

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 205

Das Konzerninteresse als Leistungsmöglichkeit in der paneuropäischen Unternehmensgruppe

Von

Julius Peitsch



Duncker & Humblot · Berlin

JULIUS PEITSCH

Das Konzerninteresse als Leistungsmöglichkeit
in der paneuropäischen Unternehmensgruppe

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg
Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg
Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 205

Das Konzerninteresse als Leitungsmöglichkeit in der paneuropäischen Unternehmensgruppe

Von

Julius Peitsch



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig hat diese Arbeit
im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI books, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-18666-2 (Print)

ISBN 978-3-428-58666-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Abhandlung entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht meines Doktorvaters Herrn Prof. Dr. Tim Drygala in Leipzig und lag der Juristenfakultät Leipzig im Sommersemester 2020 vor.

Großer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Tim Drygala, der mir bei der Erstellung große Freiheiten ließ, aber mich dennoch stets unterstützte. Meinem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Justus Meyer möchte ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Zudem danke ich dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg dafür, dass ich im März 2020 dort zu Gast sein durfte und meine Studien vertiefen konnte.

Danken möchte ich auch allen Mitarbeitenden des Lehrstuhls für eine sehr reichernde Zeit, insbesondere Frau Laura Jonas, Herrn Dr. Tony Grobe und Herrn Kevin Schellenberg gilt mein Dank.

Danken möchte ich auch Frau Diana Spikowius für das sorgfältige Korrekturlesen.

Besonderer Dank gilt zudem Frau Dr. Julia Hilkenbach, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit durch das sorgfältige Korrekturlesen unterstützt hat, ohne die ich aber auch nicht so durch das Studium gekommen wäre, wie ich es bin.

Der größte Dank gilt jedoch meiner Familie und besonders meinen Eltern Dieter und Martina sowie meiner Partnerin Rebecca, die mich stets bei allem unterstützen, was ich mir in den Kopf setze.

Düsseldorf, im April 2022

Julius Peitsch

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung	27
A. Untersuchungsgegenstand	29
B. Fragestellung und Gang der Untersuchung	30
C. Konzerne im europäischen Binnenmarkt	31
I. Begriffsbestimmung	31
II. Bedeutung von Konzernen für den europäischen Binnenmarkt	32
D. Der Konzern in der ökonomischen Analyse	33
I. Der Prinzipal-Agenten Konflikt	33
II. Der gesellschafterinterne Konflikt	34
III. Der Shareholder/Stakeholder Konflikt	35
IV. Zwischenergebnis	35
E. Leitung eines Konzerns	36
I. Haftungsrisiken der Organe	36
1. Deutschland	37
a) Aktiengesellschaft	37
b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	38
2. Frankreich	38
a) Zivilrechtliche Haftung	39
b) Strafrechtliche Haftung	39
c) Die Haftung der Obergesellschaft	40
3. Zwischenergebnis	41
II. Lösungsmöglichkeiten	41
1. Branch-Modell	41
2. Einschaltung internationaler Anwaltskanzleien	43
F. Konzerninteresse als Lösungsmöglichkeit	43
I. Gesellschaftsinteresse und Konzerninteresse	44
1. Gesellschaftsinteresse	44
2. Konzerninteresse	45
II. Vorteile eines Vorrangs des Konzerninteresses	46
III. Europarechtlich intendierte Änderungen	47

<i>Kapitel 2</i>		48
Nationale Regelungen		48
A. Deutschland		48
I. Verbundene Unternehmen i.S.d. §§ 15–19 AktG		48
1. Unternehmensbegriff		49
a) Herrschendes Unternehmen		49
b) Abhängiges Unternehmen		50
2. Abhängigkeit		50
a) Tatsächliche Abhängigkeit		51
b) Gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit		51
c) Stellungnahme		52
3. Das Vorliegen eines Konzerns		53
a) Enger Konzernbegriff		54
b) Weiter Konzernbegriff		54
c) Stellungnahme		55
II. Die Leitungsmacht im Konzern		56
1. Vertragskonzern		56
a) Beherrschungsvertrag		57
aa) Anwendbarkeit der §§ 291 ff. AktG auf den GmbH-Konzern		57
bb) Das Schicksal von Verträgen mit Privataktionären		58
cc) Internationale Beherrschungsverträge		59
dd) Mindestanforderungen		60
b) Präventivschutz im Vertragskonzern		61
c) Rechtsfolgen des Beherrschungsvertrages		61
aa) Das Weisungsrecht		61
(1) Die Weisung		62
(a) Vorstandsdoppelmandate		62
(b) Einflussnahme in Gesellschafterversammlung/Aufsichtsrat ..		62
(c) Wirkung der Weisung		63
(2) Grenzen des Weisungsrechts		63
(a) Gewinnausschüttung als Weisung		64
(b) Nachteilige Weisungen		65
(c) Existenz der Gesellschaft		66
(3) Ausübung der Weisungsbefugnis		68
(a) Delegation des Weisungsrechts		68
(b) Weisungsempfänger		68
(c) Mehrstufige Unternehmensverbindungen		70
bb) Kompetenzerweiterung der Gesellschaftsorgane		71
(1) Kompetenzerweiterung des Aufsichtsrates		71

(2) Kompetenzerweiterung der Hauptversammlung	71
cc) Schutz der konzernexternen Stakeholder im Vertragskonzern	72
dd) Haftungsrisiken	72
(1) Herrschendes Unternehmen	72
(2) Vertreter des herrschenden Unternehmens	73
(a) Haftungsbegründende Weisung	73
(b) Weisungspflicht?	75
(c) Kausalität und Schaden	76
(3) Abhängiges Unternehmen	77
(a) Konzernrechtliche Haftung nach § 310 AktG	77
(b) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen	77
(4) Compliance	78
d) Zusammenfassung zum Vertragskonzern	79
2. Faktischer Konzern	79
a) Das Gesellschaftsinteresse	80
aa) Die gegensätzlichen Positionen	80
bb) Gesellschaftsinteresse in der AG	81
cc) Das Gesellschaftsinteresse in der GmbH	82
b) Faktischer GmbH-Konzern	83
aa) Analoge Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG	83
bb) GmbH-Recht als Ansatzpunkt	84
(1) Präventiver Schutz	85
(2) Die Leitung der Gesellschaft durch den herrschenden Gesellschafter	85
(a) Leitungsmöglichkeit des herrschenden Gesellschafters	86
(b) Grenzen der Leitungsbefugnis	86
(c) Das MoMiG als ermöglichendes Recht	87
(3) Minderheitenschutz in der GmbH	88
(a) Informations- und Einsichtsrecht der Gesellschafter	88
(b) Gesellschafterbeschlüsse	89
(c) Gesellschafterklage	89
cc) Haftungsrisiken	90
(1) Haftung der herrschenden Gesellschaft	90
(a) Verletzung der Treuepflicht	90
(b) Die Haftung abseits der Treuepflicht	90
(c) Die Existenzvernichtungshaftung	92
(d) Kritik	93
(e) Stellungnahme	94
(f) Weitergehende Haftung der Muttergesellschaft	94

(g) Erweiterung der Haftung durch die Figur des faktischen Ge- schäftsführers	96
(2) Haftungsrisiken der Geschäftsführung der abhängigen GmbH ..	97
(3) Haftungsrisiken auf Ebene der Muttergesellschaft	98
(a) Haftung gegenüber der eigenen Gesellschaft	98
(b) Haftung gegenüber der angewiesenen Gesellschaft	98
dd) Zusammenfassung faktischer GmbH-Konzern	100
c) Faktischer AG-Konzern	100
aa) Leitungsmacht	100
(1) § 311 AktG als Verbotshaftung	101
(2) Ausrichtung der herrschenden Gesellschaft auf die Koordinierung	101
(3) Der Konzern als Personengesellschaft	102
(4) Die Autonomie von Leitung und Gesellschaftsvermögen gegen die Vorteile einheitlicher Leitung	102
bb) Präventiver Schutz	103
cc) Die Leitung im faktischen Konzern	104
(1) Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG im mehrstufigen Konzern ..	104
(2) Das Ausgleichssystem des § 311 AktG	106
(a) Veranlassung	106
(b) Nachteil	109
(c) Nachteilsausgleich	110
(3) Das Konzerninteresse als Begrenzung der Einflussnahme	113
(4) Compliance-Ordnung	113
(5) Weitergehender Schutz der Minderheitsgesellschafter	114
(a) Erstellung eines Abhängigkeitsberichtes	114
(b) Sonderprüfung	115
(c) Übernahmeangebote	116
dd) Erweiterter Schutz in börsennotierten Aktiengesellschaften	116
(1) Zustimmungspflichten	116
(2) Transparenzpflichten	117
(3) Ausnahmen	117
(a) Geschäfte unter marktüblichen Bedingungen	117
(b) Geschäfte mit Tochtergesellschaften	118
ee) Haftungsrisiken	118
(1) Verhältnis Treuepflichten zu den §§ 311 ff. AktG	119
(2) Verhältnis des § 117 AktG zu § 311 AktG	120
(3) Verhältnis §§ 311 ff. AktG zu §§ 57, 62 AktG	120
(4) Haftung der herrschenden Gesellschaft	120
(a) Haftung nach § 317 AktG	121
(b) Qualifiziert faktische Nachteilszufügung	122

(5) Haftungsrisiken der Geschäftsleitung der herrschenden Gesellschaft	123
(a) Pflicht zur Konzernleitung	123
(b) Haftung nach § 317 III AktG	124
(6) Haftungsrisiken der Organe der abhängigen Gesellschaft	124
ff) Zusammenfassung faktischer AG-Konzern	125
3. Strafrechtliche Haftungsrisiken	126
a) Neue Entwicklungen im Verbandssanktionsrecht	126
b) Konzernuntreue	127
4. Kartellrecht	128
III. Zusammenfassung zum deutschen Recht	129
B. Frankreich	131
I. Leitung französischer Kapitalgesellschaften	131
1. Aufbau	132
a) Die société anonyme	132
b) Die société à responsabilité limitée	132
c) Die Société par actions simplifiée	132
2. Leitungsstruktur	133
a) SA	133
aa) Monistische SA	133
(1) Das conseil d'administration	133
(2) Der directeur général	134
bb) Dualistische SA	135
b) Die SARL	135
c) Die SAS	136
d) Die ordnungsgemäße Leitung	136
3. Grenzen der Leitungsmacht	137
a) Gesellschaftszweck und Gesellschaftsinteresse	137
b) Related Party Transactions	138
aa) SA	138
bb) SARL	140
cc) SAS	140
II. Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter	140
1. SA	141
2. SARL	141
3. SAS	142
4. Grenzen der Einflussnahme	142
III. Schutzmechanismen	143
1. Das Aufsichtsorgan	143
2. Regelungen zur Unabhängigkeit	144

3. Informations- und Sonderprüfungsrecht	144
a) Informationsrechte	144
b) Prüfungsrechte	144
aa) SA	145
bb) SARL	145
4. Der Wirtschaftsprüfer	146
5. Kapitalerhaltung	147
6. Der dirigeant de fait	147
a) Voraussetzungen	147
b) Folgen der Qualifizierung	148
IV. Zusammenfassung – Leitung und Einfluss im französischen Konzern	149
V. Haftungsverfassung im französischen Kapitalgesellschaftsrecht	150
1. Die Haftung der geschäftsführenden Organe	150
a) Zivilrechtliche Haftung	150
aa) Gesellschaftsrechtliche Haftung	150
(1) Haftungswürdiges Verhalten	150
(2) Schaden	151
(3) Anspruchsinhaber	152
bb) Insolvenzrechtliche Haftung	152
cc) Allgemeine zivilrechtliche Haftung	153
dd) Geltendmachung der Ansprüche	153
b) Strafrechtliche Haftung	154
aa) Abus de biens sociaux	154
bb) Weitere Haftungsrisiken	155
c) Zusammenfassung	155
2. Haftung der Obergesellschaft und ihrer Organe	156
a) Die grundsätzliche Haftung als Gesellschafter	156
aa) Haftung aus der Stellung als Gesellschafterin	156
bb) Aufstellung eines Wachsamkeitsplans	157
cc) Haftung für Schäden aus RPT	157
b) Aus der Stellung als faktischer Geschäftsführer	157
3. Die französische Lösung: „Konzernverteidigung“	158
a) Konzernzugehörigkeit und Konzernpolitik	159
aa) Konzernstruktur	159
bb) Gruppenpolitik	160
b) Ausgeglichene Leistungsbeziehungen	160
c) Wirtschaftlich nicht überfordernd	161
d) Kritik	161
e) Verpflichtendes Weisungsrecht?	163
f) Leitungspflicht?	164

g) Neue Bestrebungen	164
VI. Zusammenfassung Frankreich	165
C. Italien	166
I. Grundsätze des italienischen Kapitalgesellschaftsrechts	166
1. Die Leitung der Gesellschaft	167
a) Sorgfaltstaat	168
b) Vertretungsmacht	169
c) Grenzen der Leitungsmacht	169
aa) Gesellschaftsinteresse	170
bb) Interessenkonflikte	170
cc) Geschäfte mit nahestehenden Personen	171
2. Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter	172
a) Die Gesellschafter (traditionell und monistisch)	172
b) Gesellschafter (dualistisch)	172
c) Gesellschafter (SRL)	173
d) Grenzen der Einflussmöglichkeiten	174
3. Allgemeiner Minderheitenschutz	174
a) S.p.a.	174
aa) Überwachungsgremium	175
bb) Regelungen zur Unabhängigkeit	176
cc) Informationsrechte der Gesellschafter	177
dd) Sonderprüfung	177
b) Schutz in der S.r.l.	177
c) Der faktische Geschäftsführer	178
4. Zusammenfassung	178
II. Leitung im italienischen Konzern	179
1. Der Konzern i.S.d. italienischen Regelungen	180
a) Geltungsbereich	180
b) Die Leitung und Koordinierung	181
c) Zwischenergebnis	183
2. Präventiver Schutz	183
3. Rechte und Pflichten der herrschenden Gesellschaft	183
a) Leitung und Koordinierung der Gesellschaften	184
aa) Aufgabenfeld der herrschenden Gesellschaft	184
bb) Ausmaß der Leitungsmacht	185
(1) Zwingendes Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft?	185
(a) Rechtliche Selbstständigkeit	185
(b) Einschränkung durch Gruppenleitung	185
(c) Stellungnahme	186
(2) Reichweite des Weisungsrechts	187

b) Offenbarungspflichten	188
c) Die ordnungsgemäße Konzernleitung als Sorgfaltsmaßstab	188
aa) Art. 2392 c.c. als Maßstab	188
bb) Konzerninteresse	189
cc) Wahrung der Autonomie	191
dd) Ausgeglichene Leistungsbeziehung	191
(1) Gesamtbetrachtung ex ante	191
(2) Tatsächlicher Nachteilsausgleich	192
(3) Schädigungsverbot als Grundsatz	192
ee) Sonderfall vollständig kontrollierte Tochtergesellschaften?	192
ff) Leitungspflicht	193
(1) Gegenüber der eigenen Gesellschaft	193
(2) Gegenüber der abhängigen Gesellschaft	193
gg) Ergebnis	194
4. Schutz der Minderheitsgesellschafter und der Gläubiger	194
a) Informationspflichten	195
aa) Erweiterte Berichtspflichten	195
(1) Erweiterung des Lageberichts	195
(a) Auswirkungen auf die Gesellschaft	195
(b) Begründungspflicht	195
(2) Weitere Berichtspflichten	196
bb) Weitere Informationspflichten	196
b) Austrittsrechte	197
III. Haftungsrisiken	197
1. Haftungsrisiko auf Ebene der herrschenden Gesellschaft	198
a) Haftung nach § 2497 c.c.	198
aa) Fehlerhafte Konzernleitung	198
bb) Schaden	199
(1) Schaden an Ertragskraft und Wert der Beteiligung	199
(2) Schaden an der Unversehrtheit des Gesellschaftsvermögens zu Lasten der Gläubiger	199
cc) Ermessensspielraum	199
dd) Subsidiarität	200
ee) Beweislast	200
b) Haftung nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen	201
2. Haftungsrisiko der Verwalter der herrschenden Gesellschaft	202
3. Haftung der Mitglieder des Leitungsgremiums der abhängigen Gesellschaft	202
a) Haftung nach Art. 2497 c.c.	203
b) Haftung nach allgemeinem Gesellschaftsrecht	203
c) Strafrechtliche Haftung	203

4. Haftungsrisiken Dritter	204
IV. Zusammenfassung Italien	204
D. Skandinavien	205
I. Die Leitung der Gesellschaft	205
1. Funktion und Aufgaben	206
a) Die obere Verwaltungsebene: Der Verwaltungsrat	207
b) Die untere Verwaltungsebene	207
2. Leistungsmaßstab	208
3. Grenzen der Leitungsbefugnis	209
a) Gesellschaftsinteresse	209
b) Gleichbehandlungsgesetz	210
c) Geschäfte mit nahestehenden Personen	210
aa) Geschäfte mit nahestehenden Personen in nicht börsennotierten Gesellschaften	210
bb) Geschäfte mit nahestehenden Personen in börsennotierten Gesellschaften	211
II. Aktive Gesellschafter	211
1. Die Gesellschafterversammlung	212
2. Leistungsmöglichkeit des kontrollierenden Gesellschafter	213
a) Einflussnahme über die Besetzung des Verwaltungsrates	214
b) Abstimmung mit dem kontrollierenden Gesellschafter	215
c) Leitung der Tochtergesellschaft im Interesse des Konzerns	215
aa) Der Begriff der Gesellschaftsgruppe im skandinavischen Recht	215
bb) Leitung der Tochtergesellschaft im Interesse der Gesellschaftsgruppe	216
d) Leitungspflicht?	217
III. Schutz der Minderheitsgesellschafter	218
1. Unabhängige Verwalter	219
2. Generalklausel	219
a) Der Gleichbehandlungsgrundsatz	219
b) Die Generalklausel im Konzernverhältnis	220
3. Minderheitsrechte und Transparenzvorschriften	221
a) Informationsrechte	221
b) Transparenz- und Dokumentationsvorschriften	221
c) Spezielle Minderheitsrechte	221
aa) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen	222
bb) Minderheitsprüfer	222
cc) Sonderprüfung	222
dd) Austrittsrechte	223
4. Die Klassifizierung als faktischer Geschäftsführer	223
IV. Zusammenfassung – Die Leitung im skandinavischen Konzern	224

V.	Die Haftungsverfassung	224
1.	Haftung der Organe der abhängigen Gesellschaft	224
a)	Sorgfaltspflichtverletzung	225
b)	Verschulden	225
c)	Schaden	225
2.	Haftung der herrschenden Gesellschaft	225
a)	Haftung als Gesellschafter	226
b)	Haftung als faktischer Geschäftsführer	227
3.	Haftung der Organe der herrschenden Gesellschaft	227
4.	Berechtigte	227
VI.	Zusammenfassung Skandinavien	228

Kapitel 3

	Wesentliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede	229
A.	Einflussmöglichkeiten und Einflussgrenzen der Gesellschafter	229
I.	Direktes Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft	229
II.	Weisungsrecht der Gesellschafter	229
III.	Einfluss über Rechte der Gesellschafterversammlung	230
IV.	Grenzen der Einflussnahme	230
B.	Erweiterung der Leitungsbefugnis im Konzern	231
I.	Der Begriff der Unternehmensgruppe	231
II.	Voraussetzungen der Leitung	232
III.	Folge der Leitungsmöglichkeit	232
C.	Die Funktion des Konzerninteresses	233
D.	Der Schutz der Minderheitsgesellschafter im Konzern	234
I.	Die Ausgleichspflicht	234
II.	Die konzernrechtliche Dokumentation: Der Abhängigkeitsbericht	234
III.	Allgemeine Transparenz- und Informationsvorschriften	235
IV.	Sonderprüfungsrechte	235
V.	Begrenzung durch den faktischen Geschäftsführer	235
E.	Die Haftung der herrschenden Gesellschaft	236
F.	Die Haftung der Verwaltungsorgane	236

<i>Kapitel 4</i>	
Eigener Lösungsansatz 238	
A. Notwendige Rahmenvoraussetzungen	239
I. Gesellschaftsinteresse	239
II. Konzerninteresse	239
1. Weisungsbeschränkender Charakter	240
2. Weisungsermöglicher Charakter	240
3. Notwendigkeit einer gemeinsamen Definition	241
4. Die europäische Ausgestaltung	241
a) Das Konzerninteresse als Weisungsbegründung	242
aa) Der wirtschaftliche Erfolg des Gesamtkonzerns	242
bb) Interesse der Gesellschaften	243
b) Träger des Konzerninteresses	244
aa) Der Gesamtkonzern als Rechtssubjekt	244
bb) Die Obergesellschaft als leitende Gesellschaft	244
(1) Leitungserweiterung durch das Konzerninteresse	244
(2) Kontrolle der Einhaltung des Konzerninteresses	245
(3) Informationsasymmetrie im Konzern	245
(4) Haftungserweiterung der Obergesellschaft sowie ihrer Organe	246
cc) Ergebnis	247
c) Konfliktpotential	247
aa) Friktionen mit nationalem Recht	247
(1) Friktionen mit dem Recht des faktischen Konzerns	247
(2) Friktionen mit dem Vertragskonzernrecht	248
bb) Konflikte mit Holding- und Matrixkonzernen	249
5. Ergebnis	250
III. Angleichung des Pflichtenmaßstabes der Verwalter	250
1. Gemeinsamer Kern	251
2. Das Konzerninteresse als „sicherer Hafen“	251
3. Gläubigerschutz	252
B. Notwendige Parameter	252
C. Regelungsgegenstand	253
D. Die Notwendigkeit einer gemeinsamen Lösung im Lichte der Related Party Transactions	254
E. <i>Rozenthal</i> als Antwort?	254
I. Unzureichende Ausgestaltung	255
II. Friktionen mit nationalem Recht	256
1. Anwendungsbereich	256

2. Ausgleichssystem	257
a) Friktionen mit den §§ 311 ff. AktG	257
b) Friktionen mit GmbH-Recht	258
c) Zeitlicher Rahmen	258
III. Zusammenfassung	258
F. Ausgestaltung	259
I. Das Vorliegen eines Konzerns	259
1. Der Grundsatz der einheitlichen Leitung	259
2. Unterschiedliche Zugangsvoraussetzungen	260
a) Rechtssicherheit	260
b) Erhöhte Einflussmöglichkeit des Mehrheitsgesellschafters	261
c) Minderheitenschutz	261
d) Konzernabschlussrichtlinie	261
e) Zwischenergebnis	262
3. Widerlegbarkeit	262
4. Einheitliche Leitung	263
5. Friktionen mit nationalem Recht	264
6. Ergebnis	264
7. Natürliche Personen im Konzernverhältnis	265
II. Die Ausgestaltung der Konzernleitung	265
1. Weisungsberechtigter	266
a) Weisungsrecht der Konzernspitze	266
b) Weisungsrecht der nachgeordneten Ebenen	266
aa) Der Konzern als wirtschaftliche Einheit	267
bb) Aufgaben- und Risikoverteilung	267
cc) Nachrangiges Weisungsrecht	267
dd) Grenzen des nachrangigen Weisungsrechts	268
2. Weisung	268
3. Das Ausgleichssystem	269
a) Einzel- oder Gesamtausgleich?	269
aa) Schutzcharakter des Konzernrechts	270
bb) Flexibilisierung und ermöglicher Charakter	270
cc) Dogmenwechsel im Konzernrecht	271
dd) Ergebnis	271
b) Nachteil	272
c) Die Vorteilsgewährung	272
aa) Ausgleichsfähiger Vorteil	272
bb) Missbrauchsverbot	273
cc) Anfänglicher und nachträglicher Ausgleich	274
d) Die zeitliche Ausgestaltung	275

e) Garantie über die Partizipation am Erfolg des Gesamtkonzerns als Alternative?	276
aa) Parallelen zum Beherrschungsvertrag	276
bb) Autonomie der Tochtergesellschaft	276
cc) Gleichbehandlungsgrundsatz	277
dd) Ergebnis	277
4. Zusammenfassung	278
G. Grenzen der Leitungsmacht	278
I. Das Konzerninteresse	278
II. Die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaften	279
1. Keine Einschränkung	279
2. Ein Plädoyer für die Einschränkung der Leitungsmacht	280
3. Die Leitung des Konzerns	280
a) Der Konzern als Unternehmen	281
aa) Gemeinsames Ziel	281
bb) Wirtschaftliche Einheit	282
cc) Der Konzern als wirtschaftliche Einheit mit gemeinsamem Ziel	283
b) Unternehmensleitung	283
aa) Der Kernbereich einheitlicher Leitung	284
bb) Compliance-Organisation	285
cc) Personalplanung	286
(1) Besetzung der Verwaltungsposten	286
(2) Besetzung unterhalb der Verwaltungsebene	287
4. Weisungen innerhalb des eigenständigen Leistungsbereichs der Gesellschaften	287
a) Unbeschränktes Weisungsrecht	287
aa) Freie Entfaltung der eigenverantwortlichen Leitung	288
bb) Schutzgedanke des Konzernrechts	288
cc) Keine Notwendigkeit für Konzernleitung	289
b) Bedingtes Weisungsrecht	289
c) Friktionen mit nationalem Recht	290
5. Zwischenergebnis	291
III. Existenzvernichtende und -gefährdende Weisungen	291
IV. Vorrang des Gesellschaftsinteresses	292
V. Ausnahme vollständig kontrollierte Tochtergesellschaften?	293
1. Eingeschränkter Konzernkonflikt	293
2. Nationale Regelungen	294
a) Erhöhte Einflussmöglichkeiten	294
b) Zwingende Gesellschafterpluralität	294
3. Beschränkung auf die „kleine“ Kapitalgesellschaft	295
4. Notwendigkeit einer Definition	295

5. Vereinfachter Schutzmechanismus	296
VI. Zusammenfassung	297
H. Die ordnungsgemäße Leitung des Konzerns	297
I. Business Judgement Rule bei der Leitung des Gesamtkonzerns	298
1. Schutzrecht gegen Flexibilität des Konzernrechts	298
2. Das Schädigungsverbot als Grundsatz	299
3. Abwägungsraum abseits des Nachteilsausgleiches	299
II. Business Judgement Rule als Ergänzung des zweistufigen Weisungsrechts	300
1. Die eigenverantwortliche Leitung im Konzernverbund	300
2. Das Gesellschaftsinteresse im Konzerninteresse	301
3. Erweiterung über den konzerninternen Bereich hinaus	301
III. Informationspflichten	303
1. Informationsbedürfnis auf Ebene der Muttergesellschaft	303
2. Informationsbedürfnis auf Ebene der Tochtergesellschaft	304
I. Schutzvorschriften	304
I. Kernbereichsharmonisierung	305
II. Notwendigkeit einer gemeinsamen Regelung	305
III. Berichtspflichten auf Ebene der Tochtergesellschaft	306
1. Vereinheitlichungsbedarf	306
2. Mindestdokumentationspflicht	308
a) Grundgedanke der konzernrechtlichen Dokumentationspflicht	308
b) Inhalt der Dokumentationspflicht	309
3. Publizität des Berichtes	310
a) Nationale Regelungen	310
b) Publizität gegen Geheimnisschutz	311
c) Konzernrecht als Schutzrecht	312
d) Ausnahme von Servicegesellschaften	312
e) Ergebnis	313
IV. Dokumentationspflichten auf Ebene der Muttergesellschaft	313
V. Auskunftsrechte	314
VI. Sonderprüfungsrecht	314
1. Vereinheitlichungsbedarf	315
2. Ausgestaltung	316
VII. Austrittsrechte	316
VIII. Offenlegungspflichten	318
IX. Ergebnis	319
J. Leistungspflicht	319
I. Nationale Diskussion	319
II. Europäische Regelungen	320

III.	Ausgeübte Leitung	321
1.	Besondere Vertrauensbeziehung im Gesamtausgleich	321
2.	Pflicht zur Konzernleitung	322
3.	Weisungspflicht im zweistufigen Weisungsrecht	322
K.	Verpflichtendes Weisungsrecht der Mutter?	323
I.	Alternative Leitungsvarianten	324
1.	Besetzungsmöglichkeit als Alternative	324
2.	Leitung durch Doppelmandate	324
3.	Abstimmung zwischen den Gesellschaften	325
4.	Zwischenergebnis	325
II.	Zwingendes Weisungsrecht der Muttergesellschaft	326
L.	Sanktionen	327
I.	Zivilrechtliche Haftung	327
1.	Dogmatischer Ansatzpunkt	328
2.	Die Implementierung des Konzernrechts	328
3.	Ersatzberechtigter	328
4.	Besonderheiten des zweistufigen Weisungsrechts	330
a)	Haftung auf erster Ebene	330
b)	Haftung auf zweiter Ebene	331
5.	Haftung als faktischer Geschäftsführer	331
II.	Strafrechtliche Haftung	332
M.	Friktionen	333
I.	Friktionen beim Gesamtausgleich	333
II.	Friktionen beim zweistufigen Weisungsrecht	333
III.	Friktionen mit dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung	334
N.	Art der Einführung – Richtlinie oder Verordnung	335
O.	Alternativen	335
 <i>Kapitel 5</i>		
	Untersuchungsergebnisse	337
 Literaturverzeichnis		343
 Stichwortverzeichnis		363

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
ABL	Aktiebolagslagen
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Art./Artt.	Artikel
ASAL	Lov om Allmennaksjeselskaper (Allmennaksjeloven)
ASL	Lov om Aksjeselskaper (aksjeloven)
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJR	Business Judgement Rule
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C. civ.	Code civil
c. com.	code de commerce
c. c.	codice civile
CA	Cour d'appel
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
com.	Commentaire
Corte cass.	Corte di Cassazione
Cour cass.	Cour de Cassation
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe

Dir. Fall.	Diritto Fallimentare e delle società commerciali
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EMCA	European Model Company Act
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FECG	Forum Europaeum on Company Groups
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Foro it.	Il Foro italiano
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesR.	Gesellschaftsrecht
ggf.	gegebenenfalls
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h. M.	Herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
J.C.P.	Juris-classeur périodique
Kap.	Kapitel
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KL	Kirjanpitolaki
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
Konzern	Der Konzern
krit.	kritisch
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

nº	Numero
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
OL	Osakeyhtiölaki
LabelsZ	Labels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf
Rev. soc.	Revue des sociétés
RG	Reichsgericht
Riv. soc.	Rivista delle società
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Satz; Seite
s.	siehe
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SE	Societas Europaea
SEL	lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)
sog.	sogenannte
SPE	Societas Privata Europaea
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
SUP	Societas Unius Personae
Trib. corr.	Tribunale correctionnel
TUF	Testico Unico della Finanza
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
UfR	Ugeskrift for Retsvoesen
UG	Unternehmergegesellschaft
v.	vom
v. a.	vor allem
Verf.	Verfasserin/Verfasser
vgl.	vergleiche
VGR	Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht e.V.
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
WM	Wertpapiermitteilung
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Kapitel 1

Einleitung

Die Schaffung eines gemeinsamen Marktes und der Abbau von legislativen Hindernissen für diesen war bereits eine Grundidee der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.¹ Heute stellt der europäische Binnenmarkt den größten gemeinsamen Markt der Welt dar und bildet mit seinen Grundfreiheiten das Fundament der Europäischen Union.² Nach einem Bericht der europäischen Kommission aus dem Jahre 2019 trägt der Binnenmarkt zu einer Wertsteigerung des EU-Haushaltes in Höhe von 8,5 % bei.³ Die Kommission geht in selbigem Bericht weiterhin davon aus, dass sich die Vorteile erhöhen könnten, so die Integration des Binnenmarktes weiter vorangetrieben wird.⁴

Hierbei spielen Konzerne, definiert als Zusammenschlüsse von mehreren Unternehmen bei gleichzeitiger Wahrung ihrer rechtlichen Selbstständigkeit,⁵ sowohl national in Deutschland, als auch international auf europäischer und weltweiter Ebene eine gewichtige Rolle.⁶ Im Rahmen der internationalen Expansion von Unternehmen stellt die Gründung von Tochtergesellschaften in den jeweiligen Ländern oft die sinnvollste Strategie dar.⁷ Bei der fortschreitenden Verwirklichung und Erweiterung des europäischen Binnenmarktes werden Konzerne folglich aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung eine zunehmend wichtigere Rolle spielen.

Indes stellt das Gesellschaftsrecht seit jeher ein Rechtsgebiet dar, welches stärker als andere von nationalem Recht sowie einem „Wettbewerb“ der nationalen Gesetzgeber geprägt ist.⁸ Dies führt zu dem Problem, dass für die Geschäftsleitung von Konzernmutter und -tochter oftmals nicht klar ist, ob und in welchem Maße die Mutter der Tochter Weisungen bezüglich der Geschäftsleitung erteilen darf.⁹ Vor dem

¹ Vgl. Art. 3 EWG-Vertrag.

² <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Europa/eu-werte-und-wirtschaftsgemeinschaft.html>; zuletzt abgerufen am 14.05.2020 um 11:50.

³ *Europäische Kommission*, Fact-sheet EU Single Market, 1.

⁴ *Europäische Kommission*, Fact-sheet EU Single Market, 4 f.

⁵ *Kuhlmann/Ahnis*, KonzR, § 1 Rn. 3.

⁶ *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 27, Rn. 1006; *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, S. 19; *Reflection Group*, Report of the Reflection Group on the future of EU company law, 59.

⁷ *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 27 Rn. 1006.

⁸ Vgl. *Hopt*, EuZW 2012, 481 (481).

⁹ *Teichmann*, AG 2013, 184 (185).

Hintergrund von teilweise drakonischen Strafen für den Fall, dass die Geschäftsführung gegen die Interessen der eigenen Gesellschaft handelt,¹⁰ stellt dies für die Organe der beteiligten Gesellschaften eine Gratwanderung dar. Dieses Problem verstärkt sich, zumindest aus deutscher Sicht, noch zusätzlich, da außer Deutschland nur vereinzelte Länder überhaupt über ein in sich geschlossenes und geschriebenes Konzernrecht verfügen.¹¹ So haben etwa Portugal,¹² eingeschränkt auch Kroatien, Slowenien und Ungarn¹³ das deutsche System übernommen, Italien hingegen verfügt über eine eigene Regelung.¹⁴

Auch das europäische Rechtssystem verfügt über kein geschlossenes Konzernrecht. Ein entsprechender Versuch, ein solches im Rahmen der berüchtigten neunten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie einzuführen, scheiterte bereits in den Kinderschuhen. Grund dafür war, dass der Vorentwurf zu nah am „zu umständlichen“ deutschen Modell angelehnt war.¹⁵ Die europäischen Kommission setzte daher schon in ihrem Aktionsplan vom 21.05. 2003 eher auf eine punktuelle Harmonisierung des Konzernrechts.¹⁶ Der Aktionsplan baute insbesondere auf den Überlegungen des *Forum Europaeum on Company Groups*¹⁷ und der hochrangigen Expertengruppe für Gesellschaftsrecht (*High Level Group*)¹⁸ auf. Als Teil dieser „Kernbereichsharmonisierung“ monierten beide Expertengruppen unter anderem die bereits angesprochenen Rechtsunsicherheiten bei der Leitung eines multinationalen Konzerns, wobei hier die Einführung eines „Gruppeninteresses“ nach dem französischem Vorbild der *Rozenblum*-Doktrin vorgeschlagen wird.¹⁹ Indes wurde der Aktionsplan nicht umgesetzt.²⁰ Erst der Abschlussbericht der im Dezember 2010 eingesetzten „Reflektionsgruppe zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts“ (im Folgenden *Reflection Group*) warf das Problem der Leitung von Konzernen wieder auf.²¹ Auf diesem Bericht basierte schließlich der neue Aktionsplan „Europäisches Gesell-

¹⁰ Vgl. für das französische Recht den „abus des biens sociaux“, Art. L-241-3 code de commerce.

¹¹ *Reflection Group*, Report of the Reflection Group, 59.

¹² Art. 481–508 CSC.

¹³ *Kalss*, ZGR 2000, 819 (863); Art. 460 GWG [Slowenien]; Art. 473 ff. HGG [Kroatien]; §§ 288–297 WGG [Ungarn].

¹⁴ Vgl. *Fasciani*, ECFR 2007, 195.

¹⁵ *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 19; *Reflection Group*, Report of the Reflection Group, 59.

¹⁶ *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament (KOM [2003] 284 endg.), in: NZG 2003, Sonderbeilage zu Heft 13, 21.

¹⁷ *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 1998, 672 (768 f.).

¹⁸ *High Level Group of company law experts*, Report of the High Level Group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe, 96 ff.

¹⁹ *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 1998, 672 (768 f); *High Level Group*, Report of the High Level Group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe, 96 ff.

²⁰ *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 20.

²¹ *Reflection Group*, Report of the Reflection Group, 59.

schaftsrecht und Corporate Governance“.²² Dabei stellt die Kommission die Anerkennung eines „Gruppeninteresses zur besseren Leitung eines Konzernes“ in Aussicht.²³ Die 2014 von der Kommission ins Leben gerufene „Informal Company Law Expert Group“ (*Informal Group*), welche sich, unter anderem, mit möglichen Spielarten des Konzerninteresses auf europäischer Ebene befassen soll,²⁴ ließ hoffen, dass durch die Arbeit dieser Gruppe Fortschritte auf dem Gebiet der Leitung eines multinationalen Konzerns gemacht werden. Ein Vorschlag dieser Gruppe wurde 2016 gemacht, weitere Schritte wurden auf europäischer Ebene jedoch nicht getan.²⁵ Eine Vollharmonisierung erscheint dabei jedoch auch heute noch aufgrund der sehr unterschiedlichen Ansätze der einzelnen Länder sehr unwahrscheinlich.²⁶

Kernfrage der vorliegenden Arbeit ist, ob es zur Verbesserung der Rechtssicherheit im Rahmen der Leitung transnationaler Konzerne überhaupt der Anerkennung des Konzerninteresses bedarf,²⁷ und, falls dies der Fall ist, in welcher Form und in welcher Art und Weise dieses in die europäische Rechtsordnung implementiert werden sollte.

A. Untersuchungsgegenstand

Das Leitbild des Gesellschaftsrechts stellt die selbstständige und unabhängige Gesellschaft dar, in der das Wohl der Gesellschaft den Interessen der Gesellschafter, der Gläubiger und der Geschäftsleitung entspricht.²⁸ Indes spiegelt dieses Leitbild die wirtschaftliche Realität nur noch bedingt wider. In einem Konzern ist dieser „Gleichlauf der Interessen“²⁹ gefährdet. Geschäftsführung und (Haupt-)Gesellschafter der Untergesellschaft könnten hier vor allem das Wohl des Konzerns und/oder der herrschenden Gesellschaft im Auge haben. Die Interessen der Tochtergesellschaft drohen hier vernachlässigt zu werden. Das Konzernrecht ist daher von seiner Grundidee her vor allem als Schutzrecht für die Minderheitsaktionäre und

²² *Europäische Kommission*: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen (KOM [2012] 740 final).

²³ *Europäische Kommission*: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen (KOM [2012] 740 final).

²⁴ <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3036&Lang=DE>, eingesehen am 14. 05. 2020 um 15:40.

²⁵ Vgl. Report der *Informal Group of Company Law Experts* (im Folgenden *ICLEG*) zur Anerkennung des Gruppeninteresses.

²⁶ Näher dazu: *Teichmann*, AG 2013, 184 (190 f.).

²⁷ Dagegen: *J. Hansen*, The Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law – as seen from a Nordic perspective, 18.

²⁸ *Kuhlmann/Ahnis*, KonzR, § 1 Rn. 4.

²⁹ *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 21.