

# Die grenzüberschreitende Unternehmensgruppe im Compliance-Zeitalter

– Plädoyer für einen supranationalen Konzernbaustein –

Prof. Dr. CHRISTOPH TEICHMANN, Würzburg\*

Inhaltsübersicht

ZGR 2017, 485–508

I. Einführung . . . . .	486
II. Rechtsregeln für Konzerne – keine europäische Erfolgsgeschichte . . . . .	487
1. Gescheiterte Konzernrechtsrichtlinie . . . . .	487
2. Rechtswissenschaftliche Diskussion und rechtspolitische Initiativen . . . . .	488
3. Societas Privata Europaea (SPE) . . . . .	490
4. Societas Unius Personae (SUP) . . . . .	491
III. Dunkle Wolken am Horizont des Konzernrechts: Finanzaufsichts- und Kartellrecht . . . . .	492
1. Der Konzern im Aufsichtsrecht der Finanzinstitute . . . . .	492
2. Der Konzern im europäischen Kartellrecht . . . . .	494
IV. Regelungsauftrag an den EU-Gesetzgeber . . . . .	495
1. Grenzüberschreitende Organisationsfreiheit im EU-Binnenmarkt . . . . .	496
2. Einheitliche Gründung und Führung von Tochtergesellschaften . . . . .	497
3. Compliance im grenzüberschreitenden Konzern . . . . .	499
V. Leitgedanken für einen supranationalen Konzernbaustein . . . . .	501
1. Geeignetes Gesetzgebungsinstrument . . . . .	501
2. Erste inhaltliche Leitlinien des supranationalen Konzernbausteins . . . . .	504
VI. Zusammenfassung . . . . .	507

*Die europäische Konzernorganisation und die „Europa GmbH“ (SPE) bilden zwei wichtige Forschungsschwerpunkte im Werk von Peter Hommelhoff. Beide Projekte haben sich über die Jahre als außerordentlich dicke Bretter erwiesen. Doch davon lässt sich der Jubilar nicht beirren. Rückschläge und Umwege gehören in der Wissenschaft zum kollektiven Lernprozess, der neue Erkenntnisse bringt. Ganz in diesem Sinne münden die Erfahrungen aus der Diskussion um ein europäisches Konzernrecht und um die SPE im vorliegenden Beitrag in die Konzeption eines supranationalen Konzernbausteins für europäische Unternehmensgruppen.*

*A major part of Peter Hommelhoff's academic work is dedicated to the idea of developing European rules for corporate groups and to introducing a European Private Company (Societas Privata Europaea – SPE). Despite the fact that both of them turned out to be rather challenging topics in terms of convincing 28 EU Member States, he has always stayed on track. In academic life, winding*

\* Prof. Dr. CHRISTOPH TEICHMANN, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

*roads may even lead to better results and create new insights. Having that in mind the author of the following article honours the academic work of Peter Hommelhoff by arguing in favour of a supranational legal entity that should serve cross-border corporate groups in the common market. The concept of such a legal entity draws on the experience and knowledge resulting from the discussions about corporate groups in Europe and about the SPE.*

### I. Einführung

Die europäische Konzernrechtsdiskussion füllt zwar ganze Bibliotheken. Diese sind aber bislang keineswegs zur Makulatur geworden. Denn so einfach, dass man nur auf „drei berichtende Worte des Gesetzgebers“<sup>1</sup> warten müsse, verhält es sich hier nicht. In den EU-Mitgliedstaaten blüht der konzernrechtliche Ideenreichtum, was die Einigung auf gemeinsame Regelungen erschwert. Versuche einer Rechtsangleichung sind daran bislang gescheitert (*unter II.*). Gleichzeitig übernehmen Rechtsgebiete wie das Aufsichtsrecht der Finanzinstitute und das Kartellrecht die Meinungsführerschaft (*unter III.*). Den Schutzgedanken, den das Gesellschaftsrecht maßvoll in das filigrane System der Unternehmensgruppe einzubauen sucht, verwirklichen diese Rechtsgebiete mit der Brechstange, indem sie den Konzern dem Einheitsunternehmen gleichstellen. Grenzüberschreitend tätige Unternehmensgruppen finden sich seitdem zwischen den Stühlen wieder. Während die gesellschaftsrechtliche Landschaft zunehmend uneinheitlicher wird, verlangen andere Rechtsgebiete von ihnen die konsequente Einrichtung und Durchsetzung einer konzernweiten Compliance. Es ist daher an der Zeit, die Diskussionen über ein europäisches Konzernrecht und über eine zweite supranationale Kapitalgesellschaftsform zusammenzuführen: Grenzüberschreitend tätige Unternehmen benötigen einen europäischen Konzernbaustein, der die Implementierung einer gruppenweit einheitlichen Konzernpolitik ermöglicht und legitimiert (*unter IV.*). Bei Entwicklung der konzeptionellen Grundzüge eines solchen Konzernbausteins lässt sich aus den Erfahrungen der SPE- und SUP-Diskussion schöpfen (*unter V.*). Die wichtigsten Ergebnisse werden *unter VI.* abschließend zusammengefasst.

1 In Anlehnung an das bekannte Bonmot JULIUS HERMANN VON KIRCHMANNs: „drei berichtende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“ aus seiner Abhandlung über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“; erstmals veröffentlicht 1848, Nachdruck im Manutius Verlag Heidelberg, 1988, wo sich das Zitat auf S. 29 findet.

## II. Rechtsregeln für Konzerne – keine europäische Erfolgsgeschichte

Die Geschichte des europäischen Konzernrechts ist schon vielfach beschrieben worden. Aktuelle Bestandsaufnahmen aus unterschiedlichen Perspektiven verdanken wir *Fleischer* und *J. Schmidt*.<sup>2</sup> An dieser Stelle genügt daher ein kurzer Abriss zur gescheiterten Konzernrechtsrichtlinie (*unter 1.*) und zur nachfolgenden wissenschaftlichen Diskussion (*unter 2.*). Hinzuweisen ist sodann auf die konzernrechtlichen Bezüge der Debatte um die Einführung einer supranationalen GmbH (*unter 3.*) und die Reform der Richtlinie zu Einpersonengesellschaften (*unter 4.*).

### 1. Gescheiterte Konzernrechtsrichtlinie

Im Reigen des gesellschaftsrechtlichen Angleichungsprogramms war die neunte Richtlinie für das Konzernrecht reserviert.<sup>3</sup> Auch im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*), dessen erste Entwürfe Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts diskutiert wurden,<sup>4</sup> fand sich zu Beginn ein ambitionierter konzernrechtlicher Abschnitt,<sup>5</sup> der im Zuge der Verhandlungen dem Rotstift zum Opfer fiel.<sup>6</sup> Beide Entwürfe orientierten sich am Modell des deutschen Aktienrechts und erwiesen sich als nicht konsensfähig. Daran hat sich bis heute nichts geändert.<sup>7</sup> Das deutsche Recht hat seine Strahlkraft, die ihm in der Frühphase der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft noch zukam, längst eingebüßt.<sup>8</sup> Zudem herrscht im heutigen Binnenmarkt mit derzeit 28 Mitgliedstaaten eine der-

2 FLEISCHER, ZGR 2017, 1 ff, und J. SCHMIDT, *Der Konzern* 2017, 1 ff.

3 Vgl. hierzu LUTTER, *Europäisches Unternehmensrecht*, 4. Aufl., 1996, S. 239 ff, sowie HOMMELHOFF, FS Fleck, 1988, S. 125, 149.

4 Zur Entstehungsgeschichte DRINHAUSEN, in: Habersack/Drinhausen, *SE-Recht*, 2. Aufl., 2016, Einl. SE-VO Rdn. 12 ff, sowie LUTTER, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, *SE-Kommentar*, 2. Aufl., 2015, Einl. SE-VO Rdn. 7 ff.

5 Hierzu GEßLER, in: Lutter, *Die Europäische Aktiengesellschaft*, 2. Aufl., 1978, S. 275 ff.

6 Zur heutigen Stellung der SE im Konzernrecht HOMMELHOFF/LÄCHLER, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, *SE-Kommentar*, 2. Aufl., 2015, S. 1409 ff.

7 Siehe nur WERLAUFF, *European Company Law 2012*, Editorial zu Heft 1, S. 4, der zwar ein europäisches Konzernrecht fordert, das deutsche Modell aber nicht für exportfähig hält.

8 Zum Export des deutschen Aktien- und Unternehmensrechts FLEISCHER, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz*, 2016, S. 325, 336 ff, sowie TEICHMANN, in: Müller-Graff, *Deutschlands Rolle in der Europäischen Union*, 2008, S. 241 ff.

artige konzernrechtliche Vielfalt, dass die Einigung auf ein gemeinsames Modell immer schwieriger wird.<sup>9</sup>

Vor diesem Hintergrund gelangen dem EU-Gesetzgeber im Laufe der Jahre nur punktuelle Regelungen mit Konzernbezug, etwa im Bilanzrecht und im Kapitalmarktrecht.<sup>10</sup> Die gesellschaftsrechtliche Kernmaterie bleibt unregelt. Für die grenzüberschreitende Konzernorganisation bietet das Unionsrecht keinen rechtlichen Rahmen. Eine jede Tochtergesellschaft wird nach dem Recht desjenigen Mitgliedstaates gegründet und verwaltet, dessen Gesellschaftsrecht sie unterliegt. Die Misslichkeit dieser Lage wird zwar in jüngerer Zeit wieder häufiger artikuliert.<sup>11</sup> Doch mehr als eine bislang folgenlose Ankündigung der EU-Kommission, die Anerkennung des Konzerninteresses zu regeln,<sup>12</sup> hat sich daraus vorerst nicht ergeben.<sup>13</sup>

## 2. Rechtswissenschaftliche Diskussion und rechtspolitische Initiativen

Wenn auch das Wort von den drei berichtigenden Worten hier nicht greift, so hat *von Kirchmann* doch in einem anderen Punkte die Konzernrechtsdiskussion hellsichtig vorweggenommen: „Die Jurisprudenz hat es wie jede Wissenschaft mit einem Gegenstande zu tun, der selbständig, frei und unabhängig in sich besteht, unbekümmert, ob die Wissenschaft existiert, ob sie ihn versteht oder nicht.“<sup>14</sup> Der Konzern existiert weiter, auch wenn der Richtliniengeber schweigt. Die europäische Rechtswissenschaft hat daher im Anschluss an das Scheitern der neunten Richtlinie ihre Arbeit fortgesetzt und nach neuen Wegen gesucht.<sup>15</sup> Die Forschergruppe *Forum Europaeum Konzernrecht* schlug 1998

9 Die Kreativität der Mitgliedstaaten in diesem Bereich dokumentiert der Sammelband Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, mit Länderberichten und rechtsvergleichenden Darstellungen.

10 Siehe nur FLEISCHER, ZGR 2017, 1, 18 ff, 24 ff.

11 Zu den Impulsen verschiedener Arbeitsgruppen aus Wissenschaft und Praxis TEICHMANN, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 3, 10 ff.

12 Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, 12.12.2012, COM(2012) 740 final, S. 17 (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice/civil/company-law/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/company-law/index_en.htm)).

13 Die Reform der zwölften Richtlinie hätte die Einpersonengesellschaft (SUP) als Konzernbaustein etablieren können (vgl. statt vieler HOMMELHOFF, *GmbHR* 2014, 1065 ff), allerdings wurden in den Verhandlungen im Ministerrat gerade die konzernspezifischen Regelungen wieder gestrichen (zu Inhalt und Ergebnis dieser Verhandlungen TEICHMANN/GÖTZ, in: Viera González/Teichmann, *Private Companies in Europe: The Societas Unius Personae (SUP) and the recent developments in the EU Member States*, 2016, S. 29, 48 ff).

14 VON KIRCHMANN, aaO (Fn. 1), S. 9.

15 Hierzu auch FLEISCHER, ZGR 2017, 1, 13 ff.

eine punktuelle Harmonisierung vor und wies damit der weiteren Diskussion die Richtung.<sup>16</sup> Das Wort „Vollharmonisierung“ ist seitdem in der Konzernrechtsdebatte verpönt, stattdessen macht der vom Forum Europaeum geprägte Begriff der „Kernbereichsharmonisierung“<sup>17</sup> die Runde.<sup>18</sup> Bedeutsam für die weitere Diskussion war einerseits die strikte Orientierung am Binnenmarktziel<sup>19</sup> und andererseits der Hinweis, dass es nicht um weitere Restriktionen gehe, sondern um „facilitating rules“.<sup>20</sup> Ganz auf dieser Linie betonen immer mehr Expertengruppen die Notwendigkeit von Regelungen, die der grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe einen rechtssicheren Rahmen bieten.<sup>21</sup> Konzernrecht diene nicht allein dem Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern vor der Einflussnahme des herrschenden Unternehmens.<sup>22</sup> Es sei auch Organisationsrecht und habe – in rechtsökonomischer Diktion – die Funktion von „enabling law“.<sup>23</sup>

Im europäischen Kontext gewinnt die Ermöglichungsfunktion ein noch stärkeres Gewicht. Denn den Schutzaspekt können die Mitgliedstaaten notfalls auch im Alleingang sicherstellen. Kollisionsrechtlich gelangt regelmäßig das Recht der Tochtergesellschaft zur Anwendung.<sup>24</sup> Die Mitgliedstaaten können also für die nach ihrem Recht gegründeten Tochtergesellschaften einen angemessenen Außenseiterschutz gegen die Herrschaft einer ausländischen Muttergesellschaft regeln. Einen einheitlichen Rahmen für die grenzüberschreitende Konzernorganisation kann hingegen nur das europäische Recht schaffen. Ihm kommt die Aufgabe zu, der grenzüberschreitenden Unternehmensorganisation in einem rechtlich fragmentierten Binnenmarkt das nötige rechtliche Rückgrat zu geben. Daran knüpfen in jüngerer Zeit wieder die Vorschläge der zur Beratung der Europäischen Kommission eingesetzten Informal Company Law Expert Group (ICLEG) und des internationalen Arbeitskreises Forum Europaeum on Company Groups (FECG) an.<sup>25</sup> Zudem enthält der kürzlich

16 FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, ZGR 1998, 672 ff; eine wichtige Grundlegung hierfür waren die Beiträge von HOMMELHOFF, ZGR 1992, 121 ff sowie 422 ff.

17 FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, ZGR 1998, 672, 687.

18 Siehe nur AMSTUTZ, Globale Unternehmensgruppen, 2017, S. 9 ff, sowie FLEISCHER, ZGR 2017, 1, 15.

19 FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, ZGR 1998, 672, 686.

20 FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, ZGR 1998, 672, 687.

21 Einen Überblick zu derartigen Initiativen liefern AMSTUTZ, aaO (Fn. 18), S. 13 ff, sowie TEICHMANN, aaO (Fn. 11), S. 3 ff.

22 Dieses Verständnis vom Konzern als einer Gefahr hat die rechtspolitische Diskussion lange Zeit geprägt (paradigmatisch BGHZ 69, 334, 337 – VEBA/Gelsenberg).

23 Siehe nur HOMMELHOFF, ZGR 2012, 535 ff, sowie TEICHMANN, AG 2013, 184 ff.

24 KINDLER, Münchener Komm. z. BGB, Band 11, 6. Aufl., 2015, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rdn. 681 ff; TEICHMANN, ZGR 2014, 45, 70 ff.

25 INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP (ICLEG), Report on the recognition of the interest of the group (abrufbar unter <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/>)

abgeschlossene European Model Company Act (EMCA) ein eigenes Kapitel mit konzernrechtlichen Regelungen.<sup>26</sup>

### 3. *Societas Privata Europaea (SPE)*

Neuer Schwung in die konzernrechtliche Debatte kam im Jahre 2008 aus unerwarteter Richtung. Im Vorschlag zur Einführung einer Europa GmbH (*Societas Privata Europaea* – SPE) erkannte man sehr schnell großes konzernrechtliches Potenzial.<sup>27</sup> Der SPE waren grundsätzlich alle Verwendungsmöglichkeiten zugedacht, für welche im nationalen Recht die GmbH bereitsteht: Sie sollte Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sein, für Konzernholdings oder -töchter aber auch für grenzüberschreitende Joint Ventures.<sup>28</sup> In der Auseinandersetzung mit diesem Text trat jedoch mehr und mehr ein Vorteil zutage, den die supranationale Rechtsform gerade für die grenzüberschreitende Organisation von Unternehmensgruppen anzubieten hat: Sie erlaubt die Etablierung eines grenzüberschreitend homogen strukturierten Netzes von Tochtergesellschaften.<sup>29</sup>

Die vom EU-Gesetzgeber vorgesehene Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis<sup>30</sup> hätte es erlaubt, in der Satzung die jeweilige Binnenstruktur der Tochtergesellschaft nach einem konzerneinheitlichen Muster zu gestalten, gleichgültig in welchem Mitgliedstaat sie gegründet und eingetragen wird. Nach langen Verhandlungen stand unter der ungarischen Ratspräsidentschaft im Mai 2011 ein weitgehend ausverhandelter Text zur Abstimmung.<sup>31</sup> Die Verabschie-

*icleg\_recommendations\_interest\_group\_final\_en.pdf*); FORUM EUROPAEUM ON COMPANY GROUPS (FECG), ZGR 2015, 507 ff.

26 Dazu CONAC, ECFR 2016, 301 ff. Zum EMCA s. weiterhin J. SCHMIDT, ZHR 181 (2017), 43 ff, sowie TEICHMANN, FS Baums, 2017, S. 1227 ff.

27 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM(2008) 396. Monographisch KNEISEL, Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) im Konzern, 2012.

28 Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, mit Beiträgen von EHRICKE (S. 18 ff), BRANDI (S. 79 ff), KALLMEYER (S. 83 ff) und HELLWIG (S. 89 ff).

29 Eingehend TEICHMANN, RIW 2010, 120 ff.

30 Zu ihr SCHOENEMANN, Die Organisationsverfassung der *Societas Privata Europaea* (SPE), 2014; weiterhin SCHUBEL, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann, *Societas Privata Europaea* (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 2014, S. 83 ff.

31 Die weitreichenden Modifikationen, die der ursprünglich vorgelegte Text dabei erfahren hatte, dokumentiert die synoptische Darstellung von HARTMANN, in: Hirte/Teichmann, *The European Private Company – Societas Privata Europaea* (SPE), 2013, S. 435 ff.

derung der Verordnung erschien „zum Greifen nah“. <sup>32</sup> Deutschland verweigerte jedoch seine Zustimmung, um Nachbesserungen hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung zu erreichen. <sup>33</sup> Aktuell besteht die kuriose Situation, dass gerade Deutschland mit Nachdruck die Einführung der SPE fordert, <sup>34</sup> die Europäische Kommission den Vorschlag jedoch zwischenzeitlich offiziell zurückgenommen hat. <sup>35</sup>

#### 4. *Societas Unius Personae (SUP)*

Nach dem Scheitern des SPE-Vorschlags verlegte sich die Europäische Kommission auf eine Reform der Richtlinie zur Einpersonengesellschaft. <sup>36</sup> Die reformierte Richtlinie soll eine standardisierte Einpersonengesellschaft (*Societas Unius Personae*) einführen und begründet dies ausdrücklich mit der Notwendigkeit, die Gründung und Führung von Tochtergesellschaften zu erleichtern. <sup>37</sup> Der SUP-Vorschlag ist in der Historie des europäischen Konzernrechts ein bedeutsamer Schritt. Denn bis zu diesem Zeitpunkt war die Rechtsangleichungsdiskussion stets mit Blick auf das Aktienrecht geführt worden, obwohl doch die GmbH wesentlich häufiger als Konzerntochter eingesetzt wird. <sup>38</sup> Erstmals wurde nun mit dem SUP-Text eine substantielle Rechtsangleichung für die GmbH vorgeschlagen. <sup>39</sup>

Die standardisierten Gründungsregeln und – noch mehr – die einheitliche Grundstruktur für die interne Organisation der SUP hätten diese als Konzernbaustein durchaus attraktiv machen können, was in zahlreichen Diskussions-

32 HOMMELHOFF, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann, *Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen*, 2014, S. 23, 38.

33 Zu dieser Thematik KRAUSE, in: Hirte/Teichmann, *The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE)*, 2013, S. 375 ff.

34 Diese Forderung findet sich sowohl im Koalitionsvertrag der aktuell noch amtierenden Großen Koalition (vgl. HOMMELHOFF/TEICHMANN, *GmbHR* 2014, 177 ff) als auch in der Bundestagsentschließung zur sog. *Societas Unius Personae* (BT-Drucks. 18/4843), obwohl man sich dort streng genommen zur SPE überhaupt nicht hätte äußern müssen (dazu HOMMELHOFF, Beilage zu ZIP 22/2016, 31).

35 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: *Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung (REFIT): Ergebnisse und Ausblick*, v. 2.10.2013, KOM(2013) 685 endg., S. 10 Fn. 40.

36 Aktuelle Fassung in der Richtlinie 2009/102/EG vom 16.9.2009, ABl. EU, 1.10.2009, Nr. L 258/20.

37 Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem Gesellschafter, COM(2014) 212, S. 2 ff.

38 Hierzu bereits TEICHMANN, *AG* 2013, 184, 190 f.

39 Aus der reichhaltigen Diskussion sei stellvertretend auf den Sammelband von Lutter/Koch, *Societas Unius Personae (SUP)*, 2015, hingewiesen.

beitragen auch klar erkannt wurde.<sup>40</sup> Insbesondere das ausdrücklich geregelte Weisungsrecht des Alleingeschafters (Art. 23 SUP-Vorschlag) weckte die konzernrechtliche Phantasie der Autoren.<sup>41</sup> Diese Regelung hätte noch weiter ausgebaut und präzisiert werden müssen.<sup>42</sup> Stattdessen wurde sie wie so vieles andere wieder aus dem SUP-Text gestrichen. Damit fehlen der SUP in der vom Rat verabschiedeten Fassung, die derzeit im Europäischen Parlament in einen Dornröschenschlaf verfallen ist, bedauerlicherweise sämtliche Merkmale, die sie für einen Einsatz als Konzernbaustein geeignet erscheinen ließen.<sup>43</sup>

### *III. Dunkle Wolken am Horizont des Konzernrechts: Finanzaufsichts- und Kartellrecht*

Während es dem europäischen Gesetzgeber bis heute nicht gelungen ist, gesellschaftsrechtliche Regeln für Konzerne bereitzustellen, schaffen andere Rechtsgebiete Fakten. Das Aufsichtsrecht der Finanzinstitute (*unter 1.*) und das europäische Kartellrecht (*unter 2.*) nehmen die Konzernspitze für das Wohlergehen und das Fehlverhalten der gesamten Unternehmensgruppe in die Pflicht.<sup>44</sup> Grenzüberschreitende Unternehmensgruppen müssen sich notgedrungen auf diese Anforderungen einstellen, obwohl das EU-Gesellschaftsrecht bislang die dafür nötigen Instrumente versagt.

#### *1. Der Konzern im Aufsichtsrecht der Finanzinstitute*

Die Richtlinie 2013/36/EU („Capital Requirements Directive“) fordert im Bereich der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen von Mutter- und Tochtergesellschaften auf konsolidierter Basis wirksame Verfahren zur Risikosteuerung, die „kohärent und gut“ ineinander greifen sollen.<sup>45</sup> Sie liegt damit im interna-

40 So sprechen etwa die Beiträge von HOMMELHOFF, GmbHR 2014, 1065 ff; JUNG, GmbHR 2014, 579 ff, und KINDLER, ZHR 179 (2015), 330 ff, bereits im Titel die potenzielle Eignung der SUP als Konzernbaustein an. Eingehend zur konzernrechtlichen Relevanz des SUP-Vorschlags TEICHMANN, ECFR 2015, 202 ff.

41 Ein solches war in den Entwurf zur SPE-Verordnung trotz entsprechender Hinweise im Schrifttum (siehe nur ARBEITSKREIS EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT, NZG 2008, 897, 900) bis zuletzt nicht aufgenommen worden.

42 DRYGALA, EuZW 2014, 491, 495; HOMMELHOFF, GmbHR 2014, 1065, 1070; KINDLER, ZHR 179 (2015), 330, 356 ff; TEICHMANN, in: Lutter/Koch, Societas Unius Personae (SUP), 2015, S. 37, 49.

43 Zu Inhalt und Ergebnis der Ratsverhandlungen TEICHMANN/GÖTZ, aaO (Fn. 13), S. 29, 48 ff.

44 Hierzu eingehend INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 25), S. 12 ff.

45 Art. 74 Abs. 1 sowie Art. 109 Abs. 2 der Richtlinie 2013/36/EU, 27.6.2013, ABl EU Nr. L 176/338. Zur Umsetzung in deutsches Recht vgl. § 25a Abs. 3 KWG.

tionalen Trend der Regulatoren, die zunehmend gruppenweit einheitliche Standards fordern.<sup>46</sup> Im deutschen Recht regelt § 25 a KWG die entsprechenden Pflichten. Demnach müssen die dem Gesetz unterworfenen Institute über eine „ordnungsgemäße Geschäftsorganisation“ verfügen, die insbesondere ein „angemessenes und wirksames Risikomanagement“ umfasst (§ 25 a Abs. 1 KWG). Diese Pflichten gelten auch in der Unternehmensgruppe. Dort sind die „die Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens“ gleichzeitig für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation der gesamten Institutsgruppe verantwortlich (§ 25 a Abs. 3 KWG).

Multinationale Unternehmensgruppen stehen damit vor einem Dilemma: Das Aufsichtsrecht erwartet von ihnen ein konzernweites Konzept der guten Unternehmensführung und ein zentrales Risikomanagement.<sup>47</sup> Ob das Mutterunternehmen über die gesellschaftsrechtlichen Instrumente verfügt, mit denen es seine eigenen Vorstellungen gegenüber den Geschäftsführern der Tochtergesellschaften durchsetzen kann, spielt dafür keine Rolle. Den Nachweis, dass die Anwendung der europäisch vorgegebenen Regeln im Staat der Tochtergesellschaft widerrechtlich sei, gestattet die Richtlinie nur im Verhältnis zu Drittstaaten, nicht aber innerhalb der Europäischen Union.<sup>48</sup> Ein unionsweit aufgestelltes Finanzinstitut steht damit vor der praktisch kaum lösbaren Aufgabe, seine grenzüberschreitende Konzernorganisation einerseits in die EU-einheitliche Schablone des Aufsichtsrechts und andererseits in 28 unterschiedliche gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnungen der Mitgliedstaaten einzufügen. Schon in Deutschland herrscht keine Einigkeit darüber, wie das Spannungsverhältnis zwischen Gesellschafts- und Aufsichtsrecht aufzulösen sei.<sup>49</sup> Im unionsweit aufgestellten Finanzkonzern multipliziert sich der rechtliche Klärungsaufwand mit der Zahl der betroffenen Rechtsordnungen.<sup>50</sup> Dies führt in jedem Fall zu erheblichen Effizienzverlusten.<sup>51</sup> Die Leitidee des Binnenmarktes, der *economies of scale* ermöglichen und nicht zusätzliche Kosten verursachen soll,<sup>52</sup> wird damit konterkariert.

46 HAUSMANN/BECHTOLD, ECFR 2015, 341, 353 f.

47 HAUSMANN/BECHTOLD, ECFR 2015, 341, 355 f.

48 Art. 109 Abs. 3 der Richtlinie 2013/36/EU, 27.6.2013, ABl EU Nr. L 176/338.

49 Ausführlich WEBER-REY/GISSING, AG 2014, 884 ff. Siehe auch BINDER, ZGR 2015, 667 ff (m. w. N. in Fn. 15); TRÖGER, ZHR 177 (2013), 475 ff.

50 Instruktiv HAUSMANN/BECHTOLD, ECFR 2015, 341 ff.

51 HAUSMANN/BECHTOLD, ECFR 2015, 341, 365.

52 Grundlegend TEICHMANN, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 25 ff.

## 2. Der Konzern im europäischen Kartellrecht

Das europäische Kartellrecht nimmt ebenso wenig Rücksicht auf die gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur einer grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe. Wird im Bereich der Tochtergesellschaft ein Kartellverstoß begangen, treffen die Rechtsfolgen regelmäßig auch die Muttergesellschaft. Der Europäische Gerichtshof stützt dies auf eine Vermutung der faktischen Einflussnahme. Dogmatische Grundlage ist der primärrechtliche Begriff des „Unternehmens“ (Art. 101 AEUV). Darunter fällt nach Auffassung der Rechtsprechung jede „wirtschaftliche Einheit“, selbst wenn diese Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird.<sup>53</sup> Für den Konzern heißt es, einer Muttergesellschaft könne das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften insbesondere dann zugerechnet werden, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimme, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolge.<sup>54</sup>

Entgegen einer überschießenden Interpretation im deutschen Schrifttum,<sup>55</sup> hat der EuGH damit keineswegs das Trennungsprinzip aufgegeben. Die Haftung der Muttergesellschaft ist rechtsdogmatisch auch für den EuGH kein Automatismus. Bei einer Beteiligung von 100 % stützt sich die gesamtschuldnerische Haftung auf die widerlegliche Vermutung, dass die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft ausgeübt habe.<sup>56</sup> Es geht also im Ausgangspunkt um eine Verhaltenshaftung. Zwar kann auf Basis der Vermutung eine Geldbuße gegen die Muttergesellschaft als Gesamtschuldnerin verhängt werden, ohne dass deren persönliche Beteiligung an der Zuwiderhandlung nachzuweisen wäre.<sup>57</sup> Dem Vorwurf, die Vermutung lasse sich praktisch nicht widerlegen,<sup>58</sup> stellt sich der EuGH jedoch entschieden entgegen. Es handele sich keineswegs um eine „probatio diabolica“.<sup>59</sup> Hätte er das Trennungsprinzip aufgegeben, würde sich die Frage nach einer Widerlegung nicht mehr stellen. Der Konzern würde dann stets als Einheit haften.

Problematisch an der Rechtsprechung ist weniger das Aufstellen der Vermutung, die rechtspraktisch ohne weiteres nachvollziehbar ist. Wer 100 % der Anteile hält, wird sich in die wirtschaftlichen Belange der Gesellschaft zumeist

53 EuGH, Rs. C-97/08 (*Akzo Nobel*), ZIP 2010, 392; Slg. 2009, I-8237, Rdn. 55.

54 EuGH, Rs. C-97/08 (*Akzo Nobel*), ZIP 2010, 392; Slg. 2009, I-8237, Rdn. 58.

55 WECK, NZG 2016, 1374 ff.

56 EuGH, Rs. C-97/08 (*Akzo Nobel*), ZIP 2010, 392; Slg. 2009, I-8237, Rdn. 60; ebenso EuGH, Rs. C-521/09 (*Elf Aquitaine*), CCZ 2012, 39; Slg. 2011, I-8947, Rdn. 57.

57 EuGH, Rs. C-97/08 (*Akzo Nobel*), ZIP 2010, 392; Slg. 2009, I-8237, Rdn. 59.

58 Was allerdings der Erfahrung der Praxis entspricht (KLUSMANN, ZGR 2016, 252, 256).

59 So ausdrücklich EuGH, Rs. C-521/09 (*Elf Aquitaine*), CCZ 2012, 39; Slg. 2011, I-8947, Rdn. 65.

auch einmischen. Das eigentliche Problem liegt darin, dass es nach Auffassung des EuGH gerade nicht darauf ankommt, dass die Einflussnahme der Muttergesellschaft irgendeinen Bezug zum kartellrechtlichen Fehlverhalten aufweist. Der Gegenbeweis muss vielmehr darauf gerichtet sein, dass das Tochterunternehmen auf dem Markt eigenständig auftritt.<sup>60</sup> Zur Widerlegung der Vermutung muss die Muttergesellschaft nachweisen, dass die Tochtergesellschaft nicht nur auf operativer, sondern auch auf finanzieller Ebene völlig eigenständig handeln konnte.<sup>61</sup> Selbst wenn einige Indizien für eine Eigenständigkeit der Tochtergesellschaft sprechen sollten, kann die Feststellung ausreichen, dass die Muttergesellschaft „die Geschäftsleitung ihrer Tochtergesellschaft regelmäßig überwacht habe“.<sup>62</sup>

Damit wird ein Verhalten, das aus gesellschaftsrechtlicher Sicht geradezu rechtlich geboten ist,<sup>63</sup> aus kartellrechtlicher Sicht zum Haftungsgrund. Wer sich um die Vermeidung von Rechtsverstößen in der Tochtergesellschaft bemüht, hat bereits durch diese Einflussnahme den Grund für die eigene Haftung gelegt.<sup>64</sup> Haftungsfrei wäre die Muttergesellschaft nur dann, wenn sie sich überhaupt nicht um die Belange der Tochtergesellschaft kümmert. Dann aber liegt kein Konzern mehr vor, sondern ein bloßes Objekt der Geldanlage. Dass eine 100 %-Beteiligung lediglich zu Zwecken der Geldanlage erworben wird, ist allerdings rechtspraktisch nahezu ausgeschlossen. Wer als reiner Anleger agiert, legt Wert auf Risikodiversifizierung und wird nicht alle Eier in einen Korb legen. Der Anteilserwerb in voller Höhe erfolgt immer aus unternehmerischen und strategischen Erwägungen. Darin liegt der tiefere Grund dafür, dass die Widerlegung der Vermutung in der Praxis nicht gelingen kann. Der EuGH verweigert der rechtlich gegliederten Unternehmensgruppe das Existenzrecht. Er verkennt damit, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, den Gehalt der primärrechtlich gesicherten Niederlassungsfreiheit.

#### IV. *Regelungsauftrag an den EU-Gesetzgeber*

Die Bestandsaufnahme der gesellschaftsrechtlichen Diskussion und der Entwicklungen außerhalb des Gesellschaftsrechts lässt eine konzernrechtliche Intervention des EU-Gesetzgebers dringend geboten erscheinen. Gedanklicher Ausgangspunkt dieser Diskussion ist die im AEUV garantierte grenzüberschreitende Organisationsfreiheit (*unter 1.*). Sie erfordert klare Regelungen für die Gründung und Führung von Tochtergesellschaften (*unter 2.*), die

60 EuGH, Rs. C-97/08 (*Akzo Nobel*), ZIP 2010, 392; Slg. 2009, I-8237, Rdn. 61.

61 EuGH, Rs. C-508/11 (*Eni*), EuZW 2013, 547, NZKart 2013, 293, Rdn. 68.

62 EuGH, Rs. C-58/12 (*Groupe Gascogne*), EuZW 2014, 142; NZKart 2014, 139, Rdn. 39.

63 Grundlegend HOMMELHOFF, Konzernleitungspflicht, 1982, S. 43 ff.

64 Hiergegen zu Recht kritisch KLUSMANN, ZGR 2016, 252, 255.

im Lichte der aktuellen Compliance-Anforderungen wichtiger sind denn je (*unter 3.*).

### 1. Grenzüberschreitende Organisationsfreiheit im EU-Binnenmarkt

Das Unionsrecht gewährleistet die freie Niederlassung in Form von „Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften“ (Art. 49 Abs. 1 Satz 2 AEUV). Diese Unterscheidung hat nur dann einen Sinn, wenn man die Tochtergesellschaft im Gegensatz zur Zweigniederlassung als rechtlich eigenständigen Akteur versteht. Die Niederlassungsfreiheit ist „nur dann voll verwirklicht, wenn alle Formen der Niederlassung offen stehen“.<sup>65</sup> Jedes Unternehmen im Binnenmarkt genießt daher ein Wahlrecht zwischen der Zweigniederlassung als rechtlich unselbständiger Niederlassung und der Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit.<sup>66</sup> Eine Beeinträchtigung des Wahlrechts zwischen Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft wäre eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit; dies hat der EuGH ausdrücklich festgestellt.<sup>67</sup>

Damit gilt auch im Unionsrecht die klassische Feststellung *Lutters*:<sup>68</sup> Der Konzern ist nicht nur *de facto* existent, er ist auch *legal*. In der Bildung einer grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe mit rechtlich selbstständigen Auslandstöchtern entfaltet sich eine primärrechtlich geschützte unternehmerische Organisationsfreiheit. Die organisatorischen Vorzüge der Konzernierung, verschiedene Märkte, Produkte oder Risikofelder auf rechtlich eigenständige Gesellschaften zu verteilen,<sup>69</sup> gelangen in einem Binnenmarkt, der sich weiterhin aus rechtlich unterschiedlich strukturierten nationalen Märkten zusammensetzt, geradezu paradigmatisch zur Entfaltung.

Nachdem Art. 49 AEUV im ersten Absatz die Gründung von Tochtergesellschaften als eine der geschützten Niederlassungsformen benennt, präzisiert er in seinem zweiten Absatz den Begriff der Niederlassung. Dazu gehöre die „Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften“. Auch in dieser Passage liegt eine Legitimierung der grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe mit Hilfe von rechtlich selbstständigen Handlungs-

65 TIEDJE, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 49 Rdn. 54. In diesem Sinne auch FORSTHOFF, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2014, Art. 49 AEUV Rdn. 64; TEICHMANN, ECFR 2015, 202, 215.

66 Zur Begrifflichkeit TIEDJE, aaO (Fn. 65), Art. 49 Rdn. 42 ff.

67 Siehe hierzu etwa EuGH, Rs. 270/83 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1986, 285, 305 (Rdn. 22).

68 LUTTER, ZGR 1987, 324, 329; aus europäischer Perspektive HOMMELHOFF, ZGR 1992, 121, 130.

69 Siehe nur HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761, 762.

einheiten, wozu rechtspraktisch neben der *Gründung* selbstverständlich und ausdrücklich auch die *Leitung* einer ausländischen Tochtergesellschaft gehört.

Die grenzüberschreitende Unternehmensgruppe, die sich in der Gründung und Leitung rechtlich eigenständiger Tochtergesellschaften manifestiert, ist damit eine primärrechtlich geschützte Form der Niederlassungsfreiheit. Zur Verwirklichung der so umschriebenen Niederlassungsfreiheit kann die Europäische Union durch den Erlass von Richtlinien beitragen. Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV liefert die Kompetenznorm für den Erlass von Richtlinien, welche die grenzüberschreitende Konzernbildung und -führung zum Gegenstand haben.<sup>70</sup> Nachdem das EU-Sekundärrecht im Bereich der Finanzinstitute eine grenzüberschreitende Konzernführung voraussetzt und fordert, ist der europäische Gesetzgeber aufgerufen, hierfür die gesellschaftsrechtliche Flankierung bereit zu stellen.

Der EuGH wiederum muss im Sinne einer praktischen Konkordanz darauf bedacht sein, dass seine kartellrechtlichen Judikate der Freiheit zur Gründung und Leitung von Tochtergesellschaften Raum lassen. Wenn die Auslegung des Art. 101 AEUV dazu führt, dass jede Tochtergesellschaft faktisch den Status einer Zweigniederlassung zugewiesen bekommt, liegt darin ein unverhältnismäßiger Eingriff in die primärrechtlich verankerte Niederlassungsfreiheit. Letztlich reduziert der EuGH den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auf Null und verweist die Unternehmen allein auf die Kapitalverkehrsfreiheit, wenn er eine Muttergesellschaft nur unter der Voraussetzung von der Haftung freistellt, dass die Beteiligung als reine Finanzinvestition erworben wurde. Nach dem EU-Primärrecht sind *sowohl* die Finanzinvestition (Kapitalverkehrsfreiheit) *als auch* die unternehmerische Beteiligung (Niederlassungsfreiheit) in qualitativ gleicher Weise geschützt.<sup>71</sup>

## 2. Einheitliche Gründung und Führung von Tochtergesellschaften

Auf Basis der vorstehenden Analyse der Niederlassungsfreiheit vermag es kaum zu überraschen, dass der Konzern die typische Organisationsform im europäischen Binnenmarkt darstellt. Dieser Gemeinplatz prägt seit langem die Verlautbarungen zum europäischen Gesellschaftsrecht.<sup>72</sup> Aus deutscher Perspektive lässt sich festhalten: Vom Weltkonzern bis zum Mittelständler verfügt

<sup>70</sup> TEICHMANN, ECFR 2015, 202, 220 ff.

<sup>71</sup> Zu diesem Zusammenspiel der Grundfreiheiten siehe nur LÜBKE, in: Müller-Graff, Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, Band 4, Enzyklopädie Europarecht, 2015, § 5 Rdn. 43 ff.

<sup>72</sup> Siehe nur „Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law“, 5.4.2011, S. 59 (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf)); im Anschluss daran „Aktionsplan: Europäisches

heute nahezu jedes deutsche Unternehmen über zahlreiche Tochtergesellschaften im europäischen Ausland. Damit ist die grenzüberschreitende Unternehmensgruppe zwar der Normalfall, dennoch vermisst man dafür bis heute ein europaweit einheitliches Rahmenwerk. Wer ein internationales Netz an Tochtergesellschaften führt, muss sich in jedem EU-Mitgliedstaat mit unterschiedlichen Rechtsregeln befassen.<sup>73</sup> An dem einen Ort existiert ein kodifiziertes Konzernrecht,<sup>74</sup> an einem anderen gibt es spezielle Rechtsprechungsregeln<sup>75</sup> und wieder anderswo erhält man die schmallippige Auskunft, Konzerne hätten sich an das allgemeine Gesellschaftsrecht zu halten, das dann nach Bedarf an den jeweiligen Sachverhalt angepasst wird<sup>76</sup>. Alle Versuche, daran etwas zu ändern, sind bislang gescheitert. Das liegt nicht nur am Dissens in Detailfragen. Für ein kodifiziertes Konzernrecht benötigt man zu allererst eine kohärente Regelungsphilosophie; und auf eine solche konnte man sich bis heute nicht einigen.

### 3. Compliance im grenzüberschreitenden Konzern

Zu den allgemeinen Erwägungen einer Erleichterung der Gründung und Führung von Tochtergesellschaften tritt neuerdings das Bedürfnis nach einer

- Gesellschaftsrecht und Corporate Governance“, 12.12.2012, COM(2012) 740 final, S. 17 (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice/civil/company-law/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/company-law/index_en.htm)).
- 73 Vgl. hierzu aus der jüngeren Zeit die rechtsvergleichenden Sammelbände: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017; Winner, *Haftungsrisiken für die Konzernmutter in Mittel- und Osteuropa*, 2013; Winner/Cierpial-Magnor, *Rechtsprobleme im Konzern*, 2012.
- 74 Neben Deutschland und Portugal einige der ost- und mitteleuropäischen Staaten (vgl. ČECH und SCHUBEL, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 67ff sowie S. 197ff). Auch Italien wird man inzwischen hierzu rechnen dürfen (vgl. DOMINKE, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, passim; MOHN, *Die Gesellschaftsgruppe im italienischen Recht*, 2012; RUF, *Leitung und Koordinierung im italienischen Konzernrecht*, 2014; sowie SCOGNAMIGLIO, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 175ff).
- 75 Besondere Bekanntheit hat insoweit die „Rozenblum-Formel“ der französischen Cour de Cassation erlangt (dazu jüngst CONAC, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 89ff).
- 76 Neben dem englischen Recht (zuletzt DOMINKE, aaO [Fn. 74], passim; THOLEN, *Europäisches Konzernrecht*, 2014, passim, sowie BECK, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 19ff), dürften beispielsweise Bulgarien (DASKALOV, in: Winner/Cierpial-Magnor, *Rechtsprobleme im Konzern*, 2012, S. 41ff, sowie ZIEGLER, *Konzernleitung im Binnenmarkt*, 2016, passim) und Polen (OPLUSTIL, in: Winner/Cierpial-Magnor, *Rechtsprobleme im Konzern*, 2012, S. 67ff, sowie DERS., in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 149ff) in diese Gruppe gehören.

konzernweiten Ausgestaltung von Compliance. Man mag in der Compliance-Diskussion eine Modeerscheinung sehen, war die Einhaltung von Recht und Ordnung doch schon immer eine bare Selbstverständlichkeit. Neu sind allerdings die existenzgefährdenden Dimensionen, die aus einem Rechtsverstoß für die gesamte Unternehmensgruppe erwachsen können. Die Skandale bei den Weltunternehmen *Siemens* und *Volkswagen* haben verdeutlicht, dass die Muttergesellschaft den Konsequenzen einer Verfehlung, die auf Ebene einer Tochtergesellschaft begangen wurde, nicht entgehen kann und dass diese Vorgänge enorme Weiterungen nach sich ziehen können.<sup>77</sup>

In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird zwar mit guten Gründen betont, dass eine Muttergesellschaft für Verfehlungen der Tochtergesellschaft nicht pauschal zur Verantwortung gezogen werden könne. Die Muttergesellschaft sei für Rechtsverstöße in der Tochtergesellschaft nur verantwortlich, wenn sie gewissermaßen als Gefahrenquelle auftrete und zugleich die Einflussmöglichkeit habe, das konkrete Risiko zu steuern.<sup>78</sup> Die kartellrechtliche Judikatur des EuGH wird vor diesem Hintergrund als Haftung für eigenes Fehlverhalten gedeutet.<sup>79</sup> Haftungsgrund sei die vermutete Einflussnahme der Muttergesellschaft auf das kartellrechtswidrige Verhalten der Tochtergesellschaft.<sup>80</sup>

Diese dogmatisch durchaus zutreffenden Erwägungen finden allerdings weder in der EuGH-Judikatur noch in der internationalen Rechtspraxis der diversen Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden Beachtung. Wie oben dargestellt, begründet der Gerichtshof die Gesamtschuld von Mutter und Tochter keineswegs mit einem Fehlverhalten der Mutter. Allein die Existenz des Konzerns, zu dessen Wesen es gehört, eine Gesellschaft nicht nur zu gründen, sondern auch zu führen, begründet die Haftung. Aus Sicht der kartellrechtlichen Beratungspraxis steht daher nolens volens fest, dass die Haftung gerade kein Verschulden der Muttergesellschaft voraussetzt, sondern lediglich an ihre Gesellschafterstellung anknüpft.<sup>81</sup> Und von den Grenzen zwischen Ländern und Gesellschaften haben sich die zuständigen Verfolgungsbehörden weder im Korruptionsfall *Siemens* noch bei den umweltrechtlichen Verstößen von *Volkswagen* ernstlich aufhalten lassen.

Eine zusätzliche Herausforderung für die Konzernführung liegt darin, dass Sanktionstatbestände häufig einen internationalen Anwendungsbereich aufweisen. Mit besonders harten Bandagen ist die Antikorruptionsbekämpfung

77 Weiteres Anschauungsmaterial bei GRUNDMEIER, Rechtspflicht zur Compliance im Konzern, 2011, S. 9 ff.

78 In diesem Sinne KOCH, WM 2009, 1013, 1020.

79 HABERSACK, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, S. 269, 275.

80 HABERSACK, aaO (Fn. 79), S. 275.

81 KLUSMANN, ZGR 2016, 252, 255.

ausgestattet, was sich etwa in den USA am *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* und im Vereinigte Königreich am *UK Bribery Act* zeigt. Beide Gesetze beanspruchen weltweite Geltung und stehen daher zu Recht im Fokus der deutschen Praktikerliteratur.<sup>82</sup> Auch der deutsche § 299 StGB verlässt allerdings das klassische Territorialitätsprinzip und stellt Bestechungsdelikte mit Auslandsbezug unter Strafe. Im Zweifel drohen vergleichbare Gefahren auch aus anderen Rechtsbereichen.

Angesichts dieser Gefahren für den Bestand der Unternehmensgruppe lässt sich das Bestehen konzernweiter Aufsichtspflichten der Muttergesellschaft kaum mehr bezweifeln.<sup>83</sup> Die qualitativ neue Bedrohung liegt heute darin, dass die Aufsichtspflicht der Muttergesellschaft losgelöst von ihren gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen statuiert wird. Je mehr das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht die nationalen und gesellschaftsrechtlichen Grenzen überschreitet, umso mehr stellt sich für das herrschende Unternehmen die ganz praktische Notwendigkeit, auf seine Tochtergesellschaften zur allgemeinen Schadensbegrenzung möglichst umfassenden Einfluss zu nehmen. Dabei muss es sich aber streng genommen – in Ermangelung einer europäischen Regelung – weiterhin in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gegenüber den dort existierenden Tochtergesellschaften an die konkrete gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung halten.<sup>84</sup>

Das nationale Gesellschaftsrecht vieler Mitgliedstaaten kennt allerdings kein Weisungsrecht gegenüber den Tochtergesellschaften und verpflichtet deren Geschäftsführer zusätzlich auf das Eigeninteresse der Tochtergesellschaft und nicht auf das Gruppeninteresse.<sup>85</sup> Hieraus ergibt sich ein Widerspruch zwischen den sektoralen EU-Vorschriften, die dem Konzern eine Gesamtverantwortung zuweisen, und dem EU-Gesellschaftsrecht, das hierfür keinen organisatorischen Rahmen anbietet.<sup>86</sup> Für eine Unternehmensgruppe kann es von existenzieller Bedeutung sein, dass alle Tochtergesellschaften den Compliance-Vorgaben der Muttergesellschaft folgen. Daher bedarf es einer europäischen Initiative, um die rechtlichen Rahmenbedingungen für die gestiegenen Compliance-Anforderungen an die Konzernleitung herzustellen.

82 Zusammenfassend VOLZ, in: Teichmann, Compliance, 2014, S. 1, 11 ff. Zum FCPA siehe etwa GRÜTZNER/BEHR, CCZ 2013, 71 ff, und HUCK, RIW 2013, 344 ff; zum UK Bribery Act PASEWALD, CCZ 2012, 23 ff, sowie TIMMERBEIL/SPACHMÜLLER, DB 2013, 2133 ff.

83 Monographisch GRUNDMEIER, aaO (Fn. 77), passim; weiterhin HABERSACK, aaO (Fn. 79), S. 269 ff.

84 PAEFGEN, WM 2016, 433, 442.

85 Siehe nur TEICHMANN, AG 2013, 184, 191 ff.

86 So namentlich ICLEG, aaO (Fn. 25), passim.

## V. Leitgedanken für einen supranationalen Konzernbaustein

Es kann nicht Ziel dieses Beitrags sein, den geforderten Konzernbaustein in allen Einzelheiten zu entwickeln. In der gebotenen Kürze können nur einige Eckpfeiler eingeschlagen werden. In erster Linie gilt es aus den Erfahrungen zu lernen, die bei der Diskussion über die Harmonisierung des Konzernrechts bzw. die Einführung von SPE oder SUP gesammelt werden konnten. Daraus ergeben sich Schlussfolgerungen für die Wahl des geeigneten Gesetzgebungsinstrumentes (*unter 1.*) und für die Grundkonzeption des europäischen Konzernbausteines (*unter 2.*).

### 1. Geeignetes Gesetzgebungsinstrument

#### a) Scheitern von Rechtsangleichung und supranationaler Rechtsform

Nachdem die SPE als supranationale Rechtsform ebenso gescheitert ist wie der Versuch, das Konzernrecht in einer neunten Richtlinie oder mit dem SUP-Vorschlag zu harmonisieren, stellt sich zuvörderst mit besonderer Dringlichkeit die Frage nach dem geeigneten Gesetzgebungsinstrument. Das europäische Primärrecht bietet zur Förderung des Binnenmarktes verschiedene Handlungsmöglichkeiten: Stellungnahmen, Empfehlungen, Richtlinien und Verordnungen (Art. 288 AEUV).

Im Gesellschaftsrecht war lange Zeit die Richtlinie das Mittel der Wahl. Hierfür gibt es immerhin eine klare Kompetenzgrundlage in Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV: Zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit können Richtlinien erlassen werden, um Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, die in den Mitgliedstaaten zum Schutz der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind. Konzernrechtliche Regelungen sind der klassische Fall derartiger Schutzbestimmungen. Daher ist die europäische Konzernrechtsdiskussion bis heute auf das Instrument der Richtlinie fixiert. Nachdem sich dies rechtspolitisch als äußerst steiniger Weg erwiesen hat, wird in jüngerer Zeit aber auch das flexiblere Instrument der Empfehlung erwogen.<sup>87</sup>

Ein gänzlich anderer Ansatz besteht in der Einführung supranationaler Rechtsformen, deren prominentester Vertreter die *Societas Europaea* (SE) ist. Die SPE-Diskussion hat gezeigt, dass mit der Einführung einer supranationalen Rechtsform für Konzerngesellschaften der Bedarf für eine breitflächige Rechtsangleichung entfallen könnte.<sup>88</sup> Allerdings ist Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV nicht einschlägig, weil die supranationale Rechtsform keine Rechts-

<sup>87</sup> Vgl. ICLEG, aaO (Fn. 25).

<sup>88</sup> Vgl. oben II.3.

angleichung bewirkt.<sup>89</sup> Es bleibt die allgemeine Auffangnorm des Art. 352 AEUV, die mit der schweren Hypothek der Einstimmigkeit im Rat belastet ist. Die damit verbundenen Schwierigkeiten haben die Europäische Kommission veranlasst, den Vorschlag zur SPE ebenso zurückzuziehen wie sie den bereits ausformulierten Vorschlag für eine Europäische Stiftung erst gar nicht ernsthaft verfolgen möchte.<sup>90</sup>

### *b) Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit*

Einen Ausweg bietet das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit (Art. 20 EUV).<sup>91</sup> Auf dieser Basis müssen sich mindestens neun Mitgliedstaaten bereithalten, europäisches Sekundärrecht zu verabschieden, an das zunächst nur die teilnehmenden Mitgliedstaaten gebunden sind. Andere Mitgliedstaaten können sich jedoch jederzeit anschließen. Außerdem bedarf die Einleitung des Verfahrens gemäß Art. 329 AEUV der Zustimmung aller EU-Gesetzgebungsorgane (Kommission, Rat und Parlament). Auf diese Weise ist das Unionsrecht vor unerwünschten Alleingängen einzelner Mitgliedstaaten geschützt.

Im Schrifttum wird allerdings eingewandt, das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit dürfe nicht dazu dienen, bei einem konkreten Regelungsproblem den fehlenden Konsens der Mitgliedstaaten zu ersetzen.<sup>92</sup> Es sei nur anwendbar, wenn zwischen allen Mitgliedstaaten Konsens über das Integrationsziel bestehe und es lediglich um die prozedural angepasste Vorgehensweise unter Berücksichtigung sachlicher Unterschiede gehe, wenn beispielsweise einzelne Mitgliedstaaten für die Einführung neuer Technologien mehr Zeit benötigen.<sup>93</sup>

Diese Sichtweise vermag angesichts von Wortlaut und Entstehungsgeschichte der einschlägigen Normen nicht zu überzeugen.<sup>94</sup> Das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit sollte ursprünglich an die einstimmige Bewilligung aller Mitgliedstaaten geknüpft werden. Dies ließ man aber fallen und regelte stattdessen eine qualifizierte Mehrheit, um die Hürden nicht zu hoch zu legen. Wird diese Mehrheit im konkreten Fall erreicht, besteht kein Grund, der Verstärkten Zusammenarbeit weitere Hindernisse in den Weg zu legen. So sieht es auch der Europäische Gerichtshof: Der Anlass für eine Verstärkte Zusammen-

89 EuGH, Rs. C-436/03 (*Rat/Parlament*), EuZW 2016, 380 (= Sgl. 2006, I-3733), anlässlich der Einführung der Europäischen Genossenschaft (SCE).

90 Vgl. die oben in Fn. 35 erwähnte Mitteilung.

91 Zu diesem GEBAUER/TEICHMANN, *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, Band 6, Enzyklopädie Europarecht, 2016, § 1 Rdn. 27 ff.

92 THOMALE, ZEuP 2015, 518, 528.

93 THOMALE, ZEuP 2015, 518, 525.

94 Dazu ausführlicher GEBAUER/TEICHMANN, aaO (Fn. 91), § 1 Rdn. 30 ff.

arbeit könne sich auch daraus ergeben, dass einzelne Mitgliedstaaten kein Interesse daran zeigten, sich auf eine bestimmte Regelung zu einigen.<sup>95</sup>

### *c) Abwägung der europäischen Handlungsmöglichkeiten*

Nach den bisherigen Erfahrungen erscheint es nicht ratsam, konzernrechtliche Vorschläge als Richtlinie anzustreben. Denn die Richtlinie zwingt die Mitgliedstaaten, mit Rücksicht auf europäische Vorgaben ihr gesamtes Gesellschaftsrecht umzustellen. Davon sind naturgemäß auch Sachverhalte erfasst, die keinen grenzüberschreitenden Bezug haben. Und gerade konzernrechtliche Regelungen greifen tief in Kerngebiete des Gesellschaftsrechts ein. Sie berühren den Minderheitenschutz ebenso wie den Gläubigerschutz und münden unweigerlich in die fast schon rechtsphilosophische Diskussion darüber, in wessen Interesse die Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft zu handeln habe. Angesichts dessen verspüren die Mitgliedstaaten wenig Neigung, allein den grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen zuliebe Grabungsarbeiten an den Fundamenten des nationalen Gesellschaftsrechts vorzunehmen. Eine europäische Maßnahme zur Unterstützung der grenzüberschreitenden Unternehmensführung muss daher auf den spezifisch transnationalen Aspekt begrenzt bleiben. Das allgemeine nationale Gesellschaftsrecht soll daneben seine Existenzberechtigung behalten.

Dies spricht für die Einführung einer supranationalen Rechtsform; denn diese lässt das nationale Recht unberührt. Das Instrument der supranationalen Rechtsform, das ursprünglich starke Vereinheitlichungstendenzen aufwies, hat insoweit einen funktionalen Wandel erlebt.<sup>96</sup> Es bewahrt den Ideenwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten, der heutzutage im Grundsatz positiv bewertet wird, und bietet gleichzeitig denjenigen Unternehmen eine Alternative, denen der Umgang mit der nationalen Vielfalt zu beschwerlich und zu kostspielig erscheint.

Wenn die Mitgliedstaaten auf supranationale Rechtsformen dennoch skeptisch reagieren, liegt dies an dem vertikalen Wettbewerb zwischen der supranationalen und der nationalen Rechtsform.<sup>97</sup> Dieser Effekt lässt sich aber durch eine entsprechende Ausgestaltung der supranationalen Rechtsform begrenzen. Wäre die SPE mit einem zwingenden grenzüberschreitenden Bezug und einem Mindestkapital ausgestattet gewesen, hätte sich kaum die Befürchtung breit

95 EuGH, Rs. C-274/11/C-295/11, NJW 2013, 2009, Rdn. 36.

96 Hierzu TEICHMANN, in: Gebauer/Teichmann, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, Band 6, Enzyklopädie Europarecht, 2016, § 6 Rdn. 290 ff.

97 Siehe nur BACHMANN, FS Hommelhoff, 2012, S. 21 ff. Die potenzielle Konkurrenz zur nationalen GmbH war ein häufig vorgetragener Kritikpunkt gegenüber dem SPE-Vorschlag (z. B. von KREJCI, *Societas Privata Europaea – SPE*, 2008, S. 14).

machen können, dass sie zur Umgehung nationaler Standards missbraucht werden könnte. Bei entsprechender Absicherung wäre daher für den europäischen Konzernbaustein die supranationale Rechtsform einer Rechtsangleichung eindeutig vorzuziehen.

Eine weitere Lehre aus den bisherigen Diskussionen besteht darin, dass rechtliche Instrumente, die Einstimmigkeit voraussetzen, entweder keine Aussicht auf Verwirklichung haben oder aber in einen Kompromisstext münden, der die ursprünglichen Intentionen derart verwässert, dass die Rechtsform praktisch nicht mehr brauchbar ist. Ein europäischer Konzernbaustein muss jedoch konzeptionell stimmig sein und darf nicht aus einem Sammelsurium an Kompromissen bestehen. Ansonsten böte er den Unternehmen mehr Steine als Brot. Der SPE-Rechtstext, der unter der ungarischen Ratspräsidentschaft zur Abstimmung stand, dient als mahndendes und abschreckendes Beispiel. Er war durch zahlreiche Streichungen und Verweise in das nationale Recht derart unübersichtlich geworden,<sup>98</sup> dass man mit ihm in der Rechtspraxis kaum mehr glücklich geworden wäre.

Die Gewähr für ein konzeptionell stimmiges Angebot an die Konzernpraxis bietet nach alledem nur das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit. Die daran beteiligten Mitgliedstaaten könnten den Konzernbaustein nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit jeweils nur für den Einsatz durch ihre eigenen Gesellschaften (als Muttergesellschaft) und auf ihrem eigenen Territorium (als Tochtergesellschaft) vorsehen. Dies würde den Mitgliedstaaten, die sich daran nicht beteiligen, einerseits jede Sorge nehmen, dass ihr nationales Recht tangiert werden könnte und andererseits einen Anreiz schaffen, sich der Verstärkten Zusammenarbeit zu einem späteren Zeitpunkt anzuschließen.

## 2. Erste inhaltliche Leitlinien des supranationalen Konzernbausteins

### a) Ermöglichungsfunktion für grenzüberschreitende Unternehmensorganisation

Über den konkreten Inhalt des Regelwerkes muss zwischen denjenigen Mitgliedstaaten Einigkeit erzielt werden, die sich an dem Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligen. Dabei können die unzähligen Vorarbeiten der jüngeren Zeit als Inspirationsquelle dienen.<sup>99</sup> Die Vielfalt der realen Erschei-

98 Vgl. die bereits in Fn. 31 erwähnte synoptische Darstellung von HARTMANN.

99 Genannt seien nur die Arbeitspapiere von ICLEG, aaO (Fn. 25), und FECG, ZGR 2015, 507 ff, die gedankenreiche Arbeit von AMSTUTZ, aaO (Fn. 18), der Vorschlag der EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS (<https://europeancompanylawexperts.wordpress.com>) und der Entwurf des European Model Company Act, aaO (Fn. 26).

nungsformen des Konzerns<sup>100</sup> sollte uns dabei nicht beirren. Denn diese ist gerade Ausfluss der zuvor erwähnten Organisationsfreiheit. Es geht nicht darum, den Konzern in ein begriffliches Korsett zu zwingen, sondern einen Konzernbaustein anzubieten, der den sinnvollen Gebrauch der grenzüberschreitenden Organisationsfreiheit überhaupt erst ermöglicht. Die Konzernleitung kann in jedem Einzelfall unterschiedlich intensiv ausfallen, sie kann sich auf verschiedene rechtliche oder faktische Einflussmöglichkeiten<sup>101</sup> stützen, sie beschränkt sich bisweilen auf einzelne operative oder administrative Bereiche und regiert ein andermal umfassend in das Geschäft der Tochtergesellschaft hinein.<sup>102</sup> Die Regelung des europäischen Konzernbausteins sollte all dies in Rechnung stellen und ermöglichen.

*b) Kapitalgesellschaft mit grenzüberschreitendem Bezug*

Als gedanklicher Ausgangspunkt dienen die Diskussionen um das SPE-Statut und um die SUP-Richtlinie. Der supranationale Konzernbaustein ist demnach als Kapitalgesellschaft zu konzipieren. Er erfüllt diejenige Funktionalität, die auch einer GmbH zukommt, ohne jedoch in derselben Weise als „Allzweckmöbel“ bereit zu stehen. Der Einsatzbereich wäre vielmehr strikt auf die grenzüberschreitende Unternehmensgruppe zu begrenzen. Dies vermeidet viele Regelungsprobleme, die bei SPE und SUP zum Streit führten, und erlaubt einen passgenauen Zuschnitt der Rechtsform auf die vorgesehene Einsatzmöglichkeit. Es muss daher zwingend ein grenzüberschreitender Bezug angeordnet werden. Außerdem sollten als Gründer nur bereits bestehende Unternehmen in Betracht kommen, was rechtstechnisch eine Beschränkung auf juristische Personen als Gründer nahelegt. Gewiss kann auch eine solche Voraussetzung durch geschickte Gestaltungen umgangen werden. Wenn der Konzernbaustein aber mit gewissen Seriositätsmerkmalen ausgestattet wäre, wozu namentlich ein angemessenes Mindestkapital gehört, dürfte der Anreiz, ihn für Umgehungsstrukturen zu nutzen, deutlich geringer ausfallen als bei der ursprünglichen Konzeption von SPE oder SUP.<sup>103</sup>

100 Für die Vielgestaltigkeit der Unternehmenswirklichkeit vgl. etwa DRUEY, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 313, 315; HABERSACK, aaO (Fn. 79), S. 269, 271; IMMENGA, EuR 1978, 242, 251.

101 Siehe hierzu jüngst die Untersuchungen von ZIEGLER, aaO (Fn. 76), mit einer rechtsvergleichenden Analyse der Einflussmöglichkeiten in Deutschland, Frankreich und Bulgarien sowie DOMINKE, aaO (Fn. 74), mit einem Überblick über die Rechtslage in Deutschland, England und Italien.

102 So auch FRANZMANN, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 393, 399.

103 Dass ein angemessenes Mindestkapital eine positive Auslese bewirken kann, betonte zur SPE bereits NIEMEIER, in: Hirte/Teichmann, *The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE)*, 2013, S. 293 ff.

c) *Gläubigerschutz*

Als Kapitalgesellschaft gewährt der Konzernbaustein Haftungsbeschränkung. Dem entsprechend bedarf die Regelung einer soliden Gläubigerschutzkomponente. Insoweit kann auf die umfangreichen Vorarbeiten zu SPE und SUP verwiesen werden.<sup>104</sup> Neben einem angemessenen Mindestkapital muss eine gläubigerschützende Ausschüttungsregelung sicherstellen, dass der Konzernbaustein von der Muttergesellschaft oder anderen Konzerngesellschaften nicht seines zur Befriedigung der Gläubiger benötigten Vermögens beraubt wird.<sup>105</sup>

d) *Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis*

Im rechtlichen Innenverhältnis benötigt der Konzernbaustein Gestaltungsfreiheit. Die Abwesenheit von zwingendem Recht kann allerdings nur gelingen, wenn keine Konflikte zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern zu lösen sind. Denn dass sich hierüber nur sehr schwierig Einigkeit erzielen lässt, belegt wiederum die Erfahrung aus der SPE-Diskussion. Hier wurden die für den Minderheitenschutz maßgeblichen Vorschriften im Laufe der Verhandlungen ersatzlos gestrichen und durch eine Anwendung nationalen Rechts ersetzt.<sup>106</sup> Wie bei der SUP sollte daher auch für den Konzernbaustein zumindest in einem ersten Anlauf lediglich ein einziger Gesellschafter zugelassen werden.

Für das Verhältnis zwischen Muttergesellschaft und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft sind dann nur wenige Leitplanken nötig. Die Implementierung einer konzernweiten Compliance setzt ein Weisungsrecht der Muttergesellschaft voraus, das mit einer Folgepflicht der Tochtergeschäftsführung verbunden ist.<sup>107</sup> Damit ist die Aussage verbunden, dass die Tochtergeschäftsführung ihre Entscheidungen am Gruppeninteresse ausrichten darf, ohne da-

104 Monographisch JUNG, Kapitalverfassung der SPE, 2014; MASCHKE, Gläubigerschutz im Recht der SPE in seiner gesetzgeberischen Entwicklung, 2011; PFENNIG, Gläubigerschutz bei der EPG, 2011. Weiterhin KALSS, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann, *Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen*, 2014, S. 133 ff; SCHUTTE-VEENSTRA/VERBRUGH, in: Hirte/Teichmann, *The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE)*, 2013, S. 263 ff, sowie J. SCHMIDT, in: Lutter/Koch, *Societas Unius Personae (SUP)*, 2015, S. 1 ff.

105 Vgl. FECCG, ZGR 2015, 507, 512, sowie hierzu J. SCHMIDT, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, *SE-Kommentar*, 2. Aufl., 2015, S. 467 ff.

106 Vgl. die synoptische Darstellung von HARTMANN, aaO (Fn. 31), S. 435, 456 ff: Streichung der ursprünglichen Artikel 17 und 18 SPE-VO.

107 In diesem Sinne insbesondere FECCG, ZGR 2015, 507, 511.

mit gegen ihre internen gesellschaftsrechtlichen Pflichten gegenüber der Rechtsperson zu verstoßen, deren Organ sie sind. Weitere Aspekte des Innenverhältnisses, wie etwa die Kompetenzen der Geschäftsführer und deren Abberufbarkeit, sollten der Gestaltungsfreiheit des Satzungsgebers überlassen bleiben. Denn in der Rechtspraxis haben Muttergesellschaften sehr häufig ein nachvollziehbares Interesse daran, all ihre Tochtergesellschaften mit einheitlichen Satzungen auszustatten, womit sie momentan im grenzüberschreitenden Bereich noch allzu häufig an den Divergenzen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen scheitern.<sup>108</sup> Im Zeitalter von Compliance tritt die dringend gebotene Implementierung konzernweiter Compliance-Richtlinien hinzu, deren Einhaltung notfalls auch gegen den Willen der Tochtergeschäftsführung durchsetzbar sein muss.

## VI. Zusammenfassung

Die europäische Konzernrechtsdiskussion hat in den vergangenen Jahren einen Wandel erlebt. Sie hat die Ermöglichungsfunktion konzernrechtlicher Regelungen als gleichberechtigtes Regelungsziel neben dem Schutzgedanken entdeckt. Und sie hat sich von der Fixierung auf die Aktiengesellschaft gelöst, um sich zunehmend der GmbH als der typischen Konzerntochter zuzuwenden.

Ungeachtet dessen erweist sich die Harmonisierung konzernrechtlicher Instrumente weiterhin als äußerst schwierig. Zwar wurde der Anspruch einer Vollharmonisierung aufgegeben, indessen steckt der Teufel auch bei einer nur punktuellen Rechtsangleichung weiterhin im Detail. Zu unterschiedlich sind die Konzepte der Mitgliedstaaten, als dass in absehbarer Zeit eine Einigung zu erwarten wäre.

Als Alternative zur Rechtsangleichung trat im Jahre 2008 die Einführung einer supranationalen Rechtsform auf den Plan. Die *Societas Privata Europaea* (SPE) entfaltete ihren Charme für Unternehmensgruppen dadurch, dass sie eine im ganzen Binnenmarkt einheitliche Konzernführung ermöglicht hätte, ohne die Mitgliedstaaten zur Angleichung ihrer nationalen Schutzkonzepte zu zwingen.

Das Scheitern der SPE beruht auf zwei Gründen, aus denen entsprechende Lehren zu ziehen sind. Als multifunktional einsetzbare kleine Kapitalgesellschaft ohne grenzüberschreitenden Bezug war sie allzu bedrohlich auf ein Konkurrenzverhältnis zu den nationalen Rechtsformen angelegt. Die Notwendigkeit der Einstimmigkeit auf Basis des Art. 352 AEUV führte daher zu

108 Hierzu bereits TEICHMANN, RIW 2010, 120.

einer erheblichen Verwässerung des ursprünglichen Regelungskonzeptes. Hätte nicht das leidige Mitbestimmungsthema die endgültige Verabschiedung ohnehin verhindert, wären die europäischen Unternehmensgruppen mit dem Kompromissergebnis der Verhandlungen vermutlich nicht sonderlich glücklich geworden.

Der Impuls für einen Neuanfang im europäischen Konzernrecht kommt nunmehr aus anderen Rechtsgebieten. Aus dem Finanzaufsichtsrecht und dem Kartellrecht folgt mittelbar die Notwendigkeit, eine grenzüberschreitende Unternehmensgruppe einem strikten Compliance-System zu unterwerfen. Die damit notwendige Konzernleitung der Muttergesellschaft entbehrt aber in den meisten EU-Staaten einer klaren gesellschaftsrechtlichen Grundlage. Gesellschaftsrechtliche Fragmentierung und aufsichts- und kartellrechtliche Einheitsbetrachtung passen nicht zusammen. Der EU-Gesetzgeber muss tätig werden.

Die Antwort auf das Dilemma ist ein supranationaler Konzernbaustein, der den SPE-Ansatz fortsetzt, ohne dessen Fehler zu wiederholen. Insbesondere sollte er nur für grenzüberschreitende Gründungen zur Verfügung stehen und sich auf Tochtergesellschaften mit einem einzigen Gesellschafter beschränken. Daneben kann eine angemessene Mindestkapitalausstattung dazu beitragen, dass dieser neuen Rechtsform der Vorwurf erspart bleibt, sie diene nur dazu, nationale Schutzstandards zu unterlaufen.

Den Weg zur Einführung eines solchen supranationalen Konzernbausteins bietet das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit. An ihm müssen sich nicht alle Mitgliedstaaten beteiligen. Auf diese Weise kann ein Rechtstext entworfen werden, der nicht durch zahlreiche Sonderwünsche derart verwässert würde, dass er praktisch keinen Nutzen mehr entfaltet.