

Marcel Stefan Endrich

Die Anerkennung eines Konzerninteresses im europäischen Gesellschaftsrecht

**Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag**

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft
Band 130

Marcel Stefan Endrich

**Die Anerkennung eines
Konzerninteresses im europäischen
Gesellschaftsrecht**

Tectum Verlag

Marcel Stefan Endrich
Die Anerkennung eines Konzerninteresses im europäischen Gesellschaftsrecht

Zugl. Diss. Philipps-Universität Marburg, 2020
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag,
Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 130

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020
E-Book: 978-3-8288-7506-7
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4475-9 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Informationen zum Verlagsprogramm finden Sie unter
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek
The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche
Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available online
at <http://dnb.ddb.de>.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg im Februar 2020 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand Juni 2019, soweit möglich sind aktuellere Veröffentlichungen berücksichtigt.

Besonders danke ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Markus Roth, der die Auseinandersetzung mit der Thematik angeregt und mich bei der Erstellung der Arbeit zuverlässig unterstützt und beraten hat. Weiterhin möchte ich Herrn Professor Dr. Johannes Wertenbruch, für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Weiter danke ich herzlich den besonderen Personen aus meinem engsten persönlichen Umfeld, die mich auf vielfältige Weise, auch beim Korrekturlesen des Manuskripts, unterstützt haben. Dies gilt insbesondere für meine liebe Schwester Nadine Rossa. Besonderer Dank gebührt Herrn Dr. Benedict Heil, der bei vielen gemeinsamen Aufenthalten im juristischen Seminar stets für einen offenen Gedankenaustausch bereitstand.

Großen Anteil am Gelingen der Arbeit hat meine wundervolle Freundin Nina Raab, die mich immer wieder ermutigt und unterstützt hat. Für all dies bin ich ihr sehr dankbar.

Schließlich danke ich meinen Eltern Bettina und Gerhard Endrich, die meinen Werdegang mit großem Interesse begleiten und mir ihre vorbehaltlose Unterstützung in allen Lebenslagen zuteilwerden lassen. Sie haben mir alles ermöglicht. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, im April 2020

Marcel Stefan Endrich

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung.....	1
I. Problemstellung.....	1
II. Gang der Untersuchung	4
Teil 1: Grundlagen der Einflussnahme auf eine abhängige Gesellschaft.....	7
§ 2 Interessenkonflikte in Konzernsachverhalten.....	7
I. Motivation und Grundlagen der Konzernbildung.....	7
II. Prinzipal-Agenten Konflikt zwischen Gesellschafter und Gläubiger.....	10
III. Lösungsansätze des Konflikts	15
IV. Prinzipal - Agenten Modell für Konflikte in Konzernsachverhalten.....	21
V. Grenzen des Prinzipal - Agenten Modells.....	22
VI. Zusammenfassung.....	23
§ 3 Grenzen der Einflussnahme im deutschen Recht.....	25
I. Regelungsvorschläge und deutsches Gesellschaftsrecht	25
II. Allgemeine Grenzen der Einflussnahme.....	26
III. Vertragskonzern nach den §§ 291 ff. AktG	45
IV. Faktischer Aktiengesellschaftskonzern.....	55
V. Faktischer GmbH-Konzern	69
Teil 2: Das Konzerninteresse.....	83
§ 4 Der Begriff des Konzerninteresses	83
I. Sprachliche Verwendung.....	83
II. Anerkennung des Konzerninteresses im AktG 1937	84
III. Abgrenzung vom Unternehmensinteresse.....	85
IV. Konzerninteresse und Interesse des Gesellschafters	88
V. Zwischenergebnis	100

§ 5 Der Rozenblum-Ansatz	103
I. Grundsätze der Rechtsprechung.....	103
II. Voraussetzungen des Ansatzes	104
III. Exkurs: BGH-Rechtsprechung zur Untreue	106
IV. Zwischenergebnis	109
Teil 3: Das Regelungsprojekt zur Anerkennung eines Konzerninteresses	111
§ 6 Die Regelungsvorschläge	111
I. Hintergrund	111
II. Abstrakte Regelungsvorschläge.....	112
III. Der Vorschlag des EMCA	122
§ 7 Bewertung der Modelle.....	153
I. Verhältnis von Möglichkeit der Einflussnahme und Gläubigerschutz	153
II. Vergleich des Schutzniveaus der Regelungsmodelle im Hinblick auf Gläubigerschutz in der abhängigen Gesellschaft	154
§ 8 Eigener Lösungsansatz zum Schutz der Geschäftsleiter in der abhängigen Gesellschaft: Anwendung der Regeln zur unternehmerischen Entscheidung innerhalb des EMCA Ansatzes	173
I. Unsicherheiten für Geschäftsleiter nach dem EMCA Modell	173
II. Die Business Judgement Rule für unternehmerische Entscheidungen	175
III. Anerkennung von Konzerninteressen über die business judgement rule	180
IV. Verschränkung des Rozenblum Ansatzes mit der Business Judgement Rule	182
V. Auswirkungen auf beteiligte Interessenträger.....	188
VI. Zusammenfassung des Lösungsansatzes	191

§ 9 Ausblick: Vorteile einer europaweiten Anerkennung des Konzerninteresses	193
§ 10 Zusammenfassung in Thesenform	195
Literaturverzeichnis	201

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung.....	1
I. Problemstellung.....	1
II. Gang der Untersuchung	4
Teil 1: Grundlagen der Einflussnahme auf eine abhängige Gesellschaft.....	7
§ 2 Interessenkonflikte in Konzernsachverhalten.....	7
I. Motivation und Grundlagen der Konzernbildung.....	7
1) Beschränkte Haftung und Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft.....	7
2) Vorteile der Konzernbildung	9
II. Prinzipal-Agenten Konflikt zwischen Gesellschafter und Gläubiger.....	10
1) Prinzipal-Agenten Modell.....	11
2) Konflikt zwischen Gesellschafter und Gläubiger ...	12
3) Besondere Konstellation des Konflikts - Konzernsachverhalte	13
III. Lösungsansätze des Konflikts	15
1) Vertragliche Lösung.....	15
2) Lösungsstrategien des Gesetzgebers.....	16
a) Ex ante – Strategien	16
b) Ex post – Strategien	18
c) Klassifikation der Strategien	20
IV. Prinzipal - Agenten Modell für Konflikte in Konzernsachverhalten.....	21
V. Grenzen des Prinzipal - Agenten Modells.....	22
VI. Zusammenfassung.....	23
§ 3 Grenzen der Einflussnahme im deutschen Recht.....	25
I. Regelungsvorschläge und deutsches Gesellschaftsrecht	25

II.	Allgemeine Grenzen der Einflussnahme	26
1)	Kapitalaufbringung	26
a)	Prinzip des Mindestkapitals	27
b)	Prinzip der realen Kapitalaufbringung.....	28
2)	Kapitalerhaltung	30
a)	Kapitalerhaltung in der GmbH	31
i.	Tatbestand des § 30 GmbHG	31
ii.	Ausnahmen.....	32
iii.	Erstattungsanspruch als Rechtsfolge	33
b)	Kapitalerhaltung in der AG	34
i.	Vermögensbindung durch Verbot der Einlagenrückgewähr.....	35
ii.	Ausnahmen.....	35
iii.	Rechtsfolgen bei Verstoß	37
3)	Durchbrechung der Haftungsbeschränkung	38
a)	Haftung aus allgemeinen Prinzipien	38
b)	Echte Durchgriffshaftung	39
c)	Existenzvernichtung	40
4)	Schutz durch Insolvenzverschleppungshaftung	41
a)	Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ...	41
b)	Zivilrechtliche Konsequenzen eines Verstoßes	43
5)	Zwischenergebnis zu den allgemeinen Grenzen ..	45
III.	Vertragskonzern nach den §§ 291 ff. AktG.....	45
1)	Zustandekommen und Beendigung	46
2)	Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft nach § 308 AktG	47
a)	Inhalt	48
b)	Grenzen	49
3)	Verlustausgleich und Sicherheitsleistung	50
a)	Anspruch aus § 302 AktG.....	51

b)	Schutz der Gläubiger durch § 303 AktG	53
4)	GmbH – Vertragskonzern	54
5)	Zwischenergebnis für Vertragskonzerne.....	55
IV.	Faktischer Aktiengesellschaftskonzern.....	55
1)	Einflussnahme durch „Veranlassung“	56
2)	Regelung des § 311 AktG.....	58
a)	Regelungsanliegen.....	58
b)	Prüfungssystematik	59
i.	Nachteilige Maßnahme	59
ii.	Abhängigkeitsfolge	59
iii.	Nachteilsfeststellung	60
c)	Art und Weise der Ausgleichsgewährung	62
3)	Haftung nach § 317 AktG	63
4)	Publizität der §§ 312 – 316 AktG	66
a)	Abhängigkeitsbericht	66
b)	Prüfungspflichten.....	67
5)	Zwischenergebnis für faktische AG-Konzerne	68
V.	Faktischer GmbH-Konzern	69
1)	Treuepflicht der Gesellschafter	70
2)	Existenzvernichtender Eingriff	71
a)	Rechtsprechung zum „qualifiziert faktischen Konzern“	72
i.	Grundlegende Richtung durch Autokran und Tiefbau	72
ii.	Verschärfung durch Video und TBB	75
b)	Abkehr von einer Durchgriffshaftung hin zur Haftung wegen Existenzvernichtung.....	77
i.	Urteil des BGH in Sachen Bremer Vulkan	77
ii.	Weitere Konkretisierungen und die Trihotel Entscheidung	79

3)	Zwischenergebnis für faktische GmbH-Konzerne	82
Teil 2: Das Konzerninteresse.....		83
§ 4 Der Begriff des Konzerninteresses.....		83
I.	Sprachliche Verwendung	83
II.	Anerkennung des Konzerninteresses im AktG 1937	84
III.	Abgrenzung vom Unternehmensinteresse	85
IV.	Konzerninteresse und Interesse des Gesellschafters.....	88
1)	Betriebswirtschaftliche Definition eines Konzerns	88
2)	Rechtswissenschaftliche Definitionsansätze zum Begriff Konzerninteresse	89
a)	Überblick der Definitionsansätze	89
b)	Einordnung der Definitionsansätze.....	91
3)	Differenzierbarkeit des Konzerninteresses vom Interesse der herrschenden Gesellschaft	92
a)	Argumente gegen die Unterscheidbarkeit.....	93
b)	Überprüfung durch praktisches Beispiel	95
4)	Schutzwürdigkeit eines Konzerninteresses in Form eines „Verbundsinteresse“	97
5)	Auswirkungen im Hinblick auf die „Anerkennung eines Konzerninteresses“	99
V.	Zwischenergebnis	100
§ 5 Der Rozenblum-Ansatz.....		103
I.	Grundsätze der Rechtsprechung.....	103
II.	Voraussetzungen des Ansatzes	104
1)	Vorliegen eines Konzerns.....	104
2)	Nachteilsausgleich	105
3)	Keine finanzielle Überforderung	105
III.	Exkurs: BGH-Rechtsprechung zur Untreue	106
1)	Berücksichtigung von Konzernkonstellationen....	106

2)	Ausnahme bei ausreichender Besicherung	107
3)	Grenzen der Gesellschaftseinflussnahme	108
4)	Schlussfolgerung	108
IV.	Zwischenergebnis	109

Teil 3: Das Regelungsprojekt zur Anerkennung eines Konzerninteresses 111

§ 6 Die Regelungsvorschläge.....	111	
I.	Hintergrund	111
II.	Abstrakte Regelungsvorschläge	112
1)	Vorschlag des Forum Europeum	112
a)	Reguläre Tochtergesellschaften	113
b)	Servicegesellschaften.....	114
c)	Einordnung des Vorschlags.....	115
2)	Vorschlag der ICLEG.....	118
a)	Option 1.....	118
b)	Option 2.....	118
c)	Option 3.....	119
d)	Einordnung des Vorschlags.....	120
i.	Ansatzrichtung	120
ii.	Die Optionen im Einzelnen	121
III.	Der Vorschlag des EMCA.....	122
1)	Leitungsmacht der Muttergesellschaft	123
2)	Anerkennung des Konzerninteresses	124
a)	Die Regelung Ziff. 15.16 EMCA.....	124
b)	Der Begriff Konzerninteresse.....	125
i.	Keine Probleme durch Unbestimmtheit laut EMCA.....	126
ii.	Tatsächliche Probleme durch Unbestimmtheit	126

c)	Die Modifizierung eines Rozenblum-Merkmales	127
i.	Prüfungsmerkmale der Rechtsprechung	128
ii.	Anpassungen des EMCA	130
d)	Gruppenpolitik	131
e)	Nachteilsausgleich	131
i.	Anforderungen an die Informationsbeschaffung	132
ii.	Bewertung der Vor- und Nachteile	133
f)	Merkmal Existenzgefährdung	135
g)	Kein Nachteilsausgleich bei hundertprozentigen Tochtergesellschaften	136
h)	Umgang mit Zweifelsfällen	137
i.	Bedingungslose Folgepflicht	138
ii.	Recht zu Widersprechen	139
iii.	Lösungsansatz des EMCA	141
3)	Haftung der Muttergesellschaft	142
a)	Verantwortlichkeit für die Zeit ab Kriseneintritt	143
i.	Das wrongful-trading Konzept	144
ii.	Kenntnis der Muttergesellschaft als Anspruchsvoraussetzung	145
b)	Verantwortlichkeit für die Zeit vor der Krise	147
i.	Enge Auslegung	148
ii.	Weite Auslegung	148
iii.	Stellungnahme	149
	§ 7 Bewertung der Modelle	153
I.	Verhältnis von Möglichkeit der Einflussnahme und Gläubigerschutz	153

II.	Vergleich des Schutzniveaus der Regelungsmodelle im Hinblick auf Gläubigerschutz in der abhängigen Gesellschaft	154
1)	Übersicht über die Regelungsmodelle	154
a)	Regelungsvorschläge zur Anerkennung des Konzerninteresses.....	154
b)	Die Möglichkeiten der Einflussnahme nach deutschem Recht	157
c)	Unterscheidung zwischen dauerhafter und bloß zeitlicher Entnahme von Ressourcen	159
d)	Einordnung von Vertragskonzernen	160
2)	Modelle mit zeitlich gestreckter Entnahme.....	161
a)	Unterschiedlicher Anwendungsbereich von Forum Europeum und EMCA	161
b)	Unterschiedliches Schutzniveau von Rozenblum-Ansatz und dem Nachteilsausgleich des § 311 AktG.....	162
i.	Anwendungsbereich der Einflussnahmemöglichkeit.....	162
ii.	Anforderungen an den Nachteilsausgleich	163
c)	Rechtsfolgen bei Verstoß gegen den Nachteilsausgleich	164
i.	Schäden nach Eintritt des „Krisenzeitpunktes“	164
ii.	Vor der Krise entstandene Schäden....	166
3)	Modelle mit dauerhafter Entnahme	167
a)	Beschränkung auf Tochtergesellschaften im Alleinbesitz	167
b)	Dauerhafte Entnahme auch bei abhängiger AG	168
c)	Kleine Unterschiede zwischen den Regelungsvorschlägen und dem faktischen GmbH-Konzern	168
4)	Ergebnisse des Vergleichs	170

§ 8 Eigener Lösungsansatz zum Schutz der Geschäftsleiter in der abhängigen Gesellschaft: Anwendung der Regeln zur unternehmerischen Entscheidung innerhalb des EMCA Ansatzes	173
I. Unsicherheiten für Geschäftsleiter nach dem EMCA Modell	173
II. Die Business Judgement Rule für unternehmerische Entscheidungen	175
1) Wohl der Gesellschaft	176
2) Informationsgrundlage.....	177
3) Unverantwortlichkeit	177
4) Interessenkonflikte	178
5) Legalitätspflicht.....	179
6) Dogmatische Einordnung	180
III. Anerkennung von Konzerninteressen über die business judgement rule	180
IV. Verschränkung des Rozenblum Ansatzes mit der Business Judgement Rule	182
1) Funktionsweise der Verschränkung.....	183
2) Modifikation der Merkmale.....	184
V. Auswirkungen auf beteiligte Interessenträger.....	188
1) Gläubiger der abhängigen Gesellschaft.....	188
2) Herrschende Gesellschaft	190
3) Geschäftsleiter der abhängigen Gesellschaft	190
VI. Zusammenfassung des Lösungsansatzes	191
§ 9 Ausblick: Vorteile einer europaweiten Anerkennung des Konzerninteresses	193
§ 10 Zusammenfassung in Thesenform	195
Literaturverzeichnis	201

§ 1 Einleitung

I. Problemstellung

Wird von der Aktiönsrechte-Richtlinie im Jahr 2007 abgesehen, konnte der Eindruck gewonnen werden, der nationale, wie auch der supranationale Gesetzgeber mache einen Bogen um das Thema Konzernrecht. Jedoch kündigte die Europäische Kommission im gesellschaftsrechtlichen Aktionsplan von 2012 an, eine Initiative zur besseren Anerkennung des Begriffs Gruppeninteresse vorzulegen.¹ Dieser Ankündigung lag der Bericht einer von der Kommission eingesetzten Expertengruppe, der sog. Reflection Group, aus dem Jahr 2011 zugrunde.²

Mit der „Anerkennung des Gruppeninteresses“ sollte sich nach Auffassung der Kommission einer speziellen Problemstellung angenommen werden: Dem Schaffen von Rechtssicherheit für Geschäftsleiter von abhängigen Gesellschaften hinsichtlich der Frage, ob sie ihr Handeln lediglich am Interesse der eigenen Gesellschaft ausrichten müssen oder ob sie auch andere Interessen, wie ein Konzerninteresse, berücksichtigen dürfen.³ Für dieses „berücksichtigen dürfen“ wurden einige Vorteile angeführt, allen voran würde Rechtssicherheit für das Handeln eines Konzerns in grenzüberschreitenden Sachverhalten gewährleistet.⁴

¹ Aktionsplan der Europäischen Kommission, Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance - ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, COM (2012) 740 final, S. 17.

² Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, S. 59 ff., Mitglieder des Kollektivs waren *Antunes, Baums, Clarke, Conac, Enriques, Hanak, Hansen, de Kluiver, Knapp, Lenoir, Linnainmaa, Solysinski, Wymeersch*.

³ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, S. 60.

⁴ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, S. 61.

In einem europaweitem Rechtsvergleich hatte die Reflection Group verschiedene nationale Mechanismen, welche ein Handeln im Gruppen- bzw. Konzerninteresse⁵ unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, identifiziert und gegenübergestellt. Dabei hat die Gruppe angedeutet, dass sie für eine europaweit realisierbare Umsetzung den sog. Rozenblum-Ansatz nach französischem Vorbild präferieren würde.⁶ Dabei betonte sie auch, dass bei einem solchen Vorgehen systematische Unterschiede zum deutschen Konzernrecht, insbesondere zum Recht der Vertragskonzerne, problematisch sein könnten.⁷

Besondere Brisanz erhält die Thematik durch die Tatsache, dass sich der historische Gesetzgeber des AktG von 1965 bewusst von der Anerkennung des Konzerninteresses abgewandt hatte.⁸ Durch die Abschaffung der Regelung des § 101 AktG 1937 sollte die Meinung gesetzlich festgeschrieben werden, nach der Konzerninteressen grundsätzlich nicht geeignet sein sollten, um eine Schädigung von Konzerngesellschaften mit außenstehenden Aktionären zu rechtfertigen.⁹ Im Vergleich zu den europäischen Nachbarn ist dadurch für das deutsche Gesellschaftsrecht ein alternativer Weg vorgezeichnet worden. Eine Ausrichtung auf die Interessen des Konzerns soll für die abhängige Gesellschaft im Grundsatz nur zulässig sein, sofern ein Unternehmensvertrag in Form eines Beherrschungsvertrags abgeschlossen wurde.¹⁰

Die EU-Initiative wurde entgegen der Ankündigung im Aktionsplan von 2012 bisher nicht vorgelegt. Gleichwohl wurde von der Kommission eine weitere Expertengruppe beauftragt, einen Bericht speziell hinsichtlich der Anerkennung des Konzerninteresses vorzubereiten. Dieser Bericht der Informal Company Law Expert Group (ICLEG) wurde im

⁵ Die Begriffe werden in Praxis wie Rechtswissenschaft synonym verwendet. Dafür soll den Begriffen hier die gleiche Bedeutung zukommen. Vorrangig wird hier der Begriff Konzern bzw. Konzerninteresse verwendet, da sich dieser Begriff in der deutschen Rechtssprache zu Verbundenen Unternehmen im Sinne von § 15 ff. AktG etabliert hat.

⁶ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, S. 64 f.; wobei sich offenbar nicht alle Mitglieder der Expertengruppe einig waren; näher zum Rozenblum-Ansatz siehe S. 107 ff.

⁷ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, S. 64.

⁸ Näher dazu auch unten S. 88 f.

⁹ BegRegE bei *Kropff*, Textausgabe AktG (1965), S. 407.

¹⁰ BegRegE bei *Kropff*, Textausgabe AktG (1965), S. 374 und 407; *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Rn. 356; *Hoffmann-Becking* in FS Hommelhoff (2012), 433, 438.