegen sind zwei Partnerunternehmen, die über ein Gemeinschaftsunternehmen verbunden sind, hierdurch nicht einander nahestehend¹⁸⁹. Ein Unternehmen steht der börsennotierten Gesellschaft nach IAS 24.9(b)(iv) auch dann nahe, wenn eines der beiden Unternehmen Gemeinschaftsunternehmen und das andere assoziiertes Unternehmen des dritten Unternehmens ist. 99

Nach IAS 24.12 umfassen die Begriffe assoziiertes Unternehmen und Gemeinschaftsunternehmen für Zwecke der Bestimmung eines Näheverhältnisses auch die **Tochtergesellschaften des assoziierten bzw. des Gemeinschaftsunternehmens**. Hat die Gesellschaft etwa maßgeblichen Einfluss auf ein assoziiertes Unternehmen, stehen ihr auch dessen Tochtergesellschaften nahe. 100

Ein Unternehmen steht einer Gesellschaft auch dann nahe, wenn beide in bestimmter Weise durch eine **natürliche Person** verbunden sind¹⁹⁰. Dies ist der Fall, wenn eine natürliche Person, welche die Gesellschaft beherrscht oder an deren gemeinschaftlicher Führung beteiligt ist, oder ein naher Familienangehöriger einer solchen Person¹⁹¹ auf das Unternehmen maßgeblichen Einfluss hat oder in dessen Management oder dem Management eines Mutterunternehmens dieses Unternehmens eine Schlüsselposition bekleidet (IAS 24.9(b)(vii)). Dies ist auch der Fall, wenn eine der Gesellschaft nahestehende natürliche Person oder ein naher Familienangehöriger einer solchen Person das Unternehmen beherrscht oder an der gemeinschaftlichen Führung des Unternehmens beteiligt ist (IAS 24.9(b)(vi)). 101

4. Nahestehende natürliche Personen

Eine natürliche Person steht der börsennotierten Gesellschaft nahe, wenn sie diese **beherrscht, über maßgeblichen Einfluss auf diese verfügt oder wenn die börsennotierte Gesellschaft Gemeinschaftsunternehmen** der natürlichen Person ist¹⁹². Die Ausführungen zur Beherrschung (Rz. 71 ff.), zum maßgeblichen Einfluss (Rz. 89 ff.) und zur Beteiligung an gemeinschaftlicher Führung (Rz. 94 ff.) durch Unternehmen gelten entsprechend. 102

Eine natürliche Person steht der Gesellschaft auch dann nahe, wenn sie eine **Schlüsselposition in deren Management** oder dem Management des Mutterunternehmens der börsennotierten Gesellschaft bekleidet (IAS 24.9(a)(iii)). Mitglieder des Managements in Schlüsselpositionen sind nach IAS 24.9 Personen, die direkt oder indirekt für die Planung, Leitung und Überwachung der Tätigkeiten des Unternehmens zuständig und verantwortlich sind. Zu dieser Personengruppe zählen jedenfalls die Mitglieder der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane, für die Aktiengesellschaft also die Mitglieder des Vorstands unter Miteinbeziehung der Stellvertreter gem. § 94 AktG und die Mitglieder des Aufsichtsrats¹⁹³. 103

188 Zur Schädlichkeit des Überstimmtwerdens s. Beispiele 2 und 3 aus IFRS 11.B8.

189 Klarstellend IAS 24.11(b).

190 S. IAS 24.9(b)(vi), (vii). IAS 24.11(a) enthält eine Klarstellung zu Verbindungen über eine natürliche Person, welche kein Nahestehen begründen.

191 Aus dem Wortlaut, auch demjenigen der englischen Sprachversion, ergibt sich nicht eindeutig, ob der Verweis des IAS 24.9(b)(vii) auf IAS 24.9(a)(i) auch nahe Familienangehörige umfasst. Allerdings folgt dies aus der Systematik, da bei natürlichen Personen sich das Nahestehen stets auf nahe Familienangehörige erstreckt, vgl. unmittelbare Anwendung des IAS 24.9(a); i.E. ebenso *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 30 Rz. 17 i.V.m. Rz. 13.

192 S. IAS 24.9(a)(i) Var. 1, IAS 24.9(a)(ii) und IAS 24.9(a)(i) Var. 2.

193 Ausdrücklich (noch zu IAS 24 von 2003) *Andrejewski/Böckem*, KoR 2005, 170, 173; *Kütting/Gattung*, KoR 2005, 1105, 1109.

Erfasst sein können aber auch Personen der zweiten Führungsebene¹⁹⁴ sowie Personen, die zwar formal außerhalb der börsennotierten Gesellschaft stehen, aber faktische Führungskompetenzen innehaben¹⁹⁵, was bei Aktiengesellschaften allerdings ungewöhnlich ist.

- 104 Eine gravierende Erweiterung von Nähebeziehungen ergibt sich nach IAS 24.9(a) daraus, dass sich das Näheverhältnis auch **auf nahe Familienangehörige erstreckt**. Nahe Familienangehörige einer Person sind Familienmitglieder, von denen angenommen werden kann, dass sie bei ihren Transaktionen mit dem Unternehmen auf die Person Einfluss nehmen oder von ihr beeinflusst werden können. Hierzu gehören nach IAS 24.9 jedenfalls Kinder und Ehegatte oder Lebenspartner der nahestehenden Person sowie Kinder des Ehegatten oder Lebenspartners, weiter abhängige Angehörige der nahestehenden Person sowie abhängige Angehörige des Ehegatten oder Lebenspartners. Umstritten ist, ob die im vorstehenden Satz wiedergegebene Aufzählung als Fiktion der Beeinflussungsmöglichkeit oder als Regelbeispiele zu verstehen ist¹⁹⁶. Für die Fiktion spricht der klare Wortlaut, zudem die Standardsetzungshistorie¹⁹⁷.
- 105 Die **Definitionen zu nahen Familienangehörigen** sind noch nicht vollständig geklärt¹⁹⁸. Angesichts der begrenzten Möglichkeiten der Nachforschung für die Gesellschaft, der durch §§ 111b Abs. 1, 111c Abs. 1, 405 Abs. 2a Nr. 6 AktG noch weiter verschärften Rechtsfolgen eines Nichterkennens sowie der fehlenden empirischen Basis für die Vermutung von Einflussnahmen innerhalb der (weiteren) Familie spricht viel dafür, den Familienbegriff außerhalb der ausdrücklich genannten Beziehungen eher eng zu verstehen¹⁹⁹. Gleiches gilt für die ausdrücklich genannten Begriffe, insbesondere wenn man diese als Fiktion versteht. Unter Kind ist daher nur ein minderjähriger direkter Abkömmling zu fassen²⁰⁰. Die Stellung als Ehegatte dürfte sich nach dem rechtlichen Status der Person richten. Lebenspartner meint eine Partnerschaft, nicht notwendig eine eingetragene Partnerschaft²⁰¹. Abhängige Angehörige sind insbesondere unterhaltsberechtignte oder haushaltszugehörige Verwandte²⁰², wobei fraglich ist, ob Unterhaltsberechtigung dabei eine notwendige Bedingung ist²⁰³. Häusliche Gemeinschaft ist keine Voraussetzung für ein Nahestehen²⁰⁴.

5. Ausschluss des Nahestehens

- 106 Bestimmte Beziehungen führen für sich genommen auch dann nicht zu einem Nahestehen der anderen Person, wenn diese Person nach dem wirtschaftlichen Gehalt dieser Beziehung über erhebliche

194 *Grottel* in BeckBilanzkomm., 11. Aufl., § 285 HGB Rz. 609; *Poelzig* in MünchKomm. HGB, 3. Aufl. 2013, § 285 HGB Rz. 356; *Hauptmann/Sailer/Benz*, Der Konzern 2010, 112, 114 (zu IAS 24 von 2003); *Niehus*, DB 2008, 2493, 2494 f. (zu IAS 24 von 2003).

195 Mit Beispiel *Andrejewski/Böckem*, KoR 2005, 170, 173 (zu IAS 24 von 2003); *Kütting/Gattung*, KoR 2005, 1105, 1109 (zu IAS 24 von 2003).

196 Für Fiktion IFRSIC Update May 2015: <http://media.ifrs.org/2015/IFRIC/May/IFRIC%20Update%20May%202015.html>. Die Interpretation ist allerdings nicht Teil des europäischen Rechts. Sie wurde vom IFRSIC nicht in sein Arbeitsprogramm aufgenommen; ebenso *Senger/Prengel* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 20 Rz. 26; für Regelbeispiel *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019, § 30 Rz. 19; *Lüdenbach*, PiR 2016, 29.

197 IAS 24.BC32(b)(ii), sinngemäße Wiedergabe durch *Zülch/Popp*, PiR 2011, 89, 91.

198 Näher *Niehus*, DStR 2008, 2280, 2281; *Niehus*, WPg 2003, 521, 530; *Niehus*, DB 2008, 2493, 2495 f. (jeweils zu IAS 24 von 2003) mit Vergleichen zum Begriffsverständnis im deutschen Recht.

199 Für enge Auslegung *Senger/Prengel* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 20 Rz. 26.

200 Ähnlich *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg* in Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl., § 30 Rz. 19.

201 *Kütting/Gattung*, WPg, 2005, 1105, 1110 (zu IAS 24 von 2003); *Poelzig* in MünchKomm. HGB, 3. Aufl. 2013, § 285 HGB Rz. 357; *Senger/Prengel* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 20 Rz. 25.

202 Siehe Begr. des RegE, BT-Drucks. 19/9739, 80.

203 Für eine notwendige Bedingung *Poelzig* in MünchKomm. HGB, 3. Aufl. 2013, § 285 HGB Rz. 357.

204 *Kütting/Gattung*, KoR 2005, 1105, 1110 (zu IAS 24 von 2003); *Poelzig* in MünchKomm. HGB, 3. Aufl. 2013, § 285 HGB Rz. 357; a.A. *Senger/Prengel* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 20 Rz. 25; *Adler/Düring/Schmaltz*, Abschnitt 27 Rz. 70 (zu IAS 24 von 2003); *Andrejewski/Böckem*, KoR 2005, 170, 172 (zu IAS 24 von 2003); *Hennrichs/Schubert* in MünchKomm. Bilanzrecht, Stand Juli 2008, IAS 24 Rz. 61 (zu IAS 24 von 2003).

wirtschaftliche und/oder rechtliche Einflussmöglichkeit auf ein Unternehmen verfügt²⁰⁵. Selbst wenn sie den Handlungsspielraum des Unternehmens einengen oder an Entscheidungsprozessen mitwirken können, sind nach IAS 24.11(c) lediglich aufgrund ihrer gewöhnlichen Geschäftsbeziehung mit einem Unternehmen nicht als nahestehende Personen anzusehen **Kapitalgeber, Gewerkschaften, öffentliche Versorgungsunternehmen sowie Behörden**. Ebenfalls nicht als nahestehende Personen anzusehen sind einzelne Kunden, Lieferanten, Franchisenehmer, Vertriebspartner oder Generalvertreter, wenn die wirtschaftliche Abhängigkeit des Unternehmens gegenüber diesen Personen lediglich auf dem mit diesen Personen abgewickelten erheblichen Geschäftsvolumen beruht²⁰⁶. Ähnlich wie zur Begründung der Abhängigkeit nach § 17 AktG ist vielmehr stets eine zumindest teilweise gesellschaftsrechtliche Vermittlung der Einflussnahmemöglichkeiten erforderlich, wobei die Anforderungen hieran zur Begründung des Näheverhältnisses im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards tendenziell geringer sind (zur Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses s. § 17 Rz. 15 ff.).

6. Kenntniserlangung vom Näheverhältnis

Bei einem Geschäftsabschluss hat sich die börsennotierte Gesellschaft mit der Frage zu befassen, ob der Geschäftspartner nahestehende Person ist²⁰⁷. Den Vorstand trifft dabei die (spezifisch aktienrechtliche²⁰⁸) Verpflichtung, **geeignete organisatorische Maßnahmen** zu ergreifen. Insbesondere sollte sich die Gesellschaft mit der Struktur der Gruppe, welcher sie angehört, sowie der Gruppenstruktur eines maßgeblich beteiligten und eines Partnerunternehmens vertraut machen. Vergleichsweise leicht sollte die Identifizierung von natürlichen Personen sein, die unmittelbar in einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung zur Gesellschaft stehen (Rz. 102) oder eine Schlüsselposition im Management bekleiden (Rz. 103). Demgegenüber kann es ihr möglicherweise nicht oder nur unter großem Aufwand möglich sein, nahe Familienangehörige (Rz. 104 f.) zu identifizieren. Bei den eigenen Schlüsselpositionen bietet es sich an, diese Aufgabe dadurch zu erfüllen, dass sie die jeweilige Führungskraft verpflichtet, sicherzustellen, dass Geschäfte ihrer eigenen Familienangehörigen der Gesellschaft gemeldet werden (s. auch § 111b Rz. 79).

Sofern Anhaltspunkte vorliegen, dass es sich bei einem Geschäftspartner um eine nahestehende Person handelt, **muss der Vorstand die im Unternehmen oder öffentlich verfügbaren Informationen prüfen**. Bei Unsicherheiten hat er beim Vertragspartner nachzufragen. **Gesetzliche Auskunftsansprüche** stehen der Gesellschaft dabei allerdings nur ausnahmsweise zur Seite, insbesondere im Hinblick auf abhängige Unternehmen (§ 131 Abs. 1 AktG, § 51a GmbHG, § 118 HGB bzw. § 166 HGB). Erstellt die Gesellschaft einen Konzernabschluss, hat sie die Informationsrechte des § 294 Abs. 3 Satz 2 HGB, der gem. § 315e Abs. 1 HGB auch dann anwendbar ist, wenn das Auskunft begehrende Unternehmen seinen Abschluss nach internationalen Rechnungslegungsstandards erstellt. Einen allgemeinen Informationsanspruch der börsennotierten Gesellschaft gegenüber nahestehenden Personen sehen weder Art. 9c ARRL noch die §§ 111a bis 111c AktG vor.

Inwieweit ein **Informationsanspruch aus einer besonderen Treuebindung** der unmittelbar nahestehenden oder ein Näheverhältnis vermittelnden Person gegenüber der Gesellschaft besteht, ist eine gesellschaftsrechtliche Frage und im Schrifttum zu den internationalen Rechnungslegungsstandards kaum diskutiert und umstritten²⁰⁹. Die Frage kann nicht für alle Typen von nahestehenden Personen einheitlich entschieden werden. Gegenüber Organmitgliedern, insbesondere Vorstandsmitgliedern wird man

205 IAS 24.11. IAS 24.11(a), (b) enthalten lediglich Klarstellungen.

206 IAS 24.11(d); in Bezug auf Beherrschung s. IFRS 10.B40.

207 Zur Problematik der Sachverhaltermittlung *Kleinert/Mayer*, EuZW 2019, 103, 104; *Erchinger/Melcher*, DB 2011, 1229, 1236, 1238; *Reiland*, DB 2011, 2729, 2731, *Rühl/Althoff*, KoR 2012, 553, 561; bzgl. potenzieller Stimmrechte *Kütting/Mojadadr*, KoR 2011, 273, 284.

208 Die Bestimmungen der internationalen Rechnungslegungsstandards, wonach die berichtspflichtige Gesellschaft den Sachverhalt umfassend auszuwerten hat (IFRS 10.B1, 10.B23, 10.8; IFRS 11.12; im Grundsatz auch IAS 28.8) sind nicht anwendbar, da durch § 111a Abs. 1 Satz 2 AktG auf die Standards nur zur Bestimmung des Begriffs der nahestehenden Personen verwiesen wird.

209 Aus den Berichtspflichten einen Auskunftsanspruch des berichtspflichtigen Unternehmens in weitem Umfang bejahend *Senger/Prengel* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 20 Rz. 27 (zur Offenlegung naher Familienangehö-

einen Informationsanspruch in recht weitem Umfang anerkennen können. Personen, die selbst in keiner organschaftlichen oder gesellschaftsrechtlichen Beziehung zur Gesellschaft stehen, wird man demgegenüber nicht zur Auskunftserteilung verpflichtet ansehen können. Bei an der Gesellschaft beteiligten Unternehmen wird man nach dem Grad der Beziehung differenzieren müssen. Ein Informationsanspruch zur eigenen Gruppen- und Managementstruktur wird man gegenüber einem herrschenden Unternehmen leichter begründen können als gegenüber einem lediglich potenziell maßgeblich beteiligten Aktionär. Bei der erforderlichen Interessenabwägung streitet für die Gesellschaft ihre Pflicht zur Erfüllung der Verpflichtungen aus §§ 111b und 111c AktG. Auf Seiten des potenziell Informationspflichtigen ist sein Recht auf Privatsphäre²¹⁰ zu berücksichtigen²¹¹.

IV. Relevante Geschäfte nach § 111a Abs. 1 AktG

1. Überblick

- 110 Nach § 111a Abs. 1 AktG sind Geschäfte Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen, durch die ein Gegenstand oder ein anderer Vermögenswert entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder zur Nutzung überlassen wird. Maßgeblich sind einerseits die Begriffe **Rechtsgeschäfte/Maßnahmen** und andererseits die Begrenzung durch die **Übertragung/Überlassung eines Vermögenswerts**.
- 111 Zum Begriff des Geschäfts **enthält Art. 9c ARRL keine Definition**; er enthält auch keine näheren Vorgaben, was Geschäfte umfassen müssen. Ob den Mitgliedstaaten insoweit ein Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung überlassen werden sollte, ist fraglich, da dies dem Harmonisierungsziel massiv zuwiderlaufen könnte²¹². Es liegt nahe, sich bei der Auslegung von Art. 9c Abs. 1 ARRL an der **Definition der Transaktion bzw. des Geschäftsvorfalles in IAS 24.9** zu orientieren²¹³. Dort wird in der englischen Terminologie von Related Party Transactions gesprochen; die englische Fassung von Art. 9c Abs. 1 ARRL spricht ebenfalls von „transactions“. Zudem nimmt Art. 2 lit. h) ARRL bereits auf die Definition der Related Party in IAS 24 Bezug. Nach IAS 24.9 ist eine Related Party Transaction eine Übertragung von Ressourcen, Dienstleistungen und Verpflichtungen zwischen einem berichtenden Unternehmen und einem nahestehenden Unternehmen/einer nahestehenden Person, unabhängig davon, ob dafür ein Entgelt in Rechnung gestellt wird.
- 112 Der entsprechende Hinweis auf IAS 24.9 in der Begründung des Referentenentwurfs zum ARUG II²¹⁴ findet sich in der Begründung des Regierungsentwurfs zwar nicht mehr; für die Praxis bedeutet der nach wie vor enthaltene **Verweis auf § 285 Nr. 21 HGB** aber nichts anderes²¹⁵, auch wenn der Begriff des Geschäfts in § 285 Nr. 21 HGB bei genauer technischer Analyse als etwas über den des Geschäftsvorfalles i.S.d. IAS 24.9 hinausgehend angesehen wird²¹⁶.

riger); a.A. Niehus, WPg 2003, 521, 525 f. (zu IAS 24 von 2003); s. zur vergleichbaren Problematik bei der Erstellung des Abhängigkeitsberichts § 312 Rz. 54.

210 Diese wird in Erwägungsgrund 52 der 2. ARRL ausdrücklich erwähnt.

211 Zum Vorstand *Spindler* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 93 AktG Rz. 126; *Fleischer*, NJW 2006, 3239; zum Aktionär: *Senger/Prenzel* in BeckHdb. IFRS, 5. Aufl. 2016, § 20 Rz. 51.

212 Allerdings gilt dies in gleicher Weise für die Bestimmung der Schwellenwerte für die Aufsichtsratszustimmung (§ 111b Abs. 1 AktG) und die Veröffentlichungspflicht nach § 111c AktG; dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten insoweit Gestaltungsspielraum einräumte, ist angesichts des Harmonisierungsziels nicht überzeugend, hierzu schon *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 318 f.

213 *BDI/FBD*, S. 8; *Lanfermann/Maul*, BB 2014, 1283, 1287; *Pälicke*, AG 2018, 514, 516; *Tarde*, ZGR 2017, 360, 364; *Tarde*, S. 224, 240; *J. Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 284; *J. Vetter*, AG 2019, 853, 854; *Wiersch*, NZG 2014, 1131, 1133; *Zetzsche*, NZG 2014, 1121, 1128.

214 Begr. des RefE, S. 74.

215 So auch *Tarde*, NZG 2019, 488, 489; darin eine unzulässige Überschreitung der nationalen Regelungskompetenz sehend *Barg*, AG 2020, 149, 152 Rz. 14 f.

216 *Poelzig* in MünchKomm. HGB, 3. Aufl. 2013, § 285 HGB Rz. 362; *Kleinert/Mayer*, EuZW 2019, 103, 104.