

Hannah Krapp\*

## **Ausrichtung der Geschäftspolitik am Konzerninteresse? – Regelungsvorschläge für ein europäisches Konzernrecht**

### **Abstract**

Die Diskussion über eine europäische Konzernrechtsregelung hat zuletzt wieder Fahrt aufgenommen. Vorrangiges Ziel des neuen Regelungsansatzes ist die europaweit einheitliche Anerkennung des – über das Interesse der Einzelgesellschaft im Konzern hinausgehenden – Gruppeninteresses. Dies soll europaweit tätigen Unternehmensgruppen eine rechtssichere und effiziente Gruppenführung über die Binnenmarktgrenzen hinweg ermöglichen. Aufgrund vielfältiger Unsicherheiten und Hemmnisse, die sich für grenzüberschreitende Unternehmensgruppen ergeben, ist eine solche Regelung auch notwendig. Fraglich ist, wie die Anerkennung des Gruppeninteresses konkret in einem europäischen Rechtsakt umgesetzt werden könnte. Es existieren verschiedene Vorschläge und Konzepte, die es sich näher zu betrachten lohnt.

After quite a long period of silence, the discussion about a European legal act on corporate groups has come back to life in the past few years. The main objective of the new approach is to recognize the interest of the group uniformly all over the EU. This recognition is intended to provide a possibility of efficient group governance throughout the European internal market. Because of the many different company law systems in the EU and the associated uncertainties and impediments regarding international group governance such an act is very much needed. There are already several proposals and concepts for the implementation of the recognition of the group interest in a European legislative act which are worth being examined in greater detail.

---

\* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Der Beitrag basiert auf einer von Prof. Dr. Christoph Teichmann betreuten Seminararbeit aus dem Sommersemester 2016. Die Verfasserin dankt Herrn Prof. Dr. Teichmann für seine bereitwillige und anregende Unterstützung bei der Überarbeitung und Veröffentlichung.

## A. Einführung

Schon seit vielen Jahren werden Unternehmen als Zusammenschluss rechtlich selbstständiger Gesellschaften zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefasst. Insbesondere seit Mitte des 20. Jahrhunderts hat sich der Konzern zur gängigsten Organisationsform für große, aber auch mittelständische Unternehmen in Europa entwickelt und die Einzelgesellschaft eher zu einer Ausnahmeerscheinung gemacht.<sup>1</sup> Etwa seit der gleichen Zeit versucht auch der europäische Gesetzgeber, durch Rechtsangleichung optimale Bedingungen für den europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Im Bereich der Unternehmensgruppen ist dies bisher aber nicht recht gelungen. Nach dem Scheitern erster Versuche in den 70er und 80er Jahren ist es um ein europäisches Konzernrecht lange still geblieben. Erst in den späten 90er Jahren nahm die Diskussion um eine Regelung für Unternehmensgruppen in Europa mit einem ausführlichen Vorschlag des *Forum Europaeum Konzernrecht*<sup>2</sup> wieder Fahrt auf. Im Anschluss daran beschäftigten sich sowohl die Wissenschaft als auch die Europäische Kommission wieder eingehend mit dem Thema, was zu einer Reihe von Plänen und Vorschlägen für ein europäisches Konzernrecht führte.<sup>3</sup> Auffällig dabei ist,

<sup>1</sup> The European Model Company Act (EMCA), Draft 2015, Chapter 15, General Comments, National Law; Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 05.4.2011, S. 59, abrufbar unter:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

<sup>2</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht*, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672 ff.

<sup>3</sup> Report of the High Level Group of Company Law Experts on a modern regulatory Framework for Company Law in Europe, 4.11.2002, abrufbar unter:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf)

(zuletzt abgerufen am 12.12.2017); Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, 21.5.2003, KOM/2003/284 endg., abrufbar unter:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284>

(zuletzt abgerufen am 12.12.2017); Report of the Reflection Group (Fn. 1); Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan:

Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, 12.12.2012, COM/2012/740 final, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017);

*European Company Law Experts*, A proposal for reforming group law in the European Union – Comparative Observations on the way forward, October 2016, abrufbar unter: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2849865](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849865)

(zuletzt abgerufen am 12.12.2017); *Forum Europaeum on Company Groups*, Eckpunkte für einen Rechtsrahmen zur erleichterten Führung von grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen in Europa, ZGR 2015, 507 ff.;

*The Informal Company Law Expert Group (ICLEG)*, Report on the recognition of the interest of the group, October 2016,

dass sich ein Perspektivenwechsel vollzogen zu haben scheint. Konzernrecht wird nicht mehr primär als Instrument zum Gläubiger- und Minderheitenschutz betrachtet, sondern vielmehr als ein Rechtsrahmen, der es der Muttergesellschaft ermöglichen soll, die Unternehmensgruppe als Ganzes nach einer am Konzerninteresse ausgerichteten Geschäftspolitik zu führen, ohne dabei die Interessen der Tochtergesellschaften in allzu hinderlicher Weise berücksichtigen zu müssen.<sup>4</sup> Diese wieder neu entbrannte Diskussion soll im folgenden Beitrag zum Anlass genommen werden, zu klären, ob überhaupt das Bedürfnis nach einem europäischen Konzernrecht besteht (**B.**), warum Zweck einer Regelung tatsächlich die Privilegierung des Gruppeninteresses sein sollte (**C.**), und wie eine solche Regelung konkret umgesetzt werden könnte (**D.**).

## **B. Bedürfnis nach einer europäischen Konzernrechtsregelung**

Vor dem Hintergrund des europäischen Subsidiaritätsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 3 EUV) stellt sich zunächst die Frage, ob es eines europäischen Konzernrechts überhaupt bedarf. Betrachtet man die Lage im europäischen Binnenmarkt, zeigt sich jedenfalls, dass die Beteiligung mehrerer Rechtsordnungen grenzüberschreitender Unternehmensgruppen einige Probleme bereitet.

### **I. Regelungsdiversität in Europa**

Mit der EU-Mitgliedschaft von 28 Staaten gehen auch 28 mehr oder minder unterschiedliche Arten, mit dem Phänomen der Unternehmensgruppe umzugehen, einher. Grundsätzlich lassen sich zwei Regelungsansätze unterscheiden:<sup>5</sup> Eine eigenständige, spezifische Regelung des Konzernrechts, wie sie nur in Deutschland, Portugal, Italien, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Kroatien zu finden ist<sup>6</sup> oder punktuelle Spezialregelungen und im Übrigen die konzerngerechte Anpassung des allgemeinen Zivil-, Gesellschafts- und Insolvenzrechts, wie beispielsweise in Frankreich und Großbritannien. Ein beispielhafter Blick auf drei Rechtsordnungen lohnt sich, um die Problematik der Regelungs-

---

abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg\\_recommendations\\_interest\\_group\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg_recommendations_interest_group_final_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.12.2017).

<sup>4</sup> Hommelhoff, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, S. 325 (327 ff.); Teichmann, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184 (189); Weller/Bauer, Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae, ZEuP 2015, 6 (22).

<sup>5</sup> Forum Europaeum Konzernrecht (Fn. 2) S. 676 f.; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 59; Weller/Bauer (Fn. 4), S. 9 f.

<sup>6</sup> Weller/Bauer (Fn. 4), S. 10 f.

diversität in Europa besser zu beleuchten.<sup>7</sup>

## 1. Deutschland

Im deutschen Aktienrecht wird zwischen dem faktischen- und dem Vertragskonzern unterschieden. Im Vertragskonzern erlangt die Konzernmutter durch Abschluss eines Beherrschungsvertrags nach § 291 Abs. 1 Aktiengesetz (AktG) eine Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsleitung der Tochter, die nach § 308 Abs. 1 S. 2 AktG auch nachteilige Weisungen umfasst. Die Konzernmutter haftet zum Schutze von Gläubigern und Minderheitsaktionären dann allerdings nach den §§ 302 ff. AktG für Verluste der beherrschten Gesellschaft. Diese Vorschriften sind auch weitgehend analog auf die GmbH anwendbar.<sup>8</sup> Demgegenüber besteht im faktischen Konzern keine vertragliche Vereinbarung, sondern ein häufig auf Mehrheitsbeteiligung beruhendes Abhängigkeitsverhältnis. Ein Weisungsrecht der Muttergesellschaft existiert hier nicht, der Vorstand des abhängigen Unternehmens kann jedoch nachteiligen Weisungen folgen, wenn ein Ausgleich der entstehenden Nachteile nach § 311 AktG durch einen konkreten Vorteil<sup>9</sup> zumindest sichergestellt ist.<sup>10</sup> Bei Verstoß droht nach §§ 317, 318 AktG eine Schadensersatzhaftung sowohl dem herrschenden Unternehmen<sup>11</sup>, als auch der Geschäftsleitung des beherrschten.<sup>12</sup> Diese Regelungen sind anders als die §§ 291 ff. AktG auf die GmbH nicht anwendbar.<sup>13</sup> In der Praxis ist diese dennoch ein beliebter Konzernbaustein<sup>14</sup>, da sie ein Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG<sup>15</sup> schon „eingebaut“ hat. Dieses findet seine Grenzen allerdings im Gläubigerschutz, gesichert durch ein grundsätzliches Schädigungsverbot<sup>16</sup>, in den gesetzlichen Bestimmungen, wie dem Kapitalerhaltungsgebot nach § 30 GmbHG<sup>17</sup>, sowie in der Satzung der GmbH.<sup>18</sup> Außerdem von Bedeutung ist eine mögliche Existenzvernichtungshaftung vor allem der Muttergesellschaft beim Entzug überlebenswichtiger

<sup>7</sup> Weitere aktuelle Länderberichte in Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017.

<sup>8</sup> Ausführlich dazu: *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, 8. Aufl. 2016, Vorb. § 291 AktG Rn. 6 ff.

<sup>9</sup> *Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter II*, 3. Aufl. 2015, § 311 Rn. 85.

<sup>10</sup> *Ebd.*, § 311 Rn. 95.

<sup>11</sup> *Ebd.*, § 317 Rn. 1.

<sup>12</sup> *Ebd.*, § 318 Rn. 8.

<sup>13</sup> *Ebd.*, § 311 Rn. 11.

<sup>14</sup> *Hommelhoff*, Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern, *ZGR* 2012, 535 (536); *Teichmann* (Fn. 4), S. 191.

<sup>15</sup> *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 13 Rn. 1.

<sup>16</sup> *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG I*, 2. Aufl. 2015, § 13 Anh. Rn. 401 ff.

<sup>17</sup> *Ebd.*, § 13 Anh. Rn. 388.

<sup>18</sup> *U. Schneider/S. Schneider*, in: *Scholz GmbHG II*, 11. Aufl. 2014, § 37 Rn. 62.

Vermögenswerte.<sup>19</sup> So trägt in Deutschland hauptsächlich die Mutter die Verantwortung für Schädigungen der Tochtergesellschaft.<sup>20</sup>

## 2. England

Das englische Recht betont vor allem das Eigeninteresse der Tochtergesellschaft und die Pflichten ihrer Geschäftsleiter. Der Geschäftsleiter ist nach Sec. 170 Subsec. 1 Companies Act (CA) 2006 nur seiner eigenen Gesellschaft zur Loyalität verpflichtet<sup>21</sup>, eine Verantwortung gegenüber dem Konzern oder anderen Konzerngesellschaften existiert nicht.<sup>22</sup> Sec. 172 Subsec. 1 CA 2006 betont noch einmal die Pflicht, den Erfolg der Gesellschaft zu fördern. Weisungen – auch nachteilige – der Konzernmutter sind möglich<sup>23</sup>, die Gefahr, in Haftung genommen zu werden, bleibt jedoch für den Tochtergeschäftsführer bestehen. Charakteristisch für das englische System ist nämlich die vermögens- wie auch haftungsmäßig strikte Trennung von Gesellschaftern und Gesellschaft.<sup>24</sup> Ein „*piercing of the veil*“<sup>25</sup> stellt die absolute Ausnahme dar und findet selbst bei wirtschaftlicher Einheit nicht statt.<sup>26</sup> Dennoch von der Haftung getroffen werden kann die Muttergesellschaft, wenn sie als „*shadowdirector*“<sup>27</sup> nach Sec. 251 Subsec. 1 CA 2006, auf den zumindest einige Geschäftsleiterpflichten ausgedehnt werden<sup>28</sup>, qualifiziert werden kann. Dieses Instrument ist aber insofern nicht sehr schlagkräftig, als eine juristische Person nicht schon deshalb als „*shadowdirector*“ angesehen wird, weil ihre Weisungen gewöhnlich von der Tochtergesellschaft befolgt werden (Sec. 251 Subsec. 3 CA 2006). Ein regelmäßiger Gebrauch dieser Figur als konzerndimensionales Haftungsinstrument

<sup>19</sup> U. Schneider/S. Schneider, in: Scholz GmbHG (Fn. 18) § 37 Rn. 61.

<sup>20</sup> Auch Teichmann (Fn. 4), S. 193.

<sup>21</sup> Hannigan/Prentice, in: Hannigan/Prentice, The Companies Act 2006 – A Commentary, 2. Aufl. 2009, S. 170 (1), S. 24.

<sup>22</sup> Davies/Worthington, Gower and Davies, Principles of Modern Company Law, 9. Aufl. 2012, Rn. 16-74.

<sup>23</sup> Rodewald/Paulat, Führung von Gesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern – Möglichkeiten und Grenzen in Deutschland und ausgewählten EU-Staaten, GmbHR 2013, 519 (522).

<sup>24</sup> Hannigan, Company Law, 2. Aufl. 2009, S. 53; Teichmann (Fn. 4), S. 192; Weller/Bauer (Fn. 4), S. 610 f.

<sup>25</sup> Die Durchbrechung der haftungsmäßigen Trennung von Gesellschaft und Gesellschaftern, die zur persönlichen Haftung der Gesellschafter führt (deutsch „Durchgriffshaftung“), vgl. Hannigan (Fn. 24), S. 59 ff.; Dähnert, Konvergenz der Konzernhaftung im englischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 73 ff.

<sup>26</sup> Hannigan (Fn. 24), S. 64; Teichmann (Fn. 4), S. 192 f.

<sup>27</sup> Als „*shadowdirector*“ wird im englischen Gesellschaftsrecht eine Person bezeichnet, die kein förmlich bestellter Geschäftsleiter ist, deren Weisungen und Instruktionen die Geschäftsleiter der Gesellschaft aber gewöhnlich befolgen, vgl. Davies/Worthington (Fn. 22), Rn. 16-15.

<sup>28</sup> Davies/Worthington (Fn. 22), Rn. 16-15.

kommt so nicht infrage, der Tochtergeschäftsführer bleibt eher als in Deutschland bei konzernorientiertem Verhalten hohen Haftungsrisiken ausgesetzt.

### 3. Frankreich

Auch der französische Geschäftsführer im Konzern ist zunächst dem Interesse seiner eigenen Gesellschaft nach dem Maßstab eines gewissenhaften und sorgfältigen Geschäftsführers verpflichtet.<sup>29</sup> Bei Zuwiderhandlungen drohen ihm nach L. 241-3 Code de commerce (für die *Société à responsabilité limitée*) bzw. L. 242-6 Code de commerce (für die *Société Anonyme*) mitunter sogar strafrechtliche Konsequenzen wegen „abus de biens sociaux“<sup>30</sup>, was in etwa dem deutschen Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) entspricht. Ähnlich wie beim „shadowdirector“ ist eine Erstreckung der Haftung auf die Muttergesellschaft über die Figur des „dirigeant de fait“<sup>31</sup> möglich, wenn diese die Geschäftsführung der Tochter beeinflusst hat. Die Voraussetzungen sind jedoch etwa so eng wie im englischen Recht.<sup>32</sup> Im Jahr 1985 hat die französische *Cour de Cassation* allerdings mit der sogenannten Rozenblum-Formel<sup>33</sup> einen zunächst strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund geschaffen, der eine Berücksichtigung des Konzerninteresses unter bestimmten Voraussetzungen<sup>34</sup> zulässt. Die betroffene Gesellschaft muss Teil einer gefestigten Konzernstruktur sein, in der eine kohärente Gruppenpolitik verfolgt wird und sich Vor- und Nachteile für die Einzelgesellschaften insgesamt die Waage halten. Zudem darf die fragliche Maßnahme die finanzielle Leistungsfähigkeit der benachteiligten Gesellschaft nicht übersteigen.<sup>35</sup> Für den französischen Geschäftsführer besteht somit ein Ausweg aus der Haftung bei Entscheidungen im Gruppeninteresse.

<sup>29</sup> Weller/Bauer (Fn. 4), S. 13.

<sup>30</sup> Cozjan/Viandier/Deboissy, *Droit des sociétés*, 28. Aufl. 2015, Rn. 412, zum Tatbestand Rn. 669.

<sup>31</sup> „Dirigeant de fait“ ist im französischen Gesellschaftsrecht eine Person, die, ohne förmlicher Geschäftsführer zu sein, derart in die maßgeblichen Geschäftsleitungsfunktionen der Gesellschaft involviert ist, dass eine beständige Beteiligung an der Geschäftsleitung und eine effektive und konstante Kontrolle des Geschäftsgangs der Gesellschaft impliziert sind, vgl. Cozjan/Viandier/Deboissy (Fn. 30), Rn. 283.

<sup>32</sup> *Ebd.*, Rn. 1641.

<sup>33</sup> *Cour de Cassation*, Chambrecriminelle, 4.2.1985, JCP/E 1985, II, 14614.

<sup>34</sup> Ausführlich dazu Conac, in Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 89 (92 ff.); *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 705 ff.; Schubel, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 197 (200 ff.).

<sup>35</sup> Teichmann (Fn. 4), S. 193; Weller/Bauer (Fn. 4), S. 14; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 62 f.

#### 4. Vergleichendes Fazit

An dieser Gegenüberstellung zeigt sich, dass alle untersuchten Rechtsordnungen zunächst vom Leitbild der eigenständigen Gesellschaft ausgehen. Die Einbindung in eine Unternehmensgruppe wird primär als Gefahr betrachtet, vor der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter durch ein Haftungsregime geschützt werden müssen. Dessen Ausgestaltung und Reichweite unterscheiden sich jedoch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat.<sup>36</sup> In Deutschland ist der Leiter der Tochtergesellschaft durch die Ausgleichsregeln des AktG recht gut geschützt, in Frankreich und England gerät er dagegen leicht in die Pflicht. Eine Lockerung des Schutzrechts hin zur Anerkennung des Gruppeninteresses wie durch die Rozenblum-Formel findet in Deutschland und England kaum statt. So muss sich eine grenzüberschreitende Unternehmensgruppe auf ein europaweites Minenfeld unterschiedlicher Regelungen begeben, auf dem jederzeit eine unvorhergesehene „Haftungsmine“ den Geschäftsleiter treffen kann und die Konzernmutter gleichzeitig von teils strengen Schutzvorschriften zugunsten von Gläubigern und Minderheiten an einer effektiven einheitlichen Gruppenleitung gehindert wird.

#### II. *Status quo* des europäischen Konzernrechts

Neben den unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Unternehmensgruppe gibt es auch auf europäischer Ebene bereits einige Regelungen mit konzernrechtlichem Bezug. In den 70er und 80er Jahren hatte die Kommission erstmals den Versuch unternommen, eine europäische Gesamtregelung des Konzernrechts in Form einer Richtlinie zu entwerfen. Diese war jedoch an ihrer starken Ausrichtung auf den Gläubiger- und Minderheitenschutz<sup>37</sup>, der zu großen Nähe der Vorschläge zum als zu strikt und unflexibel empfundenen<sup>38</sup> deutschen Aktiengesetz von 1965 und der Skepsis vieler Mitgliedstaaten gegenüber einer Konzernrechtskodifikation an sich<sup>39</sup> gescheitert. Auch das im ursprünglichen SE-Statut von 1975 vorgesehene ausführliche Kapitel zur Unternehmensgruppe<sup>40</sup> hat sich aufgrund mangelnder Konsensfähigkeit in der

<sup>36</sup> So auch *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 18.

<sup>37</sup> *Hopt*, Konzernrecht: Die europäische Perspektive, ZHR 171 (2007), 199 (202).

<sup>38</sup> *Conac*, Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level, ECFR 2013, 194 (196); *Teichmann* (Fn. 4), S. 189.

<sup>39</sup> *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 508; *Hopt* (Fn. 37), 202 f.; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 19.

<sup>40</sup> Art. 223 ff. des Geänderten Vorschlags einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften, abgedruckt in BT-Drucks. 7/3713.

endgültigen Fassung nicht durchsetzen können.<sup>41</sup> Deshalb beschränkt sich das bestehende europäische Konzernrecht nun auf punktuelle Regelungen konzernbezogener Probleme. Schaut man genau hin, zeigt sich aber, dass einige grundsätzliche Regelungsgedanken zu Transparenz, Gläubiger- und Aktionärsschutz aus der schiffbrüchig gegangenen Konzernrechtsrichtlinie in späteren EU-Rechtsakten wieder aufgegriffen wurden.<sup>42</sup> Im Mittelpunkt steht dabei die kapitalmarktorientierte Gesellschaft.<sup>43</sup> So tragen im heutigen EU-Recht die Transparenzrichtlinie<sup>44</sup> und die Übernahmerichtlinie<sup>45</sup> zu einem europäischen Konzerneingangsschutz für Aktionäre bei, während die Konzernbilanzrichtlinie<sup>46</sup> für Transaktionstransparenz sorgt.<sup>47</sup> Es fehlt jedoch immer noch an einer europäischen Regelung, die grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen den Umgang mit den verschiedenen Rechtsordnungen erspart und Rechtssicherheit für die Führung ausländischer Tochtergesellschaften schafft.

### III. Konzernrecht im Lichte der Niederlassungsfreiheit

Schon die primärrechtlich in Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit, die über Art. 54 AEUV einen wichtigen Eckpfeiler des europäischen Gesellschaftsrechts bildet, gebietet es, Gesellschaften einen beschränkungs-freien Grenzübertritt zu ermöglichen.<sup>48</sup> Daraus ergibt sich auch das Bedürfnis nach einem europäisch geregelten, binnenmarktfreundlichen Recht für Unternehmensgruppen.<sup>49</sup> Denn aus fehlendem oder dysfunktionalem mitgliedstaatlichem Konzernrecht können sich Marktzutrittsschranken ergeben.<sup>50</sup>

---

<sup>41</sup> Lächler, Das Konzernrecht der Europäischen Gesellschaft (SE) unter besonderer Berücksichtigung der Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, England und Polen, 2007, S. 49; Hopt (Fn. 37), S. 202.

<sup>42</sup> Teichmann (Fn. 4), S. 186 ff.

<sup>43</sup> Teichmann, in: Gebauer/Teichmann, Enzyklopädie Europarecht, Band 6, 2016, S. 562 Rn. 196; Mülberr, Auf dem Weg zu einem europäischen Konzernrecht?, ZHR 179 (2015), 645 (651).

<sup>44</sup> RL 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der RL 2001/34/EG, ABl. 2004 L 390/38.

<sup>45</sup> RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2004 L 142/12.

<sup>46</sup> Siebente RL 83/349/EWG des Rates v. 13.6.1983 aufgrund von Art. 54 Abs. 3 lit. g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss, ABl. 1983 L 193.

<sup>47</sup> Mülberr (Fn. 43), S. 651; Teichmann (Fn. 4), S. 186 ff.

<sup>48</sup> Wymeersch, in: Referate für den 1. Europäischen Juristentag, 2001, S. 108.

<sup>49</sup> Teichmann (Fn. 4), S. 185.

<sup>50</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 687.



## 1. Beeinträchtigungen für grenzüberschreitende Unternehmensgruppen

Entscheidet sich eine Unternehmensgruppe für den Schritt über die Grenze, stellen die unbekanntenen Regelungen anderer Mitgliedstaaten insbesondere bezüglich Konzernleitung und Haftung, die sich mitunter deutlich von den eigenen unterscheiden können<sup>51</sup>, eine große Hürde dar. Denn im Verhältnis zur Konzernmutter wird zumindest aus deutscher Sicht das für die deutsche Muttergesellschaft regelmäßig unbekanntes Recht der ausländischen Tochtergesellschaft angewendet.<sup>52</sup> Um daraus entstehende Unsicherheiten zu beseitigen, muss sich die Unternehmensgruppe der teuren Rechtsberatung international spezialisierter Anwälte bedienen, was bei Großunternehmen zur Unterhaltung einer sehr großen und entsprechend kostspieligen Rechtsabteilung führt.<sup>53</sup> Kleine und mittlere Unternehmen werden möglicherweise von vornherein durch die zusätzlichen Kosten vom Grenzübertritt abgeschreckt oder setzen sich und die entsandten Geschäftsleiter gar ohne fachmännische Beratung den Haftungsrisiken einer fremden Rechtsordnung aus.<sup>54</sup> Unterschiedliche Regelungen über Leitungsmacht und Geschäftsleiterpflichten bergen auch enormes Konfliktpotential zwischen Konzernleitung und dem Leiter der Tochtergesellschaft. Versucht sich der Tochtergeschäftsführer nämlich vor einer eventuell im ausländischen Rechtssystem drohenden persönlichen Haftung zu schützen, indem er nachteilige Weisungen der Mutter nicht befolgt, läuft er Gefahr, bei der Konzernleitung in Ungnade zu fallen und seiner Position enthoben zu werden.<sup>55</sup> Zudem wird der Muttergesellschaft eine einheitliche Konzernführung unter Beteiligung mehrerer Rechtsordnungen erheblich erschwert<sup>56</sup> und die Planungsfreiheit der Konzernleitung eingeschränkt.<sup>57</sup> Die Gruppenstruktur verliert also ihre sonst so typische und reizvolle Flexibilität, eine grenzüberschreitende Tätigkeit wird weniger attraktiv. All dies erschwert oder verhindert den Grenzübertritt und darf deshalb schon aufgrund der primärrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit nicht hingenommen werden.

---

<sup>51</sup> Siehe oben unter **II. 1.**

<sup>52</sup> *BGH*, NZG 2005, 214 (215); *Teichmann*, Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit, ZGR 2014, 45 (71); *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 23.

<sup>53</sup> *Teichmann* (Fn. 4), S. 185.

<sup>54</sup> *Ebd.*; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 24.

<sup>55</sup> *Drygala*, Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions, AG 2013, 198 (202); *ECLÉ*-Bericht (Fn. 3), S. 33; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 24 f.

<sup>56</sup> *Drygala* (Fn. 55), S. 202; *Teichmann* (Fn. 43), S. 563 Rn. 198.

<sup>57</sup> *Chiapetta/Tombari*, Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law, ECFR 2012, 261 (268).

## 2. Alternativen zur Überwindung der Beschränkungen?

Gegen eine europäische Regelung des Konzernrechts wird eingewendet, dass eine Vereinheitlichung gar nicht notwendig sei, da es einer grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe dank der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit<sup>58</sup> möglich ist, die Beteiligung fremder Rechtsordnungen zu vermeiden, indem sie Tochtergesellschaften nach nationalem Recht gründet und deren Verwaltungssitz dann mittels einer Zweigniederlassung in den jeweils gewünschten Mitgliedstaat verlegt.<sup>59</sup> Ob dies jedoch tatsächlich eine sinnvolle Alternative darstellt und die Niederlassungsfreiheit dadurch ausreichend gewährleistet ist, erscheint aus rechtlichen und praktischen Gründen zweifelhaft.

### a) Rechtliche Gleichwertigkeit der Niederlassungsformen

Art. 49 AEUV nennt verschiedene Formen der Niederlassung, die alle gleichermaßen geschützt sind.<sup>60</sup> Auch der *EuGH* betont die rechtliche Gleichwertigkeit der Niederlassungsformen und das Recht, zwischen diesen frei wählen zu dürfen.<sup>61</sup> Mitgliedstaatliches Recht darf also weder gegenüber Zweigniederlassungen noch gegenüber Tochtergesellschaften diskriminierend oder beschränkend sein. Die Beschränkung der Gründung von Tochtergesellschaften kann nicht durch die Freiheit, eine Zweigniederlassung zu errichten, aufgewogen werden.<sup>62</sup> So hat das Argument, eine Muttergesellschaft könne Einschränkungen umgehen, indem sie statt einer Tochtergesellschaft eine Zweigniederlassung gründet, keine rechtliche Durchschlagskraft.<sup>63</sup>

### b) Praktische Vorzüge der ausländischen Tochtergesellschaft

Auch aus praktischer Sicht besteht die Notwendigkeit, die grenzüberschreitende Gründung und Führung von ausländischen Tochtergesellschaften zu erleichtern, da diese gegenüber der Zweigniederlassung aus verschiedenen Gründen

---

<sup>58</sup> Insbesondere *EuGH*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – *Centros Ltd.* ./ *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*; C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – *Überseering BV.* ./ *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*; C-167/01, ECLI:EU:C: 2003:512 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam.* ./ *Inspire Art Ltd.*

<sup>59</sup> So im Zusammenhang mit der SUP *Bormann*, in: Lutter/Koch, *Societas Unius Personae* (SUP), 2015, S. 23 (25).

<sup>60</sup> *Müller-Graff*, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rn. 23.

<sup>61</sup> *EuGH*, C-270/83, ECLI:EU:C:1986:37, Rn. 22 – *Kommission der Europäischen Gemeinschaften.* ./ *Französische Republik*; C-253/03, ECLI:EU:C:2006:129, Rn. 14 – *CLT-UFA SA.* ./ *Finanzamt Köln-West.*

<sup>62</sup> *Teichmann*, *Corporate Groups within the Legal Framework of the European Union: The Group-Related Aspects of the SUP Proposal and the EU Freedom of Establishment*, *ECFR* 2015, 202 (216).

<sup>63</sup> *Ebd.*, S. 202 (216).

die attraktivere Alternative sind.<sup>64</sup> Zum einen ergibt sich aus der Wahl der Zweigniederlassung keine nennenswerte Kosten- und Aufwandsersparnis.<sup>65</sup> Auch immer noch bestehende kollisionsrechtliche Bedenken<sup>66</sup> und die nur durch zwischenstaatliche Abkommen umgehbare Gefahr der Doppelbesteuerung<sup>67</sup> sprechen gegen die Zweigniederlassung. Zugleich bietet die ausländische Tochtergesellschaft den reizvollen Vorteil, mit einer im Gastland bekannten Gesellschaftsform auftreten zu können. Sowohl bei nationalen Behörden als auch potentiellen Geschäftspartnern wird dadurch eher Vertrauen erweckt, als durch eine möglicherweise unbekannte Rechtsform.<sup>68</sup> Durch die Nutzung einer Tochtergesellschaft mit beschränkter Haftung kann außerdem anders als bei einer bloßen Zweigniederlassung eine Haftungsabschottung gegenüber den übrigen Konzerngesellschaften erreicht und so das Geschäftsrisiko jeweils auf die einzelne Gesellschaft begrenzt werden.<sup>69</sup> So verwundert es nicht, dass die Tochtergesellschaft für die meisten Unternehmen das Mittel der Wahl zur Grenzüberschreitung ist.<sup>70</sup> Die Zweigniederlassung stellt keine gleichwertige Alternative dafür dar.

#### **IV. Zwischenergebnis: Notwendigkeit einer europäischen Regelung**

Um Beschränkungen abzubauen und Licht ins Dunkel der nationalen Rechtssysteme zu bringen, bedarf es einer einheitlichen europäischen Regelung für Konzerne. Eine solche würde Rechtssicherheit schaffen, dadurch die Kosten für grenzüberschreitende Unternehmen senken und der Konzernmutter die einfachere Durchsetzung einer international einheitlichen Konzernpolitik ermöglichen. So würden insgesamt die bestehenden Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit abgebaut und die Ausübung derselben, besonders für kleine und mittlere Unternehmen, attraktiver gemacht.<sup>71</sup>

#### **C. Privilegierung des Gruppeninteresses als Regelungszweck**

Um die bestehende Rechtsunsicherheit und die daraus resultierenden Beschränkungen für grenzüberschreitende Unternehmensgruppen abzubauen, ist es wichtig, die Problematik auf der richtigen Ebene anzugehen. Zweck eines europäischen Konzernrechts sollte es sein, einen EU-weit verlässlichen

---

<sup>64</sup> *Teichmann* (Fn. 4), S. 185.

<sup>65</sup> *Teichmann*, Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft, RIW 2010, 120 (122); *ders.* (Fn. 62), S. 218.

<sup>66</sup> *Teichmann* (Fn. 65), S. 121; *ders.* (Fn. 62), S. 218 f.

<sup>67</sup> *Teichmann* (Fn. 65), S. 121 f.; *ders.* (Fn. 62), S. 219.

<sup>68</sup> *Teichmann* (Fn. 65), S. 122; *ders.* (Fn. 62), S. 219.

<sup>69</sup> *Hommelhoff* (Fn. 4), S. 330.

<sup>70</sup> *Wymeersch* (Fn. 48), S. 108.

<sup>71</sup> So auch ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 38; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 61.

Rechtsrahmen sowohl für die Muttergesellschaft als auch die Konzerntöchter zu schaffen, der eine europaweit effiziente Konzernführung ermöglicht<sup>72</sup> und darauf gerichtet ist die Flexibilität des Konzerns zu erhalten und weiter zu fördern.<sup>73</sup> Wichtig hierfür wäre insbesondere die Anerkennung eines für den Konzern als Ganzes bedeutenden Gruppeninteresses und die rechtliche Legitimation und Privilegierung der Unternehmensgruppe als wirtschaftlich sinnvolle Organisationsform.<sup>74</sup>

### I. Zögerliche Anerkennung im nationalen Recht

Betrachtet man die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten<sup>75</sup>, so fällt eine Diskrepanz zwischen Gesetz und wirtschaftlicher Realität ins Auge. Gesetzliches Leitbild ist regelmäßig die unabhängige Einzelgesellschaft, die bei der Einbindung in eine Unternehmensgruppe vor schädlichen Einflüssen bewahrt werden muss.<sup>76</sup> Daher stehen viele konzernrechtlich relevante Regelungen der Mitgliedstaaten, allen voran das deutsche Aktiengesetz<sup>77</sup>, traditionell im Zeichen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes.<sup>78</sup> Dies äußert sich insbesondere darin, dass der Tochtergeschäftsführer auch im Verbund nur seiner eigenen Gesellschaft verpflichtet bleibt.<sup>79</sup> Die Realität sieht jedoch anders aus. Die Organisationsform des Konzerns ist unter großen und auch mittelständischen Unternehmen übliche Praxis, die Einzelgesellschaft mittlerweile eher die Ausnahme.<sup>80</sup> Die Ausrichtung der Geschäftspolitik am Gruppeninteresse ist daher ein unternehmerisch sinnvolles und notwendiges Vorgehen<sup>81</sup>, das auch von der Rechtsordnung nicht mehr ignoriert werden kann. Tatsächlich geht die Tendenz auch in dem Gruppeninteresse bisher eher skeptisch gegenüberstehenden

<sup>72</sup> So auch schon *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 272; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 681; *Hommelhoff*, Ein Neustart im europäischen Konzernrecht, KSzW 2014, 63 (64); Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 59.

<sup>73</sup> So auch Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 59.

<sup>74</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 225; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 681; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 97; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 60.

<sup>75</sup> Vgl. oben unter **II. 1.**

<sup>76</sup> *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 20; *Franzmann*, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, S. 393 (395).

<sup>77</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 199; *Teichmann* (Fn. 4), S. 186.

<sup>78</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 195; *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 268; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 677 f.

<sup>79</sup> Vgl. oben unter **II. 1.**

<sup>80</sup> Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 94; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 59; *Franzmann* (Fn. 76), S. 394; *Teichmann* (Fn. 4), S. 184.

<sup>81</sup> Siehe am Beispiel der Pirelli-Group *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 265.

Mitgliedstaaten<sup>82</sup> dahin, die Konzernwirklichkeit zumindest widerstrebend zu tolerieren.<sup>83</sup> So finden sich etwa im deutschen Recht vereinzelt Öffnungsklauseln, wie etwa § 311 AktG, die eine Ausrichtung am Konzerninteresse zulassen, wenn auch unter strengen, den Schutz Außenstehender sichernden Voraussetzungen.<sup>84</sup> Ähnlich einzuordnen sind die weniger strikte französische Rozenblum-Formel und der regelmäßige Ausschluss zumindest der Muttergesellschaft von der Haftung durch Nichtanwendung der Figur des „*shadow-directors*“ im englischen Recht.<sup>85</sup> Es lässt sich daher sagen, dass die Anerkennung des Gruppeninteresses gewissermaßen schon jetzt „*ius commune*“<sup>86</sup> in Europa ist.

## II. Für eine europäische Anerkennung des Gruppeninteresses

Angesichts der Verschiedenheit der nationalen Rechtsordnungen besteht vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit allerdings immer noch das Bedürfnis nach einer einheitlichen europäischen Regelung, die Rechtssicherheit für die effiziente Führung einer grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe schafft. Ein europäisches Konzernrecht sollte sich daher im Sinne eines „*enabling law*“ darauf konzentrieren, durch Anerkennung des Gruppeninteresses einen verlässlichen, EU-weit einheitlichen Rechtsrahmen zu schaffen, in dem eine wirtschaftlich sinnvolle Konzernleitung möglich ist. Eine solche Anerkennung des Gruppeninteresses wurde auch schon vielfach in der akademischen und praktischen Diskussion gefordert<sup>87</sup> und daraufhin von der europäischen Kommission in verschiedenen Aktionsplänen aufgegriffen.<sup>88</sup> Das Vorhaben sollte dabei zum Ziel haben, dass dem Konzerninteresse der Vorrang vor dem Interesse der Einzelgesellschaft eingeräumt werden darf.<sup>89</sup> Schutzadressat wären

---

<sup>82</sup> Ausführlich zur Anerkennung des Gruppeninteresses im nationalen Recht der Mitgliedstaaten ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 20 ff.; siehe auch ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 15 ff.

<sup>83</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 681; ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 25; *Teichmann* (Fn. 4), S. 195.

<sup>84</sup> *Ekkenga*, Neue Pläne der Europäischen Kommission für ein Europäisches Konzernrecht: Erste Eindrücke, AG 2013, 181 (183).

<sup>85</sup> *Teichmann* (Fn. 4), S. 195.

<sup>86</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 208 f. mit weiteren Beispielen.

<sup>87</sup> *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 268; Feedback Statement, Summary of Responses to the Public Consultation on the Future of European Company Law, 2012, S. 12, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.12.2017), eine detaillierte Analyse hierzu im ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 8 ff.; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 681; *Franzmann* (Fn. 76), S. 400; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 23; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 60.

<sup>88</sup> Aktionsplan der Kommission 2003 (Fn. 3), S. 23; Aktionsplan der Kommission 2012 (Fn. 3), S. 17.

<sup>89</sup> *Ekkenga* (Fn. 84), S. 182; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 25.

dann nicht mehr die Einzelgesellschaften mit den dahinterstehenden Interessen, sondern die Unternehmensgruppe selbst.<sup>90</sup> Tatsächlich würden sowohl die Tochtergeschäftsführer als auch die Konzernmutter erheblich hiervon profitieren. Für beide entstünde durch die Anknüpfung der Geschäftsführerpflichten an den Konzern als Ganzes ein „safe harbour“, der Schutz vor unerwarteter zivil- oder gar strafrechtlicher Haftung bei der Ausrichtung der Tochtergesellschaft auf das Gruppeninteresse böte.<sup>91</sup> Überraschende Konsequenzen bei der Erteilung oder Befolgung nachteiliger Weisungen wären dann nicht mehr zu befürchten. Gleichzeitig würde durch eine Vereinheitlichung der Geschäftsführerpflichten eine kohärente Konzernleitung auch über mehrere Mitgliedstaaten hinweg enorm erleichtert, da bei der Gruppenführung keine Rücksicht mehr auf das jeweilige Recht der Mitgliedstaaten genommen werden müsste.<sup>92</sup> Zudem würden schon im Vorfeld der Grenzüberschreitung die zusätzlichen Kosten für Rechtsberatung gesenkt und der gewaltige Informationsaufwand verringert.<sup>93</sup> Dadurch würde der Grenzüberschritt insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen attraktiver und ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit gesteigert.<sup>94</sup> Auch für aus Drittstaaten, wie beispielsweise den USA, geführte Unternehmensgruppen könnte damit die Gründung einer Tochtergesellschaft in Europa interessanter werden.<sup>95</sup> So spricht vieles dafür, mit der Einführung eines europäischen Konzernrechts das Gruppeninteresse in einheitlicher Form anzuerkennen und eine Ausrichtung von Tochtergesellschaften am Konzerninteresse europaweit zu legitimieren.

#### **D. Modelle für ein europäisches Konzernrecht**

An die Erkenntnis, dass eine europaweit einheitliche Anerkennung des Gruppeninteresses viele nicht zu leugnende Vorteile bringen würde, schließt sich unmittelbar die Frage nach einem geeigneten Weg zur Umsetzung an. Es stehen bereits verschiedene Vorschläge im Raum, die es sich zu betrachten lohnt.

#### **I. Regelungstechnische Vorüberlegungen**

Bevor jedoch inhaltliche Überlegungen angestellt werden können, sind einige Fragen eher technischer Natur zu klären. Es müssen Entscheidungen über den

---

<sup>90</sup> Vgl. *Ekkenga* (Fn. 84), S. 182 f.

<sup>91</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 212; ICLEC-Bericht (Fn. 3), S. 29; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 60; *Teichmann* (Fn. 4), S. 190.

<sup>92</sup> Vgl. *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 269; *Conac* (Fn. 38), S. 211; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64.

<sup>93</sup> Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 61; vgl. auch *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64.

<sup>94</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 210; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64.

<sup>95</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 211.

konkreten Anwendungsbereich der Regelung, ihre Grenzen sowie ihre Regelungsform – Verordnung, Richtlinie oder Empfehlung – getroffen werden.

### 1. Anwendungsbereich

Bezüglich des Anwendungsbereichs gilt es zu klären, ob nur hundertprozentige Tochtergesellschaften einbezogen werden sollen, für welche Gesellschaftsformen die Regelung gelten soll, oder ob nicht die Benutzung einer eigenen europäischen Rechtsform als Konzernbaustein die elegantere Lösung wäre.

#### a) Beschränkung auf hundertprozentige Tochtergesellschaften?

Die Frage, ob eine europäische Regelung auf hundertprozentige Tochtergesellschaften beschränkt werden sollte, wurde schon von der *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, die sich im Jahr 2011 unter anderem mit einer möglichen Regelung des europäischen Konzernrechts befasste, aufgeworfen, aber nicht ausführlich diskutiert und beantwortet.<sup>96</sup> Ein Ausschluss von Gesellschaften mit Minderheitsgesellschaftern böte den offensichtlichen Vorteil, dass Regelungen zum Minderheitenschutz nicht notwendig wären<sup>97</sup> und nicht zusätzlich noch darüber eine Einigung der Mitgliedstaaten erzielt werden müsste. So wäre ein solcher Vorschlag aller Wahrscheinlichkeit nach leichter und schneller umzusetzen. Aus diesen Gründen plädiert auch die *Informal Company Law Expert Group* (ICLEG) in ihrem Bericht aus dem Jahr 2016 dafür, eine harmonisierende Regelung zum Gruppeninteresse zunächst auf hundertprozentige Tochtergesellschaften zu beschränken und den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit zu bieten, diese nach ihrem Willen auch auf Gesellschaften mit Minderheitsbeteiligung auszuweiten.<sup>98</sup> Kritisch zu sehen ist dabei allerdings, dass dann für die nicht hundertprozentigen Tochtergesellschaften die genannten Probleme bestehen blieben<sup>99</sup> und bei „gemischten“ Konzernen mit hundertprozentigen und nicht hundertprozentigen Töchtern wiederum keine einheitliche Gruppenführung möglich wäre. Ein denkbarer Kompromiss wäre, das Gruppeninteresse zwar für beide anzuerkennen, dabei aber verschiedene Systeme mit bedarfsgerechten Schutzvorschriften zu verwenden.<sup>100</sup> Vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang auch eine funktionale Unterscheidung in „Servicegesellschaften“, die bloße Hilfsfunktionen im Konzern erfüllen, und sogenannte „Reguläre Tochtergesellschaften“, die über

<sup>96</sup> Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 61.

<sup>97</sup> *Drygala* (Fn. 55), S. 205.

<sup>98</sup> ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 40 f.

<sup>99</sup> *Ebd.*, S. 205.

<sup>100</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 217 ff.; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, General Comments, Considerations.

ein höheres Maß an Eigenständigkeit verfügen.<sup>101</sup> Eine Differenzierung rein nach Beteiligung ist aber wohl die klarere und einfacher handhabbare Lösung als der funktionale Ansatz.<sup>102</sup> In gemischten Gruppen hätte es die Konzernmutter dann zwar mit zwei verschiedenen Leitungsmodellen zu tun, diese wären aber jedenfalls europaweit einheitlich. Dieser Vorschlag erscheint also sinnvoll, weil er einerseits den unterschiedlichen Bedürfnissen von hundertprozentigen Töchtern und Tochtergesellschaften mit Minderheitsbeteiligung Rechnung trägt und andererseits Rechtssicherheit im grenzüberschreitenden Konzern schafft und eine flexible Leitung ermöglicht.

*b) Erfasste Rechtsformen*

Diskussionsbedarf besteht weiterhin im Bezug darauf, welche Gesellschaftsformen eine europäische Regelung umfassen sollte. Plädiert wurde bisher eher dafür, alle Kapitalgesellschaften, auch unabhängig von einer Börsennotierung, einzubeziehen, da Unternehmensgruppen in allen möglichen Konstellationen vorkämen.<sup>103</sup> Zu bedenken ist jedoch, dass eine Einbeziehung der auf Börsennotierung ausgerichteten Aktiengesellschaft einige Hindernisse mit sich bringen würde. Zum einen hat sich bereits in der Vergangenheit gezeigt, dass eine Einigung der Mitgliedstaaten im Bereich des Aktienkonzernrechts, insbesondere aufgrund der mangelnden Bereitschaft Deutschlands, vom bewährten Modell des deutschen Aktiengesetzes abzurücken, nahezu unmöglich zu erreichen ist.<sup>104</sup> Zudem droht bei einer Anerkennung des Gruppeninteresses für die Aktiengesellschaft eine Kollision mit dem in der Kapitalrichtlinie<sup>105</sup> festgelegten Verbot der Einlagenrückgewähr.<sup>106</sup> Die nötige Anpassung würde

---

<sup>101</sup> *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 512 f.; ähnlich auch *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 67; ausführlich zur Servicegesellschaft *ders.* (Fn. 4) S. 330 ff.; *J. Schmidt*, in: *Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 467 ff.

<sup>102</sup> Diese klare Unterscheidung nimmt auch *Böckli*, in: *Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 363 (374 ff.) vor; gefordert auch von *Franzmann* (Fn. 76), S. 404 f.

<sup>103</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 214; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 691; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 60.

<sup>104</sup> *Teichmann* (Fn. 4), S. 191.

<sup>105</sup> Zweite RL 77/91/EWG des Rates v. 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. 1977 L 26.

<sup>106</sup> *Habersack*, *Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel – Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union*, NZG 2004, 1 (8); *Müllbert* (Fn. 43), S. 661 f.; *Teichmann* (Fn. 4), S. 191.



den Regelungsprozess weiter verkomplizieren und eine Einigung erschweren.<sup>107</sup> Wirft man einen Blick in die bestehende europäische Konzernlandschaft, zeigt sich jedoch, dass eine Beschäftigung mit dieser Problematik aus praktischer Sicht gar nicht notwendig ist. Häufigere und beliebtere Konzernbausteine sind ohnehin die GmbH und ihre ausländischen Pendanten.<sup>108</sup> Es genügt also, das Gruppeninteresse europaweit einheitlich für die kleine Kapitalgesellschaft, derer sich grenzüberschreitende Unternehmensgruppen dann als Tochtergesellschaft bedienen können, anzuerkennen.<sup>109</sup> Gleichzeitig böte diese Lösung den Vorteil, dass die Signalwirkung der Aktiengesellschaft als besonders seriöse Organisationsform mit hohem Schutzniveau erhalten bliebe und Außenstehende schon an der Gesellschaftsform den höheren Grad an Eigenständigkeit erkennen könnten.<sup>110</sup> Eine liberale Einstellung zum Gruppeninteresse würde den europäischen Unternehmen dann auch nicht aufgezwungen, sondern bliebe eine Option, für die sie sich bewusst entscheiden könnten. Insgesamt erscheint es aus diesen Gründen vorteilhafter, die Aktiengesellschaft beim Projekt, ein europäisches Konzernrecht zu schaffen, außen vor zu lassen und sich auf die kleine Kapitalgesellschaft zu konzentrieren.

*c) Alternative: Eine europäische Rechtsform als Konzernbaustein*

Alternativ zur Festlegung eines einheitlichen europäischen Konzernrechts für nationale Rechtsformen bietet sich die Schaffung einer europäischen Rechtsform mit eigens geregelter Konzernrecht an. Dies hätte den Vorzug, dass nicht in die konzernrechtlichen Vorschriften für die nationalen Gesellschaftsformen eingegriffen werden müsste, sondern eine europäische Alternative lediglich daneben träte. Derzeit verfolgt die Kommission einen solchen Ansatz mit dem Vorschlag für eine SUP-Richtlinie.<sup>111</sup> Doch auch eine Reaktivierung der vorläufig gescheiterten SPE als europäischer Konzernbaustein böte verlockende Vorteile.

(aa) Die SUP als Konzernbaustein

Die Kommission hat es sich in ihrem Vorschlag für eine SUP-Richtlinie, der auf die Ankündigung einer konzernrechtlichen Initiative im Aktionsplan der

---

<sup>107</sup>Teichmann (Fn. 4), S. 191.

<sup>108</sup> *Ebd.*, S. 191.

<sup>109</sup> *Ebd.*, S. 191.

<sup>110</sup> *Ebd.*, S. 191.

<sup>111</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter v, 9.4.2014, COM/2014/212 final, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014PC0212> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Kommission von 2012 folgte<sup>112</sup>, zum Ziel gesetzt, vor allem kleinen und mittleren Unternehmen die binnenmarktweite Gründung und Führung von Tochtergesellschaften zu erleichtern.<sup>113</sup> Die *Societas Unius Personae* (SUP) ist dabei nicht als supranationale Rechtsform konzipiert. Stattdessen werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine neue nationale Rechtsform der Einpersonengesellschaft nach den Vorgaben der Richtlinie zu schaffen.<sup>114</sup> Eine zentrale Rolle für die Funktion als Konzerntochter spielt hierbei das in Art. 23 Abs. 1 des Vorschlags vorgesehene Weisungsrecht des Alleingeschafters gegenüber dem Leitungsorgan mit korrespondierender Folgepflicht<sup>115</sup>, das der Muttergesellschaft Rechtssicherheit in der Konzernführung bieten soll.<sup>116</sup> Kritisch zu sehen ist jedoch die sofortige Einschränkung in Art. 23 Abs. 2, der für die Reichweite des Weisungsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen verweist. Denn die Grenzen des Weisungsrechts werden maßgeblich dadurch bestimmt, inwiefern das Gruppeninteresse als Faktor bei der Geschäftsführung im nationalen Recht anerkannt ist. Die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme stehen diesem Problem aber sehr unterschiedlich und eher zurückhaltend gegenüber und gerade das ist es, was eine grenzüberschreitende Gruppenführung so schwierig macht.<sup>117</sup> Mit dem Weisungsrecht in der vorgeschlagenen Form, das im Übrigen in der Diskussion im Europäischen Rat ohnehin wieder gänzlich beseitigt wurde,<sup>118</sup> ist also für den binnenmarktweiten Konzern nicht viel gewonnen.<sup>119</sup> Um sein eigentliches Ziel zu erreichen, müsste der SUP-Vorschlag deshalb jedenfalls um eine einheitliche Regelung zur Anerkennung des Gruppeninteresses ergänzt werden.<sup>120</sup> Selbst dann blieben allerdings durch den auf Einpersonengesellschaften, das heißt hundertprozentige Tochtergesellschaften, beschränkten Anwendungsbereich die Probleme für Tochtergesellschaften mit Minderheitsbeteiligung ungelöst. Der optimale Weg, das Gruppeninteresse in Europa einheitlich anzuerkennen, ist die *Societas Unius Personae* also nicht.

<sup>112</sup> Aktionsplan der Kommission 2012 (Fn. 3), S. 17.

<sup>113</sup> SUP-Richtlinienvorschlag 2014 (Fn. 111), S. 3; *Hommelhoff*, Die Societas Unius Personae: als Konzernbaustein noch unbrauchbar, GmbHR 2014, 1065 (1066).

<sup>114</sup> SUP-Richtlinienvorschlag 2014 (Fn. 111), S. 3; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 27; zu den verschiedenen Umsetzungsmöglichkeiten *Jung*, Societas Unius Personae (SUP) – Der neue Konzernbaustein, GmbHR 2014, 579 (580 f.).

<sup>115</sup> SUP-Richtlinienvorschlag 2014 (Fn. 111), Erwägungsgrund 23, S. 14.

<sup>116</sup> *Teichmann* (Fn. 62), S. 227.

<sup>117</sup> *Drygala*, What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP), EuZW 2014, 491 (495); *Hommelhoff* (Fn. 113), S. 1071; ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 12; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 28.

<sup>118</sup> *Teichmann* (Fn. 43) S. 566 Rn. 208.

<sup>119</sup> *Drygala* (Fn. 117), S. 494 f.; *Hommelhoff* (Fn. 113), S. 1071; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 28 f.

<sup>120</sup> *Hommelhoff* (Fn. 113), S. 1071 f.; auch in diese Richtung ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 45.

## (bb) Für eine Reaktivierung der SPE

Im Zusammenhang mit der Diskussion um ein europäisches Konzernrecht lohnt es sich auch, einen erneuten Blick auf das vor einigen Jahren vorläufig gescheiterte, durch die SUP-Richtlinie ersetzte Projekt der *Societas Privata Europaea* (SPE)<sup>121</sup> zu werfen. Auch die SPE sollte vor allem kleinen und mittleren Unternehmen den Grenzüberschritt erleichtern und als Konzernbaustein, durchaus auch für Großkonzerne, dienen.<sup>122</sup> Ziel des europäischen Gesetzgebers war es, durch die SPE-Verordnung<sup>123</sup> eine Gesellschaft mit europaweit einheitlichem Statut zu schaffen.<sup>124</sup> Gelingen sollte das Kunststück, 27 unterschiedliche Gesellschaftsrechtstraditionen unter einen Hut zu bringen, ohne den Rückgriff auf nationales Recht zuzulassen, durch ein Maximum an Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis, abgesichert durch eine Liste von Regelungsaufträgen.<sup>125</sup> Mit der SPE als Konzernbaustein wäre es also möglich, ein europaweites Netz von Tochtergesellschaften mit identischer und bedarfsgerechter Organisationsstruktur aufzubauen, die dann problemlos nach einem einheitlichen Muster geführt werden könnten.<sup>126</sup> Unklar blieb dabei jedoch die gerade im konzernrechtlichen Kontext relevante Frage, ob der Gesellschaftsvertrag ein Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber dem Leitungsorgan vorsehen darf.<sup>127</sup> Bei einer möglichen Wiederbelebung der SPE als Konzernbaustein sollte diese Frage klar in der Verordnung beantwortet werden.<sup>128</sup> Ebenso unbeantwortet blieb im letzten Verordnungsvorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft von 2011 auch die daran anschließende Frage, ob und inwiefern das Konzerninteresse von der Tochtergeschäftsführung in

<sup>121</sup> Teichmann (Fn. 43), S. 621 Rn. 386.

<sup>122</sup> Hommelhoff, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann, *Societas Privata Europaea* (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 2014, S. 23 (23 f.); Lutter/Bayer/J. Schmidt, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl. 2012, S. 1672 Rn. 7 f.

<sup>123</sup> Abgestellt wird auf den Kompromissvorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft 2011: Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Europäische Privatgesellschaft, Dok. 10611/11, abgedruckt bei Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 122), S. 1734 ff.

<sup>124</sup> SPE-Verordnungsvorschlag 2011 (Fn. 123), Erwägungsgrund 3, bei Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 122), S. 1734; Hommelhoff/Teichmann, *Die Wiederbelebung der SPE*, GmbHR 2014, 177 (183); Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 122), S. 1677 Rn. 17.

<sup>125</sup> Teichmann (Fn. 65), S. 123.

<sup>126</sup> Brems/Cannivé, *Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) als Baustein des internationalen Konzerns*, *Der Konzern* 2008, 629 (630); Hommelhoff (Fn. 122), S. 27; Hommelhoff/Teichmann, in: Hirte/Teichmann, *The European Private Company – Societas Privata Europaea* (SPE), 2013, S. 1 (10); Teichmann, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann, *Societas Privata Europaea* (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 2014, S. 39 (56 f.); ders. (Fn. 65), S. 124.

<sup>127</sup> Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 122), S. 1720 Rn. 151.

<sup>128</sup> So auch Teichmann (Fn. 126), S. 57.

ihre Entscheidungen einbezogen werden darf. Bisher gibt es nämlich keine SPE-spezifischen Regelungen zum Konzernrecht, sodass auf eine abhängige SPE über Art. 4 SPE-VO letztendlich, ähnlich wie bei der SUP, wieder das nationale Konzernrecht anwendbar wäre<sup>129</sup> und eine grenzüberschreitende Unternehmensgruppe auf die gleichen Probleme stieße wie bei der Verwendung einer nationalen Rechtsform. Allerdings bietet sich die SPE aus verschiedenen Gründen als Vehikel für eine europäische Konzernrechtsregelung im Sinne eines *enabling law* an. Zum einen wäre aufgrund des Charakters der SPE als supranationale Rechtsform und ihrer Regelung in einer Verordnung kein Eingriff in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erforderlich.<sup>130</sup> Gerade auch die deutsche Gesellschaftsrechtstradition würde dadurch von tiefgreifenden Veränderungen verschont bleiben.<sup>131</sup> Die SPE träte lediglich als Option neben die nationale kleine Kapitalgesellschaft. Wie mit dem zumindest im Bereich international tätiger Unternehmen<sup>132</sup> entstehenden Konkurrenzdruck umzugehen ist, könnte der nationale Gesetzgeber dann jeweils selbst entscheiden.<sup>133</sup> Ein weiteres Argument ist die vielseitige Einsetzbarkeit der SPE. Sowohl kleine und mittlere Unternehmen als auch Großkonzerne könnten sich ihrer als Konzernbaustein zur Verfolgung vielfältiger Unternehmenszwecke bedienen.<sup>134</sup> Zudem ist sie in ihrem Anwendungsbereich nicht auf Einpersonengesellschaften beschränkt<sup>135</sup>, auch Tochtergesellschaften mit Minderheit könnten in ihrer Form geführt und damit in ein binnenmarktweites Netzwerk synchron geleiteter Konzerntöchter integriert werden. Außerdem entstünde durch die einheitliche Verwendung der Bezeichnung „SPE“ ein europäisches Label, von dem vor allem die noch jüngeren Mitgliedstaaten der EU, deren nationale Gesellschaftsformen international eher unbekannt sind, profitieren würden.<sup>136</sup> Aus diesen Gründen wäre eine Reaktivierung des SPE-Projekts und eine spezifische Konzernrechtsregelung verbunden mit der Anerkennung des Gruppeninteresses im Rahmen der SPE-Verordnung – zumindest theoretisch – die optimale Lösung für ein europäisches Konzernrecht.

---

<sup>129</sup> *Brems/Cannivé* (Fn. 126), S. 637.

<sup>130</sup> *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 124), S. 186.

<sup>131</sup> *Ebd.*, S. 179; *Hommelhoff*, Gesetzgebungsprojekte im Gesellschafts- und Unternehmensrecht für die kommende Legislaturperiode, ZIP 2013, 2177 (2182).

<sup>132</sup> Die Gründung einer SPE ist nach Art. 3 Abs. 3 SPE-VO nur mit grenzüberschreitendem Bezug möglich.

<sup>133</sup> *Hommelhoff* (Fn. 131), S. 2182.

<sup>134</sup> *Hommelhoff* (Fn. 122), S. 27 f.; *Teichmann* (Fn. 126), S. 43.

<sup>135</sup> *Kneisel*, Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) im Konzern, 2012, S. 16; *Teichmann* (Fn. 43), § 6 Rn. 385.

<sup>136</sup> *Oplustil*, in: *Teichmann*, Europa und der Mittelstand, 2010, S. 109 (120); *Teichmann*, (Fn. 126), S. 43; *Teichmann* (Fn. 43), S. 620 Rn. 385.

## 2. Gläubiger- und Minderheitenschutz

Die Privilegierung des Gruppeninteresses und der Gläubiger- und Minderheitenschutz sind zwei Seiten der gleichen Medaille. Lässt man zu, dass die Tochtergesellschaft ihren eigenen Interessen zuwiderhandelt, müssen auch die beteiligte Minderheit und die Gläubiger vor den Konsequenzen geschützt werden. Soll eine Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene funktionieren, dürfen daher auch Regelungen zum Gläubiger- und Minderheitenschutz nicht fehlen.<sup>137</sup> Zumindest für börsennotierte Aktiengesellschaften existieren schon einige Schutzvorschriften, insbesondere Regelungen, die Transparenz im Konzern schaffen sollen.<sup>138</sup> Eine Ausdehnung dieser Gruppentransparenzregeln auf nicht börsennotierte Gesellschaften wurde im Aktionsplan der Kommission 2003 geplant.<sup>139</sup> Zudem stehen noch weitere Vorschläge, die den Gläubiger- und Minderheitenschutz auch in der kleinen Kapitalgesellschaft gewährleisten sollen, im Raum. Aktuell wird von der Kommission die verstärkte Kontrolle von Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen bei Aktiengesellschaften durch eine Änderung der Aktionärsrechterichtlinie vorangetrieben.<sup>140</sup> Aber auch die Ausdehnung einer solchen Regelung auf die kleine Kapitalgesellschaft wäre denkbar.<sup>141</sup> Außerdem zur Debatte stehen ein Dokumentationssystem zu gruppeninternen Vorgängen<sup>142</sup>, ein *Sell-out-Recht*<sup>143</sup> bei der Konzernbildung sowie Informations- und Unter-

---

<sup>137</sup> Überblick über den bisher auf mitgliedstaatlicher Ebene existierenden Gläubiger- und Minderheitenschutz in der Unternehmensgruppe im ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 23 ff.

<sup>138</sup> Siehe oben unter **II. 2.**

<sup>139</sup> Aktionsplan der Kommission 2003 (Fn. 3), S. 22 f.

<sup>140</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der RL 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung v. 9.4.2014, COM/2014/213 final, S. 10, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/cgp/shrd/140409-shrd\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/cgp/shrd/140409-shrd_de.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

<sup>141</sup> So im EMCA, der die große und die kleine Kapitalgesellschaft erfasst: EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Introduction, S. 18 ff. und Chapter 15, General Comments, Considerations; die ECLE schlagen die Regelung von *Related Party Transactions* gar als Hauptelement einer Regelung zur europäischen Anerkennung des Gruppeninteresses vor, ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 35 ff.

<sup>142</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 712; *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 514.

<sup>143</sup> Recht der Minderheitsgesellschafter, bei Konzernbildung den Ankauf ihrer Anteile durch die mit sehr großer Mehrheit übernehmende Muttergesellschaft zu verlangen, s. EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Sec. 15; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 109 f.

suchungsrechte<sup>144</sup> für Minderheitsgesellschafter und die Einführung eines Haftungstatbestandes nach Vorbild des britischen „*wrongful trading*“<sup>145</sup>, der auch die Muttergesellschaft mit einbeziehen kann.<sup>146</sup> Im Vorschlag für die SUP-Richtlinie werden Gläubiger durch einen Bilanz- und Solvenzttest bei Ausschüttungen<sup>147</sup>, der in fast identischer Form auch im letzten Entwurf der SPE-Verordnung zu finden ist<sup>148</sup>, vor einem Verlust des Gesellschaftsermögens geschützt. So stehen bei einer europäischen Anerkennung des Gruppeninteresses jedenfalls genügend Konzepte zum Schutz von Gläubigern und Minderheiten zur Verfügung, mit denen parallel gearbeitet werden könnte. Inwieweit die Regeln zum Schutz von Gläubigern und Minderheiten durch EU-Vorschriften harmonisiert werden müssen und inwieweit sie im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten verbleiben können, muss in der weitergehenden Diskussion noch entschieden werden.<sup>149</sup> Festzuhalten ist aber, dass bei einer Anerkennung des Gruppeninteresses ein ausreichender Gläubiger- und Minderheitenschutz die Regelungsgrenze bilden muss. Diese wäre jedenfalls erreicht, sobald die Tochtergesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen könnte und damit in ihrer Existenz bedroht wäre.<sup>150</sup> Spätestens dann müsste das Gruppeninteresse in den Hintergrund treten und die Kräfte der Tochtergesellschaft auf sich selbst konzentriert werden.<sup>151</sup> Allzu strikte und beschwerliche Schutzvorschriften sind allerdings nicht zu empfehlen, da sie sich in der Vergangenheit als impraktikabel erwiesen haben und eine effektive und flexible Gruppenführung wiederum behindern würden.<sup>152</sup>

### 3. Empfehlung, Richtlinie oder Verordnung?

Schließlich bleibt noch die Frage, in welcher Handlungsform der europäische Gesetzgeber bei einem Legislativprojekt zum Gruppeninteresse vorgehen sollte. Eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten, das Gruppeninteresse anzuerkennen,

<sup>144</sup> EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Sec. 14; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 713; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 57 f.

<sup>145</sup> Der Tatbestand des „*wrongful trading*“ führt zu einer persönlichen Haftung der Geschäftsleiter, wenn sie wider besseren Wissens die Geschäfte einer unmittelbar vor der Insolvenz stehenden Gesellschaft in riskanter, gläubigerschädigender Weise weiterführen, vgl. *Davies/Worthington* (Fn. 22), Rn. 9-6.

<sup>146</sup> ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 35; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Sec. 17; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 761; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 97.

<sup>147</sup> Art. 18 SUP-Richtlinienentwurf 2014 (Fn. 111).

<sup>148</sup> Art. 21 SPE-Verordnungsvorschlag 2011 (Fn. 123).

<sup>149</sup> Für Schutzvorschriften (größtenteils) auf mitgliedstaatlicher Ebene: *Conac* (Fn. 38), S. 216; ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 35; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 677 ff.; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 64; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 21.

<sup>150</sup> So auch *Teichmann* (Fn. 4), S. 196.

<sup>151</sup> So auch *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 515.

<sup>152</sup> EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, General Comments, Considerations.

wäre das mildeste Mittel, da die Handlungsform der Empfehlung nicht rechtlich bindend ist. Hierbei bestünde der Vorteil, dass weniger politische Hindernisse zu überwinden wären und eine Empfehlung auch inhaltlich weiter gehen könnte, da die Kommission Empfehlungen ohne die Zustimmung des Rates und des Parlaments aussprechen kann.<sup>153</sup> Wirken könnte eine Empfehlung zumindest als zündender Funke, der nationale Gesetzgeber und Gerichte zum Umdenken anregt.<sup>154</sup> Einige Mitgliedstaaten behandeln Empfehlungen sogar wie bindende Rechtsakte.<sup>155</sup> Gleichzeitig würde eine Empfehlung die Möglichkeit eröffnen, das vorgeschlagene System unverbindlich zu „testen“. Sollte es sich europaweit bewähren, könnte man es dann immer noch ganz oder teilweise in einer Richtlinie festschreiben.<sup>156</sup> Dennoch erscheint es sinnvoller, die Anerkennung des Gruppeninteresses von Anfang an in eine Richtlinie zu kleiden. Eine solche böte nämlich im Vergleich zu einer Empfehlung in höherem Maße das, was grenzüberschreitenden Konzernen in Europa gerade am meisten fehlt: Rechtssicherheit. Deshalb sollte die Kommission noch aus der Zeit der gescheiterten Neunten Richtlinie stammende Ressentiments<sup>157</sup> aufgeben und sich der politischen Herausforderung eines neuen, auf die Anerkennung des Gruppeninteresses abzielenden Richtlinienvorschlags stellen. Mit Art. 50 AEUV stellen ihr die Verträge auch das dafür nötige Handwerkszeug zur Verfügung. Noch größere Rechtssicherheit böte natürlich eine Verordnung, bei der nicht einmal mehr ein Umsetzungsspielraum besteht. Hier könnte wiederum die auf Eis gelegte SPE-Verordnung ins Spiel kommen, da durch die Einführung einer supranationalen Rechtsform mit europäisch geregelter Konzernrecht ein Höchstmaß an Rechtssicherheit erzielt werden könnte ohne in die nationalen Rechtsordnungen einzugreifen. Das Problem bei diesem Ansatz liegt jedoch in der praktischen Umsetzbarkeit. Denn eine Verordnung erfordert nach Art. 352 AEUV Einstimmigkeit im Rat der EU, die angesichts der großen Uneinigkeit der Mitgliedstaaten insbesondere bezüglich Gläubigerschutz und Arbeitnehmermitbestimmung in der SPE sowie der Möglichkeit der Sitzaufspaltung<sup>158</sup> wohl nur sehr schwer, wenn nicht unmöglich, zu erreichen wäre.<sup>159</sup> So wäre wohl die Umsetzung des Projektes der Anerkennung des Gruppeninteresses in einer separaten Richtlinie, wenn

---

<sup>153</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 213.

<sup>154</sup> *Ebd.*, S. 213; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 68; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 64; *Teichmann* (Fn. 4), S. 197.

<sup>155</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 213.

<sup>156</sup> *Ebd.*, S. 213.

<sup>157</sup> *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 68.

<sup>158</sup> *Hommelhoff* (Fn. 122), S. 29 ff.; *Teichmann* (Fn. 43), S. 622 Rn. 388; zur Mitbestimmungsdiskussion siehe auch *Teichmann* (Fn. 126), S. 57 ff.

<sup>159</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 213.

schon nicht die in der Sache wirksamste, doch wohl die rechtspolitisch sinnvollste Lösung. Unabhängig vom gewählten Handlungsinstrument sollte das neue europäische System aber jedenfalls als Option neben die nationalen Konzernrechtsregelungen treten. Es sollte jedem Unternehmen freistehen, sich bewusst für das Gruppenprivileg, aber auch die damit einhergehenden Schutzvorschriften, zu entscheiden.<sup>160</sup>

## II. Möglichkeiten zur Legalisierung des Gruppeninteresses

Um eine europäische Konzernrechtsregelung mit Leben zu füllen, gilt es, den richtigen Weg für eine Privilegierung des Gruppeninteresses zu finden.

### 1. Europaweite Übernahme des Rozenblum-Gedankens

Viel diskutiert im Zusammenhang mit einer Anerkennung des Gruppeninteresses ist die aus dem französischen Recht stammende Rozenblum-Formel<sup>161</sup>. Seit die Konzernrechtsdebatte wieder zum Leben erwacht ist, wird sie immer wieder als Blaupause für eine europäische Regelung vorgeschlagen.<sup>162</sup>

#### a) Voraussetzungen der Rozenblum-Formel

Die Rozenblum-Formel erscheint insofern als geeignetes Instrument zur Anerkennung des Gruppeninteresses in einer europäischen Konzernrechtsregelung, als sie ganz im Sinne eines Gruppenprivilegs nicht die Einzelverbindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, sondern den Konzern als Ganzes im Blick hat und so einer verengten Wahrnehmung des Konzernproblems vorbeugt.<sup>163</sup> Der Schutz der Einzelgesellschaft wird dadurch gewährleistet, dass für eine Tochtergesellschaft nachteilige Maßnahmen nur unter bestimmten Umständen zulässig sind. Aus der Entscheidung der französischen *Cour de Cassation*<sup>164</sup> lassen sich vier Voraussetzungen ableiten. Die betreffende Gesellschaft muss erstens Teil einer Unternehmensgruppe mit gefestigter und ausgewogener Struktur sein, in der zweitens eine kohärente Gruppenpolitik verfolgt wird. Drittens müssen der Einzelgesellschaft aus der Gruppenzugehörigkeit erwachsende Vor- und Nachteile in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Zuletzt dürfen nachteilige Maßnahmen nicht die finanzielle Leistungsfähigkeit der betroffenen Konzerntochter übersteigen, also

<sup>160</sup> So auch *Teichmann* (Fn. 4), S. 197.

<sup>161</sup> Siehe bereits oben unter **II. 1. c)**.

<sup>162</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 219; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 713; *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 513; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 65 f.; ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 44; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 97; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 64.

<sup>163</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 713.

<sup>164</sup> *Cour de Cassation*, *Chambre criminelle*, 4.2.1985, JCP/E 1985, II, 14614.



nicht zu einer Existenzvernichtung derselben führen.<sup>165</sup> Diffus bleibt jedoch bisher der genaue Inhalt der vom französischen *Gericht* aufgestellten Voraussetzungen. Diese Unklarheit rührt zum einen daher, dass es in der Folge der Rozenblum-Entscheidung nur eine geringe Anzahl weiterer Fälle gab, in denen das französische oberste *Gericht* auf diese Formel zurückgriff.<sup>166</sup> Zum anderen drehten sich die meisten der mit Hilfe von Rozenblum entschiedenen Fälle um bereits insolvente Tochtergesellschaften, sodass der Schwerpunkt der Prüfung auf dem Verbot der Existenzvernichtung lag und die Rechtsprechung sich insbesondere mit den Anforderungen an die kohärente Gruppenpolitik und den Nachteilsausgleich nicht tiefergehend beschäftigte.<sup>167</sup> So ist insbesondere noch offen, durch wen und auf welche Weise die Gruppenpolitik des Konzerns festzulegen ist.<sup>168</sup> Problematisch an dieser Voraussetzung ist auch, dass die Entwicklung einer solchen Gruppenpolitik gerade kleinen und mittleren Unternehmen aufgrund des damit verbundenen organisatorischen Aufwandes schwer fallen könnte, sodass im Hinblick auf einen erleichterten Grenzüberschritt gerade für mittelständische Unternehmen wenig gewonnen wäre.<sup>169</sup> Auch bezüglich der Anforderungen an den Nachteilsausgleich gibt es noch offene Fragen. Der für eine flexible Gruppenführung entscheidende Vorteil im Rahmen des Rozenblum-Konzepts liegt jedenfalls darin, dass nicht, wie beispielsweise im deutschen Recht, jeder einer Tochtergesellschaft zugefügte Nachteil einzeln und präzise ausgeglichen werden muss, sondern ein ungefährender Ausgleich durch sich aus der Gruppenzugehörigkeit ergebende Vorteile genügt.<sup>170</sup> Ungeklärt ist in diesem Zusammenhang allerdings noch, ob der Ausgleich innerhalb einer gewissen Frist erfolgen soll und ab welchem Zeitraum er nicht mehr fristgerecht ist. Ein Ausgleich auch über Jahre hinweg soll dabei wohl möglich sein.<sup>171</sup> Auch worin die zum Ausgleich führenden Vorteile konkret bestehen könnten, ist im Detail noch offen. Einigkeit scheint in der europäischen Diskussion lediglich darin zu bestehen, dass die Gruppenzugehörigkeit allein nicht ausreicht, der Ausgleich aber auch nicht zwingend in finanziellen Zuwendungen bestehen muss.<sup>172</sup> Angesichts dieser Unklarheiten besteht im Hinblick auf eine Übernahme der Rozenblum-Doktrin in eine europäische Konzernrechtskodifikation noch das erhebliche Bedürfnis nach

---

<sup>165</sup> Vgl. *Conac* (Fn. 34), S. 92 f.; *Schubel* (Fn. 34), S. 200; *Teichmann* (Fn. 4), S. 193.

<sup>166</sup> *Conac* (Fn. 34), S. 95.

<sup>167</sup> *Ebd.*, S. 94 f.

<sup>168</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 707; *Schubel* (Fn. 34), S. 203.

<sup>169</sup> Vgl. *Schubel* (Fn. 34), S. 206.

<sup>170</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 708.

<sup>171</sup> *Ebd.*, S. 708; *Schubel* (Fn. 34), S. 203.

<sup>172</sup> *Conac* (Fn. 34), S. 93; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 715; *Schubel* (Fn. 34), S. 203.

einer Präzisierung ihrer Voraussetzungen, um Konzernmüttern und Tochtergesellschaften tatsächlich die benötigte Rechtssicherheit bieten zu können. Wenig Mut machen diesbezüglich allerdings bisherige Versuche nationaler Gesetzgeber, die Rozenblum-Formel in das mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht zu integrieren. So gelang es weder in Ungarn noch in Tschechien oder Polen, die Rozenblum-Voraussetzungen ausreichend zu schärfen und in praktikable Rechtsvorschriften umzusetzen.<sup>173</sup>

#### b) Rechtsfolge

Um die Rozenblum-Formel in ein europäisches Konzernrecht übernehmen zu können, muss auch noch die Frage beantwortet werden, welche Rechtsfolgen an die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung ihrer Voraussetzungen geknüpft sein sollen. Originär handelt es sich bei „Rozenblum“ um einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund für den Tatbestand des „*abus des biens sociaux*“. Diese ursprünglich strafrechtliche Konzeption ruft teilweise Zweifel bezüglich der Übertragbarkeit des Konzepts auf komplexe gesellschaftsrechtliche Sachverhalte hervor.<sup>174</sup> Für eine Übernahme in das Gesellschaftsrecht müssen die Rechtsfolgen der Rozenblum-Formel aber ohnehin präzisiert werden, sodass auch eine Anpassung an gesellschaftsrechtliche Anforderungen möglich ist. Für ein europäisches Konzernrecht erscheint es als Rechtsfolge sinnvoll, dem Tochtergeschäftsführer bei Vorliegen der Rozenblum-Voraussetzungen im Konzerninteresse liegende für seine Gesellschaft aber kurzfristig nachteilige Maßnahmen zu gestatten und ihn insofern von einer persönlichen Haftung wegen Verletzung seiner Geschäftsleiterpflichten zu befreien.<sup>175</sup> Damit verbunden entsteht jedoch ein anderes Problem für die Geschäftsleiter. Um beurteilen zu können, ob er sich im sicheren Hafen von Rozenblum befindet, braucht der Tochtergeschäftsführer einen detaillierten Einblick in die Konzernstruktur und – politik. Besonders in Großkonzernen mit zahlreichen Tochtergesellschaften könnte die Einrichtung eines entsprechenden Informationssystems zu organisatorischen Schwierigkeiten führen. Bedenken bestehen auch mit Blick auf den gruppeninternen Datenschutz und das Bedürfnis nach der Geheimhaltung von Geschäftsplänen.<sup>176</sup>

<sup>173</sup> Dazu ausführlich *Schubel* (Fn. 34), S. 209 ff.; siehe auch *Hommelhoff*, Die vereinfachte Einmangengesellschaft (SMC): Eine Alternative zur SPE?, AG 2013, 211 (216).

<sup>174</sup> *Habersack* (Fn. 106), S. 8; *Teichmann* (Fn. 4), S. 195; keine Schwierigkeit sieht dagegen *Conac* (Fn. 38), S. 220.

<sup>175</sup> So auch *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 714.

<sup>176</sup> *Ekkenga* (Fn. 84), S. 183 f.; vgl. auch *Böckli* (Fn. 102), S. 388.

*c) Fazit*

Es hat sich gezeigt, dass vor einer Umsetzung der Rozenblum-Doktrin in einen europäischen Rechtsakt zum Konzernrecht sowohl auf Seiten der Voraussetzungen als auch der an diese anknüpfenden Rechtsfolgen noch großer Präziserungs-, Anpassungs- und Entwicklungsbedarf besteht. Trotz aller noch existierender Probleme kann aber doch festgehalten werden, dass die von der französischen Rechtsprechung entwickelte Doktrin durchaus ein guter Ansatzpunkt für die Ausbildung eines europäischen Konzepts zur Anerkennung des Gruppeninteresses ist und zumindest den zündenden Funken für eine vielversprechende wissenschaftliche Debatte geliefert hat. Nach einer Klarstellung und Schärfung ihrer Voraussetzungen könnte die in Frankreich verwurzelte „Rozenblume“ dann in veredelter Version tatsächlich auch im Rest Europas erblühen. Inwieweit der europäische Gesetzgeber dabei am Original festhalten kann oder ob doch eine weitere Entfernung notwendig ist, wird sich in der weiteren Diskussion des Vorschlags zeigen müssen. Bei einer entsprechenden Weiterentwicklung dürften auch keine Bedenken hinsichtlich der Übertragbarkeit des originär strafrechtlich konzipierten Rechtfertigungsgrundes auf komplexe gesellschaftsrechtliche Sachverhalte mehr bestehen.<sup>177</sup> Für hundertprozentige Tochtergesellschaften, bei denen weniger schutzbedürftige Interessen involviert sind, erscheint das Rozenblum-Konzept jedoch zu aufwendig und kompliziert, sodass hier ein einfacheres System vorzuziehen wäre.<sup>178</sup>

**2. Einführung einer konzerndimensionalen *Business Judgement Rule***

Als Alternative zu einer europäischen Rozenblum-Formel steht der Vorschlag im Raum, eine europaweit einheitliche, konzerndimensionale *Business Judgement Rule* einzuführen.<sup>179</sup> Bisher zielt die *Business Judgement Rule* darauf ab, den Geschäftsleiter einer Gesellschaft von einer Haftung wegen Verletzung seiner Pflichten zu befreien, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung aufgrund hinreichender Informationen davon ausgehen durfte, dass sie dem Wohl seiner Gesellschaft zuträglich ist.<sup>180</sup> Diese Regel könnte im Hinblick auf die Anerkennung des Gruppeninteresses in der Weise erweitert werden, dass der Geschäftsleiter bei der Einschätzung, was dem Wohl seiner Gesellschaft

---

<sup>177</sup> Vgl. Böckli (Fn.102), S. 382.

<sup>178</sup> In eine ähnliche Richtung auch *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 511; Hommelhoff (Fn. 72), S. 63, 67; Hommelhoff (Fn. 69), S. 332; vgl. auch Böckli (Fn. 102), S. 390.

<sup>179</sup> Teichmann (Fn. 4), S. 196 f.

<sup>180</sup> *Ebd.*, S. 196; vgl. auch Sieg/Zeidler, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3. Aufl. 2016, S. 61 Rn. 18.

dient, auch ihre Verbundzugehörigkeit berücksichtigen darf.<sup>181</sup> Diese Lösung hätte im Vergleich zur Rozenblum-Formel den Vorteil, dass sie in einem Bereich, in dem es letztendlich immer um unternehmerisches Ermessen geht und daher die Formulierung präziser Grenzen für die Berücksichtigung des Gruppeninteresses sehr schwierig ist, gar nicht erst versucht, klare inhaltliche Vorgaben zu machen, sondern lediglich das Vorgehen des Geschäftsleiters bei der Entscheidungsfindung regelt.<sup>182</sup> Hundertprozentige Rechtssicherheit für jeden Einzelfall ließe sich dadurch zwar nicht erzielen, aber es entstünde dennoch eine einheitliche Grundlage, auf die sich Tochtergeschäftsführer dann europaweit verlassen könnten.<sup>183</sup> Zudem wäre dies ein eher sanfter Weg zur Privilegierung des Konzerns, sodass sich vielleicht auch Mitgliedstaaten, die einer Anerkennung des Gruppeninteresses bisher skeptisch gegenüberstanden, mit diesem Vorschlag anfreunden könnten<sup>184</sup>, zumal die *Business Judgement Rule* in ihrer grundsätzlichen Konzeption vielen Mitgliedstaaten schon bekannt<sup>185</sup> oder zumindest nicht allzu schwer nahezubringen sein dürfte.<sup>186</sup> Auf Probleme könnte das Konzept der konzerndimensionalen *Business Judgement Rule* allerdings vor allem bei der Umsetzung in Großkonzernen mit vielen Tochtergesellschaften stoßen. Die Tochtergeschäftsführer müssten ständig über aktuelle Informationen zur Lage des Konzerns und gruppeninternen Vorgängen verfügen, um sich auf eine stabile Entscheidungsgrundlage stützen zu können. Die Einrichtung und Unterhaltung eines funktionierenden Informationssystems würde nicht nur einen enormen organisatorischen Aufwand bedeuten, sondern auch auf datenschutzrechtliche Hürden treffen.<sup>187</sup> Dieses Argument lässt sich allerdings genauso auch gegen die Rozenblum-Formel ins Feld führen.<sup>188</sup> Denn auch hier muss der Tochtergeschäftsführer über Vorgänge und Pläne in der Unternehmensgruppe Bescheid wissen, um beurteilen zu können, ob ein Nachteilsausgleich für seine Gesellschaft mittel- oder längerfristig in Aussicht steht. Das Modell der konzerndimensionalen *Business Judgement Rule* ist daher eine weiter verfolgenswerte Alternative<sup>189</sup> zur viel diskutierten Rozenblum-Formel.

---

<sup>181</sup> Teichmann (Fn. 4), S. 196.

<sup>182</sup> Ebd., S. 196.

<sup>183</sup> Ebd., S. 196.

<sup>184</sup> Ebd., S. 197.

<sup>185</sup> In Deutschland ist sie beispielsweise in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankert.

<sup>186</sup> Teichmann (Fn. 4), S. 196.

<sup>187</sup> Ekkenga (Fn. 84), S. 183 f.

<sup>188</sup> Siehe oben unter IV. 2. a) bb).

<sup>189</sup> So auch Conac (Fn. 38), S. 220.

### 3. Anerkennung eines Weisungsrechts der Muttergesellschaft

Zentrales Element vieler Regelungsvorschläge ist auch ein Weisungsrecht der Konzernmutter gegenüber ihren Tochtergesellschaften.<sup>190</sup> Das *Forum Europaeum Konzernrecht* machte die Weisungsbefugnis in seinem Vorschlag noch von einer dem deutschen Beherrschungsvertrag nachempfundenen Konzernerkklärung in Verbindung mit daraus folgenden Schutzvorschriften abhängig.<sup>191</sup> Angesichts der Tatsache, dass die Erteilung von Weisungen in europäischen Konzernen längst Realität und für eine kohärente Gruppenführung unerlässlich ist, scheint es aber sinnvoller, ein Weisungsrecht, das auch nachteilige Weisungen umfasst, auch unabhängig von einer solchen Erklärung anzuerkennen und dadurch ein rechtssicheres Fundament für die grenzüberschreitende Gruppenleitung zu schaffen.<sup>192</sup> Gesteht man der Muttergesellschaft ein solches Weisungsrecht zu, stellt sich im unmittelbaren Anschluss daran die Frage, ob und inwiefern der Tochtergesellschaft eine Folgepflicht auferlegt werden sollte. Spricht man Weisungen der Muttergesellschaft jede Bindungswirkung ab, so hat die gesetzliche Anerkennung wenig Sinn und erzeugt höchstens psychologischen Druck auf die Tochtergeschäftsleitung, den die Konzernmutter ohnehin ausüben könnte. Dennoch sollte das Weisungsrecht der Muttergesellschaft nicht völlig unbegrenzt gewährt werden.<sup>193</sup> Hier kommt wiederum die Unterscheidung zwischen hundertprozentigen Töchtern und Tochtergesellschaften mit Minderheiten ins Spiel. Denn gerade für eventuell vorhandene Minderheitsgesellschafter ergäben sich aus einer uneingeschränkten Folgepflicht Nachteile. Der durch die Entscheidungsfreiheit des zwischengeschalteten Tochtergeschäftsführers gewährleistete Schutz fiel komplett weg<sup>194</sup>, da dieser nur noch als verlängerter Arm der Konzernmutter handeln würde. Gleichzeitig wäre der Tochtergeschäftsführer als bloßes Instrument der Mutter auch von jeder Haftung befreit, sodass nur die im unter Umständen weit entfernten Ausland ansässige Muttergesellschaft als Klagegegner für Minderheitsgesellschafter zur Verfügung stünde. Damit würde eine Klage extrem aufwendig und kostspielig, sodass sich auch das Risiko eines Missbrauchs der Leitungsmacht durch die Konzernmutter erhöhen würde.<sup>195</sup> Deshalb sollten Weisungen an nicht hundertprozentige

<sup>190</sup> *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 272 f.; *Conac* (Fn. 38), S. 220; *Drygala* (Fn. 55), S. 203; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Sec. 9; *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 511; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64.

<sup>191</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 742 ff.

<sup>192</sup> So auch *Drygala* (Fn. 55), 203; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Comments zu Sec. 9; eher zurückhaltend dagegen ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 45.

<sup>193</sup> Im Zusammenhang mit der „Servicegesellschaft“ so auch *Hommelhoff* (Fn. 69), S. 339.

<sup>194</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 222.

<sup>195</sup> *Ebd.*, S. 222.

Töchter nur innerhalb der durch die Voraussetzungen zur Berücksichtigung des Gruppeninteresses, also der den europäischen Bedürfnissen angepassten Rozenblum-Formel oder der *Business Judgement Rule*, gezogenen Grenzen bindend sein. Für im Alleinbesitz der Mutter stehende Gesellschaften bietet sich dagegen ein einfacheres System an, dessen Hauptelement ein Weisungsrecht mit korrespondierender Folgepflicht ist. Hier kann der Konzernmutter die Durchsetzung einer Geschäftspolitik im Gruppeninteresse fast uneingeschränkt gestattet werden. Einzige Grenze sollte allerdings aus Gründen des Gläubigerschutzes jedenfalls die Existenzvernichtung der Tochtergesellschaft sein.<sup>196</sup> Für alle Tochtergesellschaften könnte zusätzlich eine Beschränkung des Weisungsrechts auf von der Muttergesellschaft bestimmte Geschäftsleiter<sup>197</sup> erwogen werden. Eine zweispurig ausgestaltete Weisungsbefugnis der Muttergesellschaft sollte also auf jeden Fall Teil einer europäischen Regelung für Unternehmensgruppen sein, da sie für eine unternehmerisch sinnvolle, auf ein Gruppenziel gerichtete Konzernführung ein unabdingbares Instrument ist.

#### **E. Zusammenfassung und Ausblick**

Eine europäisch einheitliche Regelung zum Konzernrecht tut not. So viel steht angesichts der Hindernisse, auf die eine Unternehmensgruppe bei der Grenzüberschreitung trifft, und der daraus resultierenden Beschränkung der Niederlassungsfreiheit fest. Besonders kleine und mittlere Unternehmen werden hart von den Unsicherheiten, die bei der Beteiligung verschiedener Rechtsordnungen entstehen, getroffen und brauchen einen verlässlichen Rechtsrahmen, um den Schritt über die Grenze meistern zu können. Vordergründiger Zweck der europäischen Konzernrechtsregelung sollte die Privilegierung des Gruppeninteresses sein. Es muss ein „*safe harbour*“ sowohl für die Muttergesellschaft als auch die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft geschaffen werden, der es erlaubt, die Geschäftspolitik auf das Konzerninteresse auszurichten und im Sinne eines „*enabling law*“ eine synchrone, auf europaweit einheitlichen Prinzipien beruhende Gruppenführung ermöglicht. Das europäische Konzernrecht kann sich dabei in seinem Anwendungsbereich auf die kleine Kapitalgesellschaft beschränken. Weiterhin sollten in der Regelung die unterschiedlichen Bedürfnisse hundertprozentiger und nicht hundertprozentiger Tochtergesellschaften beachtet und daher zwei unterschiedliche Systeme zur Anerkennung des Gruppeninteresses gewählt werden. Für hundertprozentige Tochtergesellschaften bietet sich ein bindendes Weisungsrecht der Konzernmutter, begrenzt durch die Existenzvernichtung der Tochter, an. Auch Gesellschaften mit Minderheitsbeteiligung sollten weisungsgebunden

<sup>196</sup> So für die „Servicegesellschaft“ *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 512.

<sup>197</sup> *Conac* (Fn. 38), S. 222; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Comments zu Sec. 9.

sein, allerdings nur innerhalb der durch die bedarfsgerecht weiterentwickelte Rozenblum-Formel oder eine konzerndimensionale *Business Judgment Rule* gesteckten Grenzen. Umgesetzt werden könnte das Konzept in einer Richtlinie zur Anerkennung des Gruppeninteresses, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, grenzüberschreitenden Konzernen das europäische System als Option anzubieten. Dies stellt allerdings im Vergleich zur Festschreibung eines europäischen Konzernrechts in der noch auf Eis liegenden SPE-Verordnung nur die zweitbeste Lösung dar. Eine konzernrechtliche Regelung in der SPE-Verordnung böte durch die supranationale Rechtsform maximale Rechtssicherheit bei minimalem Eingriff in das nationale Gesellschaftsrecht. Die praktische Umsetzung des Projekts erscheint jedoch aufgrund nationaler Widerstände in verschiedenen Bereichen und der immer noch zögerlichen Haltung einiger Mitgliedstaaten gegenüber einem europäischen Konzernrecht rechtspolitisch als ein wohl momentan noch zu großes Wagnis. Doch vielleicht heißt es nicht umsonst: „Wer nicht wagt, der nicht gewinnt“.