

**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

<b>Einleitung</b> .....	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*

<b>Die grenzüberschreitende Konzerngesellschaft – Identitätswahrende Sitzverlegung, internationales Gesellschafts- und Konzernrecht</b>	28
---	----

<b>§ 1 Grenzüberschreitende Sitzverlegung und nationales IPR</b> .....	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
<b>§ 2 Grenzüberschreitende Sitzverlegung unter europäischen Gesichtspunkten</b> .....	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
<b>§ 3 Konturen eines europäischen internationalen Gesellschaftsrechts</b> ...	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
<b>§ 4</b>	<b>Auswirkungen auf das internationale Konzernrecht</b> .....	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*

<b>Englisches und deutsches Recht der Unternehmensgruppe</b>	84
<b>§ 5 Das englische Recht der Unternehmensgruppe</b>	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
<b>§ 6</b>	<b>Das deutsche Recht der Unternehmensgruppe</b>	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*

<b>Gläubigerschutz in der abhängigen englischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland</b>	207
A. Begriff der Abhängigkeit .....	207
B. Kollisions- und europarechtliche Prämissen .....	208
<b>§ 7 Publizität und Vertrauensschutz</b> .....	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
<b>§ 8 Gläubigerschutz durch englische Kapitalschutzvorschriften, Geschäftsführerpflichten und <i>piercing the corporate veil</i></b> .....	221
A. Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften .....	221
B. Organisationsverfassung und <i>piercing the corporate veil</i> .....	224
<b>§ 9 Anwendbarkeit der deutschen oder englischen Insolvenzverschleppungstatbestände</b> .....	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
<b>§ 10 Anwendbarkeit des deutschen Eigenkapitalersatzrechts .....</b>	<b>243</b>
A. Qualifikation .....	243
B. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit? .....	244
<b>§ 11 Anwendbarkeit der deutschen Durchgriffstatbestände .....</b>	<b>248</b>
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
<b>§ 12 Anwendbarkeit spezifischer Konzernhaftungstatbestände .....</b>	<b>265</b>
A. Der konzernrechtliche Verlustausgleich (§ 302 AktG analog) .....	265
B. Die konzernrechtliche Nachteilsausgleichs- und Schadensersatzpflicht (§§ 311, 317 AktG) .....	266
C. Konzernrechtliche Treuepflichten .....	268

<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	270
A. Ergebnisse des ersten Teils .....	270
B. Ergebnisse des zweiten Teils .....	271
C. Ergebnisse des dritten Teils .....	276
<b>Ausblick</b> .....	281
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	283
<b>Sachverzeichnis</b> .....	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.<sup>1</sup> Im angloamerikanischen Rechtsraum wird dieses Phänomen als *corporate group* beschrieben<sup>2</sup>, in Deutschland hat sich im juristischen und nichtjuristischen Sprachgebrauch der Begriff des Konzerns etabliert.<sup>3</sup> 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“).<sup>4</sup> Diesen Vorzügen stehen aber auch erhebliche Nachteile und Gefahren gegenüber. Neben der wirtschaftspolitischen Gefahr der Monopolbildung<sup>5</sup> 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.

---

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

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

<sup>3</sup> 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.

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

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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“<sup>7</sup> für eine Reform Europäischen Gesellschaftsrechts bekannt, welcher größtenteils auf der Vorarbeit der *High Level Group of Company Law Experts*<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

## 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*<sup>10</sup>, *Überseering*<sup>11</sup> und *Inspire Art*<sup>12</sup> macht der EuGH den Weg frei für den Aufbau grenzüberschreitender Konzernverbindungen mittels abhängiger Scheinauslandsgesellschaften

<sup>6</sup> 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.

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

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

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

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

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

<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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 regelt<sup>14</sup>, 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 Prägung<sup>15</sup> 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 Gläubigerschutzfragen<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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).<sup>18</sup> Stattdessen wird die Gesell-

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

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

<sup>15</sup> Dazu § 6 E. I., II. 3.

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

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