



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Konzernleitung im europäischen
Binnenmarkt auf der Grundlage des Rechts der zweiten
Kapitalgesellschaft in Deutschland, Frankreich und Bulgarien“**

Dissertation vorgelegt von Velina Ziegler

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Schubel

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

I. Einleitung

Mehr als 99% der Unternehmen in der EU sind KMU. Sie bilden das Rückgrat der Wirtschaft. Mit zunehmender Größe werden es KMU bevorzugen, sich als Unternehmensgruppe denn als Einzelunternehmen zu organisieren. Als Gruppe lassen sich Finanzierungskosten senken, indem die finanziellen Ressourcen gruppenintern zentralisiert und bedarfsspezifisch verteilt werden. Ebenso können durch eine Vernetzung der wirtschaftlichen Aktivitäten Synergien generiert werden, die den insgesamt erwirtschafteten Gewinn steigern. Zugleich verhindert die eigene Rechtspersönlichkeit der Untereinheiten, dass Risiken auf das Mutter- und die Schwesterunternehmen durchschlagen. KMU werden ihre Tochtergesellschaften häufig im EU-Ausland situieren wollen, sei es, weil sie Nischenprodukte herstellen und deshalb auf zusätzliche Absatzmärkte angewiesen sind, sei es, weil sie anderswo bessere Produktionsbedingungen vorfinden. Ihre Tochtergesellschaften werden sie regelmäßig in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisieren wollen; sie lässt sich typischerweise kostengünstiger gründen und führen als die Aktiengesellschaft. Vor allem bei der Leitung eines solchen grenzüberschreitenden Konzerns stoßen KMU indes auf Hindernisse, die so gewichtig sind, dass sie 95% der Unternehmen vom so vielversprechenden Grenzübertritt abhalten. Schuld daran ist zum einen die Divergenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in zentralen Fragen der Konzernleitung. Sie zwingt das Mutterunternehmen dazu, für jede Tochter und Enkelin teuer ausmessen zu lassen, wie weit seine Befugnisse reichen. Zum anderen ist man in vielen Mitgliedstaaten nach wie vor der Überzeugung, die Gruppenzugehörigkeit berge für Tochtergläubiger und Minderheitsgesellschafter mehr Risiken als Chancen. Deshalb hält man vor allem den Tochtergeschäftsführer mit Haftungsnormen und Straftatbeständen dazu an, nachteilige Veranlassung der Mutter abzuwehren – selbst wenn sie dem Gruppenganzen und damit mittel- und langfristig auch der Tochter nützen. Dass der aktuelle Zustand weit entfernt ist von der Garantie eines Binnenmarktes ohne Grenzen, liegt auf der Hand.

Die EU-Kommission will Abhilfe schaffen und zu diesem Zweck die Anerkennung des Gruppeninteresses im Unionsrecht vorantreiben.¹ Sie dabei zu unterstützen, ist das Ziel dieser Untersuchung, die einen eigenen Regelungsvorschlag unterbreitet und dabei von folgenden Parametern ausgeht: Ein Konzernrecht für KMU muss darauf ausgerichtet sein, die Leitung der Tochter- und Enkelgesellschaften praktikierbar zu machen. Das setzt voraus, dass Benachteiligungen im Gruppeninteresse möglich sind. Die Schädigungserlaubnis muss indes an Voraussetzungen geknüpft sein, die einen angemessenen Schutz der nachgeordneten Gesellschaften und ihrer Außenseiter sicherstellen. Grundlagen und Grenzen der Leitungsmacht müssen rechtssicher erkennbar und einfach handhabbar sein, um keine überhöhten Kosten zu generieren. Anpassungen an die individuellen Bedürfnisse der Unternehmen müssen möglich sein. Ein *europäisches* Konzernrecht muss die Mutter in die Lage versetzen, die Gesamtgruppe binnenmarktweit nach einheitlichen Grundsätzen zu führen. Das Konzept zur Anerkennung des Gruppeninteresses sollte der europäische Gesetzgeber gezielt für KMU entwerfen, deren Töchter als Gesellschaften mit beschränkter Haftung organisiert sind. Umsetzen sollte er das Anerkennungskonzept als Richtlinie. Auf Vollharmonisierung angelegt, wären die Mitglied-

¹ Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, COM(2012) 740 final, S. 17.

staaten verpflichtet, den unionsrechtlichen Regelungssatz in ihr Recht zu implementieren, ohne die eigenen Regelungen antasten zu müssen. Auf diese Weise würde das europäische Konzernrecht zum *Zusatzangebot* für europäische Unternehmen.

Methodisch setzt die vorliegende Arbeit auf den Vergleich des deutschen, französischen und bulgarischen Rechts. Die beiden etablierten Rechtsordnungen sind in der Lage, dem europäischen Gesetzgeber Vorlagen zu liefern, an denen er sich bei der Ausgestaltung des Anerkennungskonzepts orientieren kann. Darüber hinaus erhellen sie, an welchen Stellen des Konzeptentwurfs und v.a. aus welchen Überzeugungen oder Ängsten heraus mit Widerstand der jeweiligen Vertreter im Ministerrat zu rechnen ist. Beides vermag das bulgarische Recht auf der Grundlage seines aktuellen Entwicklungsstands (noch) nicht zu leisten. Und doch ist die Auseinandersetzung mit dem bulgarischen Recht als Vorarbeit für einen europäischen Leitungsgrundsatz nützlich: Sie fungiert als Gegenprobe, indem sie zu der Frage nötigt, ob die angedachte Regelung auch in Bulgarien funktionsfähig wäre. Absehbare Funktionsstörungen sollte man schon bei der Ausgestaltung des Unionsrechts berücksichtigen, um ihnen, soweit dies möglich ist, entgegenzuwirken.

Den Gegenstand der Untersuchung bilden die Grundlage und die Grenzen der Leitungsmacht im deutschen, französischen und bulgarischen GmbH-Recht. Die Darstellung setzt bei den Einflussnahmemöglichkeiten der Konzernmutter auf die Tochtergeschäftsführung an und wendet sich sodann den Vorgaben des Tochterrechts zu, die die Mutter beachten muss, wenn sie auf die Geschäftsführung einwirkt. Inwieweit Konzernmutter und Tochtergeschäftsführer für die Veranlassung bzw. Vornahme verbotener Maßnahmen zur Verantwortung gezogen werden können, wird mit berücksichtigt. Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

II. Einflussnahmemöglichkeiten

Als Allein- bzw. Mehrheitsgesellschafterin kann sich die Konzernmutter allerorten gegenüber dem Tochtergeschäftsführer durchsetzen. In der Tochter-SARL erfolgt die Einflussnahme außerhalb des Kompetenzbereichs der Gesellschafter ausschließlich faktisch über die (implizite) Androhung, den Tochtergeschäftsführer abuberufen oder nicht erneut zu bestellen. In der abhängigen GmbH und OOD ist die Muttergesellschaft überdies befugt, einen für den Tochtergeschäftsführer verbindlichen Weisungsbeschluss herbeizuführen.

Eine Weisungsbefugnis nach Art des § 37 GmbHG führt nicht aus sich heraus zu einer Prävalenz des Gruppeninteresses. Bei gleichzeitiger Ausrichtung der Geschäftsführung auf das Tochterinteresse ist sie für die Muttergesellschaft wertlos. Der europäische Gesetzgeber muss deshalb bei der Anerkennung des Gruppeninteresses ansetzen. Ob eine ergänzende Regelung zur Weisungsbefugnis erforderlich ist, erscheint fraglich. Auf den gesteigerten Schutz der Minderheitsgesellschafter durch Transparenz lässt sich die Erforderlichkeit dann nicht stützen, wenn der europäische Gesetzgeber das Ausnutzen der faktischen Einwirkungsmöglichkeiten nach mitgliedstaatlichem Recht weiter gestattete. Dazu müsste man ihm dringend raten, weil ein Verbot kaum justiziabel wäre. Die bestehenden faktischen Einwirkungsmöglichkeiten wiederum belegen, dass sich die Muttergesellschaft schon jetzt durchzusetzen vermag. Allerdings ist sie bei Einflussnahmen über die „Personalschiene“ nicht davor gefeit, dass sich

der Tochtergeschäftsführer zu Unrecht einer Veranlassung widersetzt. Einen tatsächlich geleisteten Widerstand kann die Mutter zwar überwinden; allein die Auseinandersetzung aber kostet Zeit und Geld. Aus diesem Grund erscheint es gerechtfertigt, Weisungskompetenz der Mutter und Folgepflicht des Tochtergeschäftsführers unionsrechtlich zu regeln.

II. Grenzen der Leitungsmacht in der Tochter im Alleinbesitz

In der Frage, welche Schranken der Alleingesellschafter beachten muss, wenn er auf die Geschäftsführung Einfluss nimmt, liegen die drei Vergleichsrechtsordnungen weit auseinander: Was in Frankreich verbotene Benachteiligung ist, gilt in Deutschland und Bulgarien als erlaubte Selbstschädigung. Der Grund hierfür wurzelt in einem unterschiedlichen Verständnis vom Wesen der Gesellschaft. In Frankreich betont man die eigene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft sowie ihre Eigenschaft als Unternehmensträgerin. Dementsprechend begreift man das Gesellschaftsinteresse als Interesse der juristischen Person oder als Synthese der Belange sämtlicher, von den Aktivitäten der Gesellschaft betroffener Interessenträger. Auf der Grundlage eines solchen institutionellen / interessenpluralistischen Ansatzes sind dem Alleingesellschafter Schädigungen der Gesellschaft verwehrt, weil er damit immer auch Dritte schädigt. In Deutschland und Bulgarien gilt die Gesellschaft primär als Veranstaltung ihrer Gesellschafter. Das Interesse der Gesellschaft wird mit dem der Gesellschaftergesamtheit gleichgesetzt. Der Alleingesellschafter darf die Gesellschaft schädigen, weil er damit nur sich selbst schädigt. Lediglich zwei Dinge darf er nicht: Auf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen zugreifen sowie den Fortbestand der Gesellschaft gefährden.

Die unterschiedlichen Grundpositionen beeinflussen die Zielrichtung der Diskussionen im Konzernkontext. Die Frage nach der Anerkennung eines Gruppeninteresses, das Vermögens- und Ertragsminderungen in der Tochtergesellschaft zu rechtfertigen vermag, stellt sich für die Tochter im Alleinbesitz vollumfassend nur in Frankreich; nur dort sind Benachteiligungen auch oberhalb der Stammkapitalziffer untersagt. In Deutschland und Bulgarien hingegen steht die Frage im Vordergrund, ob die Schädigungserlaubnis der Konzernmutter nach allgemeinem Gesellschaftsrecht konzernspezifisch eingeschränkt werden sollte, um die Tochtergläubiger stärker zu schützen; das Förderanliegen beschränkt sich auf die Auskehr des gebundenen Vermögens an die Mutter, weil nur sie verboten ist.

Hierzulande, aber auch in Bulgarien sieht die herrschende Meinung keine Veranlassung, die Dispositionsbefugnis der Konzernmutter oberhalb der Stammkapitalziffer im Interesse der Tochtergläubiger einzuschränken (und dafür den überkommenen Kapitalschutz zu lockern). In Frankreich haben die Strafgerichte das Benachteiligungsverbot aufgebrochen, um die Unternehmensgruppe praktikabler zu machen. Das französische Recht hat sich mithin im Gruppenkontext den anderen beiden Rechtsordnungen angenähert, weist im Vergleich zu diesen aber nach wie vor zwei wesentliche Unterschiede auf. Zum einen ist in Frankreich jede Benachteiligung der Tochter rechtfertigungsbedürftig und nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet. Zum anderen werden die Tochtergläubiger in Frankreich genauso intensiv geschützt wie die Minderheitsgesellschafter; die Abstraktion des Interesses der Tochter von dem der Mutter als Alleingesellschafterin bedingt einen Gleichlauf des Außenseiterschutzes.

Eine gemeinsame Vorstellung zu den Leitungsgrenzen in der Tochter im Alleinbesitz, an die eine europäische Regelung anknüpfen könnte, existiert mithin nicht. Der europäische Gesetzgeber muss sich für eines der beiden Modelle entscheiden: die im Interesse der Tochtergläubiger eingeschränkte Schädigungserlaubnis oder das im Interesse der Konzernmutter gelockerte Benachteiligungsverbot. Hierfür muss er v.a. ausmessen, worin die schutzwürdigen Belange der Tochtergläubiger bestehen.

Die Tochtergläubiger sind zuvörderst an der rechtzeitigen und vollständigen Erfüllung ihrer Forderungen interessiert. Das Forderungsbefriedigungsinteresse ist unmittelbar beeinträchtigt, wenn der Tochtergesellschaft diejenigen liquiden Mittel entzogen werden, die sie benötigt, um ihre Zahlungsverpflichtungen recte zu erfüllen, oder sie sonst wie in den Ruin getrieben wird. Liquidität und Fortbestand der Tochtergesellschaft muss das Unionsrecht deshalb zwingend durch entsprechende Einflussnahmeschranken sichern. Mehr aber auch nicht, wie ein Blick auf den Gläubigerschutz in der unabhängigen Gesellschaft verdeutlicht.

Der Zweck des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes besteht darin, die Risiken auszugleichen, die mit der Haftungsbeschränkung einhergehen; es geht nicht darum, die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft besser zu stellen als die Gläubiger eines persönlich haftenden Einzelunternehmers. Die Verlagerung von Vermögen und Geschäftschancen der Gesellschaft in die Gesellschaftersphäre vollständig zu verbieten, widerspräche diesem Zweck. Außerdem bliebe unberücksichtigt, dass die Gesellschafter ihrerseits ein berechtigtes Interesse an Ausschüttungen haben. Erweist sich somit in der unabhängigen Einpersonen-Gesellschaft ein Benachteiligungsverbot als übermäßig, kann es bei der Formulierung von Leitungsgrenzen in der Tochtergesellschaft im Alleinbesitz nicht darum gehen, ein solches aufzubrechen und Benachteiligung unter bestimmten Voraussetzungen zu gestatten. Denn die Konzerneinbindung rechtfertigt keine grundlegend andere Vermögenszuordnung an die Gläubiger. Schädigungen der Tochter müssen im Grundsatz erlaubt sein.

Der europäische Gesetzgeber sollte deshalb von der Schädigungserlaubnis deutsch-bulgarischer Provenienz ausgehen und diese lediglich zum Schutz der Zahlungs- und Überlebensfähigkeit der Tochtergesellschaft einschränken. Auf einen ergänzenden Kapitalschutz sollte er verzichten, weil dieser zur Absicherung des Forderungsbefriedigungsinteresses der Tochtergläubiger weder erforderlich noch geeignet ist.

Konkret sollte die Weggabe liquider Mittel gestattet sein, wenn und soweit die Tochtergesellschaft in der Lage bleibt, diejenigen Geldforderungen zu erfüllen, die innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten fällig werden. Die damit einhergehende Prüfungspflicht im Vorfeld einer liquiditätsmindernden Maßnahme sollte entfallen, sofern die Muttergesellschaft, eine andere Gruppengesellschaft oder ein Dritter die vorgenannten Geldforderungen durch eine Liquiditätsgarantie absichert. Wäre im Zeitpunkt der Liquiditätsweggabe absehbar, dass die Tochter ein in zwei Jahren fällig werdendes Darlehen nicht zurückzahlen können, müsste die Weggabe trotz einer positiven Solvenzprognose für die nächsten zwölf Monate unterbleiben. Das folgte aus dem Verbot, die Existenz der Tochter zu gefährden. Der Bestandsschutz würde im Übrigen bei Maßnahmen relevant, die der Solvenzttest überhaupt nicht erfasst: dem Abzug betriebsnotwendiger Geschäftschancen und Ressourcen der Tochter sowie der Aufbürdung unvertretbarer Risiken.

III. Haftung

Die Konzernmutter wird allerorten nur unter qualifizierten Voraussetzungen zur Verantwortung gezogen, wenn sie der Tochtergesellschaft die für die Gläubigerbefriedigung erforderliche Liquidität entzieht oder ihren Fortbestand gefährdet. In Frankreich setzt die Haftung voraus, dass die Mutter die Geschäftsführung der Tochter derart intensiv an sich gezogen hat, dass dem Tochtergeschäftsführer überhaupt kein Entscheidungsspielraum mehr zukommt. Beschränkt sie sich hingegen auf punktuelle Einflussnahmen, kann sie, wie in Bulgarien stets, nur über die insolvenz- und schuldrechtlichen Anfechtungstatbestände in die Pflicht genommen werden. U.a. deren Schwächen haben in Deutschland zur Geburt der sog. Existenzvernichtungshaftung geführt. Sie aber setzt voraus, dass die Konzernmutter ihre Tochter aus eigensüchtigen Motiven und vorsätzlich in die Insolvenz treibt. Demgegenüber haftet der Tochtergeschäftsführer überall schon dann, wenn er uneigennützig und bloß fahrlässig den Zusammenbruch der Tochter verursacht.

Das Verantwortlichkeitsgefälle zugunsten der Muttergesellschaft ist unter Schutzgesichtspunkten bedenklich. Soweit die Mutter keine negativen Konsequenzen zu befürchten hat, wirkt das Verbot der Existenzgefährdung nicht verhaltenssteuernd. Der Gläubigerschutz hängt allein vom Rückgrat des Tochtergeschäftsführers ab. Hinzu kommt, dass die Mutter regelmäßig die für einen effektiven Gläubigerschutz erforderlichen finanziellen Mittel hat oder erschließen kann – im Gegensatz zum Tochtergeschäftsführer.

Um diese Schutzdefizite abzumildern, sollte der europäische Gesetzgeber für einen Gleichlauf der Verantwortlichkeit sorgen, indem er der Muttergesellschaft dieselben Prüfungs- und Einstandspflichten zuweist wie dem Tochtergeschäftsführer. Das Haftungsrisiko bliebe zumutbar, weil es nur bei aktiver Einflussnahme virulent würde.

Im Einzelnen sollte das Unionsrecht die Muttergesellschaft dazu verpflichten, Solvenzttest und Existenzgefährdungsprüfung durchzuführen, bevor sie eine für die Tochter nachteilige Maßnahme veranlasst. Den Tochtergeschäftsführer sollten dieselben Prüfungspflichten treffen, bevor er eine entsprechende Maßnahme ergreift. Beiden Entscheidungsträgern stünde ein gerichtlich nicht überprüfbarer Ermessensspielraum nach Art der Business Judgment Rule zu. Beide Entscheidungsträger hafteten gesamtschuldnerisch für erkennbar liquiditäts- oder existenzgefährdende Benachteiligungen auf Verlangen der Mutter. Im Innenverhältnis sollte der Tochtergeschäftsführer indes voll regressberechtigt sein. Damit hätte er zugleich einen starken Anreiz, der Mutter seine Folgenanalyse darzulegen und zu erläutern. Die Aufgabe der Muttergesellschaft erschöpfte sich darin, die Einschätzung des Tochtergeschäftsführers auf ihre Vertretbarkeit hin zu überprüfen, was den Prüfungsaufwand in Grenzen hielt. Hat die Konzernmutter als Kehrseite der verbotenen Benachteiligung (auch mittelbar) einen Vermögensvorteil erlangt, sollte sie diesen zurückgeben müssen, unabhängig davon, ob sie schuldhaft gehandelt hat oder nicht.

Schließlich müsste die Werthaltigkeit einer etwaigen Liquiditätsgarantie abgesichert werden – durch die Pflicht des Garanten, diese in regelmäßigen Abständen gegenüber dem Tochtergeschäftsführer nachzuweisen. Bei begründeten Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit des Garanten wäre der Tochtergeschäftsführer verpflichtet, zurück zum Solvenzttestmodell zu wechseln,

wodurch auch die auf die Einzelweisung bezogenen Prüfungs- und Einstandspflichten der Konzernmutter wieder auflebten.

IV. Grenzen der Leitungsmacht in der mehrgliedrigen Tochter

In der unabhängigen Gesellschaft mit (dissentierenden) Minderheitsgesellschaftern sind Benachteiligungen der Gesellschaft allerorten verboten. In Deutschland und Bulgarien ändert sich hieran auch dann nichts, wenn die Gesellschaft Teil eines Konzerns ist. Konfliktieren Konzern- und Tochterinteresse, gebührt diesem der Vorrang. Beide Rechtsordnungen zielen auf die Abwehr des Konzerneinflusses, weil sie ausschließlich die Risiken in den Blick nehmen, die sich für die Tochter und ihre Minderheitsgesellschafter aus der Konzernzugehörigkeit ergeben. Dazu passt der Ausschluss der Konzernmutter vom Stimmrecht, wenn in der Tochter über den Abschluss konzerninterner Rechtsgeschäfte abgestimmt wird. Dazu passt auch, dass der Gesetzgeber bislang keine geeigneten Rahmenbedingungen für die privatautonome Bewältigung des Interessenkonflikts geschaffen hat.

In Frankreich sieht man die Unternehmensgruppe als Chance für alle ihre Glieder an. Um sie zu fördern, hat man die weitreichenden Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Minderheitsgesellschafter nach allgemeinem Gesellschaftsrecht nahezu vollständig zurückgedrängt. V.a. aber sind Benachteiligungen der Tochtergesellschaft im Gruppeninteresse seit der Rozenblum-Entscheidung der *Cour de cassation* zulässig, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Die Rozenblum-Formel setzt frühzeitig an: Schon die Gruppe als solche muss verfestigt strukturiert und als solidarisch-ausgewogene Vorteils- und Lastengemeinschaft konzipiert sein. Die nachteilige Einzelmaßnahme darf die Existenz der Tochter nicht gefährden und bedarf einer Kompensation. Insoweit genügt, dass der Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Nachteilszufügung ein realer, nicht bloß symbolischer Vorteil zufließt. Der Einzelnachteil muss also nicht vollständig ausgeglichen werden, auch nicht im Laufe der Zeit. Über das Erfordernis einer Kompensation sollen lediglich besonders krass gelagerte Fälle missbräuchlicher Selbstbedienung oder Ausbeutung seitens der Muttergesellschaft ausgesondert werden.

Durch die Systembetrachtung und die damit einhergehende Reduktion des einzelfallbezogenen Prüfungsaufwands grenzt sich der französische Ansatz maßgeblich vom niederländischen ab, der den Tochtergeschäftsführer dazu anhält, vor jeder einzelnen Maßnahme in eine umfassende Interessenabwägung einzutreten. Die Vereinfachung des Gruppenbetriebs hat das Rozenblum-Konzept mit Systemen gemeinsam, die Benachteiligungen erlauben, sofern sich am Ende des laufenden Geschäftsjahres die der Tochtergesellschaft zugefügten Nachteile und die ihr zufließenden Vorteile in ihrer Gesamtheit ausgeglichen gegenüberstehen. Im Gegensatz zu diesen gewährleistet Rozenblum allerdings lediglich, dass die nachgeordneten Gesellschaften nicht konzeptionell oder im Einzelfall missbräuchlich benachteiligt werden. Damit bleibt der Rechtfertigungsansatz unter Schutzgesichtspunkten hinter dem zurück, was er selbst einfordert: eine faire Teilhabe sämtlicher Gliedgesellschaften an den Gruppenerfolgen. Die jahrelange Schlechterstellung der Einzelgesellschaft tritt regelmäßig erst in deren Insolvenz zutage.

Das Unionsrecht hat den Auftrag, die binnenmarktweit tätige Unternehmensgruppe zu fördern und gleichzeitig einen angemessenen Schutz der nachgeordneten Gesellschaften und ihrer Minderheitsgesellschafter sicherzustellen. Das Benachteiligungsverbot deutsch-bulgarischer

Provenienz ist aus diesem Grund keine Option für Europa. Auch am niederländischen Ansatz sollte sich der europäische Gesetzgeber nicht orientieren, weil das auf die Einzelmaßnahme bezogene Abwägungsgebot den Konzernalltag erheblich erschwerte. Stattdessen sollte er im Vorfeld der Einzelmaßnahme ansetzen. Zu diesem Zweck könnte er Mutter und Minderheit damit beauftragen, die Voraussetzungen, unter denen Benachteiligungen im Gruppeninteresse künftig zulässig sein sollen, selbst festzulegen. Eine Begegnung auf Augenhöhe wäre gewährleistet, sofern das Unionsrecht beide Seiten zu fairen Verhandlungen verpflichtete und Pflichtverstöße mit Austritts- bzw. Ausschlussrechten ahndete. Nicht zu unterschätzen ist indes der Aufwand an Zeit und Geld, den die Verhandlungslösung gruppenweit mit sich brächte. Gelänge es dem europäischen Gesetzgeber nicht, eine einzige Verhandlung innerhalb der Gruppe zu organisieren, müsste also für jede Einzelgesellschaft separat verhandelt werden, stünde überdies die binnenmarktweite Einheitlichkeit der Konzernleitung auf dem Spiel. Deshalb sollte der europäische Gesetzgeber ein eigenes Anerkennungskonzept entwerfen. Für ein System, das die nachgeordneten Gesellschaften zeitraumbezogen und gesamthaft vor jeder Vermögens- und Ertragsminderung schützt, sollte er nicht optieren. Es wirkt aus der europäischen Perspektive noch zu stark der Vorstellung verhaftet, man müsse die Auswirkungen der Konzerneinbindung neutralisieren. Stattdessen sollte er den französischen Ansatz mit seiner Forderung nach einer fairen Erfolgsteilhabe in der Zeit zum Vorbild nehmen und aus der Forderung eine Garantie machen. Das Teilhabekonzept sollte folgende drei Eckpunkte aufweisen:

Die Gesamtgruppe sollte über einen Geschäftsplan verfügen müssen, der den Gliedgesellschaften ihre Stellung und Funktion innerhalb des Verbunds zuweist und auf eine faire Teilhabe sämtlicher Gliedgesellschaften an den Gruppenerfolgen und -misserfolgen gerichtet ist. Beteiligung am Gesamtgewinn der Gruppe ist mehr als bloße Nicht-Schädigung. Je kleiner das Unternehmen, desto weniger ausdifferenziert müsste die Planung ausfallen; die Kosten für die Planerstellung blieben überschaubar. Mit der gruppeninternen Offenlegung des Plans ginge ein Bekenntnis der Konzernmutter zum Grundsatz der fairen Erfolgsteilhabe einher. Das Miteinander in der Gruppe würde vorstrukturiert, Konzernleitung auch und gerade in den Einzelgesellschaften vorhersehbar und verlässlich. Dies rechtfertigte das Absenken der einzelfallbezogenen Anforderungen.

Benachteiligungen der Tochter wären schon dann erlaubt, wenn sie die durch den Liquiditäts- und Bestandsschutz gezogenen Grenzen respektierten und sich darüber hinaus in den Gruppengeschäftsplan einfügten. Der Tochtergeschäftsführer müsste sich, bevor er eine nachteilige Veranlassung der Mutter befolgt, weder mit der Frage beschäftigen, inwieweit eine Kompensation des Nachteils zu erwarten ist, noch mit der Frage, ob die Einzelmaßnahme das Gleichgewicht der Vorteile und Lasten in der Tochter gefährdet. Ebenso wenig müsste die Minderheit zu ihrem Schutz das Geschehen in der Tochter permanent begleiten und jede Einzelmaßnahme auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen. Jener dürfte, diese könnte unterjährig darauf vertrauen, dass die Konzernmutter zu ihren anfänglichen Zusagen steht.

Ob die Tochter tatsächlich fair an den Gruppenerfolgen partizipiert, wäre jährlich zu überprüfen. Mindestvoraussetzung hierfür wäre, dass sich die gruppeninduzierten Vorteile und Lasten in ihr ausgewogen – nicht ausgeglichen – gegenüberstehen. Damit müssten die der Einzelgesellschaft zugefügten Nachteile und die ihr zufließenden Vorteile zwar dokumentiert, nicht hingegen beziffert werden. Denn bei der Einschätzung der Ausgewogenheit und, darauf auf-

setzend, der fairen Teilhabe handelte es sich um eine Ermessensentscheidung, die Spielraum ließe für eine unternehmerisch-wertende Betrachtung. Die Gefahr, dass sich die Gerichte über die Wertungsoffenheit des Gebots fairer Teilhabe zu stark in die Konzernleitung einmischten, sollte das Unionsrecht mit der Implementierung der Business Judgement Rule minimieren. Sie wirkte zugleich einer Überforderung der Gerichte entgegen.

Von einer Ergänzung des Teilhabekonzepts um punktuelle Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Minderheitsgesellschafter sollte der europäische Gesetzgeber absehen. Mitgliedstaatliche (auch nur potenzielle) Zustimmungsvorbehalte sollte er explizit abwählen. Denn der Ausschluss der Muttergesellschaft vom Stimmrecht widerspräche zentralen Elementen des Teilhabekonzepts, das auf die Einbindung der Mutter setzt, um Vertrauen zu schaffen.

V. Haftung

Der Tochtergeschäftsführer hat allerorten für uneigennützig, bloß sorgfaltswidrige Verletzungen des Tochterinteresses einzustehen. Die Muttergesellschaft hingegen wird in ihrer Eigenschaft als Mehrheitsgesellschafterin unterschiedlich stark in die Pflicht genommen. In Frankreich haftet der Mehrheitsgesellschafter auf der Grundlage des *abus de majorité* lediglich für grobes Fehlverhalten; Voraussetzung ist die vorsätzliche Schädigung der Minderheit zum eigenen Nutzen unter Verletzung des Gesellschaftsinteresses. Der Machtmissbrauch knüpft an den Verstoß gegen das Gleichheitsgebot an. Vor dem Hintergrund, dass das Gesetz die Gleichheit der Gesellschafter nicht absolut ausgestaltet, gelten aber nur *situations excessivement inégalitaires* als sanktionswürdig. Das erklärt die doppelte Subjektivierung des Verhaltensmaßstabs sowie die Funktion, die der Verletzung des Gesellschaftsinteresses zukommt: Sie begründet die Verantwortlichkeit des Mehrheitsgesellschafters nicht, sondern schränkt sie ein und wird demnach erst ab einer gewissen Schwere des Gesellschaftsschadens bejaht. Forderungen, die Mehrheit primär für die Verletzung des Gesellschaftsinteresses zur Verantwortung zu ziehen, haben sich nicht durchgesetzt – aus Furcht vor einer Entwertung des Mehrheitsprinzips, vor einer unerträglichen Einmischung der Gerichte in Gesellschaftsangelegenheiten auf Betreiben der Minderheit.

Aus denselben Ängsten heraus galt in Deutschland ursprünglich das Sittengebot als einzige Schranke der Mehrheitsmacht. Später trat das aus § 242 BGB abgeleitete Rechtsmissbrauchsverbot hinzu. Beide Verhaltensmaßstäbe ähnelten dem *abus de majorité* stark. Mit der rechtsformübergreifenden Anerkennung mitgliedschaftlicher Treupflichten aber bewertete das deutsche Recht die Grenzen der Mehrheitsmacht grundlegend neu. Seitdem geht es von der Doppelrolle des Mehrheitsgesellschafters als Eigen- und Fremdverwalter aus und betont die eine oder die andere Stellung, je nachdem, ob die ausgeübte Einwirkungsbefugnis mehr der Sicherung eigener mitgliedschaftlicher Interessen oder der Verwirklichung des Verbandszwecks dient. Die Geschäftsführung gilt als der Teil der Verbandstätigkeit, der per definitionem zur Förderung des Verbandszwecks bestimmt ist. Nimmt der Mehrheitsgesellschafter hierauf Einfluss, rückt er *aufgrund der Materie* in eine Treuhänderposition und haftet, wie der Geschäftsführer, auch für uneigennützig, bloß sorgfaltswidrige Schädigungen der Gesellschaft. Von einer unerträglichen Einmischung der Gerichte in Gesellschaftsangelegenheiten ist man in Deutschland gleichwohl weit entfernt. Denn auch der Mehrheitsgesellschafter profitiert von der Business Judgement Rule, die den Gerichten Zurückhaltung auferlegt.

In Bulgarien prallen althergebrachtes Rechtsmissbrauchsverbot und aus dem deutschen Rechtskreis transplantierte Loyalitätspflicht aufeinander. Dass damit im Ergebnis *abus de majorité* und Treupflicht innerhalb eines Rechtssystems koexistieren, ist ausgeschlossen. Die Frage, welcher Rechtsordnung das bulgarische Recht näher steht, lässt sich nicht rechtssicher beantworten. Feststellbar ist die Tendenz, die Loyalitätspflicht in ihrer rechtsbegrenzenden Funktion mit dem Rechtsmissbrauchsverbot gleichzusetzen. Dieses weist im geltenden bulgarischen Recht zwei Spielarten auf: Im Schuldrecht ist es objektiviertes Schädigungsverbot, im Handelsrecht bloßes Schikaneverbot. Im Schrifttum ist eine Tendenz zur Subjektivierung des gesellschaftsrechtlichen Verhaltensmaßstabs erkennbar, was diesen in die Nähe des *abus de majorité* rückt. Unabhängig davon ist eine tatsächliche Inanspruchnahme des Mehrheitsgesellschafters indes noch unwahrscheinlicher als in Frankreich. Denn die generalklauselartige Weite des Rechtsmissbrauchsverbots bereitet den bulgarischen Gerichten nach wie vor große Probleme, was zur praktischen Bedeutungslosigkeit des Verhaltensmaßstabs führt.

Um aus alledem Rückschlüsse für das unionsrechtliche Teilhabekonzept ziehen zu können, muss der Grad der Inpflichtnahme der Konzernmutter an der Interessenausrichtung in der Tochtergesellschaft gespiegelt werden. In Deutschland sind für die Tochter-GmbH nachteilige Maßnahmen stets unzulässig. Erst die treupflichtgetragene Sorgfaltshaftung der Konzernmutter und ihre Durchsetzbarkeit im Wege der *actio pro societate* aber verleihen dem Benachteiligungsverbot unter Schutzgesichtspunkten Schlagkraft. Denn zum einen ist die Mutter regelmäßig solventer als der Tochtergeschäftsführer. Zum anderen wirkt das Risiko der Inanspruchnahme disziplinierend; die Wahrscheinlichkeit, dass die Muttergesellschaft schon im Vorfeld von nachteiligen Veranlassungen absieht, steigt. Proportional dazu sinkt die Gefahr, dass der Tochtergeschäftsführer zwischen formeller Pflichtbindung und informellem Druck zerrieben wird. Die schwache Inpflichtnahme der Muttergesellschaft in Bulgarien und Frankreich geht umgekehrt dramatisch zulasten der Minderheit, aber auch zulasten des Tochtergeschäftsführers.

Lässt man die Muttergesellschaft außen vor, gibt man damit auch ihr selbst Steine statt Brot. Zum einen kann es bei weitgehender Haftungsfreiheit der Konzernmutter keine Entlastung des Tochtergeschäftsführers gegeben. Denn eine Aufteilung der Leitungspflichten kann nicht stattfinden, der Tochtergeschäftsführer trägt, gleichsam zwingend, die volle Prüfungslast. Praktisch erschwert dies die Konzernleitung immer dann, wenn der Tochtergeschäftsführer damit rechnen muss, dass er wegen Pflichtverletzungen tatsächlich in Anspruch genommen wird. So hat in Frankreich die alleinige Verantwortlichkeit des Tochtergeschäftsführers für Benachteiligungen trotz mangelhafter Gruppenstruktur oder -politik zur Folge, dass dieser in regelmäßigen Abständen überprüfen muss, ob die Gruppe noch solidarisch-ausgewogen strukturiert und konzipiert ist. Die erforderlichen Informationen muss er sich aufwendig beschaffen. Diesen Aufwand wird er regelmäßig im ganz eigenen Interesse auch tatsächlich betreiben, um sich später, insbesondere vor den Strafgerichten, exkulpiert zu können. In Bulgarien hingegen verkompliziert die Prüfungslast den Gruppenbetrieb nicht, weil das Haftungsrisiko für den Tochtergeschäftsführer mangels einer Klagemöglichkeit der Minderheitsgesellschafter in der Praxis kaum real wird. Zum anderen beinhaltet jede Prüfungspflicht des Tochtergeschäftsführers auch das Recht, Entscheidungen der Mutter zu hinterfragen. In Frankreich besteht folglich die Gefahr, dass sich der Tochtergeschäftsführer zu Unrecht den Planungen der

Mutter für die Gesamtgruppe widersetzt. Diese kann sich zwar letztlich über die „Personalschiene“ durchsetzen; sie bleibt aber gezwungen, die Auseinandersetzung zu führen.

Das Beispiel Frankreich führt vor Augen: Suspendierte der europäische Gesetzgeber lediglich von den mitgliedstaatlichen Haftungsstatbeständen, büßte das Teilhabekonzept überall dort, wo die Muttergesellschaft weitgehend Haftungsfreiheit genießt, empfindlich an Effektivität und damit Legitimität ein. Aus diesem Grund ist ihm dringend anzuraten, die Handlungs-, Prüfungs- und Einstandspflichten innerhalb des Teilhabekonzepts selbst auf Konzernmutter und Tochtergeschäftsführer aufzuteilen. Das setzt voraus, dass er die Mutter nach deutschem Vorbild dazu anhält, Leitungsverantwortung zu übernehmen, sie mithin konzeptionell auch für uneigennützig, bloß sorgfaltswidrige Verhaltensweisen in die Pflicht nimmt. Eine solche Inpflichtnahme erscheint angemessen und zumutbar: Erstens bezweckt das Teilhabekonzept zuvörderst, der Mutter Spielräume zu eröffnen, die ihr aktuell nicht zur Verfügung stehen; gesteigerte Einflussnahmemöglichkeiten aber rechtfertigen qualifizierte Pflichtbindungen – auch im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, die kein Recht auf bedingungslose Förderung verbürgt. Zweitens hinge die Inpflichtnahme von der Entscheidung der Mutter ab, sich dem unionsrechtlichen Teilhabekonzept zu unterstellen; in dieser Entscheidung wäre sie frei.

Konkret sollte die Konzernmutter verpflichtet sein, den Gruppengeschäftsplan auszuarbeiten und dabei den Tochtergeschäftsführer einzubinden. Dieser sollte nicht bloß gehalten sein, der Mutter die planungsrelevanten Informationen über die Tochter zur Verfügung zu stellen. Vielmehr sollte er einen eigenen Planungsbeitrag leisten müssen. Nach erfolgter Konsultation sollte die Mutter befugt sein, nach eigenem Ermessen über die endgültige Fassung des Gruppengeschäftsplans zu entscheiden und den Plan für die Gesamtgruppe und ihre Glieder rechtsverbindlich in Kraft zu setzen, indem sie ihn den Geschäftsführern der nachgeordneten Gesellschaften übermittelt. Der Tochtergeschäftsführer sollte vollumfänglich von der Pflicht befreit sein, den Gruppengeschäftsplan einer eigenen inhaltlichen Überprüfung zu unterziehen. Für Benachteiligungen der Tochtergesellschaft ohne einen den Anforderungen entsprechenden Gruppengeschäftsplan haftete allein die Mutter.

Konzernmutter und Tochtergeschäftsführer sollten gehalten sein, sich vor jeder Veranlassung bzw. Vornahme einer für die Tochter nachteiligen Maßnahme zu vergewissern, dass diese die unionsrechtlichen Grenzen zum Schutz der Tochtergläubiger wahrt und sich in den Gruppengeschäftsplan einfügt. Für liquiditäts- oder existenzgefährdende und (nur) systemwidrige Benachteiligungen auf Verlangen der Mutter hafteten somit beide Entscheidungsträger gesamtschuldnerisch, wobei der Tochtergeschäftsführer im Innenverhältnis regressberechtigt sein sollte.

Jährlich zu überprüfen, ob die Tochter bei unternehmerisch-wertender Betrachtung tatsächlich fair am innerhalb der Gruppe erwirtschafteten Gewinn partizipiert, sollte Aufgabe des Tochtergeschäftsführers sein. Das Ergebnis seiner Prüfung sollte er der Muttergesellschaft darlegen müssen. Im Falle einer Schieflage zulasten der Tochter wären beide Akteure verpflichtet, sich darüber auszutauschen, wie sich die Fehlentwicklung korrigieren lässt. Wieder sollte es die Mutter sein, die darüber rechtsverbindlich entscheidet. Für die Umsetzung ihres Aktionsplans hätte sie bis zur Fairnesskontrolle im darauf folgenden Jahr Zeit. Erst dann haftete sie, sollte

die Schieflage fortbestehen. Überwögen die von der Tochtergesellschaft zu tragenden, gruppeninduzierten Lasten im Anschluss an den Haftungsfall erneut – mithin drei Jahre in Folge – sollten die Minderheitsgesellschafter zum Austritt berechtigt sein; die Abfindung wäre von der Muttergesellschaft zu zahlen.

Schließlich sollten Tochtergeschäftsführer und Konzernmutter gehalten sein, den Minderheitsgesellschaftern das Ergebnis der Fairnessprüfung sowie die geplanten Schritte zur Beseitigung einer etwaigen Schieflage in einem schriftlichen Vorabbericht zu präsentieren und diesen auf der jährlichen Gesellschafterversammlung zu erläutern. Minderheitsgesellschaftern, die mit mindestens 10% am Stammkapital beteiligt sind, wäre das Recht einzuräumen, bei Gericht eine Überprüfung der vergangenheitsbezogenen Angaben durch einen unabhängigen Sachverständigen zu beantragen. Neben diesen Handlungs- und Prüfungspflichten sowie dem Sonderprüfungsrecht sollte das Unionsrecht regeln: die Haftung der Konzernmutter auch für Fahrlässigkeit sowie das Recht der Minderheitsgesellschafter, Ansprüche der Tochtergesellschaft gegen die Mutter und den Tochtergeschäftsführer gerichtlich einzuklagen.

VI. Ausblick

Das vorgeschlagene Regelungsprogramm ist ambitioniert. Das liegt im Wesentlichen daran, dass der Weg eines reinen Rechtfertigungskonzepts, so elegant er auch erscheinen mag, nicht gangbar ist. Das Unionsrecht muss selbst Pflichten und Verantwortlichkeiten zuweisen. Dabei soll nicht verkannt werden, dass der vorstehend unterbreitete Vorschlag in der aktuellen Lage rechtspolitisch kaum durchsetzbar ist. Ausgerechnet aus Frankreich ist heftiger Widerstand gegen zwei Elemente des vorgeschlagenen Teilhabekonzepts zu erwarten: die jährliche Fairnesskontrolle auf der Ebene der Einzelgesellschaft sowie die Inpflichtnahme der Muttergesellschaft. Dabei ist das Teilhabekonzept mit all seinen Elementen von der Rozenblum-Idee eines sorgsam austarierten Förder- und Schutzrechts für die Unternehmensgruppe beseelt. Allein: Sorgsam austariert ist die Rechtslage in Frankreich nicht, genauso wenig wie in Deutschland und in Bulgarien. Es ist deshalb Aufgabe der Wissenschaft, die neu entfachte Diskussion um eine unionsrechtliche Anerkennung des Gruppeninteresses, den rechtspolitischen Hindernissen zum Trotz, mit aller Energie fortzuführen. Dabei wird sich gerade auch der Dialog mit Wissenschaftlern aus Mittel- und Osteuropa als fruchtbar erweisen.