

- Wenn die beteiligten Unternehmen über Grundbesitz verfügen, können insbesondere NewCo-Modelle mit beidseitiger Verschmelzung/Einbringung zu erhöhten GrESt-Belastung führen.
- Insbesondere wenn börsennotierte Unternehmen beteiligt und Zustimmungsbeschlüsse der Hauptversammlung erforderlich sind, spielt die Transaktionssicherheit eine erhebliche Rolle (dazu sogleich).
- Wenn nur eines der beiden Unternehmen börsennotiert war und die Notierung fortbestehen soll, erspart die Verschmelzung auf das börsennotierte Unternehmen eine erneute Börsenzulassung.
- Wenn A oder B mit stark fragmentiertem Anteilsbesitz börsennotiert sind, bietet sich zum Erwerb der Mehrheit der Aktien ein öffentliches Übernahmeangebot an (näher bei e); Rz. 3.157).

b) Transaktionssicherheit

Schließen sich die Unternehmen durch **Verschmelzung** zusammen, besteht insbesondere bei Gesellschaften mit großem Gesellschafterkreis, wie den börsennotierten Aktiengesellschaften, das Risiko, dass die Verschmelzung durch einzelne Gesellschafter der übertragenden oder aufnehmenden Gesellschaft angefochten und ihre Eintragung im Handelsregister dadurch erschwert wird. Seit dem 1.3.2023²⁶¹ ist nicht nur bei der übertragenden, sondern auch bei der aufnehmenden Gesellschaft die regelmäßig nur mit erheblichem Aufwand zu überprüfende Behauptung einer falschen Verschmelzungsrelation dem Anfechtungsverfahren entzogen und im Spruchverfahren (§ 15 UmwG i.V.m. dem SpruchG) zugewiesen. Das wird die Transaktionssicherheit erhöhen. 3.147

In der Vergangenheit sind Unternehmenszusammenführungen oft durch parallele Verschmelzung auf eine neue Holding durchgeführt worden (sog. **NewCo-Verschmelzung**). Entsprechende Resultate lassen sich erreichen, wenn bei der Verschmelzung einer nicht börsennotierten Gesellschaft (in deren Aktionärskreis Einigkeit über die Transaktionsparameter besteht) und einer börsennotierten Gesellschaft die Verschmelzungsrichtung so gewählt wird, dass die börsennotierte Gesellschaft die übertragende Gesellschaft ist. Das ist allerdings in der Regel mit dem Erfordernis einer Börsennotierung der aufnehmenden Gesellschaft²⁶² und damit mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden. Soweit der Grund für diese Gestaltungen bisher die Furcht vor der Rüge der falschen Bewertung auf Ebene der aufnehmenden Gesellschaft war, schafft die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Spruchverfahrens zusätzliche Flexibilität. 3.148

Das **Einbringungsmodell** kommt auf Seiten der Einbringenden von vornherein nur in Betracht, wenn unter ihnen **Einigkeit über die Transaktion** und deren Parameter besteht. Wenn in Abb. 2 die Anteile an B in A eingelegt werden sollen, müssen die Gesellschafter von B damit einverstanden sein, denn zu der Übertragung ihrer Anteile gegen Zeichnung von Anteile an A kann sie niemand zwingen (zum Erwerb durch Umtauschangebot Rz. 3.155). 3.149

Die zu gewährenden Anteile an der übernehmenden Gesellschaft müssen i.d.R. durch eine **Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage** beschafft werden, die von den Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft zu beschließen ist²⁶³. Die Voraussetzungen unterscheiden sich je nach Rechtsform der übernehmenden Gesellschaft. Bei der AG ist das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen, § 186 Abs. 3 und 4 AktG²⁶⁴. Auch hier besteht die Gefahr der Anfechtung der Beschlüsse über die Kapitalerhöhung und den Ausschluss des Bezugsrechts. **Seit Inkrafttreten des ZuFinG am 15.12.2023** ist allerdings bei der AG die Rüge der zu hohen Bewertung der eingebrachten Anteile dem Anfechtungsverfahren ent-

261 **Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze**, BGBl. 2023 I Nr. 51, mit den entsprechenden Änderungen der §§ 14 und 15 UmwG.

262 Ansonsten ist jedenfalls ein Barangebot nach § 29 UmwG erforderlich.

263 Anderes gilt, wenn die Kapitalerhöhung aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung aus einem genehmigten Kapital durchgeführt werden kann. Die Ausgabe neuer Aktien gegen Sacheinlage muss im Ermächtigungsbeschluss vorgesehen sein, § 205 Abs. 1 AktG; vgl. Koch, 17. Aufl. 2023, § 205 AktG Rz. 3.

264 Zu den Voraussetzungen vgl. Koch, 17. Aufl. 2023, § 186 AktG Rz. 20 ff.

Mit UmwG und ZuFinG



zogen (§ 255 Abs. 2 AktG n.F.). Stattdessen können die Aktionäre einen Anspruch auf Wertausgleich im Spruchverfahren verfolgen, § 255 Abs. 4 bis 7 AktG n.F. Der Wertausgleich kann nach Maßgabe von § 255a AktG n.F. auch in Aktien erfolgen. In der Vergangenheit wurde die Einbringungsvariante wegen der hohen Transaktionsrisiken bei börsennotierten Gesellschaften kaum praktiziert. Hoffnungen, durch das für die Kapitalerhöhung verfügbare Freigabeverfahren nach § 246a AktG werde die Einbringungsvariante praktikabler, hatten sich bisher nicht erfüllt²⁶⁵. Möglicherweise wird nach Inkrafttreten des ZuFinG die Einbringungsvariante bei der börsennotierten AG häufiger gewählt werden.

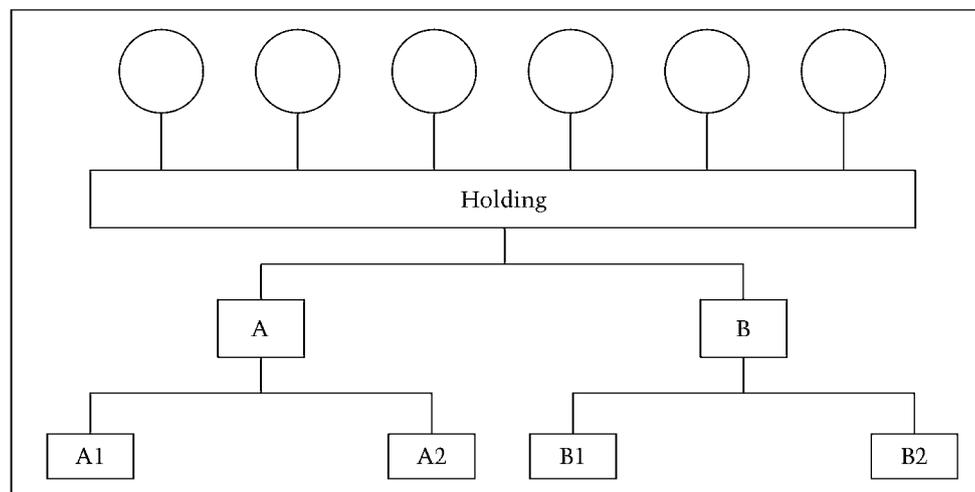


- 3.151 Recht hoch ist die Transaktionssicherheit bei öffentlichen Übernahmeangeboten. Da ein solches Angebot nie zu 100 % angenommen wird, bleiben allerdings – im Unterschied zur Verschmelzung oder zur 100 %-Einbringung – die bisherigen Aktionäre in unterschiedlichem, teils significantem Umfang an A oder B beteiligt. Wenn auch die neue Holding börsennotiert sein soll, entsteht eine mehrstufige börsennotierte Struktur, die nicht immer erwünscht ist.

c) Resultierende Struktur

- 3.152 Als wesentliches strukturelles Element folgt aus einer derartigen Entstehungsform der Holding, dass der **Gesellschafterkreis** der von der Zusammenführung betroffenen Unternehmen prinzipiell insgesamt unverändert bleibt. Die bisherigen Anteilseigner der beiden Unternehmen sind am zusammengeführten Unternehmen im Verhältnis des Werts der beiden Unternehmen zueinander beteiligt. Das Hinzutreten der Anteilseigner des anderen Unternehmens führt zu einer entsprechenden Verringerung der jeweiligen Beteiligungsquote. Wenn nicht alle bisherigen Anteilseigner von A und B an der Transaktion teilnehmen – also insbesondere bei öffentlichen Übernahmeangeboten – gilt das bei Berücksichtigung der in den Händen der bisherigen Anteilseigner zurückbleibenden Anteile entsprechend.

Abb. 3: Holdingstruktur



Viele erläuternde Grafiken

- 3.153 Abb. 3 entspricht dem Endresultat nach beidseitiger Einbringung, wenn alle Gesellschafter von A und B daran teilnahmen (siehe Rz. 3.149). Die Rolle der Holding in der Gesamt-Unternehmensgruppe hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Je nach den Umständen kommt der Holding eine unterschiedlich intensive eigene Führungs- und Gestaltungsfunktion im Rahmen der zusammengeführten Unternehmensgruppe zu. Handelt es sich bei den Beteiligungen an A und B um Mehrheitsbeteiligungen,

²⁶⁵ Vgl. OLG München v. 18.12.2013 – 7 AktG 2/13 – „Curanum“, Der Konzern 2014, 108 ff.

§ 7

Environment, Social and Governance (ESG)

Neues Kapitel
mit topaktuellen
Ausführungen!

I. ESG, CSR und Nachhaltigkeit – Begriffseinordnung	7.1	2. Lieferkettensorgfalt	7.48
II. Unternehmensrechtlicher Rahmen und holdingtypische Problemfelder	7.15	a) Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (Deutschland)	
1. Nachhaltigkeitsberichterstattung und Taxonomie		aa) Anwendungsbereich	7.50
a) Einordnung	7.16	bb) Begriff der Lieferkette	7.52
b) Nichtfinanzielle Erklärung (§§ 289b ff. HGB) und zukünftige Nachhaltigkeitsberichterstattung		cc) Die lieferkettenrechtlichen Sorgfaltspflichten (§§ 3 ff. LkSG)	7.57
aa) Allgemeines	7.19	dd) Besonderheiten in Holdingstrukturen	7.66
bb) Revision durch CSRD	7.21	b) EU-Lieferketten-RL (CSDDD)	7.72
cc) Persönlicher Anwendungsbereich	7.24	3. Hinweisgeberschutzsysteme	7.74
dd) Befreiungstatbestände	7.27	4. FÜPOG II/ARUG II/DCGK	7.80
ee) Weitere Neuerungen durch die CSRD	7.30	a) FÜPoG II	7.81
ff) Veröffentlichung	7.32	b) ARUG II	7.84
gg) Form und Inhalt	7.33	c) DCGK	7.86
hh) Zuständigkeit	7.40	d) Sonstige	7.87
ii) Prüfung	7.41	III. ESG in der Holdingstruktur – Umsetzung und Verantwortlichkeit	
jj) Zeitlicher Anwendungsbereich der CSRD	7.42	1. ESG und Leitungsverantwortlichkeit	7.88
c) Taxonomie-VO	7.44	2. Die Rolle von Aufsichtsorganen	7.101
		3. ESG als Teil der (Konzern-)Compliance	7.104
		4. Ausgestaltung der ESG-Compliance	7.108
		IV. Fazit und Ausblick	7.118

Literaturübersicht: *Bachmann*, Zielsetzung und Governance von Unternehmen im Lichte der Klimaverantwortung, ZHR 187 (2023), 166; *Behr/Haas/Ellinger*, Der RegE zum Hinweisgeberschutzgesetz – die 15 wichtigsten Fragen für Unternehmen, DB 2022, 2137; *Bingell/Rothenburg/Schumann*, Nachhaltigkeitsberichterstattung nach CSRD – Auswirkungen auf die Organpflichten, DB 2023, 118; *Burchadi*, Lieferkettensorgfaltspflichten: Risiken für die Unternehmensleitung, NZG 2022, 1467; *Dörrwächter*, Nachhaltigkeit und Gesellschaftsinteresse – Zu den Pflichten des Vorstands im Zusammenhang mit ESG, NZG 2022, 1083; *Ekken-ga/Schirmacher/Schneider*, Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums, NJW 2021, 1509; *Ferati/Meyer*, (K)eine grüne Märchenwelt? Fraud im ESG-Kontext, CCZ 2022, 349; *Fest*, Nachhaltige Unternehmensführung – Die Perspektive des Vorstands unter besonderer Berücksichtigung von Art. 25 CSDDD-E, AG 2023, 713; *Fleischer*, Grundstrukturen der lieferkettenrechtlichen Sorgfaltspflichten, CCZ 2022, 205; *Fleischer/Hülse*, Klimaschutz und aktienrechtliche Kompetenzverteilung: Zum Für und Wider eines „Say on Climate“, DB 2023, 44; *Gabius*, Das G in ESG: Herausforderungen durch die Nachhaltigkeitstransformation für den Aufsichtsrat, CCZ 2023, 51; *Giesberts*, Sorgfaltspflichten für die Lieferkette – Das deutsche Gesetz und der EU-Richtlinienentwurf NVwZ 2022, 1497; *Herrmann/Rünz*, Praktische Hinweise und Maßnahmen zur Umsetzung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes im Unternehmen, DB 2021, 3078; *Hommelhoff/Allgeier/Jelonek*, Ausstrahlung der CSRD-Berichtsvorgaben auf die Unternehmensorganisation, NZG 2023, 911; *Ipsen/Röh*, Mysterium Taxonomie, ZIP 2020, 2001; 349; *Lanfermann/Baumüller*, Anwendungsfragen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung im Konzern nach der CSRD (Teil 4), Der Konzern 2023, 352; *Litten*, ESG – Wind of Change im Kapitalmarktrecht, BKR 2023, 569; *Lüneborg*, Das Hinweisgeberschutzgesetz – die (un)endliche Geschichte, ZIP 2023, 941; *Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth*, Nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflichten in Geschäftsbeziehungen – zum Entwurf der EU-Kommission für eine „Lieferkettenrichtlinie“, BB 2022, 835; *Nietsch*, Corporate Social Responsibility Compliance, 1. Aufl. 2021; *Nietsch*, Nachhaltigkeit als Aufgabe von Compliance? – Grundsatzüberlegungen zur organisatorischen Zuweisung im Unternehmen, CCZ 2023, 61; *Ott/Lüneborg/Schmelzeisen*, Zur Anwendung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes im Konzern, DB 2022, 238; *Redenius-Hövermann*, Governance-Leitlinien für Nachhaltigkeit im Mittelstand, RFamU 2023, 189; *Rennig*, Nachhaltigkeitsberichterstattung durch Familien-

Mutterunternehmen im Sinne des § 290 HGB sind nach aktueller Rechtslage unter den Voraussetzungen des § 315b Abs. 1 Satz 1 HGB verpflichtet, den Konzernlagebericht um eine **nichtfinanzielle Konzernklärung** zu erweitern oder einen gesonderten nichtfinanziellen Konzernbericht zu erstellen, wenn sie **kapitalmarktorientiert** im Sinne des § 264d HGB sind und die in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen im Jahresdurchschnitt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen und mit Blick auf die in den Konzernabschluss einzubeziehenden Unternehmen die Voraussetzungen für eine **größenabhängige Befreiung** des § 293 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 HGB nicht erfüllt werden. Die größenabhängige Befreiung ist dann nicht erfüllt, wenn entweder die Bilanzsumme oder die Umsatzerlöse der in den Konzernabschluss einzubeziehenden Unternehmen den in § 293 Abs. 1 HGB genannten Schwellenwert überschreitet, und zwar entweder nach der Bruttomethode (Nr. 1) oder der Nettomethode (Nr. 2). Nach dem **Referentenentwurf zur Umsetzung der CSRD** hat ein Mutterunternehmen im Sinne des § 290 HGB, bei dem die Voraussetzungen für eine größenabhängige Befreiung von der Pflicht zur Aufstellung eines Konzernlageberichts gemäß § 293 Abs. 1 und 2 HGB⁵⁵ nicht vorliegen, gemäß § 315b Abs. 1 HGB-E den Konzernlagebericht um einen **Konzernnachhaltigkeitsbericht** zu erweitern.

7.25

Ausblicke
auf das
CSRDUmsG

Aktuell sind in Deutschland nach Schätzungen etwa **500 Unternehmen** verpflichtet, eine nichtfinanzielle Erklärung abzugeben. Der Anwendungsbereich ist derzeit also noch stark begrenzt. Mit dem **Referentenentwurf zur Umsetzung der CSRD** soll in § 289b Abs. 1 Satz 1 HGB-E das Merkmal der zwingend erforderlichen kapitalmarktrechtlichen Orientierung im Sinne des § 264d HGB entfallen. Fortan reicht es aus, dass es sich um eine große Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, 5 HGB handelt (§ 289b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB-E). Alternativ wird es zukünftig ausreichend sein, dass die Kapitalgesellschaft **kapitalmarktorientiert** im Sinne des § 264d HGB und keine Kleinstkapitalgesellschaft im Sinne des § 267a HGB ist (§ 289b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB-E). **Kleine und mittlere Unternehmen (KMU)**, die nicht kapitalmarktorientiert sind, sollen auch weiterhin keiner Verpflichtung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung unterliegen⁵⁶. Darüber hinaus findet die Berichtspflicht – auch zukünftig – entsprechende Anwendung auf **haftungsbeschränkte Personengesellschaften**, etwa die GmbH & Co. KG (§ 264a Abs. 1 HGB)⁵⁷.

7.26

dd) Befreiungstatbestände

Kapitalgesellschaften sind von der Pflicht zur Abgabe einer nichtfinanziellen Erklärung **befreit**, wenn diese in den **Konzernlagebericht** eines Mutterunternehmens einbezogen sind (§ 289b Abs. 2 Nr. 1 HGB) und dieser Konzernlagebericht eine nichtfinanzielle Erklärung enthält (§ 289b Abs. 2 Nr. 2 HGB) oder das Mutterunternehmen einen gesonderten nichtfinanziellen Konzernbericht nach § 315b Abs. 3 HGB erstellt (§ 289b Abs. 2 Satz 3 HGB). Nach § 289b Abs. 2 Satz 3 HGB muss die von der Berichtspflicht befreite Gesellschaft in diesem Fall in ihrem Lagebericht angeben, welches Mutterunternehmen den Konzernlagebericht oder den gesonderten nichtfinanziellen Konzernbericht öffentlich zugänglich macht und wo der Bericht in deutscher oder englischer Sprache **offengelegt oder veröffentlicht** ist. Zu berücksichtigen ist, dass das Mutterunternehmen selbst durch die eigene nichtfinanzielle

7.27

⁵⁵ D.h. die nach der Brutto- oder Nettomethode zu ermittelnden Umsatzerlöse bzw. die Bilanzsumme bestimmte Schwellenwerte übersteigen; auch hier ist die Anhebung der Schwellenwerte zu beachten (vgl. Fn. 54). Bei dem Verweis in § 315b HGB-E – in der Fassung des Referentenentwurfes vom 11.12.2023 – auf § 293 Abs. 1 und Abs. 2 HGB dürfte es sich um ein Schreibversehen handeln; richtigerweise müsste der Verweis auf § 293 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 HGB lauten.

⁵⁶ Unbenommen bleibt eine Berichterstattung auf freiwilliger Basis. Eine Entlastung von KMU und Kleinstunternehmen erfolgt – jedenfalls mittelbar – durch die Anhebung der Schwellenwerte zur Einordnung als große Kapitalgesellschaft in § 267 HGB.

⁵⁷ *Mock* in Hachmeister/Kahle/Mock/Schuppen, Bilanzrecht, 3. Aufl. 2022, § 289b HGB Rz. 27 m.w.N.; *Hommelhoff* in Staub, Handelsgesetzbuch Großkommentar, 6. Aufl. 2021, § 289b HGB Rz. 2; *Kleindiek* in BeckOGK HGB, Stand 1.6.2022, § 289b HGB Rz. 48, 100; *Velte* in Heidel/Schall, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2020, § 289b HGB Rz. 4.

Konzernberichterstattung (§§ 315b, 315c HGB) nicht von der nichtfinanziellen Berichterstattung als Einzelunternehmen befreit ist⁵⁸. Jedoch kann die nichtfinanzielle Berichterstattung des Mutterunternehmens mit der Konzernberichterstattung zusammengefasst werden⁵⁹. Nach dem Referentenentwurf zur Umsetzung der CSRD soll ein Mutterunternehmen zukünftig bei einer Erweiterung des Konzernlageberichts um einen Konzernnachhaltigkeitsbericht nach § 315b f. HGB-E ihren **Lagebericht auf Ebene des Einzelunternehmens** nicht mehr um einen Nachhaltigkeitsbericht erweitern müssen (§ 289b Abs. 5 HGB-E). Vorgenannte Befreiungen sind im Übrigen **nicht** auf Mutterunternehmen aus **EU-/EWR-Staaten beschränkt**, sodass sich der Sitz des Mutterunternehmens auch in einem **Drittstaat** befinden kann⁶⁰.

- 7.28 Der **Referentenentwurf zur Umsetzung der CSRD** sieht ebenfalls Befreiungen nach § 289b Abs. 2 Satz 1 HGB-E durch Einbeziehung der Kapitalgesellschaft (und etwaiger weiterer Tochtergesellschaften) in den Konzernlagebericht des Mutterunternehmens – **mit Sitz innerhalb eines EU-/EWR-Staats** – vor, sofern der Konzernlagebericht im Einklang mit den Vorgaben der EU-Bilanzrichtlinie (EU 2013/34/EU) aufgestellt und um einen Konzernnachhaltigkeitsbericht erweitert wird. Hat das Mutterunternehmen seinen **Sitz außerhalb eines EU-/EWR-Staats**, ist das Einzelunternehmen von der Pflicht zur Erweiterung des Lageberichts um einen Nachhaltigkeitsbericht befreit, wenn das Einzelunternehmen in einen konsolidierten Nachhaltigkeitsbericht einbezogen ist, der im Einklang mit den nach Artikel 29b der Richtlinie 2013/34/EU erlassenen Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung aufstellt und der Nachhaltigkeitsbericht außerdem geprüft und offengelegt wurde (§ 289b Abs. 3 HGB-E). Die vorgenannten Befreiungen finden gemäß § 289 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 HGB-E **keine Anwendung** auf große und (gleichzeitig) kapitalmarktorientierte Unternehmen. Außerdem sind die **formalen Vorschriften** des § 289b Abs. 4 HGB-E zu beachten, d.h. insbesondere sind in den Lagebericht der befreiten Gesellschaft Informationen zur Muttergesellschaft, die den befreienden Konzernlagebericht aufstellt, sowie zur Internetseite, auf der der Konzernlagebericht samt Prüfungsvermerk abrufbar ist, aufzunehmen.
- 7.29 Entsprechend zu den Befreiungsmöglichkeiten gemäß § 289b Abs. 2 Satz 1 HGB-E auf Ebene des Einzelunternehmens sieht der Referentenentwurf zur Umsetzung der CSRD auch für den **Konzernlagebericht Befreiungen** vor. Nach § 315b Abs. 2 Satz 1 HGB-E ist ein Mutterunternehmen von der Pflicht zur Erweiterung des Konzernlageberichts um einen Konzernnachhaltigkeitsbericht befreit, wenn ihrerseits das Mutterunternehmen – **mit EU/EWR-Sitz** – das zu befreiende Mutterunternehmen (und dessen Tochterunternehmen) in den im Einklang mit den Vorgaben der EU-Bilanzrichtlinie (EU 2013/34/EU) aufgestellten Konzernlagebericht einbezogen hat und der Konzernlagebericht um einen Konzernnachhaltigkeitsbericht erweitert wird. § 315b Abs. 3 Satz 1 HGB-E regelt die Befreiung von Mutterunternehmen mit Sitz des ihres Mutterunternehmens **außerhalb der EU/EWR**. Voraussetzung ist, dass das Mutterunternehmen (und dessen Tochterunternehmen⁶¹) in einen konsolidierten Nachhaltigkeitsbericht einbezogen ist, der im Einklang mit den nach Artikel 29b der Richtlinie 2013/34/EU erlassenen Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung aufstellt und der Nachhaltigkeitsbericht außerdem geprüft und offengelegt wurde. Zusätzlich sind auch hier die formalen Vorgaben des 315b Abs. 4 HGB-E beachten.

58 *Mock* in Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 3. Aufl. 2022, § 289b HGB Rz. 49; *Hommelhoff* in Staub, Handelsgesetzbuch Großkommentar, 6. Aufl. 2021, § 289b HGB Rz. 11; *Böcking/Gros/Wirth* in EBJs, 4. Aufl. 2020, § 289b HGB Rz. 19.

59 *Störk/Schäfer/Schönberger* in Beck Bil-Komm, 13. Aufl. 2022, § 289b HGB Rz. 32; *Böcking/Gros/Wirth* in EBJs, 4. Aufl. 2020, § 289b HGB Rz. 19.

60 *Kleindiek* in BeckOGK HGB, Stand 1.11.2023, § 289b Rz. 112; *Störk/Schäfer/Schönberger* in Beck'scher Bilanzkommentar, 13. Aufl. 2022, § 289b HGB Rz. 33.

61 Jedenfalls dem Wortlaut nach eindeutig ist in § 315b Abs. 2 S. 1 Nr. 2 HGB-E und § 315b Abs. 2 S. 1 Nr. 2 HGB-E geregelt, dass für eine Befreiung von oben – zumeist durch das oberste Mutterunternehmen – auch [alle] Tochterunternehmen entlang der Kette einzubeziehen sind. Kritisch zur entsprechenden Vorgabe aus Art. 19a Abs. 9, Art. 29a Abs. 8 Bilanz-RL *Lanfermann/Baumüller*, Der Konzern 2023, 352 (353).



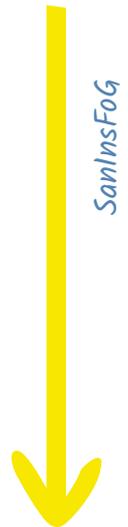
verschafft eine auf den Verwertungszeitpunkt bezogene *limitation language* insbesondere dem Geschäftsführer der GmbH aber eine zusätzliche Verteidigungslinie für den Fall der späteren Inanspruchnahme der Sicherheit¹²⁶. Im Übrigen ist zu beachten, dass vertragliche Verwertungsbeschränkungen unabhängig von ihrer Relevanz für die Einhaltung des § 30 Abs. 1 GmbHG im Hinblick auf nachlaufende Beobachtungs- und Reaktionspflichten des Geschäftsführers (s. Rz. 12.53) relevant sind¹²⁷.

- 12.79 In der Praxis wird im **Beherrschungsvertrag** teilweise ein Allheilmittel gegen rechtliche Risiken im Zusammenhang mit der Gewährung von Upstream-Sicherheiten gesehen. Diese Sichtweise ist zumindest zweifelhaft. Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Upstream-Sicherheiten kommt es beim Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag zwar nicht auf das Vorliegen einer Unterbilanz und die Beurteilung der Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs an, wohl aber auf die Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs (s. hierzu bereits Rz. 12.62 f.) an.

2. Die liquiditätsbezogene Ausschüttungssperre des § 15b Abs. 5 InsO, Verbot des existenzvernichtenden Eingriffs

a) Überblick

- 12.80 Mit Einführung des § 64 Satz 3 GmbHG a.F. (für die AG § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG a.F.) durch das MoMiG mit Wirkung zum 1.11.2008 wurde der gesellschaftsrechtliche Vermögensschutz um einen **kodifizierten Liquiditätsschutz** für die GmbH (und die AG) ergänzt, da sich gezeigt hatte, dass ein rein bilanzielles Schutzkonzept, das die Liquidität des Vermögens unberücksichtigt lässt, den effektiven Schutz der Gesellschaft und mittelbar ihrer Gläubiger nur unzureichend gewährleisten kann. Durch das am 1.1.2021 in Kraft getretene SanInsFoG¹²⁸ wurden diese bis dahin in unterschiedlichen Gesetzen¹²⁹ geregelten Zahlungsverbote in dem rechtsformneutralen § 15b InsO zusammengefasst. Die Norm sieht ein ausdifferenziertes Schutzsystem vor, nach dem Zahlungs- und Ausschüttungsverbote zu unterschiedlichen Zeitpunkten eingreifen. Nach § 15b Abs. 5 InsO dürfen bereits vor dem Stadium der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens keine Zahlungen an Gesellschafter geleistet werden, die zur Zahlungsunfähigkeit der juristischen Person führen mussten. Durch diese liquiditätsbezogene Ausschüttungssperre soll das Insolvenzrisiko verringert, der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verhindert und somit die Gläubiger des Unternehmens geschützt werden¹³⁰. Tritt das Unternehmen in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein, verbietet § 15b Abs. 1 InsO dem Geschäftsführer für das Unternehmen weitere Zahlungen zu tätigen, soweit diese Zahlungen nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Hierdurch soll eine gleichmäßige, den Rängen entsprechende Gläubigerbefriedigung gewährleistet werden¹³¹. Ob es sich auch bei § 15b InsO um einen insolvenzrechtlichen Erstattungsanspruch eigener Art handelt¹³² oder um einen Schadensersatzanspruch¹³³, ist in der Literatur umstritten, kann aber letztlich dahinstehen, da



126 Zur Sinnhaftigkeit vertraglicher Verwertungsbeschränkungen auch *Séché/Theusinger*, BB 2017, 1550 (1554).

127 Zu Einzelheiten vgl. *Kiefner/Bochum*, NZG 2017, 1292 (1303); *Séché/Theusinger*, BB 2017, 1550 (1554); zu weiteren Fragen der *limitation language* vgl. auch *Heermal/Bergmann*, ZIP 2017, 1261 (1263).

128 Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) v. 22.12.2020, BGBl. I 2020, 3256.

129 S. außer § 64 Satz 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG auch § 130a Abs. 1, § 177a HGB, § 99 GenG, jeweils a.F.

130 So etwa *Bork/Kebekus* in Kübler/Prütting/Bork/Jacoby, KPB – Kommentar zur InsO, 98. Lieferung 12.2023, § 15b InsO Rz. 91.

131 So etwa *H. F. Müller*, GmbHR 2021, 737 (737).

132 *Bork/Kebekus* in Kübler/Prütting/Bork/Jacoby, KPB – Kommentar zur InsO, 98. Lieferung 12.2023, § 15b InsO Rz. 5, 69; *Kleindieck* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 15b InsO Rz. 5; *Spliedi* in K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Restrukturierung und Insolvenz, 6. Aufl. 2023, Rz. 35.179; BeckOK InsO/Wolfer, Stand 15.10.2023, § 15b InsO Rz. 27.

133 *Altmeyen*, ZIP 2023, 721 (722); *Fiedler*, ZIP 2020, 2112 (2113) zu § 64 GmbHG a.F.

der Gesetzgeber in der Regierungsbegründung zum SanInsFoG beide Ansätze zu einem einheitlichen Ansatz verbunden hat¹³⁴. Die Norm gilt auch im Vertragskonzern¹³⁵.

Das Zahlungsverbot des § 15b Abs. 5 InsO ist nicht auf Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen beschränkt, sondern erfasst alle Zahlungen an Gesellschafter, die die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen mussten und auch tatsächlich herbeigeführt haben. Bei einem konzernweiten Cash Management System stellen sich unterschiedliche Fragen in Bezug auf die Reichweite des **Verbots existenzvernichtender Auszahlungen nach § 15b Abs. 5 InsO**, die sich so auch schon zu § 64 Satz 3 GmbHG a.F. und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG a.F. gestellt haben. Durch die Neuregelung des Zahlungsverbot in § 15b Abs. 5 InsO sollte die bis dahin bestehende Rechtslage nicht verändert werden¹³⁶. Der Begriff der Zahlung ist somit – wie auch in Abs. 1 der Norm¹³⁷ – weiterhin weit auszulegen¹³⁸. Die insbesondere im Rahmen des § 64 Satz 3 GmbHG entwickelte Rechtsprechung zum Zahlungsbegriff findet weiterhin Anwendung¹³⁹. Folglich fallen nicht nur Geldleistungen, sondern alle vergleichbaren Leistungen, die sich negativ auf das Gesellschaftsvermögen auswirken, unter den Zahlungsbegriff¹⁴⁰. Gesellschafter im Sinne der Vorschrift sind auch solche Zahlungsempfänger, deren Stellung wirtschaftlich einem Gesellschafter entspricht¹⁴¹. Davon ist jedenfalls dann auszugehen, wenn – wie beim Cash Pooling – die Zahlung an verbundene Gesellschaften, beispielsweise eine Schwestergesellschaft, im Interesse oder auf Veranlassung des Gesellschafters erfolgt¹⁴².

Das Pendant der Geschäftsleiterhaftung aus § 15b Abs. 5 InsO ist die **Haftung des Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs**, die nach einer rechtsdogmatischen Odyssee nunmehr auf § 826 BGB gestützt wird¹⁴³. In der sogenannten Trihotel-Entscheidung des BGH¹⁴⁴ etablierte der Gerichtshof die Existenzgefährdungshaftung als Unterfall des § 826 BGB¹⁴⁵. Anknüpfungspunkt ist seit der Entscheidung nicht mehr der Missbrauch der Rechtsform als eigenständige Haftungsfigur, sondern die vorsätzliche, missbräuchliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens¹⁴⁶. Die Anspruchsberechtigung liegt aufgrund der so begründeten schadensrechtlichen Innenhaftung bei der Gesellschaft und nicht mehr bei den Gläubigern, deren Schutz hierdurch allerdings nicht geschmälert wird¹⁴⁷. Durch die Transition hin zu deliktischer Innenhaftung sollten unangemessene Härten, die durch die Durchgriffshaftung der Gläubiger entstehen konnten, verhindert werden¹⁴⁸. Im Zweifel wird man davon ausgehen können, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 15b Abs. 5 InsO auch die Voraussetzungen für eine Haftung des Gesellschafters nach § 826 BGB gegeben sind.

134 Begr. RegE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, 195; im Ansatz begrüßend *Bitter*, GmbHR 2022, 57 (66).

135 S. nur *Kleindieck* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 15b InsO Rz. 34.

136 Begr. RegE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, 196; *Graf-Schlicker* in Bremen, 6. Aufl. 2022, § 15b InsO Rz. 22; BeckOK InsO/*Wolfer*, Stand 15.10.2023, § 15b InsO Rz. 37.

137 Begr. RegE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, 194; BeckOK InsO/*Wolfer*, Stand 15.10.2023, § 15b InsO Rz. 11.

138 *Bork/Kebekus* in Kübler/Prütting/Bork/Jacoby, KPB – Kommentar zur InsO, 98. Lieferung 12.2023, § 15b InsO Rz. 95; *Kleindieck* in Kayser/Thole, 11. Aufl. 2023, § 15b InsO Rz. 13, 129; zu § 64 GmbHG a.F. Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, 46.

139 Begr. RegE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, 194.

140 Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, 6.

141 *Bork/Kebekus* in Kübler/Prütting/Bork/Jacoby, KPB – Kommentar zur InsO, 98. Lieferung 12.2023, § 15b InsO Rz. 96; *Knof*, DStR 2007, 1536 (1539); *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681 (685).

142 *Kleindieck* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 15b InsO Rz. 34.

143 BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 – Trihotel, NJW 2007, 2689; BGH v. 28.4.2008 – ZR II 264/06 – Gamma, BGHZ 176, 204 ff.

144 BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 – Trihotel, NJW 2007, 2689.

145 Ausführlicher zu den Umständen und Folgen der Entscheidung und m.w.N. *Altmeppen*, 11. Aufl. 2023, § 13 GmbHG Rz. 76 ff.

146 BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 – Trihotel, NJW 2007, 2689 Rz. 17; *Heckschen* in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2022, § 4 Rz. 935.

147 BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 – Trihotel, NJW 2007, 2689 Rz. 28 lit. b, 33 lit. f.; *Berger-Knecht*, Strafrechtliche Risiken durch Cash-Pooling, S. 204.

148 *Altmeppen*, 11. Aufl. 2023, § 13 GmbHG Rz. 81; *Koch*, 17. Aufl. 2023, § 1 AktG Rz. 25.

Betrachtungsweise gilt auch für die **Zuordnung von Aufwendungen**. So sind z.B. Schuldzinsen für ein Darlehen zum Erwerb einer Beteiligung ebenso als aktiv zu qualifizieren, da sie mit aktiven Gewinnausschüttungen i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen¹³⁴.

ATAD UmsG
berücksichtigt

Sind die Voraussetzungen für die Hinzurechnungsbesteuerung erfüllt, werden die **passiven niedrig besteuerten Einkünfte** der ausländischen Zwischenholding dem deutschen Anteilseigner entsprechend seiner Beteiligungsquote oder in Höhe der Gewinnbeteiligung an der ausländischen Gesellschaft, sofern abweichend von der Beteiligungsquote, hinzugerechnet (§ 7 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 AStG). Dies gilt auch für mögliche passive niedrig besteuerte Einkünfte von ausländischen Tochtergesellschaften der ausländischen Zwischenholding. Allerdings wurde das Konzept der hinzurechnenden Übertragung (§ 14 AStG a.F.) im Zuge des ATAD-Umsetzungsgesetzes aufgegeben, wodurch mittelbare Beteiligungen dem inländischen Steuerpflichtigen direkt hinzuzurechnen sind. Da durch die ATAD die Hinzurechnungsbesteuerung in allen EU-Ländern in ähnlicher Form eingeführt wurde, sieht § 7 Abs. 1 Satz 2 AStG zur Vermeidung von Mehrfachbelastungen vor, dass eine Berücksichtigung mittelbarer Beteiligungen unterbleibt, sofern diese bereits einer vergleichbaren ausländischen Hinzurechnungsbesteuerung unterlegen haben und hierdurch die Niedrigbesteuerung i.S.d. § 8 Abs. 5 AStG beseitigt wurde¹³⁵. Eine steuerliche Konsolidierung wie noch unter der übertragenden Hinzurechnung, bei der auf Ebene der Obergesellschaft positive und negative niedrig besteuerte passive Einkünfte aller Gesellschaften ausgeglichen werden konnten, ist nicht mehr möglich.

16.108

Der Hinzurechnungsbetrag unterliegt beim unbeschränkt Steuerpflichtigen der **Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer**. Die im Ausland entrichteten Steuern können dabei vom Hinzurechnungsbetrag abgezogen oder auf die deutsche Einkommen- oder Körperschaftsteuer, die auf den Hinzurechnungsbetrag entfällt, angerechnet werden (§ 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 AStG). Mit Urteil vom 11.3.2015 hatte der BFH entschieden, dass der Hinzurechnungsbetrag bei der **Gewerbsteuer** nach § 9 Nr. 3 Satz 1 GewStG als ausländischer Betriebstättengewinn zu kürzen ist und damit effektiv nicht der Gewerbesteuer unterliegt¹³⁶. Die Finanzverwaltung hat das Urteil mit einem Nichtanwendungserlass belegt¹³⁷. In der Folge wurde das Gesetz in § 7 Satz 7 und § 9 Nr. 3 Satz 1 GewStG geändert und die Kürzung entsprechend ausgeschlossen. Noch nicht entschieden ist jedoch, ob der Hinzurechnungsbetrag als ausländische Dividende nach § 9 Nr. 7 GewStG zu kürzen sein könnte¹³⁸. Mit den Änderungen durch das ATADUmsG schließt der Gesetzgeber die Anwendung des § 9 Nr. 7 GewStG allerdings aus (§ 10 Abs. 2 Satz 4 AStG in der Form des ATADUmsG), weshalb der Hinzurechnungsbetrag nach Auffassung des Gesetzgebers auch künftig der Gewerbesteuer unterliegen wird und es sich bei der gesetzlichen Änderung lediglich um eine Klarstellung handelt und der Hinzurechnungsbetrag wie bisher auch der Gewerbesteuer¹³⁹ unterfällt¹⁴⁰.

16.109

c) Nachweis einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit

Dem Steuerpflichtigen steht jedoch die Möglichkeit offen, bei ausländischen Gesellschaften mit Sitz oder Ort der Geschäftsleitung in einem EU- bzw. EWR-Staat, den **Nachweis** zu erbringen, dass die Gesellschaft in diesem Staat einer **wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit** nachgeht mit der Folge, dass die Hinzurechnungsbesteuerung insoweit unterbleibt (§ 8 Abs. 2 Satz 1 AStG). Dies gilt jedoch nicht für zuzurechnende Zwischeneinkünfte einer nachgeordneten Zwischengesellschaft mit Sitz und Ort der Geschäftsleitung außerhalb der EU bzw. des EWR (§ 8 Abs. 3 AStG). Die Beschränkung auf

16.110

134 Vgl. BMF-Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4-S 1340-11/04, BStBl. I Sondernr. 1, 3, Tz. 8.1.8.

135 Vgl. *Vogt* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 7 AStG, Rz. 93.

136 Vgl. BFH v. 11.3.2015 – I R 10/14, IStR 2015, 444.

137 Vgl. Oberste Finanzbehörde der Länder, GLE v. 14.12.2015, IStR 2016, 215.

138 Vgl. *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2019, 81 (85).

139 Die im Referentenentwurf des Mindestbesteuerungsrichtlinie-Umsetzungsgesetzes angedachte Streichung der Gewerbesteuerpflicht von Hinzurechnungsbeträgen ist mit dem Regierungsentwurf verworfen wurden.

140 Vgl. ATADUmsG, BT-Drucks. 19/28652, 58.