

Abhandlungen

Simone Hartmann und Christian Zwirner¹

Bedeutung und Preis der Ingerenzverpflichtung – Bewertungsfragen und Handlungsempfehlungen im Zusammenhang mit Beteiligungen des Bundes

Anteilseigner; Beteiligungsgesellschaften; EuGH; Gesellschaftsvertrag; Ingerenzverpflichtung; Konzernrecht; Satzung

Einleitend erläutern die Verfasser die gesellschafts- und europarechtlichen Probleme der Thematik. In einem ersten Hauptteil werden die verschiedenen Möglichkeiten zur Einflussnahme durch die staatlichen Anteilseigner in GmbH und AG aufgezeigt. Im zweiten Hauptteil beschäftigt sich der Beitrag mit der Frage der Bewertung der Ingerenzpflicht und der hierzu vorhandenen Instrumente. Schließlich geben die Autoren Handlungsempfehlungen für staatliche Anteilseigner.

I. Problemstellung: Ingerenzverpflichtung und Interessenkollision

Der Staat hat als Anteilseigner verschiedene Möglichkeiten, auf seine Beteiligungsgesellschaften, die in Privatrechtsform (i. d. R. AG, GmbH) geführt werden, Einfluss zu nehmen (Ingerenz). Aufgrund des Gebotes der demokratischen Legitimation des staatlichen Handelns, der im Rechtsstaatsprinzip verankerten Bindung an die Zuständigkeit der handelnden Körperschaft und der Gemeinwohlbindung der öffentlichen Hand besteht in Deutschland die Verpflichtung, dass der Staat als Anteilseigner bei diesen Gesellschaften seiner Einwirkungsverpflichtung (Ingerenzverpflichtung) tatsächlich nachkommt (Hartmann/Zwirner 2013 a, S. 155ff.; Traut 2013, S. 11 m. w. N.). Die Beteiligungsgesellschaften, die zu den öffentlichen Unternehmen zählen (Precht/Wittmann/Hartmann 2013, S. 943ff.), sollen – nicht immer ausschließlich, aber zumindest auch – dem öffentlichen Interesse dienen. Diese Forderung des *einfachen Rechts* wird komplex, sofern unter dem „öffentlichen Unternehmen“ eine Gesellschaft mit Beteiligung der öffentlichen Hand, hier des Bundes, verstanden wird. Nicht zuletzt ist in solchen Fällen zu klären, was in diesem Zusammenhang unter „*öffentlichem Interesse*“ zu verstehen ist. Hierunter können sowohl Gemeinwohlinteressen, die der Daseinsvorsorge dienen, als auch berechnete Gewinninteressen verstanden werden. Im Hinblick auf die Haushaltslage ist sogar dafür zu plä-

¹ Die Autoren geben an dieser Stelle ihre jeweils eigene Auffassung wieder.

dieren, dass die öffentliche Hand auch Gewinn- und somit Marktinteressen verfolgt, um ihren eigenen Haushalt und damit auch den Steuerzahler zu entlasten. Ein Beispiel hierfür findet sich in der Satzung der Stadtwerke Bonn, die vorsieht, dass die Gesellschaft marktorientiert zu führen ist und in diesem Zusammenhang auch von einem Jahresgewinn „spricht“ (vgl. § 21 Abs. 1 der Satzung der Stadtwerke Bonn). Voraussetzung für die Beteiligung des Bundes ist, dass die Leistung, die durch die Kapitalgesellschaft in der Rechtsform des privaten Rechts (AG, GmbH) erbracht wird, nicht zu den Kernaufgaben der öffentlichen Hand gehört. Sofern an diesen Gesellschaften neben der öffentlichen Hand auch private Dritte beteiligt sind, werden diese entsprechende Renditeerwartungen haben. Zudem ist davon auszugehen, dass alle Gesellschafter die gleichen Interessen verfolgen. Anderenfalls würden sie sich nicht in einer Gesellschaft zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen. Allein in diesen Konstellationen zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen betriebswirtschaftlichen Gewinnmaximierungsprinzipien und staatlichen Gemeinwohlinteressen.

Die Ingerenzverpflichtung ist jedoch nicht nur eine Verpflichtung des einfachen Rechts, sondern stellt nach hiesiger Auffassung auch eine Verpflichtung nach dem *Verfassungsrecht* dar, welches im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Betätigung des Staates Vorrang vor dessen Geschäftsfreiheit hat. Danach genießt der Staat als öffentlicher Auftraggeber keine vergleichbar umfassende Vertragsfreiheit, wie sie für Privatrechtssubjekte gilt. Dies folgt aus der Grundrechtsbindung des Staates und ist maßgebend für alle öffentlichen Auftraggeber, auch innerhalb einer Auftraggeberkette. Dieser Grundrechtsbindung und damit den verfassungsrechtlichen Schranken kann sich der Staat auch nicht durch privatrechtliche Betätigung bzw. durch Gründung von Gesellschaften in privater Rechtsform entledigen. Selbst wenn dem Staat im Rahmen der Beschaffung über den Markt als öffentlichem Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB ein gewisser Handlungsspielraum zuzuerkennen ist, kann er sich nicht dem Gleichheitsgrundsatz und dem Willkürverbot im Rahmen seiner Auftragsvergaben entziehen (Hartmann/Zwirner 2014 d, S. 144, 147). Somit können sich Grenzen der unternehmerischen Betätigung sowohl aus dem einfachen Recht wie aus dem Verfassungsrecht ergeben. Im Grundgesetz ist nicht ausdrücklich geregelt, ob und in welchem Umfang sich der Staat wirtschaftlich betätigen darf.

Darüber hinaus trifft das Grundgesetz über die Grundrechte hinaus an weiteren Stellen Regelungen über privatrechtlich organisierte wirtschaftliche Unternehmen des Bundes (Art. 87 e Abs. 3 GG, Art. 87 f Abs. 2 GG). Des Weiteren sieht es in Art. 15 GG die Möglichkeit der Vergesellschaftung von Produktionsmitteln per Gesetz vor. Im Ergebnis wird daraus gefolgert, dass das Verfassungsrecht wirtschaftspolitisch neutral ist und der wirtschaftlichen Betätigung des Staates zwar nicht entgegensteht (Badura, 1982, S. 448, 459), ihm jedoch hinsichtlich seiner Betätigung in privatrechtlichen Organisationsformen Schranken auferlegt. Somit erfolgt der Schutz privater Wirtschaftsteilnehmer vor unzulässiger Konkurrenz des Staates auf der verfassungsrechtlichen Ebene nicht nur durch die Grundrechte (Art. 12, 14 GG), sondern auch über spezielle Regelungen für erwerbswirtschaftlich ausgerichtete öffentliche Unternehmen.

Darüber hinaus darf im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) die erwerbswirtschaftlich ausgerichtete Tätigkeit nicht allein der Gewinnerzielung, sondern muss auch dem öffentlichen Interesse dienen (siehe nachfolgende Ausführungen). Hierauf hat der Staat im Rahmen seiner Ingerenzverpflichtung einen entsprechenden Einfluss bei der Ausge-

staltung der Satzung zu nehmen. Als „Unternehmensgegenstand“ sind demnach die beiden o. g. Ziele in der Satzung zu berücksichtigen.

Nach § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO hat sich der Bund einen angemessenen Einfluss auf die Gesellschaft in privater Rechtsform zu sichern, an der er beteiligt ist. Die Bundeshauhaltsordnung enthält jedoch keine Regelungen über die Ausgestaltung des Inhaltes dieser Einwirkung. Sie besagt lediglich, dass der Bund seinen Einfluss über den Aufsichtsrat oder ein anderes Überwachungsorgan ausüben hat. Die inhaltliche *Ausgestaltung* der Ingerenz erfolgt hingegen im *PCGK (Public Corporate Governance Kodex) des Bundes* mit den entsprechenden Hinweisen auf den Unternehmensgegenstand und den Gesellschaftszweck unter der Präambel (Ziff. 1 Abs. 3) sowie unter Ziff. 2.1 (Anteilseigner), Ziff. 2.2 (Anteilseignerversammlung) und Ziff. 4.1.1 (Aufgaben und Zuständigkeiten der Geschäftsleitung). Damit ist sie Teil der Public Governance und damit einer angemessenen Unternehmensführung.

Bereits an dieser Stelle wird die Abgrenzung zu rein privat geführten Unternehmen deutlich: Während rein privat geführte Kapitalgesellschaften i. d. R. vor allem nur ein Interesse, nämlich das Gewinninteresse, verfolgen, haben Unternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand mehrere Interessen: neben das (i. d. R. untergeordnete) Gewinninteresse tritt das Gemeinwohlinteresse (vorrangig öffentliches Interesse). Der vorgenannte Zieldualismus führt zu der Frage, wie diese beiden – sich bisweilen bzw. sogar regelmäßig konträr gegenüberstehenden – Ziele in Einklang gebracht werden können. Vor dem Hintergrund, dass die öffentliche Hand als Anteilseignerin auf die Gesellschaften, an denen sie beteiligt ist, in der Rechtsform des privaten Rechts eine Einwirkungsverpflichtung, die sog. Ingerenzverpflichtung, hat, führt der vorstehend aufgeführte Konflikt zu folgenden zwei zentralen Fragestellungen:

- Auf welchen Wegen kann die öffentliche Hand ihrer Ingerenzverpflichtung nachkommen? (Hartmann/Zwirner 2013 a, S. 155ff.)
- Was ist der (angemessene) Preis der Ingerenz? (Hartmann/Zwirner 2013 b, S. 184ff.)

Die öffentliche Hand hat als Gesellschafterin maßgeblich ein öffentliches Interesse, welches i. d. R. dem Gemeinwohl dient und das sie in ihren Gesellschaften durchzusetzen hat (BVerfG v. 22. Februar 2011, NJW 2011, S. 1201). Soweit dieses öffentliche Interesse das grundsätzliche ökonomische Prinzip der Gewinnerzielung, respektive Gewinnmaximierung, tangiert oder gar konterkariert, stellt sich die Frage nach dem Umfang der damit verbundenen gewollten, oder zumindest in Kauf genommenen, Interessenkollision respektive Schädigung des Unternehmens. Neben gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen nach Umfang, Reichweite und Zulässigkeit solcher in der Natur der Gesellschafterinteressen liegenden Einflussfaktoren sind auch Fragen hinsichtlich der Bewertung derartiger Einflüsse zu beantworten.

Den Fortgang der hier vorgestellten Untersuchung veranschaulicht die folgende Abbildung.

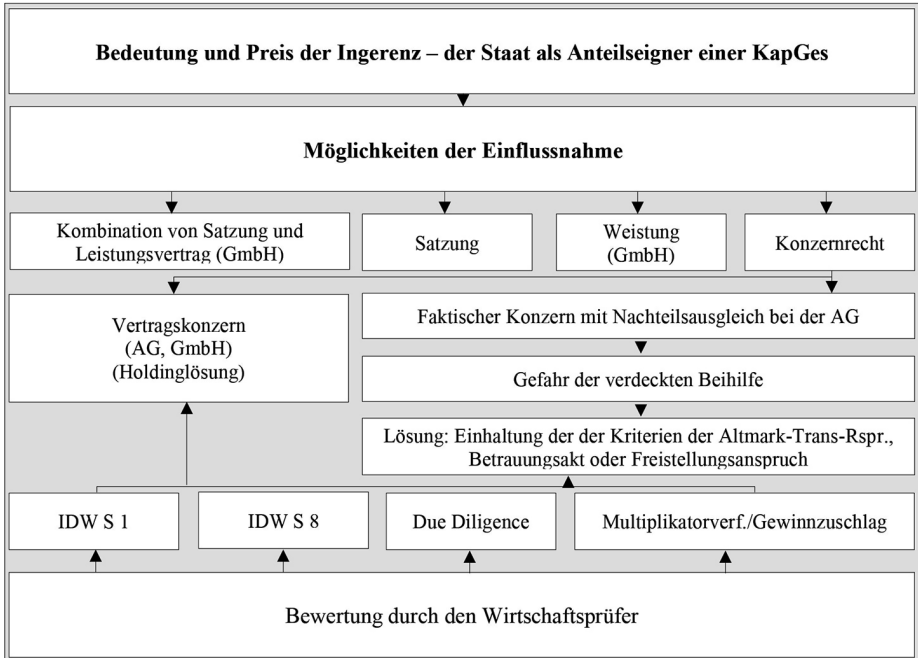


Abbildung 1: Visualisierter Duktus des Beitrages
 Quelle: Eigene Darstellung

II. Schädigender Einfluss auf die Gesellschaft durch Ingerenz?

Das Aktienrecht nennt mit § 117 AktG eine Regelung, wonach aus der Bindung der Anteilseigner an den Gesellschaftszweck das Verbot resultiert, ihren Einfluss zum Nachteil für die Gesellschaft auszuüben. Danach ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Die Norm steht somit im Zusammenhang mit der Treuepflicht der Aktionäre und bestätigt hierdurch deren Bindung an das Unternehmensinteresse (Traut 2013, S. 85).

Es gibt hierbei *keine* Ausnahmeregelung für die öffentliche Hand. Sie ist nicht vor der (drohenden) Inanspruchnahme nach § 117 AktG geschützt, weil das öffentliche Interesse keinen Vorrang vor der Vermeidung eines Schadens der Gesellschaft hat. Sind Unternehmensinteresse und öffentliches Interesse verschieden, so hat das Unternehmensinteresse Vorrang (Traut 2013, S. 85). Konkret bedeutet das, dass unabhängig von der Definition des öffentlichen Interesses dieses keinen gesetzlichen Vorrang hat und folglich hinter dem grundsätzlichen Unternehmensinteresse zurücktreten muss. So bleiben auch die Versuche, den Vorstand über den PCGK an das Gemeinwohlinteresse zu binden, problematisch (Hüffer/Koch, 11. Aufl., § 394 AktG, Rdn.

3). Hier gilt vielmehr wegen des Grundsatzes der objektiven und von der Aktionärsstruktur unabhängigen Auslegung der Satzung, dass bei der Bildung des Aktionärsinteresses die besonderen Interessen der öffentlichen Hand *nicht* berücksichtigt werden können (Traut 2013, S. 85 m. w. N.). Zudem würde eine Herausnahme der öffentlichen Hand aus den für herrschende Unternehmen geltenden Vorschriften den Schutz der Minderheitsgesellschafter in den von ihr tatsächlich abhängigen Unternehmen verschlechtern. Sofern die Voraussetzungen der Anfechtungsklage nach § 243 AktG nicht vorliegen, sind die Minderheiten darauf beschränkt, Ersatzansprüche nach § 117 AktG geltend zu machen (BGH v. 13. Oktober 1977, NJW 1978, S. 104ff.).

Ein Schaden i. S. d. § 117 AktG ist jede Vermögensminderung (Traut 2013, S. 85), einschließlich entgangener Gewinne (Hüffer/Koch, 11. Aufl., § 117 AktG, Rdn. 5). Danach folgt bereits aus § 117 Abs. 1 AktG, dass die öffentliche Hand nicht auf die alleinige Verfolgung öffentlicher Interessen drängen darf, wenn dies dem Unternehmensinteresse einer Kapitalgesellschaft, der Gewinnerzielung, zuwiderläuft. Sofern die Gesellschaft wirtschaftliche Nachteile erleidet, ist von der Verfolgung des öffentlichen Interesses abzusehen. Möglich ist jedoch, dass der Staat auf die Beachtung öffentlicher Interessen einwirkt, soweit damit im Rahmen des Shareholder-Value-Ansatzes den wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft gedient ist (Traut 2013, S. 85 f.). Zu beachten ist jedoch, dass der PCGK des Bundes stakeholder-orientiert ist, während der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) der für börsennotierte Unternehmen zur Anwendung gelangt und dem PCGK des Bundes als Vorbild diente, demgegenüber shareholdervalue-orientiert ist. Dieser Unterschied wird als wesentlich angesehen (Hartmann/Zwirner 2014 d, S. 144, 147 f.).

Im Folgenden werden Möglichkeiten der Einflussnahme des Staates als Anteilseigner auf seine Beteiligungsgesellschaften näher betrachtet (Kapitel III bis V) und Ansätze zur Bewertung der Ingerenz (Kapitel VI und VII) aufgezeigt.

III. Ingerenz durch Kombination von Satzung und schuldrechtlichem Vertrag

Die Verpflichtung zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe und deren Ausgestaltung kann u. a. mittels eines schuldrechtlichen Vertrages erfolgen, der die Leistungserbringung der Gesellschaft an den Gesellschafter (öffentliche Hand) regelt. Dieser Vertrag kann dem Staat einen erheblichen Einfluss auf die Art und Weise der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gewähren. Im gesellschaftsvertraglichen Regelwerk (Satzung, Gesellschaftsvertrag) sind die Ausrichtung der Gesellschaft und die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe zu nennen. Dies bedeutet i. d. R. jedoch auch, dass die Gesellschaft keine andere Aufgabe übernehmen darf oder sich dieses von der öffentlichen Hand genehmigen lassen muss, sofern sie dennoch ein Drittgeschäft (Übernahme von Aufgaben außerhalb der öffentlichen Auftrags Erfüllung) betreibt. Hierfür ist es jedoch notwendig, dass die öffentliche Hand als Anteilseignerin der Geschäftsleitung Weisungen erteilen darf. Sofern es sich bei der Gesellschaft um eine GmbH handelt, richten sich die Rechte gem. § 45 Abs. 1 GmbHG nach dem Gesellschaftsvertrag, sodass rechtlich eine Einwirkungs-

möglichkeit durch den Gesellschafter gegeben ist. Konkret bedeutet das, dass der Gesellschafter entsprechende Weisungen an die Gesellschaft erteilen müsste. Bei einer AG hingegen ist dies aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 76 Abs. 1 AktG ausgeschlossen. Danach hat der Vorstand das alleinige Recht, die Gesellschaft zu leiten und handelt gerade nicht weisungsgebunden.

Die Möglichkeit der Kombination von schuldrechtlichem Vertrag und Satzung ist damit nur bei der GmbH gegeben, weil lediglich hier der Gesellschafter entsprechende Weisungen an die Geschäftsführung erteilen kann.

IV. Ingerenz über die Gestaltung des gesellschaftsvertraglichen Regelwerkes

Zunächst ist es möglich, die Ingerenz über eine entsprechende Gestaltung des gesellschaftsvertraglichen Regelwerkes (Satzung) auszuüben. Zu beachten ist jedoch, dass die Satzung der AG der Satzungsstrenge des § 23 AktG unterliegt, von dem sie nur abweichen kann, wenn es ausdrücklich zugelassen ist (§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG). Ergänzende Bestimmungen in der Satzung sind nur zulässig, wenn das Gesetz keine abschließende Regelung enthält (§ 23 Abs. 5 S. 2 AktG). Im Gegensatz dazu unterliegt der Gesellschaftsvertrag der GmbH keiner vergleichbaren Satzungsstrenge. Hier sind die Gesellschafter in der Gestaltung frei. Der Unternehmensgegenstand, welcher an dieser Stelle im Fokus steht, ist in der Satzung der AG sowie im Gesellschaftsvertrag der GmbH jeweils eindeutig festzulegen.

Wird im gesellschaftsvertraglichen Regelwerk somit auch die Verfolgung öffentlicher Interessen zum Gegenstand gemacht, so ist eine Maßnahme nur dann nachteilig, wenn sie nicht dem in der Satzung oder dem im Gesellschaftsvertrag definierten *Unternehmensinteresse* entspricht.

Ist demnach die Verfolgung öffentlicher Interessen selbst Gesellschaftszweck, so legalisiert dieser die Einflussnahme der öffentlichen Hand. Damit wäre auch die Tatsache, dass private und öffentliche Anteilseigner in unterschiedlichem Maße von der Gesellschaft profitieren, vom gesellschaftsvertraglichen Regelwerk gedeckt. Die Interessen der privaten Anteilseigner, die sich im Zeitpunkt ihres Eintrittes in die Gesellschaft als Minderheitsgesellschafter diesem Regelwerk unterworfen haben, sind nicht verletzt. Insoweit verkehrt sich ihre Bindung an die Satzung, die üblicherweise die Minderheitsgesellschafter vor der Willkür der Mehrheitsgesellschafter schützen soll, zu einer Rechtfertigung des Handelns der öffentlichen Hand als Mehrheitsgesellschafter. Dies ist jedoch durch das freiwillige Unterwerfen der privaten Gesellschafter unter die Bestimmungen des gesellschaftsvertraglichen Regelwerkes zu rechtfertigen, was allerdings mit hinreichender Klarheit aus der Satzung hervorgehen muss. Es handelt sich hierbei um einen erheblichen Einschnitt in die Rechte der Minderheitsaktionäre, u. a. im Hinblick auf den zu erwartenden Ertrag aus dem Gesellschaftsanteil. Aus diesem Grund ist eine ganz andere Bestimmtheit des gesellschaftsrechtlichen Regelwerkes als bei einer bloßen Mehrheitsermächtigung zu fordern. Deshalb wird dringend empfohlen, bei Aufnahme von Gemeinwohlzielen in das gesellschaftsvertragliche Regelwerk eine ausreichend bestimmte Regelung in die Satzung bzw. in den Gesellschaftsvertrag einzubauen (Traut 2013, S. 88 m. w. N.).

Es kann jedoch nur dann von einer *freiwilligen Unterwerfung* der privaten (Minderheits-)Gesellschafter unter das gesellschaftsvertragliche Regelwerk gesprochen werden, wenn die *Bindung* der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages bereits bei deren *Eintritt* in die Gesellschaft *bestanden* hat. Die Gründung der Gesellschaft und die Änderung des gesellschaftsvertraglichen Regelwerkes sind solange unproblematisch, wie die öffentliche Hand Alleingesellschafterin ist. Die Situation ändert sich, sobald private Minderheiten beteiligt sind. Die Änderung des Gesellschaftszwecks stellt dann einen einschneidenden Eingriff in deren Rechte, insbesondere auch in den *Ertragswert* der Beteiligung, dar. Aus diesem Grunde ist die Änderung des Gesellschaftszweckes nur mit vorheriger *Zustimmung* auch der Minderheitsgesellschafter möglich (§ 33 Abs. 1 S. 2 BGB analog) (Traut 2013, S. 88; Hüffer/Koch, 11. Aufl., § 179 AktG, Rdn. 33).

V. Lösung durch das Konzernrecht?

Eine weitere Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gesellschaft hat der Bund als Anteilseigner mittels des Konzernrechts. Grundsätzlich sind hier zwei Lösungswege denkbar:

- der Vertragskonzern nach § 291 AktG und
- der faktische Konzern nach §§ 311ff. AktG.

1. Vertragskonzern gem. § 291 AktG

Vertragskonzerne unter Beteiligung einer abhängigen AG oder einer abhängigen GmbH sind in der Praxis weit verbreitet (Decher/Kiefner 2012 a, Rdn. 1). Bei Abschluss bzw. bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages zwischen der öffentlichen Hand und der (Beteiligungs-)Gesellschaft nach § 291 Abs. 1 S. 1 AktG gibt es kein Ingerenzproblem. In diesem Fall ist die Geschäftsleitung auch nachteiligen Weisungen des Bundes unterworfen (§ 308 Abs. 1 und 2 AktG). Die Norm des § 308 Abs. 1 S. 2 AktG erlaubt im Vertragskonzern die Erteilung nachteiliger Weisungen, sofern sie dem Konzerninteresse, insbesondere den Belangen des herrschenden Unternehmens, entsprechen. Das Konzerninteresse tritt damit deutlich neben das Unternehmensinteresse (Traut 2013, S. 94). Der Preis dafür ist die Verlustausgleichspflicht gem. § 302 Abs. 1 AktG. Nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 BHO ist diese jedoch nicht mit dem Gebot, bei Beteiligungen *Haftungsbegrenzungen* vorzusehen, vereinbar. Aus diesem Grunde sind Vertragskonzerne mit Beteiligung der öffentlichen Hand eher die Ausnahme.

Sieht das gesellschaftsvertragliche Regelwerk hingegen eine Befreiungsmöglichkeit von dem Gebot der Haftungsbegrenzung durch die Zustimmung der Verwaltung vor, ist nur dann von der Unwirksamkeit des Beherrschungsvertrages auszugehen, solange diese Zustimmung fehlt. Der Bund kann aber auf zulässige Weise ein *vergleichbares Ergebnis* erreichen, wenn er eine Holding-GmbH zwischenschaltet, die wiederum mit den nachgeordneten Gesellschaften Beherrschungsverträge abschließt. Auf diese Weise erhält der Bund einen hinreichenden Einfluss auf die Organe der Holding-GmbH, kann aber gleichzeitig die unmittelbare und unbegrenzte Verlustübernahmepflicht auf die Haftungsmasse der Holding-GmbH begrenzen (Weber-Rey/

Buckel 2013, S. 13 und 22). Infolgedessen ist der Bund selbst gegen die Verlustübernahmeverpflichtung abgesichert.

Beim Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages ist aus steuerrechtlicher Sicht (siehe §§ 14ff. KStG; § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG) die Einhaltung der Fünf-Jahresfrist zu beachten, wenn der Gewinnabführungsvertrag steuerrechtlich anerkannt werden soll. Weiterhin ist steuerrechtlich zu bedenken, dass der ganze Gewinn und damit der Höchstbetrag i. S. d. § 301 AktG an den Organträger abgeführt wird (Bahns 2012, Rdn. 38.12) bzw. der Jahresfehlbetrag nach § 302 AktG auszugleichen ist.

2. Faktischer Konzern gem. §§ 311ff. AktG

Der häufigste Fall der faktischen Konzernbildung ist der *Erwerb* einer Mehrheitsbeteiligung durch einen bereits anderweitig unternehmerisch tätigen Gesellschafter. Ein faktischer Konzern kann aber auch dadurch entstehen, dass ein Mehrheitsgesellschafter eine unternehmerische Beteiligung an einem anderen Unternehmen erwirbt und mit der *Erlangung* der konzernrechtlichen Unternehmenseigenschaft zu einem herrschenden Unternehmen wird (Decher/Kiefner 2012, Rdn. 2).

Seit dem Urteil des BGH aus dem Jahre 1977 (BGH v. 13. Oktober 1977, DB 1977, 2367; BGH v. 3. März 2008, ZIP 2008, 785ff.; Zwirner/Busch/Hartmann 2013, S. 198ff.) ist anerkannt, dass der Bund herrschendes Unternehmen i. S. d. § 17 AktG sein und somit auch einen Konzern gem. §§ 15ff. AktG bilden kann. Nach § 17 Abs. 2 AktG besteht bei einer mehrheitlichen Beteiligung einer Gebietskörperschaft (hier: Bund) an einem Unternehmen die Vermutung, dass dieses Unternehmen von der Gebietskörperschaft abhängig ist. Aus diesem Grunde ist auch ein Abhängigkeitsbericht gem. § 312 AktG zu erstellen. Dieser ist gem. § 313 AktG durch einen Abschlussprüfer zu prüfen. Nach der Regelung in § 18 Abs. 1 S. 1 AktG bilden die Gebietskörperschaft und das bzw. die abhängige(n) Unternehmen einen Konzern, sofern sie unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Nach § 18 Abs. 1 S. 3 AktG wird zudem von einem abhängigen Unternehmen vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Der Anwendungsbereich des § 311 AktG ist somit gegeben.

Im faktischen Konzern wäre demzufolge eine Einwirkung im Sinne der Ingerenzverpflichtung der öffentlichen Hand auf das Unternehmen möglich, ohne dass das Haushaltsrecht diesem entgegensteht. Hierbei ist jedoch zwischen der AG und der GmbH zu differenzieren. Während bei der AG (ebenso bei der KGaA) eine Ausgleichszahlung gem. § 311 AktG für einen *Nachteilsausgleich* durch einen punktuellen und (gewinn-)schädigenden Eingriff aufgrund der Durchsetzung öffentlicher Interessen rechtmäßig ist, bleiben nachteilige Einzelmaßnahmen dem Bund als herrschendem Unternehmen bei der GmbH auch dann *verboten*, wenn er einen Nachteilsausgleich leistet. Eine analoge Anwendung des § 311 AktG wird vom BGH und der herrschenden Lehre für das GmbH-Recht abgelehnt. Stimmen der nachteiligen Konzernleitungsmaßnahme nicht alle Gesellschafter der GmbH zu, so hat sie – auch im Falle eines Nachteilsausgleiches – zu unterbleiben (Decher/Kiefner 2012, Rdn. 18 m. w. N.; BGH v. 16. September 1985, BGHZ 95, 340; BGH v. 17. September 2001, BGHZ 149, 10ff.; BGH v. 5. Juni 1975, BGHZ 65, 18;

Zöllner/Beurskens 2013, Rdn. 77). Aufgrund der Leistung des Nachteilsausgleiches bei der AG (und der KGaA) durch das herrschende Unternehmen (öffentliche Hand) ist es möglich, diesen Eingriff der öffentlichen Hand zu legalisieren. Denn § 311 Abs. 1 AktG erlaubt eine schädigende Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen, soweit es die Nachteile ausgleicht (Traut 2013, S. 91 m. w. N.; Hüffer/Koch, 11. Aufl., § 311 AktG, Rdn. 4). Sofern jedoch kein Nachteil für die abhängige Gesellschaft durch die Ingerenz entstanden ist und somit kein Nachteil auszugleichen ist, zeigen die §§ 311 ff. AktG auch, dass im faktischen Konzern Einflussnahmen im *Konzerninteresse* möglich sind. Deren Zulässigkeit bleibt von den Vorteilen des herrschenden Unternehmens (der öffentlichen Hand) unberührt. Die Definition des „Konzerninteresses“ bleibt jedoch dem herrschenden Unternehmen überlassen (Traut 2013, S. 95ff. m. w. N.).

VI. Bewertung der Ingerenzverpflichtung

1. Unterschiede bei AG und GmbH

Die Zahlung eines *Preises für die Ingerenzverpflichtung* des Bundes als herrschendes Unternehmen kann im Falle eines (gewinn-)schädigenden Einflusses mit der Verpflichtung zum anschließenden Nachteilsausgleich nach § 311 AktG begründet werden. Nachteilige Eingriffe sind bei der GmbH – auch im Falle der Zahlung eines Nachteilsausgleiches – i. d. R. nicht möglich, es sei denn, alle Gesellschafter stimmen der nachteiligen Maßnahme zu. In diesem Zusammenhang ist zudem das gesetzliche Stimmverbot des herrschenden Gesellschafters gem. § 47 Abs. 4 GmbHG (für die AG gleichlautend § 136 AktG) zu beachten. Dies kann jedoch nicht dazu führen, dass es keine Ingerenzverpflichtung bei der GmbH gibt, sondern nur dazu, dass diese nicht über einen Nachteilsausgleich bewertet werden kann, weil nachteilige Einflüsse bei der GmbH grundsätzlich ausgeschlossen sind. In Betracht kommen stattdessen die Ausgestaltung der Einflussnahme über den Gesellschaftsvertrag oder die Einflussnahme der Gesellschafter auf die Gesellschaft mittels eines Beschlusses, gesetzlicher Bestimmungen zu den Aufgaben der Gesellschafter etc. oder unter bestimmten Voraussetzungen (Zwischenschaltung einer Holding) die Ausgestaltung eines Vertragskonzerns. Aus diesem Grunde wird im Folgenden die Bewertung der Ingerenz bei der AG separat von der Bewertung bei der GmbH betrachtet. Die Einwirkungspflicht des Staates auf seine Gesellschaft bleibt davon unberührt. Diese Pflicht besteht im Falle der AG ebenso wie bei der GmbH.

2. Der Preis der Ingerenzverpflichtung bei der AG

a) Voraussetzungen

Bei der AG *kann* der Preis der Ingerenzverpflichtung des Bundes über § 311 AktG und damit über die Regelung des Nachteilsausgleichs bestimmt werden, denn der Preis der durch § 311 Abs. 1 AktG erteilten Erlaubnis, einen entsprechenden punktuellen Einfluss auf die Führung

des abhängigen Unternehmens zu nehmen, ist die Verpflichtung zum Ausgleich damit einhergehender Nachteile. In diesem Sinne muss die Erfüllung öffentlicher Zwecke als tatbestandsmäßiger Nachteil angesehen werden (Traut 2013, S. 100ff.). Darüber hinaus muss der Nachteil durch das herrschende Unternehmen, hier den Bund, veranlasst worden sein. Durch die Veranlassung des Nachteils dürfen die Pflichten des Vorstandes und des Aufsichtsrates nach §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 sowie 317 f. AktG nicht verletzt werden, da in diesem Zusammenhang die angesprochenen Organe einer Haftung unterliegen. Zudem sind *europarechtliche Zweifel* angebracht. Es ist zu vermuten, dass der Nachteilsausgleich künftig als Beihilfe und damit als staatliche Subvention gegenüber der abhängigen Gesellschaft angesehen werden könnte (Traut 2013, S. 106). Der Beihilfebegriff in Art. 107 Abs. 1 AEUV ist weit gefasst und umfasst, vereinfachend ausgedrückt, sämtliche staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahmen gleich welcher Art, sofern sie eine begünstigende Wirkung für die Gesellschaft haben (Hartmann/Zwirner 2014 a, S. 61ff; 2014 b S. 165ff.; siehe ausführlich hier unter Kap. 3). Diese Maßnahmen sind immer dann kritisch zu würdigen, wenn durch sie der Wettbewerb verfälscht wird oder droht, verfälscht zu werden. Danach fallen staatliche Mittel unter den Begriff der Beihilfe, wenn sie der staatlichen Kontrolle unterliegen und damit dem Staat zur Verfügung stehen oder die Mittelverwendung durch das öffentliche Unternehmen dem Staat zurechenbar ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Verwendung der staatlichen Mittel das Ergebnis einer konkreten Einflussnahme der öffentlichen Hand ist. Unter einem öffentlichen Unternehmen werden nach Art. 2 Satz 1 lit. b) der Transparenzrichtlinie solche Unternehmen verstanden, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentum, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, welche die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

Insbesondere die Möglichkeit, dass der Nachteilsausgleich als staatliche Beihilfe gewertet werden kann, soll im Folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

b) Europarecht: Nachteilsausgleich als staatliche Beihilfe?

Das *Europarecht* kann die durch das Konzernrecht gewonnenen Möglichkeiten der Ingerenz wieder in Zweifel ziehen. Es droht *möglicherweise* ein Konflikt mit dem europäischen Beihilfenrecht, insbesondere dem bereits oben erwähnten Art. 107 Abs. 1 AEUV. Bei der Zahlung des Nachteilsausgleiches des herrschenden Unternehmens (Bund) an die abhängige Gesellschaft besteht die Möglichkeit einer sog. *verdeckten Beihilfe* und damit einer versteckten Subventionierung der öffentlichen Hand an das von ihr beherrschte Unternehmen. Aus diesem Grund ist zweifelhaft, ob die öffentliche Hand (künftig) die §§ 311 ff. AktG noch nutzen *kann*, um Einfluss auf ihre AG zu nehmen (Traut 2013, S. 106). Eine Begünstigung mittels Beihilfe wird jedoch im Falle einer angemessenen Gegenleistung (bei Marktüblichkeit der Leistung) ausgeschlossen. Die Fragen zur verdeckten Beihilfe sind in diesem Zusammenhang bisher noch nicht rechtssicher zu beantworten; es fehlt weiterhin eine klare Rechtsprechung zu dieser Thematik. Erste Ansätze existieren bereits durch die sog. Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH (EuGH v. 24. Juli 2003, NJW 2003, S. 2515ff.).

3. Exkurs: Nachteilsausgleich als verdeckte Beihilfe?

In Folge der *Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH* stellt sich die Frage, ob auch die Ausgleichszahlung nach § 311 AktG von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst ist und diese Zahlung daher eine (verdeckte) Beihilfe darstellt. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, gleich welcher Art, durch deren Gewährung der Wettbewerb bei bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen verfälscht wird oder droht, verfälscht zu werden, mit dem Binnenmarkt unvereinbar. Demnach müsste, um eine schädliche Beihilfe annehmen zu können, das abhängige Unternehmen (die AG) durch eine Zahlung *bevorzugt* werden. Dies scheint weit hergeholt, da der Ausgleich nach § 311 AktG gerade dazu dienen soll, einen schädigenden punktuellen Eingriff durch den beherrschenden Mehrheitsgesellschafter auszugleichen.

Diese Ansicht lässt der EuGH mit seiner *Altmark-Trans-Rechtsprechung* jedoch *brüchig* werden. Darin bindet der EuGH die *Zulässigkeit* von Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nicht nur an materielle Voraussetzungen, sondern stellt auch formell hohe Hürden (Transparenzverpflichtungen) für die Gewährung der Ausgleichszahlung auf. Die verdeckte Subventionierung kann danach nur durch die Herstellung von Transparenz bei der Finanzierung von mit gemeinwirtschaftlichen Leistungen betrauten Unternehmen verhindert werden, wie sie in der *Altmark-Trans-Rechtsprechung* genannt ist (Hartmann/Zwirner 2014 a, S. 64):

- Das jeweilige Unternehmen muss mit klar definierten Gemeinwohlpflichten betraut sein.
- Es müssen die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent festgelegt werden.
- Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinnes aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
- Sofern die Kompensationszahlung nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge geleistet wird, muss als Kostenmaßstab ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen zugrunde gelegt werden.

Sind diese vier genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt, so stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe dar, sodass die Art. 107 und 108 AEUV – insbesondere die Anmeldepflicht der Leistung bei der EU-Kommission – nicht anwendbar sind (Koenig/Paul, 2. Aufl., Art. 106 AEUV, Rdn. 63).

Nach IDW PS 700 (IDW e.V. 2013, S. 39ff.) hat der *Abschlussprüfer* im Zusammenhang mit der Prüfung des Jahresabschlusses der Beteiligungsgesellschaft zu beurteilen, ob eine Beihilfe nach den vorgenannten Kriterien vorliegt und wie diese im Jahresabschluss behandelt wurde. Hierbei ist zunächst die *gesetzliche Freistellungsmöglichkeit* – insbesondere nach dem Freistellungsbeschluss 2012/21/EU – zu beachten. Wird der dort genannte *Schwellenwert* i. H. v. 15 Mio. EUR an jährlicher Ausgleichsleistung nicht überschritten, ist eine Subventionierung nicht gegeben. Der Freistellungsbeschluss und die *Altmark-Trans-Kriterien* haben somit im Ergebnis unterschiedliche Rechtsfolgen. Während bei der Erfüllung der *Altmark-Trans-Kri-*

terien keine Beihilfe vorliegt, sieht der Freistellungsanspruch eine gesetzliche Ausnahme bei bestehender Anmeldepflicht der staatlichen Leistung nach Art. 108 AEUV vor, sofern der Schwellenwert eingehalten wird (IDW e.V. 2013, S. 44ff.)

In diesem Zusammenhang ist sicherzustellen, dass die betreffende abhängige bzw. von der öffentlichen Hand beherrschte Gesellschaft nach Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist. Es muss somit ein *Betrauungsakt* vorliegen. Von der genannten Ausnahmebestimmung wird zunächst die unternehmerische Erfüllung derjenigen (öffentlichen) Sonderaufgaben privilegiert, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen. Der Begriff der Dienstleistung ist demnach in einem weiten Sinne zu verstehen; hiervon werden auch Warenleistungen umfasst. Im Ergebnis resultiert hieraus die Erfassung jeder marktbezogenen Tätigkeit von Unternehmen. Nach dem Verständnis der Daseinsvorsorgemitteilung der Europäischen Kommission unterscheiden sich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse insofern von „normalen“ Dienstleistungen, „...als sie in den Augen des Staates auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt unter Umständen nicht genügend Anreize dafür gibt. (...) Wenn (...) der Staat der Meinung ist, dass die Marktkräfte bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Dienstleistungen möglicherweise nur in unzureichender Weise bereitstellen, kann er konkrete Leistungsanforderungen festlegen, damit dieser Bedarf durch eine Dienstleistung mit Gemeinwohlverpflichtungen befriedigt wird (...)“ (Koenig/Paul, 2. Aufl., Art. 106 AEUV, Rdn. 46). Die gleiche Reichweite hat die von der Kommission gegebene Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses. Demnach ist unter dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse eine marktbezogene Tätigkeit zu verstehen, „...die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden wird“ (Koenig/Paul, 2. Aufl., Art. 106 AEUV, Rdn. 47). Ein besonderes Interesse von Seiten der Union ist nicht erforderlich. An einem allgemeinen Charakter fehlt es, wenn die Dienstleistung lediglich Partikular- oder Privatinteressen dient (Koenig/Paul, 2. Aufl., Art. 106 AEUV, Rdn. 47).

Folglich ist der öffentlichen Hand (hier: dem Bund) zu empfehlen, auf einen Einfluss nach §§ 311ff. AktG aufgrund einer bisher fehlenden (über die Altmark-Trans-Rechtsprechung hinausgehenden) Rechtsprechung des EuGH entweder zu *verzichten* oder stattdessen die abhängigen Unternehmen i. R. d. Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV entsprechend zu *betrauen*. Der Verzicht von § 311 AktG bzw. der Hinweis auf den Betrauungsakt sollte ggf. in die Satzung aufgenommen werden (Traut 2013, S. 205). Damit ist sichergestellt, dass eine Zahlung des herrschenden Unternehmens (Bund) an die abhängige Gesellschaft keine schädliche verdeckte Beihilfe i. S. d. Art. 107 AEUV beinhaltet. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund zu betrachten, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass der EuGH den Nachteilsausgleich nach § 311 AktG künftig den hohen Transparenzanforderungen seiner Altmark-Trans-Rechtsprechung unterwirft. Die Rechtsprechung des EuGH zum Beihilferecht hat im Jahre 2013 die Komplexität und Bedeutung der Materie unterstrichen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Wirtschafts- und Finanzkrise geraten mögliche verdeckte Beihilfen immer mehr in den Fokus des Gerichtshofes (Bärenbrinker 2014, S. 68, 73). Sollte der Schwellenwert i. H. v. 15 Mio. EUR an jährlichen Ausgleichsleistungen des Staates an seine Beteiligungsgesellschaften jedoch nicht überschritten werden, so liegt ebenfalls keine anmeldepflichtige Leistung vor. Problematisch ist hierbei, dass sich Schwellenwerte im Zusammenhang mit (möglichen) Nachteilsausgleichen

unserer Auffassung nach nur schwer im Vorhinein statutarisch bestimmen lassen, da ein Abweichen davon immer möglich ist. Aus diesem Grunde wird für die Einhaltung der Altmarkt-Trans-Kriterien plädiert.

4. Der Preis der Ingerenz bei der GmbH

Bei der GmbH sind punktuelle schädliche Eingriffe im Hinblick auf die Gewinnerzielung nicht möglich (siehe oben im Vergleich zur AG, Kapitel V und VI). Demzufolge ist ein Nachteilsausgleich ausgeschlossen. Der Preis der Ingerenz muss folglich bei Abschluss des gesellschaftsvertraglichen Regelwerkes und damit generell im Vorfeld des Erwerbs der Anteile durch die Minderheitsgesellschafter festgelegt werden. Dies betrifft jedoch die Ebene der Gesellschafter und nicht die Ebene der Gesellschaft.

VII. Ergebnis: Anteilsbewertung unter Berücksichtigung der Ingerenzverpflichtung sowie Handlungsempfehlungen

Für den Fall, dass der Bund Anteile an einem Unternehmen kauft und sich durch die Transaktion die Mehrheit der Anteile und den damit einhergehenden Einfluss auf die Gesellschaft sichert oder Anteile an einer Bundesgesellschaft an Minderheiten verkauft, sich gleichwohl die Mehrheit an der Gesellschaft sichert, sind die mit der Ingerenzverpflichtung des Bundes zusammenhängenden Auswirkungen auf das von der Beteiligungsgesellschaft erziel- und ausschüttbare Ergebnis bei der Anteilsbewertung im Zusammenhang mit Transaktionen zu berücksichtigen. Derartige Transaktionen werden nach einer aktuellen Einschätzung des Bundesrechnungshofes künftig einen hohen Stellenwert haben (Ahrendt 2014, S. 5). Der öffentlichen Hand (hier: Bund) ist von vornherein beim Verkauf der Anteile an die Minderheitsgesellschafter zu empfehlen, einen *Preisabschlag* für ihre Ingerenzverpflichtung, die sich am Gemeinwohlinteresse orientiert, vorzunehmen und die Anteile somit günstiger abzugeben. Auf Grund der Berücksichtigung der Ingerenz und der damit einhergehenden geringeren Ergebnisse, die die Minderheitsgesellschafter im Vergleich zu einer vollständig marktwirtschaftlich handelnden Unternehmung im Fall einer mehrheitlichen Bundesbeteiligung erhalten werden, wird diesen auch nur die geringere Rendite vergütet. Daher werden sie nur bereit sein, einen geringeren Preis für die Anteile zu zahlen. Darüber hinaus ist beim Erwerb der Anteile und der Erlangung der beherrschenden Stellung durch die öffentliche Hand (hier: Bund) und der mit dem Mehrheitsbesitz einhergehenden Ingerenzeinwirkung auf die Beteiligungsgesellschaft des Bundes den Minderheitsgesellschaftern ein *höherer Gewinnanteil* zu garantieren, als deren Beteiligungsquote entspricht. Auf diese Weise soll den Minderheitsgesellschaftern ein Ausgleich für eine geringere Renditeerwartung aufgrund der Verfolgung von Gemeinwohlinteressen durch die öffentliche Hand gewährt werden. Die vorgenannte Mindestrendite kann auch über einen garantierten Mindestgewinn erreicht werden, der den Minderheitsgesellschaftern seitens des Bundes zugesichert wird (Hartmann/Zwirner 2013, S. 122ff. und 2013 b, S. 184ff.).

Beide Varianten – Preisabschlag beim Verkauf durch die öffentliche Hand oder höherer Gewinnanteil für die Minderheitsgesellschafter beim Erwerb der Anteile – wären ohne Einschränkungen möglich, da die Transaktion zu einem Preis unterhalb des Marktpreises *in diesem Falle* lediglich eine Leistung an die Minderheitsgesellschafter aufgrund deren geringerer Renditeerwartung darstellt. Insofern ist insgesamt eine marktmäßige Bewertung der Anteile gegeben, denn die Minderheitsgesellschafter wären anderenfalls nicht zu einer Beteiligung an der Gesellschaft bereit. Das bedeutet nicht, dass die Anwendung des europäischen Beihilfenrechts auf die Anteilsbewertung ausgeschlossen wird. Im Gegenteil: die geringere Renditeerwartung beeinflusst den Marktpreis und ist entsprechend zu berücksichtigen. Die Anteile sind somit nach wie vor einer marktmäßigen Bewertung zu unterziehen, um eine verdeckte Beihilfe zu vermeiden und haushaltsrechtlichen Anforderungen zu genügen (Hartmann/Zwirner 2014 c, S. 91ff.).

Die einleitenden Anmerkungen lassen sowohl die Frage nach den *Bewertungsmethoden* als auch die Frage nach der Höhe eines Abschlags (Verkauf von Anteilen) bzw. eines Gewinnzuschlages für die Minderheitsgesellschafter (im Rahmen des Erwerbes der Anteile) aufkommen. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass es sich bei den Beteiligungsgesellschaften um erwerbswirtschaftlich ausgerichtete Gesellschaften handelt.

Als *gesicherte Instrumente* im Rahmen des Verkaufes von Anteilen durch die öffentliche Hand können die *Unternehmensbewertung* nach IDW S 1, die Due Diligence sowie im Falle der Angemessenheitsprüfung des Transaktionspreises im Rahmen des Anteilskaufes die *Fairness Opinion* nach IDW S 8 in Betracht gezogen werden. Für eine Vertiefung dieser Thematik sei auf die Literatur zur Beteiligungsbewertung bei öffentlichen Unternehmen verwiesen (Hartmann/Zwirner 2014, S. 85ff.; Hartmann/Zwirner 2013, S. 122ff.; Hartmann/Zwirner 2013 b, S. 184ff.; Precht/Wittmann/Hartmann 2013, S. 943ff.; Hartmann/Zwirner 2012, S. 198ff.).

Wesentlich komplexer als die Berücksichtigung der Ingerenzverpflichtung beim Verkauf von Anteilen ist die Frage des Gewinnzuschlages auf den Minderheitenanteil im Rahmen des Erwerbs von Anteilen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Erzielung von tatsächlichen Gewinnen bei den Beteiligungsunternehmen zwar angestrebt wird, insbesondere wenn private Dritte Anteile erwerben, aber nicht von vornherein garantiert werden kann. So ist auch im Falle von Verlusten den Minderheiten ein Ausgleich zu gewähren. Die Ausgestaltung des höheren Gewinnanteiles ist wiederum vorab zwischen den Gesellschaftern zu klären und betrifft ebenfalls nicht die Einwirkungspflicht der öffentlichen Hand (hier des Bundes) auf die Gesellschaft. Die Gefahr einer verdeckten Beihilfe besteht deshalb nach hiesiger Einschätzung in diesem Falle nicht. Hinsichtlich der Klärung dieser Bewertungsproblematik können Benchmarks oder Multiplikatormodelle behilflich sein (Olbrich/Frey 2013, S. 313ff.).

Der *punktueller Nachteilsausgleich* im Falle der AG betrifft die Ebene der Gesellschaft und der Gesellschafter. Daher ist nicht auszuschließen, dass der EuGH sich dieses Tatbestandes künftig annehmen könnte und das EU-Beihilfenrecht somit (empfindlich) berührt wird. Aus diesem Grunde ist der öffentlichen Hand im Falle der AG vom faktischen Konzern mit Nachteilsausgleich abzuraten, es sei denn, sie hält die strengen Anforderungen der Altmark-Trans-Rechtsprechung ein oder die Gesellschaften werden entsprechend Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut (Hartmann/Zwirner 2013 a, S. 155ff.).

Bedeutung und Preis der Ingerenzverpflichtung

Sofern die öffentliche Hand ihrer Ingerenzverpflichtung als Anteilseignerin der Beteiligungsgesellschaft nachkommen und dabei ihr Gemeinwohlinteresse durchsetzen will, ist ihr im *Ergebnis* (GmbH, AG) wie folgt zu raten:

Handlungsempfehlung für die Beteiligungsgesellschaft...	... in der Rechtsform einer GmbH	... in der Rechtsform einer AG
Durchsetzung der Ingerenz auf Basis einer Kombination von Satzung und schuldrechtlichem Vertrag	Möglich, da Geschäftsführung weisungsgebunden (Durchsetzung über Gesellschafterbeschlüsse nach § 37 GmbHG oder über Gesellschafterrechte nach § 45 GmbHG)	Nicht möglich, da Vorstand nicht weisungsgebunden
Gestaltung des gesellschaftsrechtlichen Regelwerks zur Sicherstellung der Ingerenz	Vergleichsweise einfach möglich, da der Gesellschaftsvertrag keiner Satzungsstrenge unterliegt	Aufnahme in die Satzung möglich, aber Beachtung der Satzungsstrenge notwendig
Ausgestaltung als Vertragskonzern (durch Zwischenschaltung einer KapGes als Holdinggesellschaft oder Verankerung der Zustimmung des Bundes zum Verlustausgleich in der Satzung/im Gesellschaftsvertrag)	Möglich	Möglich
Faktischer Konzern durch Mehrheitsbeteiligung	Schädigender Eingriff nicht zulässig	Schädigender Eingriff bei Nachteilsausgleich zulässig
Bewertung der Ingerenz	Preisabschlag beim Verkauf von Anteilen an Minderheiten bzw. Zusage eines höheren, überproportionalen (Mindest-) Gewinnanteils für die Minderheiten beim Erwerb von Anteilen	Preisabschlag beim Verkauf von Anteilen an Minderheiten bzw. Zusage eines höheren, überproportionalen (Mindest-) Gewinnanteils für die Minderheiten beim Erwerb von Anteilen

Tabelle 1: Handlungsempfehlungen und Bewertungskorrekturen im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Ingerenzverpflichtung bei Bundesbeteiligungen

Quelle: Eigene Darstellung

VIII. Schlussbemerkungen

Die Ingerenzverpflichtung ist eine *Besonderheit* im Zusammenhang mit den Beteiligungen der öffentlichen Hand. Einerseits will und muss der Bund seinen öffentlichen Interessen und damit dem Gemeinwohl gerecht werden. Andererseits ist dies nicht in jedem Fall mit einer 100%-igen Eigengesellschaft des Bundes möglich bzw. sinnvoll. Insbesondere die durch die Einbindung von Dritten realisierbaren *Synergien* und die über das verfolgte Gemeinwohl bzw. den öffentlichen Auftrag hinaus am Markt angebotenen Leistungen machen Gesellschaften mit Minderheitsbeteiligungen seitens der privaten Wirtschaft sinnvoll und notwendig. Sofern bei solchen Mehrheitsbeteiligungen des Bundes die verschiedenen Zielsetzungen (Gemeinwohl vs. marktwirtschaftliche Gewinninteressen) aufeinander treffen, schließen gesellschaftsrechtliche Fragen ebenso schnell wie bewertungsrelevante Fragestellungen daran an. In vielen Fällen steht der

Bund vor der Frage, derzeit durch ein Beteiligungsunternehmen unter Einwirkung fremder Minderheitsgesellschafter angebotene Dienstleistungen künftig vollkommen eigenständig zu erbringen oder vollständig auf einen externen Dritten zu übertragen. Erwerb oder Veräußerung von Anteilen von Beteiligungsunternehmen des Bundes sind dann die Folge. Die gleiche Problematik trifft auch auf Länder und Kommunen zu.

Abschließend ist nochmals auf die zunehmende Bedeutung der Public Corporate Governance und damit den PCGK des Bundes hinzuweisen. Dieser regelt nicht nur die Ausgestaltung einer guten Unternehmensführung und -überwachung, sondern zeigt auch die Inhalte auf, an denen sich die Ingerenzverpflichtung des Bundes orientieren muss. In keinem anderen Regelwerk des Bundes (hier ist insbesondere die BHO gemeint) werden die Inhalte der Einwirkungspflicht des Bundes entsprechend dargestellt. Im Sinne einer *Good Governance* ist der PCGK daher ständig weiterzuentwickeln.

Die für Beteiligungsunternehmen des Bundes zu beachtende Ingerenzverpflichtung ist ein aktuelles Thema, das im Zusammenhang mit der zunehmenden Komplexität der Beteiligungsstruktur des Bundes, rechtlichen Fragen sowie einer zunehmenden Stärkung einer öffentlichen Corporate Governance ständig an Bedeutung gewinnt. Eine Beachtung der hier behandelten Fragen ist dabei ebenso notwendig wie eine weitere Auseinandersetzung mit diesem Thema bei öffentlichen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, d. h. bei Unternehmen mit Beteiligung eines privaten Dritten und der öffentlichen Hand.

Abstract

Simone Hartmann and Christian Zwirner; The Importance and the Price of the Duty for Judicial Intervention in the Internal Affairs of a Company – Valuations, Recommendations for Actions at Investments of the Federal Government

Shareholder; Associated Companies; Court of Justice of the European Union; Articles of Association; Judicial Intervention in the Internal Affairs of a Company; Law Relating to Groups; Statute

Because of the rule of law the government as a shareholder of associated companies has the duty for judicial intervention in the internal affairs of the companies. In the beginning the authors bring into focus problems of the Law of Companies and European Law. Then the authors point out different possibilities of taking influence from the Government in the legal form of a Ltd (GmbH) and a stock corporation (AG). The second part of the publication deals with the problem how to evaluate the duty for judicial intervention in the internal affairs of a company and the instruments at the Government's disposal. Finally the authors give recommendations for actions for the Government as a shareholder.

Literaturverzeichnis

- Ahrendt, Christian, Der Staat braucht die Bahn, aber braucht er auch die Telekom? Bundesrechnungshof mahnt Privatisierungen an: Nicht jede Firma im Besitz des Bundes dient noch der öffentlichen Daseinsvorsorge, in: Die Welt vom 12.5.2014, S. 5.
- Badura, Peter (1982), Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand mit besonderer Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbs-Versicherungsunternehmen, in: ZHR 146. Band (1982), S. 448-465.
- Bahns, Jochen (2012), Kapitel 1.01 Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften mit außenstehenden Aktionären, Hinweise zu Steuern, in: Konzern- und Umwandlungsrecht, Handbuch – Mustertexte – Kommentar, hrsg. von Wilhelm Happ, Köln, S. 9-146, Rn. 1.1-41.17.
- Bärenbrinker, Verena, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf dem Gebiet des Beihilferechts im Jahr 2013, in: EWS, 34. Jg., Heft 2, S. 68-73.
- Decher, Christian und Alexander Kiefner (2012), § 68 Der faktische Konzern, in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Aufl., hrsg. von Hans-Joachim Priester, Dieter Mayer und Hartmut Wicke, Hamburg/München, S. 1485-1502, Rdn. 1-35.
- Decher, Christian und Alexander Kiefner (2012 a), § 70 Der Vertragskonzern, in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Aufl., hrsg. von Hans-Joachim Priester, Dieter Mayer und Hartmut Wicke, Hamburg/München, S. 1515-1542, Rdn. 1-54.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2012), Absicherung finanzieller Transaktionen bei Bundesbeteiligungen. Unternehmensbewertung, Due Diligence und Fairness Opinion aus Sicht des Wirtschaftsprüfers, in: BOARD, 2. Jg., Heft 5, S. 198-201.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2013), Finanzielle Transaktionen beim Kauf und Verkauf von Bundesbeteiligungen – Absicherung der Organe durch den Wirtschaftsprüfer, in: BWV, 57. Jg., Heft 6, S. 122–127.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2013 a), Ingerenz und Public Corporate Governance. Handlungsempfehlungen für Aufsichtsräte öffentlicher Unternehmen im Rahmen der Restrukturierung, in: BOARD, 3. Jg., Heft 4, S. 155-158.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2013 b), Preis der Ingerenz. Bewertungsfragen und Handlungsempfehlungen für Aufsichtsräte öffentlicher Unternehmen, in: BOARD, 3. Jg., Heft 5, S. 184-187.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2014), Öffentliche Unternehmen (PCGK), in: Rechtsmanagement im Unternehmen – Praxishandbuch Compliance, hrsg. von Hans-Michael Wolfgang und Bartosz Makowicz, Köln, 2014, Loseblatt, Fortsetzungswerk, Fach 4-50.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2014 a), Rechtswidrige Beihilfen. Erkennen und Behandlung im Rahmen der Jahresabschlussprüfung, in: BOARD, 3. Jg., Heft 2, S. 61-65.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2014 b), Prüfung rechtswidriger Beihilfen nach Art. 107 Abs. 1 AEUV im Rahmen des IDW PS 700. Anwendungsfälle aus der Praxis, in: WP Praxis, 3. Jg., Heft 7, S. 165-171.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2014 c), Bewertung von Gesellschaften mit Beteiligung der öffentlichen Hand. Haushalts-, vergabe- und europarechtliche Vorgaben, in: BOARD, 4. Jg., Heft 3, S. 91-93.
- Hartmann, Simone und Christian Zwirner (2014 d), Der PCGK des Bundes im Überblick. Besonderheiten im Vergleich zum DCGK – Ein kurzer Vergleich von zwei Corporate Governance Konzepten, in: BOARD, 4. Jg., Heft 4, S. 144-148.
- Hüffer, Uwe und Koch, Jens (2014), Kommentar zum Aktiengesetz, 11. Aufl., München.
- IDW e.V. (Institut der Wirtschaftsprüfer) (2013), IDW Prüfungsstandard 700: Prüfung von Beihilfen nach Art. 107 AEUV insbesondere zu Gunsten öffentlicher Unternehmen vom 29.11.2012, in: IDW Fachnachrichten, Heft 1, S. 39-52.
- Koenig, Christian und Julia Paul (2012), in: EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, hrsg. von Rudolf Streinz, 2. Aufl., München.
- Olbrich, Michael und Niko Frey (2013), Multiplikatorverfahren, in: Handbuch Unternehmensbewertung, hrsg. von Karl Petersen, Christian Zwirner und Gerrit Brösel, Köln, S. 313-327.
- Precht, Stefan, Markus Wittmann und Simone Hartmann (2013), Bewertung von Unternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand, in: Handbuch Unternehmensbewertung, hrsg. von Karl Petersen, Christian Zwirner und Gerrit Brösel, Köln, S. 943-981.
- Traut, Johannes (2013), Die Corporate Governance von Kapitalgesellschaften der öffentlichen Hand, Köln.
- Weber-Rey, Daniela und Jochen Buckel (2013), Corporate Governance in Aufsichtsräten von öffentlichen Unternehmen und die Rolle von Public Corporate Governance Kodizes, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR), 56. Jg., Heft 1, S. 13-49.
- Zöllner, Wolfgang und Michael Beurskens (2013), Schlussanhang – Die GmbH im Unternehmensverbund (GmbH-Konzernrecht), in: GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, hrsg. von Adolf Baumbach und Alfred Hueck, 20. Aufl., München, S. 2187-2256, Rdn. 1-154.
- Zwirner, Christian, Julia Busch und Simone Hartmann (2013), Konzernrechnungslegung beim Bund? – Ausführungen zum aktuellen Rechtsstand des Handelsrechts, des Publizitätsgesetzes sowie der staatlichen Doppik und zum derzeitigen Projekt des IPSASB, in: Der Konzern, 11. Jg., Heft 3, S. 198-206.