



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa
Regelungselemente für das Gesetzgebungsprojekt
Anerkennung des Gruppeninteresses“**

Dissertation vorgelegt von Anna Dominke

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

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

A. Hinführung

In nahezu allen europäischen Mitgliedstaaten prägt die Gesellschaftsgruppe und nicht die unabhängige Einzelgesellschaft die wirtschaftliche Realität. Diese Bedeutung der Konzernorganisation steht jedoch in klarem Kontrast zu einer weitgehenden gesetzgeberischen Enthaltensamkeit der nationalen Rechtsordnungen. Während nur einzelne Länder ein zumindest teilweise kodifiziertes Konzernrecht aufweisen, widmet die überwiegende Anzahl dem Konzernphänomen keine eigenständigen Regelungen - mit Ausnahme derjenigen, die auf zwingenden europäischen Vorgaben beruhen.

Auch auf europäischer Ebene existiert bislang kein systematisch normiertes Recht der Gesellschaftsgruppe, obwohl die Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten *das* Instrument zur Verwirklichung der in Art. 49, 54 AEUV primärrechtlich verbürgten Niederlassungsfreiheit ist und die Konzernverbindung folglich auch im europäischen Binnenmarkt die bedeutendste und dominierende Organisationsform darstellt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es konzernspezifischer europäischer Regelungen bedarf. Ist eine europäische Anerkennung des Gruppeninteresses zwingend vonnöten oder zeigt nicht vielmehr die Vielzahl der gegenwärtig existierenden Unternehmensgruppen, dass diese trotz der national divergierenden Regelungskonzepte ihr wirtschaftliches Potential bereits binnenmarktweit zu entfalten vermögen? Würde die Anerkennung des Gruppeninteresses tatsächlich Organisationsmöglichkeiten eröffnen, die den Gesellschaften bislang verschlossen sind?

Um die Divergenzen der bestehenden nationalen Regelungskonzepte zu verdeutlichen, wird im Rahmen der Untersuchung jeweils im Überblick die Rechtslage in Deutschland als Beispiel für Mitgliedstaaten mit einer Konzernrechtskodifikation dargestellt, sowie das englische Recht, stellvertretend für den in Europa überwiegend verfolgten Ansatz, dem Konzernphänomen einzig mit allgemeinem Gesellschafts- und Zivilrecht zu begegnen. Italien schließlich fungiert als Repräsentant für Staaten mit einer Teilrechtskodifikation. Diese Rechtsordnung wurde insbesondere deshalb ausgewählt, weil sie sich im Gegensatz zu anderen nationalen Konzernrechtskodifikationen nicht vornehmlich am deutschen Recht orientiert, sondern vielmehr als eine Kombination unterschiedlicher Regelungskonzepte zu qualifizieren ist und zudem einige originäre Ansätze aufweist.

B. Teil 1 Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene

Der erste Teil der Untersuchung widmet sich der Frage, ob gegenwärtig überhaupt eine praktische Notwendigkeit für eine europaweite Anerkennung des Gruppeninteresses besteht. Hiergegen ließe sich bspw. einwenden, dass es Gesellschaften bereits möglich ist, Zweigniederlassungen oder (Schein-)Auslandsgesellschaften zu gründen. Beide Gestaltungsoptionen bergen indes zahlreiche Nachteile. So besteht bei einer Zweigniederlassung z.B. nicht die Möglichkeit einer konzerninternen Haftungssegmentierung. Bei (Schein-)Auslandsgesellschaften hingegen resultieren Probleme insbesondere aus der oftmals intransparenten kollisions- und sachrechtlichen Verzahnung der Rechtsordnungen des Sitz- und des Gründungsstaates. Auch sind in diesem Zusammenhang die Konsequenzen des „Brexit“ für englische Gesellschaften noch nicht vollständig absehbar; insbesondere ist fraglich, inwiefern diese weiterhin von der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit profitieren können.

Dessen ungeachtet könnte gegen eine Normierung des Konzernphänomens jedoch sprechen, dass das Denken in rechtlich systematischen Ordnungen dem Wesen der Unternehmensgruppe von vorneherein nicht gerecht wird, zeichnet sich diese doch gerade

durch Flexibilität und die Vielfalt ihrer Erscheinungsformen aus. Die Implementierung eines spezifischen konzernrechtlichen Rechtsrahmens soll indes kein Zwangsregime begründen, sondern den Gesellschaften als zusätzliche Gestaltungsoption zur Verfügung stehen. Ziel ist es nicht, die Unternehmensgruppe in einem Netz von Vorschriften zu fesseln, sondern vielmehr Verhaltensnormen für eine wirtschaftlich bereits seit langem gelebte Realität zu finden. Der individuellen Vielgestaltigkeit der Konzernorganisation sowie der gebotenen Flexibilität ist allerdings insofern Rechnung zu tragen, als bei der Ausgestaltung der gruppenspezifischen Regelungen stets darauf zu achten ist, dass diese nicht zu komplex und zu detailliert konzipiert werden.

In diesem Zusammenhang sind zudem die beiden Perspektiven des Konzernrechts angemessen zu berücksichtigen: Zum einen die Schutzfunktion für Gläubiger und etwaige Minderheitsgesellschafter der Tochter, zum anderen jedoch auch das Verständnis von Konzernrecht als einem *enabling law*. Fördern und Schützen sind hierbei zwei Seiten derselben Medaille. Keine dieser beiden Funktionen darf zugunsten der anderen vollständig geopfert werden. Das Gruppenrecht hat vielmehr die Aufgabe, einen schonenden Ausgleich zwischen beiden Anliegen im Wege praktischer Konkordanz herbeizuführen. Den Unternehmen ist ein Rechtsrahmen zu gewähren, der ein sicheres rechtliches Fundament für eine effektive Konzernleitung schafft und zugleich die Außenseiter angemessen zu schützen vermag. Wie ein solcher rechtlicher Rahmen für eine Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene ausgestaltet sein könnte, gilt es sowohl aus der Perspektive der abhängigen Gesellschaft (Teil 2) als auch aus der Perspektive der Konzernmutter (Teil 3) zu beantworten.

C. Teil 2 Berücksichtigung des Gruppeninteresses durch die Tochtergeschäftsführer

In nahezu sämtlichen europäischen Mitgliedstaaten sind die Geschäftsleiter grundsätzlich dem Eigeninteresse ihrer Gesellschaft verpflichtet. Wie ein Vergleich der deutschen mit der englischen sowie der italienischen Rechtsordnung veranschaulicht, wird jenes Gesellschaftsinteresse in den einzelnen Jurisdiktionen jedoch sehr unterschiedlich bestimmt.

Der kontinentaleuropäische *stakeholder*-Ansatz und der angloamerikanische *shareholder approach* sind hierbei als die beiden miteinander in Widerstreit stehenden Grundausrichtungen anzusehen. Beide Modelle werden indes nicht uneingeschränkt vertreten, so dass die in der Theorie bestehenden Divergenzen in der Praxis in vielfacher Hinsicht eine Relativierung erfahren. Zudem gleichen sich die nationalen Begriffsverständnisse immer weiter einander an: Während der englische Gesetzgeber in Sec. 172 CA 2006 nunmehr lediglich ein *enlightened shareholder value*-Konzept verfolgt, finden sich in Deutschland zunehmend Ansätze, die den Zielen der *shareholder* im Rahmen des Interessenausgleichs Vorrang vor den *stakeholder*-Belangen einräumen. Beide Rechtsordnungen bewegen sich folglich auf den auch in Italien vertretenen *shareholder reference approach* zu. Zu berücksichtigen ist ferner der Einfluss, den der europäische Gesetzgeber in diesem Zusammenhang auf die Mitgliedstaaten ausübt; geht dieser doch verstärkt dazu über, den Mitgliedstaaten einen *stakeholder*-Ansatz verpflichtend vorzuschreiben.

Bei der Frage, ob die Unterordnung ebendieses gesellschaftlichen Eigeninteresses unter das Gruppeninteresse eine Verletzung der Loyalitätspflichten eines Geschäftsführers darstellt, bestehen indes erhebliche Differenzen. So verbietet es bspw. die englische Rechtsordnung strikt, das Tochtereigeninteresse dem Konzerninteresse unterzuordnen; muss sich hierbei jedoch fragen lassen, ob diese rechtlichen Vorgaben in der Praxis auch tatsächlich befolgt werden. Deutschland und Italien hingegen eröffnen unter bestimmten, allerdings national divergierenden Voraussetzungen die Möglichkeit einer Prävalenz des Gruppeninteresses. Für jeden Mitgliedstaat, in dem eine abhängige Gesellschaft beheimatet ist, muss folglich gesondert bestimmt werden, inwiefern dessen Rechtsordnung eine Unterordnung des Tochtereigeninteresses gestattet. In der Wirtschaftspraxis bestehen daher erhebliche

Unsicherheiten, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Tochtergeschäftsleiter ihre Geschäftspolitik am Konzerninteresse ausrichten dürfen.

Auf Grund dieser unterschiedlichen nationalen Regelungsansätze sowie der Tatsache, dass die meisten Mitgliedstaaten bislang allein das gesellschaftliche Eigeninteresse zum Leitstern der Unternehmensführung erheben, fürchten Tochtergeschäftsführer oftmals sich schadensersatzpflichtig oder gar strafbar zu machen, wenn sie eine Entscheidung treffen, die zwar dem Gruppeninteresse dient, jedoch den Interessen der eigenen Gesellschaft zuwiderläuft. Die jeweiligen nationalen Tatbestandsvoraussetzungen sind zudem vielfach sehr unpräzise formuliert und in weiten Teilen dem Ermessen der Gerichte anheimgestellt, wodurch die bereits bestehende Rechtsunsicherheit noch potentiert wird. Aus der Perspektive der Mutter wiederum erschwert diese unterschiedliche Definition der Loyalitätspflichten des Geschäftsführers eine gruppenindividuelle, binnenmarktweit einheitliche Konzernleitung. Diese nationalen Divergenzen führen zu Intransparenz und generieren Durchsetzungsanstrengungen, die sich als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit erweisen und geeignet sind, insbesondere kleinen und mittelständischen Unternehmen den grenzüberschreitenden Wettbewerb zu erschweren oder ihnen gar den Zugang zu Auslandsmärkten von vorneherein zu versperren. Ein erhebliches wirtschaftliches Potential der Mitgliedstaaten verbleibt somit ungenutzt. Ziel ist es daher, den Gedanken einer wirtschaftlich effektiven Konzernorganisation auch aus der Perspektive der abhängigen Gesellschaften fortzuentwickeln und die grenzüberschreitende Aktivität der Konzerne zu unterstützen, indem den Tochtergeschäftsführern einheitliche, d.h. gemeinschaftsrechtlich geprägte Verhaltensmaßstäbe an die Hand gegeben werden.

Im Rahmen der konkreten Ausgestaltung dieser Berücksichtigungspflicht wird einerseits die Normierung einer konzerndimensionalen *business judgement rule* erwogen, während andererseits für die Kodifizierung der französischen *Rozenblum*-Formel plädiert wird. Für eine *business judgement rule* spricht zwar, dass sich die Voraussetzungen, nach denen sich die Grenze zwischen dem zwingend zu berücksichtigenden Tochtereigeninteresse und den zulässigerweise miteinzubeziehenden Konzernbelangen bestimmt, nicht abstrakt-generell normieren lassen. Inwiefern eine Prävalenz des Gruppeninteresses möglich ist, ist vielmehr eine einzelfallabhängige, unternehmerische Entscheidung. Gegen diese Gestaltungsoption lässt sich indes einwenden, dass die Geschäftsführer einer Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit und konzernweiten Einheitlichkeit klar entnehmen können müssen, unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Grenzen sie das Gruppeninteresse berücksichtigen dürfen. Darüber hinaus wären bei einer Generalklausel divergierende Auslegungen durch die nationalen Gerichte zu befürchten. Ziel einer konzernrechtlichen Regelung ist es jedoch, den Gesellschaftsorganen bei ihren Entscheidungen einen *safe harbor* zu gewähren. Diese Sicherheit lässt sich mit der Wertungsoffenheit und Konturlosigkeit einer *business judgement rule* nicht erreichen.

Zwar weist auch die *Rozenblum*-Formel gewisse Unschärfen und Bewertungsspielräume auf. Allerdings wird den Tochtergeschäftsleitern bei dieser Gestaltungsvariante zumindest ein Leitfaden für eine zulässige Berücksichtigung und Prävalenz des Gruppeninteresses zur Verfügung gestellt. Ferner ist zu bedenken, dass sich die Vielfalt der gruppeninternen Verhältnisse nur schwer in ein starres Bewertungssystem einordnen lässt. Für eine Orientierung am französischen Konzept spricht zudem, dass dieses durch seine vom Einzelfall abstrahierte Gesamtbetrachtung den Fokus auf die wirtschaftliche Realität der Gruppengesellschaften richtet. Dieses Regelungsmodell vermag einen angemessenen Ausgleich zwischen Konzern- und Tochtereigeninteresse zu erzielen, indem letzteres zwar seine absolute Integrität verliert, ohne indes dem Gruppeninteresse vollständig geopfert zu werden. Der Tochtergesellschaft verbleibt vielmehr eine gewisse Selbstständigkeit sowie ein geschützter Raum, in dem sie persönliche Ziele verfolgen und eigene Geschäftschancen auswerten kann. Aufgrund des rechtspraktischen Bedürfnisses nach Rechtssicherheit und

einem effektiven Außenseiterschutz sollte die *Rozenblum*-Formel jedoch um eine klar definierte zeitliche Grenze für berücksichtigungsfähige Kompensationsleistungen ergänzt werden. Angemessen wäre nach dem Vorbild von § 311 Abs. 2 S. 1 AktG der Zeitraum eines Geschäftsjahres.

Vor dem Hintergrund der vielfältigen Erscheinungsformen von Unternehmensgruppen gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass Tochtergesellschaften in der Wirtschaftspraxis sehr unterschiedliche Funktionen wahrnehmen können. Das *Rozenblum*-Konzept mit seinem qualifizierten Schutzsystem ist alleine auf selbstständige Töchter ausgerichtet; ist doch der Leitgedanke dieser Formel der einer solidarisch-ausgewogenen Vorteils- und Lastengemeinschaft. Aufgrund der auch im Konzernverbund fortbestehenden Eigenständigkeit bedarf es für diese Gesellschaften eines qualifizierten Schutzregimes, das ihnen eine faire Möglichkeit eröffnet, eigene Geschäftschancen auszuwerten.

Die Sicherung eines solchen Freiraums ist hingegen entbehrlich, wenn eine Tochtergesellschaft innerhalb der Unternehmensgruppe lediglich Hilfsfunktionen wahrnimmt. Das jeweilige Schutzbedürfnis ist ferner davon abhängig, ob in der Tochtergesellschaft neben der Mutter weitere Gesellschafter existieren. Handelt es sich um eine Tochter im Alleinbesitz, so kann der Konzernmutter aufgrund des fehlenden Bedürfnisses nach einem effektiven Minderheitenschutz mehr Flexibilität gestattet werden. Aufgrund des unterschiedlichen Anforderungsprofils der Tochtergesellschaften bietet es sich an, dem Konzept des *Forum Europaeum on Company Groups (FECG)* folgend, zwischen zwei Formen von Töchtern zu differenzieren und den Gesellschaftsgruppen demzufolge zwei unterschiedliche Regelungssysteme zur Verfügung zu stellen: Ein unaufwendig einfaches für kleinere Hilfsgesellschaften sowie ein auf gruppenintern fairen Ausgleich hin angelegtes komplexes System für größere und unabhängigere Tochtergesellschaften. Während für eigenständige Töchter die modifizierte *Rozenblum*-Doktrin eine angemessene Gestaltungsoption bietet, findet sich für Hilfsgesellschaften im European Model Company Act (*EMCA*) ein adäquater Regelungsansatz, der auf die Anforderung, dass Schädigungen der Tochter nur im Rahmen einer ausgewogenen Gesamtbetrachtung erfolgen dürfen, verzichtet. Dies würde zum einen die Komplexität des *Rozenblum*-Konzepts vermeiden und den Unternehmensgruppen zum anderen eine größere Flexibilität ermöglichen.

Der *EMCA* sieht als Grenze einer zulässigen Einflussnahme lediglich die Existenzfähigkeit der Tochtergesellschaft vor. Aufgrund der fehlenden Liquiditätssicherung ist dieses Schutzniveau aus Perspektive der Gläubiger jedoch unzureichend. Aus diesem Grund bietet es sich an, den *EMCA*-Vorschlag durch die Regelungsansätze des *FECG* zu ergänzen. Nach diesem Konzept dürfen Anweisungen der Mutter nicht befolgt werden, die die Hilfsgesellschaft außerstande setzen, ihre in den kommenden 12 Monaten fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüber gruppenexternen Dritten zu erfüllen. Um die Unternehmensgruppe in ihrer Organisationsgestaltung und -flexibilität nicht zu sehr einzuschränken, sollte dem *FECG* folgend ein Ausnahmetatbestand konzipiert werden, der diese Einschränkung entfallen lässt, sofern die Konzernmutter, eine andere Gruppengesellschaft oder ein außenstehender Dritter eine dynamische Garantie für sämtliche Tochteraußenverbindlichkeiten übernommen hat, die innerhalb der nächsten 12 Monate fällig werden. Der jeweilige Garantiegeber ist hierbei dazu zu verpflichten, auf Verlangen eines jeden Tochtergesellschaftsgläubigers die Werthaltigkeit seiner Garantie nachzuweisen.

Einer Tochtergesellschaft, die die Voraussetzungen einer Hilfsgesellschaft erfüllt, sollte zudem ermöglicht werden, den Status einer eigenständigen Tochter zu erlangen, sofern sie sich dem qualifizierten Schutzsystem der *Rozenblum*-Doktrin unterstellt. Hierdurch würde der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen einer Gesellschaftsgruppe sowie der in Konzernbeziehungen stets erforderlichen Flexibilität gebührend Rechnung getragen.

Die modifizierte *Rozenblum*-Formel für eigenständige Töchter sowie das simplifizierte Regelungskonzept für Hilfsgesellschaften vermögen grundsätzlich einen angemessenen

Ausgleich zwischen den Interessen der Gruppengesellschaften und den Belangen der Außenseiter zu erzielen. Dennoch ist es aus Gläubigerschutzgesichtspunkten geboten, Hilfsgesellschaften im Geschäftsverkehr zur Offenlegung ihrer Gruppenzugehörigkeit sowie ihrer konkreten Unterstützungsfunktion zu verpflichten. Der Außenseiterschutz in eigenständigen Tochtergesellschaften ist demgegenüber dadurch sicherzustellen, dass der Minderheit unter bestimmten Voraussetzungen die Durchführung einer Sonderprüfung gestattet wird. Um zu gewährleisten, dass die Anforderungen der modifizierten *Rozenblum*-Formel in der Wirtschaftspraxis auch tatsächlich erfüllt werden, ist das qualifizierte Schutzsystem zudem um ein zweispuriges Berichtssystem zu ergänzen. Darüber hinaus sollte den Minderheitsgesellschaftern ein Austritt ermöglicht werden, wenn die Tochtereigeninteressen nachdrücklich oder auf längere Zeit geschädigt werden. Die Schutzregime für beide Erscheinungsformen von Tochtergesellschaften sind ferner durch effektive Sanktionen abzusichern. Die nähere Ausgestaltung eines solchen Sanktionensystems kann jedoch den Mitgliedstaaten überantwortet werden.

Auch die sonstigen Pflichten eines Tochtergeschäftsführers wurden bislang keiner einheitlichen europäischen Regelung zugeführt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob eine binnenmarktweit geltende Pflicht, das Gruppeninteresse unter bestimmten Voraussetzungen zu berücksichtigen, bereits genügt, um der Muttergesellschaft eine effektive und einheitliche Gruppenleitung zu ermöglichen. So könnten doch unterschiedliche Geschäftsleiterpflichten der notwendigen Vereinheitlichung von Strukturen innerhalb eines Konzerns entgegenstehen. Während bezüglich der Loyalitätspflichten mitgliedstaatliche Divergenzen bestehen, stimmen die nationalen Regelungssysteme im Hinblick auf die Sorgfaltspflichten der Leitungsorgane inhaltlich weitgehend überein. Ungeachtet der inhaltlichen Übereinstimmungen werden die Tochtergeschäftsführer jedoch mit normativ sehr unterschiedlich ausgestalteten nationalen Handlungsvorgaben konfrontiert. Hierbei stehen sich das Konzept einer großen Generalklausel, das bspw. die deutsche sowie die italienische Rechtsordnung verfolgen, und das eines ausdifferenzierten Katalogs an Einzelpflichten gegenüber, wie es etwa im britischen Companies Act 2006 (Sec. 170 ff.) seinen Niederschlag gefunden hat. Diese nationale Vielfalt und Verschiedenartigkeit der Organpflichten führt zu Intransparenz und Rechtsunsicherheit sowie in der Folge zu höheren Transaktionskosten und einer geringeren Leistungsfähigkeit europäischer Unternehmen im internationalen Wettbewerb. Europäische Gesellschaften können von ihrer primärrechtlich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit mithin nur dann angemessen Gebrauch machen und die Möglichkeiten des Binnenmarktes voll ausschöpfen, wenn auch die Tochtergeschäftsführerpflichten einer einheitlichen Regelung zugeführt werden. Dies betrifft insbesondere die Verpflichtungen, die im öffentlichen Interesse bestehen, da den Geschäftsführern insoweit eine Garantenstellung obliegt.

Während sich die Verpflichtungen im öffentlichen Interesse bereits aufgrund ihrer unterschiedlichen Schutzrichtungen und ihrer Herkunft aus verschiedenen Rechtsbereichen nicht in einer einzelnen Generalklausel zusammenfassen lassen, stehen bei der Ausgestaltung der Loyalitäts- und Sorgfaltspflichten eines Geschäftsleiters mehrere Regelungsansätze zur Verfügung. Eine Möglichkeit der Gestaltung ist die Normierung einer allgemeinen Generalklausel, z.B. nach deutschem (§§ 43 Abs. 1 GmbHG, 93 Abs. 1 S. 1 AktG) oder italienischem (Art. 2392 Abs. 1 S. 1 CC) Vorbild. Eine andere Gestaltungsoption bietet die Konzipierung eines Katalogs an Einzelpflichten und einzelnen Generalklauseln, wie sie bspw. der Companies Act 2006 in Sec. 170 ff. vorsieht.

Ein konkreter Pflichtenkanon ist einer Generalklausel jedoch insbesondere aus Gründen der Rechtsklarheit vorzuziehen. Wegen der unterschiedlichen Auslegungsmethoden und Rechtstraditionen (*path dependency*) der einzelnen Mitgliedstaaten wäre bei der Wahl einer Generalklausel zudem zu befürchten, dass die nationalen Gerichte bei ihrer Interpretation zu divergierenden Ergebnissen gelangen, was eine einheitliche Konzernleitung erheblich

erschweren würde. Ausgangspunkt für einen europäischen Pflichtenkatalog könnten zum einen die Sec. 170 ff. CA 2006 sein. Die dort niedergelegten Verpflichtungen eines Geschäftsleiters sind bereits in allen Mitgliedstaaten weitgehend anerkannt, weshalb sich auch der *EMCA* am englischen Regelungsmodell orientiert. Zum anderen könnte auf Lutters „10 Gebote an den Geschäftsführer“ zurückgegriffen werden, die den Tochtergeschäftsführern eine klar formulierte, leicht verständliche Handlungsvorgabe zur Verfügung stellen.

D. Teil 3 Weisungsrecht der Konzernmutter

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die in Teil 2 herausgearbeiteten Tochtergeschäftsführerplichten bereits eine einheitliche und effektive Konzernleitung ermöglichen oder ob es hierfür nicht zusätzlich einer Weisungsbefugnis der Mutter bedarf. In Teil 3 wird daher zunächst die Rechtslage in den ausgewählten Mitgliedstaaten daraufhin untersucht, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen diese der Obergesellschaft ein Weisungsrecht gewähren. Die nationalen Rechtsordnungen weisen hierbei im Ergebnis sehr unterschiedliche Regelungskonzepte auf: So finden sich neben einem Weisungsverbot auf der einen Seite gesetzliche Weisungsrechte und korrespondierende Folgepflichten auf der anderen Seite oder doch zumindest die Möglichkeit, ein Weisungsrecht statutarisch zu verankern. Teilweise existieren zudem rechtsformspezifische Differenzierungen.

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regelungsansätze bedarf es einer näheren Erörterung, ob das Weisungsrecht tatsächlich als zwingende Voraussetzung einer einheitlichen Konzernleitung anzusehen ist oder ob nicht vielmehr auch alternative Herrschaftsinstrumente der Muttergesellschaft bereits eine hinreichende Einflussnahme ermöglichen. Weder die Personalkompetenz der Obergesellschaft, noch die Möglichkeit einer personellen Verflechtung der einzelnen Gruppengesellschaften bspw. durch Vorstands-Doppelmandate vermögen der Konzernmutter jedoch eine rechtlich gesicherte Einflussnahme in jedem konkreten Einzelfall zu gewähren. Mangels Rechtsverbindlichkeit sowie aufgrund der daraus resultierenden fehlenden Durchsetzbarkeit stellen *gentlemen agreements*, Gesprächskreise und Konzernrichtlinien ebenfalls keinen angemessenen Ersatz für ein Weisungsrecht dar. Gleiches gilt für die Option, den Tochtergeschäftsführer dadurch auf die Interessen der Mutter auszurichten, indem man seinen Anstellungsvertrag anstelle mit der abhängigen mit der herrschenden Gesellschaft selbst abschließt oder die Geschäftsleitung der Tochter am finanziellen Erfolg der Konzernmutter partizipieren lässt. Auch ein effektives Konzern-*Controlling* kann die Weisungsbefugnis der Mutter nicht ersetzen; vermag ein solches Berichts-, Informations- und Kommunikationswesen doch lediglich einen etwaigen Handlungsbedarf aufzuzeigen. Es stellt nur die Vorstufe zu einem sodann erforderlichen Einschreiten der Muttergesellschaft dar. Ein Berichtswesen alleine garantiert noch nicht, dass die Vorgaben der Obergesellschaft tatsächlich umgesetzt werden. Im Ergebnis vermag demzufolge keines der dargestellten alternativen Herrschaftsinstrumente ein normativ verankertes Weisungsrecht vollständig zu kompensieren.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Konzernmutter nur dann von ihrer Niederlassungsfreiheit angemessen Gebrauch machen kann, wenn ihr eine effektive Möglichkeit an die Hand gegeben wird, unternehmerischen Einfluss auf sämtliche Tochtergesellschaften auszuüben. Wird den Tochtergeschäftsführern gestattet, bei ihren Entscheidungen das Gruppeninteresse zu berücksichtigen ohne zugleich auf Seiten der Mutter ein korrespondierendes Weisungsrecht vorzusehen, so wäre den Geschäftsführern der abhängigen Gesellschaften ein weitreichender unternehmerischer Entscheidungsfreiraum eröffnet, der eine effektive Gruppenleitung wesentlich erschweren und der Obergesellschaft ein starkes Widerstandspotential entgegensetzen könnte. Die Weisungsbefugnis der Konzernmutter erweist sich somit als unverzichtbares Instrument einer rechtlich geordneten, transparenten Gruppenleitung und -kontrolle. Wenn der Muttergesellschaft kein

ausdrückliches Weisungsrecht zur Verfügung steht, so wird diese versuchen, in vielfältiger, oftmals intransparenter Weise auf ihre Tochtergesellschaft Einfluss zu nehmen. Hierdurch drohen die Verantwortungsbereiche der einzelnen Leitungsorgane zu verschwimmen. Zudem birgt eine intransparente Beeinflussung aus der Perspektive der Außenseiter erhebliche Nachteile: So besteht die Gefahr, dass die Tochtergeschäftsleiter ihre Schutzfunktion bei der Wahrung des Tocht ereigeninteresses nicht mehr erfüllen, sondern sich stattdessen dem faktischen Druck der Obergesellschaft beugen. Eine rechtlich verankerte und daher offen gelegte Herrschaft würde es demgegenüber ermöglichen, die Einflussnahme der Mutter zu kanalisieren und von bestimmten Anforderungen abhängig zu machen.

Vor dem Hintergrund dieses rechtspraktischen Bedürfnisses sollte das Weisungsrecht für beide Formen von Tochtergesellschaften vorgesehen werden. Nur auf diese Weise kann eine einheitliche Gruppenpolitik im gesamten Konzern gewährleistet werden. Das Weisungsrecht der Mutter ist Spiegelbild der Befolgungspflicht der Tochtergeschäftsleiter und besteht folglich unter denselben Voraussetzungen und innerhalb derselben Grenzen. Bei der konkreten Ausgestaltung der Weisungsbefugnis ist daher aufgrund des jeweils unterschiedlichen Schutzbedürfnisses zwischen bloßen Hilfs- und regulären Tochtergesellschaften zu differenzieren. Für Hilfsgesellschaften findet das Weisungsrecht seine Schranken lediglich im Konzerninteresse sowie in der Existenz der abhängigen Gesellschaft. Außerdem darf die herrschende Gesellschaft keine Anweisungen erteilen, die die Tochter außerstande setzen, ihre in den kommenden 12 Monaten fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüber gruppenexternen Dritten zu erfüllen; es sei denn, es wurde eine dynamische Garantie für jene Verbindlichkeiten übernommen. Bei regulären Tochtergesellschaften unterliegt das Weisungsrecht hingegen aufgrund der fortbestehenden Eigenständigkeit der Gesellschaft sowie wegen etwaiger Minderheitsgesellschafter weitergehenden Restriktionen. Korrespondierend zur Folgepflicht der Tochtergeschäftsleiter werden die Grenzen der Weisungsbefugnis durch die Anforderungen der modifizierten *Rozenblum*-Formel gezogen. Wie auch bei Hilfsgesellschaften bildet hierbei zudem die Existenz der Tochter die äußerste Grenze zulässiger Weisungen.

Bei der konkreten Ausgestaltung des Weisungsrechts ist zu bedenken, dass in einigen Tochtergesellschaften die Konzernmutter mit ihrer Stimmenmehrheit nicht sämtliche Geschäftsleiter zu ernennen vermag. Vielmehr wird in Satzungen oder bilateralen Vereinbarungen oftmals das Recht bestimmter Minderheitsgesellschafter verankert, selbst einzelne Geschäftsleiter zu bestimmen. Dieses Schutzinstrument würde konterkariert, wollte man auch die auf diese Weise ernannten Geschäftsleiter dem Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft unterstellen. Infolgedessen sollte die Weisungsbefugnis der Mutter bereits von vorneherein auf diejenigen Geschäftsleiter beschränkt werden, die durch die Obergesellschaft ernannt wurden. Aus demselben Grund sind auch etwaige Arbeitnehmervertreter aus dem Adressatenkreis der Weisungen auszunehmen.

Abschließend stellt sich die Frage, in welche europäische Handlungsform dies Regelungskonzept eingekleidet werden sollte. Einerseits ließe sich vertreten, dass aufgrund der dargelegten mitgliedstaatlichen Differenzen sowie der Furcht vor einer Revitalisierung der Konzernrechtsrichtlinie eine unverbindliche Empfehlung iSd Art. 288 UAbs. 1, 5 AEUV gewählt werden sollte. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Instrument der Empfehlung insbesondere bei umstrittenen Themenkomplexen nicht den gewünschten Erfolg zu versprechen vermag: Es ist äußerst fraglich, was jene Mitgliedstaaten, die einer Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene widersprechen, dazu bewegen sollte, eine unverbindliche Empfehlung in ihr nationales Recht zu überführen. In einem Binnenmarkt müssen indes bestimmte Spielregeln existieren, die gewährleisten, dass die Gesellschaften nicht in der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit beschränkt werden. Der europäische Gesetzgeber ist insofern dazu verpflichtet, ein *equal legal playing field* zu schaffen. Nur eine für die Mitgliedstaaten verbindliche Richtlinie vermag den Gesellschaften

gleiche Wettbewerbsbedingungen sowie die zwingend erforderliche Rechtssicherheit gewähren.

Allerdings führt der Mangel an europäischen Vorgaben einzig in grenzüberschreitenden Sachverhalten zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich der Richtlinie auf grenzüberschreitend tätige Gesellschaftsgruppen zu begrenzen. Ergänzt werden könnte dieser Rechtsakt wiederum durch eine Empfehlung, das Konzernrechtsregime auch auf rein innerstaatlich tätige Unternehmensgruppen zu erstrecken. Im Interesse einer binnenmarktweit einheitlichen Gruppenleitung muss die unionsrechtliche Regelung auf eine Vollharmonisierung hin angelegt sein, die für mitgliedstaatliche Abweichungen und Ergänzungen keinen Raum lässt. Da eigenständige Tochtergesellschaften ein sehr komplexes Schutzsystem erfordern, das zunächst einer eingehenden rechtlichen und politischen Erörterung bedarf, empfiehlt es sich, die Beratungen mit dem betont einfacher ausgestalteten Regelungskonzept für Hilfgesellschaften zu beginnen.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass einige Mitgliedstaaten an einem geringen wirtschaftlichen Wachstum leiden, ist ein Handeln des europäischen Gesetzgebers zwingend geboten, um die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen im internationalen Handel zu fördern und zur Verwirklichung der in Art. 49, 54 AEUV primärrechtlich verankerten Niederlassungsfreiheit beizutragen. Der bereits im Jahre 1992 formulierte Befund: *In der Gemeinschaft tut Konzernrecht not*¹, ist demzufolge aktueller denn je.

¹ Hommelhoff, ZGR 1992, 422 (423); vgl. auch ders., in: Lutter, Konzernrecht im Ausland, S. 55 (68); ders./Teichmann, GmbHR 2014, 177 (183).