

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 42

Gläubigerschutz in der grenzüberschreitenden Konzerngesellschaft

**Eine international-privatrechtliche Untersuchung am
Beispiel der abhängigen englischen Kapitalgesellschaft
mit Verwaltungssitz in Deutschland**

Von

Eike Thomas Bicker



Duncker & Humblot · Berlin

EIKE THOMAS BICKER

Gläubigerschutz in der grenzüberschreitenden
Konzerngesellschaft

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben im Auftrag des Instituts für Europäisches Wirtschaftsrecht
der Universität Erlangen-Nürnberg
durch die Professoren Dr. Thomas Ackermann und
Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 42

Gläubigerschutz in der grenzüberschreitenden Konzerngesellschaft

Eine international-privatrechtliche Untersuchung
am Beispiel der abhängigen englischen Kapitalgesellschaft
mit Verwaltungssitz in Deutschland

Von

Eike Thomas Bicker



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2006 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-12368-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Bislang waren Unternehmen, die ihr wirtschaftliches Engagement von einem Mitgliedstaat auf andere erweiterten wollten, auf die Gründung von ausländischen Tochtergesellschaften oder rechtlich unselbständigen Zweigniederlassungen angewiesen. Neben der nunmehr bestehenden Möglichkeit eine SE als abhängiges oder herrschendes Konzernunternehmen zu gründen, tritt im Zuge der neueren Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit eine weitere Gestaltungsvariante hinzu: Der Aufbau einer grenzüberschreitenden Konzernstruktur mittels abhängiger Scheinauslandsgesellschaften. Vorteil dieser Gestaltungsvariante ist vor allem, dass der gesamte multinationale Konzern hierdurch einem einheitlichen Gesellschaftsrecht unterworfen werden kann.

Diese Entwicklung ist mit den Bestrebungen zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Konzernrechts in Zusammenhang zu sehen, die durch den Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts neue Impulse erhalten haben. Danach sollen Gläubigerschutzprobleme, die sich anlässlich einer Konzernverbindung ergeben, in Anlehnung an die englische (und französische) Rechtsordnung vor allem auf Grund einer Haftung wegen *wrongful trading* gelöst werden. Bislang ist nicht geklärt, wie sich die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit zu diesen Harmonisierungsbestrebungen verhält.

Die bisherigen den Gläubigerschutz betreffenden Analysen beschäftigten sich ausschließlich mit unabhängigen Scheinauslandsgesellschaften, obwohl gerade im Konzern das Ausfallrisiko der Gläubiger deutlich erhöht ist und zudem die gängigen gesellschaftsrechtlichen Begründungsmuster nicht ohne weiteres auf den Konzernsachverhalt übertragen werden können. Die vorliegende Arbeit unternimmt es, diese Lücke zu schließen. Weil die Rechtsform der englischen *private limited company* für grenzüberschreitende Konzerngestaltungen besonders attraktiv erscheint, wird die Frage des Gläubigerschutzes am Beispiel der abhängigen englischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland untersucht, zumal auch das von der EU-Kommission favorisierte Haftungsmodell an die englische Regelung der Haftung wegen *wrongful trading* angelehnt ist.

Die Frage des Gläubigerschutzes in der grenzüberschreitenden Konzerngesellschaft veranlasst dabei zum einen kollisionsrechtliche Überlegungen, wobei insbesondere die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte von Insol-

venz- und Gesellschaftsstatut Probleme bereitet. Zum anderen ist eine Erforschung und Bewertung des englischen Rechts notwendig, um beurteilen zu können, ob die Anwendung deutscher Gläubigerschutznormen zur Schließung etwaiger Schutzlücken im englischen Recht erforderlich erscheint.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg hat die Arbeit im Sommersemester 2006 als Dissertation angenommen; Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum Stand Herbst 2006 berücksichtigt. Entstanden ist die Arbeit während meiner mehrjährigen Tätigkeit am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht von Herrn Prof. Dr. Uwe Blaurock und während meines Studienaufenthaltes an der Universität Cambridge in Großbritannien. Herrn Prof. Dr. Uwe Blaurock, der die Arbeit auch betreut hat, danke ich für die langjährige und unermüdliche Unterstützung. Herrn Prof. Dr. Gerhard Hohloch danke ich für die überaus rasche Erstellung des Zweitgutachtens. An der Universität Cambridge bin ich meinen akademischen Lehrern Frau Prof. Dr. Eilís Ferran und Herrn Senior Lecturer John Armour zu Dank verpflichtet. Besonderen Dank schulde ich meinen Eltern, ohne deren seit jeher erfolgten Förderung ich dieses Buch nicht hätte schreiben können. Ihnen widme ich die vorliegende Arbeit. Frau Maren Poeck danke ich für ihren steten Zuspruch und Unterstützung. Außerdem bin ich ihr für die Korrektur der Arbeit dankbar. Herrn Christoph Kuhn und Herrn David Barst danke ich für die kritische Auseinandersetzung mit den Thesen dieser Arbeit.

Freiburg, im November 2006

Eike Bicker

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Europäisches Konzernrecht	20
B. Europäische Niederlassungsfreiheit und Gläubigerschutz im Konzern	20
I. Unterkapitalisierung	21
II. Vermögensvermischung und Vermögensentzug	22
III. Transparenz und Konzernvertrauen	22
C. Attraktivität der „grenzüberschreitenden Konzerngesellschaft“	23
D. Zu untersuchende Fragestellungen und Gang der Darstellung	26

Erster Teil

Die grenzüberschreitende Konzerngesellschaft – Identitätswahrende Sitzverlegung, internationales Gesellschafts- und Konzernrecht 28

§ 1 Grenzüberschreitende Sitzverlegung und nationales IPR	28
A. Rechtsdogmatische Anknüpfungspunkte	28
I. Sitztheorie	28
II. Gründungstheorie	30
III. Vermittelnde Lehren	30
B. Deutsches Kollisions- und Sachrecht	31
C. Englisches Kollisions- und Sachrecht	31
§ 2 Grenzüberschreitende Sitzverlegung unter europäischen Gesichtspunkten	33
A. Sitzverlegungsrichtlinie	33
B. Recht der freien Niederlassung	34
C. Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit	35
I. <i>Daily Mail</i> (1988)	35
II. <i>Centros</i> (1999)	36
III. <i>Überseering</i> (2002)	37
IV. <i>Inspire Art</i> (2003)	38
D. Reaktionen der deutschen Gerichte auf die Rechtsprechung des EuGH	41
§ 3 Konturen eines europäischen internationalen Gesellschaftsrechts ...	45
A. Reichweite der Gründungsanknüpfung	45
I. Maßgeblichkeit des ausländischen Gesellschaftsstatuts	45

II.	Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut?	47
1.	Normenqualifikations- und Trennungstheorie	51
2.	Einheitstheorie	53
3.	Ein Vorschlag de lege ferenda	57
B.	Teleologische Reduktion des Schutzbereichs der Niederlassungs- freiheit	60
I.	Entwicklung der Warenverkehrsfreiheit	60
II.	Verallgemeinerungsfähigkeit der <i>Keck</i> -Rechtsprechung	61
III.	Übertragbarkeit der <i>Keck</i> -Rechtsprechung auf die Niederlassungs- freiheit	62
C.	Rechtfertigung von Niederlassungsbeschränkungen	63
I.	Zur Verhinderung von Missbrauch und Betrug	64
1.	Missbrauch des Gemeinschaftsrechts	64
a)	Umgehung inländischer Tätigkeitsverbote	65
b)	Auslandsgesellschaft fungiert ausschließlich als Schuldenträgerin	66
c)	Wegen Missbrauchs der juristischen Person	66
2.	Betrug	67
II.	Aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses	68
1.	Maßstab des Erforderlichkeitskriteriums	68
2.	Prinzip der gegenseitigen Anerkennung	69
3.	Das Konzept der privatautonomen Risikoabsicherung	70
§ 4	Auswirkungen auf das internationale Konzernrecht	71
A.	Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft?	71
I.	Bisherige Stellungnahmen in der Literatur	72
II.	Dogmatische Lösungsansätze	72
1.	Versteckte Kollisionsnormen im deutschen Konzernrecht?	72
2.	Eingriffsnormenqualität konzernrechtlicher Regelungen	73
3.	Vertragsrechtliche und deliktsrechtliche Qualifikation	74
4.	Wirtschaftsrechtliche Qualifikation	76
5.	Ergebnisorientierte Anknüpfung	77
6.	Theorie vom „Sitz der Rechtsverhältnisse“ und Schutzzweck- überlegungen	78
7.	Gesellschaftsrechtliche Anknüpfung	79
B.	Kollisionsrechtliche Behandlung der abhängigen englischen Kapital- gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland	80
I.	Englische Muttergesellschaft und englische Tochtergesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland	80
1.	Vertragskonzern	80
2.	Faktischer Konzern	82
II.	Deutsche Muttergesellschaft und englische Tochtergesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland	82
III.	Inländischer <i>limited company</i> -Konzern	83

Zweiter Teil

Englisches und deutsches Recht der Unternehmensgruppe	84
§ 5 Das englische Recht der Unternehmensgruppe	84
A. Begriff der Unternehmensgruppe im englischen Recht	84
B. Publizitätsvorschriften und das Konzept der privatautonomen Risikoabsicherung	86
C. Kapitalschutz	90
I. Vorschriften zum Mindestkapital (<i>minimum capital</i>)	90
II. Begriff des Grundkapitals und Kapitalaufbringungsrecht	91
III. Materielle Kapitalerhaltungsregeln (<i>capital maintenance</i>)	92
D. Durchgriffshaftung im Konzern (<i>piercing the corporate veil</i>)	95
I. Das Prinzip der rechtlichen Selbständigkeit (<i>separate legal entity doctrine</i>)	95
II. Liberaler Ansatz im Konzern	96
III. Herrschende restriktive Auffassung	97
1. Das Argument der „wirtschaftlichen Einheit“	98
2. <i>Façade or mere sham</i>	98
3. <i>Agency Argument</i>	99
IV. Bestätigung der restriktiven Rechtsprechung	100
V. Gründe für die englische Zurückhaltung in Haftungsfragen	100
VI. Alternativen zur Durchgriffshaftung (<i>piercing the corporate veil</i>)	102
1. Garantieerklärungen	102
2. <i>Tort</i>	103
3. <i>Vicarious liability</i>	104
E. Geschäftsführerpflichten (<i>directors' duties</i>)	106
I. Geschäftsführerpflichten im Konzern	106
II. Geschäftsführerpflichten bezüglich Gläubigerinteressen (<i>directors' duties to take into account creditors' interests</i>)	108
1. Wesen der Pflicht	108
2. Tatbestandsvoraussetzungen	110
3. Normadressatenkreis und Anwendbarkeit auf die Muttergesellschaft	111
a) Die Muttergesellschaft als <i>de facto director</i>	111
b) Die Muttergesellschaft als <i>shadow director</i>	112
4. Bewertung	113
F. Insolvenzrechtliche Haftungs- und Anfechtungstatbestände	117
I. <i>Fraudulent trading</i> (s. 213 IA 1986)	117
1. Tatbestand	117
2. Konzernrechtspraxis	119

II.	<i>Wrongful trading</i> (s. 214 IA 1986)	120
1.	Tatbestand	120
a)	Insolvenzverfahren	121
b)	Sorgfaltsmaßstab	121
c)	<i>Moment of truth</i>	122
d)	„ <i>Every step-defence</i> “	124
2.	Rechtsfolge	125
3.	Normadressatenkreis und Anwendbarkeit auf die Muttergesellschaft	126
a)	<i>De facto director</i>	126
b)	<i>Shadow director</i>	127
4.	Konzernrechtspraxis	129
a)	Durchsetzungsmangel	129
b)	Haftungsrechtliche Zurückhaltung	131
c)	Die Muttergesellschaft als <i>shadow director</i>	132
5.	Zusammenfassung der Ergebnisse	133
III.	Insolvenzanfechtungstatbestände	134
1.	<i>Transactions at an undervalue</i> (s. 238 IA 1986)	134
2.	<i>Unlawful preferences</i> (s. 239 IA 1986)	135
G.	<i>Disqualification</i> und <i>Investigations</i>	136
I.	<i>Disqualification</i>	137
II.	<i>Investigations</i>	138
§ 6	Das deutsche Recht der Unternehmensgruppe	141
A.	Begriff der Unternehmensgruppe	141
B.	Publizität der Unternehmensgruppe	143
I.	Mitteilungspflichten	143
II.	Rechnungslegungsvorschriften	144
C.	Die konzernspezifische Haftung im Vertragskonzern	147
I.	Haftung im AG-Vertragskonzern	147
1.	Unternehmensvertrag	147
2.	Gläubigerschutz nach den §§ 300–310 AktG	148
a)	Haftung nach § 309 AktG und § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 31, 278 BGB	148
b)	Die konzernrechtliche Ausgleichspflicht nach § 302 AktG	150
c)	Beendigung von Vertragskonzernen	151
d)	Das Konzept der Innenhaftung	153
II.	Eingliederungskonzern	153
III.	Haftung im GmbH-Vertragskonzern	153
D.	Die konzernspezifische Haftung im faktischen Konzern	156
I.	Haftung im faktischen AG-Konzern	156
1.	Gläubigerschutz nach den §§ 311–318 AktG	156
2.	Schwächen des konzernrechtlichen Gläubigerschutzsystems	158

3. „Qualifizierte“ Nachteilszufügungen	160
a) Problembeschreibung	160
b) Von der Haftung im „qualifiziert faktischen Konzern“ zur Existenzvernichtungshaftung	161
c) Aktienrechtliche Konsequenzen aus dem Rechtsprechungs- wandel	162
aa) Meinungsstand	162
bb) Stellungnahme	162
II. Haftung im faktischen GmbH-Konzern	165
E. Kapitalschutz	168
I. Mindestkapital	168
II. Kapitalerhaltung	171
1. Kapitalschutz bei der GmbH	171
a) Verbot der Einlagenrückgewähr und Konzernfinanzierungs- strategien	171
aa) Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs vom 24.11.2003	171
bb) Auswirkungen auf konzernweite Cash-Pooling Systeme	173
cc) Dualer Gläubigerschutz: Kapitalerhaltungsvorschriften und Existenzvernichtungshaftung	174
b) Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen	175
2. Kapitalschutz bei der AG	177
a) Verbot der Einlagenrückgewähr	177
b) Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen	179
3. Würdigung	180
a) Kapitalerhaltungsrecht	180
b) Kapitalersatzrecht	182
F. Haftung nach allgemeinen Vorschriften	184
I. Vertragliche Haftung	184
II. Konzernrechtliche Vertrauenshaftung	184
III. Deliktsrechtliche Haftung	187
IV. Haftung des herrschenden Unternehmens als „faktischer Geschäftsführer“?	188
G. Gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung	190
I. Existenzvernichtung	190
1. Tatbestandsvoraussetzungen	191
a) Entnahmen mit der Folge weiterer Schäden	192
b) Abzug betriebsnotwendiger Liquidität	193
c) Abzug wichtiger Produktionsmittel und Geschäftsfelder ..	194
d) Cash-Pooling	194
e) Spekulation auf Kosten der Gläubiger	194
2. Rechtsfolgen	196

3. Die Haftung der Schwestergesellschaft (sog. horizontaler Durchgriff)	198
a) Meinungsstand	198
b) Dogmatische Begründungsversuche	199
c) Stellungnahme	200
aa) Kapitalerhaltungsrecht	200
bb) Verhaltenshaftung und Zurechnungsfragen	201
cc) Gefahr von Schutzlücken	202
dd) Einschränkungen bei der horizontalen Haftung	203
d) Zwischenergebnis	203
II. Vermögensvermischung	204
III. Materielle Unterkapitalisierung	205

Dritter Teil

Gläubigerschutz in der abhängigen englischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland	207
A. Begriff der Abhängigkeit	207
B. Kollisions- und europarechtliche Prämissen	208
§ 7 Publizität und Vertrauensschutz	210
A. Eintragung im deutschen Handelsregister	210
B. Firma und Angabe auf Geschäftsbriefen	210
C. Rechnungslegung	211
D. Mitteilungspflichten	212
E. Transparenz und „Konzernvertrauen“	213
I. Publizität der grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe	213
II. Vertragliche Haftung	214
III. Konzernvertrauenshaftung	216
1. Grundsätze einer „Konzernvertrauenshaftung“ in England und Deutschland	216
2. Anwendbarkeit der deutschen „Konzernvertrauenshaftung“ ...	219
§ 8 Gläubigerschutz durch englische Kapitalschutzvorschriften, Geschäftsführerpflichten und <i>piercing the corporate veil</i>	221
A. Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften	221
B. Organisationsverfassung und <i>piercing the corporate veil</i>	224
§ 9 Anwendbarkeit der deutschen oder englischen Insolvenzverschleppungstatbestände	226
A. Anwendbarkeit der englischen <i>fraudulent</i> und <i>wrongful trading</i> Haftung	227

B. Anwendbarkeit der deutschen Insolvenzantragspflichten und der Insolvenzverschleppungshaftung	229
I. Qualifikation	229
1. Meinungsstand in der Literatur	229
2. Stellungnahme	230
a) Insolvenzantragspflichten	230
b) Insolvenzverschleppungshaftung	232
II. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit?	233
1. Meinungsstand	233
2. Stellungnahme	234
a) Berücksichtigung der englischen Haftung aus <i>common law</i>	235
b) Kollisions- und sachrechtliche Folgerungen	237
§ 10 Anwendbarkeit des deutschen Eigenkapitalersatzrechts	243
A. Qualifikation	243
B. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit?	244
§ 11 Anwendbarkeit der deutschen Durchgriffstatbestände	248
A. Existenzvernichtung	248
I. Qualifikation	248
1. Meinungsstand	248
2. Stellungnahme	249
a) Insolvenzrechtliche Qualifikation	249
b) Deliktsrechtliche Qualifikation	249
c) Gesellschaftsrechtliche Qualifikation	250
II. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit?	251
1. Deliktsrechtliche Haftungstatbestände (§§ 826, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 263, 266 StGB)	251
2. Existenzvernichtungshaftung	252
a) Schwächen des Kapitalerhaltungsrechts	253
b) Durchsetzungsdefizit	254
c) Tatbestandliche Schwächen der englischen Haftungstatbestände	255
d) Insolvenzrechtliches Anfechtungsinstrumentarium	257
e) Ergebnis	258
B. Vermögensvermischung	259
I. Qualifikation	259
II. Eingriff in die Niederlassungsfreiheit	260
C. Materielle Unterkapitalisierung	261
§ 12 Anwendbarkeit spezifischer Konzernhaftungstatbestände	265
A. Der konzernrechtliche Verlustausgleich (§ 302 AktG analog)	265
B. Die konzernrechtliche Nachteilsausgleichs- und Schadensersatzpflicht (§§ 311, 317 AktG)	266
C. Konzernrechtliche Treuepflichten	268

Zusammenfassung der Ergebnisse	270
A. Ergebnisse des ersten Teils	270
B. Ergebnisse des zweiten Teils	271
C. Ergebnisse des dritten Teils	276
Ausblick	281
Literaturverzeichnis	283
Sachverzeichnis	318

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	Andere(r) Ansicht
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a. E.	Am Ende
All ER	All England Law Reports
Alt.	Alternative
AmtsG	Amtsgericht
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BCC	British Company Cases
BCLC	Butterworths Company Law Cases
Bd.	Band
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfs
Beschl.	Beschluss
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
CA 1985	Companies Act 1985
CDDA 1986	Company Directors Disqualification Act 1986
Ch.	Chancery
CLJ	Cambridge Law Journal
CSLR	Cambridge Student Law Review
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DTI	Department of Trade and Industry
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
EG	Europäische Gemeinschaften
Einl.	Einleitung
EWHC	England and Wales High Court
Fn.	Fußnote
Harvard L. R.	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch
h. L.	Herrschende Lehre
H. L.	House of Lords

Hrsg.	Herausgeber
IA 1986	Insolvency Act 1986
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
Id.	Idem
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IR	Insolvency Rules
i. S. d.	Im Sinne des/der
i. S. v.	Im Sinne von
J.	Justice
JBL	Journal of Business Law
lit.	litera
LJ.	Lord Justice
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LQR	Law Quarterly Review
m. E.	meines Erachtens
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	Modern Law Review
m. w. N.	Mit weiteren Nachweisen
n. F.	Neue Fassung
No.	number
Nr.	Nummer
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
para.	paragraph
QB	Queens Bench
r.	rule
RefE	Referentenentwurf
RiL-VE	Richtlinienvorentwurf
Rn.	Randnummer
s.	section
SE	Societas Europaea
ss.	sections
Tz.	Textzahl
u. a.	unter anderem
University of Chicago L. R.	University of Chicago Law Review
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
v	versus
v.	von/vom
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung

WLR	Weekly Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert

Wegen der übrigen Abkürzungen vergleiche die Zusammenstellung bei: *Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl., Berlin 2003

Einleitung

Wirtschaftliche Einheiten, in denen zwei oder mehr rechtlich selbständige Einheiten unter einer gemeinsamen wirtschaftlichen Leitung stehen, finden sich in allen entwickelten Volkswirtschaften.¹ Im angloamerikanischen Rechtsraum wird dieses Phänomen als *corporate group* beschrieben², in Deutschland hat sich im juristischen und nichtjuristischen Sprachgebrauch der Begriff des Konzerns etabliert.³ Ein wirtschaftlicher Zusammenschluss von Unternehmen unter Wahrung ihrer rechtlichen Selbständigkeit hat viele wirtschaftliche Vorteile für die Beteiligten, hier seien nur die Gewinnmaximierung aufgrund von Synergieeffekten, die Erhaltung des eigenständigen unternehmerischen *good will* und die Kanalisierung von Haftungsrisiken genannt („Haftungsschott“).⁴ Diesen Vorzügen stehen aber auch erhebliche Nachteile und Gefahren gegenüber. Neben der wirtschaftspolitischen Gefahr der Monopolbildung⁵ steht im Konzern vor allem zu befürchten, dass der herrschende Gesellschafter ein außerhalb der Gesellschaft bestehendes eigenes unternehmerisches Interesse verfolgt und die Gesellschaft deswegen zu Lasten der Minderheitsgesellschafter und der Gläubiger ausbeutet („Konzernkonflikt“). Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich dabei auf den Gläubigerschutz im Konzern.

¹ *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (674); *Hadden*, in: McCahery, *Corporate Control and Accountability*, S. 343–369.

² *Hadden*, *The Control of Corporate Groups*, S. 1 f.; *Blumberg*, *The Law of Corporate Groups*, S. 3 f.

³ Genau genommen knüpft die gesetzliche Regelung des Aktiengesetzes aber an den Begriff des verbundenen Unternehmens (§§ 15 ff., 291 ff. AktG) und nicht an den des Konzerns (§ 15 AktG) an; ausführlich dazu *Raiser/Veil* § 50 Rn. 1 ff. Entsprechend des Sprachgebrauchs soll hier der Begriff des Konzerns allgemein das Phänomen der Unternehmensgruppe umschreiben.

⁴ Ausführlich *Kallfass*, in: Mestmäcker/Behrens, *Gesellschaftsrecht der Konzerne*, S. 19 ff.; *Ferran*, *Company Law and Corporate Finance*, S. 26.

⁵ Soweit die Konzernbildung zum Schutz des Wettbewerbs kontrolliert werden muss, ist dies nicht Aufgabe des Konzernrechts als Teildisziplin des Gesellschaftsrechts, sondern Gegenstand der Fusionskontrollverordnung der EG (ABl. EG Nr. L 24/1 v. 19.1.2004) sowie der §§ 35 ff. GWB.

A. Europäisches Konzernrecht

Obleich mit zunehmender Integration der europäischen Märkte eine einheitliche europäische Regelung zur Lösung dieser Konfliktlage wünschenswert wäre, scheiterten bislang alle Versuche, ein einheitliches Konzernrecht für Europa zu schaffen.⁶ Erst die Aufsehen erregenden Unternehmenszusammenbrüche von *Enron* und *Parmalat* brachten die Diskussion um verbesserte Anleger- und Gläubigerschutznormen wieder auf die europäische Agenda: Die Kommission gab im Sommer 2003 ihren „Aktionsplan“⁷ für eine Reform Europäischen Gesellschaftsrechts bekannt, welcher größtenteils auf der Vorarbeit der *High Level Group of Company Law Experts*⁸ beruht. Auch der „Konzernkonflikt“ wird darin behandelt, wobei von der Kodifizierung eines gruppenspezifischen Rechts abgesehen wird und die Probleme eher in Anlehnung an die englische (und französische) Rechtsordnung mittels verschärfter Publizitätsregeln, einer europäischen Haftung wegen *wrongful trading* und anderer insolvenzrechtlicher Mechanismen – wie etwa einer *substantive consolidation* – gelöst werden sollen.⁹

B. Europäische Niederlassungsfreiheit und Gläubigerschutz im Konzern

Diese zaghafte Harmonisierungsbestrebungen werden aber schon jetzt durch tatsächliche Rechtsentwicklungen im europäischen Gesellschaftsrecht überholt. Denn mit seinen Urteilen *Centros*¹⁰, *Überseering*¹¹ und *Inspire Art*¹² macht der EuGH den Weg frei für den Aufbau grenzüberschreitender Konzernverbindungen mittels abhängiger Scheinauslandsgesellschaften

⁶ Vgl. die gescheiterten Vorentwürfe für eine Konzernrichtlinie in den Jahren 1974/75 (I. Teil aus 1974: DOK Nr. XI/328 74-D, II. Teil aus 1975: DOK Nr. XI/593 75-D; abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 187 ff.) und 1984 (DOK III/1639/84, abgedruckt in ZGR 1985, 444 ff.). Auch der 1998 veröffentlichte Vorschlag des *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 ff., wurde zunächst nicht weiterverfolgt.

⁷ Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament, KOM/2003/284 endg.

⁸ Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4.11.2002.

⁹ Aktionsplan, Ziff. 3.1.3 und Ziff. 3.3; *High Level Group*, S. 73 f., 86, 97 f.

¹⁰ EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97 („Centros“), Slg. 1999, I-1459.

¹¹ EuGH vom 5.11.2002 – Rs. C-208/00 („Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH“), Slg. 2002, I-9919.

¹² EuGH vom 30.9.2003 – Rs. C-167/01 („Inspire Art“).

(„grenzüberschreitende Konzerngesellschaften“). Der EuGH entschied dabei, dass die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) europäischen Gesellschaften das Recht gewährt, ihren Verwaltungssitz identitäts- und rechtsformwährend in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, sofern der Gründungsstaat den Wegzug gestattet.¹³ Die „grenzüberschreitende Konzerngesellschaft“ „importiert“ damit gewissermaßen ihr ausländisches Gesellschaftsrecht in den Zuzugstaat. Weil zudem im internationalen Konzernrecht traditionell das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft den Konzernkonflikt regelt¹⁴, dringen im Wege dieser gesellschaftsrechtlichen Gründungsanknüpfung auch die ordnungspolitischen konzernrechtlichen Vorstellungen des Gründungsstaates in die Rechtsordnung des Sitzstaates ein.

Damit sehen sich die europäischen Rechtsordnungen einem erheblichen Wettbewerb ausgesetzt, was mittelbar zu einer Angleichung der nationalen Regelungen führen wird. Die gesellschaftsrechtliche Diskussion um die Effektivität des gesetzlichen Mindestkapitals und des gesamten Kapitalschutzsystems kontinentaleuropäischer Prägung¹⁵ bilden erst den Anfang für diese Rechtsentwicklung.

Ob sich dabei das regelungsärmste Recht mit dem geringsten Schutzstandard durchsetzen wird (*race to the bottom*), bleibt abzuwarten. Jedenfalls stellen sich damit die hierzulande ausschließlich für die unabhängige Scheinauslandsgesellschaft diskutierten Gläubigerschutzfragen¹⁶ in verschärfter Form: Wegen des in der abhängigen Gesellschaft bestehenden „Konzernkonfliktes“ ist nämlich das Risiko von Konzerngläubigern, mit ihrer Forderung auszufallen, gegenüber anderen Gläubigern deutlich erhöht.¹⁷ Hierfür lassen sich vor allem folgende drei Gründe anführen:

I. Unterkapitalisierung

Erstens besteht die Gefahr, dass die Muttergesellschaft besonders riskante Aktivitäten einer bestimmten Konzerngesellschaft zuordnet und diese gleichzeitig nicht mit der notwendigen Eigenkapitalgrundlage ausstattet, um ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen (sog. Aschenputtelgesellschaften oder materiell unterkapitalisierte Gesellschaften).¹⁸ Stattdessen wird die Gesell-

¹³ EuGH vom 27.9.1988 – Rs. C-81/87 („Daily Mail“), Slg. 1988, 5483.

¹⁴ Vgl. statt aller *Kindler*, in: MünchKomm. BGB, IntGesR, Rn. 549; ausführlich dazu unter § 4.

¹⁵ Dazu § 6 E. I., II. 3.

¹⁶ Vgl. stellvertretend die Einzelberichte in den Sammelbänden *Lutter*, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland; *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften; *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht.

¹⁷ Überblick bei *Hertig/Kanda*, in: Kraakman, *The Anatomy of Corporate Law*, S. 74; *Posner*, *Economic Analysis of Law*, S. 450 f.