

Deutsche Tochter im internationalen Konzern

Rechtshandbuch für die Praxis

Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht,
Datenschutz, Kartellrecht, Compliance

Bearbeitet von

Dr. Marc Hilber LL.M.

Rechtsanwalt in Köln

Stephan Müller

Rechtsanwalt in Köln

Dr. Gilbert Wurth

Rechtsanwalt in Köln

Dr. Günter Seulen

Rechtsanwalt in Köln

Dr. Gunnar Knorr

Rechtsanwalt und Steuerberater in Köln

Myriam Schilling

Rechtsanwältin in Köln

Dr. Daniel Dohrn

Rechtsanwalt in Köln

Dr. Simon Spangler LL.M.

Rechtsanwalt in Frankfurt a.M.

1. Auflage 2019



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Allgemeines Literaturverzeichnis	XIX

Einleitung

A. Gesellschaftsrecht

I. (Inter)nationales Konzernrecht	3
1. Anwendbares Recht	4
2. Konzernrecht der AG	4
3. Konzernrecht der GmbH	5
II. Der Geschäftsführer: Konflikt zwischen Gesellschafts- und Konzerninteressen ..	6
1. Geschäftsführung im faktischen Konzern	7
a) Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse	7
aa) AG	7
bb) GmbH	8
b) Keine Berücksichtigung der Gesellschafterinteressen/Shareholder-Value	9
c) Die Veranlassung nachteiliger Weisungen in der AG	10
aa) Die Veranlassung	10
bb) Die Nachteiligkeit einer Weisung	11
cc) Der Nachteilsausgleich	13
dd) Schadensersatz bei fehlendem Nachteilsausgleich	14
ee) Beweissituation/Sonderproblem Personenidentität	17
d) Die Veranlassung nachteiliger Weisungen in der GmbH	18
2. Geschäftsführung im Vertragskonzern	21
a) Konzerninteresse und Weisungsrecht	21
aa) AG	21
bb) GmbH	22
b) Grenzen der Weisungsbefugnis	24
3. Delegation von Weisungsbefugnissen	24
4. Sonderfall Matrixstrukturen	25
a) Zweck, Aufbau und Risiken einer Matrixstruktur	26
b) Etablierung einer Matrixstruktur durch Vertrag/Weisung	26
c) Haftung des Geschäftsführers	28
d) Handlungsempfehlungen	29
5. Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung	30
a) Verzicht, Haftungsbegrenzungs- und Freistellungsvereinbarungen mit der Gesellschaft	30
aa) AG	30
bb) GmbH	31
cc) Unanwendbarkeit arbeitsrechtlicher Grundsätze	32
dd) Vertragliche Haftungsbeschränkungen	33

Inhaltsverzeichnis

b) Weisung	34
c) Ressortverteilung	35
d) D&O Versicherungen	38
e) Unbeschränkbare Außenhaftung	38
6. Internationale Corporate Governance – Organisation einer GmbH nach dem One-Board System	39
a) Fakultativer Aufsichtsrat	39
b) Beirat	41
aa) Beirat als Beratungsorgan	42
bb) Beirat als Überwachungsorgan	42
cc) Beirat als Geschäftsführungsorgan	43
c) Handlungsempfehlung	43
7. Sonstige, Fallstricke im internationalen Konzern	44
a) Mitteilungspflichten nach § 20 AktG	44
b) § 181 BGB	46
III. Konzernfinanzierung im internationalen Verbund	47
1. Hintergründe	48
a) Mindeststammkapital	48
b) Kapitalaufbringung	48
c) Kapitalerhaltung	50
2. Finanzierungsinstrumente der Konzerninnenfinanzierung	50
a) Darlehen	50
aa) Darlehensgewährung durch Gesellschafter (Downstream Loans) und Kapitalerhaltung	50
bb) Darlehensgewährung an Gesellschafter (Up-Stream Loans) und Kapitalerhaltung	52
cc) Ausreichung/Rückzahlung von Darlehen und § 64 GmbHG	53
b) Cash-Pool	57
aa) Allgemeine Ausführungen	57
bb) Vertragliche und rechtliche Grundlagen	57
cc) Besonderheiten des Cash-Pool im Rahmen der Kapitalaufbringung	58
dd) Besonderheiten des Cash-Pool im Rahmen der Kapitalerhaltung	59
ee) Besonderheiten der Haftung gemäß § 64 GmbHG bei Cash-Pools	60
ff) Die konkrete Ausgestaltung von Cash-Pool Verträgen	61
c) Sicherheitenbestellung	61
aa) Allgemeine Ausführungen zu den bilanzrechtlichen Auswirkungen	61
bb) Haftung des Geschäftsführers	64
d) Limitation Language	65
aa) Allgemeine Ausführungen	65
bb) Ausgestaltung der Limitation Language zur Verhinderung der Haftung wegen Einlagenrückgewähr	66
cc) Ausgestaltung der Limitation Language zur Verhinderung der Haftung wegen Insolvenzverursachung	67

B. Arbeitsrecht

I. Einleitung	69
II. Die Matrixstruktur im internationalen Konzern	70
1. Darstellung der Matrix im Konzern	70

2. Vor- und Nachteile	73
3. Typische Folgen der Einführung von Matrixstrukturen	74
a) Aufspaltung von fachlichem und disziplinarischem Weisungsrecht	74
b) Folgen für die Arbeitgeberstellung	74
c) Haftungsrisiken für Organe	75
d) Zuständigkeitsfragen	76
4. Besonderheiten bei arbeitsrechtlichen Maßnahmen in internationalen Matrixstrukturen	77
a) Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes – Bezugspunkt Betrieb in Deutschland	78
b) Zuständigkeit für die Kündigungserklärung	78
c) Betriebsratsanhörung	79
d) Gemeinsamer Betrieb in der Matrix	79
e) Konzernweite Sozialauswahl	80
f) Weiterbeschäftigungsanspruch im Konzern	81
III. Entsendung im Konzern mit Auslandsbezug	82
1. Vertragsstrukturen	82
2. Arbeitnehmerüberlassungsrechtliche Fragen	83
3. Entsendungsvereinbarungen	86
a) Rechtswahl	86
b) Status des Arbeitsvertrags	87
c) Rückkehrmöglichkeiten und -folgen	87
IV. Stock Option Plan/Stock Appreciation Right Plan der ausländischen Konzernmutter	88
1. Rechtsgrundlage	88
2. Gesellschaftsrechtlicher Hintergrund	89
3. Inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten	90
a) Festlegung des Teilnehmerkreises	90
b) Warte- und Haltefristen	91
c) Verfall- und Bindungsklauseln	92
d) Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte	93
e) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	96
V. Betriebliche Mitbestimmung im internationalen Konzern	97
1. Auswirkungen der Matrixstruktur auf die betriebliche Mitbestimmung	97
a) Anwendungsbereich	98
b) Betriebsbegriff und Zuordnung von Arbeitnehmern	98
c) Gemeinschaftsbetrieb	100
d) Gesamtbetriebsrat	100
e) Konzernbetriebsrat	101
f) Gründung eines Konzernbetriebsrats	102
g) Zuständigkeit Konzernbetriebsrat	103
2. Alternative Beteiligungsmodelle für die betriebliche Mitbestimmung in der Matrixstruktur	104
a) Bildung von Konzernbetriebsräten	104
b) Spartenbetriebsräte	105
c) Strukturtarifvertrag	106
d) Kooperationsvereinbarungen	106
e) Europäischer Betriebsrat	107
3. Besonderheiten der betrieblichen Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	108

VI. Arbeitsrechtliche Aspekte bei Asset-/Share Deals unter Beteiligung ausländischer Konzerne	109
1. Unterrichtungspflichten bei Unternehmensübernahme mit Kontrollerwerb	109
2. Cross-Border-Betriebsübergang nach § 613a BGB	112
a) Anwendbares Recht	112
b) Voraussetzungen des Betriebsübergangs	112
c) Rechtsfolgen des Betriebsübergangs	113
d) Gestaltungsmöglichkeiten	114
aa) Zerschlagung der Einheit durch den Erwerber	114
bb) Kündigung aufgrund des Erwerberkonzepts	114
VII. Die Restrukturierung der deutschen Tochtergesellschaft im internationalen Konzern	115
1. Kommunikations- und Unterrichtsprozess	115
2. (Kampf-)Mittel des Unternehmens zur Durchsetzung der Restrukturierung	117

C. Steuerrecht

I. Vorbemerkung	127
II. Ertragsteuerliche Regelungen für international verbundene Unternehmen	128
1. Grundregeln zum Betriebsausgabenabzug	128
2. Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen	129
a) Personengesellschaften	130
b) Kapitalgesellschaften	132
3. Verrechnungspreise für konzerninterne Leistungsbeziehungen	134
a) OECD-Transfer-Pricing Guidelines	135
aa) Vergleichspreismethode	136
bb) Wiederverkaufspreismethode	137
cc) Kostenaufschlagmethode	137
dd) Gewinnorientierte Methoden	139
ee) transaktionsbezogene Nettomargenmethode	140
b) Verwaltungsgrundsätze-Verfahren und § 1 Abs. 3 AStG	141
c) Verlagerung von Funktionen	146
4. Einkünftekorrekturen und Gegenberichtigungen	148
a) Grundsätze	149
b) Doppelbesteuerungsabkommen	149
c) Verständigungsverfahren	154
d) Schiedsverfahren	156
e) Zinsfragen	158
f) Verfahrensfragen	158
5. Behandlung hybrider Finanzierungsformen	159
a) Begriff und Anwendungsformen	159
b) Steuerliche Besonderheiten	160
6. Entwicklung des BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Projektes der OECD	162
a) Auslöser der Entwicklung	162
b) Die einzelnen Maßnahmen	163
c) Das multilaterale Instrument	166
7. Einheitliche konsolidierte körperschaftliche steuerliche Bemessungsgrundlage in der EU (CCCTB)	167
8. Hinzurechnungsbesteuerung bei niedrig besteuerten ausländischen Einkünften	168

Inhaltsverzeichnis

a) Niedrige Besteuerung	169
b) Schädliche Betätigungen	170
9. Europäisches Beihilferecht und Unternehmensbesteuerung	172
10. Besteuerung der digitalen Wirtschaft	175
III. Grenzüberschreitende Konzernfinanzierungen	177
1. Zinsschranke und Betriebsausgabenabzug	177
2. Lizenzschranke	180
3. Gewerbesteuerliche Hinzurechnung	181
4. Anerkennung von Finanzierungsbedingungen im Konzern	181
5. Sicherheitenbestellung und Konzernrückhalt	183
6. Quellensteuer auf Zinszahlungen	184
7. Zinslose Darlehen	184
IV. Beteiligungsstrukturierung und Steuerplanung	185
1. Transparente und intransparente Gesellschaftsformen	185
a) Steuerliche Behandlung von Personengesellschaften	185
aa) Gewinnermittlungsebenen	186
bb) Steuerliche Folgen für den Gesellschafter	187
b) Besteuerung von Körperschaften	188
aa) Die Kommanditgesellschaft auf Aktien	188
bb) Auswirkung auf die Wahl der Rechtsform	189
2. Behandlung ausländischer Gesellschaften im deutschen Steuerrecht	190
a) Grundsätzliche Einordnung ausländischer Gesellschaften	190
b) Besonderheiten bei einzelnen Gesellschaftsformen	190
aa) LLCs nach dem Recht einzelner amerikanischer Bundesstaaten	190
bb) Andere besondere Rechtsformen	195
3. Betriebsstätten in Deutschland	196
a) Voraussetzungen für das Bestehen von Betriebsstätten	196
b) Zurechnung von Einkünften zu Betriebsstätten	198
V. Ausschüttung und Abführung von Gewinnen im internationalen Konzern	200
1. Organschaft	200
a) Organschaft in Deutschland	200
b) Ergebnisabführung im internationalen Konzern	202
c) Keine grenzüberschreitende Organschaft	203
d) Nutzung ausländischer Verluste im Inland	203
2. Ausschüttung von Einkünften	204
a) Steuerbelastung auf Ausschüttungen	204
b) Quellensteuer und Freistellungsverfahren	205
c) Begrenzung der Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommensregelungen – Treaty Overrides	206
3. Zurechnung von Einkünften	207
a) Unmittelbare Ergebniszurechnung in Personengesellschaften	207
b) Auswirkungen auf den Gesellschafter	207
VI. Abgabenrechtliche Besonderheiten international tätiger Unternehmensgruppen	208
1. Dokumentation von Verrechnungspreisen	208
a) Anforderungen an die Dokumentation	209
b) Sanktionen bei fehlerhafter bzw. fehlender Dokumentation	210
2. Buchführung im Ausland	211
3. Aufbewahrungspflichten und Record Retention Policies	213

VII. Lohnsteuerliche Besonderheiten in internationalen Unternehmensgruppen	214
1. Secondments im Konzern	214
a) Lohnsteuerliche Behandlung	214
b) Ertragsteuerliche Folgen für Secondees	216
2. Lohnzahlung durch andere Konzerngesellschaften	217
a) Mitarbeiterbeteiligungskonzepte	217
b) Konzernweite Incentive- und Mitarbeiterveranstaltungen	220
VIII. Versicherungssteuer	221

D. Datenschutz

I. Allgemeines und Überblick	224
1. Rechtsgrundlagen	224
a) Allgemeines Datenschutzrecht	224
b) Spezialgesetzliches Datenschutzrecht	224
c) Stellungnahmen und Beschlüsse der Praxisgruppen	226
2. Anwendbarkeit der DSGVO	226
a) Persönlicher Anwendungsbereich	227
b) Sachlicher Anwendungsbereich	227
aa) Personenbezogenes Datum	227
bb) Besondere Arten personenbezogener Daten	228
cc) Verarbeitung von personenbezogenen Daten	229
dd) Entfallen des Personenbezugs bei Anonymisieren	229
ee) Entfallen des Personenbezugs bei Pseudonymisieren	230
ff) Entfallen des Personenbezugs bei Verschlüsselung	231
c) Auslandsbezug	231
3. Datenschutzorganisation	231
a) Personelle Organisation	231
b) Dokumentationspflichten	233
4. Behörden	235
II. Die Rollenverteilung in Konzernen	237
1. Der Verantwortliche	237
2. Dritter	238
3. Auftragsverarbeitung	238
a) Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung	238
b) Abgrenzung zur Funktionsübertragung	240
III. Erlaubnistatbestände und ihre Anwendung im Konzern	241
1. Einwilligung	241
2. Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge	245
3. Gesetzliche Erlaubnistatbestände und deren Bedeutung im Konzern	245
a) Art. 6 Abs. 1 DSGVO	245
b) § 26 BDSG nF: Beschäftigtendatenschutz	248
c) Zuwiderhandlungen	250
4. Erlaubnistatbestände für den Umgang mit besonderen Arten personenbezogener Daten	251
5. Sonderthemen	252
a) Videoüberwachung an (nicht) öffentlichen Plätzen	252
b) Whistleblowing- oder Ethics-Hotlines	254
c) eDiscovery	257

Inhaltsverzeichnis

d) Email und Internet am Arbeitsplatz	259
e) Datenschutz und Marketing	262
IV. Datenübermittlung ins Ausland	263
1. Grundsätze	263
2. Angemessenes Datenschutzniveau	264
a) EU-US Privacy Shield	264
b) EU-Standardvertragsklauseln	265
c) Binding Corporate Rules	266
3. Übermittlungen ohne angemessenes Datenschutzniveau	267
4. Internationale Auftragsverarbeitung	269
V. Wichtige Allgemeine Grundsätze	269
1. Datensparsamkeit	269
2. Betroffenen Rechte	270
VI. Konsequenzen bei Verstößen	271
1. Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche	272
2. Meldepflichten	272
3. Bußgelder	273
4. Straftaten	274
Anhang: Synopse BDSG-DSGVO	275

E. Kartellrechtliche Fragestellungen im Konzernverhältnis

I. Einleitung	288
II. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht	288
1. Anknüpfungspunkte im deutschen Kartellrecht	289
2. Anknüpfungspunkte im europäischen Kartellrecht	290
3. Parallele Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts	292
4. Parallele Anknüpfung an unterschiedliche Jurisdiktionen	294
III. Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen (Konzernprivileg)	295
1. Herleitung des Konzernprivilegs	296
2. „Wirtschaftliche Einheit“ zwischen zwei Unternehmen	297
a) Vermutungsregel bei 100 %-Beteiligungen	298
b) Qualifizierte (Mehrheits-)Beteiligung und Weisungsgebundenheit	299
c) Wahrnehmung der Weisungsbefugnis durch die Muttergesellschaft	300
3. Gemeinschaftsunternehmen	301
a) Europäisches Kartellrecht	301
b) Deutsches Kartellrecht	302
4. Absprachen zwischen Tochterunternehmen	303
5. Auflösung der wirtschaftlichen Einheit	303
IV. Die Bußgeldhaftung bei Kartellrechtsverstößen im Konzern nach europäischem und deutschem Kartellrecht	303
1. Zurechnung von Kartellverstößen im Konzern nach europäischem Recht	304
a) Konzept der wirtschaftlichen Einheit bei Haftungsfragen	304
b) Vermutung eines bestimmenden Einflusses bei 100 %-Beteiligungen	305
c) Kriterien für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit im Einzelfall	306
d) Wirtschaftliche Einheit bei Gemeinschaftsunternehmen	307
e) Rechtsfolgen	308

Inhaltsverzeichnis

f) Regress im Konzern für geleistete Geldbußen	309
2. Bußgeldhaftung nach deutschem Recht	310
a) Haftung des Unternehmens für eigene Kartellverstöße	310
b) Erstreckung der Haftung auf die Muttergesellschaft	311
aa) Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle	311
bb) Konzernhaftung nach der 9. GWB-Novelle	312
cc) Kritik an der Konzernhaftung im deutschen Recht	314
V. Bußgeldhaftung im Rahmen der Unternehmensnachfolge/	
Umstrukturierungen im Konzern	315
1. Die Haftung im Rahmen der Unternehmensnachfolge und bei	
Umstrukturierungen im Konzern im europäischen Kartellrecht	315
a) Umstrukturierungen im Konzern	316
b) Haftung im Rahmen der Unternehmensnachfolge	316
2. Die Haftung im Rahmen der Unternehmensnachfolge und bei Umstrukturierungen	
im Konzern im deutschen Kartellrecht	320
a) Rechtslage bis zum In-Kraft-Treten der 9. GWB-Novelle	320
b) Neuregelung im Zuge der 9. GWB-Novelle	323
VI. Besonderheiten bei Konzernsachverhalten im Rahmen der Bußgeldbemessung	
im europäischen und deutschen Kartellrecht	327
1. Bußgeldberechnung durch die Europäische Kommission	327
2. Kronzeugenregelung der Europäischen Kommission	328
3. Bußgeldberechnung durch das Bundeskartellamt	330
4. Bonusantrag beim Bundeskartellamt	333
VII. Zivilrechtliche Haftung im Konzern für durch den Kartellverstoß verursachte	
Schäden	334
1. Zivilrechtliche Haftung der Konzernmutter	335
a) Derzeit grundsätzlich keine Konzernhaftung im deutschen Kartellzivilrecht	335
b) Wissenszurechnung im Konzern	337
c) Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur zivilrechtlichen	
Konzernhaftung im deutschen Kartellzivilrecht	338
2. Haftung von Organen und Führungspersonen	339
3. Gesamtschuldnerische Haftung und Innenausgleich	340
4. Änderungen der Regeln zur gesamtschuldnerischen Haftung und zum Innenaus-	
gleich durch die 9. GWB-Novelle	341
a) Gesamtschuldnerische Haftung im Außenverhältnis	341
b) Innenausgleich	342

F. Compliance

I. Compliance und Konfliktlagen im internationalen Konzern	346
1. Einführung in die Thematik	346
a) Überblick Compliance	346
b) Konfliktlagen	349
2. Compliance historisch betrachtet	350
3. Compliance – Rechtsgrundlagen	350
a) Allgemeine Grundlagen	350
aa) Gesetzliche Vorschriften	350
bb) ISO 19600 – Standards für das Compliance-Management	353
cc) MaComp	354

Inhaltsverzeichnis

dd) IdW PS 980	354
b) Compliance in der Rechtsprechung	354
c) Konzerndimension der Compliance-Verantwortung	356
d) Organisatorische Umsetzung im (internationalen) Konzern	357
4. Typische Konfliktsituationen bei internationalen Sachverhalten	358
II. Anti-Korruption	361
1. Allgemeines und Überblick	361
a) Rechtsgrundlagen	364
aa) Nationale Vorschriften	364
b) Entwicklung auf internationaler Ebene	364
aa) UK Bribery Act 2010 (UKBA)	365
bb) U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)	368
c) Rechtsfolgen von Korruption für Unternehmen	370
2. Konfliktpotentiale	370
a) Bestechung im geschäftlichen Verkehr	371
b) Facilitation Payments	372
aa) Begriffsbestimmung	372
bb) Strafbarkeit nach deutschem Recht	373
cc) Strafbarkeit nach UKBA	374
dd) Strafbarkeit nach US-Recht	374
c) Schlussfolgerung	375
III. Exportkontrollrecht	377
1. Inhalt und Bedeutung des Exportkontrollrechtes	377
2. Konfliktpotential	379
a) Konflikte innerhalb der EU	379
b) Konflikte mit Bezug zu den USA	380
aa) Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter	381
bb) Anforderungen an die Durchführung von Third Party Screenings	383
cc) Geschäfte mit Embargoländern	385
IV. Exkurs: Aspekte des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts	387
V. Zusammenfassung	390
Sachverzeichnis	393