

# Europäisches Konzernrecht: Eine akteurzentrierte Annäherung

Prof. Dr. Dr. h.c. HOLGER FLEISCHER, LL.M., Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

ZGR 2017, 1–37

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Ernst-Joachim Mestmäcker und das Konzernrecht . . . . .                                       | 2  |
| II. Akteure des Europäischen Konzernrechts . . . . .                                             | 5  |
| 1. Europäische Kommission . . . . .                                                              | 5  |
| 2. Mitgliedstaaten . . . . .                                                                     | 8  |
| 3. Europäischer Gerichtshof . . . . .                                                            | 12 |
| 4. Wissenschaftler(kollektive) . . . . .                                                         | 13 |
| 5. Kautelar- und Konzernpraxis . . . . .                                                         | 16 |
| III. Europäisches Konzernrecht im engeren Sinne . . . . .                                        | 18 |
| 1. Konzernpublizität . . . . .                                                                   | 18 |
| 2. Konzerngeschäftsführung . . . . .                                                             | 20 |
| IV. Europäisches Konzernrecht im weiteren Sinne . . . . .                                        | 24 |
| 1. Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz . . . . .                                      | 24 |
| 2. Übernahmerechtliches Pflichtangebot . . . . .                                                 | 25 |
| 3. Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen oder Personen . . . . .                               | 26 |
| 4. Sonderkonzernvorschriften für Banken und Versicherungen . . . . .                             | 27 |
| 5. Konzerninsolvenzrecht . . . . .                                                               | 28 |
| V. Die vielen verschiedenen Gesichter des Konzerns im Europäischen<br>Wirtschaftsrecht . . . . . | 29 |
| 1. Eine Synopse konzernbezogener Rechts- und Fallnormen . . . . .                                | 29 |
| 2. Eine Agenda konzerngesellschaftsrechtlicher Reformansätze . . . . .                           | 34 |
| VI. Ausblick . . . . .                                                                           | 36 |

*Das Europäische Konzernrecht steht unverhofft wieder auf der rechtspolitischen Agenda. Wer Reformpläne schmiedet, sollte sich zunächst der Wege und Irrwege vergewissern, die man in mehr als fünf Jahrzehnten intensiver Diskussion beschritten hat. Der vorliegende Beitrag würdigt in einer akteurzentrierten Annäherung die konzernbezogenen Regelungs- und Denkipulse von Kommission, Mitgliedstaaten, Europäischem Gerichtshof, Wissenschaft und Kautelarpraxis. Anschließend mustert er die zahlreichen unionsrechtlichen Vorschriften zu Unternehmensgruppen, die sich teils im Konzernrechtszentrum, teils in peripherer Streulage finden. Schließlich erörtert er, wie man die vielen verschiedenen Gesichter des Konzerns im Europäischen Wirtschaftsrecht zueinander in Beziehung setzen und wissenschaftlich verarbeiten kann.*

*Unexpectedly, the law of corporate groups is back on the European political agenda. In order to move ahead, it may first be helpful to review the wrong turns and ways forward of past discussions.*

\* Der Autor ist geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

*This paper does so by adopting an actor-centred approach, analysing the proposals and achievements of the European Commission, the Member States, the European Court of Justice, legal scholarship and corporate practice in this area. It continues by taking stock of the provisions related to groups of companies in European Union law whether at the centre of group law or scattered around its legal periphery. In conclusion, the paper points to the many facets of groups of companies from the different areas of European economic law and asks how they can best be correlated in order to develop a coherent overall framework.*

### 1. Ernst-Joachim Mestmäcker und das Konzernrecht<sup>1</sup>

Ernst-Joachim Mestmäcker, dessen Name und Werk jedermann sofort mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht verbindet, hat auch auf anderen Gebieten Großes geleistet. Dazu gehört das in- und ausländische Konzernrecht. Eine Werksbesichtigung führt geradewegs zu seiner Frankfurter Habilitationsschrift aus dem Jahre 1958. Unter dem Titel „*Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*“ entfaltete sie ein Triptychon der aktienrechtlichen Binnenordnung außerhalb und innerhalb von Konzernbeziehungen.<sup>2</sup> Ihr dritter Teil galt dem Konzernwesen<sup>3</sup>, das damals in Deutschland noch kaum vorstrukturiert war: Der Aktiengesetzgeber von 1937 hatte sich zu einer konzernrechtlichen Gesamtregelung außerstande gesehen und es bei wenigen Einzelschriften belassen.<sup>4</sup> Mestmäcker näherte sich dem Konzernphänomen daher notgedrungen über die Organschaft im Steuerrecht und die einschlägige Rechtsprechung von Reichs- und Bundesfinanzhof.<sup>5</sup> Außerdem wertete er Recht und Praxis US-amerikanischer Konzerne umfassend aus. Entgegen einer verbreiteten Lehrmeinung zu § 101 Abs. 3 AktG 1937<sup>6</sup> lehnte er einen entschädigungslosen Vorrang von Konzerninteressen im damals gel-

1 Der Beitrag beruht auf einem Festvortrag zu Ehren des 90. Geburtstages von ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER am Hamburger Max-Planck-Institut im Oktober 2016. Er ist dem hochverehrten Jubilar in herzlicher Verbundenheit gewidmet.

2 MESTMÄCKER, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten, 1958.

3 Vgl. MESTMÄCKER, aaO (Fn. 2), S. 285 ff. unter der dreigliedrigen Überschrift „Konzern, Konzernunternehmen und eingegliederte Gesellschaft“.

4 Näher dazu Amtl. Begr. zu § 15 AktG 1937 bei KLAUSING, *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien*, S. 13; rückblickend FLEISCHER, *Großkomm. z. AktG*, 4. Aufl., 2017, vor § 311 Rdn. 7 ff.

5 Vgl. MESTMÄCKER, aaO (Fn. 2), S. 287 ff.

6 Wörtlich hieß es dort: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Einfluß benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Belangen dient.“ Ausweislich der Gesetzesmaterialien war die Vorschrift als Einfallstor für das Konzernwohl konzipiert, vgl. Amtl. Begr. zu §§ 100, 101 AktG 1937 bei KLAUSING, aaO (Fn. 4), S. 87: „Es können auf Grund dieser Vorschrift z.B. auch Konzerninteressen berücksichtigt werden.“

tenden Recht ab<sup>7</sup> und verlangte stattdessen, dass sich Vor- und Nachteile für die beherrschte Gesellschaft bei jedem einzelnen Vertrag mit dem herrschenden Unternehmen die Waage halten.<sup>8</sup>

Blickt man auf die Wirkgeschichte dieses Buches, so verströmte es nicht nur den „*Glanz der Entdeckung einer fremden Rechtsordnung*“<sup>9</sup>, sondern erwies sich auch als höchst einflussreich bei der Vorbereitung der Aktienrechtsreform von 1965. Fast zeitgleich mit seinem Erscheinen legte das Bundesministerium der Justiz 1958 den Referentenentwurf eines Aktiengesetzes mit detaillierten Vorschriften zu verbundenen Unternehmen vor<sup>10</sup> und arbeitete ihn zwei Jahre später noch einmal kräftig um<sup>11</sup>. Der zuständige Ministerialdirigent *Ernst Geßler*, der „*Vater der Aktienrechtsreform*“<sup>12</sup>, ließ es sich nicht nehmen, seine intellektuelle Dankesschuld abzutragen, indem er *Mestmäckers* magistrale Monographie besprach.<sup>13</sup>

Kurz nach Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965 erhob *Mestmäcker* abermals seine Stimme und bezweifelte, dass die abhängige Gesellschaft im Rahmen der §§ 311 ff AktG – also bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages –

7 Vgl. MESTMÄCKER, aaO (Fn. 2), S. 276 ff im Anschluss an Vorarbeiten von ALFRED HUECK und FILBINGER; abw. zuvor BAUMBACH, AktG, 5. Aufl., 1944, § 101 AktG 1937 Rdn. 4; v. GODIN/WILHELM, AktG, 1. Aufl., 1937, § 101 AktG 1937 Rdn. 6; SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI, AktG, 3. Aufl., 1939, § 101 AktG 1937 Rdn. 10; W. SCHMIDT, Großkomm. z. AktG, 1. Aufl., 1939, § 101 AktG 1937 Rdn. 8.

8 Vgl. MESTMÄCKER, aaO (Fn. 2), S. 278 f.

9 WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, § 1 IV 4 b cc, S. 77 f: „Es ist das Verdienst der Habilitationsschrift von *Ernst-Joachim Mestmäcker* ‚Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre‘, das deutsche Gesellschaftsrecht auf einen internationalen Standard geführt und eine neue Epoche der wissenschaftlichen Arbeit begründet zu haben. Die Bedeutung des Buches, das den Glanz der Entdeckung einer fremden Rechtsordnung verbreitet, lag nicht nur auf dem Gebiet des Aktien- und Konzernrechts, zumal das amerikanische Konzernrecht wenig behandelt wird, sondern in der allgemeinen Ausstrahlungskraft, die zur Nachahmung anregte.“

10 Vgl. Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, 1958; eingehend zu seiner konzernrechtlichen Konzeption und den Reaktionen in Wirtschaft und Wissenschaft FLEISCHER, aaO (Fn. 4), vor § 311 AktG Rdn. 21 ff.

11 Vgl. Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes, BT-Drucks. III/1915; eingehend dazu FLEISCHER, aaO (Fn. 4), vor § 311 AktG Rdn. 31 ff; rückblickend auch VETTER, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, 2015, S. 231, 233 ff.

12 KROPFF, JZ 1987, 341.

13 Vgl. GEßLER, BB 1959, 819: „Die wertvollsten Anregungen bietet das Buch jedoch für die Gestaltung des Konzernrechtes. [...] Alle, die sich um die Reform des Aktienrechtes und namentlich des Konzernrechtes bemühen, dürfen Mestmäcker danken, daß er ihnen auf dem Höhepunkt der Diskussion um das neue Recht dieses Buch beschert hat. Auf dem Spezialgebiete gibt es kein Werk, das diesem Buch gleichgestellt werden könnte.“, mit mannigfachen Hinweisen auf MESTMÄCKERS Buch auch GEßLER, FS W. Schmidt, 1959, S. 247, 271 ff; für eine weitere Besprechung BRUGGER, WuW 1959, 559.

der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens unterstellt werden dürfe<sup>14</sup>: Einheitliche Leitung mache die abhängige Gesellschaft zu einem unselbstständigen Betriebsglied des herrschenden Unternehmens, so dass der Beurteilungsmaßstab ihres unabhängigen Eigeninteresses (§ 317 Abs. 2 AktG) jeden konkreten Bezugsrahmen verliere.<sup>15</sup> Unter diesem Blickwinkel lassen sich wohl nur lockere Koordinierungsformen unter dem Dach der §§ 311 ff AktG legitimieren.<sup>16</sup> Die weitere Konzernrechtspraxis hat sich von dieser sog. Unmöglichkeitsthese allerdings nicht abhalten lassen, die faktische Konzernierung auch bei straffer Führung als gesetzeskonformes Beherrschungsmittel anzuerkennen.<sup>17</sup>

Nach einer langen Kunstpause kehrte *Mestmäcker* Ende der achtziger Jahre zum Konzernrecht zurück und kontrastierte das Konzept der deutschen Aktienrechtskodifikation mit den Lösungen ausländischer Rechtsordnungen. Er begründete dies im Vorwort des Sammelbands *„Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich“*<sup>18</sup> damit, dass *die Bemühungen um eine Harmonisierung des Konzernrechts im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, die sich am deutschen Recht orientiert haben, bisher wenig erfolgreich waren*<sup>19</sup>. Mit dieser Bemerkung ist zugleich die Brücke zum heutigen Vortragsthema geschlagen: Herkunft und Zukunft des Europäischen Konzernrechts – ein Thema, das dem jeweiligen Direktor am Hamburger Max-Planck-Institut offenbar nach Art einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in den Schoß fällt.<sup>20</sup>

14 Vgl. MESTMÄCKER, FS Kronstein, 1967, S. 129, 139 ff; ihm folgend BÄLZ, FS Raiser, 1974, S. 287, 311; EMMERICH, ZHR 132 (1969), 370, 373; DERS., ZHR 134 (1971), 183, 184; IMMENGA, ZGR 1978, 269, 272 ff; MÖSCHEL, ZRP 1973, 162, 163; REUTER, ZHR 146 (1982), 1, 13 f.

15 So MESTMÄCKER, FS Kronstein, S. 129, 147; gleichsinnig MÖSCHEL, ZRP 1973, 162, 163.

16 Mit dieser Schlussfolgerung aus MESTMÄCKERS Schülerschar EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, 2. Aufl., 1977, § 8 B VII, S. 208.

17 Vgl. aus heutiger Sicht EMMERICH/HABERSACK, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., 2016, § 311 Rdn. 8; FLEISCHER, aaO (Fn. 4), § 311 AktG Rdn. 20 ff; HÜFFER/KOCH, AktG, 12. Aufl., 2016, § 311 Rdn. 3.

18 MESTMÄCKER/BEHRENS, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991; basierend auf einem Symposium am Hamburger Max-Planck-Institut im November 1989.

19 MESTMÄCKER/BEHRENS, aaO (Fn. 18), Vorwort, S. 5.

20 Vgl. als MESTMÄCKERS Nachfolger HOPT, Konzernrecht: Die europäische Perspektive, ZHR 171 (2007), 199; DERS., Groups of Companies, in: Gordon/Ringe, Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, 2017; als HOPTS Nachfolger FLEISCHER, aaO (Fn. 4), §§ 311–318 AktG.

## II. Akteure des Europäischen Konzernrechts

Die Literatur zum Europäischen Konzernrecht ist in jüngster Zeit abermals<sup>21</sup> mächtig angeschwollen.<sup>22</sup> Will man diesem Lieblingsstoff ganzer Forschergenerationen noch neue Facetten abgewinnen, so könnte es helfen, die Erzählperspektive zu wechseln und Altbekanntes aus einem anderen Blickwinkel anzugehen: dem der Akteure des Europäischen Konzernrechts.

### 1. Europäische Kommission

Bei einer solchen akteurzentrierten Annäherung richten sich die Scheinwerfer zunächst auf die Europäische Kommission als dem nach Art. 17 Abs. 2 EUV maßgeblichen Initiativorgan.<sup>23</sup> Wenig bekannt ist, dass sich die Kommission schon mit den Problemen *verbundener* Unternehmen beschäftigte, bevor sie mit den Vorarbeiten zur Harmonisierung des Rechts der *unverbundenen* Gesellschaft begann. Im Jahre 1964 beauftragte sie den belgischen Experten *van Ommeslaghe* mit der Erstellung eines umfassenden Berichts über die Möglichkeiten einer Konzernrechtsharmonisierung<sup>24</sup> – ein Beleg dafür, welchen Stellenwert sie den Konzernen für die Schaffung eines einheitlichen Marktes beimaß.<sup>25</sup>

21 Von „ganzen wissenschaftlichen Bibliotheken“ zum Europäischen Konzernrecht sprach bereits vor 30 Jahren LUTTER, ZGR 1987, 324, 326f.

22 Vgl. etwa AMSTUTZ, in: Epiney/Affolter, Die Schweiz und die europäische Integration, 2015, S. 203; BARTMAN, ECL 2016, 123; DERS./DORRESTEIJN/OLAERTS, Van het concern, 9. Aufl., 2016; CONAC, ECFR 2016, 301; DRYGALA, AG 2013, 198; EKKENGA, AG 2013, 181; EUROPEAN COMPANY LAW EXPERT GROUP, EBOR 18 (2017) (demnächst); HOMMELHOFF, KSzW 2014, 63; MÄHÖNEN, ECL 2016, 146; MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645; OLAERTS, ECL 2016, 89; RENNER, ZGR 2014, 452; SØRENSEN, EBLR 2016, 393; TEICHMANN, AG 2013, 184; DERS., ECFR 2015, 202; DERS., ECL 2016, 150; THOLEN, Europäisches Konzernrecht, 2014; WELLER/BAUER, ZEuP 2015, 6; umfassend jüngst der Sammelband HOMMELHOFF/LUTTER/TEICHMANN, Corporate Governance im Konzern, 2017, mit zahlreichen Einzelbeiträgen.

23 Allgemein zu diesem Initiativrecht zuletzt DEUTELMOSE, NVwZ 2015, 1577 m. w. N.

24 Vgl. VAN OMMESLAGHE, Rev. prat. soc. 1965, 153-252 mit folgender Einführung auf S. 156: „Le présent rapport a pour objet d'introduire le débat sur la coordination éventuelle des législations des pays membres aux groupes des sociétés.“; später DERS., ZHR 132 (1969), 201.

25 Dies hervorhebend aus der Binnensicht der Kommission auch GLEICHMANN, in: Mestmäcker/Behrens, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S. 581, 582.

Hatte dieser Bericht noch einen stark exploratorischen Charakter<sup>26</sup>, so folgten wenige Jahre später konkrete Vorschläge. 1970 veröffentlichte die Kommission den Verordnungsvorschlag für das Statut einer Europäischen Aktiengesellschaft, der einen eigenen Titel zum „Konzernrecht“ enthielt.<sup>27</sup> Der überarbeitete Verordnungsvorschlag von 1975<sup>28</sup> hielt hieran fest und ging mit seiner sog. organischen Konzernverfassung<sup>29</sup> sogar noch weit über das junge deutsche Konzernrecht von 1965 hinaus.<sup>30</sup> Bei ihr knüpften die konzernrechtlichen Schutzregeln allein an den Tatbestand der einheitlichen Leitung an<sup>31</sup>, unabhängig davon, ob es sich um einen Vertragskonzern oder einen faktischen Konzern handelte. Die freien Aktionäre sollten durch einen Abfindungsanspruch geschützt werden (Art. 227 VO-E-1975), die Gläubiger durch eine subsidiäre Haftung des herrschenden Konzernunternehmens für Verbindlichkeiten der abhängigen Konzerngesellschaft (Art. 239 VO-E-1975). Umgekehrt sollte dem herrschenden Konzernunternehmen ein Weisungsrecht zustehen (Art. 240 VO-E-1975).

Fast zeitgleich veröffentlichte die Kommission in den Jahren 1974 und 1975 den zweigliedrigen Vorentwurf einer neunten Richtlinie (Konzernrechtsrichtlinie)<sup>32</sup>, der die Mitgliedstaaten vor die Wahl stellte: Sie sollten entweder die deutsche Unterscheidung zwischen Vertragskonzern und faktischen Verbindungen einführen oder sich stattdessen für die – „stärkere!“<sup>33</sup> – organische Konzernverfassung entscheiden. Vor allem letztere sah sich scharfer Kritik aus den Mitgliedstaaten ausgesetzt.<sup>34</sup> Namentlich von belgischer und französischer

26 Vgl. VAN OMMESLAGHE, Rev. prat. soc. 1965, 153, 252: „Le rapport ne se termine pas par des propositions précises, car son objet est d'introduire la discussion et de l'orienter par des questions aussi précises que possibles.“

27 Vgl. Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften, ABl. 1970 C 124/1 = Beilage 8/1970 zum Bulletin der EG.

28 Vorschlag einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften, Beilage 4/1975 zum Bulletin der EG = BT-Drucks. VII/3713.

29 Auch Konzernverfassung *ipso facto* oder Faktizitätsprinzip genannt; dazu IMMENGA, EuR 1978, 242.

30 Eingehend zu den konzernrechtlichen Vorschriften aus deutscher Sicht GEßLER, in: Lutter, Die Europäische Aktiengesellschaft, 1976, S. 275 ff.

31 Vgl. Art. 223 Abs. 1 VO-E-1975: „Sind ein herrschendes Unternehmen und eine oder mehrere abhängige Gesellschaften unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst und ist eines dieser Unternehmen eine SE, bilden sie einen Konzern im Sinne des Statuts.“

32 Vorentwurf einer neunten Richtlinie (Konzernrechtsrichtlinie) von 1974, Teil I, DOK Nr. XI/328 74-D, und 1975, Teil II, DOK Nr. XI/593 75-D; abgedruckt bei LUTTER, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1984, S. 187 ff.

33 LUTTER, aaO (Fn. 32), S. 48.

34 Kritisch aus deutscher Sicht insbesondere WALTHER, AG 1972, 105; für eine Liste möglicher Einwände auch LUTTER, aaO (Fn. 32), S. 48: „(1) Unternehmerische Fremdbeeinflussung ist nicht erst in der intensiven Form einheitlicher Leitung zu kanalisieren,

Seite wurde eingewandt, dass sie eine allzu rigorose Einheitslösung darstelle<sup>35</sup>, einen Übergang von lockeren zu strafferen Unternehmensverbindungen erwarten lasse und damit zur Verstärkung der Unternehmenskonzentration beitrage.<sup>36</sup> Außerdem lasse sich der Schlüsselbegriff der einheitlichen Leitung in der Praxis nicht mit hinreichender Genauigkeit bestimmen.<sup>37</sup> In der pointierten Formulierung von René Rodière: „*Was man als Angebot eines Statuts an die Konzerne bezeichnet, heißt eigentlich, sie in Eisen zu legen.*“<sup>38</sup> Angesichts dieser Fundamentalkritik legte die Kommission sowohl die konzernrechtlichen Vorschriften des SE-Statuts als auch die Vorentwürfe einer Richtlinie von 1974/1975 einstweilen zu den Akten.

Ein Jahrzehnt später nahm die Kommission einen neuen Anlauf und präsentierte 1984 den Vorentwurf für eine neunte Richtlinie über verbundene Unternehmen<sup>39</sup>, der von der organischen Konzernverfassung abrückte. Stattdessen unterschied er nach deutschem Vorbild zwischen dem durch Beherrschungsvertrag begründeten Konzern, der Eingliederung und vertragslosen Abhängigkeits- und Konzernverhältnissen. In einzelnen Punkten ging dieser Vorentwurf sogar noch über das hiesige Schutzniveau hinaus. So ermächtigte Art. 11 RL-VE 1984 das Gericht oder die nach nationalem Recht zuständige Behörde, Maßnahmen zum Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer Aktionäre oder Arbeitnehmer anzuordnen. Hierzu gehörten die einstweilige Amtsenthebung von Mitgliedern des Leitungs- oder Aufsichtsorgans der abhängigen Gesellschaft (lit. a), die Untersagung der weiteren Erfüllung schädlicher Vereinbarungen sowie die Rückgängigmachung schädlicher Maßnahmen (lit. b) und die Verpflichtung des Unternehmens, den außenstehenden Aktionären die Übernahme ihrer Aktien gegen eine Abfindung anzubieten (lit. c) – eine beträchtliche Machtfülle, die an die *equitable remedies* im angelsächsischen Ge-

sondern muss bereits im Vorfeld erfasst werden. (2) Herrschende Unternehmen dürften versuchen, ihre Einflussnahme so zu gestalten, daß der Konzernratbestand – trotz Konzernvermutung – nicht eingreift. (3) Die prozessualen Schwierigkeiten – gerichtliche Feststellung des Konzernratbestandes – dürften erheblich sein und eine effektive Durchsetzung der Schutzmechanismen beeinträchtigen.“; positiver hingegen IMMENGA, EuR 1978, 242, 250 ff; später auch Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission 1986/1987, BT-Drucks. 11/2677, S. 300 ff Rdn. 845 ff.

35 Vgl. etwa BÉZARD/DABIN/ECHARD/JADAUD/SAYAG, *Les groupes de sociétés: Une politique législative*, 1975, S. 147 ff unter der Überschrift „*Les systèmes rigides du type „Konzernrecht“*“; ferner KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE*, 1973, S. 240 ff.

36 Dazu aus deutscher Sicht auch KOPPENSTEINER, ZGR 1973, 1, 21 m. w. N.

37 Vgl. BÉZARD/DABIN/ECHARD/JADAUD/SAYAG, aaO (Fn. 35), S. 227; KEUTGEN, aaO (Fn. 35), S. 202.

38 RODIÈRE, D. 1977, chron., 137: „*Ce qu'on appelle offrir un statut à des groupes c'est les mettre aux fers.*“

39 Vorentwurf einer 9. Richtlinie zur Angleichung des Konzernrechts, DOK Nr. III/1639/84; abgedruckt in ZGR 1985, 446 ff.

sellschaftsrecht erinnert.<sup>40</sup> Wegen seiner „zentralistischen Konzernierungsfolgen“<sup>41</sup> fand auch dieser Vorentwurf nicht einmal in Deutschland ungeteilte Zustimmung<sup>42</sup>, geschweige denn in anderen Mitgliedstaaten, in denen sich allmählich eine regelrechte „Konzernrechts-Aversion“<sup>43</sup> breit machte. Vor allem der Vertragskonzern löste vielerorts Befremden aus.

Es folgten lange Jahre einer Krise des Europäischen Gesellschaftsrechts<sup>44</sup>, in denen die Kommission erst recht keine Anstalten machte, das Konzerngesellschaftsrecht neu zu beleben.<sup>45</sup> Untätig blieb sie in dieser Zeit allerdings nicht, sondern wandte sich verstärkt dem Konzernbilanz- und Konzernkapitalmarktrecht zu.<sup>46</sup> Für viele überraschend, griff die Kommission in ihrem Aktionsplan von 2003 dann Einzelfragen des Kernkonzernrechts wieder auf<sup>47</sup>, die nach dem Wechsel in der Führung der Generaldirektion Binnenmarkt von Kommissar *Bolkestein* auf Kommissar *McCreevy* aber zunächst nicht weiter verfolgt wurden. Es verging ein weiteres Jahrzehnt, bis der Aktionsplan vom Dezember 2012 Regelungsinitiativen für eine bessere Transparenz von Unternehmensgruppen und eine unionsweite Anerkennung des Gruppeninteresses in Aussicht stellte.<sup>48</sup> Hierauf ist noch gesondert einzugehen.<sup>49</sup>

## 2. Mitgliedstaaten

Rechtsharmonisierung auf Unionsebene findet selten im juristischen Niemandsland statt. Häufig werben Mitgliedstaaten bei der Kommission für ihr nationales Regelungskonzept, sei es als bloße Inspirationsquelle oder sogar als legistisches Vorbild. So verhielt es sich auch im Europäischen Konzernrecht, wobei die Favoriten der Kommission im Laufe der Zeit wechselten. Hoch in ihrer Gunst stand zunächst das deutsche Konzernrecht, was historisch nicht

40 Allgemein dazu FLEISCHER, ZHR 179 (2015), 404, 447 ff.

41 SCHWARZ, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2000, Rdn. 920.

42 Kritisch etwa HOMMELHOFF, FS Fleck, 1988, S. 125, 147 f.

43 HOMMELHOFF, in: Lutter, Konzernrecht im Ausland, 1994, S. 55, 68 ff.

44 Allgemein dazu BEHRENS, FS Mestmäcker, 1996, S. 831 ff, der von einer Konzeptions-, Kompetenz-, Legitimations- und Loyalitätskrise spricht; ferner HOPT, ZIP 1998, 96.

45 Zur „Krise des Konzernrechts“ rückblickend DRYGALA, AG 2013, 198; MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645, 647 ff.

46 Näher dazu unter III. 1. a) und IV. 1. und 2).

47 Vgl. Mitteilung der Kommission, Aktionsplan Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, KOM(2003) 284, S. 21 ff Punkt 3.3 (Unternehmensgruppen und Pyramiden).

48 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission, Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, KOM(2012) 740/2, S. 11 Punkt 3.2 (Transaktionen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen), und S. 17 Punkt 4.6 (Unternehmensgruppen).

49 Näher unten III. 1. und 2.

weiter verwundert: Der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965 hatte mit den §§ 291 ff, 311 ff AktG die weltweit erste Konzernrechtskodifikation vorgelegt<sup>50</sup>, von der eine Aura des Modernen und Fortschrittlichen ausging. Verschiedene Nachbarländer suchten dem nachzueifern. So legte der Abgeordnete *Costé* der französischen Nationalversammlung gleich dreimal – 1970, 1975 und 1978 – den Entwurf eines am deutschen Aktiengesetz ausgerichteten nationalen Konzernrechts vor.<sup>51</sup> Allmählich zeigte sich aber, dass das deutsche Aktienkonzernrecht als intellektuelles Konzept zwar viele Bewunderer, aber nur wenige gesetzgeberische Nachahmer fand. Hierzu gehörte in Europa zunächst allein Portugal im Jahre 1986<sup>52</sup>; nach dem Zerfall des Ostblocks sind Kroatien, Slowenien, Ungarn und Tschechien hinzugegetreten.<sup>53</sup> Zu dieser Zeit war das Negativverdikt über das deutsche Konzernrecht aber bereits gefällt. Schon vorher hatte die deutsche Stimme innerhalb der Brüsseler Ministerialbürokratie an Einfluss und Präsenz verloren.<sup>54</sup>

Mit Macht nach vorne drängte stattdessen das Vereinigte Königreich, das selbst kein systematisches Konzernrecht kennt, sondern auch in Gruppenzusammenhängen mit den allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts auskommt.<sup>55</sup> Gleichwohl fehlt es dort nicht an Vorschriften mit funktionalem Konzernbezug. Hervorhebung verdient zunächst das Pflichtangebot als eine Art Konzerneingangsschutz, das als *mandatory bid rule* im Jahre 1972 Eingang in den britischen

50 Dazu – nicht ohne Stolz – GEßLER, JBl 1966, 169, 179: „Diese Regelung hat in der aktienrechtlichen Gesetzgebung der Welt kein Vorbild. Sie dürfte als die reformerische Tat des deutschen AktG von 1965 anzusehen sein.“

51 Vgl. zuerst Proposition de loi n° 1055 déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale par MM. Cousté et autres le 9 avril 1970; dazu aus deutscher Sicht BRACHVOGEL, ZGR 1972, 87.

52 Vgl. ANTUNES, Os Grupos de Sociedades, 2002; rechtsvergleichend LUTTER/OVERRATH, ZGR 1991, 394.

53 Vgl. dazu den Sammelband von WINNER, Haftungsrisiken für die Konzernmutter in Mittel- und Osteuropa, 2013, mit detaillierten Länderberichten; zu Ungarn, Tschechien und Polen zuletzt SCHUBEL, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im Konzern, 2017, S. 193 ff; zu Tschechien ČECH, ebenda, S. 67 ff.

54 Lange Zeit sehr einflussreich war namentlich KARL GLEICHMANN; vgl. DERS., in: Quo Vadis, Ius Societatum? Liber Amicorum Pieter Sanders, 1972, S. 49; DERS., AG 1988, 159; DERS., aaO (Fn. 25), S. 581; allgemein zum geschwundenen Einfluss des deutschen Gesellschaftsrechts in Europa TEICHMANN, in: Müller-Graff, Deutschlands Rolle in der Europäischen Union, 2008, S. 241, 268 ff.

55 Vgl. GOWER/DAVIES/WORTHINGTON, Principles of Modern Company Law, 10. Aufl., 2016, Rdn. 9-22: „These are examples of the overall domestic approach to group problems, i.e. the extension of general creditor-protection rules to deal with the particular situation of group creditors. An alternative approach would be the development of distinct rules for corporate groups. This alternative approach is to be found in German law dealing with public companies which contains a separate section dealing with the issue of creditor and minority protection within groups [...]“

*City Code on Takeovers and Mergers* fand<sup>56</sup> und heute ein Herzstück des Europäischen Übernahmerechts bildet. Im Rahmen der Konzernrechnungslegung setzte sich das englische *control*-Konzept gegen das deutsche Beherrschungskonzept durch.<sup>57</sup> Britischer Provenienz ist außerdem das Regelungsregime für *related party transactions*, das demnächst europaweit in der reformierten Aktionärsrechterichtlinie festgeschrieben werden soll. Unmittelbare Inspirationsquelle war hier zwar eine Empfehlung des *European Corporate Governance Forum* vom März 2011<sup>58</sup>, die ihrerseits aber auf die Regelungen für *related party transactions* in Chapter 11 der von der *Financial Conduct Authority* erlassenen *Listing Rules* zurückgeht.<sup>59</sup> Mit dem bevorstehenden Brexit verliert das Europäische Recht der *groups of companies* damit einen wichtigen Taktgeber – ob zum Besseren oder zum Schlechteren, wird sich zeigen.<sup>60</sup>

Zunehmend an Einfluss gewinnt demgegenüber das französische Recht der *groupes des sociétés*, das – wie geschildert – lange Zeit im Schatten des deutschen Aktiengesetzes von 1965 stand.<sup>61</sup> Für internationale Aufmerksamkeit sorgte allerdings nicht der französische Zivilgesetzgeber<sup>62</sup>, sondern die *Cham-*

56 Vgl. Takeover Panel, Announcement by the City Working Party 1972/2; rückblickend SCHUSTER, Mod. L. Rev. 76 (2013), 529, 531.

57 Dazu GRUNDMANN, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2011, Rdn. 569; PETITE, CMLR 21 (1984), 81, 86 ff; ferner EDWARDS, EC Company Law, 1999, S. 161 f mit Fn. 33, die einen englischen Ministerialbeamten zum schwierigen Verständnis des deutschen Konzepts der Beherrschung und einheitlichen Leitung zitiert: „We have been making considerable efforts [...] to discuss with British firms who operate there and with the German Institute of Auditors how the system works but I cannot say that we have gained a satisfactory grasp of the situation or one that would be helpful to the Committee. It has been put to us [by German experts we asked] that central and unified management is like an elephant in the sense that one recognises it when one sees it but you cannot describe it.“

58 Vgl. Statement of the European Corporate Governance Forum on Related Party Transactions for Listed Entities, 10.3.2011.

59 Vgl. GOWER/DAVIES/WORTHINGTON, aaO (Fn. 55), Rdn. 19-2; rechtsvergleichend FLEISCHER, BB 2014, 2691, 2694.

60 Allgemein dazu FREITAG/KORCH, ZIP 2016, 1361, 1368: „Darüber hinaus wird das englische Gesellschaftsrecht infolge des Brexit in Europa voraussichtlich seinen dominanten Einfluss und seine Rolle als Motor der Rechtsentwicklung einbüßen. [...] Das mag die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen freuen, ist aber bei Lichte betrachtet bedauerlich, weil der Systemwettbewerb der Rechtsordnungen an einer zentralen Stelle ausgeschaltet wird.“

61 Pointiert RODIERE, Rev. trim. dr. com. 1965, 618, 621: „Certes, le droit des groupes de sociétés n'est pas facile à bâtir, mais enfin notre législation pourrait s'inspirer des exemples étrangers [...] du droit allemand qui avec la GROSSE REFORME de 1965 a pris un siècle d'avance sur ce que sera notre législation après le vote du projet en cours.“

62 Dazu LE CANNU/DONDERO, Droit des sociétés, 6. Aufl., 2015, Rdn. 1503: „Envisagée dans les années soixante sur le modèle allemand [...], la 'grande loi' française sur les groupes n'a jamais vu le jour.“

*bre criminelle* der *Cour de Cassation* mit einem Richterspruch aus dem Jahre 1985 im berühmten Fall *Rozenblum*.<sup>63</sup> Dabei ging es um die Frage, ob sich die Geschäftsleiter einer abhängigen Gesellschaft gegen den strafrechtlichen Vorwurf eines Missbrauchs des Gesellschaftsvermögens (*abus des biens sociaux*) mit dem Hinweis auf ein Handeln im Gruppeninteresse (*intérêt d'un groupe*) verteidigen können. Die Strafkammer bejahte dies beim Vorliegen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen – die Geburtsstunde der sog. *Rozenblum*-Doktrin, die mit gewisser zeitlicher Verzögerung auch im ausländischen Gesellschaftsrecht entdeckt wurde<sup>64</sup> und nun womöglich zum Leitstern für eine unionsweite Anerkennung des Gruppeninteresses aufsteigt. Ketzerisch könnte man sagen, dass die *Rozenblum*-Doktrin inzwischen im Europäischen Konzernrecht mehr Aufmerksamkeit findet als im französischen Gesellschaftsrecht<sup>65</sup> – *habent sua fata iudicii*.

Schließlich wird auf europäischer Ebene zunehmend das neue italienische Konzernrecht von 2003 als Referenzrechtsordnung herangezogen. Seine Vorschriften zur Konzernpublizität in *Art. 2497-bis* des *Codice civile*, insbesondere die Schaffung eines Konzernregisters<sup>66</sup>, zeigen Wege auf, wie die Information über Unternehmensgruppen auch auf europäischer Ebene verbessert werden kann. Zudem hat das Regelwerk der italienischen Kapitalmarktaufsicht (*Consob*) zu Geschäften mit nahestehenden Personen aus dem Jahre 2010<sup>67</sup> dazu beigetragen, den Kommissionsvorschlag zu *related party transactions* wesentlich zu verbessern. Dass Italien just auf dem Siedepunkt der rechtspolitischen Debatte – im zweiten Halbjahr 2014 – die EU-Ratspräsidentschaft innehatte und so über ein besonders wirksames Sprachrohr verfügte, soll nicht unerwähnt bleiben.

Insgesamt veranschaulicht dieser kleine Streifzug durch mehr als 50 Jahre Europäische Konzernrechtsgeschichte, dass es sich für einzelne Mitgliedstaaten durchaus lohnen kann, als konzernrechtliche Innovatoren voranzugehen und so auch die supranationale Reformdebatte vor- und mitzuprägen.

63 Vgl. Cass. crim., 4.2.1985, Rev. soc. 1985, 655 mit Anm. BOULOC = D. 1985, 478 mit Anm. OHL = JCP 1986, II-20585 m. Anm. JEANDIDIER.

64 Vgl. aus deutscher Sicht etwa WIEDEMANN, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, S. 80f; sodann LUTTER, FS Kellermann, 1991, 257, 260ff.

65 Vgl. aber immerhin COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, Droit des sociétés, 28. Aufl., 2015, Rdn. 1613, instruktiv zuletzt CONAC, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im Konzern, 2017, S. 87 ff.

66 Vgl. CAMPOBASSO, Diritto delle Società, 9. Aufl., 2015, S. 290; rechtsvergleichend RUE, Leitung und Koordinierung im italienischen Konzernrecht, 2014, S. 134 ff.

67 Vgl. CONSOB, Regolamento operazioni con parti correlate, Delibera n. 17221 vom 12.3. 2010; rechtsvergleichend FLEISCHER, BB 2014, 2691, 2695.

### 3. Europäischer Gerichtshof

Der Europäische Gerichtshof, sonst maßgeblicher Motor der Rechtsfortbildung im Primär- und Sekundärrecht, hat es im Kernkonzernrecht schwer, weil es dort an auslegungsbedürftigen Rechtsakten weithin fehlt.<sup>68</sup> Gleichwohl ist auch er nicht zur Untätigkeit verurteilt: Das Konzernphänomen wirft nämlich verstreut über das gesamte Unionsrecht Normanwendungsprobleme auf, deren Kern darin liegt, ob die Unternehmensgruppe in dem jeweiligen Normumfeld als wirtschaftliche Einheit oder als Mehrheit von Rechtssubjekten anzusehen ist. Die Kasuistik vom Arbeits- über das Vergabe- und Wettbewerbs- bis hin zum Umsatzsteuerrecht ist vielfältig, die Antworten des EuGH variieren.<sup>69</sup>

Reiches Anschauungsmaterial bieten etwa Entscheidungen aus dem Schnittfeld von Konzern- und Kartellrecht. So hat der EuGH in der Rechtssache *Viho/Kommission* von 1996 entschieden, dass konzerninterne Absprachen zur Aufteilung nationaler Märkte nicht unter Art. 101 AEUV fallen, wenn und weil die Mutter und ihre Tochtergesellschaften „*eine wirtschaftliche Einheit [bilden], in deren Rahmen die Tochtergesellschaften ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen können, sondern die Anweisungen der sie kontrollierenden Muttergesellschaft befolgen*“.<sup>70</sup> Ein ähnliches Konzernprivileg hatte im Jahre 1984 schon der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten im Rahmen von sec. 1 des *Sherman Act* anerkannt. Die Überwindung der zuvor geltenden *intra-enterprise-conspiracy*-Doktrin<sup>71</sup> begründete er mit dem eindrücklichen Bild, Konzerngesellschaften seien „*not unlike a multiple team of horses drawing a vehicle under the control of a single driver*“<sup>72</sup>.

Umgekehrt verwendet der EuGH die Figur der wirtschaftlichen Einheit in ständiger Rechtsprechung dazu, der Muttergesellschaft wettbewerbswidrige Handlungen einer Tochtergesellschaft zuzurechnen und Geldbußen nach der VO 1/2003 gegen sie zu verhängen.<sup>73</sup> Hält die Muttergesellschaft 100 % des

68 Dazu auch MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645, 651: „*De lege lata* ist der Bestand an konzernrechtlichen Bestimmungen auf Unionsebene spärlich.“

69 Eine vorzügliche Orientierung bietet neuerdings SØRENSEN, EBLR 2016, 393 unter der Überschrift „Groups of Companies in the Case Law of the Court of Justice of the European Union“.

70 Vgl. EuGH, Rs. C-73/95 P, Slg. 1996, I-5482, Rdn. 16 – *Viho/Kommission*; eingehend dazu FLEISCHER, AG 1997, 491.

71 Vgl. UNITED STATES V. YELLOW CAB CO., 332 U.S. 218 (1947).

72 COPPERWELD CORP. V. INDEPENDENCE TUBE CORP., 467 U.S. 752, 771 (1984), per CHIEF JUSTICE BURGER; rechtsvergleichend FLEISCHER, AG 1997, 491, 497f.

73 Eingehend etwa DREHER/KULKA, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 9. Aufl., 2016, Rdn. 726ff, 1734; GRAVE/NYBERG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, Art. 101 AEUV Rdn. 153ff; monographisch jüngst BLOME, Rechtsträgerprinzip und wirtschaftliche Einheit: Haftungssubjek-

Kapitals ihrer Tochtergesellschaft, die gegen die EU-Wettbewerbsregeln verstoßen hat, besteht nach dem *Akzo*-Urteil eine widerlegliche Vermutung dafür, dass die Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft ausübt.<sup>74</sup> Zwar wird der EuGH nicht müde zu betonen, dass die Vermutung widerleglich sei<sup>75</sup>, doch handelt es sich häufig um eine *probatio diabolica*.<sup>76</sup> Nicht genügend ist nach der *Stichting*-Entscheidung von 2013 jedenfalls das Argument, Mutter- und Tochtergesellschaft seien jeweils eigenständige juristische Personen mit eigenen Organen und ersterer fehle schon gesellschaftsrechtlich die erforderliche Weisungsbefugnis zur Ausübung von Einfluss.<sup>77</sup> Zwei Jahre zuvor hatte das EuG in der Rechtssache *Schindler* bereits entschieden, dass ein konzernweiter *Code of Conduct* nicht vor der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit schütze, sondern diese im Gegenteil sogar begründen könne, weil er eine tatsächliche Kontrolle der Geschäftspolitik der Tochtergesellschaften durch die Muttergesellschaft nahelege.<sup>78</sup>

#### 4. Wissenschaftler(kollektive)

Die Rolle der Rechtswissenschaft bestand häufig im Vordenken gesetzgeberischer Lösungen zur Konzernrechtsharmonisierung. Von der Pionierstudie des Brüsseler Anwalts und außerordentlichen Professors *Pierre van Ommeslaghe*

te im Wettbewerbsrecht, 2016; KLOTZ, Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht, 2016.

74 Vgl. EuGH, Rs. C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, Rdn. 60 ff – *Akzo Nobel*.

75 Vgl. EuGH, Rs. C-440/11 P, ECLI:EU:C:2013:514, Rdn. 71 – *Kommission/Stichting*.

76 Vgl. zuletzt KLUSMANN, ZGR 2016, 252, 256: „Der theoretisch zugelassene Gegenbeweis kann in der Praxis regelmäßig nicht gelingen.“; ausdrücklich dagegen aber KOKOTT/DITTELT, WuW 2012, 670, 677: „Mit der von mancher Seite beklagten *probatio diabolica* – einen Beweis, der sich nicht führen lässt – hat dies folglich nichts zu tun.“

77 Vgl. EuGH, Rs. C-440/11 P, ECLI:EU:C:2013:514, Rdn. 66 und 67 – *Stichting*; dezidiert dagegen auch KOKOTT, Schlussanträge in Rs. C-440/11 P, ECLI:EU:C:2012:763, Rdn. 71: „Ob eine Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten autonom bestimmen kann oder aber dem bestimmenden Einfluss ihrer Muttergesellschaft ausgesetzt ist, kann nicht allein nach Maßgabe des einschlägigen Gesellschaftsrechts beurteilt werden. Ansonsten wäre es den betroffenen Muttergesellschaften ein Leichtes, sich der Verantwortung für Kartellvergehen ihrer 100 %igen Tochtergesellschaften unter Berufung auf rein gesellschaftsrechtliche Begebenheiten zu entziehen.“, Rdn. 72: „Zwar ist durchaus zu berücksichtigen, über welche Befugnisse die Organe der beteiligten Gesellschaften verfügen, ob und wann sie Beschlüsse gefasst haben und welchen Inhalts diese Beschlüsse gegebenenfalls waren. Den Ausschlag geben aber letztlich die wirtschaftlichen Realitäten. Denn das Wettbewerbsrecht orientiert sich nicht an Formalien, sondern am tatsächlichen Verhalten von Unternehmen.“

78 Vgl. EuG, Rs. T-138/07, ECLI:EU:T:2011:362, Rdn. 88 – *Schindler*; bestätigt durch EuGH, Rs. C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rdn. 142 ff – *Schindler*.

aus dem Jahre 1964 war schon die Rede.<sup>79</sup> Die Idee einer organischen Konzernverfassung in den frühen Kommissionsentwürfen entsprang dem Kopf des Rotterdamer Handelsrechtslehrers *Pieter Sanders*, der 1966 im Auftrag der Kommission den Vorentwurf eines Statuts für eine Europäische Aktiengesellschaft vorlegte.<sup>80</sup> Von deutscher Seite wirkte insbesondere der Hamburger Ordinarius *Hans Würdinger* mit. Als Sonderberater der Kommission legte er 1970 ein Arbeitsdokument zu verbundenen Unternehmen vor, das mögliche Grundlinien eines Konzernrechts in Europa vorskizzierte.<sup>81</sup> Erwähnung verdient des Weiteren *Robert Pennington* von der Universität Birmingham, aus dessen Feder der grundlegende Bericht über Übernahmeangebote und andere Angebote mitsamt einem eigenen Richtlinienvorschlag aus dem Jahre 1974 stammte.<sup>82</sup>

In jüngerer Zeit scheint die Zeit der großen Individualisten vorbei, die im Alleingang einen Gesetzesvorschlag aus einem Guss entwarfen. Stattdessen haben Wissenschaftlerkollektive die Bühne betreten<sup>83</sup>, die ihren gebündelten Sachverstand unter wohlklingenden latinisierten oder englischsprachigen Gruppenbezeichnungen beisteuern.<sup>84</sup> Wissenschaftssoziologisch wäre es eine Untersuchung wert, welche Faktoren den scheinbar unaufhaltsamen Aufstieg solcher Denk- und Schreibkollektive begünstigt haben. Diese beruhen teils auf privater Initiative, teils auf einer Einsetzung durch die Kommission. Manche Wissenschaftler sind sogar in mehreren Gruppen vertreten, so dass man unwillkürlich an das Phänomen der *interlocking directorates* aus dem in- und ausländischen Aktienrecht<sup>85</sup> erinnert wird. Als besonders einflussreich hat sich

79 Vgl. Fn. 24 und 26.

80 Vgl. SANDERS, Vorentwurf eines Statuts für eine Europäische Aktiengesellschaft, DOK. KOM. 1100/IV/67, 1966; dazu auch GLEICHMANN, in: Quo Vadis, Ius Societatum? Liber Amicorum Pieter Sanders, S. 49: „Sanders hat nach meiner Kenntnis als erster den Versuch unternommen, den komplexen wirtschaftlichen Sachverhalt der Gruppierung von Gesellschaften unter der einheitlichen Leitung eines anderen Unternehmens einer umfassenden gesetzgeberischen Lösung zuzuführen.“

81 Vgl. WÜRDINGER, Verbundene Gesellschaften (*Sociétés liées*, *Groupes de Sociétés*), DOK. 15.524/XIV/70-D, der keine eindeutige Empfehlung abgibt, sondern dem Vertragskonzern die organische Konzernverfassung alternativ zur Seite stellt; ferner DERS., in: Quo Vadis, Ius Societatum? Liber Amicorum Pieter Sanders, 1972, S. 259; DERS., EuR 1974, 25.

82 Vgl. PENNINGTON, Übernahmeangebote und andere Angebote, DOK. XI/56/74-E, 1974; auch abgedruckt bei FLEISCHER/KALSS, Das neue Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 2002, S. 831 ff.

83 Zu einem ähnlichen Phänomen im europäischen Vertragsrecht ZIMMERMANN, in: Bumke/Röthel, Privates Recht, 2012, S. 22 ff.

84 Für einen Überblick über die verschiedenen Gruppen zuletzt auch MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645, 652 ff; TEICHMANN, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, aaO (Fn. 22), S. 3, 10 ff.

85 Eingehend bereits MESTMÄCKER, aaO (Fn. 2), S. 74 ff.

das *Forum Europaeum Konzernrecht* erwiesen, das mit seinen Vorschlägen aus dem Jahre 1998 die rechtspolitische Neuorientierung hin zu einer „Kernbereichsharmonisierung“ des Europäischen Konzernrechts vorbereitete.<sup>86</sup> Fast noch wichtiger als seine Empfehlungen für eine geringere Harmonisierungsdichte war deren teleologische Rückkoppelung an den Binnenmarktgedanken: Eingegriffen werden sollte nur dort, wo fehlendes oder dysfunktionales Konzernrecht von Mitgliedstaaten Grenzen im Binnenmarkt, zumal Marktzutritts-schranken, errichtete oder aufrechterhielt.<sup>87</sup>

Vermittelt über die Empfehlungen der *High Level Group of Company Law Experts* von 2002<sup>88</sup>, fand der Gedanke der Kernbereichsharmonisierung im Jahre 2011 Eingang in den Abschlussbericht der *Reflection Group on the Future of EU Company Law*<sup>89</sup> – beides von den Kommission einberufene Sachverständigengruppen. Die ebenfalls von ihr eingesetzte *Informal Group of Company Law Experts*<sup>90</sup> hat gerade Möglichkeiten zur Verbesserung der Gruppentransparenz<sup>91</sup> und zur unionsweiten Anerkennung des Gruppeninteresses<sup>92</sup> ausgelotet. Daneben haben jüngst zwei weitere, privat organisierte Wissenschaftlergruppen zur Zukunft des Europäischen Konzernrechts Stellung genommen: das *Forum Europaeum on Company Groups* und die *European Company Law Experts*, die unabhängig voneinander von einer umfassenden Gesamtregelung des Konzernrechts auf Unionsebene abraten.<sup>93</sup> Im Lichte dieser geballten konzernrechtlichen Expertise wird heute niemand mehr hinter die Erkenntnis zurückfallen, dass eine Vollharmonisierung des Europäischen Konzernrechts weder sinnvoll noch rechtspolitisch aussichtsreich ist.<sup>94</sup> Es finden sich allenfalls Stimmen, denen selbst eine Teil- oder Kernbereichsharmonisierung noch zu weit geht und die stattdessen für eine nationale Kon-

86 Dazu FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, ZGR 1998, 672, 685 ff.

87 So ausdrücklich FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, ZGR 1998, 672, 687.

88 Vgl. HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, Final Report, November 2002, Chapter V, S. 94 ff (groups and pyramids).

89 Vgl. REFLECTION GROUP ON THE FUTURE OF EU COMPANY LAW, April 2011, Chapter 4, S. 59 ff (groups of companies).

90 Deutsche Mitglieder: CHRISTOPH TEICHMANN und HOLGER FLEISCHER.

91 Vgl. INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, Report on Information on Groups, Berichterstatter: MARTIN WINNER, March 2016.

92 Vgl. INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, Report on the Recognition of the Group Interest, Berichterstatter: PIERRE-HENRI CONAC, October 2016.

93 Vgl. FORUM EUROPAEUM ON COMPANY GROUPS, ZGR 2015, 507, 510: „Daher strebt der hier vorgelegte Vorschlag auf keinen Fall danach, eine umfassende Gesamtregelung für die Unternehmensgruppe wiederzubeleben, wie sie Mitglieder der EG-Kommission in den siebziger und achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts betrieben haben.“; EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, EBOR 18 (2017) (demnächst): „As the law now stands and is being developed in most jurisdictions there is no need to develop a comprehensive European regime for the protection of the aforementioned interests.“

94 Bündig AMSTUTZ, aaO (Fn. 22), S. 203, 212: „Darauf näher einzugehen, erübrigt sich.“

vergenz konzernbezogener Normen durch die mitgliedstaatliche Rechtsprechung werben<sup>95</sup>. Nicht dem Harmonisierungsziel verpflichtet, aber gleichwohl in vieler Hinsicht anregend ist ein vollständiges Kapitel zu *groups of companies* im Entwurf eines europäischen Mustergesetzes, dem *European Model Company Act* (EMCA).<sup>96</sup>

### 5. Kautelar- und Konzernpraxis

Nicht übersehen werden darf schließlich der enorme Einfluss der Unternehmens- und Vertragspraxis auf die Ausformung des Konzernrechts. Konzerne, Trusts und Unternehmensverbindungen waren von Beginn an Kinder der Kautelarpraxis.<sup>97</sup> Erinnert sei nur an das *Standard Oil Trust Agreement* von 1882 unter Führung von *John D. Rockefeller*<sup>98</sup> oder das „*erblühende, filigrane Konzernvertragswesen*“<sup>99</sup> in der Weimarer Republik, das gewaltige Konzerne aus dem Boden stampfte, die man anschaulich als „*industrielle Herzogtümer*“<sup>100</sup> bezeichnete. Aus dieser frühen Zeit stammen zugleich negativ aufgeladene Visualisierungen, die der Organisationsform des Konzerns bis heute zu schaffen machen, namentlich die Metapher vom *corporate octopus*, dem Kraken Konzern, der mit seinen vielen Tentakeln zum Sinnbild des korporativen Kapitalismus aufstieg.<sup>101</sup>

Bei der gesellschaftsrechtlichen Einhegung der grenzüberschreitenden Gruppenpraxis standen und stehen nationale und supranationale Gesetzgeber vor

95 So insbesondere AMSTUTZ, aaO (Fn. 22), S. 203, 213 ff.

96 Vgl. EUROPEAN MODEL COMPANY ACT, Chapter 16 mit folgender Erläuterung in der Einleitung: „[T]he main objective of the EMCA chapter on Groups of Companies is to establish a cluster of rules aiming to facilitate and enhance the flexibility of the formation, organization and functioning of this leading form of business organization in nowadays.“; eingehend zu diesem Kapitel CONAC, ECFR 2016, 301.

97 Eingehend NÖRR, ZHR 150 (1986), 155, 170: „Die ersten Grundlagen wurden von der Kautelarjurisprudenz gelegt, die die Formen des Gesellschaftsrechts in den Dienst der Zusammenschlussbestrebungen der Wirtschaft zu stellen suchten [...]. Als dann der in der Konzernwirklichkeit gewachsene Rechtsstoff nach einer systematischen Erarbeitung drängte, waren es in der Mehrzahl dieselben Juristen, die sich dieser Aufgabe unterzogen. So war das Konzernrecht von Anfang an im engsten Sinne professionell, durch eine Handvoll Wirtschaftsanwälte geprägt.“

98 Dazu zuletzt DAMLER, Konzern und Moderne, 2016, S. 27: „zweifelloso einer der bedeutendsten Verträge der modernen Wirtschaftsgeschichte und ein Musterbeispiel dafür, dass (kautelar-)juristische Innovationen für den Bestand eines Unternehmens ebenso entscheidend sein können wie technische oder wissenschaftliche.“

99 DETTLING, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, 1997, S. 63.

100 FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 1. Aufl., 1927, S. 9.

101 Vertiefend DAMLER, aaO (Fn. 98), S. 21 ff und passim.

einer Gratwanderung: Einerseits müssen sie den traditionellen Schutzanliegen des Konzernrechts – Minderheiten- und Gläubigerschutz – Rechnung tragen. Andererseits dürfen sie das konzernrechtliche Korsett nicht zu eng schnüren, weil der Druck der Konzernpraxis die Nähte sonst platzen ließe und die Autorität des Rechts damit unweigerlich Schaden nähme.<sup>102</sup> So beobachtet man gerade bei transnationalen Konzernen mit Matrix-Strukturen, dass rechtliche Organisation und tatsächliche Führungsstrukturen auseinanderfallen.<sup>103</sup> Auch setzen sich Konzernleitungen nicht selten ohne größeres Unrechtsbewusstsein über fehlende Weisungsrechte hinweg<sup>104</sup> oder ersetzen sie durch eine Vielzahl von informellen Strukturen und eingeübten Praktiken im Unternehmensverbund<sup>105</sup>. Dies alles verlangt selbstverständlich keine Kapitulation des Europäischen Konzernrechts vor der Macht des Faktischen. Wohl aber muss man vorweg die Konzernwirklichkeit gründlich studieren und deren legitime Bedürfnisse ermitteln. Ein geeignetes Forschungsinstrument hierfür sind Fallstudien, etwa zu *best practices* im Rahmen der Konzernfinanzierung und des Cash-Pooling<sup>106</sup> oder zu den Mechanismen der internen Streitschlichtung im grenzüberschreitenden faktischen Konzern<sup>107</sup>. Unter dem Strich ist daher der *call for evidence* vor einer punktuellen Regulierung des Europäischen Konzernrechts noch wichtiger als in anderen Bereichen.

102 In diese Richtung schon die 2. These von LUTTER, ZGR 1987, 324, 329: „Der Konzern sprengt die Regeln des klassischen Gesellschaftsrechts. Konzern aber ist die Realität. Man kann dann versuchen, die Realität dem klassischen Recht anzupassen – was selten gelingt; oder man muß es unternehmen, die neue Realität dem Recht und seinen Prinzipien einzubinden: Nur das verspricht Erfolg.“; außerdem HOPT, ZHR 171 (2007), 199, 224: „Eine (Konzern-)Rechtsnorm, die nicht durchgesetzt wird, ist nicht nur wenig wert, sondern desavouiert die Rechtsordnung auch über ihren eigenen Anwendungsbereich hinaus, hier das ganze Konzernrecht.“

103 Näher SCHOCKENHOFF, ZHR 180 (2016), 197, 198 ff; v. WERDER, Der Konzern 2015, 362, 367: „[...] fallen in der Unternehmenspraxis und namentlich in internationalen Konzernen nicht selten die Organisationsstruktur (*Management Structure*) und die Rechtsstruktur (*Legal Structure*) einer Gruppe auseinander.“; aus schweizerischer Sicht auch FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, 2011, § 7 Rdn. 38.

104 Vgl. am Unternehmensbeispiel BASF FRANZMANN, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im Konzern, 2017, S. 391, 398: „[...] wird Konzernleitung zwar häufig praktiziert, vollzieht sich aber in einer rechtlichen Grauzone.“, S. 399: „[...] die Tatsache, dass Konzernleitung schlicht gelebt wird, ungeachtet – und m. E. auch oftmals in Unkenntnis – der Rechtslage gerade in anderen Rechtsordnungen als der der konzernleitenden Muttergesellschaft [...]“

105 Näher RENNER, ZGR 2014, 452, 471 ff.

106 Eingehend JANSEN, International Cash Pooling, Cross-Border Cash Management Systems and Intra-Group-Financing, 2011; WILLEMS, Cash Pooling and Insolvency: A Practical Global Handbook, 2. Aufl., 2016.

107 Dazu CALLIESS/v. HARDER, ZfRSz 33 (2012/13), 207.

### III. Europäisches Konzernrecht im engeren Sinne

Wendet man sich nach den Akteuren des Europäischen Konzernrechts seinen Regelungsgegenständen zu, so hat die Landvermessung im Kernkonzernrecht zu beginnen.

#### 1. Konzernpublizität

##### a) Richtlinie über konsolidierten Abschluss und IAS-Verordnung

So wie die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts mit der Publizitätsrichtlinie von 1968 begonnen hat, stand am Beginn der punktuell erfolgreichen Konzernrechtsharmonisierung ebenfalls ein publizitätsfördernder Rechtsakt: die Siebente Richtlinie von 1983 über den konsolidierten Abschluss<sup>108</sup>, die inzwischen in der Richtlinie 2013/34/EU<sup>109</sup> aufgegangen ist. Diese Pionierrolle konzernbezogener Publizitätsvorschriften kommt nicht von ungefähr: In England hatte schon der *Companies Act 1929* die Offenlegung der Gruppenbeziehungen verlangt, und der *Companies Act 1948* baute die Vorschriften zu *group accounts* sodann weiter aus.<sup>110</sup> Unter Hinweis darauf führte auch das deutsche Aktiengesetz von 1965 in den §§ 329ff a.F. AktG die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses ein.<sup>111</sup> Daher durfte das Stichwort der *comptes consolidés* in dem schon erwähnten *van Ommeslaghe*-Bericht von 1964 nicht fehlen, wo die konsolidierte Rechnungslegung als „*la mesure de publicité la plus complète et la plus élaborée concernant les groupes de sociétés*“<sup>112</sup> vor-

108 Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates v. 13.6.1983 auf Grund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrags über den konsolidierten Abschluss, ABl. L 193 vom 18.7.1983, S. 1–17.

109 Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 182 vom 29.6.2013, S. 19–76.

110 Vgl. – nicht ohne Stolz – DAVIES, Introduction to Company Law, 2. Aufl., 2010, S. 96: „Where the Act wishes to impose rules on groups of companies, it is fully able to do so. It does so in relation to group accounts and took this step many years before group accounts became mandatory under Community law – in fact before the Community was created.“

111 Vgl. dazu Begr. RegE bei KROPPE, AktG, 1965, S. 435 ff, wo neben dem englischen Recht auch auf Vorbilder in Kanada, Schweden und den Vereinigten Staaten hingewiesen wurde.

112 VAN OMMESLAGHE, Rev. prat. soc. 1965, 153, 203.

gestellt wurde. Ein erster Kommissionsvorschlag folgte 1976.<sup>113</sup> Bis zur Verabschiedung der Richtlinie dauerte es aber noch weitere sieben Jahre – zum einen, weil der konsolidierte Abschluss in vielen Mitgliedstaaten zuvor nicht gesetzlich geregelt war<sup>114</sup>; zum anderen, weil sich die Anknüpfungspunkte für die Konsolidierungspflicht in Deutschland (einheitliche Leitung) und England (Beherrschungsmöglichkeit) deutlich unterschieden. Insgesamt kann die Katalysatorfunktion der Siebten Richtlinie für das Europäische Konzernrecht kaum hoch genug eingeschätzt werden: Sie forderte in ihrem Art. 26 Abs. 1 Satz 1 (heute: Art. 24 Abs. 7 RL 2013/34 EU) unmissverständlich, dass die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der in die Konsolidierung einbezogenen Unternehmen im konsolidierten Abschluss so auszuweisen ist, „*als ob sie ein einziges Unternehmen wären*“. Mittelbar erkannte sie damit den Konzern als legitime Form der Organisation von Unternehmen im Unionsrecht an.<sup>115</sup>

Inzwischen sind zahlreiche weitere gruppenbezogene Informationstatbestände hinzugetreten. Die IAS-Verordnung von 2002<sup>116</sup> verpflichtet kapitalmarktorientierte Gesellschaften gemäß Art. 4 seit dem Geschäftsjahr 2005 zur Erstellung konsolidierter Abschlüsse. Der auf ihrer Grundlage in das europäische Recht überführte IAS 24 verlangt eine Berichterstattung über Beziehungen zu nahe stehenden Unternehmen und Personen.<sup>117</sup> Ähnliche Offenlegungspflichten finden sich in Art. 17 Abs. 1 lit. r der Richtlinie 2013/34/EU.<sup>118</sup>

### *b) Verbesserung der Gruppentransparenz*

Trotz dieses beträchtlichen Aufwuchses konzernbezogener Informationsregeln besteht in verschiedener Hinsicht noch Verbesserungsbedarf.<sup>119</sup> Zunächst sollten die (Mutter-)Gesellschaften angehalten werden, Basisinformationen über Gruppenstruktur und Gruppenmanagement in visualisierter

113 Vorschlag für eine siebte Richtlinie auf Grund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des EWG-Vertrags über den Konzernabschluss v. 28.4.1976, dem Rat vorgelegt am 4.5.1976, ABl C 121 vom 2.6.1976, S. 2–10.

114 Dazu PETITE, CMLR 21 (1984), 81, 82: „Thus the 7th Directive filled either a partial or total vacuum in most Member States.“

115 Ebenso LUTTER/BAYER/SCHMIDT, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl., 2012, § 25 Rdn. 2.

116 Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. L 243 vom 11.9.2002, S. 1–4.

117 Eingehend dazu FLEISCHER, aaO (Fn. 4), § 312 AktG Rdn. 25 ff.

118 Näher dazu FLEISCHER, aaO (Fn. 4), § 312 AktG Rdn. 28 ff.

119 Ausführlicher zu Folgendem INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 91), S. 9 ff (Problems) und S. 11 ff (Solutions).

Form bereitzuhalten.<sup>120</sup> Dies ist durch die Angaben im Anhang gemäß Art. 17 Abs. 1 lit. g und Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie 2013/34/EU bisher nicht gewährleistet. Bedenkenswert sind außerdem Informationen zur potentiellen Haftung der Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Töchter (soweit nicht schon von IAS 12 vorgeschrieben)<sup>121</sup>, gegebenenfalls auch zusätzliche Angaben über die Funktion einer Tochtergesellschaft in der Unternehmensgruppe<sup>122</sup>. Schließlich könnte man eine Pflicht der Tochtergesellschaften erwägen, die Identität ihres Kontrollaktionärs („ultimate parent“) zu ermitteln und offenzulegen, und zwar sowohl für börsennotierte als auch für kapitalmarktfremde Tochtergesellschaften.<sup>123</sup> Bereichsspezifische Informationspflichten über *beneficial ownership* enthält bereits Art. 30 der jüngst reformierten Geldwäscherichtlinie<sup>124</sup>. Insgesamt käme eine verbesserte Gruppentransparenz Gesellschaftern und Gläubigern aller Gruppengesellschaften zugute. Ein durchaus erwünschter Nebeneffekt läge darin, komplizierte konzernrechtliche Verflechtungen für die Öffentlichkeit klarer und durchsichtiger zu machen. Für eine solche durchsichtige, kristallklare Ordnung der Wirtschaft hatte im Übrigen schon *Mestmäckers* Lehrer *Franz Böhm* in seiner Gründungscharta des Ordoliberalismus von 1937 geworben.<sup>125</sup>

## 2. Konzerngeschäftsführung

Umstrittener als das allseits akzeptierte Credo der Konzernpublizität ist die Forderung nach unionsweiten Regeln zur ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung. Sie bewegt die Gemüter gegenwärtig in zwei Varianten: in

120 Vgl. INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 91), Recommendation 2.1 und 2.2; in diese Richtung bereits REFLECTION GROUP ON THE FUTURE OF EU COMPANY LAW, aaO (Fn. 89), S. 75.

121 Vgl. INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 91), Recommendation 2.2.

122 Vgl. INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 91), Recommendation 2.2; ähnlich FORUM EUROPAEUM ON COMPANY GROUPS, ZGR 2015, 507, 514, für Servicegesellschaften in der Unternehmensgruppe.

123 Vgl. INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 91), Recommendation 3.1 und 3.2; zustimmend BAYER/SCHMIDT, BB 2016, 1923, 1926.

124 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl. L 141 vom 5.6.2015, S. 73–117.

125 Vgl. BÖHM, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpfende Leistung, 1937, S. 10 und S. 21; eingehend zur ordnungspolitischen „Glaskultur“ des Ordoliberalismus jüngst DAMLER, aaO (Fn. 98), S. 265 ff.

Gestalt eines Vorschlags zur unionsweiten Anerkennung eines Gruppeninteresses sowie in Form der Pläne für eine *Societas Unius Personae*.

*a) Vorboten eines grenzüberschreitenden Konzernorganisationsrechts*

Hinter beiden Reformanliegen verbirgt sich ein fundamentaler Verständnisswandel von der Funktion konzernrechtlicher Normen auf Unionsebene. Ursprünglich zielten sie – in Übereinstimmung mit der Grundwertung des deutschen Aktienkonzernrechts von 1965<sup>126</sup> – auf einen verbesserten Außen-seiterschutz: Minderheitsaktionäre und Gläubiger einer konzerneingebundenen Tochtergesellschaft sollten vor allfälligen Schädigungen durch das herrschende Unternehmen bewahrt werden.<sup>127</sup> Allgemein zum Ausdruck kommt dieses tief verwurzelte Schutzdenken in der zentralen gesellschaftsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage des Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV, nach der „*die Schutzbestimmungen [zu] koordinieren*“ sind, die für Gesellschaften in den Mitgliedstaaten im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter gelten. Demgegenüber betont eine vordringende Literaturmeinung die Ermöglichungsfunktion<sup>128</sup> konzernrechtlicher Normen.<sup>129</sup> Sie begreift den Konzern als eine wirtschaftliche Organisation wie die Aktiengesellschaft oder die GmbH<sup>130</sup> und will für ihn ein funktionsfähiges Regelungsgefüge schaffen. Auf europäischer Ebene geht es ihr um das Ziel, den Binnenmarktakteuren einen verlässlichen Rechtsrahmen zur Führung grenzüberschreitender Unternehmensgruppen zur Verfügung zu stellen.<sup>131</sup> Gestützt auf die Niederlassungs-

126 Vgl. Begr. RegE bei KROPFF, aaO (Fn. 111), S. 373: „Die Beherrschung der Gesellschaft durch ein anderes Unternehmen ist aber mit Gefahren für die anderen Aktionäre und die Gläubiger verbunden.“

127 Vgl. die Problembeschreibung bei WÜRDINGER, aaO (Fn. 81), S. 4 und S. 30 ff.

128 Allgemein zu dieser Doppelgesichtigkeit des Gesellschaftsrechts FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 707: „Es dient sowohl der Wirtschaftsermöglichung (*enabling function*) als auch der Verhaltenssteuerung verbandsrechtlicher Bezugsgruppen (*regulatory function*).“

129 Programmatisch TEICHMANN, AG 2013, 184 unter dem Titel: „Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law“; die konkurrierenden Ansätze der „Schutzzwecklehre“ und der „Konzernorganisationslehre“ beschreibend EKKENGA, AG 2013, 181.

130 Ausdrücklich in diesem Sinne AMSTUTZ, aaO (Fn. 22), S. 203, 212; ferner DERS., SZW 2016, 2: „The premise of this article is that the law of corporate groups is, in essence, business organisation law.“, grundlegend bereits DERS., Konzernorganisationsrecht, 2003.

131 Eindringlich TEICHMANN, AG 2013, 184, 189 ff; DERS., ECL 2016, 149, 151 unter der Zwischenüberschrift „Why Europe Needs a Framework for the Management of a Cross-Border Group?“, zustimmend OTT, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im Konzern, 2017, S. 431, 438 ff.

freiheit<sup>132</sup> machen ihre Vertreter mit guten Gründen geltend, dass es hierfür einer Harmonisierung der Spielräume und Schranken grenzüberschreitender Konzernleitung bedürfe.<sup>133</sup> Dies gelte umso mehr, als die Binnenmarktakteure bei grenzüberschreitender Expansion häufig nicht auf Zweigniederlassungen<sup>134</sup>, sondern auf Tochtergesellschaften zurückgriffen.<sup>135</sup> Fehlende Regelungen zur Konzerngeschäftsführung könnten daher sogar eine Marktzutrittschranke darstellen.<sup>136</sup>

### b) Unionsweite Anerkennung des Gruppeninteresses

Den Schlüssel zur Etablierung eines grenzüberschreitenden Konzernorganisationsrechts sehen viele in einer unionsweiten Anerkennung des Gruppeninteresses. Dieses mögliche Harmonisierungsziel – „*l'existence d'un intérêt de groupe distinct de l'intérêt social*“<sup>137</sup> – hatte vor mehr als fünfzig Jahren schon *Pierre van Ommeslaghe* in seiner konzernrechtlichen Pionierstudie vor Augen, ohne dafür allerdings eine konsensfähige Lösungsformel anbieten zu können.<sup>138</sup> Heute begründet man seine Notwendigkeit vor allem mit den großen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten in der Frage, ob das Gruppeninteresse aus der Perspektive der Tochtergesellschaft bei – isoliert betrachtet – nachteiligen Einzelgeschäften mit berücksichtigt werden darf.<sup>139</sup> Diese Unterschiede führen bei grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen in zweierlei Hinsicht zu großer Rechtsunsicherheit: Zum einen haben die Geschäftsleiter der Muttergesellschaft keine Gewähr dafür, dass sie EU-ausländische Tochtergesellschaften nach denselben Leitlinien führen dürfen wie

132 Dazu TEICHMANN, ZGR 2014, 45, 62 ff.

133 Vgl. CONAC, ECFR 2013, 194, 205 ff.; TEICHMANN, ZGR 2014, 45, 70; WELLER/BAUER, ZEuP 2015, 6, 22 ff.

134 Zu ihnen SØRENSEN, ECFR 2014, 53.

135 Dazu HOMMELHOFF, ZGR 2012, 535, 536 f.; OTT, aaO (Fn. 131), S. 431, 435; TEICHMANN, AG 2013, 184, 185; WELLER/BAUER, ZEuP 2015, 6, 7 f.

136 Vgl. TEICHMANN, ZGR 2014, 45, 65; WELLER/BAUER, ZEuP 2015, 6, 24.

137 So die Zwischenüberschrift bei v. OMMESLAGHE, Rev. prat. soc. 1965, 153, 180; ferner DERS., ZHR 132 (1969), 201, 215 ff.

138 Vgl. VAN OMMESLAGHE, Rev. prat. soc. 1965, 153, 184: „En conclusion, s'il paraît difficile, sur le plan de la coordination des législations entre les Six de formuler une règle générale qui pourrait traduire les considérations qui précèdent, il n'est pas inutile, nous semble-t-il, de garder ces considérations présentes à l'esprit lors de l'étude des règles éventuelles d'application.“

139 Zu diesen Unterschieden die Gegenüberstellung bei INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 92), unter 2.1: „State of play at EU level“; anschaulich aus Sicht der Praxis auch CHIAPETTA/TOMBARI, ECFR 2012, 261, 269: „[...] managing a group within a European context [...] is cloaked in uncertainty and ambiguity.“

inländische.<sup>140</sup> Zum anderen befinden sich die Geschäftsleiter ausländischer Tochtergesellschaften gleichsam zwischen Hammer und Amboss<sup>141</sup>: Führen sie eine konzernleitende Weisung im Gruppeninteresse aus, drohen ihnen zivil- und strafrechtliche Sanktionen; widersetzen sie sich, droht ihnen die sofortige Abberufung.<sup>142</sup> Vor diesem Hintergrund werben in jüngerer Zeit zahlreiche Literaturstimmen für eine Harmonisierung der Rechtsregeln zur grenzüberschreitenden Konzerngeschäftsführung nach dem Vorbild der *Rozenblum-Doktrin*.<sup>143</sup> Die *Informal Company Law Expert Group* hat der Kommission in diesem Punkt jüngst eine Konsultation der beteiligten Kreise empfohlen, ohne selbst abschließend Stellung zu beziehen.<sup>144</sup> In den Mittelpunkt rückt sie mögliche Regelungen für hundertprozentige Tochtergesellschaften (*wholly owned subsidiaries*), bei denen sich keine Probleme eines angemessenen Minderheitenschutzes stellen.<sup>145</sup>

### c) *Societas Unius Personae* als Konzernbaustein

Als funktionale Alternative zur unionsweiten Anerkennung eines Gruppeninteresses war ursprünglich auch der Vorschlag zur Einführung einer geschlossenen *Societas Unius Personae* (SUP) gedacht.<sup>146</sup> Hierzu hätte es allerdings eines Weisungsrechts der Mutter gegenüber dem Leitungsorgan der Tochter bedurft<sup>147</sup>, das schon früh dem rechtspolitischen Abstimmungsprozess zwischen Kommission, Parlament und Rat zum Opfer gefallen ist.<sup>148</sup> Daher soll dieser Vorschlag, dessen Realisierungschancen heute ungewisser denn je erscheinen, hier nicht weiter verfolgt werden.

140 Vgl. TEICHMANN, AG 2013, 184, 185.

141 In diesem Sinne OPLUSTIL, in: Winner/Cierpial-Magnor, Rechtsprobleme im Konzern, 2012, S. 67, 72.

142 Vgl. TEICHMANN, AG 2013, 184, 194; WELLER/BAUER, ZEuP 2015, 6, 25.

143 Vgl. zuletzt die Zusammenstellung bei TEICHMANN, ECL 2016, 150, 154 ff.

144 Vgl. INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 92), unter 4.

145 Vgl. INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 92), unter 4, Options 1–3; zur wichtigen Scheidelinie zwischen hundertprozentigen und nicht hundertprozentigen Tochtergesellschaften bereits CONAC, ECFR 2013, 194, 217 ff; zuletzt auch BÖCKLI, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im Konzern, 2017, S. 361, 372 ff.

146 Vgl. KINDLER, ZHR 179 (2015), 330, 331 ff; MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645, 667; WELLER/BAUER, ZEuP 2015, 6, 28 f.

147 In diesem Sinne noch Art. 23 SUP-Richtlinien-Entwurf, COM(2014) 212 final vom 9.4.2014; dazu HOMMELHOFF, GmbHR 2014, 1065, 1070 f.

148 Die ersatzlose Streichung des Art. 23 erfolgte in der Fassung des Ministerrates vom 21.9.2015; dazu BAYER/SCHMIDT, BB 2015, 1731, 1734.

#### IV. Europäisches Konzernrecht im weiteren Sinne

Abseits des Konzernrechtszentrums finden sich in peripherer Streulage viele Vorschriften mit konzernrechtlichen Bezügen, die man als Europäisches Konzernrecht im weiteren Sinne bezeichnen könnte. Sie nehmen zumeist nur börsennotierte Gesellschaften ins Visier.

##### 1. Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz

Ein Stück informationellen Konzerneingangsschutzes bieten zunächst die Mitteilungspflichten über bedeutende Beteiligungen, die heute in Art. 9 der reformierten Transparenzrichtlinie von 2013<sup>149</sup> geregelt sind. Schon der erwähnte Würdinger-Bericht aus dem Jahre 1970 hatte nach dem Vorbild des § 20 AktG die gemeinschaftsweite Einführung von Mitteilungspflichten für die Fälle vorgeschlagen, in denen ein Unternehmen mehr als 25 % bzw. 50 % des Kapitals an einer Aktiengesellschaft erwirbt.<sup>150</sup> Es dauerte freilich bis zum Jahre 1988, ehe solche Mitteilungspflichten durch die Beteiligungstransparenzrichtlinie<sup>151</sup> Eingang in das Gemeinschaftsrecht fanden – mit deutlich herabgesetzten Meldeschwellen beginnend bei 10 %, aber auch mit einem ausschließlichen Fokus auf börsennotierte Gesellschaften. Die Transparenzrichtlinie von 2004<sup>152</sup> hat die Eingangsmeldeschwelle abermals abgesenkt; sie liegt seither bei 5 %.

149 Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2013 zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, sowie der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG, ABl. L 294 vom 6.11.2013, S. 13–27.

150 Vgl. WÜRDINGER, aaO (Fn. 81), S. 12: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, 1. daß ein Unternehmen, sobald es mehr als 25 % des Kapitals einer AG mit Sitz im Inland besitzt, dieses der Gesellschaft anzuzeigen hat. 2. daß eine Anzeige auch dann zu erfolgen hat, wenn die Beteiligung des Unternehmens mehr als 50 % beträgt. 3. daß aus der Beteiligung keine Rechte ausgeübt werden dürfen, solange die Anzeige nicht erfolgt ist. 4. daß auch die Wiederaufgabe der Beteiligung mitgeteilt wird. 5. daß die Gesellschaft, nachdem ihr das Avis zugegangen ist, dieses öffentlich bekanntmacht.“

151 Richtlinie 88/627/EWG des Rates v. 12.12.1988 über die bei Erwerb und Veräußerung einer bedeutenden Beteiligung an einer börsennotierten Gesellschaft zu veröffentlichenden Informationen, ABl. L 348 vom 17.12.1988, S. 62–65.

152 Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen

## 2. Übernahmerechtliches Pflichtangebot

Funktionalen Konzerneingangsschutz vermittelt das Pflichtangebot nach Art. 5 Abs. 1 der Übernahmerichtlinie<sup>153</sup>, das allen Wertpapierinhabern einer börsennotierten Zielgesellschaft für alle ihre Wertpapiere zu einem angemessenen Preis unterbreitet werden muss.<sup>154</sup> Es wird ausgelöst, wenn sich ein Bieter „*unmittelbar oder mittelbar einen bestimmten, die Kontrolle begründenden Anteil an den Stimmrechten dieser Gesellschaft*“ verschafft. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bildet ein Lehrstück zur allmählichen Koordination von Kapitalmarkt- und Konzernrecht auf europäischer Ebene im Interesse eines wirkungsvollen Minderheitenschutzes. Vergrößert kann man aus deutscher Sicht drei Diskussionsphasen auseinanderhalten<sup>155</sup>: In einem ersten Stadium der wissenschaftlichen Meinungsbildung stand die Frage im Vordergrund, ob sich das kapitalmarktrechtliche Pflichtangebot, wie es in den Richtlinienentwürfen von 1989 und 1990 vorgesehen war, überhaupt mit dem Regelungskonzept des deutschen Konzernrechts verträgt.<sup>156</sup> Dahinter verbarg sich die Sorge vor einer „feindlichen Übernahme“: Der punktuelle Konzerneingangsschutz durch ein Pflichtangebot, so argwöhnte man, solle die fortlaufenden Schutzmechanismen der §§ 311 ff AktG ablösen und das deutsche Konzernrecht auf Dauer ersetzen.<sup>157</sup> Ein zweiter Diskussionsabschnitt wurde eröffnet, als die Kommission in ihren Richtlinienvorschlägen von 1996 und 1997 den Mitgliedstaaten gestattete, das Pflichtangebot durch andere, mindestens gleichwertige Vorkehrungen zum Schutz der Minderheitsaktionäre zu ersetzen. Das zielte, wie sich aus der Begründung des Kommissionsvorschlags ergab, vornehmlich auf die §§ 291 ff, 311 ff AktG. Flugs bildete sich hierzulande eine h. M. heraus, wonach ein Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf den Minderheitenschutz nicht mehr veranlasst sei.<sup>158</sup> Näheres

sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 390 vom 31.12.2004, S. 38–57.

153 Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. L 142 vom 30.4.2004, S. 12–23.

154 Näher dazu, dass das Pflichtangebot sowohl eine kapitalmarktrechtliche als auch eine konzernrechtliche Dimension aufweist, FLEISCHER, in: Paschos/Fleischer, Handbuch des Übernahmerechts nach dem WpÜG, 2017, § 2 Rdn. 26 ff m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

155 Eingehend zu Folgendem FLEISCHER, aaO (Fn. 154), § 2 Rdn. 20 ff.

156 Dazu etwa HOMMELHOFF/KLEINDIEK, AG 1990, 106, 109 ff.

157 In der plastischen Sprache eines führenden deutschen Konzernrechtlers HOMMELHOFF, FS Semler, 1993, S. 455, 467: „Ein ins deutsche Konzernrecht inkorporierte Zwangsangebot könnte sich im Nachhinein nur allzu leicht als trojanisches Pferd erweisen, dessen Leib unvermerkt Gegenmomente entsteigen, die die Zitadelle des Rechts der verbundenen Unternehmen sprengen.“

158 Vgl. NEYE, DB 1996, 1121, 1125; ROOS, WM 1996, 2177, 2184; SCHUSTER, EuZW 1997, 237, 239.

Nachdenken nährte indes Zweifel daran, ob die kodifizierten deutschen Konzernrechtsregeln dem Pflichtangebot tatsächlich ebenbürtig seien.<sup>159</sup> Mit dem gemeinsamen Standpunkt des Rates zur Übernahmerichtlinie aus dem Jahre 2000 brach sich schließlich die Erkenntnis Bahn, dass beide Regelungsmaterien einander nicht ersetzen, sondern ergänzen.<sup>160</sup> Manifestiert wird dies im 5. Erwägungsgrund der Übernahmerichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten über das Pflichtangebot hinaus noch weitere Maßnahmen zum Schutz der Wertpapierinhaber der Zielgesellschaft treffen können.

### 3. Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen oder Personen

Eine genauere Kontrolle bedeutender Konzernbinnengeschäfte ist durch die bevorstehende Reform der Aktionärsrechterichtlinie in greifbare Nähe gerückt. Die Rede ist von dem Vorschlag der Europäischen Kommission zur Regulierung von *related party transactions*<sup>161</sup>, der im laufenden Gesetzgebungsverfahren verschiedene Änderungen erfahren hat<sup>162</sup>. Danach sollen Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen oder Personen – maßgeblich ist der IAS-Standard 24.9 – ab einer bestimmten Materialitätsschwelle zum Zeitpunkt ihres Abschlusses öffentlich bekannt gemacht werden. Außerdem soll eine Angemessenheitskontrolle stattfinden, um festzustellen, ob die betreffende Transaktion zu marktüblichen Bedingungen stattfindet und aus der Sicht der Aktionäre und Minderheitsaktionäre „*fair und vernünftig*“ ist. Manche Einzelheiten stehen noch nicht endgültig fest, z. B. wer die Angemessenheitskontrolle vornimmt, ob es Ausnahmen für Geschäfte mit 100 %igen Tochtergesellschaften gibt oder ob Transaktionen im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu Marktkonditionen ausgeklammert werden, wie dies verschiedene Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechten vorsehen.<sup>163</sup> Insgesamt dienen Vorabberichterstattung und Angemessenheitskontrolle dem „*Schutz der [Minderheits-]Aktionäre*“<sup>164</sup> vor dem beherrschenden Aktionär und verfolgen damit ein traditionelles konzernrechtliches Regelungsziel. So erklärt sich auch,

159 Vgl. HABERSACK/MAYER, ZIP 1997, 2141, 2143 ff; HOPT, ZHR 161 (1997), 368, 387 f.

160 Eindringlich LÜBKING, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 2000, S. 255 ff; zum damaligen rechtspolitischen Hintergrund NEYE, AG 2000, 289, 293, wonach die Bundesregierung ihren Widerstand gegen eine Pflichtangebotsregelung während ihrer Ratspräsidentschaft in der ersten Jahreshälfte 1999 aufgegeben hat, nachdem die „Gleichwertigkeitsthese“ der Mehrheit der Mitgliedstaaten nicht zu vermitteln war.

161 COM(2014) 213 final; eingehend dazu FLEISCHER, BB 2014, 2691; zuletzt REYNISSON, ECL 2016, 175.

162 Dazu etwa VETTER, ZHR 179 (2015), 273, 279 ff.

163 Rechtsvergleichend FLEISCHER, BB 2014, 2691, 2700; die Einigung über die Aktionärsrechterichtlinie vom 16. 12. 2016 konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

164 Erwägungsgrund 19 des Kommissionsvorschlags.

dass die vorgeschlagene Neuregelung gerade im Konzernrechtsland Deutschland<sup>165</sup> einen enormen Widerhall gefunden hat.<sup>166</sup>

#### 4. Sonderkonzernvorschriften für Banken und Versicherungen

Konzerne prägen seit jeher die Praxis der Kredit- und Versicherungswirtschaft. Eine effektive europäische Finanzdienstleistungsaufsicht muss dem durch Sonderregeln für Gruppensachverhalte Rechnung tragen.<sup>167</sup> Den Grundstein hierfür legte die Richtlinie über die Beaufsichtigung der Kreditinstitute auf konsolidierter Basis von 1983<sup>168</sup>, nach der jedes Kreditinstitut mit einem Beteiligungsbesitz an einem anderen Kreditinstitut von mindestens 25 % auf der Basis einer Konsolidierung seiner finanziellen Situation mit derjenigen seiner Tochtergesellschaften zu beaufsichtigen ist. Aus jüngerer Zeit ist das aufsichtsrechtlich vorgeschriebene Risikomanagement auf Gruppenebene nach Maßgabe der CRD IV-Richtlinie von 2013<sup>169</sup> zu nennen, das eine gruppenweite Risikotragfähigkeit sicherstellen soll.<sup>170</sup> Entsprechend fordert die Solvency II-Richtlinie von 2009<sup>171</sup> ein konsistentes gruppenweites Risikomanagement für Versicherungsunternehmen.<sup>172</sup> Im Bankensanierungs- und -abwicklungsrecht sieht die BRRD-Richtlinie von 2014<sup>173</sup> Vorschriften über

165 Eingängig DRUEY, Gutachten H für den 69. Deutschen Juristentag 1992, H 31: „Deutschland gilt weltweit als DAS ‚Konzernland‘.“

166 Vgl. etwa BAYER/SELENTIN, NZG 2015, 7; BUNGERT/DE RAET, Der Konzern 2015, 289; FLEISCHER, BB 2014, 2691; SELZNER, ZIP 2015, 273; TRÖGER, AG 2015, 53; VETTER, ZHR 179 (2015), 273; WIERSCH, NZG 2014, 1131.

167 Vgl. JUNG/BISCHOF, Europäisches Finanzmarktrecht, 2015, S. 97.

168 Richtlinie 83/350/EWG des Rates vom 13.7.1983 über die Beaufsichtigung der Kreditinstitute auf konsolidierter Basis, ABl. L 193 vom 18.7.1983, S. 18–20.

169 Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 338–436.

170 Näher MÜLBERT/WILHELM, ZHR 178 (2014), 503, 530 ff.

171 Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. L 335 vom 17.12.2009, S. 1–155.

172 Vgl. DREHER/BALLMEIER, ZGR 2014, 753; DREHER, WM 2015, 649.

173 Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 190–348.

Gruppensanierungs- und Gruppenabwicklungspläne sowie ein eigenes Kapitel über gruppeninterne finanzielle Unterstützung vor.

### 5. Konzerninsolvenzrecht

Die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO) aus dem Jahre 2000<sup>174</sup> enthält keine speziellen Vorschriften für Konzerninsolvenzen.<sup>175</sup> Diese Regelungslücke<sup>176</sup> hat man aus verschiedenen Gründen bewusst in Kauf genommen: Zum einen erschien dieses Phänomen bei den frühen Vorarbeiten zur EuInsVO noch weniger drängend; zum anderen warf es schwierige konzeptionelle Fragen auf, die man aus politischem und praktischem Kalkül auf später vertagte.<sup>177</sup> Damit blieb es – wie in Deutschland – bei dem Prinzip „*eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz*“<sup>178</sup>, das der EuGH in der *Eurofood*-Entscheidung bestätigte.<sup>179</sup> Versuchen der insolvenzrechtlichen Praxis, diese „*magna lacuna*“<sup>180</sup> konzernfreundlich auszufüllen, war nur begrenzter Erfolg beschieden.

Die Neufassung der Verordnung von 2015<sup>181</sup>, die im Juli 2017 in Kraft treten wird, hat den Sirenenengesängen einer materiellen Konsolidierung<sup>182</sup>, also einer Vereinigung der Aktiva und Passiva aller Konzernunternehmen zu einer einheitlichen Insolvenzmasse, nicht nachgegeben. Dieser auf den ersten Blick suggestive Vorschlag wurde von einer Expertengruppe mit der Begründung abgelehnt, er ignoriere die gewachsenen Vorschriften der nationalen Gesellschaftsrechte mit ihren ausbalancierten Lösungen und führe letztlich zu einem

174 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABL. L 160 vom 30.6.2000, S. 1–18.

175 Pointiert THOLE, ZEuP 2014, 39, 67: „Denn bisher war die EuInsVO [...] auf dem Gebiet des Konzerninsolvenzrechts blind.“

176 Vgl. VIRGOS/SCHMIT, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, European Council Document 6500/96 DRS 8 (CFC), 1996, Rdn. 76: „The Convention offers no rule for groups of affiliated companies (parent-subsidiary schemes).“; eingehend auch SWD(2012), 416, S. 15 ff.

177 Näher J. SCHMIDT, KTS 2015, 19, 33 m. w. N.

178 J. SCHMIDT, KTS 2015, 19.

179 Vgl. EuGH, C-341/04, Slg. 2006, I-3813 Rdn. 30 – *Eurofood*: „Daraus folgt, dass nach dem mit der Verordnung eingeführten System zur Feststellung der Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten eine eigene gerichtliche Zuständigkeit für jeden Schuldner existiert, der eine juristisch selbstständige Einheit darstellt.“

180 J. SCHMIDT, KTS 2015, 19, 33.

181 Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren, ABL. L 141 vom 5.6.2015, S. 19–72.

182 So etwa PAULUS, ZIP 2005, 1948, 1953 ff; DERS., ZGR 2010, 270, 292 f.

„voodoo corporate law“<sup>183</sup>. Auch von der Einführung eines eigenen Konzerngerichtsstands hat die reformierte Verordnung abgesehen.<sup>184</sup> Stattdessen enthält sie für Gruppeninsolvenzen nur, aber immerhin, ein neues Kapitel zur besseren Koordinierung der Insolvenzverfahren zwischen den beteiligten Verwaltern und Gerichten (Art. 56 ff EuInsVO).<sup>185</sup> Den tatbestandlichen Anknüpfungspunkt hierfür bildet die in Art. 2 Nr. 13 EuInsVO neu definierte „Unternehmensgruppe“.<sup>186</sup>

## V. Die vielen verschiedenen Gesichter des Konzerns im Europäischen Wirtschaftsrecht

### 1. Eine Synopse konzernbezogener Rechts- und Fallnormen

Unternehmensgruppen sind *die* Protagonisten des Europäischen Binnenmarkts, der Konzern ist *die* binnenmarkadäquate Organisationsform schlechthin.<sup>187</sup> Daher ist es unvermeidlich, dass sich das Europäische Wirtschaftsrecht an ganz verschiedenen Stellen mit dessen dogmatischer Einordnung beschäftigt. Ebenso wie auf nationaler Ebene ergibt sich dabei kein einheitliches Bild. Vielmehr oszilliert der Konzern auch im Unionsrecht zwischen der Einheit des Ganzen und der Vielheit seiner Glieder.<sup>188</sup> Manche Rechtsgebiete schlagen ihn – in US-amerikanischer Diktion<sup>189</sup> – eher dem

183 HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, 2013, S. 225; im Ergebnis auch EIDENMÜLLER, 20 *Maas-tricht J. Eur. & Comp. L.* 133, 148: „[S]ubstantive consolidation has detrimental economic EX ANTE effects, as the pricing of credit risks might become (extremely) difficult.“

184 Zustimmend etwa THOLE, *ZEuP* 2014, 39, 67.

185 Vgl. KINDLER/SAKKA, *EuZW* 2015, 460, 464 ff; THOLE, *ZEuP* 2014, 39, 67 ff.

186 Dazu KINDLER/SAKKA, *EuZW* 2015, 460, 464 f; THOLE, *ZEuP* 2014, 39, 67 f.

187 In diese Richtung auch GRUNDMANN, aaO (Fn. 57), Rdn. 1006: „Der Konzern ist nicht nur praktisch überall in Europa auch im Mittelstand die dominierende Organisationsform. Er ist als solche auch legitim, gerade auch in der Binnenmarktperspektive, weil er bisher die einzige sicher praktikable Form externen Wachstums darstellte und diese als ein zentrales Anliegen des Binnenmarktprozesses im Unternehmensrecht zu verstehen ist.“

188 So für das deutsche Recht bereits L. RAISER, in: *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 33 (1964), S. 51, 54; anschaulich zur „Doppelnatur“ des Konzerns zuletzt DRUEY, *SZW* 2015, 64, 68: „Wesensmerkmal ist, dass eine *Mehrzahl* juristischer Einheiten auf ein *einheitliches* Ziel zusammengefasst wird. Wird der Konzern ausschließlich als Mehrheit von Gesellschaften oder aber als einheitlicher Unternehmensverbund behandelt, so tötet beides das Konzept selber ab.“

189 Eingehend das Symposium der *Connecticut Law Review* zu Ehren von PHILIP BLUMBERG, *The Changing Face of Parent and Subsidiary Corporation: Entity vs. Enterprise*

*enterprise law* zu, andere bleiben beim hergebrachten *entity law*: So dominieren im Europäischen Wettbewerbsrecht der Gedanke der *wirtschaftlichen Einheit* und im Europäischen Finanzmarktaufsichtsrecht die *konsolidierte Gruppenperspektive*, während im Europäischen Insolvenzrecht das *konzernrechtliche Trennungsprinzip* den Ton angibt. Wissenschaftlich wäre es außerordentlich verdienstvoll, diese verschiedenen Gesichter des Konzerns im Europäischen Wirtschaftsrecht in einem Werk übereinander zu legen. Eine solche Synopse konzernbezogener Rechts- und Fallnormen verspricht nach mehreren Richtungen Erkenntnisfortschritt:

*a) Einheit oder Relativität des Gruppen- und Kontrollbegriffs*

Sie sensibilisiert den Rechtsanwender zunächst für die verschiedenen Gruppen- und Kontrollbegriffe des Europäischen Konzernrechts.<sup>190</sup> So wird das Pflichtangebot nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 der Übernehmerichtlinie ausgelöst, wenn sich der Bieter einen die Kontrolle begründenden Anteil an den Stimmrechten der Zielgesellschaft verschafft. Die Kontrollschwelle legt Art. 5 Abs. 3 nicht selbst fest, sondern überlässt dies angesichts divergierender Regelungstraditionen den Mitgliedstaaten.<sup>191</sup> Demgegenüber wartet die Richtlinie 2013/34/EU in Art. 2 mit Legaldefinitionen von Mutter- und Tochterunternehmen, Gruppe, verbundenen und assoziierten Unternehmen auf und knüpft die bilanzrechtliche Konsolidierungspflicht in Art. 22 Abs. 1 an enumerativ aufgeführte Tatbestände der Beherrschungsmöglichkeit eines Mutterunternehmens über ein oder mehrere Tochterunternehmen. Zu den Beherrschungsmitteln gehören nicht nur die Stimmenmehrheit, sondern auch die Möglichkeit, die Mehrheit der Organmitglieder der Tochtergesellschaft zu bestellen, und die Beherrschung kraft Vertrages oder Satzung. Die reformierte EuInsVO stellt für die Koordinierung von Konzerninsolvenzverfahren in Art. 2 Nr. 3 auf den Begriff der Unternehmensgruppe ab und sucht dabei den Anschluss an die bilanzrechtliche Gruppendifinition. Ob dies im Sinne der Einheit der Unionsrechtsordnung begrüßenswert<sup>192</sup> oder wegen der unterschiedlichen Regelungszwecke kritikwürdig<sup>193</sup> ist, wird unterschiedlich beurteilt.

Liability, 37 Conn. L. Rev. 605–817 (2005); zu BLUMBERGS eigener Sicht DERS., 37 Conn. L. Rev. 605 (2005).

190 Vgl. zum Kontrollbegriff auch EUROPEAN COMPANY LAW EXPERT GROUP, EBOR 18 (2017) (demnächst): „The accounting rules on consolidation of annual accounts, capital markets regulation, money laundering rules, competition rules, tax rules, co-determination provisions may be based on slightly different criteria.“

191 Vgl. LUTTER/BAYER/SCHMIDT, aaO (Fn. 115), § 30 Rdn. 31f; FLEISCHER, aaO (Fn. 154), § 1 Rdn. 71.

192 In diesem Sinne wohl THOLE, ZEuP 2014, 39, 68.

193 Dezidiert in diesem Sinne MOCK, GPR 2013, 156, 164.

*b) Systemspannungen und Wertungswidersprüche in der  
Behandlung des Konzerns*

Weiter schärft eine solche Synopse die juristischen Sinne für Systemspannungen und Wertungswidersprüche, aber auch für blinde Flecken in der Behandlung des Konzerns im Europäischen Wirtschaftsrecht. Zu nennen ist hier etwa das unionsrechtlich in der Schwebe gehaltene Verhältnis der bank- und versicherungsaufsichtsrechtlichen Richtlinien zum mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrecht.<sup>194</sup> Die erwähnte Verpflichtung zur Einrichtung eines gruppenweiten Risikomanagements für Kredit- und Versicherungsunternehmen kann in der Praxis nur funktionieren, wenn die Mutter über umfangreiche Weisungs-, Durchgriffs- und Informationsrechte verfügt.<sup>195</sup> Insoweit hüllen sich die CRD IV- und die Solvency II-RL aber in Schweigen. Insbesondere verhalten sie sich nicht ausdrücklich zu der Frage, ob die aufsichtsrechtlichen Vorgaben Vorrang vor den Gegenkräften aus dem mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechten haben.<sup>196</sup> Hierzulande befürwortet die wohl herrschende Lehre beim gegenwärtigen Stand des (supra-)nationalen Rechts einen Vorrang der Konzernorganisationsfreiheit gegenüber einer gruppendifferenzierten Verantwortung für das Risikomanagement.<sup>197</sup> Was den Informationsaustausch in Gruppen anbelangt, verpflichtet Art. 254 Abs. 1 Solvency II-RL die Mitgliedstaaten zwar, rechtliche Hindernisse für den Informationsfluss zu beseitigen. Allerdings scheint die Richtlinie selbst die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten der nationalen Rechtsordnungen in gewissem Umfang zu akzeptieren.<sup>198</sup> Schließlich ist bei einem gruppenweiten Informationsaustausch zu berücksichtigen, dass die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung<sup>199</sup> – ebenso wie die bisherige Datenschutz-Richtlinie<sup>200</sup> – keine Privilegierung für den

194 Dazu etwa DREHER, WM 2016, 649; DERS./BALLMEIER, ZGR 2014, 753, 795 ff; MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645, 662 ff; DERS./WILHELM, ZHR 178 (2014), 502, 530 ff.

195 Ebenso MÜLBERT/WILHELM, ZHR 178 (2014), 502, 532.

196 So auch DREHER/BALLMEIER, ZGR 2014, 753, 767: „Die Solvency II-Richtlinie bezieht nicht ausdrücklich generell Stellung, was ihr Verhältnis zu den einzelnen mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechten angeht.“

197 Vgl. DREHER/BALLMEIER, ZGR 2014, 753, 767; MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645, 664; abw. LANGEN, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., 2016, § 25 a Rdn. 137 a ff.

198 So DREHER/BALLMEIER, ZGR 2014, 753, 768, 782.

199 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1–88.

200 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31–50, zum fehlenden Konzernprivileg SPINDLER, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1185 ff.

Datenaustausch im Konzern vorsieht.<sup>201</sup> Vielmehr werden die jeweiligen Gesellschaften grundsätzlich wie Dritte behandelt, so dass es für die Übertragung und Weiterverarbeitung von Daten in anderen Konzerngesellschaften einer entsprechenden Rechtfertigung bedarf. Allerdings scheint Erwägungsgrund 48 immerhin eine besondere Berücksichtigung von Konzerninteressen bei der Frage zuzulassen, ob ein berechtigtes Interesse an der Übermittlung personenbezogener Daten für interne Verwaltungszwecke vorliegt.<sup>202</sup>

### c) Regelungstechniken im Umgang mit Unternehmensgruppen

Darüber hinaus öffnet ein konzernrechtliches Panoptikum des Unionsrechts die Augen für verschiedene Regelungstechniken im Umgang mit Unternehmensgruppen. So greift der EuGH im Wettbewerbsrecht mit seiner *Akzo*-Doktrin auf tatsächliche Vermutungen zurück und lenkt damit den Blick auf Beweislastregeln zur Bewältigung konzernrechtlicher Problemlagen.<sup>203</sup> An anderer Stelle, bei der Frage des Gruppeninteresses, gehen zahlreiche Literaturstimmen von einer natürlichen Tendenz (Vermutung?<sup>204</sup>) zum harmonisierenden Gleichlauf von Konzern- und Tochterinteressen aus.<sup>205</sup> Manche favorisieren regelungstechnisch die Einführung eines „sicheren Hafens“<sup>206</sup> für Geschäftsleiter von Tochtergeschäftsleitern in Form einer konzernrechtlichen „business judgment rule“.<sup>207</sup> Ein weiterer Regelungsansatz liegt darin, bei der Anwendung allgemeiner Vorschriften des jeweiligen Sachgebiets den Gesichtspunkt der Konzernzugehörigkeit besonders zu berücksichtigen, wie dies das europäische Datenschutzrecht neuerdings unternimmt. Denkbar ist ferner,

201 Vgl. SPINDLER, DB 2016, 937, 941.

202 Vgl. SPINDLER, DB 2016, 937, 941; ferner WYBITUL, BB 2016, 1077, 1080.

203 Speziell zum Wettbewerbsrecht KOKOTT/DITTERT, WuW 2012, 670, 675: „Vielmehr geht es um eine schlichte Regel für die Beweiswürdigung.“; allgemeiner DRUEY, SZW 2015, 64, 71: „Konzernrecht ist nicht zuletzt, und wird es künftig wohl erst recht sein, *Beweislastrecht*, d.h. die Formulierung bestimmter an den Konzernatbestand sich knüpfender *Vermutungen* im einen oder andern Sinn.“

204 So DRUEY, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im Konzern, 2017, S. 309, 316: „Alles Recht, das den Konzern organisiert, baut auf einer Vermutung des Gleichlaufs der Interessen auf.“

205 In diesem Sinne FORUM EUROPAEUM ON COMPANY GROUPS, ZGR 2015, 507, 513; DRUEY, SZW 2015, 64, 68; kritisch BÖCKLI, in: Sethe/Isler, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, 2014, S. 203, 226 ff; RAISER, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im Konzern, 2017, S. 459 f.

206 Allgemein zu dieser Regelungstechnik FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 700; monographisch AUGSCHILL, „Safe harbor“-Regelungen. Methodische Grundzüge eines neuartigen Regelungsmusters im deutschen und europäischen Unternehmensrecht, 2016.

207 So TEICHMANN, AG 2013, 184, 195 ff; ähnlich DRYGALA, AG 2013, 198, 203; sympathisierend OTT, aaO (Fn. 131), S. 431, 455.

den Adressatenkreis bereichsspezifischer Normen konzernrechtlich aufzuladen und auszudeuten, indem man beispielsweise fragt, unter welchen Umständen eine Muttergesellschaft gegebenenfalls als Hersteller oder Quasi-Hersteller<sup>208</sup> i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Produkthaftungsrichtlinie<sup>209</sup> oder als Betreiber<sup>210</sup> i.S.d. Richtlinie über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden<sup>211</sup> anzusehen ist.

*d) Methodische Konzepte für die Begründung  
konzernrechtlicher Verantwortung*

Schließlich lässt sich der *enterprise approach* im Europäischen Konzernrecht auch als methodischer Problemzugriff verstehen.<sup>212</sup> Dann gewinnt man Anschluss an die vielfältigen Durchgriffslehren im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht<sup>213</sup>, die häufig an konzernrechtliche Problemlagen herangetragen werden.<sup>214</sup> Hiermit eng zusammen hängt die Frage, inwieweit sich die hergebrachten Theorien zur juristischen Person für die Unternehmensgruppe fruchtbar machen lassen.<sup>215</sup> Vorstellbar ist aber ebenso, sich konzeptionell vom klassischen Durchgriffsdenken zu lösen, das seine Gestalt an der kleinen Einpersonen-Kapitalgesellschaft gewonnen hat, und stattdessen die Pfade des Konzernaußenrechts mit seinen bürgerlich-rechtlichen Lösungsansätzen weiter zu verfolgen.<sup>216</sup>

208 Dazu FLEISCHER, ZHR 163 (1999), 461, 482 ff; WAGNER, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2013, § 4 ProdHaftG Rdn. 24: „Für die Konzernhaftung gelten keine Besonderheiten, dh. ein ‚Durchgriff‘ gegen die Konzernmutter auf Basis von § 4 Abs. 1 S. 2 ist nur möglich, wenn die dort normierten Voraussetzungen erfüllt sind, die Obergesellschaft also als Quasi-Hersteller aufgetreten ist.“

209 Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zu Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. Nr. L 210 vom 7.8.1985, S. 29–33.

210 Dazu BERGKAMP, ECL 2016, 183, 184 ff; am Beispiel des Bundes-Bodenschutzgesetzes schon FLEISCHER/EMPT, ZIP 2000, 905, 907 ff.

211 Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004, ABl. Nr. L 143 vom 30.4.2004, S. 56–75.

212 In diesem Sinne etwa VAN HOE, ECFR 2014, 200, 202 ff unter der Zwischenüberschrift „Enterprise group law is a method, not the answer“.

213 Vgl. aus deutscher Sicht etwa K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 9 II, S. 221 ff.

214 Dazu aus US-amerikanischer Sicht die empirische Studie zum „piercing the corporate veil in the parent-subsidiary context“ von MATHESON, 87 N.C. L. Rev. 1091 (2009).

215 Vgl. zuletzt HARPER HO, 42 Seton Hall L. Rev. 879, 884 ff (2012).

216 Grundlegend REHBINDER, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 85 ff, 103 ff in Abgrenzung zur Durchgriffslehre.

## 2. Eine Agenda konzerngesellschaftsrechtlicher Reformansätze

Was die gesellschaftsrechtlichen Aspekte des Europäischen Konzernrechts anbelangt, ist das schutzrechtliche Arsenal inzwischen gut bestückt. Für Konzernpublizität sorgen die konsolidierte Rechnungslegungsrichtlinie und die IAS-Verordnung, für einen Konzerneingangsschutz die Mitteilungspflichten der Transparenzrichtlinie und das übernahmerechtliche Pflichtangebot, für eine Offenlegung und Angemessenheitskontrolle von Konzernbinnengeschäften (demnächst) die reformierte Aktionärsrechterichtlinie. Zu überlegen bleibt vor allem, ob und inwieweit man den Anwendungsbereich dieser Normen auch auf kapitalmarktferne Konzernunternehmen ausdehnt. Am leichtesten zu bewerkstelligen wäre dies bei manchen der konzernbezogenen Publizitätspflichten<sup>217</sup>, bedenkenswert außerdem bei den *related party transactions*<sup>218</sup>. Schließlich könnte zukünftig die Frage nach einer Harmonisierung konzernrechtlicher Haftungstatbestände akut werden, etwa im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit der Konzernmutter für Menschenrechtsverletzungen ihrer ausländischen Töchter.<sup>219</sup> Bisher beurteilt sich dies ausschließlich nach nationalem Recht, wie sich auch aus Art. 2 Abs. 2 der Einpersonengesellschaftsrichtlinie<sup>220</sup> ergibt. Gute Gründe sprechen dafür, hier vorerst auf das Fallmaterial und die Lösungsmuster der nationalen Gerichte zu warten, weil es im Kern um Fragen der Deliktsorganisations- und -durchgriffshaftung geht, deren Antworten sich zuvörderst aus den nationalen Deliktsrechten ergeben.

Größeres Entwicklungs-, aber auch Streitpotential bietet die organisationsrechtliche Dimension des Europäischen Konzernrechts. Soll man den Sprung zur unionsweiten Anerkennung des Gruppeninteresses wagen, und wenn ja, für welche Fallgestaltungen und unter welchen Schutzvorkehrungen? Als

217 Vgl. schon den Text zu Fn. 123.

218 Vgl. dazu HOMMELHOFF, KSzW 2014, 63, 66; TRÖGER, AG 2015, 53, 61; VETTER, ZHR 179 (2015), 274, 324, allerdings mit Bedenken im Hinblick auf die Regelungskompetenz der EU.

219 Dazu aus deutscher Sicht WAGNER, RabelsZ 80 (2016), 717; WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 387; monographisch GÜNGÖR, Sorgfaltspflichten für Unternehmen in transnationalen Menschenrechtsfällen, 2016; aus englischer Sicht CHANDLER v CAPE [2012] EWCA Civ 525; dazu etwa SANGER, [2012] Cambridge L.J. 478; PETRIN, [2013] Mod. L. Rev. 603; aus schweizerischer Sicht KAUFMANN, SZW 2016, 45; WEBER/BAISCH, EBLR 2016, 669, 684 ff, 693 f: „[D]espite the fact that there is no general EU rule on the piercing of the corporate veil, in competition law the situation seems to be different from company, insolvency or tort law since, if a subsidiary is not acting autonomously regarding its conduct on the market and just applies instructions given by the parent company the conduct of a subsidiary may be imputed to the parent company. Nevertheless, a widening of this approach to another field of law might be a slippery slope.“

220 Richtlinie 2009/102 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl. L 258 vom 1.10.2009, S. 20–25.

Antipoden stehen sich hier die französische *Rozenblum*-Doktrin mit ihrer großzügigen Saldierung von Konzernvor- und -nachteilen und das strenge deutsche Konzept des Einzelausgleichs gemäß §§ 311ff AktG gegenüber. Auch wenn erstere in jüngerer Zeit beträchtlichen Zulauf gefunden hat, sind ihre Konturen gerade hinsichtlich des gruppeninternen Ausgleichs bemerkenswert unscharf geblieben<sup>221</sup>: Welche Planungsunterlagen müssen für eine kohärente Gruppenpolitik vorgelegt (und veröffentlicht?<sup>222</sup>) werden und welcher Zeithorizont ist zugrunde zu legen? Sind passive Konzerneffekte saldierungsfähig und wie werden sie bewertet? Soll eine nachträgliche Ausgewogenheitskontrolle stattfinden und welche Sanktionen sind bei einem gruppeninternen Ungleichgewicht vorgesehen? Um einen „Sprung ins Dunkle“ zu vermeiden, empfiehlt es sich, diese und andere Grauzonen der *Rozenblum*-Doktrin vor einer endgültigen Parteinahme weiter aufzuhellen.<sup>223</sup>

Auch im Übrigen erscheint Vorsicht vor einem allzu raschen und problemverkürzenden „Durchgriff“ auf das Gruppeninteresse geboten. Im Ausgangspunkt sprechen vielmehr gute Gründe dafür, dass Tochtergesellschaften im Tochterinteresse zu führen sind. Im konkreten Zugriff muss man dann allerdings berücksichtigen, dass die Gruppenzugehörigkeit den maßgeblichen Beurteilungsrahmen erweitert und verschiebt, weil Tochter- und Mutterinteressen vielfach miteinander verwoben sind.<sup>224</sup> Daher kann es häufig durchaus im Eigeninteresse der Tochter liegen, auf Gruppenbelange Bedacht zu nehmen. Einen Fingerzeig in diese Richtung gibt auf Unionsebene neuerdings Art. 19 Abs. 7b der BRRD-Richtlinie: Danach müssen die einzelnen Konzerngesellschaften beim Abschluss einer Vereinbarung über gruppeninterne finanzielle Unterstützung und bei der Bestimmung der Gegenleistung für die Gewährung der finanziellen Unterstützung in ihrem eigenen Interesse handeln, dürfen dabei aber direkte oder indirekte Vorteile berücksichtigen, die

221 Kritisch hierzu mit Nuancierungen im Einzelnen BÖCKLI, aaO (Fn. 145), S. 361, 385 ff; MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645, 658 ff; OTT, aaO (Fn. 131), S. 431, 454 f; früher schon BLAUROCK, FS Sandrock, 2000, S. 79, 85 ff; HABERSACK, NZG 2004, 1, 8; weiteren Untersuchungsbedarf anmahnd auch HOMMELHOFF, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, aaO (Fn. 22), S. 355, 357 f.

222 Hierin ein „Hauptproblem“ erblickend BÖCKLI, aaO (Fn. 145), S. 361, 386.

223 VERF. bereitet hierzu einen gesonderten Beitrag vor.

224 Ähnlich von unterschiedlichen Ausgangspunkten her EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, EBOR 18 (2017) (demnächst): „The question is therefore not how group influence can be excluded, but how it can be integrated in the subsidiary’s own interest.“; BÖCKLI, aaO (Fn. 205), S. 203, 230: „[...] dass die *Konzernrealität* das Einzelinteresse sowohl der Obergesellschaft wie der Unternehmengesellschaft eben doch *maßgeblich* verändert: Das Schwerfeld des Konzerns verändert die Einzelinteressen seiner Glieder.“; DRUEY, SZW 2012, 414, 422: „Tochtergesellschaften sind stets in geringerem bis sehr ausgeprägten Maß an das Wohlergehen des Konzernganzen gebunden; das Konzerninteresse ist insoweit auch ihr Interesse.“

einer Partei infolge der Gewährung der finanziellen Unterstützung erwachsen können.<sup>225</sup> Eine ähnliche Richtschnur findet sich im englischen Recht, das die Geschäftsleiter der Tochter nicht auf das Gruppen-, sondern auf das Tochterinteresse verpflichtet, ihnen dabei jedoch gestattet, unmittelbar relevante Gruppenbelange in ihr Entscheidungskalkül aufzunehmen.<sup>226</sup> Anschauungsmaterial bietet eine Leitentscheidung aus dem Jahre 1968: Direktoren einer Tochtergesellschaft hatten in deren Namen eine Garantie für einen Bankkredit der Mutter übernommen, weil deren Zusammenbruch für die Tochter ein „disaster“ gewesen wäre. Hierauf gestützt verneinte die *Chancery Division* eine Pflichtverletzung der Direktoren.<sup>227</sup> Unter den gleichen Prämissen gelangte sie im Jahre 2003 zu einem gegenteiligen Ergebnis, weil die Geschäftsleiter der Tochter niemals erwogen hatten, ob das Überleben der Mutter für die Tochter lebenswichtig war und weil kein vernünftiger Direktor annehmen konnte, dass die ergriffenen Maßnahmen zum Überleben der Mutter führen würden.<sup>228</sup>

## VI. Ausblick

Vieles spricht dafür, dass der Konzern im Europäischen Wirtschaftsrecht auch künftig ein Vexierbild bleiben wird, das je nach Blickwinkel und Rechtsgebiet die Einheit oder Vielheit der Unternehmensgruppe hervortreten lässt. Eine zentrale Zukunftsaufgabe der europäischen Konzernrechtswissenschaft besteht darin, sich dieser verschiedenen Perspektiven zu vergewissern und nach

225 Darauf hinweisend auch INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, aaO (Fn. 92), unter 2.1.1: „This makes it clear that a subsidiary may take into account its interest in avoiding the insolvency of the parent and implicitly recognises that both interests may be aligned in the interest of the group remaining solvent as a whole.“

226 Vgl. GOWER/DAVIES/WORTHINGTON, aaO (Fn. 55), Rdn. 16–42: „[I]t must be said that the core duty of good faith does not recognise a duty ‘to the group’ or to other companies in the group. It insists that the main focus of directors must be on the interest of their subsidiary, even if it accepts that the interests of the subsidiary are in many cases intimately related to the continuing existence of the group.“; ferner MAYSON/FRENCH/Ryan, *Company Law*, 33. Aufl., 2016, S. 487 f.

227 CHARTERBRIDGE CORP V LLOYDS BANK [1970] Ch. 62, 74: „Each company in the group is a separate legal entity and the directors of a particular company are not entitled to sacrifice the interest of that company. This becomes apparent when one considers the case where the particular company has separate creditors. The proper test, I think, in the absence of actual separate consideration, must be whether an intelligent and honest man in the position of a director of the company concerned, could, in the whole of the existing circumstances, have reasonably believed, that the transactions were for the benefit of the company. I am satisfied that the answer here is in the affirmative.“

228 Vgl. EXTRASURE TRAVEL INSURANCES LTD V SCATTERGOOD [2003] 1 BCLC 598.

ihren Gründen und Hintergründen zu fragen.<sup>229</sup> Nur eine solche Gesamtbetrachtung kann einer weiteren „Atomisierung“<sup>230</sup> konzernrechtlicher Fragestellungen Einhalt gebieten und verhindern, dass überschießende Regelungstendenzen von den Rändern des Konzernaußenrechts unvermerkt das konzernrechtliche Trennungsprinzip aushöhlen.

229 Ähnlich aus US-amerikanischer Sicht HARPER HO, 42 Seton Hall L. Rev. 879, 883 (2012): „[...] the argument here is not for convergence in perspectives on corporate groups across all areas of the law. Rather, it is that in different areas of the law, theories of the corporation, and by extension, of corporate groups can be used to evaluate or legitimate particular legal rules. In this effort, the conception of corporate groups that is optimal [...] must be determined in light of the policy objectives motivating that area of the law and the realities of corporate practice.“

230 Treffend die Beobachtung von DRUEY, aaO (Fn. 204), S. 309, 311: „Im Gegenteil findet eine *Atomisierung*, eine ständige Verkleinerung der Fragestellungen statt, sowohl nach Sachbereichen wie nach nationalen Ordnungen, und die Lösungen leben sich auseinander.“