

# **Université Paris-Panthéon-Assas**

**école doctorale de droit international, droit européen,  
relations internationales et droit comparé (ED9)**

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 28 juin 2023

En cotutelle avec l'Université de Humboldt (Berlin, Allemagne)

## **Le droit allemand et français des groupes de sociétés à la lumière de l'intégration européenne**



### **Mareike GRUNDMANN**

Sous la direction de Marie-Hélène MONSERIE-BON, Professeur des universités, Université Paris-Panthéon-Assas

Et de Lars KLÖHN, Professeur titulaire, Université de Humboldt

Membres du jury :

Gregor BACHMANN, Professeur titulaire, Université de Humboldt

Caroline COUPET, Professeur des universités, Université Paris-Panthéon-Assas

Christine WINDBLICHER, Professeur émérite, Université de Humboldt

Humboldt-Universität zu Berlin  
Juristische Fakultät  
Unter den Linden 9  
10117 Berlin



**Deutsches und französisches Konzernrecht im Lichte der europäischen Integration**

Eine rechtsvergleichende Studie zur formalrechtlichen Ermöglichung des grenzüberschreitenden Konzerns durch Anerkennung des Gruppeninteresses

Dissertation  
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte (Dr. iur.) der  
Juristischen Fakultät der Humboldt- Universität zu Berlin

vorgelegt  
von

Mareike Grundmann  
\*28.08.1990 in Dortmund

Betreuer: Prof. Dr. Lars Klöhn, LL.M. (Harvard)

22. November 2022

## **INHALTSVERZEICHNIS**

<b><u>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</u></b>	<b><u>IX</u></b>
--	------------------

<b><u>VORWORT.....</u></b>	<b><u>1</u></b>
----------------------------	-----------------

<b><u>TEIL 1 EINFÜHRUNG IN DEN UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND .....</u></b>	<b><u>3</u></b>
--	-----------------

<b>§ 1 EINLEITUNG .....</b>	<b>3</b>
A. FEHLENDES EUROPÄISCHES KONZERNRECHT .....	4
B. DEFINITION UND GRUPPENSTRUKTUREN .....	6
I. Konzernphänomen und Konzernkonflikt.....	6
II. Mögliche Konzernstrukturen.....	7
C. AUSPRÄGUNGEN DES KONZERNS .....	9
<b>§ 2 FRAGESTELLUNG UND UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND .....</b>	<b>11</b>
<b>§ 3 REGULUNGSZWECK DES KONZERNRECHTS .....</b>	<b>15</b>
A. GLÄUBIGER- UND MINDERHEITENSCHUTZ .....	15
B. PRIVILEGIERENDES LEITUNGSINSTRUMENT IM ÜBERGEORDNETEN GRUPPENINTERESSE .....	18
<b>§ 4 ENTSTEHUNGSGESCHICHTE UND STAND DER HARMONISIERUNG.....</b>	<b>19</b>
A. STAND DER HARMONISIERUNG.....	19
I. Harmonisierungsgrad und dessen Ziele .....	19
II. Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit .....	19
B. STAND DER VIELFALT DES FRANZÖSISCHEN „KONZERNRECHTS“ .....	20
I. Einleitung .....	20
II. Entstehung eines Konzerns im französischen Recht .....	21
1. Kapitalbeteiligung.....	21
2. Beherrschender Einfluss.....	22
3. Ausgliederung von Unternehmensteilen .....	23
III. Konzernstruktur.....	23
IV. Résumé.....	23
C. STAND DES DEUTSCHEN KONZERNRECHTS .....	24
I. Einleitung .....	24
II. Entstehung eines Konzerns im deutschen Recht .....	25
III. Konzernstruktur.....	26
D. VERGLEICH .....	27
E. BESTREBUNGEN EINES EINHEITLICHEN EUROPÄISCHEN KONZERNRECHTS.....	28
F. NOTWENDIGKEIT EINER HARMONISIERUNG .....	31
I. Möglichkeit der Gründung von Zweigniederlassungen.....	32
II. Grenzüberschreitende Konzerngesellschaft als abhängige Scheinauslandsgesellschaft.....	32
III. Keine Harmonisierung durch SE-VO .....	34
IV. Verlust von Flexibilität geschaffen durch rechtstatsächliche Gegebenheiten? .....	35
V. Einschreiten des Europäischen Gesetzgebers.....	36

<b><u>TEIL 2 ÖKONOMISCHE ANALYSE DES GRENZÜBERSCHREITENDEN KONZERNS.....</u></b>	<b><u>38</u></b>
--	------------------

<b>§ 1 ÖKONOMISCHE GRÜNDE FÜR DIE KONZERNIERUNG .....</b>	<b>39</b>
A. VORTEILE FÜR DIE MUTTERGESELLSCHAFT .....	43
I. Haftungsbeschränkung.....	43
1. Haftungssegmentierung.....	43

2. Kapitalkosten.....	44
II. Eroberung ausländischer Märkte in ausländischen Rechtsordnungen.....	45
III. Unterteilung und Übertragung von Gesellschaftsanteilen.....	45
IV. Konzerninterne Transaktionen.....	46
B. VORTEILE FÜR DIE GLÄUBIGER.....	46
I. Risikoallokation.....	47
II. Senkung von Informationskosten.....	47
III. Ende der Konkurrenz mit Gläubigern der Muttergesellschaft.....	48
<b>§ 2 GEFAHREN FÜR GLÄUBIGER UND MINDERHEITSGESELLSCHAFTER.....</b>	<b>48</b>
A. GEFAHREN FÜR DIE GLÄUBIGER.....	48
I. Verstärkung des Agenturkonflikts zwischen Muttergesellschaft und Gläubiger.....	48
II. Risiko der Vermögensverwässerung und -ersetzung.....	50
III. Risikoexternalisierung insbesondere bei unfreiwilligen Gläubigern.....	51
IV. Fazit.....	51
B. GEFAHREN FÜR DIE MINDERHEITSGESELLSCHAFTER.....	52
I. Agenturkonflikt zwischen Minderheits- und Mehrheitsgesellschaftern.....	52
II. Zweckentfremdung der Einlagen.....	53
III. Gewinnverlagerung auf andere Gesellschaften.....	53
IV. Fazit.....	54
<b>§ 3 REGELUNGSFUNKTION DES RECHTS DER KONZERNSTRUKTURIERUNG.....</b>	<b>54</b>
A. OPTIMALE KONZERNSTRUKTUR.....	54
B. INSTRUMENTE EINER OPTIMALEN KONZERNLEITUNG.....	57
<b>§ 4 ERMÖGLICHUNGSFUNKTION DES KONZERNRECHTS.....</b>	<b>58</b>

**TEIL 3 GESELLSCHAFTSRECHTLICHE GRENZEN DER KONZERNLEITUNG IM GRENZÜBERSCHREITENDEN KONZERN..... 60**

<b>§ 1 MÖGLICHKEIT EINER ZENTRALISIERTEN KONZERNLEITUNG.....</b>	<b>60</b>
A. DIREKTE KONZERNLEITUNG DER MUTTER.....	61
I. Rechtliche Durchsetzung.....	61
1. Formelle Geschäftsführung.....	61
2. Weisungsrecht.....	61
a) Gesellschaftsrechtlich begründet.....	61
b) Arbeitsrechtlich vermittelt: Anstellungsvertrag des Tochtergeschäftsführers mit der Muttergesellschaft.....	63
aa) Französisches Recht.....	63
bb) Deutsches Recht.....	65
II. Faktische Durchsetzung.....	66
III. Bewertung.....	67
B. INDIREKTE KONZERNLEITUNG DER MUTTER.....	68
I. Personelle Verflechtungen und Doppelmandate.....	68
1. Französisches Recht: <i>cumul des mandats sociaux</i> .....	68
2. Deutsches Recht: Doppelmandate.....	71
II. Finanzielle Beteiligung der Geschäftsführer am Erfolg der Muttergesellschaft.....	72
III. Gesprächskreise, gemeinsame Ausschüsse und Komitees.....	72
IV. Konzernrichtlinien.....	73
C. KONZERNRECHTLICHE ANWENDUNGSBEISPIELE.....	73
I. Funktionszuweisung im Konzern.....	74
II. Konzernweiter Cash-Pool.....	74
<b>§ 2 FAKTISCHE GESCHÄFTSFÜHRUNG.....</b>	<b>75</b>
A. FRANZÖSISCHES RECHT: <i>DIRIGEANT DE FAIT</i> .....	76
B. DEUTSCHES RECHT.....	78

I. Keine Verdrängung der formellen Geschäftsleiter.....	79
II. Organtypisches Handeln im Außenverhältnis .....	79
1. Hervortreten der Einflussnahme nach außen .....	79
2. Eigenes Handeln .....	81
III. Billigung durch die Gesellschafter .....	81
IV. Amtstauglichkeit, § 6 Abs. 2 GmbHG .....	82
V. Wahrnehmung organspezifischer Funktionen.....	83
VI. Konzernspezifische Anwendungsbeispiele .....	85
<b>§ 3 KAPITALERHALTUNGSVORSCHRIFTEN .....</b>	<b>86</b>
A. FRANZÖSISCHE KAPITALERHALTUNGSVORSCHRIFTEN UND VERMÖGENSSCHUTZ .....	86
I. Grundsätze .....	87
1. Grundsatz der Unantastbarkeit ( <i>principe d'intangibilité</i> ) .....	87
2. Grundsatz der Unveränderlichkeit ( <i>principe de fixité</i> ) .....	87
3. Bewertung .....	87
II. Sanktionen.....	88
1. Wirtschaftsstrafrecht: Dividendenverbot ( <i>interdiction des dividendes</i> ), art. L. 241-3 2° CCom und art. L. 242-6 1° iVm 224-1 CCom .....	88
2. Wirtschaftsstrafrecht: Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen ( <i>abus de biens sociaux</i> ), art. L. 241-3 4° CCom und art. L. 242-6 3° iVm 244-1 CCom.....	90
a) Täter: rechtlicher sowie faktischer Geschäftsführer .....	90
b) Objektiver Tatbestand ( <i>élément matériel</i> ) .....	91
c) Subjektiver Tatbestand ( <i>élément intentionnel</i> ) .....	92
d) Rechtfertigung – Rozenblum Rechtsprechung.....	93
aa) Verfestigte Gruppenstruktur und kohärente Gruppenpolitik.....	94
bb) Gegenleistung oder fehlende Störung des Gleichgewichts .....	95
(1) Begriff der Gegenleistung .....	96
(2) Fehlende Störung des Gleichgewichts .....	97
cc) Keine Überschreitung der finanziellen Möglichkeiten .....	98
e) Mittäterschaft ( <i>complicité</i> ) .....	98
f) Gerichtliche Geltendmachung .....	98
3. Gesellschaftsrecht: Haftung für Gesetzesverstoß, art. L. 223-22 CCom und art. L. 225-251 iVm 227-8 CCom .....	100
4. Zivilrecht: Rückforderung von fiktiven Dividenden ( <i>répétition des dividendes fictifs</i> ), art. L. 223-40 CCom und art. L. 232-17 CCom iVm 227-1 al. 2 CCom.....	100
5. Fazit .....	101
B. DEUTSCHE KAPITALERHALTUNGSVORSCHRIFTEN .....	102
I. Grundsätze .....	102
1. Schutz des Stammkapitals, § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG .....	102
a) Auszahlungsverbot .....	102
b) Normzweck.....	105
c) Schutzzweck.....	106
d) Verhältnis zu anderen Kapitalschutzregeln.....	106
e) Verhältnis zum haftungsrechtlichen Vermögensschutz.....	107
f) Konzernspezifische Besonderheiten .....	107
2. Kreditgewährungsverbot, § 43a GmbHG .....	112
II. Sanktionen.....	114
1. Rückgewähranspruch der Gesellschaft, § 31 GmbHG.....	114
a) Inhalt und Umfang des Rückgewähranspruchs.....	115
b) Anspruchsberechtigte .....	115
c) Anspruchsgegner .....	117
d) Anspruchskonkurrenzen .....	117
2. Organhaftung, § 43 GmbHG .....	118
a) § 43 Abs. 3 GmbHG .....	118

b) § 43 Abs. 2 GmbHG .....	118
3. Fazit .....	122
C. EUROPÄISCHES KAPITALERHALTUNGSRECHT.....	122
D. FAZIT .....	122
<b>§ 4 EIGENHAFTUNG DER MUTTERGESELLSCHAFT .....</b>	<b>123</b>
A. STRAFRECHTLICHE HAFTUNG.....	123
I. Hehlerei ( <i>recel</i> ), art. 321-1 CPén. ....	123
II. Untreue, § 266 StGB .....	123
B. ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG .....	125
I. Französisches Recht.....	125
1. Haftung als Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft .....	125
a) Haftung für Geschäftsführungsfehler ( <i>faute de gestion</i> ), art. L. 223-22 und L. 225-251 iVm 227-8 CCom. ....	125
b) <i>Faute séparable des fonctions</i> .....	126
c) Geltendmachung .....	131
aa) <i>Actio pro socio</i> ( <i>action sociale ut singuli</i> ).....	131
bb) Einzelklage ( <i>action individuelle</i> ) .....	132
d) Organhaftung im Konzern .....	133
e) Organhaftung jenseits von Geschäftsführungsmaßnahmen .....	136
2. Treuepflicht der Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft .....	138
3. Deliktische Haftung für Verrichtungsgehilfen, Art. 1242 CCiv. ....	139
4. Mehrheitsmissbrauch ( <i>abus de majorité</i> ) .....	140
5. Eigenhaftung der Gesellschafter .....	143
II. Deutsches Recht .....	147
1. Treuepflichtverletzung als Mehrheitsgesellschafterin der Tochtergesellschaft .....	147
a) Inhalt .....	147
b) Beispiele .....	149
c) Rechtsfolgen .....	150
d) Fazit .....	152
2. Grundsatz der Gleichbehandlung.....	152
C. FAZIT .....	152
<b>§ 5 SONSTIGE MINDERHEITENRECHTE .....</b>	<b>153</b>
A. INFORMATIONSRECHTE .....	153
I. Französisches Recht.....	153
II. Deutsches Recht .....	154
B. KONTROLLRECHTE .....	155
I. Französisches Recht.....	155
1. <i>Expertise de gestion</i> , art. L. 223-37 CCom. und art. 225-231 iVm 227-1 al. 3 CCom.....	155
2. <i>Expertise in futurum</i> , art. 145 CPC .....	158
3. Weitere Kontrollpersonen.....	158
4. Vorläufiger Verwalter ( <i>administrateur provisoire</i> ).....	159
5. Fazit .....	161
II. Deutsches Recht .....	161
1. Anrufung der Gesellschafterversammlung – Beschlusskontrolle, § 50 GmbHG .....	161
2. Einsetzung eines Sonderprüfers, § 46 Nr. 6 GmbHG.....	162
3. Abberufung der Geschäftsführer .....	162
4. Fazit .....	163
C. STIMMVERBOT .....	163
D. AUSTRITTSRECHT .....	164
<b>§ 6 BEWERTUNG .....</b>	<b>165</b>
A. KAPITALERHALTUNGSRECHT .....	166
B. EIGENHAFTUNG .....	168

C. MINDERHEITENRECHTE .....	171
-----------------------------	-----

**TEIL 4 ANERKENNUNG DES GRUPPENINTERESSES..... 172**

<b>§ 1 ÜBERWINDUNG DIESER GRENZEN DURCH EINBEZIEHUNG DES GRUPPENINTERESSES .....</b>	<b>172</b>
A. GESELLSCHAFTSINTERESSE .....	172
I. <i>Intérêt social</i> in Frankreich .....	172
1. Begriff .....	172
2. Rechtsfolgen .....	174
II. Gesellschaftsinteresse in Deutschland .....	175
1. Begriff .....	175
2. Rechtsfolgen .....	176
B. ÜBERWINDUNG DER GRENZEN .....	176
<b>§ 2 KONSOLIDierter BEGRIFF DES GRUPPENINTERESSES .....</b>	<b>177</b>
A. GRUPPENINTERESSE IN FRANKREICH.....	177
I. Gruppeninteresse in der Rechtsprechung.....	178
II. Gruppeninteresse in der Literatur.....	182
III. Gruppeninteresse in der Gesetzgebung.....	183
IV. Zusammenfassung und Ergebnis.....	183
B. GRUPPENINTERESSE IN DEUTSCHLAND.....	183
I. Kein „Eigeninteresse“ der Konzerngesellschaften .....	184
II. Aggregation der Einzelinteressen – quantitative pluralistische Betrachtungsweise .....	185
III. Korporatives Gesamtinteresse – qualitative pluralistische Betrachtungsweise .....	187
IV. Interesse der Muttergesellschaft – monistische Betrachtungsweise .....	190
V. Zusammenfassung und Fazit .....	190
C. GRUPPENINTERESSE AUF EUROPÄISCHER EBENE .....	191
I. Vorschläge der Expertengruppen zum Inhalt des Gruppeninteresses.....	191
II. Binnenmarktorientierte Effizienzerwägungen .....	191
III. Bewertung .....	197
<b>§ 3 EINBEZIEHUNG DES GRUPPENINTERESSES BEI BEWERTUNG DER AUSÜBUNG VON KONZERNLEITUNGSMACHT IN DER TOCHTERGESELLSCHAFT .....</b>	<b>199</b>
A. ROZENBLUM-FORMEL.....	200
I. Allgemeiner Rechtfertigungsgrund .....	200
1. Wirtschaftsstrafrecht.....	200
2. Handels- und Gesellschaftsrecht.....	201
II. Übertragung auf europäisches Konzernleitungsrecht .....	202
B. KONZERNDIMENSIONALE BUSINESS JUDGMENT RULE.....	204
C. WHITE LIST / BLACK LIST .....	207
<b>§ 4 AUSGESTALTUNG DER ANERKENNUNG DES GRUPPENINTERESSES (WIE).....</b>	<b>207</b>

**TEIL 5 GRENZEN DER ANERKENNUNG DES GRUPPENINTERESSES ..... 209**

<b>§ 1 GRENZEN DER ANERKENNUNG DES GRUPPENINTERESSES (UMFANG) .....</b>	<b>209</b>
A. FRANZÖSISCHE INSOLVENZRECHTLICHE REGELUNGEN .....	209
I. Einleitung .....	209
II. Zahlungseinstellung ( <i>état de cessation des paiements</i> ), art. L. 631-1 CCom. ....	210
III. Insolvenzrechtliche Rechtsfolgen .....	212
IV. Haftungsrechtliche Rechtsfolgen .....	213
1. Ausfalldeckungsklage ( <i>action pour insuffisance d’actif</i> ), art. L. 651-2 CCom.....	213
a) Muttergesellschaft als formelle oder faktische Geschäftsführerin.....	214
b) Voraussetzungen der Ausfalldeckungshaftung.....	214

c) Gruppenspezifische Anwendungsbeispiele .....	215
d) Verurteilung des Geschäftsführers .....	215
2. Verfahrenserweiterung ( <i>extension de la procédure</i> ) .....	217
a) Vermögensvermischung ( <i>confusion des patrimoines</i> ).....	218
b) Scheintochtergesellschaft ( <i>fictivé de la filiale</i> ).....	220
c) Rechtsfolgen .....	221
B. DEUTSCHE INSOLVENZRECHTLICHE REGELUNGEN .....	222
I. Tatbestand der Insolvenz .....	222
1. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO .....	222
2. Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO .....	223
3. Überschuldung, § 19 InsO .....	224
II. Insolvenzrechtliche Rechtsfolgen .....	225
III. Haftungsrechtliche Rechtsfolgen .....	225
1. Existenzvernichtungshaftung .....	226
a) Ausgangspunkt: berücksichtigungsfähiges Bestandsinteresse der Tochtergesellschaft .....	226
b) Haftungstatbestand .....	227
c) Haftungsadressaten.....	228
d) Eingriff und Eingriffsfolgen.....	228
e) Rechtsfolgen.....	230
f) Geltendmachung und Konkurrenzen .....	230
g) Bewertung .....	231
2. Insolvenzverschleppungshaftung .....	232
a) Einleitung.....	232
b) § 15a InsO als Schutzgesetz.....	232
c) Geschützter Personenkreis.....	233
d) Objektiver Tatbestand.....	233
e) Ersatzfähiger Schaden .....	233
f) Durchsetzung des Anspruchs .....	235
g) Anspruchsverpflichtete .....	235
h) Strafbarkeit nach § 15a Abs. 4-6 InsO .....	236
3. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife .....	237
a) Haftungserleichterung bei Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs.....	238
b) Keine Privilegierung bei Zahlungen während Insolvenzverschleppung .....	238
c) Pflicht zur Erstattung von Zahlungen .....	238
d) Zahlung an Gesellschafter .....	240
4. Gesellschaftsrechtliche Organhaftung .....	243
5. Vermögensvermischung .....	244
C. BEWERTUNG .....	244
I. Haftung als Gesellschafterin.....	245
II. Haftung als Geschäftsführerin.....	246
<b>§ 2 WEIGERUNGSRECHT DER TOCHTERGESELLSCHAFT .....</b>	<b>248</b>
<b>§ 3 DURCHGRIFFSHAFTUNG (LEVÉE DU VOILE SOCIAL) .....</b>	<b>249</b>
<b>§ 4 FAZIT.....</b>	<b>253</b>
<b>TEIL 6 REGULUNGSVORSCHLAG .....</b>	<b>253</b>
<b>§ 1 WAHL DES REGULUNGSINSTRUMENTS.....</b>	<b>254</b>
A. WAHLMÖGLICHKEITEN DES EUROPÄISCHEN GESETZGEBERS .....	254
I. Richtlinie, Art. 288 Abs. 1, 3 AEUV .....	255
II. Verordnung, Art. 288 Abs. 1, 2 AEUV .....	255
III. Empfehlung, Art. 288 Abs. 1, 5 AEUV .....	255
IV. Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit, Art. 20 EUV.....	256

V. <i>Ius Commune</i> und Code of Conduct ( <i>comply or explain</i> ) .....	256
VI. Fazit .....	256
B. RECHTSGRUNDLAGE .....	257
C. SUBSIDIARITÄTSPRINZIP .....	258
D. GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT .....	259
<b>§ 2 ADRESSATENKREIS DER REGELUNG</b> .....	<b>259</b>
A. GRUPPENSTRUKTUR .....	259
B. ART DER TOCHTERGESELLSCHAFT .....	261
C. EBENE DER GESELLSCHAFTEN .....	263
D. UMFASSENDE HAFTUNGSFREISTELLUNG IN <i>EX ANTE</i> ODER <i>EX POST</i> KONTROLLE .....	264
<b>§ 3 FORMALRECHTLICHE AUSGESTALTUNG DER EUROPÄISCHEN REGELUNG ZUR ANERKENNUNG DES GRUPPENINTERESSES – EFFIZIENZORIENTIERTE ROZENBLUM-FORMEL</b> .....	<b>265</b>
A. TATBESTAND .....	267
I. Kohärente Gruppenpolitik und verfestigte Gruppenstruktur .....	267
II. Anerkannte Interessen .....	268
1. Binnenmarktorientierte Effizienzinteressen .....	268
2. Vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen bei drohender Zahlungsunfähigkeit? .....	269
3. Mitberücksichtigung von Gläubigerinteressen in der effizienzorientierten Betrachtungsweise? ..	272
III. Keine Existenzvernichtung.....	272
IV. Gegenleistung: Teilhabe an Verbundvorteilen .....	273
B. RECHTSFOLGE.....	274
I. Grundsatz .....	274
II. Ausnahme.....	274
1. Organisatorische Maßnahmen.....	274
2. Vermögensmäßige Maßnahmen.....	275
C. FLANKIERENDE MAßNAHMEN .....	276
I. Transparenz- und Informationspflicht.....	276
II. Ad-hoc Informationspflicht .....	276
III. Geltendmachung dieser Informationspflichten .....	277
<b>§ 4 KONZERNSPECIFISCHE ANWENDUNGSBEISPIELE</b> .....	<b>278</b>
A. ZENTRALES CASH-MANAGEMENT .....	278
I. Lösung mit Anerkennung des Gruppeninteresses nach nationalem Recht .....	278
II. Lösung nach effizienzorientierter <i>Rozenblum</i> -Formel .....	279
B. UMLENKUNG VON GESCHÄFTSCHANCEN .....	280
I. Lösung mit Anerkennung des Gruppeninteresses nach nationalem Recht .....	280
II. Lösung nach effizienzorientierter <i>Rozenblum</i> -Formel .....	281
C. FUNKTIONSZUWEISUNG INNERHALB DES KONZERNES.....	281
I. Lösung mit Anerkennung des Gruppeninteresses nach nationalem Recht .....	282
II. Lösung nach effizienzorientierter <i>Rozenblum</i> -Formel .....	282
<b><u>TEIL 7 KRITISCHE WÜRDIGUNG DER ERGEBNISSE UND AUSBLICK</u></b> .....	<b><u>283</u></b>
<b><u>TEIL 8 ZUSAMMENFASSUNG DES WESENTLICHEN ERGEBNISSES IN THESEN</u></b> .....	<b><u>285</u></b>
<b><u>TEIL 9 RESUME SUBSTANTIEL</u></b> .....	<b><u>303</u></b>
<b><u>LITERATURVERZEICHNIS</u></b> .....	<b><u>399</u></b>

## Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AFEP	Association Française des Entreprises Privées
Aff.	Affaire
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft
AJS	American Journal of Sociology
AktG	Aktiengesetz
al.	alinéa
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Art. / art.	Artikel / article
Artt. / artt.	Artikel (plural) / articles
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BeckOKInsO	Beck'scher Online Kommentar InsO
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly Sociétés
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.a.d.	c'est à dire
CA	Cour d'appel
ca.	circa
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise

Cass.civ.	Cour de cassation – chambre civile
Cass.com.	Cour de cassation – chambre commerciale
Cass.crim.	Cour de cassation – chambre criminelle
CCiv.	Code civil
CCom-	Code de commerce
CE	Communautés Européennes
CE	Conseil d'État
Cf.	Consulter
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNPF	Conseil National du Patronat Français
COMI	Center of Main Interest
concl.	conclusion
CPC	Code de procédure civile
CPén.	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
D.	Recueil Dalloz
DB	Der Betrieb
ders. /dies.	derselbe /dieselbe
Diss.	Dissertation
DK	Der Konzern
DOK	Dokument
Dr. sociétés	Droit des sociétés
DstR	Deutsches Steuerrecht
E	Entwurf
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
éd.	édition
EG	Europäische Gemeinschaften
EL	Ergänzungslieferung
EMCA	European Model Company Act
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuInsVO	Verordnung über Insolvenzverfahren
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f. / ff.	folgende / fortfolgende
FECG	Forum Europaeum on Company Groups
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gem.	gemäß
GesR	Gesellschaftsrecht
ggf.	gegebenenfalls

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmbH-StB	GmbH-Steuerberater
Habil.	Habilitationsschrift
H/C/L	GmbHG Großkommentar
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
ICLEG	Informal Company Law Expert Group
id.	idem
IDW PS	Institut der Wirtschaftsprüfer, Prüfungsstandards
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)
JCP E	La Semaine Juridique Entreprise et Affaires
JCP G	La Semaine Juridique Édition générale
JO UE	Journal Officiel de l'Union Européenne
JORF	Journal Officiel de la République française
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
Lfg.	Lieferung
lit.	litera
LPA	Les Petites Affiches
LS	Leitsatz
Mél.	Mélanges
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz
MüKoInsO	Münchener Kommentar zu Insolvenzordnung
mwN	mit weiteren Nachweisen
n°	numéro

nF	neue Fassung
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
obs.	observation
OLG	Oberlandesgericht
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
p.	page
PME	Petites et moyennes entreprises
Rec.	Recueil
RegE	Regierungsentwurf
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RRL	Restrukturierungsrichtlinie
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Satz
S.	Seite
s.	suivant
SA	Société Anonyme
SanInsFoG	Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SE	Societas Europaea
Sec.	Section
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte / sogenannter
somm.	sommaire
StaRUG	Gesetz über den Stabilisierung- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen

st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StR	Revision in Strafsachen
str. / umstr.	strittig / umstritten
s.u.	siehe unten
SUP	Societas Unius Personae
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
TUE	Traité sur l'Union Européenne
u.a.	unter andere / unter anderem
UE	Union Européenne
Urt.	Urteil
v.	vom
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WM	Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZR	Revision in Zivilsachen

## Vorwort

Das Europäische Konzernrecht erfreut sich seit Jahrzehnten in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur größter Beliebtheit und war bereits Gegenstand der Überlegungen zahlreicher Wissenschaftlerkollektive. Dies kommt nicht von ungefähr. Obwohl der Konzern eine hohe praktische Relevanz im Europäischen Binnenmarkt aufweist, besteht kein einheitliches Europäisches Konzernrecht. Im Gegenteil muss konstatiert werden, dass innerhalb der Europäischen Union eine zerklüftete Konzernrechtslandschaft besteht, die weiterhin auf die ordnende Hand des Unionsrechts wartet.<sup>1</sup> Denn das Gesellschaftskollisionsrecht ordnet die Anwendung des Gesellschaftsstatuts der Tochtergesellschaft an, sodass innerhalb einer grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe viele verschiedene Vorschriften für die Konzernführung relevant werden. Für große Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung oder einem Budget für international agierende Wirtschaftskanzleien stellt dies keine unüberwindbare Hürde dar. Etwas anderes gilt für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), die sich aufgrund der prohibitiv hohen Beratungskosten entweder in eine rechtliche Grauzone begeben, oder aufgrund der Rechtsunsicherheit den Weg über die Grenze scheuen. Für sie besteht das folgenschwere Risiko einer Marktzutrittsschranke.

Es ist also mittlerweile rechtspolitischer Konsens, dass die primärrechtlich verbürgte Niederlassungsfreiheit eine Beseitigung dieser Rechtsunsicherheit erfordert. Dabei liegt der Fokus insbesondere auf der einheitlichen Konzernleitung durch die Muttergesellschaft, der in allen Mitgliedstaaten dieselben Rechte garantiert und Pflichten auferlegt werden sollen.

In einem ersten Schritt wird die rechtliche Grundlage des Konzerns dargestellt und auf die einzelnen Harmonisierungsbestrebungen vertieft eingegangen (Teil 1). Bevor die konkreten Voraussetzungen für das Rechte- und Pflichtenprogramm des Europäischen Konzernrechts erarbeitet werden können, muss eruiert werden, welche Akteure im Konzern welche Interessen verfolgen. Anschließend ist zu evaluieren, ob und bejahendenfalls wie diese Interessen zu schützen sind. Die zu betrachtenden Gruppen sind dabei die Muttergesellschaft sowie die Minderheitsgesellschafter und Gläubiger der Tochtergesellschaft. Aber auch die Interessen der Gesamtwirtschaft spielen eine Rolle. Dabei ist vor allem auf die wirtschaftlichen

---

<sup>1</sup> So die sehr bildhafte Beschreibung von *Teichmann*, ZGR 2014, 45.

Anreize und Risiken einer Konzernierung einzugehen und auf die Frage, wie diese in Ausgleich zu bringen sind. Darüber hinaus hält die ökonomische Analyse des grenzüberschreitenden Konzerns auch Hinweise auf die optimale Konzernstruktur bereit, die es rechtlich abzusichern gilt (Teil 2).

Diese sekundärrechtlich zu gewährleistende Leitungsmacht soll sich so friktionslos wie möglich in die Rechtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten einfügen. Hierzu ist unerlässlich, die nationalen Rechtsordnungen einer genauen Untersuchung zu unterziehen. Diese hat zum Ziel, die bereits bestehenden Möglichkeiten einheitlicher Konzernleitung zu beleuchten und sodann ihre Grenzen aufzuzeigen (Teil 3). Als Anschauungsbeispiel dienen die deutsche sowie die französische Rechtsordnung, da zwischen diesen beiden größten Volkswirtschaften in der Europäischen Union ein reger Wirtschaftsverkehr, aber wenig rechtliche Übereinstimmung herrscht. Die zu untersuchenden Grenzen bestehen insbesondere in den Haftungsrisiken, denen die Geschäftsleiter von Mutter und Tochtergesellschaft ausgesetzt sind. Aber auch Minderheitenrechte können die Konzernleitungsmacht der Muttergesellschaft begrenzen. Diese Grenzen können die wirtschaftlichen Vorteile der Konzernierung beseitigen und somit das Potenzial des Europäischen Binnenmarkts nicht vollumfänglich ausschöpfen.

Daher ist die einheitliche Leitung zu privilegieren. Zu prüfen ist, ob und inwieweit die Grenzen durch die Anerkennung des Gruppeninteresses überwunden werden können. Das französische sowie das deutsche Recht halten hier verschiedene Antworten bereit, sodass erwogen wird, die Begriffskonturierung nicht den nationalen Rechtsordnungen zu überlassen, sondern eine autonome Bestimmung vorzunehmen. Diese stützt sich auf binnenmarktorientierte Effizienzerwägungen (Teil 4). Doch auch diese Überwindung der gesellschaftsrechtlichen Grenzen durch Anerkennung des Gruppeninteresses kann nicht schrankenlos gelten. Es werden im weiteren Verlauf mithin die Grenzen der Anerkennung des Gruppeninteresses beleuchtet, die im Insolvenzrecht zu finden sind (Teil 5). Zugleich werden Überlegungen zur Durchgriffshaftung angestellt.

Diese rechtsvergleichende und rechtsökonomische Analyse gestattet es, einen eigenen Regelungsvorschlag für die Ausgestaltung eines Europäischen Konzernleitungsrechts zu erarbeiten und somit dem eingangs beschriebenen untragbaren Zustand fehlenden Europäischen Konzernrechts abzuhelpen. Dabei ist entscheidend, dass die Kriterien einheitlicher grenzüberschreitender Konzernleitung *ex ante* handhabbar sind, sodass

einerseits keine rechtstatsächlichen Gestaltungen abgewürgt werden, welches bei einer zu starren Regelung zu befürchten wäre; andererseits aber auch eine effizienzsteigernde Rechtssicherheit gewährleistet wird. Es werden Wertungen klargestellt, die den Gerichten bei der Überprüfung konzernleitender Maßnahmen eine teleologische Auslegung gestatten, um zu wirtschaftlich wie rechtlich vertretbaren Ergebnissen zu gelangen (Teil 6).

Notwendigerweise verbleiben neben dem Gegenstand der Untersuchung weitere hoch interessante rechtliche und rechtsökonomische Aspekte, die der weiteren Ausarbeitung durch Wissenschaft und Praxis überantwortet werden müssen (Teil 7). Über die gefundenen Ergebnisse verschafft eine Zusammenfassung in Thesen einen abschließenden Überblick (Teil 8). In diesem Manuskript wurde die Literatur auf dem Stand von September 2022 berücksichtigt, mit Ausnahme der französischen Literatur, welche sich auf dem Stand von Juli 2021 befindet.

## Teil 1 Einführung in den Untersuchungsgegenstand

### *§ 1 Einleitung*

Der Konzern spielt im Wirtschaftsleben der Europäischen Union eine große Rolle. Insbesondere in der deutschen Literatur hat man sich mit ihm daher extensiv auseinandergesetzt. Eine Feststellung, die nicht auf das gesamte europäische Ausland zutrifft.<sup>2</sup> Die grenzüberschreitende Unternehmensgruppe dient der „Überwindung der Divergenz zwischen der Nationalität des Rechts und der internationalen Handlungsfreiheit, der Divergenz zwischen nationalem Charakter des Korporationenrechts und der Internationalität des Marktes“.<sup>3</sup> Europäisches Konzernrecht muss also vor allen Dingen eines leisten: Abbildung der ökonomischen Realität der grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe. Ein solches Europäisches Konzernrecht gibt es bisher nicht (siehe sogleich).

Es bestehen im großen Umfang internationale Konzernverflechtungen, nicht nur der sog. *Big Player*, sondern auch viele KMU sind heute im europäischen und außereuropäischen Ausland

---

<sup>2</sup> Vgl. hierzu *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3.

<sup>3</sup> *Lutter*, in: *liber amicorum Volhard*, 1996, 105 (105 f.).

tätig.<sup>4</sup> KMU im europäischen grenzüberschreitenden Rechts- und Wirtschaftsverkehr ist diese Arbeit gewidmet.

Auffällig ist bei Gruppenstrukturen die häufige Verwendung „kleiner Kapitalgesellschaften“ wie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in Deutschland oder die Société à responsabilité limitée (SARL) oder die Société par actions simplifiée (SAS) in Frankreich.<sup>5</sup> Aus diesem Grund befasst sich die Analyse der Voraussetzungen und Anforderungen an ein europäisches Konzernrechts mit dem Sachverhalt kleiner konzernierter Gesellschaften. Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass die Tochtergesellschaften in internationalen Gesellschaftsgruppen überwiegend unmittelbar oder mittelbar im Alleineigentum der Muttergesellschaft stehen.<sup>6</sup>

#### A. Fehlendes Europäisches Konzernrecht

Es irritiert, dass bisher kein europäisches Konzernrecht erarbeitet werden konnte. Drei Ursachen lassen sich für diesen Zustand anführen.

Zunächst gehen beinahe alle europäischen Gesellschaftsrechtsordnungen vom Prototyp der unabhängigen Gesellschaft aus, welches den Ursprung der Konfliktlage innerhalb des Konzerns bildet.<sup>7</sup> Danach ist jede Gesellschaft, ob in einer Gesellschaftsgruppe integriert oder nicht, rechtlich selbstständig. Wirtschaftlich dagegen bilden größtenteils KMU, die in Gruppen organisiert sind, die Realität.<sup>8</sup> Vorteilhaft ist dabei für die Muttergesellschaft die Möglichkeit der Haftungssegmentierung durch rechtlich eigenständige Tochtergesellschaften (Teil 2 § 1 A. I.). Als weitere Vorzüge der Gründung oder Übernahme von Tochtergesellschaften gegenüber der Gründung von Zweigniederlassungen sind die rechtliche Verselbstständigung des

---

<sup>4</sup> Ott, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 433 (435); vgl. dazu auch Teichmann, AG 2013, 184; Weller/Bauer, ZEuP 2015, 6 (7).

<sup>5</sup> Dominke, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 11; Teichmann, AG 2013, 184 (190); ders., RIW 2010, 120 (122); Weller/Bauer, ZEuP 2015, 6 (7 f.); Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 154.

<sup>6</sup> Liebscher, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 382; Hommelhoff, ZGR 2012, 535 (537); Ott, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 433 (438).

<sup>7</sup> Vgl. Conac, ECFR 2016, 301 (309); so ausdrücklich Dominke, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 66; Falcke, Konzernrecht in Frankreich, 1996, S. 35.

<sup>8</sup> Vgl. zur „Realität der Gruppe“ Conac, ECFR 2013, 194 (195); Dominke, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 9; Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, 672 (672, 674 f.); Pariente, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 13; Teichmann, AG 2013, 184 (195).

Auslandsgeschäfts sowie die Attraktivität der einheimischen Rechtsform zu nennen (Teil 2 § 1 A. II.).<sup>9</sup>

Des Weiteren sind die Ansichten darüber, wie man der wirtschaftlichen Realität des Konzerns gesetzgebungstechnisch begegnet, innerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union geteilt. Während Staaten wie Deutschland und Portugal ein eigenes Konzernrecht geschaffen haben, versuchen Staaten wie Frankreich und England, dem Konzern mittels allgemeiner gesellschaftsrechtlicher, insolvenzrechtlicher oder strafrechtlicher Vorschriften zu begegnen.<sup>10</sup> Diese divergierenden Ansichten innerhalb der Europäischen Union haben unter anderem dazu geführt, dass sich ein politischer Konsens zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Konzernrechts bisher nicht erreichen ließ.<sup>11</sup>

Schließlich bildet die fehlende Anerkennung des Gruppeninteresses eine Hürde für die europäische Konzernrechtsentwicklung. Das Gruppeninteresse erwächst aus der rechtlichen Unterstellung, dass eine juristische Person ein eigenständiges Interesse haben kann (*shareholder/stakeholder value*) (Einzelheiten Teil 4 § 1 A.). Die Handlungen des Geschäftsleiters einer jeden Gesellschaft müssen sich ausschließlich am Interesse der eigenständigen Gesellschaft ausrichten und messen lassen. In einer Gesellschaftsgruppe besteht indes kein einheitliches Interesse. Vielmehr können die Interessen der verschiedenen Konzerngesellschaften miteinander in Konflikt stehen; etwa, wenn es um die Nutzung von Geschäftschancen geht, die Funktionszuweisung im Konzern oder die konzernweite Einbindung in einen Cash-Pool. Dies begründet das Spannungsfeld zwischen Eigeninteresse der Tochtergesellschaft und Gruppeninteresse. Zwar ist anerkannt, dass jedes Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft auch vom Interesse der Mutter als Mehrheitsgesellschafterin bestimmt wird. Jedoch können die Belange der Muttergesellschaft sowie die der Gesamtgruppe außerhalb des Tochtereigeninteresses liegen.<sup>12</sup> Dieses Interesse der

---

<sup>9</sup> Aus der französischen Literatur *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 33. Aufl. 2020, Rn. 2013; *Gauthier*, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, 2000, Rn. 733; *Hannoun*, *Le droit et les groupes de sociétés*, 1991, Rn. 156; aus der deutschen Literatur *Hommelhoff*, *ZGR* 2012, 535 (536 f.); *Weller/Bauer*, *ZEuP* 2015, 6 (8).

<sup>10</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 33. Aufl. 2020, Rn. 1970 ff.; *Lutter*, in: *FS Kellermann*, 1991, 257 (257 ff.); *Weller/Bauer*, *ZEuP* 2015, 6 (9 ff.).

<sup>11</sup> *Teichmann*, *ZGR* 2014, 45 (50): viele Mitgliedsstaaten wehren sich bis heute gegen eine konzernrechtliche Kodifizierung.

<sup>12</sup> *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, S. 66 f.; *Gauthier*, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, 2000, Rn. 650; *Gräbener*, *Schutz außenstehender Gesellschafter*, 2010, S. 201; *Le Cannu/Dondero*, *Droit des sociétés*, 8. Aufl. 2019, Rn. 1553; *Pariante*, *Les groupes de sociétés*, 1993, Rn. 238.

Gesamtgruppe wird als Konzerninteresse oder Gruppeninteresse bezeichnet – die Begriffe werden hier synonym verwendet.

## B. Definition und Gruppenstrukturen

### I. Konzernphänomen und Konzernkonflikt

Der Konzern entsteht im deutschen Recht entweder durch herrschenden Einfluss der Muttergesellschaft, welcher die Abhängigkeit der Tochtergesellschaft begründet, § 17 Abs. 1 AktG, durch Mehrheitsbeteiligung, § 17 Abs. 2 AktG, oder durch eine Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung, § 18 AktG (s.u. Teil 1 § 4 C. II.). Die beteiligten Gesellschaften sind also rechtlich selbstständig und es besteht Haftungstrennung. Eine allgemeine Verantwortlichkeit „des Konzerns“ oder der Muttergesellschaft für die Schulden der Tochtergesellschaften gibt es nicht.<sup>13</sup> Darüber hinaus ist der Geschäftsführer der jeweiligen Tochter nur eben dieser zur Leitung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes im Sinne von § 43 GmbHG verpflichtet.<sup>14</sup> Allerdings bedingt die einheitliche Leitung im Sinne von § 18 AktG, dass die wesentlichen Leitungsfunktionen von einem anderen Unternehmen übernommen werden und somit die wesentliche unternehmerische Entscheidung nicht mehr in der Gesellschaft selbst, sondern in einer externen Entscheidungszentrale fallen.<sup>15</sup>

Im französischen Recht bilden mehrere Gesellschaften eine *groupe de sociétés*, wenn eine die Kontrolle (*contrôle*) über eine oder mehrere andere Gesellschaften ausübt. Diese Kontrolle ist in art. L. 233-3 Code de Commerce (CCom.) legaldefiniert und unterscheidet zwischen rechtlicher Kontrolle aufgrund von Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung der Tochter sowie faktischer Kontrolle, ausgeübt durch den Einfluss der Mutter in den Gesellschaftsorganen der Tochter. Hinzu kommt eine widerlegliche Vermutung der Kontrolle, sofern die Muttergesellschaft direkt oder indirekt mehr als 40% der Stimmen in der Gesellschafterversammlung der Tochter hält und kein anderer Gesellschafter eine höhere Beteiligung vorweisen kann, art. L. 223-3 II CCom. Dabei kommt der Gesellschaftsgruppe wie im deutschen Recht keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Folglich kann sie nicht Inhaberin

---

<sup>13</sup> Drygala, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 1 mwN.

<sup>14</sup> Drygala, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 1.

<sup>15</sup> Hierzu Drygala, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 1; zusammenfassend Liebscher, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 147: beim sog. engen Konzernbegriff muss die Muttergesellschaft insb. Einfluss auf die Finanzpolitik der Tochter nehmen. Der weite Konzernbegriff (hM) lässt die Wahrnehmung unternehmerischer Leitungsfunktion in anderen Grundsatzfragen genügen.

von Rechten und Pflichten sein und sich außerdem nicht strafbar machen.<sup>16</sup> Die einzelnen Konzerngesellschaften bleiben auch im Konzernverbund autonom und behalten ihre eigene Rechtspersönlichkeit, unabhängig vom Grad der Beteiligung der Mutter am Kapital oder an der internen Organisation der Tochter.<sup>17</sup> Wie im deutschen Recht sind die Organe der Tochter weiterhin auf das Interesse der Tochter verpflichtet.

Hieraus entsteht der sog. Konzernkonflikt, also der Konflikt des Tochtergeschäftsführers, inwieweit er das Eigeninteresse der Gesellschaft gegen das Konzerninteresse durchsetzen muss und kann. Mit anderen Worten: es besteht der Konzernkonflikt, wenn unternehmerische Sonderinteressen eines maßgeblichen Teilhabers bestehen, die die idealtypische Interesseneinheit der Gesellschafter und Gläubiger gefährdet.<sup>18</sup> Für den Geschäftsführer der Tochter stellt sich die Frage, wann er Anweisungen der Muttergesellschaft im Rahmen der Ausübung ihrer Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung befolgen kann, ohne seine Pflichten aus § 43 GmbHG bzw. art. L. 223-22 CCom. gegenüber der Tochter zu missachten. Anders, aber nicht minder komplex, stellt sich die Situation für den Geschäftsführer der Muttergesellschaft dar. Seine Geschäftsführung gewinnt automatisch eine Konzerndimension, wenn er die Gesellschafterrechte der Mutter in den Gesellschafterversammlungen der Tochtergesellschaften ausübt.<sup>19</sup> Für die Muttergesellschaft stellt sich die Frage nach der Intensität des Einflusses auf die Töchter. Eine übermäßige Leitungsdichte kann Haftungsrisiken aufgrund der Aufhebung der Haftungstrennung nach sich ziehen, eine zu wenig intensive Konzernleitung kann Complianceverpflichtungen auslösen.<sup>20</sup> Hier liegt die Schwierigkeit, das richtige Maß zu finden.

## II. Mögliche Konzernstrukturen

Aber auch schon zu Beginn der Konzernierung oder bei Umstrukturierungen müssen die Geschäftsleiter der Muttergesellschaft weitreichende Entscheidungen treffen, wie sie die

---

<sup>16</sup> Cass.com., 15.11.2011, n° 10-21.701, Rev. sociétés 2012, 37, obs. *Prévost*: un groupe de sociétés ne peut, faute de personnalité morale, être titulaire de droit et obligations et se voir infliger une condamnation.

<sup>17</sup> CA Paris, 31.05.1989, n° 9999, D. 1989, IR 227: malgré les liens étroits pouvant exister entre une société mère et sa filiale, celle-ci est juridiquement distincte des personnes physiques et morales qui la composent et cela malgré l'importance de la participation que la société mère peut détenir dans le capital de sa filiale ou l'existence de dirigeants communs.

<sup>18</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 5.

<sup>19</sup> Vgl. *Drygala*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 3.

<sup>20</sup> *Drygala*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 4, der der Aufhebung der Haftungstrennung aufgrund der restriktiveren Rechtsprechungsentwicklung weniger Bedeutung beimisst.

Unternehmensgruppe strukturell aufstellen wollen. Hierbei stehen ihnen eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Verfügung, denn die Strukturen innerhalb der Gruppe weisen eine signifikante Varianz auf. In der französischen Literatur unterscheidet man im Wesentlichen zwischen drei strukturellen Konzepten.

Die größte Rolle spielt dabei die pyramidale Struktur (*structure pyramidale*). Hierbei kontrolliert eine Holdinggesellschaft ihre Tochter- und Enkelgesellschaften mit einer geringen Kapitalbeteiligung. So hält die Holding beispielsweise 50% plus 1 an der Tochter A und diese wiederum 50% plus 1 an der Enkelin B. Die Holdinggesellschaft kontrolliert somit B mit einer geringen Kapitalbeteiligung; dieser Effekt verstärkt sich, je mehr Gesellschaften hinzukommen und den Unterbau der Pyramide bilden. Große Gruppen wie Arnault (Holding-SAS als Muttergesellschaft) oder Bolloré (SA als Muttergesellschaft) bedienen sich dieser Struktur.<sup>21</sup> Davon zu unterscheiden ist die Radialstruktur (*structure radiale*), bei der die Muttergesellschaft eine direkte Beteiligung in allen Tochtergesellschaften hält. Zuletzt sind in der französischen Gruppenlandschaft kreisförmige Strukturen anzutreffen (*structure circulaire*), in der sich alle Gesellschaften gegenseitig kontrollieren (A kontrolliert B, diese kontrolliert C und C kontrolliert A).<sup>22</sup>

Im deutschen Recht gibt der Gesetzgeber weitestgehend die möglichen Konzernstrukturen vor. Dabei unterscheidet er zwischen dem Unterordnungs- (§ 18 Abs. 1 AktG) und dem Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2 AktG). Beim Regelfall des Unterordnungskonzerns übt ein herrschendes Unternehmen die Leitungsmacht über mindestens ein abhängiges Unternehmen aus. Diese Leitungsmacht wird in der Regel durch eine Mehrheitsbeteiligung des herrschenden Unternehmens im beherrschten Unternehmen vermittelt, §§ 16, 17 AktG (Einzelheiten s.u. Teil 1 § 4 C. II.).<sup>23</sup> Im Gleichordnungskonzern hingegen besteht meist keine Beteiligung der Unternehmen aneinander sodass diese nebeneinander stehen, §§ 18 Abs. 2, 291 Abs. 2 AktG.<sup>24</sup> Des Weiteren findet im Unterordnungskonzern eine Differenzierung zwischen Vertragskonzern (§§ 291-310 AktG), Eingliederungskonzern (§§ 319-327 AktG) und faktischem Konzern (§§ 311 – 318 AktG) statt.<sup>25</sup> Im Vertragskonzern tritt an die Stelle der

---

<sup>21</sup> Vgl. hierzu *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015, Rn. 47.

<sup>22</sup> Zum Ganzen *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015, Rn. 47.

<sup>23</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 58 Rn. 4.

<sup>24</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 58 Rn. 4.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen von *Bayer*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 18 Rn. 1 ff.

durch Mehrheitsbeteiligung verliehenen Leitungsmacht der Abschluss eines Beherrschungsvertrags. Durch diesen Vertrag wird die Leitungsmacht vom abhängigen Unternehmen auf das herrschende Unternehmen formell und organisationsrechtlich übertragen, §§ 291 Abs. 1, 308 AktG.<sup>26</sup> Noch intensiver sind die Verbindungen zwischen Unternehmen im Eingliederungskonzern. Bei diesem haftet die Hauptgesellschaft den Gläubigern des eingegliederten Unternehmens unmittelbar, §§ 322 ff. AktG.<sup>27</sup> Im faktischen Konzern beruht die Leitungsmacht u.a. auf der Muttergesellschaft gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussnahmemöglichkeiten auf die Tochtergesellschaft (s.u. Teil 1 § 4 C. II.).<sup>28</sup> Es besteht somit keine unternehmensvertragliche Beziehung zwischen den Gesellschaften, sondern die Konzernierung vollzieht sich allein dadurch, dass eine Gesellschaft (Muttergesellschaft) eine Mehrheitsbeteiligung an einer anderen Gesellschaft (Tochtergesellschaft) hält. Diese vom Gesetz vorgegebenen Strukturen beziehen sich auf den Fall, dass eine AG oder KGaA Tochtergesellschaft ist. Handelt es sich um einen GmbH-Konzern, bei dem die Tochtergesellschaft in der Rechtsform der GmbH organisiert ist, können die Gesellschaften einen Unternehmensvertrag abschließen, oder sich faktisch konzernieren. Im letzteren Fall finden dann aber nicht die Regeln des faktischen AG-Konzerns analoge Anwendung, sondern die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften für die unverbundene GmbH (s.u. Teil 1 § 4 C. I.).

### C. Ausprägungen des Konzerns

Die Konzernakteure sind also in der strukturellen Gestaltung des Konzerns frei und können diesen an ihre Bedürfnisse anpassen.<sup>29</sup> Dabei ist für die Konstruktion des Konzerns auch entscheidend, welcher Rechtsform sich die Konzernakteure bei den Tochtergesellschaften bedienen. Wegen der flexiblen Organisationsstruktur und der Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführung nach § 37 Abs. 1 GmbHG ist die GmbH in Deutschland besonders als Konzerntochter beliebt. Denn die Satzungsstrenge aus § 23 Nr. 5 AktG, welcher die AG unterliegt, besteht für die GmbH nicht. Vor allem durch das Weisungsrecht ist die

---

<sup>26</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 58 Rn. 5.

<sup>27</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 58 Rn. 5.

<sup>28</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 58 Rn. 5 sieht die Begründung der Leitungsmacht der Muttergesellschaft allein in ihrer Mehrheitsbeteiligung in der Tochter, die jedoch durch „personelle Verflechtung der Leitungsorgane verstärkt werden“ kann.

<sup>29</sup> Siehe zu den Einzelheiten der Strukturtypen im mittelständischen Konzern *Engelhardt/Wagenseil*, in: *Engelhardt/Wagenseil*, Der mittelständische Konzern, 2015, Teil 1 Rn. 11 ff., die zwischen dem Stammhauskonzern, Holdingkonzern, Sparten- oder Divisionalkonzern sowie dem Matrixkonzern unterscheiden.

Mehrheitsmacht in der GmbH sehr ausgeprägt. Es bestehen weitreichende Kompetenzen der Gesellschafter insbesondere bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags. Auch besteht ein schwächerer Kapitalschutz.<sup>30</sup> Denn nach § 57 AktG betrifft die aktienrechtliche Vermögensbindung das gesamte Kapital und nicht lediglich das Stammkapital wie nach § 30 Abs. 1 GmbHG (Einzelheiten s.u. Teil 3 § 3 B. I. 1.).<sup>31</sup> Schätzungen gehen davon aus, dass ca. 40% der GmbHs in einen Konzern eingebunden sind.<sup>32</sup> Insbesondere mittelständische Unternehmen bedienen sich gerne dieser Rechtsform.<sup>33</sup>

Dabei ist der faktische Konzern verbreiteter als der Vertragskonzern, welches im Wesentlichen auf zwei Ursachen zurückzuführen ist.<sup>34</sup> Zunächst ist die Gründung eines faktischen Konzerns für die Muttergesellschaft weniger aufwendig. Es ist lediglich erforderlich, dass die Tochter im Mehrheitsbesitz der Mutter steht, § 17 Abs. 2 AktG (siehe zu den Einzelheiten und weiteren Möglichkeiten der Entstehung des Konzerns im deutschen Recht unten Teil 1 § 4 C. II.). Hinzu kommt, dass die rein faktische Mehrheitsherrschaft, die sich aus dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung nach § 37 Abs. 1 GmbHG ergibt, „beinahe ebenso effektiv ist wie ein vertraglich begründetes Weisungsrecht des Konzernherrn“.<sup>35</sup> Dabei ist sie weniger einschneidend und nicht mit einer Verlustübernahmepflicht verbunden, welche die meisten Unternehmen vor einer vertraglichen Konzernierung abschreckt, vgl. § 302 AktG.

Im französischen Gesellschaftsrecht sind das Korrelat zur GmbH die SARL sowie die SAS als kleine Kapitalgesellschaften. Sie eignen sich ebenfalls für eine Konzernierung. Die Gründe hierfür sind folgende: Zwar besteht kein ausdrückliches Weisungsrecht der Gesellschafter der SARL oder SAS, aber die Gründungsvoraussetzungen sind aufgrund fehlenden Mindestkapitals erheblich erleichtert und die Muttergesellschaft kann ihre Leitungsmacht direkt ausüben, weil sie formelle Geschäftsführerin in der SAS sein kann (s.u. Teil 3 § 1 A. I. 1.). Auch besteht bei beiden Rechtsformen die Möglichkeit, diese zu 100% zu kontrollieren, weil die SARL sowie die SAS auch mit nur einem Gesellschafter zulässig sind, artt. L. 223-1, 227-1 CCom. Diese werden

---

<sup>30</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 9.

<sup>31</sup> *Bayer*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 57 Rn. 8 ff.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 19 Rn. 1.

<sup>32</sup> *Drygala*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 7; *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, Anhang § 13 Rn. 1 geht von über 50% aus; *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 8 spricht von 30-40 %.

<sup>33</sup> *Drygala*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 7.

<sup>34</sup> Vgl. *Vogt*, in: Beck'sches HdbGmbH, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 271.

<sup>35</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 201.

dann als *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* und *Société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)* bezeichnet.

### *§ 2 Fragestellung und Untersuchungsgegenstand*

In dieser Arbeit soll untersucht werden, wie der Regelungszweck des Konzernrechts auf europäischer Ebene verwirklicht werden kann. Es müssen Regelungen geschaffen werden, die eine adäquate organisatorische Struktur für den Konzern bereitstellen und die zusätzlich die Interessen externer Parteien schützen. Dies betrifft insbesondere die Gläubiger (Einzelheiten zum Regelungszweck des Konzernrechts s.u. Teil 1 § 3).

Dabei wird die komplexe Frage der einheitlichen Leitung eines grenzüberschreitenden Konzerns anhand des Beispiels eines deutsch-französischen Konzerns beantwortet. In diesem Zusammenhang befasst sich die Arbeit insbesondere mit der Möglichkeit der Kernbereichsharmonisierung des europäischen Konzernleitungsrechts anhand des Begriffs des Gruppeninteresses. Das Gruppeninteresse bezeichnet dabei ein die Gesellschaftsgruppe überspannendes Gesamtinteresse, welches nachteilige Maßnahmen, die bei einheitlicher Gruppenleitung notwendig sind, legitimiert. Dazu muss der Begriff konturiert und abgegrenzt werden. Die Schwierigkeiten bei der Definition des Begriffs des Gruppeninteresses, die bei den Eigeninteressen der Gesellschaften ansetzt, machen eine neue Ausrichtung der Bestimmung des Gruppeninteresses notwendig: autonom und ökonomisch (Teil 4 § 2 C. II.). Das so definierte Gruppeninteresse vermag eine einheitliche Konzernleitung durch die Muttergesellschaft zu ermöglichen. Zu diesem Zweck werden die ökonomischen Anforderungen an eine effiziente Konzernleitung aufgezeigt und deren Umsetzung im deutschen sowie französischen Recht evaluiert.

Den zu betrachtenden Untersuchungsgegenstand bildet der grenzüberschreitende Konzern mit KMU, der erheblich zum wirtschaftlichen Wachstum der EU-Mitgliedstaaten beiträgt. Diese Organisationsform ist von großer praktischer Bedeutung für den europäischen Binnenmarkt.<sup>36</sup> Deren Ermöglichung ist eins der Ziele auf der politischen Agenda der Europäischen Kommission zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit.<sup>37</sup> Viele KMU

---

<sup>36</sup> *Conac*, ECFR 2013, 194 (195); *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 9; *Lübking*, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 2000, S. 311; *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (70); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (7, 29).

<sup>37</sup> Aktionsplan europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance vom 12.12.2012, COM(2012)740 final, S. 17.

scheuen jedoch aus Gründen der Rechtsunsicherheit und Höhe der Beratungskosten den Weg über die Grenze. Große Unternehmen verfügen meist über eine eigene Rechtsabteilung oder können sich die Rechtsunsicherheit beseitigenden Rechtsrat extern einkaufen. Für KMU ist dies aufgrund fehlender finanzieller Ressourcen nicht in vergleichbarem Umfang möglich.<sup>38</sup> Dabei ist insbesondere zu betonen, dass etwaige rechtliche Schwierigkeiten bei der Gründung von Tochtergesellschaften im Ausland nur einmal auftreten, die Frage nach dem zulässigen Maß effektiver Konzernleitung jedoch permanent auftritt.<sup>39</sup>

Die Rechtsunsicherheit besteht in zweierlei Hinsicht: zum einen ist für die Muttergesellschaft nicht ersichtlich, inwieweit sie die ausländische Tochtergesellschaft genauso führen darf wie die inländische. Eine solche Sicherheit benötigt die Führung des grenzüberschreitenden Konzerns jedoch, um Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten in die Gruppe integrieren zu können.<sup>40</sup> Zum anderen befinden sich die Geschäftsführer der Tochter „zwischen Hammer und Amboss“, also zwischen zivil- und strafrechtlicher Sanktion bei Ausführung der nachteiligen Weisung und sofortiger Abberufung bei Widersetzung.<sup>41</sup> Da im französischen Gesellschaftsrecht die Muttergesellschaft formelle sowie faktische Geschäftsführerin der Tochter sein kann, ist sie ebenfalls den Haftungsrisiken unterworfen. Im deutschen Recht besteht diese Gefahr nur, wenn man in Übereinstimmung mit der im deutschen Schrifttum vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass eine juristische Person auch faktische Geschäftsführerin sein kann, welches die Rechtsprechung bisher ablehnt.<sup>42</sup> Die Betrachtung fokussiert sich hierbei auf die Haftung der Muttergesellschaft aus Kapitalerhaltung, Insolvenz, Strafrecht und allgemeinem Gesellschafts- und Deliktsrecht, welches ihre Leitungsmacht im grenzüberschreitenden Konzern begrenzt. Die prekäre Situation der Geschäftsleiter der Tochter, die personenverschieden mit der Muttergesellschaft sind, wird dabei reflexartig mitbeleuchtet.

Bei der Betrachtung des deutschen Rechts liegt der Fokus auf dem faktischen GmbH-Konzern, weil dieser die häufigste Organisationsform für KMU-Gesellschaftsgruppen bildet. Dabei ist

---

<sup>38</sup> Vgl. *Conac*, ECFR 2013, 194 (210); *Teichmann*, ECFR 2015, 202 (206).

<sup>39</sup> *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 1.

<sup>40</sup> *Conac*, ECFR 2016, 301 (309); *Fleischer*, ZGR 2017, 1 (21); *Hommelhoff*, in: FS Stilz, 2014, 287 (291); *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (65).

<sup>41</sup> Vgl. *Drygala*, AG 2013, 198 (202); so ausdrücklich *Fleischer*, ZGR 2017, 1 (22 f.); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (24) bezeichnen die Situation für den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft als einen „Sprung ins Dunkle“.

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2002 - II ZR 196/00, NZG 2002, 520 (522).

insbesondere die Organisationsstruktur von Interesse, in der Mutter wie Tochtergesellschaft in der Rechtsform der GmbH organisiert sind. Im französischen Recht werden insbesondere die SAS und die SARL als kleine Kapitalgesellschaften in den Blick genommen. Der Rechtsvergleich zur französischen Rechtsordnung bietet sich aus mehreren Gründen an. Zunächst ist der grenzüberschreitende Rechtsverkehr zwischen Deutschland und Frankreich besonders florierend. Die beiden größten Volkswirtschaften der Europäischen Union tragen zudem erheblich zur Verwirklichung des gemeinsamen Binnenmarktes bei.<sup>43</sup>

Neben diese vorstehenden Erwägungen treten jedoch auch rechtswissenschaftliche Gründe für die Bedeutsamkeit eines deutsch-französischen Rechtsvergleichs: Rechtsverständnis und Anwendungspraxis der beiden Rechtsordnungen stehen sich im Hinblick auf den nationalen Konzern diametral entgegen. Die unterschiedliche methodische Herangehensweise der deutschen und französischen Rechtswissenschaft an das Konzernphänomen bzw. den Konzernkonflikt machen einen Rechtsvergleich besonders fruchtbar. Vor allem die französische Rechtstradition, wirtschaftlichen Rechtsfragen mit Wirtschaftsstrafrecht zu begegnen,<sup>44</sup> ist aus der Warte des deutschen Rechtswissenschaftlers ungewöhnlich. Diese Unterschiede werden ebenfalls beleuchtet.

Aus den gewonnenen Erkenntnissen der wirtschaftlichen Vorteile und Risiken einer grenzüberschreitenden Konzernierung (Teil 2) werden die Möglichkeiten zentraler Konzernleitung in Deutschland und Frankreich und deren gesellschaftsrechtlichen Grenzen beleuchtet. Hieraus werden Schlussfolgerungen für die Anforderungen an eine europäische Regelung des Konzernleitungsrechts gezogen (Teil 3). Sodann wird der Begriff des Gruppeninteresses inhaltlich konturiert (Teil 4). Dabei wird auch verdeutlicht, welche Grenzen wiederum der Anerkennung des Gruppeninteresses zukommen müssen (Teil 5).

Beispielhaft werden drei typische Konzernleitungsmaßnahmen herangezogen, die nach nationalem Recht bisher problematisch sind. Es handelt sich um den konzernweiten Cash-

---

<sup>43</sup> Statista, Europäische Union: Bruttoinlandsprodukt (BIP) in den Mitgliedsstaaten der EU im Jahr 2020, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/188776/umfrage/bruttoinlandsprodukt-bip-in-den-eu-laendern/> (zuletzt abgerufen am 25.05.2021).

<sup>44</sup> Lutter, in: FS Kellermann, 1991, 257 (260, 263 f.); *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 111 wonach das Strafrecht einen Beitrag zum Aufbau des Konzernrechts leistet.

Pool,<sup>45</sup> die Funktionszuweisung im Konzern<sup>46</sup> sowie die Umlenkung von Geschäftschancen<sup>47</sup>. Anschließend wird ihre neue rechtliche Bewertung analysiert, die die Anerkennung des Gruppeninteresses nach dem hier erarbeiteten Verständnis erfordert (Teil 6).

Cash-Pooling oder auch Liquiditätsbündelung ist der konzerninterne Ausgleich von Liquidität durch ein zentrales, meist von der Muttergesellschaft übernommenes Finanzmanagement. Den Töchtern wird überschüssige Liquidität entzogen, welche bei anderen Konzerngesellschaften Liquiditätsunterdeckungen durch Darlehen ausgleicht.<sup>48</sup> Um diesen Liquiditätsausgleich vornehmen zu können, richtet die Muttergesellschaft bei einer Bank ein sog. Zielkonto ein und verwaltet dieses. Auf den Unterkonten der Tochtergesellschaften wird banktäglich jegliche Überdeckung abgeschöpft und jegliche Unterdeckung ausgeglichen (*Zero Balancing*). Daneben bestehen von der Mutter geführte Verrechnungskonten für die Töchter, auf denen Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem Cash-Pool System gebucht und verrechnet werden.<sup>49</sup> Dies ist das sog. physische Cash-Pooling. Hiervon zu unterscheiden ist das *notional* oder auch virtuelle Cash-Pooling. Dabei werden keine tatsächlichen Liquiditätsverschiebungen vorgenommen, sodass die Gefahr des Klumpenrisikos (mangelnde Streuung des Kreditrisikos)<sup>50</sup> zunächst nicht besteht.<sup>51</sup> Die Kontostände der Konzerngesellschaften werden lediglich fiktiv verrechnet, um einheitliche Finanzierungskonditionen für den Konzern ermitteln zu können. Dafür müssen alle Konten bei derselben Bank geführt werden.<sup>52</sup> Dies alles geschieht auf Grundlage eines Cash-Pooling-Vertrags, der ein System von Darlehensbeziehungen nach § 488 BGB begründet: ist der Saldo des Verrechnungskontos positiv und wird Liquidität vom Cash-Pool-Konto der Tochter auf das Zielkonto der Muttergesellschaft abgebucht, handelt es sich um ein Darlehen der Tochter an die Mutter. Dieses Darlehen bezeichnet man als *upstream loan* oder auch aufsteigendes

---

<sup>45</sup> Vgl. hierzu schön *Schön*, ZGR 2019, 343 (374 ff.), dem die konzernweite Liquiditätssteuerung Unbehagen bereitet.

<sup>46</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (355 f.), der die Funktionszuweisung an einzelne Tochtergesellschaften als Mittel der Einrichtung von Wertschöpfungsketten und der Kontrolle unternehmerischer Risiken beschreibt.

<sup>47</sup> Siehe hierzu die strenge Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117 - *Autohaus*.

<sup>48</sup> *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1017).

<sup>49</sup> Zusammenfassende Darstellungen bei *Mühlhaus/Wenzel*, GmbH-StB 2013, 184; *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1018).

<sup>50</sup> *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 42; siehe allg. zum Klumpenrisiko im Cash-Pool *Vogt*, in: *Bek'sches HdBGmbH*, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 317; *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 446.

<sup>51</sup> *Mühlhaus/Wenzel*, GmbH-StB 2013, 184.

<sup>52</sup> *Mühlhaus/Wenzel*, GmbH-StB 2013, 184 (185); mit Hinweis auf die gängige Praxis *Schneider*, in: *Handbuch der Konzernfinanzierung*, 1998, Rn. 25.18.

Darlehen.<sup>53</sup> Der Ausgleich eines negativen Saldos auf dem Cash-Pool-Konto der Tochter vom Zielkonto der Muttergesellschaft stellt demgegenüber ein Darlehen an die Tochtergesellschaft dar. Ein solches Darlehen wird *downstream loan* oder auch absteigendes Darlehen genannt.<sup>54</sup> Die laufende Verrechnung erfolgt in einem Kontokorrentverhältnis gem. § 355 HBG, in dem die fortlaufenden aufsteigenden und absteigenden Darlehensansprüche im Wege der Aufrechnung miteinander verrechnet werden (sog. *Netting* oder *Clearing*).<sup>55</sup>

### *§ 3 Regelungszweck des Konzernrechts*

Europäisches Konzernrecht ist ein Zusammenspiel aus Schutzrecht und Organisationsrecht.<sup>56</sup> Im Visier der Schutzfunktion stehen die Minderheitsgesellschafter sowie die Gläubiger. Die Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts betrifft die von der Muttergesellschaft ausgeübte einheitliche Konzernleitung und ist seit einigen Jahren Kern des europäischen Reformdiskurses.<sup>57</sup> Es sind keine diametral entgegengesetzten Konzepte, sondern zwei Seiten derselben Medaille.<sup>58</sup>

### A. Gläubiger- und Minderheitenschutz

Das deutsche Konzernrecht weist der schützenden Komponente eine besondere Bedeutung zu. Sie wird herkömmlich als zentrale Aufgabe des Konzernrechts verstanden.<sup>59</sup> Namentlich handelt es sich um Gläubiger- und Minderheitenschutz, die näher beleuchtet werden. Die anderen Schutzgruppen müssen bei der Betrachtung außen vor bleiben (insbesondere Arbeitnehmer).

Gläubiger- und Minderheitenschutz werden im faktischen GmbH-Konzern von der Beschlusskontrolle nach § 243 AktG analog, der mitgliedschaftlichen Treupflicht sowie dem Grundsatz der Gleichbehandlung gewährleistet. Hinzu kommen die *actio pro socio*, das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach §§ 51a, 51b GmbHG und Stimmrechtsverbote nach § 47

---

<sup>53</sup> Neumann, GmbHR 2016, 1016 (1018); vgl. hierzu auch Mühlhaus/Wenzel, GmbH-StB 2013, 184 (185); Schneider, in: Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, Rn. 25.11 f.

<sup>54</sup> Neumann, GmbHR 2016, 1016 (1018); vgl. hierzu auch Mühlhaus/Wenzel, GmbH-StB 2013, 184 (185); Schneider, in: Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, Rn. 25.11 f.

<sup>55</sup> Mühlhaus/Wenzel, GmbH-StB 2013, 184 (185).

<sup>56</sup> Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 99, der allerdings nur den Gläubiger- nicht aber auch den Minderheitenschutz in den Blick nimmt.

<sup>57</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (61).

<sup>58</sup> Lutter, in: liber amicorum Volhard, 1996, 105 (113 f.); Weller/Bauer, ZEuP 2015, 6 (22); Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 157; Ziegler, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 7.

<sup>59</sup> Vgl. nur Dominke, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 31 f.; Weller/Bauer, ZEuP 2015, 6 (20); Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 158.

Abs. 4 GmbHG.<sup>60</sup> Dies gilt für die mehrgliedrige GmbH, also die Tochtergesellschaft, an der neben der Mutter auch Minderheitsgesellschafter beteiligt sind. Durch die oben genannten Institute werden die Gesellschaft, und damit reflexartig auch die Minderheiten sowie Gläubiger geschützt.<sup>61</sup> Problematisch ist indes die Situation für die Gläubiger, wenn es keine Minderheitsgesellschafter gibt bzw. diese mit der Schädigung einverstanden sind.<sup>62</sup> Die mitgliedschaftliche Treuepflicht greift dann nicht mehr (s.u. Teil 3 § 4 B. II. 1. a)). Zwar gelten die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30 f. GmbHG weiterhin, diese schützen jedoch nur das Stammkapital und vor Maßnahmen, die sich unmittelbar bilanziell auswirken. Den Abzug von Führungspersonal, Fachwissen oder den Entzug von Geschäftschancen vermögen sie jedoch nicht zu verhindern.<sup>63</sup> Aufgrund des Versagens – genauer bezeichnet der Abwesenheit – der konzernspezifischen Schutzinstrumente im faktischen Konzern hat der BGH die Existenzvernichtungshaftung auf der Grundlage von § 826 BGB entwickelt.<sup>64</sup> Diese ist eine allgemeine Innenhaftung, die auch außerhalb einer Gruppenkonstellation besteht.<sup>65</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH sind schädigende Eingriffe in das Vermögen der Gesellschaft dann auszugleichen, wenn sie insolvenzverursachenden Charakter haben oder auf eigennützigen Vermögensabflüssen in die Gesellschafterosphäre beruhen.<sup>66</sup>

Schützende Funktionen übernehmen in Frankreich allgemeine zivil-, gesellschafts- und strafrechtliche Rechtsinstitute.<sup>67</sup> Minderheitsgesellschafter können dabei auf zwei unterschiedliche Schutzmechanismen zurückgreifen: zum einen können sie Ansprüche gegen den Geschäftsführer der Tochter geltend machen. Zum anderen besteht die Möglichkeit, auch die Muttergesellschaft als formelle oder faktische Geschäftsführerin der Tochter (*dirigeant de fait*) in Anspruch zu nehmen (zu den Einzelheiten s.u. Teil 3 § 2 A.).<sup>68</sup> Flankiert wird diese

---

<sup>60</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 29 Rn. 8.

<sup>61</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 29 Rn. 8; Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 162.

<sup>62</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 1; Weller/Bauer, ZEuP 2015, 6 (16 f.); Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 162.

<sup>63</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 2; Weller/Bauer, ZEuP 2015, 6 (16 f.); Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 162.

<sup>64</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 15 ff. - *Trihotel*.

<sup>65</sup> Vgl. die Terminologie bei Weller/Bauer, ZEuP 2015, 6 (18); Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 162 f.: konzernneutral.

<sup>66</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 28 - *Trihotel*: „sittenwidrige, weil insolvenzverursachende oder -vertiefende ‚Selbstbedienung‘ des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft“; Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 163.

<sup>67</sup> Einführend aus der deutschen Literatur Gräbener, Schutz außenstehender Gesellschafter, 2010, S. 85 ff.; Maul, NZG 1998, 965 ff.

<sup>68</sup> Überblickartig Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 171 ff.

Haftung von Informations- und Kontrollrechten der Gesellschafter (zu den Einzelheiten s.u. Teil 3 § 5 A. I. und B. I.).

„Explizite Wertungen hinsichtlich der Zielsetzungen des Konzernrechts lassen sich dem Europarecht nicht entnehmen“.<sup>69</sup> Allerdings ist mit Blick auf Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV ein traditioneller Gläubiger- und Minderheitenschutzgedanke zu entnehmen. Zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit wird der EU die Kompetenz eingeräumt, Schutzbestimmungen zu koordinieren, um ein unionsweites gesellschaftsrechtliches *level playing field* zu schaffen.<sup>70</sup> Sekundärrechtlich existieren vereinzelt Bestimmungen, die schutzrechtlichen Charakter aufweisen. Beispielsweise Vorschriften zur Beteiligungstransparenz, welche die Machtverhältnisse in der Gesellschaft offenlegen.<sup>71</sup> Konzerninterne Transaktionen werden aufgrund von Anforderungen des europäischen Bilanzrechts dokumentiert.<sup>72</sup> Schließlich bewirkt Art. 5 der Übernahmerichtlinie<sup>73</sup> Konzerneingangsschutz, indem ein Aktionär, der die Kontrolle über eine börsennotierte Gesellschaft erlangt, den übrigen Aktionären den Kauf ihrer Anteile anbieten muss (Pflichtangebot).<sup>74</sup> Diese sekundärrechtlichen Schutzmechanismen richten sich allerdings weit überwiegend an börsennotierte Aktiengesellschaften und finden auf die kleine Kapitalgesellschaft der GmbH nebst ihrer nationalen Pendanten, keine Anwendung. Lediglich das Konzernbilanzrecht ist auch auf GmbHs anzuwenden, wobei Erleichterungen für KMU bestehen, Art. 23 Bilanzrechtsrichtlinie<sup>75</sup>. Gläubigerschutz wird jedoch durch diese Vorschriften, wenn überhaupt, nur mittelbar gewährleistet; er bleibt darüber hinaus dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen.<sup>76</sup>

---

<sup>69</sup> So ausdrücklich *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 175.

<sup>70</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 32; *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (20).

<sup>71</sup> Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. EG Nr. L 390 v. 31.12.2004, S. 38; zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2013, ABl. EU Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 13.

<sup>72</sup> *Teichmann*, AG 2013, 184 (187), der die bestehenden europäischen Transparenzvorschriften mit den „funktionalen Vorläufern“ des Entwurfs der Konzernrechtsrichtlinie vergleicht.

<sup>73</sup> Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. EG Nr. L 142 v. 30.4.2004, S. 12.

<sup>74</sup> *Teichmann*, AG 2013, 184 (187 f.).

<sup>75</sup> Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 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, ABl. EU L 182 v. 30.6.2013, S. 19.

<sup>76</sup> *Teichmann*, AG 2013, 184 (188).

## B. Privilegierendes Leitungsinstrument im übergeordneten Gruppeninteresse

Die aktuellen Bestrebungen der Wissenschaft nehmen nun verstärkt das Leitungsinteresse der Mutter in den Blick und wollen die europaweit einheitliche Berücksichtigung von Verbundinteressen ermöglichen.<sup>77</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang von *enabling law*.<sup>78</sup>

Im deutschen Recht des faktischen GmbH-Konzerns besteht die Möglichkeit für die Mutter, durch ihr in § 37 Abs. 1 GmbHG verankertes Weisungsrecht Leitungsmacht auszuüben (zu den Einzelheiten s.u. Teil 3 § 1 I. 2.). Ein privilegierendes Leitungsinstrument besteht demnach. Es wird noch zu erörtern sein, ob die bestehende Rechtslage in Deutschland auch die Berücksichtigung eines übergeordneten Gruppeninteresses zulässt. Dies ist nämlich Voraussetzung für eine effektive Gruppenleitung und verhält sich der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts zu ihrer vollständigen Entfaltung.<sup>79</sup>

Im französischen Recht kommt insbesondere der *Rozenblum*-Rechtsprechung organisationsrechtliche Wirkung zu (zu den Einzelheiten s.u. Teil 3 § 3 A. II. 2. d) sowie Teil 4 § 2 A. I.).<sup>80</sup>

Auf europäischer Ebene bestehen, soweit ersichtlich, bislang keine Regelungen mit organisationsrechtlichem Charakter. Dies führt abermals die Wichtigkeit einer einheitlichen europäischen Regelung vor Augen. Während die ökonomischen Anforderungen des Konzerns an das Recht sich vom Schutzrecht hin zum Organisationsrecht mit Ermöglichungsfunktion bewegen, hält der EU-Gesetzgeber keinen Rahmen hierfür bereit. Dies führt zu der nicht hinnehmbaren Situation, dass sowohl die Bedürfnisse von KMU nicht hinreichend gewürdigt und gefördert werden, als auch die Verwirklichung von Primärrecht, namentlich der Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49, 54 AEUV aufgrund dieser Passivität in Gefahr gerät.

---

<sup>77</sup> Dazu *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 37; *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535 (537 f.); *Ott*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 433 (447); *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (63 ff.); *ders.*, AG 2013, 184 (189 f.); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (22).

<sup>78</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 33 ff.; *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535 (538); *Teichmann*, AG 2013, 184 (190).

<sup>79</sup> Anders *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 166, der allein das Weisungsrecht für ausreichend erachtet, um die organisationsrechtliche Komponente des Konzernrechts auszufüllen.

<sup>80</sup> Cass.crim., 04.02.1985, n° 84-91.581, Rev. sociétés 1985, 648 – *Rozenblum*, note *Bouloc*; überblicksartig *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 174.

## *§ 4 Entstehungsgeschichte und Stand der Harmonisierung*

### A. Stand der Harmonisierung

#### I. Harmonisierungsgrad und dessen Ziele

Das Europäische Gesellschaftsrecht hat bisher punktuell Aspekte des Konzerns harmonisiert. Die prominentesten Regelungsfelder sind wohl die Konzernrechnungslegung, die Konzerninsolvenz sowie *related party transactions* durch die 2. Aktionärsrechterichtlinie<sup>81, 82</sup>. Darüber hinaus finden sich einzelne branchenbezogene harmonisierende Regelungen im Bereich der Compliance bei Banken und Versicherungen. Zum zentralen Konzernkonflikt schweigt das Europäische Gesellschaftsrecht bisher.<sup>83</sup>

Die bislang im europäischen Konzernrecht verabschiedeten Richtlinien zeigen auf, dass die Kommission zunächst vornehmlich zwei Regelungsziele verfolgt hat: Die Harmonisierung des Aktienrechts sowie die Durchsetzung des Publizitätsgrundsatzes.<sup>84</sup> Dabei kann indes nicht von einer umfassenden Harmonisierung gesprochen werden. Auch hat sich das Interesse der Kommission im Laufe der letzten Jahre zunehmend auf die börsennotierten Gesellschaften und das Kapitalmarktrecht konzentriert und das GmbH-Recht vollständig ausgespart.<sup>85</sup> Der europäische Gesetzgeber begnügte sich folglich bis dato damit, Teilbereiche des Konzernrechts, insbesondere im Aktien- und Kapitalmarktrecht, zu mindestharmonisieren. Kleine, geschlossene Kapitalgesellschaften, wie die GmbH und die SARL blieben unberücksichtigt, sodass der grenzüberschreitende KMU-Konzern eine erhebliche Regelungslücke aufweist.

#### II. Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit

Das Fehlen europäischer konzernrechtlicher Regelungen wird als Marktzutrittsschranke und Einschränkung der Niederlassungsfreiheit bewertet (s.u. Teil 1 § 4 F. V.). Der EuGH hat sich zum Konzernrecht im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit in deren Spannungsfeld mit nationalen Konzernhaftungstatbeständen geäußert. In der Rechtssache *Impacto Azul* entschied das Gericht, dass eine portugiesische Regelung, die eine konzernrechtliche Haftung

---

<sup>81</sup> Richtlinie (EU) 2017/828 v. 17.05.2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl. EU L 132/1 v. 20.05.2017.

<sup>82</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (347) mwN zu Darstellungen und Analysen europäischer Konzernrechtsharmonisierung.

<sup>83</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (347).

<sup>84</sup> Tholen, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 163; vgl. auch Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 208 ff.

<sup>85</sup> Vgl. Tholen, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 164; siehe auch die Übersicht bei Lutter/Bayer/Schmidt, in: Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2017, § 12 Rn. 12.8 ff.

auf Muttergesellschaften mit Sitz im Inland beschränkt, mit der Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49, 54 AEUV vereinbar ist.<sup>86</sup> Diese Inländerdiskriminierung ist zulässig und die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Konzernhaftungstatbestände ausschließlich auf inländische Gesellschaften stellt mithin keine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit dar.<sup>87</sup>

Der portugiesische Konzernhaftungstatbestand, der eine direkte Inanspruchnahme der Muttergesellschaft ermöglicht, ist der Schutzfunktion des Konzernrechts zuzuordnen. Nun kommen der Mutter im nationalen Konzernrecht aber auch Rechte – wie ein Weisungsrecht – zu, welche der Ermöglichungsfunktion zuzuordnen sind. Wenn diese indessen nur den nationalen Konzernen vorbehalten bleiben, ist eine binnenmarktfördernde Expansion von Gesellschaften in das europäische Ausland nicht zu erwarten.<sup>88</sup> Der EuGH hat somit zwar die Schutzfunktion des Konzernrechts und deren Relevanz für die Niederlassungsfreiheit bestätigt. Zu der hier behandelten Ermöglichungsfunktion hat er jedoch nicht Stellung bezogen. Diese hat allerdings in gleichem Umfang Einfluss auf die Ausübung der Niederlassungsfreiheit (Einzelheiten s.u. Teil 1 § 4 F. V.).

## B. Stand der Vielfalt des französischen „Konzernrechts“

### I. Einleitung

Das französische Gesellschaftsrecht kennt kein umfassendes und ausgefeiltes Konzernrecht. Bei Verabschiedung des Gesetzes vom 24. Juli 1966 über Handelsgesellschaften, welches nunmehr in der Neufassung des Code de commerce integriert ist, hat man die Entstehung des deutschen Konzernrechts im AktG ein Jahr zuvor zwar registriert und auch entsprechenden Handlungsbedarf erkannt. Im Gesetzgebungsverfahren war dies jedoch nicht mehr unterzubringen. So entschied man, sich dem Konzernrecht zu einem späteren Zeitpunkt anzunehmen – was allerdings bisher nicht geschehen ist.<sup>89</sup> Es fehlt also an einer vergleichbaren Kodifizierung wie im deutschen Recht (s.u. Teil 1 § 4 C. I.). Besteht deshalb eine Lücke im französischen Recht, wie es von einigen Autoren vertreten wird?<sup>90</sup> Dem muss

---

<sup>86</sup> EuGH, Urt. v. 20.06.2013, Rs. C-186/12, ECLI:EU:C:2013:412, EuZW 2013, 664 - *Impacto Azul*; dazu *Teichmann*, ZGR 2014, 45; Darstellung entnommen aus *Lutter/Bayer/Schmidt*, in: *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 6. Aufl. 2017, § 12 Rn. 12.17.

<sup>87</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt*, in: *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 6. Aufl. 2017, § 12 Rn. 12.17; *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (48 f.).

<sup>88</sup> Vgl. *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (68 ff.).

<sup>89</sup> *Foyer*, RJC 1996, 165 (167).

<sup>90</sup> Vgl. *Hémar/Terré/Mabilat*, *Sociétés commerciales*, t. III, 1978, S. 485: „une terrible lacune“.

widersprochen werden: es gibt ein französisches „Konzernrecht“.<sup>91</sup> Fraglich ist jedoch, ob dieses „Konzernrecht“ den Anforderungen von Wirtschaft und Justiz entspricht – kann dieses Recht angemessen auf die beiden Hauptcharakteristika des Konzerns reagieren? Es handelt sich hierbei um die einheitliche Kontrolle, unter der die einzelnen Mitglieder des Konzerns ihre rechtliche Eigenständigkeit behalten.<sup>92</sup> Bei dieser Formulierung zeigt sich, dass das Gegensatzpaar im französischen Schrifttum nicht Schutzrecht und Ermöglichsrecht heißt, sondern einheitliche Kontrolle und rechtliche Eigenständigkeit. Diese beiden Konzepte gilt es in Ausgleich zu bringen. Hierin liegt lediglich ein terminologischer Unterschied, da Ermöglichsfunktion und einheitliche Leitung sowie Schutzfunktion und rechtliche Eigenständigkeit korrespondieren dürften.

## II. Entstehung eines Konzerns im französischen Recht

### 1. Kapitalbeteiligung

Die wohl erste Assoziation mit einem Konzern entsteht, sobald eine Gesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung an einer anderen Gesellschaft hält und so erstere zur Mutter- und letztere zur Tochtergesellschaft wird. So ist es auch im Code de commerce vorgesehen, artt. L. 233-1, 233-3, 233-16 CCom, wobei unterschiedliche Beteiligungshöhen entweder von einer Konzernierung ausgehen (*est considérée*), oder diese aber nur vermuten (*est présumée*). Art. L. 233-1 CCom. definiert den Begriff der Tochtergesellschaft (*filiale*) als eine Gesellschaft, an der eine andere mehr als die Hälfte des Kapitals hält. Art. L. 233-3 CCom. präzisiert den Begriff der Kontrolle (*contrôle*) und geht von dieser aus, wenn die kontrollierende natürliche oder juristische Person entweder unmittelbar oder mittelbar eine Kapitalbeteiligung hält, die die Stimmenmehrheit vermittelt, oder durch Stimmrechtsvereinbarungen die alleinige Stimmenmehrheit hält, oder durch die ihr zur Verfügung stehenden Stimmrechte faktisch die Entscheidung in der Gesellschafterversammlung bestimmen kann, oder wenn ihr die Befugnis als Gesellschafterin zukommt, die Mehrheit der Mitglieder der Leitungsorgane zu berufen. Es besteht eine Vermutungswirkung hinsichtlich der Ausübung dieser Kontrolle, wenn die kontrollierende Person mittelbar oder unmittelbar über einen Stimmrechtsanteil von über 40% verfügt und kein anderer Gesellschafter mittelbar oder unmittelbar über einen höheren Anteil verfügt. Aus art. L.233-16 CCom ergeben sich keine abweichenden Beteiligungshöhen.

---

<sup>91</sup> Foyer, RJC 1996, 165 (167).

<sup>92</sup> Foyer, RJC 1996, 165 (167): „Concilie-t-il d’une manière convenable les deux traits qui caractérisent le groupe, l’unité obtenue par le contrôle sur un ensemble non personnalisé, dont les éléments conservent d’une existence juridique distincte, la personnalité morale?“

Daraus ergibt sich, dass nicht einheitlich in allen konzernrelevanten Normen des Handelsgesetzbuches geregelt ist, ab welcher Höhe eine Kapitalbeteiligung zur Konzernierung führt. Daher wird die Kapitalbeteiligung als alleiniges Kriterium zur Feststellung, ob ein Konzern vorliegt oder nicht, kritisch betrachtet.<sup>93</sup> Auch vertragliche Verbindungen zwischen den Gesellschaften sollen keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für das Bestehen einer Gruppenstruktur geben.<sup>94</sup>

## 2. Beherrschender Einfluss

Der beherrschende Einfluss der Mutter auf die Tochter ist das entscheidende Kriterium zur Qualifizierung zweier oder mehrerer Unternehmen als Gruppenverbund. Die Abhängigkeit der Tochter ist hierzu komplementär.<sup>95</sup> Kontrolle und Abhängigkeit sind die Eckpfeiler des Konzerns.

Wie drückt sich dieser beherrschende Einfluss aus? Insbesondere durch ein Weisungsrecht (*pourvoir de direction*) der Mutter gegenüber der oder den Töchtern, die sich in einer Situation der wirtschaftlichen Abhängigkeit befinden.<sup>96</sup> Interessant hierbei ist, dass sich aufgrund der fehlenden Konstruktion eines Vertragskonzerns im französischen Recht lediglich eine wirtschaftliche und keine rechtliche Kontrolle und Abhängigkeit zwischen den Gesellschaften etablieren kann. Auch das Weisungsrecht der Mutter ist nicht rechtlich verankert, wie beispielsweise in § 37 Abs. 1 GmbHG. Es beruht auf der faktischen Ausübung des beherrschenden Einflusses. Diese Beobachtung wird durch die juristische Behandlung der einzelnen Gesellschaften als unabhängig unterstrichen.<sup>97</sup> Diese Unabhängigkeit bedeutet, dass die Muttergesellschaft nicht für die Verbindlichkeiten der Tochter in Anspruch genommen werden kann, trotzdem aber ihr Verhalten bestimmen kann. Es ist eine Barriere, die vom Recht platziert wird, um die Leitung der Mutter zu ermöglichen.<sup>98</sup> Die

---

<sup>93</sup> Vgl. *Schmidt*, in: *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, 1993, 73: „... il faut partir d’une définition du groupe: celle-ci ne réside pas dans un lien de capital, l’importance variable de la participation et les autres facteurs éventuels d’influence conduisant à des solutions incertaines;”.

<sup>94</sup> So *Schmidt*, in: *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, 1993, 73: „... l’analyse des liens contractuels entre les sociétés conduit à l’impasse, en raison de la diversité de tels liens et de l’appréciation fluctuante de leur impact sur le comportement des sociétés.”.

<sup>95</sup> *Schmidt*, in: *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, 1993, 73: „Il y a groupe de société à partir du moment où une ou plusieurs sociétés se trouvent sous le pouvoir de direction d’une société dominante.”.

<sup>96</sup> *Schmidt*, in: *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, 1993, 73 (74).

<sup>97</sup> *Schmidt*, in: *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, 1993, 73 (74): „... le droit des sociétés postule l’indépendance juridique de la personne morale des sociétés dominées, de laquelle découle leur indépendance patrimoniale.”.

<sup>98</sup> *Schmidt*, in: *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, 1993, 73 (74): „L’autonomie patrimoniale n’est rien d’autre qu’une barrière placée là par le droit pour favoriser la gestion des groupes;”.

Haftungstrennung ist somit entscheidender Katalysator für die einheitliche Leitung durch die Muttergesellschaft, sodass der Unabhängigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften Ermöglichungsfunktion zukommt.

Dies mag paradox erscheinen, wäre doch eine einheitliche Leitung eines (Einheits-)Unternehmens auf den ersten Blick deutlich einfacher. Dies betrifft jedoch nur die rechtliche Leitungsmacht der Muttergesellschaft. Der wirtschaftlichen Komponente der Leitungsmacht kommt die Autonomie der Töchter und die dadurch vermittelte Haftungssegmentierung zugute (hierzu näher Teil 2).

### 3. Ausgliederung von Unternehmensteilen

Des Weiteren kann eine Gesellschaftsgruppe dadurch entstehen, dass Teile der Gesellschaft auf eine neue Gesellschaft ausgegliedert werden. Dies beschreibt der Begriff *Filialisation*. *Filialisation* kann auf mehrere Arten und Weisen erfolgen:<sup>99</sup> erstens wenn ein neuer Aktivitätszweig gegründet wird. Hier kann es ökonomisch sinnvoll sein diese Aktivität vom Hauptgeschäft auszugliedern, insbesondere, wenn dessen Rentabilität noch nicht erwiesen ist und nicht die Solvenz der Gesellschaft gefährdet werden soll. Zweitens, kann auch eine Gesellschaft neu gegründet oder übernommen werden, auf die dann die Vermögenswerte des Aktivitätszweigs übertragen werden.

### III. Konzernstruktur

In Frankreich ist der Großteil der Unternehmen in Gruppen organisiert, wobei KMU den prozentual größten Anteil ausmachen. Die Unternehmensgruppen sind aber hauptsächlich rein national strukturiert und weisen keinen Auslandsbezug auf. Wenn französische Gesellschaften allerdings unter ausländischer Kontrolle stehen, ist diese am häufigsten aus Deutschland.<sup>100</sup> Der grenzüberschreitende Konzern ist also Realität, der Mittelstand könnte sich dieser Organisationsform aber noch häufiger bedienen.

### IV. Résumé

In der französischen Literatur steht man der Kodifizierung von Konzernrecht skeptisch gegenüber. Eine einstig gewollte Gesetzgebung nach deutschem Vorbild hat heute keine

---

<sup>99</sup> Vgl. zum Ganzen *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (35).

<sup>100</sup> Vgl. die Darstellung bei *INSEE*, *Les entreprises en France*, S. 66 f., 94 f.

Anhänger mehr.<sup>101</sup> Dies hat auch der Abgeordnete *Coûté*<sup>102</sup> erfahren müssen, der mit einer gewissen Beharrlichkeit drei Mal versuchte, einen entsprechenden Gesetzesentwurf vorzulegen.<sup>103</sup> Entsprechende Regelungen werden als belastend und beschwerlich empfunden; die Struktur des Konzerns funktioniere gut.<sup>104</sup> Bestehende Regeln und Rechtsprechung seien ausreichend.<sup>105</sup>

### C. Stand des deutschen Konzernrechts

#### I. Einleitung

Das deutsche Konzernrecht ist in den §§ 291 ff. AktG auf die Einhegung von „Konzerngefahren“ fokussiert. Das juristische Regelungsinteresse richtet sich vor allem auf Konflikte, die aus der Kontrolle einer oder mehrerer Gesellschaften durch einzelne Gesellschafter entstehen, die ebenfalls unternehmerisch tätig sind.<sup>106</sup> Hierbei werden insbesondere die Gefahren und Schutzmöglichkeiten für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter der abhängigen Gesellschaft in den Blick genommen.<sup>107</sup>

Die Regelungen des GmbH-Konzerns gründen sich teilweise auf eine analoge Anwendung des Aktienrechts, teilweise auch auf die Herausarbeitung spezieller GmbH-rechtlicher Regeln und Grundsätze im Wege des Richterrechts.<sup>108</sup> Die Regeln des Vertragskonzerns, §§ 291-310 AktG, sind dabei auch auf den GmbH-Vertragskonzern anwendbar. Nicht hingegen die Regeln des faktischen Aktienkonzerns in den §§ 311 ff. AktG. Grund hierfür ist die abweichende Leitungsstruktur in der GmbH, insbesondere das Weisungsrecht der Gesellschafter nach § 37 Abs. 1 GmbHG. Denn die Regeln des faktischen Konzerns sind auf einen unabhängigen

---

<sup>101</sup> *Foyer*, RJC 1996, 165 (172).

<sup>102</sup> Proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, du personnel et des tiers, N° 522 Assemblée Nationale v. 26.06.1978 ; Proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel, N° 1055 Assemblée Nationale v. 19.02.1970.

<sup>103</sup> *Foyer*, RJC 1996, 165 (173): so hat er im Jahre 1970 und 1978 versucht, ein Konzernrecht nach deutschem Vorbild vorzuschlagen; 1981 eines angelehnt an den europäischen Richtlinienvorschlag. Keiner der drei Vorschläge *Coûtés* hat es auf die Tagesordnung der Nationalversammlung geschafft.

<sup>104</sup> *Pariente*, ECFR 2007, 317 (343): „... the adoption of a burdensome statutory regime must be avoided at all costs insofar as the structure called the „group“ runs rather well.“

<sup>105</sup> *Foyer*, RJC 1996, 165 (172 ff.).

<sup>106</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, Anh. § 13 Rn. 2; *Engert*, in: FS Baums I, 2017, 385; *Maul*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 5. Aufl. 2021, Konzernrecht Rn. 3; *Leuschner*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2021, Anh. § 77 Rn. 1 ff.; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anh zu § 13 Rn. 3; *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Konzernrecht Rn. 2.

<sup>107</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, Anh. § 13 Rn. 3; *Engert*, in: FS Baums I, 2017, 385; *Maul*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 5. Aufl. 2021, Konzernrecht Rn. 3; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anh zu § 13 Rn. 3; *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Konzernrecht Rn. 3; zweifelnd, ob Gläubigerschutz ein gleichrangiges Regelungsanliegen ist *Leuschner*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2021, Anh. § 77 Rn. 5 ff.

<sup>108</sup> *Drygala*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 9.

Vorstand, § 76 AktG, zugeschnitten. Somit speist sich das Schutzrecht im faktischen GmbH-Konzern ganz wesentlich aus dem sich aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ableitenden Schädigungsverbot.<sup>109</sup>

## II. Entstehung eines Konzerns im deutschen Recht

Ob zwischen zwei oder mehreren Gesellschaften ein Konzern vorliegt, richtet sich nach den auch auf den GmbH-Konzern anwendbaren §§ 15 ff. AktG. Hier kann es auf eine Mehrheitsbeteiligung im Sinne von § 16 AktG ankommen. Eine Mehrheitsbeteiligung liegt nach § 16 AktG vor, wenn die Mehrheit der Anteile der GmbH einem anderen Unternehmen gehört oder wenn dem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte bei der Gesellschaft zusteht.

Der beherrschende Einfluss ist in § 17 AktG definiert. Ein abhängiges Unternehmen im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG ist ein rechtlich selbständiges Unternehmen, auf das ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Abhängigkeit wird im Fall der Mehrheitsbeteiligung vermutet, § 17 Abs. 2 AktG. Dabei steht die Frage der maßgeblichen Beteiligung im Raum.<sup>110</sup> Nach überwiegender Ansicht ist eine Beteiligung nicht dergestalt notwendig, dass tatsächlich Leitungsmacht ausgeübt wird, sondern dass die Möglichkeit der Einflussnahme besteht.<sup>111</sup> Ausschlaggebend ist der mögliche Einfluss der Mutter auf die konzernweite Personalpolitik.<sup>112</sup> Deren Einflussmöglichkeit muss gesellschaftsrechtlich vermittelt sein, eine rein wirtschaftliche Abhängigkeit genügt nach überwiegender Ansicht nicht.<sup>113</sup> Dabei kann nach Rechtsprechung des BGH eine sog. Hauptversammlungsmehrheit ausreichen.<sup>114</sup> Dies ist eine Minderheitsbeteiligung, die für eine verlässliche Mehrheit der abgegebenen Stimmen in der Gesellschafterversammlung

---

<sup>109</sup> Grundlegend BGH, Urt. v. 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 - *ITT*; bestätigend BGH, Urt. v. 16.09.1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (340) - *Autokran*; zum Ganzen *Drygala*, in: *Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung*, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 9; vgl. auch *Verse*, in: *Henssler/Strohn, GesR*, 5. Aufl. 2021, Anhang § 13 Rn. 7 ff.

<sup>110</sup> *Windbichler*, in: *AktG Großkommentar*, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 11, wonach „(...) die Beherrschungsmittel vielgestaltig sein können und sich einer rein quantitativen Betrachtungsweise entziehen.“

<sup>111</sup> *Windbichler*, in: *AktG Großkommentar*, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 19 mwN aus der Rspr. *Koch*, in: *Koch, AktG*, 16. Aufl. 2022, § 17 Rn. 6; *Bayer*, in: *MüKoAktG*, 5. Aufl. 2019, § 17 Rn. 11.

<sup>112</sup> *Emmerich/Habersack*, *Konzernrecht*, 11. Aufl. 2020, § 3 Rn. 19.

<sup>113</sup> *Emmerich/Habersack*, *Konzernrecht*, 11. Aufl. 2020, § 3 Rn. 21 mwN; *Windbichler*, in: *AktG Großkommentar*, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 12; *Koch*, in: *Koch, AktG*, 16. Aufl. 2022, § 17 Rn. 8; *Bayer*, in: *MüKoAktG*, 5. Aufl. 2019, § 17 Rn. 21 f.

<sup>114</sup> BGH, Urt. v. 18.06.2001 - II ZR 212/99, ZIP 2001, 1323 (1324) - *MLP*; BGH, Urt. v. 13.04.1994 - II ZR 16/93, BGHZ 125, 366 (369); BGH, Urt. v. 13.10.1977 - II ZR 123/76, BGHZ 69, 334 (337) - *Veba/Gelsenberg*.

ausreicht, weil das vorhandene Kapital regelmäßig nicht vollständig vertreten ist.<sup>115</sup> Ausreichend kann eine Minderheitsbeteiligung auch sein, wenn die Einflussnahmemöglichkeit auf Satzungsbestimmungen oder Stimmbindungsverträgen beruht.<sup>116</sup> Die Abhängigkeit ist ihrerseits Grundlage für die Konzernvermutung nach § 18 Abs. 1 S. 3 AktG.

Die Ausübung einheitlicher Leitung ist in § 18 AktG definiert. Dabei ist das Schrifttum uneins darüber, wie der Begriff der einheitlichen Leitung auszulegen ist.<sup>117</sup> Die Vertreter des sog. „engen Konzernbegriffs“ interpretieren die einheitliche Leitung aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Perspektive heraus und verstehen den Konzern als „wirtschaftliche Einheit“. Ein Konzern im Sinne von § 18 AktG liegt demnach vor, wenn der Muttergesellschaft die strategische Planung obliegt, insbesondere im Personal- und Finanzwesen (beispielsweise zentrales Cash-Management).<sup>118</sup> Dem „weiten Konzernbegriff“ genügt hingegen die einheitliche Planung weiterer zentraler Konzernbereiche (beispielsweise Einkauf, Verkauf, Organisation etc.) ohne die Begrenzung auf das Personal- und Finanzwesen.<sup>119</sup>

Dies bedeutet, dass die Möglichkeiten der Konzernbildung im deutschen wie im französischen Recht weitestgehend übereinstimmen und es in beiden Rechtsordnungen nicht darauf ankommt, dass ein Unternehmensvertrag zwischen den Gesellschaften abgeschlossen wird.

Ohne gesetzlich vorgegebene Struktur des Vertragskonzerns ist auch im faktischen Konzern die Ausübung von Konzernleitungsmacht möglich. Über die Gesellschafterversammlung kann die Muttergesellschaft das in § 37 Abs. 1 GmbHG verankerte Weisungsrecht ausüben und den Geschäftsführer jederzeit gem. § 38 GmbHG abberufen.

### III. Konzernstruktur

Die GmbH als abhängige Gesellschaft behält weiterhin ihre eigene juristische Persönlichkeit und beschränkte Haftung.<sup>120</sup> Zwei Organe bestimmen im Wesentlichen den Werdegang der GmbH: der Geschäftsführer sowie die Gesellschafterversammlung. Die Geschäftsführung ist

---

<sup>115</sup> *Drygala*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 41 Rn. 16; siehe auch *Bayer*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 17 Rn. 35 f..

<sup>116</sup> *Windbichler*, in: AktG Großkommentar, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 23, 31 ff., 53.

<sup>117</sup> *Windbichler*, in: AktG Großkommentar, 5. Aufl. 2017, § 18 Rn. 17.

<sup>118</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 4 Rn. 13; *Windbichler*, in: AktG Großkommentar, 5. Aufl. 2017, § 18 Rn. 19 ff.

<sup>119</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 4 Rn. 14; *Koch*, in: *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 18 Rn. 10; *Bayer*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 18 Rn. 33.

<sup>120</sup> *Lübking*, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 107.

zunächst für die Vertretung der Gesellschaft, im Rahmen der Gesetze, des Gesellschaftsvertrags sowie der Weisungen der Gesellschafterversammlung zuständig, §§ 35, 37 GmbHG.<sup>121</sup> In der Gesellschafterversammlung üben die Gesellschafter ihre mitgliedschaftlichen Rechte aus und entscheiden grundsätzlich mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 47 Abs. 1 GmbHG. Die Besonderheit liegt darin, dass die Gesellschafter auf die Geschäftsführung der GmbH Einfluss nehmen können, indem sie ihr Weisungen erteilen, § 37 Abs. 1 GmbHG. Einschränkungen können sich ergeben, wenn die GmbH mitbestimmt ist. Ein Aufsichtsrat ist fakultativ, § 52 GmbHG. Auf diese Besonderheiten ist nicht einzugehen; sie bleiben für die weitere Begutachtung außer Betracht.

Die GmbH eignet sich aufgrund der starken Einflussnahmemöglichkeiten der Gesellschafter besonders als abhängige Gesellschaft.<sup>122</sup> Darüber hinaus verfügt die Gesellschafterversammlung über weitreichende Kontrollrechte (s.u. Teil 3 § 5 B. II.), §§ 45 ff. GmbHG. Attraktiv für die Konzernierung einer GmbH ist auch, dass im Hinblick auf die Gestaltung ihrer internen Struktur im Gesellschaftsvertrag wenig zwingende Vorschriften bestehen und die Vertragsgestaltung weitgehend frei ist. So kann die Position der Tochter innerhalb der Gruppe genau bestimmt werden.<sup>123</sup>

#### D. Vergleich

Das deutsche Konzernrecht wird in Frankreich als zu schwerfällig und zu wenig flexibel empfunden, weswegen auch alle Vorhaben, ein solches in die französische Gesetzgebung einzuführen, gescheitert sind (s.o. Teil 1 § 4 B. IV.)<sup>124</sup> Interessant ist hierbei, dass das französische und deutsche Recht des faktischen GmbH-Konzerns nicht auf eigenes hierfür kodifiziertes Recht zurückgreifen können. Beide Rechtsordnungen behelfen sich bei der juristischen Erfassung dieser Sachverhalte mit allgemeinem Gesellschaftsrecht. Dies lässt darauf schließen, dass es eines (neuen) Grundlagenwerkes hoher gesetzgeberischer Regelungsdichte wie im Vertragskonzern nach deutschem Vorbild eher nicht bedarf. Denn die wenig spezial-reglementierten Sachverhalte des faktischen GmbH-Konzerns bzw. Konzerns unter Beteiligung kleiner geschlossener Kapitalgesellschaften sind empirisch gesehen von

---

<sup>121</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 107 f.

<sup>122</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 116.

<sup>123</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 116.

<sup>124</sup> Foyer, *RJC* 1996, 165 (173).

größter Bedeutung und kommen bislang ohne ein allumfassendes maßgeschneidertes Rechtskleid aus.

#### E. Bestrebungen eines einheitlichen europäischen Konzernrechts

Durch die Bestrebungen eines einheitlichen europäischen Konzernrechts soll die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit über Tochtergesellschaften in den jeweiligen Mitgliedstaaten erleichtert und somit gefördert werden.<sup>125</sup> Um die Tochter im Gruppeninteresse führen zu können, soll eine Grundlage für die Geschäftsleiter geschaffen werden, die sie gegen eine etwaige Haftung absichert.<sup>126</sup> Diese Bestrebungen beschäftigen die Wissenschaft und Gesetzgebung bereits seit 50 Jahren, was die Vehemenz des Themas und die Virulenz der Entscheidungsfindung aufzeigt. Ein europäisches Konzernrecht ist nötig und rückt mit der Fokussierung auf Leitung im Gruppeninteresse in greifbare Nähe. Hierzu haben die Vorschläge der Kommission und die der Forschungsgruppen in unterschiedlicher Intensität Stellung bezogen. Auch Gesetzgebungsvorschläge haben sich mit der Thematik auseinandergesetzt.

Den Beginn bildet der Entwurf einer Konzernrichtlinie<sup>127</sup>, welchen die Kommission in den Jahren 1974 und 1975 als Vorentwurf<sup>128</sup> vorlegte und 1984 neu einbrachte.<sup>129</sup> 14 Jahre später, im Jahre 1998 legte das *Forum Europaeum Konzernrecht* in Anlehnung an die *Rozenblum-Formel* der Cour de Cassation (zu den Einzelheiten s.u. Teil 3 § 3 A. II. 2. d) sowie Teil 4 § 2 A. I.) ebenfalls ein Konzept zur Berücksichtigung des Gruppeninteresses vor.<sup>130</sup> Anschließend befasste sich die von der Europäischen Kommission im Jahr 2002 eingesetzte *High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework für Company Law in Europe* mit der Harmonisierung des gesamten Rechts der börsennotierten Gesellschaften in Europa und ihrer Corporate Governance.<sup>131</sup> Ein Jahr später folgte der Aktionsplan der Kommission, in dem diese im Wesentlichen zwei Ziele verfolgte: zum einen Stärkung der Aktionärsrechte und

---

<sup>125</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (61); Schön, ZGR 2019, 343 (346 ff.).

<sup>126</sup> So ähnlich Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (61), der davon spricht, die Tochter im Interesse des Mutterkonzerns führen zu können.

<sup>127</sup> Abgedruckt in ZGR 1985, 446 ff.

<sup>128</sup> Vorentwurf einer 9. Richtlinie zur Angleichung des Konzernrechts, I. Teil DOK Nr. XI/328 74-D, II. Teil DOK Nr. XI/593 75-D; monographisch Tholen, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 199 ff.; Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 141 f.

<sup>129</sup> Vorentwurf für eine 9. Richtlinie zur Angleichung des Konzernrechts, DOK Nr. III/1639/84; eingehend Tholen, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 199; Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 141.

<sup>130</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 ff.

<sup>131</sup> *High Level Group of Company Law Experts, A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, S. 1.

Verbesserung des Schutzes Dritter,<sup>132</sup> zum anderen Förderung der Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen<sup>133</sup>. 2011 befasste sich sodann das ebenfalls von der Kommission einberufene Expertengremium der *Reflection Group on the Future of EU Company Law* u.a. mit der Anerkennung des Gruppeninteresses.<sup>134</sup> Dessen Bericht folgte im darauffolgenden Jahr wiederum ein Aktionsplan der Kommission unter dem Titel: „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen“.<sup>135</sup> Überlegungen zur Konzernleitungsmacht fanden auch Eingang in die Beratungen zur SUP-RL. Hier sollte in Art. 23 ein Weisungsrecht des Gesellschafters gegenüber dem Geschäftsführer implementiert werden, um die Rechtsform der *Societas Unius Personae* (SUP) als leicht handhabbares Instrument europäischer Konzernbildung zu schaffen.<sup>136</sup> 2015 veröffentlichte der *Club des Juristes*, ein bei der Industrie- und Handelskammer von Paris angesiedeltes Expertengremium, seinen Bericht und sprach sich im Wesentlichen für die Rezeption der *Rozenblum*-Kriterien aus.<sup>137</sup> Ebenfalls in diesem Jahr legte das *Forum Europaeum on Company Groups* seine Überlegungen zur Verwirklichung des Gruppeninteresses vor.<sup>138</sup> Dem Forum folgte 2016 die *Informal Company Law Expert Group*.<sup>139</sup> Ebenfalls 2016 befassten sich die *European Company Law Experts*, ein privat organisiertes Wissenschaftlerkollektiv, mit der Berücksichtigungsfähigkeit des Gruppeninteresses.<sup>140</sup> Schließlich erarbeitete eine internationale Expertengruppe 2017 ein Modellgesetzbuch, den *European Model Company Act*, welches sich in Kapitel 15 der Unternehmensgruppe widmete.<sup>141</sup> Die deutsche

---

<sup>132</sup> Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union - Aktionsplan, KOM(2003) 284 endgültig, S. 9.

<sup>133</sup> Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union - Aktionsplan, KOM(2003) 284 endgültig, S. 10.

<sup>134</sup> *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Report, S. 59 ff.

<sup>135</sup> Aktionsplan europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, COM(2012) 740 final.

<sup>136</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final.

<sup>137</sup> *Le Club des Juristes*, Vers une reconnaissance de l'intérêt du groupe dans l'Union Européenne?, abrufbar unter [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/CDJ\\_Rapports\\_Intérêt-de-groupe\\_FR\\_Juin-2015\\_web-1.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/CDJ_Rapports_Intérêt-de-groupe_FR_Juin-2015_web-1.pdf) (zuletzt abgerufen am 26.05.2021).

<sup>138</sup> *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015, 507 ff.

<sup>139</sup> *The Informal Company Law Expert Group*, Report on the recognition of the interest of the group, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg\\_recommendations\\_interest\\_group\\_final\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg_recommendations_interest_group_final_en_0.pdf) (zuletzt abgerufen am 29.06.2021).

<sup>140</sup> *European Company Law Experts*, EBOR 2017, 1 ff.

<sup>141</sup> *European Model Company Act*, S. 369 ff., abrufbar unter [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2929348](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348) (zuletzt abgerufen am 29.06.2021).

Rechtswissenschaft hat diese Vorschläge und Stellungnahmen bereits eingehend dargestellt und bewertet, sodass auf diese Bezug genommen werden soll.<sup>142</sup>

Insgesamt lässt sich eine Neuorientierung der Konzernrechtsdiskussion feststellen. Die Perspektive des europäischen Konzernrechts ist heute nicht mehr der Schutz der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter, sondern die Legitimation der Konzernleitung durch die Muttergesellschaft. Diese soll in die Lage versetzt werden, Konzerngesellschaften aus verschiedenen Staaten sinnvoll miteinander verknüpfen zu können, ohne damit Pflichten auf Ebene der Tochtergesellschaften zu verletzen.<sup>143</sup> Darüber hinaus muss auch Rechtsklarheit für die Töchter geschaffen werden, inwiefern sie bei Handeln auf Weisung oder Druck der Mutter eine Pflichtverletzung begehen.

Die Diskussion zum Gruppeninteresse und die in diesem Interesse legitimierte Leitungsmacht der Muttergesellschaft machen nur dann Sinn, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind. Zum einen muss auf mitgliedstaatlicher Ebene der Gläubiger- und Minderheitenschutz gewährleistet sein. Zum anderen muss bei fehlender Anerkennung des Gruppeninteresses eine Haftung drohen, wenn die Tochtergesellschaft in den Dienst der Gruppe gestellt werden soll.<sup>144</sup> Nur dann kommt einer harmonisierenden Regelung zum Konzernleitungsrecht Ermöglichungsfunktion zu.

Die Vorschläge weisen eine übereinstimmende Tendenz zur Anerkennung des Gruppeninteresses auf, was sich nicht zuletzt daher begründen lässt, dass die Zusammensetzung der Expertengruppen oftmals nicht erheblich variiert.<sup>145</sup> Sie ähneln sich auch dahingehend, dass sie zunächst ein Konzept etablieren wollten, welches das Eigeninteresse der Tochter in den Hintergrund stellt und den Fokus vornehmlich auf die Berücksichtigung des Gesamtinteresses der Gruppe legt. Dieses Konzept scheint nun etabliert, sodass eine inhaltliche Konkretisierung unerlässlich ist. Diese sind die Ausarbeitungen bisher schuldig geblieben. Sie erschöpfen sich in einem zurückhaltenden Herantasten an das Konzept

---

<sup>142</sup> Siehe insb. die monographischen Auswertungen von *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017; *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020.

<sup>143</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (347 f.); *Teichmann*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 3 (6).

<sup>144</sup> Vgl. *Teichmann*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 3 (6).

<sup>145</sup> Ebenfalls *Schön*, ZGR 2019, 343 (349).

als Balance verschiedener Einzelinteressen; ökonomische Erwägungen finden hingegen keinerlei Berücksichtigung. Hierauf wird noch zurückzukommen sein (s.u. Teil 4 § 2 C.).

#### F. Notwendigkeit einer Harmonisierung

Nach überwiegender Auffassung gebietet das Europäische Primärrecht ein Wahlrecht der Muttergesellschaft, wie sie ihre grenzüberschreitende Aktivität ausüben will. Aus der Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49, 54 AEUV ergibt sich neben einem Diskriminierungsverbot auch ein umfassendes Beschränkungsverbot. Letzteres umfasst die „Wahlfreiheit der Organisationsverfassung“, welche beispielsweise durch die Wahl der Unternehmensstruktur eingeschränkt werden kann.<sup>146</sup> Uneinigkeit besteht darüber, ob sich hieraus auch Vorgaben für nationale Gesellschaftsrechte ergeben können. Vorherrschend wird angenommen, dass die Niederlassungsfreiheit nicht nur eine Ungleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Gesellschaften verbietet, sondern darüber hinaus zwischen unselbstständiger Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft.<sup>147</sup> *Möslein* tritt dieser Auffassung mit dem Argument entgegen, dass ein so verstandenes Gleichbehandlungsgebot die Wahlfreiheit der Gesellschaften tatsächlich einschränken würde. Die Konsequenz sei nämlich, dass bestimmte nationale Gestaltungen wegen Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit nicht mehr offen stünden. Sämtliche grenzüberschreitende Strukturmaßnahmen müssten innerhalb der Union gleichförmig geregelt sein.<sup>148</sup> Überdies ergebe sich ein Gleichbehandlungsgebot weder aus dem Wortlaut des Art. 49 AEUV noch aus dessen Auslegung durch den EuGH.<sup>149</sup> Jedoch soll vorliegend Vereinheitlichung durch eine neue europäische Regelung geschaffen werden, welche auch dem weiten Verständnis der Niederlassungsfreiheit entspricht und somit die Handlungsoptionen der Gesellschaften erweitert und absichert. Nur so ist die Wahl der ökonomisch vorteilhaftesten Struktur gewährleistet. Das durch das Gleichbehandlungsgebot verbürgte Wahlrecht ist aufgrund eines fehlenden Weisungsrechts beschränkt. Ein solches steht ihr nach bisheriger Rechtslage nur bei Zweigniederlassungen, nicht jedoch bei Tochtergesellschaften zu.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> *Möslein*, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband, 2007, S. 211, unter Verweis auf die einschlägige EuGH-Rechtsprechung.

<sup>147</sup> Grundlegend hierzu *Schön*, EWS 2000, 281.

<sup>148</sup> *Möslein*, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband, 2007, S. 221 f.

<sup>149</sup> *Möslein*, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband, 2007, S. 223 mwN.

<sup>150</sup> Vgl. zum Ganzen *Schön*, ZGR 2019, 343 (349 ff.): „Es muss vielmehr kraft Primärrechts möglich sein, für das grenzüberschreitende Engagement die Rechtsform der Tochtergesellschaft zu wählen und dennoch ein einheitliches Unternehmen zu betreiben.“

## I. Möglichkeit der Gründung von Zweigniederlassungen

Daher könnte eine Alternative der grenzüberschreitenden Konzernführung sein, Zweigniederlassungen zu gründen und so den Konzern einheitlich führen zu können. Allerdings gebietet die sekundäre Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49 Abs. 1 S. 2, 54 AEUV, dass beide Organisationsformen, also Zweigniederlassung und Tochtergesellschaften gleichberechtigt nebeneinanderstehen.<sup>151</sup> Allein europarechtlich kann die Mutter also nicht auf eine Möglichkeit der Verwirklichung ihrer sekundären Niederlassungsfreiheit beschränkt werden.

Es stehen der Beschränkung auf Zweigniederlassungen aber nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche Gründe entgegen (zu den wirtschaftlichen Gründen und Anreizen einer Konzernierung s.u. Teil 2 § 1). Knapp beschrieben bestehen die Nachteile einer Zweigniederlassung in der fehlenden Haftungssegmentierung, einer etwaigen Doppelbesteuerung, höheren Anforderungen durch europäische Publizitätsvorschriften sowie einer fehlenden Identifikation mit dem anvisierten Markt im europäischen Ausland.<sup>152</sup>

## II. Grenzüberschreitende Konzerngesellschaft als abhängige Scheinauslandsgesellschaft

Eine weitere Möglichkeit könnte darin bestehen, eine selbstständige Tochtergesellschaft nach dem Recht der Muttergesellschaft zu gründen und dann im Ausland einzusetzen. Sofern das Recht der Mutter ein Weisungsrecht vorsieht, könnte sie die im Ausland eingesetzte Tochter so führen wie eine inländische. Der ökonomische Vorteil der Haftungssegmentierung besteht in dieser Konstruktion weiterhin.<sup>153</sup>

Problematisch ist jedoch, dass für das Gelingen dieser Konstruktion entscheidend ist, dass Weg- und Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgen, sprich die Tochter bei Wegzug in einen anderen Mitgliedstaat weiterhin dem Recht des Gründungsstaates und somit dem Recht der Mutter unterliegt. Dies ist jedoch nach jetzigem Stand nicht der Fall;<sup>154</sup> viele Staaten folgen

---

<sup>151</sup> EuGH, Urt. v. 28.01.1986, Rs. C-270/83, Slg. 1986, 273 Rn. 22 - *Kommission/Frankreich*; *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 20; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 180.

<sup>152</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 21; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 181 jeweils mwN.

<sup>153</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 23; *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 169; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 182.

<sup>154</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 24; *Teichmann*, RIW 2010, 120 (121); *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 170; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 182.

weiterhin der Sitztheorie, die das Recht zur Anwendung gelangen lässt, das am Sitz der Tochter gilt. Dies würde somit nicht mehr mit dem der Mutter übereinstimmen. Zwar fordert der EuGH in ständiger Rechtsprechung in Ansehung der Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49, 54 AEUV, dass der Zuzugsstaat eine identitätswahrende Sitzverletzung zulässt. Dies hat er in den Entscheidungen *Centros*<sup>155</sup>, *Überseering*<sup>156</sup> und *Inspire Art*<sup>157</sup> mehrfach bestätigt.<sup>158</sup> Daraufhin hat sich nunmehr auch der BGH für EU-Gesellschaften der Gründungstheorie angeschlossen.<sup>159</sup> Allerdings ist diese Rechtsprechung auf die Beschränkungen des Zuzugsstaates begrenzt. Der BGH wendet die Gründungstheorie nur an, wenn auch der Herkunftsstaat den rechtsformwahrenden Wegzug zulässt.<sup>160</sup> Zu mehr verpflichtet auch die Niederlassungsfreiheit in der Auslegung des EuGH nicht. In den Entscheidungen *Daily Mail*<sup>161</sup> und *Cartesio*<sup>162</sup> hat er bestätigt, dass Wegzugshindernisse erlaubt und nicht an der Niederlassungsfreiheit zu messen sind. Stellt der Herkunftsstaat also Wegzugshindernisse auf, so ist nicht die Gründungstheorie, sondern die modifizierte Sitztheorie anzuwenden mit der Folge, dass die grundsätzlich geltenden nationalen Kollisionsnormen des Zuzugsstaates zur Anwendung kommen. Das ist in Deutschland nach wie vor die Sitztheorie.<sup>163</sup> Auch Frankreich folgt klassischerweise der Sitztheorie, Art. L.210-3 CCom.<sup>164</sup>

---

<sup>155</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 - *Centros*: Der Zuzugsstaat muss die Niederlassungsfreiheit beachten und somit den identitätswahrenden Wechsel zulassen.

<sup>156</sup> EuGH, Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 - *Überseering*: Der Zuzugsstaat muss die Niederlassungsfreiheit auch in Bezug auf die Rechts- und Parteifähigkeit der ausländischen Gesellschaft beachten und das Recht des Gründungsstaates anwenden.

<sup>157</sup> EuGH, Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 - *Inspire Art*: Der Zuzugsstaat darf die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit nicht von der Beachtung seines nationalen Gesellschaftsrechts abhängig machen und zusätzliche Kriterien aufstellen.

<sup>158</sup> Siehe zum Ganzen *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 15 ff.

<sup>159</sup> Siehe nur BGH, Urt. v. 13.03.2003 - VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185 (189 f.) - *Überseering*.

<sup>160</sup> *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 24.

<sup>161</sup> EuGH, Urt. v. 27.09.1988, Rs. C-81/87, Slg. 1988, 5505 - *Daily Mail*.

<sup>162</sup> EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 - *Cartesio*: Der rechtsformwahrende Wegzug kann vom Mitgliedstaat untersagt werden, ohne dass die Niederlassungsfreiheit tangiert wäre.

<sup>163</sup> Zum Ganzen *Ego*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2021, Europäisches Aktienrecht, B. Europäische Niederlassungsfreiheit Rn. 239 ff.; *Weller*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 396 mwN; a.A. *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 33, der jedenfalls im Hinblick auf die Wegzugsfreiheit deutscher Gesellschaften aus § 4a GmbHG neben der Zulässigkeit des ausländischen Verwaltungssitzes auch eine kollisionsrechtliche Dimension herausliest und somit die Gründungstheorie anwenden möchte; so auch *Stiegler*, in: *Jung/Krebs/Stiegler*, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 10 Rn. 106.

<sup>164</sup> Vgl. zu den Einzelheiten in den verschiedenen Mitgliedstaaten Europäische Kommission, Study on the law applicable to companies, Final Report, 2016, S. 134 ff.

Eine weitere Problematik ist praktischer Natur. Der ausländische Markt wird der ausländischen Rechtsform<sup>165</sup> häufig misstrauen.<sup>166</sup> Die Möglichkeit der Eroberung fremder Rechtsordnungen mithilfe einer einheimischen Rechtsform, die auf dem jeweiligen Markt Vertrauen genießt, ginge somit verloren. Eine Harmonisierung durch eine grenzüberschreitende Scheinauslandsgesellschaft muss demnach ausscheiden.

### III. Keine Harmonisierung durch SE-VO

Durch die SE-VO ist keine Harmonisierung des Europäischen Konzernrechts erreicht worden.<sup>167</sup> Die *Societas Europaea* (SE), die Europäische Aktiengesellschaft ist eine supranationale Rechtsform, die vor allem auf Großunternehmen zugeschnitten ist. Sie wurde mit der SE-VO<sup>168</sup> 2004 in den Europäischen Rechts- und Wirtschaftsverkehr eingeführt.<sup>169</sup> Mithilfe der SE soll es nun möglich sein, auf die vielen verschiedenen nationalen Rechtsformen verzichten zu können und stattdessen europaweit mit einer einzigen Gesellschaft zu operieren.<sup>170</sup> Das hochgesteckte Ziel einer supranationalen einheitlichen Rechtsform hat sich allerdings als zu ambitioniert erwiesen. Man konnte sich lediglich auf einen Minimalkonsens einigen, ein umfassendes und abschließendes Regelwerk für die SE konnte nicht entworfen werden. Gem. Art. 9 SE-VO gelten zunächst die Bestimmungen der VO und hilfsweise die Regelungen in der Satzung der SE. Nachrangig gelten die nationalen Vorschriften. Allein diese stark vereinfachte Darstellung zeigt ein kompliziertes Zusammenwirken verschiedener Rechtsschichten, sodass es keinen einheitlichen Typ der SE gibt. Vielmehr kann es so viele unterschiedliche Strukturen geben, wie die EU Mitgliedstaaten hat.<sup>171</sup>

---

<sup>165</sup> Siehe zu den Einzelheiten der Erfahrungen mit der britischen Rechtsform der Limited *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 26 f.; *Ringe*, ECFR 2013, 230 ff., wonach nach einem anfänglichen Boom der Limited in Deutschland die Zahl der Eintragungen zurückging. Dies sei nicht nur auf die Liberalisierung des GmbHG durch das MoMiG und die damit verbundene Einführung der Rechtsform der UG zurückzuführen, sondern auch auf erhöhte Kosten der Rechtsberatung, Erfüllung von Pflichten nach englischem Recht, Übersetzungskosten, etc.

<sup>166</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 24 f.; die Sorge äußert auch *Teichmann*, RIW 2010, 120 (122); *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 171; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 183 f.

<sup>167</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (347); *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 166 ff.

<sup>168</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1.

<sup>169</sup> *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4; *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 166; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 23 Rn. 4 f.

<sup>170</sup> *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 167; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 23 Rn. 1, 7.

<sup>171</sup> *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 167; siehe zur Ermittlung des anwendbaren Rechts die Darstellungen bei *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 10 f.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 23 Rn. 12 ff.

Hinzu kommt, dass die SE-VO keine speziellen konzernrechtlichen Vorschriften enthält. Es kommen die nationalen Konzernrechte zur Anwendung; welches bestimmt sich nach den Regeln des Internationalen Privatrechts.<sup>172</sup> Eine Harmonisierung vermag mit der SE als supranationalem Konzernbaustein nicht einzutreten. Das europäische Konzern(leitungs-)recht verbleibt in erster Linie mitgliedstaatliche Kompetenz.

#### IV. Verlust von Flexibilität geschaffen durch rechtstatsächliche Gegebenheiten?

Es ist herausgestellt worden, dass der grenzüberschreitende Konzern eine überragende Rolle für den Binnenmarkt spielt, sodass die fehlende Kodifikation der Rechtsrealität keinen Abbruch tut. Im Gegenteil ließe sich argumentieren, dass ein Eingreifen des Europäischen Gesetzgebers die Vielgestaltigkeit und Flexibilität des Konzerns hemmen oder gar verhindern würde.<sup>173</sup>

Dieser Argumentation lässt sich auf verschiedene Arten entgegenreten. Zunächst vermag Flexibilität auf Dauer keine Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Die Fähigkeit des grenzüberschreitenden Konzerns, sich den rechtlichen Gegebenheiten eines jeden Mitgliedstaates anzupassen hat keine vorherrschende, sondern lediglich begleitende Funktion.<sup>174</sup> Die Unternehmensgruppe schafft wirtschaftliche Realität *trotz* fehlender rechtlicher Regelungsdichte, nicht *wegen*.

Darüber hinaus ist das Regelungskonzept der Konzernleitung unter Berücksichtigung des Gruppeninteresses keineswegs darauf gerichtet, die Flexibilität der Konzernmutter zu beschneiden; im Gegenteil soll ihre Flexibilität gewahrt bleiben und sogar erweitert werden, indem ihr Handlungsoptionen gewährt werden.<sup>175</sup> Die rechtliche Absicherung ihrer Leitungsmaßnahmen und die damit korrespondierende Ausleuchtung von Haftungsrisiken stabilisieren die Leitungsmacht im Konzern.

---

<sup>172</sup> *Ego*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2021, Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft Rn. 23 ff.; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 49; *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 167; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 27 Rn. 1.

<sup>173</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 27; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 185.

<sup>174</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 27; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 185.

<sup>175</sup> Ähnlich *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 27 f.; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 185 f.

## V. Einschreiten des Europäischen Gesetzgebers

Der Europäische Gesetzgeber ist aufgefordert, einen Rechtsrahmen für die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen zu schaffen. Dies ist nicht nur einheitliches<sup>176</sup> Stimmungsbild<sup>177</sup> in der europäischen Rechtswissenschaft, verlaublich durch die zahlreichen Expertengremien, sondern auch eine Notwendigkeit, die sich aus der Konzernrealität ergibt. Dass Geschäftsleiter auf Ebene der Mutter sowie der Tochter in einer rechtlichen Grauzone agieren müssen, ist kein duldenswerter Zustand, so sehr er auch Ausdruck des rechtlichen oder wirtschaftlichen Geschicks der einzelnen Akteure sein mag.<sup>178</sup> Die Niederlassungsfreiheit kann nicht verwirklicht werden, wo Geschäftsführer der Mutter nicht wissen, in welchem Ausmaß und in welchem Rahmen sie Weisungen erteilen und so den Konzern mehr oder weniger straff führen können. Auch die Geschäftsleiter der Tochter benötigen Rechtssicherheit, denn es kann passieren, dass sie bei Befolgung einer Weisung einer erheblichen zivilrechtlichen oder auch strafrechtlichen Haftung ausgesetzt sind; andererseits bei Weigerung personelle Konsequenzen befürchten müssen.<sup>179</sup>

Um Rechtssicherheit zu erhalten oder ein rechtliches Risiko adäquat einschätzen zu können, bedarf es spezialisierten Rechtsrates. Große Unternehmen können sich diesen oftmals problemlos einkaufen, macht er doch dann nur einen Bruchteil des gesamten Vermögens aus, welches durch eine Transaktion innerhalb der EU bewegt wird. KMU verfügen zumeist nicht über eine eigene Rechtsabteilung oder die Liquidität, teuren Rechtsrat einzukaufen und internationale Wirtschaftskanzleien zu mandatieren. Die für sie nicht zu behebende Rechtsunsicherheit hat eine Marktzutrittsschranke zur Folge.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> Skeptisch *Windbichler*, NZG 2018, 1241 (1246), die vermutet, dass bei den Befürwortern einer Regulierung des Konzernrechts ein Unbehagen bestehe, „dass ein wichtiger Bereich des Wirtschaftslebens nicht umfassend verrechtlicht ist“. Sie plädiert hingegen dafür, Ermöglichung oder Erleichterung der Konzernorganisation „nicht als Behebung eines Normenmangels, sondern als Anstoß zur Beseitigung von Unstimmigkeiten und Förderung von Kohärenz zu begrüßen“; *Windbichler*, in: AktG Großkommentar, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 15 ff Rn. 6 f., 48; so bereits *Assmann*, in: AktG Großkommentar, 4. Aufl. 2004, Einl. Rn. 230, 271.

<sup>177</sup> Siehe nur *Conac*, ECFR 2013, 194 (205 ff.); *Ott*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 433 (440 ff.); *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (70); *ders.*, AG 2013, 184 (189 ff.); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (22 ff.).

<sup>178</sup> *Teichmann*, AG 2013, 184 (191); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (23 f.) sprechen von einem „Sprung ins Dunkle“; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 187.

<sup>179</sup> Vgl. zum Ganzen *Teichmann*, AG 2013, 184 (191 ff.); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (S. 23 ff.); *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 187 f.

<sup>180</sup> *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (65); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (24); *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 188; ausführlich zur Situation von KMU *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 36 f.

Durch eine Harmonisierung des Konzernrechts können zudem die Kontrollmöglichkeiten innerhalb der Gruppe optimiert werden. Es geht hierbei um Compliance und Risikomanagement.<sup>181</sup> Diese werden notwendig, weil die Unternehmensgruppe sowohl in der kartellrechtlichen Rechtsprechung des EuGH als auch von verschiedenen international agierenden Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden als Einheit angesehen und haftbar gemacht wird.<sup>182</sup> In der Rechtssache *Akzo Nobel* entschied der EuGH, dass kartellrechtswidriges Verhalten der Tochter der Mutter zugerechnet werden kann, wenn die Tochter trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen die Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Der EuGH sieht den Konzern als wirtschaftliche Einheit an und vermutet den maßgeblichen Einfluss der Mutter auf die Tochter widerleglich, wenn die Muttergesellschaft 100% des Kapitals der Tochtergesellschaft hält.<sup>183</sup>

Problematisch ist hierbei, dass durch die Haftung vermittelte konzernweite Aufsichtspflichten der Mutter nicht mit ihren gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen korrespondieren. Es besteht angesichts der Sanktionsdrohungen aus dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht die Notwendigkeit für die Muttergesellschaft, ein etwaiges haftungsauslösendes Verhalten der Tochtergesellschaft steuern und ggf. vermeiden zu können.<sup>184</sup> In Ermangelung einer Europäischen Regelung muss sich die Muttergesellschaft an die Kompetenzordnung halten, die im nationalen Gesellschaftsrecht vorgegeben wird.<sup>185</sup> Mit der Anerkennung des Gruppeninteresses und der damit verbundenen Möglichkeit, den Handlungsspielraum der Geschäftsleiter der Mutter sowie der Tochter zu erweitern, kann die erforderliche Compliance-Struktur geschaffen und das Risiko innerhalb der Gruppe adäquat gemanagt werden. Dies entspricht auch der ökonomisch optimalen Konzernstruktur (s.u. Teil 2 § 3 A.).

Eine Harmonisierung ist also vom Standpunkt der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts geboten. Aber auch von der komplementierenden Funktion des Schutzes von Minderheiten und Gläubigern ist eine Harmonisierung unausweichlich, weil Erfahrungen aus

---

<sup>181</sup> Vgl. zum Ganzen *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 29 f.; *Mülbart*, ZHR 179 (2015), 645 (662 ff.); *Teichmann*, ZGR 2017, 485 (498 ff.); *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 189 ff.

<sup>182</sup> *Teichmann*, ZGR 2017, 485 (499); *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 189.

<sup>183</sup> EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. I-08237 - *Akzo Nobel*; kurze Zusammenfassung bei *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 189 Fn. 285.

<sup>184</sup> *Teichmann*, ZGR 2017, 485 (500).

<sup>185</sup> *Teichmann*, ZGR 2017, 485 (500); *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 190.

Mitgliedstaaten ohne Konzernrecht zeigen, dass fehlende konzernrechtliche Regelungen auch ein geringeres Schutzniveau bedeuten. Durch eine einheitliche Europäische Regelung könnte ein etwaig stattfindendes *race to the bottom*<sup>186</sup> und ein Ausnutzen schwächerer Schutzregime verhindert werden.<sup>187</sup>

## Teil 2 Ökonomische Analyse des grenzüberschreitenden Konzerns

Der Konzern ist ein Phänomen in der Schnittmenge von Recht und Wirtschaft: Er besteht aus rechtlich selbstständigen Einheiten, welche durch eine wirtschaftliche und organisatorische Verbindung verknüpft sind. Das Recht muss die ökonomischen Voraussetzungen und die ökonomischen Vorteile seiner Gründung beachten.<sup>188</sup> Mit konzernrechtlichen Regelungen werden folglich auch ökonomische Zielsetzungen verfolgt, wie der Schutz der wirtschaftlichen Position bestimmter Akteure, etwa der Minderheitsgesellschafter und der Gläubiger.<sup>189</sup>

Die wirtschaftliche Realität des Konzerns stellt die hergebrachten Grundsätze des Gesellschaftsrechts vor entscheidende Probleme. Die Autonomie der einzelnen Gliedgesellschaften vermag zwar rechtlich bestehen zu bleiben, faktisch jedoch kann der Fall eintreten, dass von ihr durch die weitreichenden Einflussmöglichkeiten der Muttergesellschaft wenig verbleibt. Die sonst unabhängigen Gesellschaftsorgane sind mehrheitlich von der Mutter beherrscht bzw. besetzt und die Vermögenswerte der Tochter stehen unter dem Zugriff der Mutter.<sup>190</sup> Wesentliche Regelungsgesichtspunkte würden außer Acht gelassen, wenn entweder allein auf den rechtlichen oder allein auf den wirtschaftlichen Aspekt abgestellt würde, denn negative Wirkungen von Konzernvorgängen können eine Funktionsstörung des Marktes hervorrufen – insbesondere die der fehlerhaften Ressourcenallokation.<sup>191</sup>

---

<sup>186</sup> Zur Frage, ob innerhalb der EU überhaupt ein direkter oder indirekter institutioneller Wettbewerb im Gesellschaftsrecht besteht *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 222 f., 262 f.: zweifelnd bis ablehnend.

<sup>187</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 32 f.; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 191 f.

<sup>188</sup> *Lübking*, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 33.

<sup>189</sup> *Kirchner*, ZGR 1985, 214 (215).

<sup>190</sup> *Lübking*, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 20 ff.

<sup>191</sup> *Kirchner*, ZGR 1985, 214 (218 f.).

Trotz der vom Recht in den Blick genommenen Gefahren der Konzernierung ist die Konsequenz nicht das Verbot oder die umfassende Einschränkung des Konzerns, sodass es gute Gründe geben muss, das Risiko der Gläubiger- oder Minderheitengefährdung aufzunehmen.<sup>192</sup> Diese sind insbesondere ökonomischer Natur. Eine ökonomische, institutionelle Analyse kann aufzeigen, ob und in welcher Reichweite eine einheitliche Konzernleitung ermöglicht werden sollte und „in welcher Hinsicht die einzelne Gesellschaft das übergeordnete Konzerninteresse berücksichtigen darf und inwieweit sie auf ihrem eigenen Gewinn- und Überlebensinteresse beharren muss“.<sup>193</sup>

### *§ 1 Ökonomische Gründe für die Konzernierung*

Der Konzern ist eine Form der Unternehmensorganisation. Die rechtliche Eigenständigkeit einzelner Abteilungen innerhalb einer Wertschöpfungskette ist eine bewusste Entscheidung der Anteilseigner. Denn ihnen stünde auch die Möglichkeit offen, einfache „Betriebsabteilungen“ zu bilden und so innerhalb der Gesellschaft Teilbereiche zu schaffen.<sup>194</sup> Häufig werden aber gleichartige oder ähnliche Aufgaben einer Betriebsabteilung auf eine von der Mutter beherrschten „Beteiligungsgesellschaft“ übertragen.<sup>195</sup> Die einzelnen Teile als rechtlich selbstständige Unternehmen werden dabei meist als ein Unternehmen geführt.<sup>196</sup>

Von einem ökonomischen Standpunkt aus dient diese Form der Effizienz, vor allem der Organisation einer effizienten Allokation von Ressourcen.<sup>197</sup> Ihr Ziel ist Markterfolg.<sup>198</sup> Auf dem Markt bestimmen Angebot und Nachfrage den Preis von Ressourcen. Innerhalb des Konzerns wird diese Preisbestimmung abgelöst durch operationelle Entscheidungen der Geschäftsleitung.<sup>199</sup> Es fragt sich also, warum ein Unternehmen die Verwaltungskosten ihrer

---

<sup>192</sup> Vgl. mit ähnlichen Überlegungen *Engert*, in: FS Baums I, 2017, 385.

<sup>193</sup> *Engert*, in: FS Baums I, 2017, 385 (386).

<sup>194</sup> *Everling*, BFuP 1977, 281 untergliedert diese Teilbereiche in Zweigwerke, Verkaufsniederlassungen, Funktionsbetriebe, Filialen, Produktionsbereiche und Geschäftsbereiche.

<sup>195</sup> *Everling*, BFuP 1977, 281 (282).

<sup>196</sup> Vgl. *Kirchner*, ZGR 1985, 214

<sup>197</sup> *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 26; *Schön*, ZGR 2019, 343 (351): „Der Gedanke der Allokationseffizienz, Personal- und Sachmittel ebenso wie finanzielle Ressourcen innerhalb des Territoriums des Binnenmarkts dem Ort der höchsten Nutzung zuzuführen, schlägt sich auch in dem im Kapitel über die Niederlassungsfreiheit angesprochenen Gedanken nieder, gesellschaftsrechtliche Organisationsformen zur optimalen Zusammenführung von Arbeitskraft und Produktivkapital zu nutzen.“

<sup>198</sup> *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 26: „Business organisations may also serve further goals, but their structure has to be aligned particularly to the predominant goal of efficiency and market success.“

<sup>199</sup> *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 36.

Ressourcenverteilung auf sich nimmt, wo diese doch auch durch den Markt erfolgen könnte.<sup>200</sup>

Wenn der Markt die effizienteste Organisation für die Verteilung von Ressourcen wäre, bestünde keine Notwendigkeit für andere ökonomische Organisationsformen. Unternehmen können „Makel“ des Marktes ausblenden und effizientere Ergebnisse erzielen.<sup>201</sup> Die Effizienzsteigerung wird aber erst durch die Konzernierung erzielt. Dies geschieht durch die Ausnutzung von Skaleneffekten (*economies of scale*) und Verbundvorteilen (*economies of scope*) sowie durch eine Verminderung der Transaktionskosten.<sup>202</sup> Skaleneffekte werden erzielt, indem die erhöhte Quantität der Produktionsmenge den Preis des einzelnen Produkts senkt. Die Kostensenkung resultiert aus dem reduzierten Anteil an Fix- und versunkenen Kosten pro Einheit und den Vorteilen der Spezialisierung von Ausrüstung und Arbeitern.<sup>203</sup> Verbundvorteile beschreiben Produktions- und Kostenvorteile eines Unternehmens bei der Produktion mehrerer Güter, die durch gemeinsame Nutzung von Produktionsfaktoren und Produktions-, Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen entstehen.<sup>204</sup> Eine grenzüberschreitende Komponente erhalten diese Kostenvorteile, wenn aufgrund internationaler Arbeitsteilung jedes Gut dort produziert werden kann, wo die Produktionskosten am niedrigsten sind. Dies generiert einen absoluten Kostenvorteil.<sup>205</sup> Darüber hinaus sind auch komparative Kostenvorteile bei einer grenzüberschreitenden Konzernierung erzielbar. Denn nicht nur die Produktionskosten sind entscheidend; es kommt ebenfalls zu Wohlfahrtssteigerungen durch den Außenhandel.<sup>206</sup>

Transaktionskosten<sup>207</sup> entstehen bei der Beschaffung von Informationen, wenn das Rechtssubjekt Entscheidungen trifft und bei der Kontrolle der Umsetzung dieser

---

<sup>200</sup> Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 36: „The question of why all the allocation of resources are not determined by prices and why firms build such a costly administrative structure to perform in the same way as the market arises.“

<sup>201</sup> Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 36.

<sup>202</sup> Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 37; vgl. auch Schön, ZGR 2019, 343 (351, 354 f.).

<sup>203</sup> Kräkel, *Organisation und Management*, 6. Aufl. 2015, S. 59 f.; Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 38.

<sup>204</sup> Gabler *Wirtschaftslexikon*, 15. Aufl. 2000, S. 804.

<sup>205</sup> Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, S. 28.

<sup>206</sup> Vgl. das Beispiel bei Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, S. 28.

<sup>207</sup> Das Konzept wurde als erstes entwickelt von Coase, *Economica* 4 (1937), 386 ff.; ders., 3 J. L. & Econ. (1960), 1; vgl. auch Williamson, *AJS* 87 (1981), 548 ff.; siehe auch Marneffe/Bielen/Vereeck, in: *Encyclopedia of Law and Economics*, 2019, 2084 ff.

Entscheidungen (*information costs, decision costs, costs of control*).<sup>208</sup> Diese Kosten werden mit den zu erwartenden Vorteilen aus der Transaktion abgewogen. Sollten die Kosten höher sein, werden keine Transaktionen vorgenommen, sodass keine effiziente Ressourcenallokation erfolgt.<sup>209</sup> Nach *Coase* hängen Transaktionskosten von der institutionellen Struktur ab, in der Transaktionen durchgeführt werden sollen. Juristische Personen können also danach beurteilt werden, ob sie die Probleme der Transaktionskosten beheben können. Entweder, indem sie eine direkte Ressourcenallokation vornehmen, sodass jegliche weitere Verschiebung überflüssig wäre und so keine Transaktionskosten entstehen können, oder, indem diese Kosten wenigstens minimiert werden. Das Unternehmen muss also in der Lage sein, Transaktionskosten einsparen zu können.<sup>210</sup>

Dieses Einsparungspotential besteht jedoch nur hinsichtlich externer Transaktionskosten, die auf Märkten entstehen. Interne Transaktionskosten oder auch sog. Organisationskosten sind hiervon zu unterscheiden.<sup>211</sup> Wenn letztere geringer sind als externe Transaktionskosten, „lohnt sich die Umgehung des Marktes durch die organisationsinterne Abwicklung einer bestimmten Transaktion“.<sup>212</sup> Weiterentwickelt wurden diese Überlegungen von *Williamson*, der die Einsparung von Transaktionskosten mit den Annahmen begrenzter Rationalität und opportunistischen Verhaltens verband.<sup>213</sup> Zunächst jedoch ging er davon aus, dass Verträge in der Regel unvollständig sind,<sup>214</sup> welches insbesondere für die Vertragsparteien problematisch ist, die transaktionsspezifische Investitionen getätigt haben. Das sind solche Investitionen, die außerhalb der Transaktion von geringerem Wert sind.<sup>215</sup>

Verträge können dabei aus unterschiedlichen Gründen Lücken aufweisen. Die Vertragsparteien können aufgrund begrenzter Rationalität nicht alle zukünftigen,

---

<sup>208</sup> *Behrens*, ZgS 1985, 62 (64); *Kräkel*, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 7 unterteilt in Anbahnungskosten, Vereinbarungskosten, Kontrollkosten, Durchsetzungskosten und Anpassungskosten.

<sup>209</sup> *Behrens*, ZgS 1985, 62 (64).

<sup>210</sup> Vgl. zum Ganzen *Behrens*, ZgS 1985, 62 (64).

<sup>211</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung *Kräkel*, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 7; *Coase*, J. L. & Econ. 3 (1960), 1 (17) spricht von „administrative cost“, also Verwaltungskosten.

<sup>212</sup> Bezugnehmend auf den Erklärungsansatz der Existenz von Organisationen von *Coase* aus dem Jahr 1937 *Kräkel*, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 8; so ähnlich auch *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (63).

<sup>213</sup> *Kräkel*, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 9 mit Bezug auf *Williamson*, The economic institutions of capitalism, 1985; gekürzte und übersetzte Version *Williamson*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990.

<sup>214</sup> Vertiefend *Rossi*, in: Encyclopedia of Law and Economics, 2019, 1112 ff.

<sup>215</sup> *Kräkel*, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 10 mwN.

transaktionsrelevanten Umweltzustände antizipieren, sodass es zu sog. *Ex-post*-Überraschungen kommen kann. Es können demnach Zustände eintreten, die in der Kalkulationsgrundlage nicht enthalten waren.<sup>216</sup> Ein weiteres Problem stellen prohibitiv hohe Vereinbarungskosten einer lückenlosen vertraglichen Regelung dar.<sup>217</sup> Zu versuchen, alle möglichen zukünftigen Konstellationen vertraglich zu regeln und deren Einhaltung zu überwachen, ist unverhältnismäßig teuer. Hinzu kommen die Fälle, in denen prohibitiv hohe Durchsetzungskosten die Überprüfung der Erfüllung expliziter vertraglicher Absprachen von beiden Vertragsparteien vor einer dritten Partei – z.B. Gerichten – unmöglich machen.<sup>218</sup> Dies führt zu einer beschränkten Durchsetzbarkeit unvollständiger Verträge. Zusammenfassend wird die gesamte Problematik unvollständiger Verträge, transaktionsspezifischer Investitionen und nachvertraglichem Opportunismus auch als sog. *Hold-up* Problem bezeichnet.<sup>219</sup> Diese können durch den Zusammenschluss zu einer Organisation vermieden werden.

Es zeigt sich, dass die Organisationsform des Konzerns nicht nur in der Lage ist, positive und wünschenswerte Effizienzeffekte zu erzielen, sondern auch unerwünschte Nebeneffekte marktwirtschaftlichen Handelns zu reduzieren. Letzteres gilt auch für die Internalisierung von Externalitäten. Externalitäten<sup>220</sup> entstehen durch Marktversagen; wenn also die Nachteile und Risiken eines Geschäfts nicht durch Transaktionen internalisiert, also kompensiert werden können, sondern von anderen Marktteilnehmern getragen werden müssen. Ein vielfach verwendetes Beispiel ist die Luftverschmutzung bei der Rohstoffproduktion. Diese erzeugt Kosten für die Anwohner, welche aber nicht von der Fabrik getragen werden, sodass der Preis für den produzierten Rohstoff zu gering ist. Der Rohstoff wird vom Markt überbewertet und wird zu viel produziert und konsumiert.<sup>221</sup> Um diese Kosten zu internalisieren, müsste ein Preis für die entsprechende Nutzung der Umwelt erhoben werden, der die Produktionskosten auf ein gesellschaftlich optimales Ergebnis hebt. Das Marktversagen kann einerseits durch Vertragsgestaltung behoben werden. Jedoch ist diese Vorgehensweise mit erheblichen

---

<sup>216</sup> Engert, in: FS Baums I, 2017, 385 (387); Grossman/Hart, 94 J. Pol. Econ. (1986), 691 ff.; Kräkel, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 10; Rossi, in: Encyclopedia of Law and Economics, 2019, 1112 (1113).

<sup>217</sup> Kräkel, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 10.

<sup>218</sup> Engert, in: FS Baums I, 2017, 385 (388); Kräkel, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 10; Rossi, in: Encyclopedia of Law and Economics, 2019, 1112 (1113).

<sup>219</sup> Kräkel, Organisation und Management, 6. Aufl. 2015, S. 11 mwN; Rossi, in: Encyclopedia of Law and Economics, 2019, 1112 (1114).

<sup>220</sup> Vertiefend Torre, in: Encyclopedia of Law and Economics, 2019, 844 ff.

<sup>221</sup> Beispiel entnommen bei Torre, in: Encyclopedia of Law and Economics, 2019, 844 (846).

Transaktionskosten verbunden (s. bereits o. in diesem Abschnitt). Daher müssen rechtliche Institutionen eine Verteilung von Rechten vornehmen, die dieses Marktversagen kompensieren können. Dies geschieht durch die Unveräußerlichkeit dieser Rechte.<sup>222</sup>

Es bestehen folglich erhebliche Vorteile der Konzernierung gegenüber isolierten Gesellschaften, die über Austauschverträge miteinander verbunden sind. Bisher wurde vor allem der gesamtökonomische Nutzen beleuchtet. Nun soll auf die spezifischen Vor- und Nachteile für die einzelnen Akteure innerhalb des Konzerns näher eingegangen werden.

### A. Vorteile für die Muttergesellschaft

#### I. Haftungsbeschränkung

Für die Muttergesellschaft hat die Konzernierung mehrere Vorteile, die organisatorischer, ökonomischer sowie finanzieller Natur sind.<sup>223</sup> Die organisatorischen Anreize sind bereits dargestellt worden (s.o. Teil 2 § 1). Nunmehr sollen die ökonomischen und finanziellen Anreize beleuchtet werden. Die Haftungsbeschränkung ist dabei der ökonomische Normalzustand: Eigen- wie Fremdkapitalgeber haften nur auf den Betrag ihres Kapitaleinsatzes. Wäre eine solche Beschränkung nicht gesetzlich geregelt, würde sie vertraglich vereinbart werden.<sup>224</sup>

#### 1. Haftungssegmentierung

Durch die Haftungssegmentierung wird das Gesamtrisiko des Konzerns in einzelne Teilbereiche aufgespalten. Dieser Vorgang vereinfacht die Risikobeherrschung und führt zur Risikobeschränkung, was wiederum Wagnisanreize schafft und die grundsätzliche Risikoaversion überwindet.<sup>225</sup> Denn insbesondere natürliche Personen neigen dazu, risikoreiche Geschäfte und Strategien selbst dann nicht zu verfolgen, wenn diese zwar objektiv einen positiven Ertragswert aufweisen, subjektiv aber die Gefahr des Totalverlustes stärker gewichtet wird.<sup>226</sup> Die Muttergesellschaft als Leiterin des Konzerns ist keine natürliche Person, sondern eine juristische mit eigener Haftungsbeschränkung. Dennoch sind die

---

<sup>222</sup> Vgl. zum Ganzen *Behrens*, ZgS 1985, 62 (65): „Legal institutions, therefore, must compensate for this failure by providing a distribution of rights which guarantees the internalisation of externalities. The most important characteristic of a distribution of rights motivated by this goal is its non-negotiability.“.

<sup>223</sup> *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (39 ff.).

<sup>224</sup> *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 41; *Teichmann*, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, S. 475.

<sup>225</sup> *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 11, 43 f.; *Lotz*, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, S. 17; v. *Werder*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (297): „Das Privileg der Haftungsbeschränkung dient somit letztlich der Innovationsfähigkeit des Wirtschaftsgeschehens.“.

<sup>226</sup> *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 303; *ders.*, ZGR 2001, 1 (18); *Teichmann*, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, S. 479 f.

Entscheidungsträger in der Mutter natürliche Personen, die risikoavers handeln würden, wenn eine Haftungsbeschränkung und Haftungssegmentierung nicht bestünde.

Ein weiterer Vorteil der Haftungssegmentierung ist die Möglichkeit für die Muttergesellschaft, „die Spreu vom Weizen zu trennen“.<sup>227</sup> Die Haftung kann zwischen performanten Aktivitäten und solchen, die als problematisch eingestuft werden, segmentiert, also abgeschichtet werden. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines Geschäftszweiges können so die restlichen Aktivitäten der Gesellschaft nicht gefährden.<sup>228</sup> So besteht auch die Möglichkeit für die Muttergesellschaft, sich eines unprofitablen Geschäftszweigs ganz oder teilweise zu entledigen.<sup>229</sup> Aber nicht nur in Fällen, in denen eine unternehmerische Aktivität nicht performant ist, kann eine Abschichtung von Verantwortlichkeit attraktiv sein. Durch die Konzernierung entsteht für die Muttergesellschaft ein überschaubarer Führungs-, Verantwortungs- und Abrechnungsbereich und den Unternehmenseinheiten wird mehr organisatorische Selbständigkeit gewährt.<sup>230</sup>

Durch die Haftungssegmentierung wird die Risikoverteilung zugunsten der Unternehmen verschoben, „ohne dass die unternehmerische Planungsfreiheit berührt wird“.<sup>231</sup> Im Gegenteil wird die Planungsfreiheit sogar erhöht, denn die Haftungssegmentierung gewährt der Muttergesellschaft ein hohes Maß an Flexibilität, welches Rechtssubjekt mit den Marktpartnern Verträge schließt, und ob die Mutter sich diesem Vertrag durch Schuldübernahme, Bürgschaft, Garantie oder Patronatserklärung „anschließt“ oder nicht.<sup>232</sup>

## 2. Kapitalkosten

Ein weiterer Vorteil für die Muttergesellschaft ist die Möglichkeit, fremdes Kapital zu erhalten, indem neue Gesellschafter an der Tochter beteiligt werden können und neue Kreditgeber die Tochtergesellschaft mitfinanzieren.<sup>233</sup> Hierdurch wird das Verschuldungspotenzial der gesamten Gruppe erhöht.<sup>234</sup> Dies erzeugt einen finanziellen Hebeleffekt. Auch kann bei einer

---

<sup>227</sup> *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (43): „Séparation du bon grain et de l'ivraie“.

<sup>228</sup> *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (43); *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (62); *Everling*, BFuP 1977, 281 (286); *Hommelhoff*, ZIP 1990, 761 (769): die Haftungssegmentierung wirke wie ein Netz von Brandschneisen.

<sup>229</sup> *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (44); vgl. auch *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 94.

<sup>230</sup> *Everling*, BFuP 1977, 281 (286).

<sup>231</sup> *Kirchner*, ZGR 1985, 214 (219) mwN.

<sup>232</sup> *Kirchner*, ZGR 1985, 214 (224 f.).

<sup>233</sup> *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (45 f.); *Everling*, BFuP 1977, 281 (286); *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 94; *Kirchner*, ZGR 1985, 214 (219).

<sup>234</sup> *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (47).

pyramidalen Struktur des Konzerns eine optimale Finanzierungspolitik erzielt werden, indem der Kapitaleaufwand minimiert wird.<sup>235</sup> Ein Beispiel: Die Muttergesellschaft hält 51 % der Tochtergesellschaft welche wiederum 51 % der Enkelgesellschaft hält. Eine Kapitalerhöhung um 100 € bei beiden nachstehenden Gesellschaften kostet die Mutter nur 51 € bei der Tochter und bei der Enkelin sogar lediglich 26 €. Dieses Beispiel lässt sich beliebig weiterführen.

Darüber hinaus besteht ein Vorteil der Konzernierung in der Möglichkeit, unterschiedliche Risikoprofile abbilden und somit für eine adäquate Risikoallokation sorgen zu können. Gläubiger und Minderheitsgesellschafter, also Fremd- und Eigenkapitalgeber, können so ihr Risiko diversifizieren.<sup>236</sup> Diese Möglichkeit, verschiedene Risikoprofile abbilden zu können wird durch die Haftungsbeschränkung in Konzernen ermöglicht. Die Aufspaltung in „mehrere selbstständige Gesellschaften erlaubt es Fremd- und Eigenkapitalgebern, sich entscheiden zu können, welche Risiken des Gesamtunternehmens sie mittragen und welche sie für sich ausschließen wollen“.<sup>237</sup> Dies vereinfacht die Kapitalisierung für die Mutter, die gezielt Kapitalgebergruppen je nach Risikoprofil ansprechen kann.

## II. Eroberung ausländischer Märkte in ausländischen Rechtsordnungen

Auch die Eroberung ausländischer Märkte wird durch einheimische Rechtsformen erleichtert;<sup>238</sup> Insbesondere, wenn die Gesellschaft für ihre Aktivität eine Genehmigung oder regionale oder sektorielle Hilfen benötigt.<sup>239</sup> Darüber hinaus ist erwiesen, dass der Markt mehr nationalen als ausländischen Rechtsformen vertraut.<sup>240</sup> Auch eine Firma kann so erhalten bleiben, die sich in der betreffenden Branche bereits einen Namen gemacht hat und im Markt fest verankert ist.<sup>241</sup> Diesen Reputationswert kann sich die Muttergesellschaft zunutze machen.

## III. Unterteilung und Übertragung von Gesellschaftsanteilen

Ein weiterer Vorteil für die Muttergesellschaft liegt darin, dass sie ihre Beteiligung in den Töchtern leicht übertragen und somit mit anderen Investoren teilen kann. Dies ist

---

<sup>235</sup> *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (47).

<sup>236</sup> So auch *Schön*, ZGR 2019, 343 (352).

<sup>237</sup> Ausdrücklich *Schön*, ZGR 2019, 343 (352); vgl. auch *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 43.

<sup>238</sup> *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (62).

<sup>239</sup> *Dubois*, in: *Filialisation*, 1992, 51; *Everling*, BFuP 1977, 281 (286).

<sup>240</sup> Vgl. *Teichmann*, RIW 2010, 120 (122); *Tholen*, *Europäisches Konzernrecht*, 2014, S. 171, die anführen, dass die Angst vor einer unbekanntenen Rechtsordnung abschreckend auf potentielle Geschäftspartner wirken kann; siehe allg. zu den Erfahrungen mit der Ltd. in Deutschland *Ringe*, ECFR 2013, 230 ff.

<sup>241</sup> *Everling*, BFuP 1977, 281 (286).

insbesondere bei Joint Ventures interessant.<sup>242</sup> Sie bietet die Möglichkeit, eine bestehende oder beabsichtigte Zusammenarbeit rechtlich abzusichern.<sup>243</sup> Die leichte Übertragung von Beteiligungen ermöglicht es, die Zusammensetzung des Konzerns so zu verändern, wie es die Situation am Markt und die derzeitige Konzernstrategie verlangt.<sup>244</sup> Dabei ist es von Vorteil, dass der Konzern der Muttergesellschaft die Möglichkeit gibt, zusammengehörige Vermögensgegenstände und Rechtsverhältnisse zusammenzuziehen.<sup>245</sup> Außerdem bewirkt die Kooperation der Gesellschaften in einer Gesellschaftsgruppe die Spezialisierung der einzelnen Töchter, welche unabhängige Marktteilnehmer in diesem Maße nicht zulassen würden. So werden abermals Kooperationsgewinne generiert.<sup>246</sup>

#### IV. Konzerninterne Transaktionen

Konzerninterne Transaktionen ermöglichen der Muttergesellschaft, Geschäftschancen optimal zu nutzen. Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter sind meist die einzigen Vertragsparteien, die mit kleinen Gesellschaften kontrahieren. Denn außenstehenden Parteien kann es unmöglich sein, die Erfolgsaussichten eines Geschäfts mit diesen kleinen (Tochter-) Gesellschaften einzuschätzen, ohne hohe Transaktionskosten aufwenden zu müssen.

Durch konzerninterne Transaktionen können Verwaltungskosten eingespart werden. Denn Tochtergesellschaften mit eigenem Verantwortungsbereich müssen weniger überwacht werden als Zweigniederlassungen. Es genügt, strategische Vorgaben zu machen und die Umsetzung den Tochtergesellschaften zu überlassen.<sup>247</sup> In der Gruppe wird durch diese Transaktionen eine Effizienzsteigerung begründet (s.o. Teil 2 § 1).<sup>248</sup>

#### B. Vorteile für die Gläubiger

Die Vorteile der Konzernierung für die Gläubiger lässt sich mit dem Begriff des *asset partitioning* am besten beschreiben.

---

<sup>242</sup> Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 93.

<sup>243</sup> Everling, BFuP 1977, 281 (286).

<sup>244</sup> Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 94.

<sup>245</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (62).

<sup>246</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (63).

<sup>247</sup> Lotz, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, S. 11; eingehend auch *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 146.

<sup>248</sup> *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 163.

## I. Risikoallokation

Wie bereits beschrieben ermöglicht die Haftungssegmentierung eine Abbildung verschiedener Risikoprofile, für die sich die Fremdkapitalgeber entscheiden können. Die Aufteilung des Vermögens in verschiedene Tochtergesellschaften kann die Risikoallokation erleichtern. Die Gläubiger können ihr Kreditrisiko besser bewerten und die Liquidität der Tochtergesellschaft besser überwachen.<sup>249</sup>

## II. Senkung von Informationskosten

Die Begrenzung des Vermögens der Tochtergesellschaft im Gegensatz zu der Diversität von Vermögenswerten innerhalb der Muttergesellschaft ermöglicht es Gläubigern darüber hinaus, ihre Kosten zu senken. Sie müssen lediglich die Vermögenswerte der Tochtergesellschaft in den Blick nehmen und insbesondere auf bestimmte Vermögenswerte spezialisierte Gläubiger können deren Werthaltigkeit besonders effizient bewerten. So ist es dem Konzern leichter möglich, günstigen Kredit zu erhalten.<sup>250</sup> Dies funktioniert aber nur, solange die Gläubiger nur Zugriff auf das Vermögen der Tochtergesellschaft haben und nicht auch die Werthaltigkeit des Vermögens anderer Tochtergesellschaften oder der Muttergesellschaft bewerten und im Verlauf der Kreditgewährung im Blick behalten müssen. In diesem Fall werden die Informationsbeschaffungskosten für die Gläubiger wieder erhöht und deren Spezialisierung auf bestimmte Vermögenswerte kann nicht effizienzsteigernd eingesetzt werden.<sup>251</sup> *Credit enhancement* oder auch Bonitätsverbesserung verwässert die Vorteile geringerer Kosten der Besicherung von Krediten wenn solchen spezialisierten Gläubigern zusätzliche Sicherheiten von der Muttergesellschaft oder anderen Dritten angeboten werden. Zusätzlich unterläuft es ihre Anreize, die Vermögenswerte der Tochtergesellschaft zu überwachen. Das Ergebnis sind höhere Besicherungskosten und somit schlechtere Kreditkonditionen.<sup>252</sup>

Dies mutet paradox an, erscheint doch ein größerer Sicherungspool für die Gläubiger zunächst vorteilhaft. Jedoch ist es für die Gläubiger dann umso schwerer, die Geeignetheit dieser Werte zur Besicherung ihrer Kredite zu überprüfen und zu überwachen. Spezialisierung führt zur Senkung von Transaktionskosten, welches wiederum eine Effizienzsteigerung zur Folge hat.

---

<sup>249</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (62); Kraakman u. a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 115; Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, S. 477 f.

<sup>250</sup> Kraakman u. a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 110; vgl. hierzu auch Easterbrook/Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 45; Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, S. 476 f..

<sup>251</sup> Kraakman u. a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 110.

<sup>252</sup> Kraakman u. a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 110.

Das gilt umso mehr, als dass Gläubiger durch die Haftungsbeschränkung der Gesellschaft ein höheres Risiko des unternehmerischen Scheiterns tragen und somit mehr Anreiz haben, ihr Wissen und ihre Informationen auch entsprechend einzusetzen.<sup>253</sup>

### III. Ende der Konkurrenz mit Gläubigern der Muttergesellschaft

Ein weiterer Vorteil für die Gläubiger der Tochtergesellschaft liegt darin, dass sie nicht mehr in Konkurrenz zu den Gläubigern der Muttergesellschaft stehen. Wenn einzelne Vermögenswerte in eine Tochtergesellschaft transferiert werden, um diese mit der notwendigen Liquidität auszustatten, stehen sie nicht mehr im Vermögen der Muttergesellschaft und sind mithin dem Zugriff der Gläubiger der Mutter entzogen. Sie dienen nun der Befriedigung der Gläubiger der Tochter. Die Gläubiger der Mutter sind im Hinblick auf die Verwertung des Vermögens der Tochtergesellschaft strukturell nachrangig – ihr einziger Zugriff auf das Vermögen der Tochtergesellschaft ist über die Anteile der Muttergesellschaft.<sup>254</sup>

#### *§ 2 Gefahren für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter*

Die Gefahren für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter lassen sich unter dem Schlagwort des opportunistischen Verhaltens bzw. des *Ex-post*-Opportunismus zusammenfassen.

#### A. Gefahren für die Gläubiger

Eine Gefahr für die Gläubiger kann sich aus der Kehrseite eines Vorteils für die Muttergesellschaft ergeben: der Haftungssegmentierung. Die beschränkte Haftung der Gesellschaft führt dazu, dass deren Gesellschafter immer nur bis zur Höhe ihrer anfänglichen Investition haftbar sind und die Gläubiger das darüber hinaus erwachsene Insolvenzrisiko tragen. Dies kann zu einer Externalisierung von Risiken führen, die nicht zu rechtfertigen ist. Jedoch können sich die Gläubiger vor einer solchen Externalisierung schützen und das Risiko im Gegenteil internalisieren, indem sie der Gesellschaft nur gegen einen Risikoaufschlag (Zinsen), Vermögen zur Verfügung stellen. Es findet somit eine durch Marktmechanismen ausgelöste Internalisierung des Risikos der Haftungsbeschränkung statt.<sup>255</sup>

#### I. Verstärkung des Agenturkonflikts zwischen Muttergesellschaft und Gläubiger

Allerdings birgt die Konzernierung weitere Risiken für die Gläubiger: der Agenturkonflikt verstärkt sich.<sup>256</sup> Ein solcher entsteht, wenn in einem Prinzipal-Agenten-Verhältnis die

---

<sup>253</sup> Easterbrook/Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 47.

<sup>254</sup> Kraakman u. a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 110 Fn. 5.

<sup>255</sup> Lübkings, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 163 mwN.

<sup>256</sup> Kraakman u. a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 115.

Handlungsanreize der Beteiligten auseinanderfallen. Die Aufgabe des Gesellschaftsrechts besteht dann darin, den Agenten dazu anzuhalten, im Interesse des Prinzipals und nicht in seinem eigenen Interesse zu handeln.<sup>257</sup> Ein Prinzipal-Agenten-Verhältnis ist hierbei ein Verhältnis, in dem sich eine Person (Agent) verpflichtet, Entscheidungen für eine andere Person (Prinzipal) zu treffen. Dabei nehmen die Gläubiger die Position des Prinzipals, die Mutter die der Agenten ein. Die Verbindung besteht, weil die Gläubiger als Fremdkapitalgeber der Mutter als kontrollierende Mehrheitsgesellschafterin die Investition dieses Kapitals anheimstellen.

Der Agenturkonflikt führt zu Agenturkosten (*agency costs*), die sich aus drei Komponenten zusammensetzen. Zunächst entstehen dem Prinzipal Kontrollkosten (*monitoring costs*), die er aufwenden muss, um den Agenten zu kontrollieren. Darüber hinaus hat der Agent Bindungskosten (*bonding costs*) zu tragen, um dem Prinzipal glaubhaft zu versichern, dass er in dessen Interesse handelt. Schließlich erleidet der Prinzipal einen Residualverlust (*residual loss*).<sup>258</sup> Diese Agenturkosten zwischen Muttergesellschaft und Gläubiger erhöhen sich, da es die Konzernstruktur ermöglicht, das Vermögen in verschleiender Weise innerhalb des Konzerns zu transferieren und konzerninterne Verbindlichkeiten zu schaffen, die potentiell die Position der Gläubiger untergraben können. Ursache dafür ist die „Informationsasymmetrie der Parteien vor und nach Abschluss des Finanzierungs- oder Austauschvertrags“.<sup>259</sup>

Hinsichtlich des Agenturkonflikts zwischen Muttergesellschaft und Gläubiger sind zwei Zeitpunkte voneinander zu unterscheiden.<sup>260</sup> *Ex ante* bewirkt die Abschirmung des Vermögens durch die Eigenschaft des Unternehmens als juristische Person, dass der Gläubiger keinen direkten Einblick in das Vermögen der einzelnen Gesellschaften hat. Die Gesellschafter können behaupten, gewisse Vermögenswerte gehörten der Gesellschaft, die aber in Wirklichkeit im Eigentum der Gesellschafter oder Dritter stehen.<sup>261</sup> *Ex post* besteht das Problem, dass die Muttergesellschaft zwar vom Gewinn der Tochtergesellschaft profitiert, jedoch aufgrund der beschränkten Haftung ihre eigenen Vermögenswerte vor den

---

<sup>257</sup> *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 29.

<sup>258</sup> *Jensen/Meckling*, 3 J. Fin. Econ., 305 (308) (1976).

<sup>259</sup> Vgl. hierzu *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 297 mwN.

<sup>260</sup> *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 111.

<sup>261</sup> *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 111.

Konsequenzen des Scheiterns der Tochtergesellschaft geschützt sind. Dies ist ein Anreiz für die Muttergesellschaft, Geschäfte vorzunehmen, die ihr auf Kosten der Gläubiger nutzen.<sup>262</sup>

## II. Risiko der Vermögensverwässerung und -ersetzung

Dieser *Ex-post*-Opportunismus kann sich auf zwei Arten und Weisen manifestieren. Erstens kann die Muttergesellschaft zu ihrem Vorteil Teile des Vermögens der Tochtergesellschaft absaugen – dies wird als *asset dilution* oder auch Vermögensverwässerung bezeichnet.<sup>263</sup>

Diese Liquiditätsverlagerung von der Tochter auf die Muttergesellschaft ist auch unter dem Begriff des *tunnelling* bekannt. Zweitens, und das ist die viel gefährlichere Praxis, kann die Muttergesellschaft das Risiko der Geschäftstätigkeit der Tochtergesellschaft erhöhen und somit die Volatilität negativ verändern und beeinflussen – dies wird *asset substitution* oder auch Vermögensersetzung genannt.<sup>264</sup> Diese Praxis „bezeichnet den Anreiz des Schuldners, nach Fremdkapitalaufnahme eine riskantere Unternehmenspolitik zu verfolgen. Der Fremdkapitalgeber trägt zwar eventuelle Verluste aus Projekten mit einem hohen Risiko, partizipiert aufgrund des fixen Kapitaldienstes jedoch nicht an den höheren Gewinnchancen. Die durch diese Investition bewirkte Umverteilung künftiger Ertrags- und Verlustmöglichkeiten zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern kann dazu führen, dass Projekte durchgeführt werden, die bei reiner Eigenfinanzierung abgelehnt worden wären. Der Anreiz, eine solche Unternehmenspolitik zu verfolgen, steigt mit zunehmendem Verschuldungsgrad.“<sup>265</sup> Die Muttergesellschaft bevorzugt ein größeres Stück eines kleineren Kuchens.<sup>266</sup>

Außerdem kann die Muttergesellschaft die Kreditbelastung der Tochtergesellschaft erhöhen. Dies hat zur Folge, dass neue Gläubiger zu den alten Gläubigern hinzutreten und diese sich im Fall einer Verwertung die Vermögenswerte der Tochtergesellschaft teilen müssen – sog. *debt dilution* oder auch Verwässerung der Schulden.<sup>267</sup>

---

<sup>262</sup> *Bachmann u. a.*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 9; *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 49 f., bezeichnet diese Situation als „moral hazard“; *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 111.

<sup>263</sup> *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 111.

<sup>264</sup> *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 111; siehe auch *Jensen/Meckling*, 3 J. Fin. Econ., 305 (334 ff.) (1976).

<sup>265</sup> <http://www.banklexikon.info/d/asset-substitution/asset-substitution.htm>, zuletzt abgerufen am: 20.09.2022.

<sup>266</sup> Vgl. hierzu *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 111.

<sup>267</sup> *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 111; siehe dazu auch *Bachmann u. a.*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 127, die davon ausgehen, dass es sich hierbei um ein spezifisches Problem des Kreditrechts und nicht des Gesellschaftsrechts handelt.

### III. Risikoexternalisierung insbesondere bei unfreiwilligen Gläubigern

Die größte Gefahr für die Gläubiger ist die Externalisierung von Risiken. Die Muttergesellschaft entledigt sich durch die Haftungssegmentierung und der damit verbundenen Haftungsbeschränkung ihrer unternehmerischen Verantwortung. Klassischer Beispielfall ist der eines Taxiunternehmens,<sup>268</sup> welches jedes einzelne Fahrzeug von einer eigenen Kapitalgesellschaft betreiben lässt, die allerdings nur unzureichend mit Mitteln ausgestattet wird. Ist dieses Taxi nun in einen Unfall verwickelt, scheitern die Geschädigten häufig mit ihrem deliktischen Schadensersatzanspruch, weil die Tochtergesellschaften unzureichend kapitalisiert sind und so der Anspruch in der Höhe nicht durchgesetzt werden kann. Durch die Haftungssegmentierung haftet aber auch nur die Tochter und nicht die Mutter. Sie kann das Risiko, dass die Fahrzeuge des Taxisunternehmens in Unfälle verwickelt sind und so Schadensersatzverpflichtungen auslösen, vollständig auf die Geschädigten als unfreiwillige Gläubiger abwälzen. Um diesem Zustand abzuweichen wird eine Durchgriffshaftung diskutiert (Einzelheiten s.u. Teil 5 § 3).<sup>269</sup>

### IV. Fazit

Der Agenturkonflikt zwischen Gesellschaftern und Gläubigern kann dazu führen, dass sich der Gesamtwert des Unternehmens verringert. Daher können beide Gruppen davon profitieren, wenn Vermögensverwässerung und Vermögensersatzung eingeschränkt werden, denn solche Einschränkungen verringern die Kosten der Fremdfinanzierung des Unternehmens.<sup>270</sup> Gläubiger können Nebenabreden im Kreditvertrag zur Besicherung ihres Kredits mit dem Unternehmen vereinbaren. Auch können Sicherungsrechte vereinbart werden, sodass Vermögenswerte nicht ohne Zustimmung des Gläubigers veräußert werden dürfen. Der effizienteste Schutz ist die Nutzung der Rechtspersönlichkeit der Tochtergesellschaft. Wenn Vermögenswerte, die zur Sicherung eines Kredits bestimmt sind, in eine Tochtergesellschaft überführt werden, werden andere Fremdkapitalgeber der Muttergesellschaft strukturell nachrangig.<sup>271</sup> Vorbeugend für die vertraglichen Gläubiger lässt sich bei solventen Unternehmen Transparenz als gläubigerschützend anführen. Konzernabschlüsse sind auch

---

<sup>268</sup> Beispiel entnommen aus *Bainbridge/Henderson, Limited Liability: A Legal and Economic Analysis*, 2016, S. 291.

<sup>269</sup> *Bachmann u. a.*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 10.

<sup>270</sup> *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 112.

<sup>271</sup> *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 112 f.

bereits für große und börsennotierte Unternehmen verpflichtend.<sup>272</sup> Dies gilt hingegen nicht für KMU, § 293 HGB.<sup>273</sup>

Die beschriebenen Nachteile für die Gläubiger können Nebenprodukt einer von der Muttergesellschaft angewiesenen Transaktion sein, die dem Gruppeninteresse dient. Eine Gruppe kann beispielsweise bei der Verschiebung bestimmter Vermögenswerte zwischen den Töchtern eine Produktion, einen Vertrieb oder einen Steuervorteil hinzugewinnen, obwohl diese Transaktion die Gläubiger schädigt, weil ihre Sicherheitsmasse geschmälert wird.<sup>274</sup> Durch diese konzerninternen Vermögensverschiebungen ändert sich das Risiko und die Volatilität für die Gläubiger. Es gilt, diese Risiken für die Gläubiger abzufangen oder wenigstens abzumildern, um Fremdkapitalgeber nicht davon abzuhalten, sich auch zukünftig an wirtschaftlichen Aktivitäten von Kapitalgesellschaften zu beteiligen.

## B. Gefahren für die Minderheitsgesellschafter

### I. Agenturkonflikt zwischen Minderheits- und Mehrheitsgesellschaftern

Die größte Gefahr für die Minderheitsgesellschafter der Tochtergesellschaft ist der Agenturkonflikt zwischen ihnen und der Mutter als Mehrheitsgesellschafterin (zu den Grundlagen des Agenturkonflikts s.o. Teil 2 § 2 A. I.). Dabei nehmen die Minderheitsgesellschafter die Rolle des Prinzipals, die Muttergesellschaft die des Agenten ein. In der geschlossenen Kapitalgesellschaft wie der GmbH, SARL oder SAS bestehen nur geringe Agenturkonflikte zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern, weil die Gesellschafter die Geschäfte in der Regel selbst führen.<sup>275</sup> Es fehlt an einem Auseinanderfallen zwischen Herrschaft und Haftung (*separation of ownership and control*).<sup>276</sup> Dagegen besteht ein beträchtliches Prinzipal-Agenten-Problem zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern. Die Mutter, als Mehrheitsgesellschafterin, kann durch Geschäftsführungsmaßnahmen und Gesellschafterbeschlüsse die vermögensmäßige Stellung

---

<sup>272</sup> Kraakman u. a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 121.

<sup>273</sup> Siehe Art. 23 der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 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, ABl. EU L 182 v. 30.6.2013, S. 19.

<sup>274</sup> Kraakman u. a., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 115: „...e.g. the entire group might gain a production, distribution of tax advantage by shifting assets from one member to another, even though this shift makes the transferor's debt riskier and thus injures its creditors.“

<sup>275</sup> Eingehend Bachmann u. a., *Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft*, 2012, S. 7, 75 ff.

<sup>276</sup> Begriffsprägend Berle/Means, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932, S. 5; vertiefend Fama/Jensen, 26 J. L. & Econ. 301 (1983).

von Minderheitsgesellschaftern in vielfältiger Weise zersetzen.<sup>277</sup> Dabei ist insbesondere problematisch, dass aufgrund fehlender liquider Sekundärmärkte den Minderheitsgesellschaftern keine Exit-Option zur Verfügung steht, sodass sie dem opportunistischen Verhalten der Mehrheit mehr oder minder schutzlos ausgeliefert sind.<sup>278</sup> Sie sind im besonderen Maße der Gefahr eines *Ex-post*-Opportunismus der Muttergesellschaft ausgesetzt.<sup>279</sup>

## II. Zweckentfremdung der Einlagen

Dies drückt sich beispielsweise in der Umnutzung der Einlagen aus. Die Einlagen der Minderheitsgesellschafter können zugunsten des Gesamtkonzerns zweckentfremdet und nicht mehr ausschließlich für die gesellschaftliche Tätigkeit in der Tochter eingesetzt werden. Dieses Risiko besteht insbesondere, wenn die Gesellschaft bei Gründung unabhängig war und zu einem späteren Zeitpunkt von der Muttergesellschaft als Mehrheitsgesellschafterin übernommen wird. Die von den Eigenkapitalgebern bei Eintritt vorgenommene Allokation von Ressourcen kann für sie suboptimal werden.<sup>280</sup> Da sie aber in der Rolle der Minderheitsgesellschafter nur begrenzt Einfluss auf die Geschäftsstrategie der Gesellschaft nehmen können, verstärkt sich der Agenturkonflikt zwischen ihnen und der Muttergesellschaft.

## III. Gewinnverlagerung auf andere Gesellschaften

Ziel der Beteiligung an der Tochtergesellschaft ist die persönliche Gewinnsteigerung über Dividenden der Gesellschaft und die Steigerung des Anteilswertes. Die Minderheit partizipiert gleichwohl nur am Gewinn der Tochtergesellschaft, die Muttergesellschaft kann bei einer Gewinnverlagerung auf andere Gesellschaften ihren eigenen Gewinn steigern. Die Gewinnerwartung der Minderheitsgesellschafter entspricht somit nicht mehr ihrer Kapitalbeteiligung.<sup>281</sup> Dies macht sich insbesondere dann bemerkbar, wenn die Mutter massiv Einfluss auf die Liquidität der Tochter nimmt.<sup>282</sup> Die Mutter kann den Umfang des Kapitaleinsatzes steuern, indem sie in der Tochter darüber entscheidet, ob Mittelzuflüsse

---

<sup>277</sup> *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 296, 311.

<sup>278</sup> *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 296 mwN.

<sup>279</sup> *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 311.

<sup>280</sup> Vgl. hierzu *Lotz*, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, S. 29.

<sup>281</sup> *Lotz*, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, S. 29.

<sup>282</sup> Vgl. zur „übermäßigen Gewinnthesaurierung“ *Bachmann u. a.*, *Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft*, 2012, S. 33.

entweder einbehalten oder ausgeschüttet werden, §§ 29 Abs. 2, 46 Nr. 1 GmbHG. Zusätzlich kann die Tochter Fremdkapital aufnehmen oder verringern.

Ein Interessenskonflikt kann dann auftreten, „wenn das Kapital der Tochter aus Sicht der Mutter gegenüber sonstigen Finanzierungsmöglichkeiten des Konzerns künstlich verbilligt ist“.<sup>283</sup> Diese Verbilligung tritt in Fällen ein, in denen die Minderheitsgesellschafter „weniger als eine marktgerechte risikoangepasste Rendite erhalten und die Renditendifferenz der Mutter zufällt“.<sup>284</sup> Billiges Kapital der Tochter reizt die Mutter, dieses für Investitionen einzusetzen, die aber die Kapitalkosten der Tochter nicht decken. So wird den Minderheitsgesellschaftern der Tochter verfügbares überschüssiges Kapital vorenthalten (*excess free cash flows*).<sup>285</sup> Voraussetzung dafür ist, dass die Mutter die Unternehmensrentabilität der Tochter schmälern kann. Dies gelingt ihr, indem sie Gewinne im Wege konzerninterner Transaktionen, beispielsweise in Form unterverzinsten Kredite, selbst vereinnahmt. Problematisch könnte in diesem Zusammenhang auch das Cash-Pooling sein.<sup>286</sup>

#### IV. Fazit

Insbesondere durch die Gewinnverlagerung und die fehlende Korrespondenz zwischen Gewinnerwartung und Beteiligungsquote wird das Eigentumsrecht der Minderheitsgesellschafter gefährdet. Ohne dessen Schutz bestünden aber keine Anreize mehr für Anleger, sich in einer Gesellschaft zu beteiligen. Dies hätte eine Verschlechterung der Finanzierungsbedingungen zur Folge, welches aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive verhindert werden muss.<sup>287</sup>

### *§ 3 Regelungsfunktion des Rechts der Konzernstrukturierung*

#### A. Optimale Konzernstruktur

Der Konzern dient der effizienten Allokation von Ressourcen und ist somit ökonomisch legitimiert. Allerdings ist er kein Instrument für die Akkumulierung von Herrschaftsmacht, die die Geschäftsleitung willkürlich nutzen könnte, sondern darf diese Macht nur zum Zwecke der

---

<sup>283</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (76).

<sup>284</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (76).

<sup>285</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (76) mwN zur rechtsökonomischen Literatur, beschreibt hier das aus der Literatur bekannte Agenturproblem, das erstmals bei Managern in US-amerikanischen Publikumsgesellschaften festgestellt wurde in konzernbezogener Spielart.

<sup>286</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (76) insb. Fn. 53.

<sup>287</sup> Lotz, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, S. 30.

Sicherstellung einer effizienten Ressourcenallokation einsetzen.<sup>288</sup> Das Konzernrecht muss also die ökonomischen Vor- und Nachteile in Ausgleich bringen und eine optimale Konzernstruktur ermöglichen, in der Effizienzerwägungen, aber auch Schutzerfordernisse ineinandergreifen.

Dem Gesellschaftsrecht kommt die Funktion zu, eine rechtliche Struktur für die Unternehmensorganisationen zu schaffen, damit diese ihre unternehmerische Tätigkeit effizient ausüben können.<sup>289</sup> Seine fundamentale Aufgabe ist es, es einer gewissen Anzahl von Personen zu ermöglichen, ihre Ressourcen zusammenzubringen und gemeinsam an einer unternehmerischen Tätigkeit teilzunehmen. Dabei müssen die Interessen der verschiedenen betroffenen Parteien in einen Ausgleich gebracht und gegebenenfalls geschützt werden.<sup>290</sup> Ökonomisch gewendet bedeutet das, dass es Anreize für die verschiedenen Stakeholder geben muss, das für die Unternehmung notwendige Vermögen zur Verfügung zu stellen.<sup>291</sup> Das Recht setzt diese Anreize, indem es Schutzmechanismen bietet, die dieses Vermögen vor Missbrauch schützt. Durch diesen generalisierten Schutzstandard werden auch (Transaktions-)Kosten gesenkt, da ein Schutz der involvierten Interessen nicht bei jeder Transaktion individualvertraglich verhandelt werden muss. So kann das Gesellschaftsrecht der Effizienz dienen.<sup>292</sup>

Ein effizientes Konzernrecht muss einerseits die Interessen der vom Konzern betroffenen Akteure schützen, um eine Externalisierung von Kosten zu verhindern. Andererseits muss es adäquate rechtliche Rahmenbedingungen schaffen, sodass der Konzern als Organisationsform effizient arbeiten kann. Effizient arbeitet der Konzern, wenn er seine ursprüngliche Bestimmung erfüllen kann: die Ressourcen der Gesellschaften zu verbinden, um ein gemeinsames Ziel zu verfolgen, welches von den einzelnen Gesellschaften ohne den Zusammenschluss zur Gruppe nicht erreicht werden könnte, sowie als eine wirtschaftliche Einheit handeln zu können.<sup>293</sup> Die Verbindung der Ressourcen wird dadurch erreicht, dass die

---

<sup>288</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 27.

<sup>289</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 28: „Company law must take the main aims of companies, namely of being business organisations and of carrying out efficient economic activity, as a basis in order to shape a legal structure for them.“

<sup>290</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 28.

<sup>291</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 28: „Translated into the language of economics, there must be incentives for the different group of stakeholders to make available the necessary resources;“; so auch v. Werder, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (309).

<sup>292</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 28 f.

<sup>293</sup> Lübkking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 31.

sonst herrschende Marktbeziehung zwischen den Gesellschaften durch eine interne Organisation teilweise ersetzt wird. Dies wird durch eine einheitliche Gruppenleitung erreicht.<sup>294</sup>

Diese bietet aber auch organisatorische Probleme, etwa die vertikale Strukturierung der Gruppe, also die Teilung von Entscheidungskompetenzen und Haftung zwischen der Leitungsebene und den einzelnen Tochtergesellschaften.<sup>295</sup> Es wird dabei das strategische vom operativen Management getrennt. Die strategische Leitung obliegt dabei der Konzernleitung und betrifft die Gruppe als Ganze, insbesondere deren Vermögen, finanzielle Situation sowie Gewinne.<sup>296</sup> So werden die Ressourcen zugunsten aller Beteiligten optimal eingesetzt. Auf diese Weise können auch konzerninterne Konflikte verhindert werden, welches wiederum Überwachungskostenvorteile gegenüber konzernexternen Transaktionen am Markt zeitigt.<sup>297</sup> Außerdem beinhaltet das strategische Management langfristige Planung für den Konzern und die einzelnen Tochtergesellschaften und ist eng verbunden mit dem Finanzmanagement. Weitere zentrierte Aufgabenfelder können der Konzernleitung zugeschrieben werden, um Skaleneffekte und Verbundvorteile optimal ausnutzen zu können.<sup>298</sup> Die Tochtergesellschaft übernimmt hingegen die operative Leitung für ihre Gesellschaft selbst, um als sogenannte *profit centres* für alles verantwortlich zu sein, was für den Profit notwendig ist.<sup>299</sup> Dies erhöht die Innovationsfähigkeit von Konzernsparten. Diese können bei eigener Entscheidungsgewalt und flachen Hierarchien schnell auf den Markt reagieren und sich spezialisieren. Außerdem können Tochtergesellschaften aufgrund ihrer rechtlichen Eigenständigkeit einfacher Kooperationen und *joint ventures* eingehen. Dadurch werden sogar unternehmensexterne Synergieeffekte erzielt.<sup>300</sup>

Sie verfolgen ihre eigenen Unterziele, sind aber auch dem Gruppeninteresse verpflichtet, welches den Rahmen für die eigene unternehmerische Tätigkeit vorgibt. Das Interesse der

---

<sup>294</sup> Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 31.

<sup>295</sup> Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 74.

<sup>296</sup> Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 74.

<sup>297</sup> Lotz, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, S. 23 ff.; Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 74 ff.

<sup>298</sup> Vgl. hierzu Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 75 mwN.

<sup>299</sup> Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 75; so ähnlich auch Engert, in: FS Baums I, 2017, 385 (399): „Den Konzern kann man als gesellschaftsrechtlich verfasstes System von *profit centers* verstehen.“

<sup>300</sup> Lotz, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, S. 22; weitere Einzelheiten bei Lübbing, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 27 ff.

Gruppe liegt auch darin, dass die Töchter ihr Eigeninteresse an der Profitmaximierung verfolgen; normalerweise liegen also Interesse der Töchter und Gruppeninteresse beieinander.<sup>301</sup> Die optimale Konzernstruktur bedarf folglich einer Abstimmung zwischen dezentraler und zentraler Konzernleitung. Jedoch ist zu beachten, dass das vorherrschende Ziel der Gruppe, bestimmt durch die Muttergesellschaft (Einzelheiten s.u. Teil 6 § 2 C.), nicht die Erhaltung der Tochter ist, sondern den maximalen Profit des Konzerns als Ganzes zu sichern. Aufkommende Konflikte zwischen dem Interesse der Tochter und dem der Gruppe müssen zugunsten der Gruppe gelöst werden. So gebietet es die ökonomische Sichtweise.<sup>302</sup>

### B. Instrumente einer optimalen Konzernleitung

Je nach Gruppenstruktur stehen der Konzernleitung verschiedene Leitungsinstrumente zur Verfügung. Je dezentraler die Struktur, desto weniger direkten Einfluss nimmt die Konzernleitung auf das Management der einzelnen Tochtergesellschaften. Im Rahmen einer funktionalen Koordination und Kooperation erarbeitet sie Budgets und Pläne und erörtert und überwacht diese und deren Umsetzung in Programmen und gemeinsamen Komitees.<sup>303</sup> Dabei segnet die Mutter lediglich Budgets ab und überlässt so der Tochter die operative Leitung.<sup>304</sup> In dem Fall, in dem die Tochter nicht mehr wie erwartet performt, kann die Muttergesellschaft tiefer in deren Leitung eingreifen.<sup>305</sup>

Kerngeschäft der Konzernleitung ist das Finanzmanagement. Dieses kann nicht an die Tochtergesellschaften übertragen werden, weil dies die Einheit der Gruppenstruktur gefährden würde.<sup>306</sup> Von der Tochter erwirtschaftete Überschüsse müssen an die Muttergesellschaft abgeführt werden, sodass diese ihre eigenen Gesellschafter sowie Gläubiger befriedigen und die Gewinne innerhalb der Gruppe neu verteilen kann. So entsteht ein quasi-interner Kapitalmarkt.<sup>307</sup> Die Leitung legt die Verschuldung der Gruppe und der

---

<sup>301</sup> *Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 76:* „The subsidiaries pursue their entrepreneurial interest in the framework of the entrepreneurial interest of the group, and it is in the interest of the group that the subsidiaries as profit centres pursue their self-interest in making profits. Therefore, in normal times the interests of subsidiaries and that of the group coincide.“

<sup>302</sup> *Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 77:* „The predominant goal of the group is not to guarantee the existence of a specific subsidiary but to secure the group as a whole and to maximize its success. Arising conflicts between the interests of one subsidiary and the group have to be solved in favour of the group – at least from an economic point of view.“

<sup>303</sup> *Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 78.*

<sup>304</sup> *Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 78.*

<sup>305</sup> *Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 78.*

<sup>306</sup> *Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 82.*

<sup>307</sup> *Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 83.*

einzelnen Töchter fest, um das Risiko des Konzerns zu kontrollieren und zu limitieren. Dies geschieht beispielsweise durch eine Vorgabe zum Verschuldungsgrad.<sup>308</sup> Eine solche dezentrale Konzernleitung ist insbesondere in multinationalen Konzernen anzutreffen, liegt doch gerade hier der Vorteil der rechtlichen Verselbstständigung des Auslandsgeschäfts. Der Muttergesellschaft ist es oft nicht möglich, den nationalen Markt in gleicher Weise zu überblicken, wie die einheimische Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft. Es ist also am effizientesten, den finanziellen Entscheidungsrahmen festzusetzen und sodann der Tochtergesellschaft innerhalb dieses Rahmens freie Handhabe zu lassen. So kann Arbeitsteilung optimal umgesetzt werden.

Teilweise kann aber auch ein zentraleres Finanzmanagement von Vorteil sein. Insbesondere in dem Fall der Liquiditätsbeschaffung bei Banken. Wenn dort die Gruppe als Ganzes Verträge aushandelt und vereinbart, ist es ihr oftmals möglich, bessere Konditionen zu erhalten, weil der Bank mehr Sicherheit und Kapital entgegnet.<sup>309</sup> Nicht nur nach außen ist die zentrale Verwaltung der Finanzen der Gruppe vorteilhaft. Mit Einführung eines zentralen Cash-Pool Systems kann die Leitung temporäre Liquiditätsengpässe zwischen den Gesellschaften ausgleichen, indem kurzfristige konzerninterne Darlehen gewährt werden. So wird die Aufnahme eines verzinsten Darlehens bei Fremdkapitalgebern vermieden.<sup>310</sup> Die strategische und finanzielle zentrale Leitung der Muttergesellschaft wird durch ein Weisungsrecht sowie einen konzerninternen Informationsaustausch bestmöglich gewährleistet.

#### *§ 4 Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts*

Das organisatorische Hauptproblem im Konzern ist es, das Verhalten der Töchter auf die Ziele der Gruppe als Ganzes auszurichten.<sup>311</sup> Die Anzahl und Diversität der Tochtergesellschaften können Zentrifugalkraft entwickeln, da sie als unabhängige Gesellschaften konzipiert sind und so von der Muttergesellschaft zusammengehalten werden müssen. Dies gilt insbesondere, wenn die unternehmerische Tätigkeit der Tochter fernab von der Muttergesellschaft ist.<sup>312</sup> Um diesen Fliehkräften entgegenzuwirken, muss die Muttergesellschaft durch einen zentralen Entscheidungsprozess und damit verknüpften Kontrolle der Umsetzung dieser

---

<sup>308</sup> Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 83.

<sup>309</sup> Vgl. Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 84.

<sup>310</sup> Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 84.

<sup>311</sup> Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 67: „...therefore the main organisational problem of the group is to align the subsidiaries' behaviour to the goals of the group as a whole.“.

<sup>312</sup> Lübbing, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 67.

Entscheidungen eine starke und zentrierte Leitung sicherstellen.<sup>313</sup> Jedenfalls muss es den Tochtergesellschaften im Rahmen der zentrierten Leitung durch das Konzernmanagement unmöglich sein, eigene Ziele im Falle eines Konflikts durchzusetzen.<sup>314</sup> Nur so können die verschiedenen Gesellschaften zum Wohle aller, namentlich der Gesamtwirtschaft aber auch der Konzernbeteiligten, zusammengeführt werden und die Synergieeffekte, Verbundvorteile und Skaleneffekte effizient genutzt werden; effizienter, als wenn sie sich als bloße Marktteilnehmer gegenüberstünden.<sup>315</sup>

Diese Effizienzgewinne sollen durch das Gruppeninteresse gesichert werden: Das Gruppeninteresse nutzt einerseits der Muttergesellschaft, weil sie, anders als nach geltendem Recht in vielen Mitgliedstaaten, Anweisungen geben kann, die für die Tochtergesellschaft nachteilig sind. Andererseits nutzt es der Tochtergesellschaft, weil das Gruppeninteresse den Rahmen der nachteiligen Einflussnahme absteckt und begrenzt. Auch sind Ausgleichs- bzw. Haftungsvorschriften damit verbunden, sodass bei deren Anwendung Effizienzverluste auf Ebene der Tochtergesellschaft abgefedert werden können. Dem Konzernrecht muss im Rahmen der Konzernleitung ermöglichende Funktion zukommen, indem Maßnahmen der Konzernintegration legitimiert werden und dort ihre Grenzen finden, wo die ökonomischen Vorteile nicht mehr die Nachteile überwiegen. Es geht also um eine Art von Kaldor-Hicks Effizienz<sup>316</sup> und nicht um eine Pareto-Effizienz<sup>317</sup>. Der Gesamtwert des Konzerns muss gesteigert werden und die Nachteile überwiegen. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass erst gar keine Nachteile entstehen. Um Pareto-Verbesserungen herzustellen, müssten die Nachteile der Tochter vollständig ausgeglichen werden und sie gegebenenfalls auch an der Wertsteigerung partizipieren. So würden mehrere Beteiligte Verbesserungen erzielen, ohne dass jemand schlechter stünde als zuvor.<sup>318</sup> Problematisch ist jedoch, wie diese Nachteile oder auch Verluste zu berechnen sind. Die Verluste der Tochtergesellschaft sind nicht nur diejenigen, die sich direkt aus der nachteiligen Maßnahme ergeben, sondern auch der Verlust

---

<sup>313</sup> Everling, BFuP 1977, 281 (283); Lübking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 67 f.

<sup>314</sup> Lübking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 68.

<sup>315</sup> Vgl. zum Ganzen Lübking, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 68.

<sup>316</sup> Begründet durch Kaldor, *Economic Journal* 1939, 549; Hicks, *Economic Journal* 1939, 696: Ein Zustand X ist einem Zustand Y vorzuziehen, wenn die Vorteile der Gewinner so groß sind, dass sie die Verlierer kompensieren könnten und ihnen noch immer ein Restvorteil bliebe. Es genügt die Möglichkeit der Kompensation; vgl. hierzu auch Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl. 2015, S. 51 ff.

<sup>317</sup> Begründet durch Pareto, *Manuel d'économie politique*, 1909: Ein Zustand ist pareto-effizient, wenn niemand besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderer schlechter stünde; vgl. hierzu auch Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl. 2015, S. 48 ff.

<sup>318</sup> Engert, *ZGR Sonderheft* 2020, 59 (70).

der strategischen Eigenständigkeit und der damit verknüpften Gewinnchancen. Um diese auszugleichen, müsste die Entwicklung der Vermögenslage der Tochter mit der einer hypothetisch unabhängigen verglichen werden. Dies wäre Pareto-optimal, jedoch utopisch; es entwickelte sich ein „uferloser Maßstab“.<sup>319</sup> Ein umfassender Ausgleich ist demnach nicht möglich, sodass dieser kein eigenständiges Regelungsziel sein sollte. Es kann sich lediglich um eine Regelungstechnik handeln, um die Muttergesellschaft an das Konzerninteresse zu binden.<sup>320</sup> Die Minderheit kann nach Einbindung in den Konzern nicht mehr umfassend entschädigt werden – ihr Schutz obliegt dem Recht des Konzerneingangsschutzes beispielsweise im Rahmen eines Austrittsrechts.<sup>321</sup>

Durch das europäische Konzernrecht muss der Leitung ein Mehr zur Verfügung gestellt werden, als bereits nach herkömmlichen Gesellschaftsrecht möglich und zulässig ist. Es gilt, die rechtlichen Grenzen vollumfänglich auszuschöpfen.

### Teil 3 Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Konzernleitung im grenzüberschreitenden Konzern

Anschauungsobjekt bildet der grenzüberschreitende Konzern, illustriert durch das Beispiel des deutsch-französischen Konzerns. Das auf die Tochtergesellschaft anwendbare Recht ist das des Gesellschaftsstatuts der Tochter. Schutzrechtliche Bestimmungen richten sich also bei der französischen Tochtergesellschaft nach französischem und bei der deutschen Tochter nach deutschem Recht. Es sind im Folgenden sodann die Möglichkeiten der zentralisierten Konzernleitung der Muttergesellschaft und deren gesellschaftsrechtlichen Grenzen nach dem Recht der Tochtergesellschaft zu eruieren. Wie viel ökonomisch optimale Leitungsmacht kann die Muttergesellschaft bereits jetzt in den beiden betrachteten Rechtsordnungen ausüben?

#### *§ 1 Möglichkeit einer zentralisierten Konzernleitung*

Ökonomisch sinnvoll kann eine strategische und finanzielle zentralisierte Leitung auf Ebene der Muttergesellschaft sowie eine operative Leitung auf Ebene der Tochtergesellschaft sein. In den Blick zu nehmen ist hierbei die Zentralleitung durch die Mutter und wie sie im französischen und deutschen Recht ausgestaltet ist. Beide Rechtskreise halten Mechanismen

---

<sup>319</sup> Vgl. zum Ganzen *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (71).

<sup>320</sup> *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (71).

<sup>321</sup> So auch *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (71).

für die Konzernmutter bereit, ihre Leitungsmacht auszuüben. Dabei kann diese entweder spezialgesetzlich ausgestaltet sein und für alle Beteiligten direkte Rechte und Pflichten auslösen, oder aber indirekt durch tatsächliche Organisation des Konzerns ausgeübt werden.

#### A. Direkte Konzernleitung der Mutter

Die Muttergesellschaft übt ihre Leitungsmacht direkt durch ein Weisungsrecht aus. Sie kann aber auch faktisch ihren Einfluss ausüben.

##### I. Rechtliche Durchsetzung

###### 1. Formelle Geschäftsführung

In der SAS können juristische Personen *président* oder *dirigeant* sein und die Gesellschaft leiten, art. L. 227-7 CCom. In der SARL muss der *gérant* hingegen eine natürliche Person sein, art. L. 223-18 al. 1 CCom. Es handelt sich hierbei lediglich um eine verschiedenartige Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter bzw. Leitungsorgane der SAS und der SARL, mit der keine unterschiedlichen Kompetenzen verbunden sind. In der GmbH muss die Geschäftsführerin ebenfalls eine natürliche Person sein, § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Als formelle Geschäftsführerin kann die Muttergesellschaft folglich nur in der SAS ihre Leitungsmacht vollumfänglich ausüben.

###### 2. Weisungsrecht<sup>322</sup>

###### a) *Gesellschaftsrechtlich begründet*

Das französische Gesellschaftsrecht sieht kein ausdrückliches Weisungsrecht vor.<sup>323</sup> Damit unterscheidet es sich wesentlich vom deutschen Recht, welches im Regelungsbereich des Konzernrechts sowie im „einfachen“ Gesellschaftsrecht ein Weisungsrecht vorsieht. Wie bereits beschrieben, existieren im französischen Recht keine Vorschriften den Konzern bzw. dessen interne und externen Rechtsverhältnisse betreffend. Es ist jedoch interessant zu beobachten, dass solche Regeln auch nicht im allgemeinen Gesellschaftsrecht zu finden sind. Es wird also viel Wert auf die Unabhängigkeit der Organe innerhalb der Gesellschaft gelegt.

Im deutschen Recht fokussiert sich die Analyse auf das GmbH-Konzernrecht, insbesondere auf das Recht des faktischen Konzerns.<sup>324</sup> Im faktischen GmbH-Konzern ist das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung aus § 37 Abs. 1 GmbHG das zentrale Herrschaftsinstrument. Es

---

<sup>322</sup> Rechtsvergleichender Kurzüberblick bei *Rodewald/Paulat*, GmbHR 2013, 519 ff.

<sup>323</sup> Vgl. CA Versailles, 30.10.2002, n° 00/0071, Bull. Joly 2002, 184: „...toute limitation des pouvoirs du ou des gérants à l'égard de la société ne peut valablement résulter que des statuts...“.

<sup>324</sup> Vgl. zu umfassenden Analysen des Weisungsrechts im AG-Konzern *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 158 ff.; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 115 ff.

wird durch Gesellschafterbeschluss ausgeübt, welcher der einfachen Mehrheit bedarf, § 47 Abs. 1 GmbHG.<sup>325</sup> Dieses Weisungsrecht besteht auch in der konzernfreien Gesellschaft, wird aber dann zum Leitungsinstrument der Mutter, sobald sie die Kontrolle über die Tochtergesellschaft erlangt, indem sie ihre Mehrheitsgesellschafterin wird (vgl. zur Entstehung eines faktischen GmbH-Konzerns Teil 1 § 1 B. II. und § 4 C. II). Dieses Weisungsrecht ist aber nur dann für die Muttergesellschaft jederzeit flexibel einsetzbar, wenn sie alle Anteile an der Tochter-GmbH hält.<sup>326</sup> Denn sonst können die Weisungen durch Beschluss der Minderheitsgesellschafter in Frage gestellt werden (Einzelheiten der Beschlusskontrolle s.u. Teil 3 § 5 B. II. 1.). Darüber hinaus kann ein Weisungsrecht auch im Gesellschaftsvertrag verankert werden, welches derart weitreichend sein kann, dass Geschäftsführer zu reinen Exekutivorganen werden. Die Grenze dieses Weisungsrechts bilden die im Allgemein- und Gläubigerinteresse bestehenden Gesetzespflichten der Geschäftsführer.<sup>327</sup> Diese sind insbesondere Kapitalerhaltungsvorschriften und die Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags (s. ausführlich zu Kapitalerhaltungsvorschriften Teil 3 § 3 B. sowie zur Insolvenzantragspflicht Teil 5 § 1 B. III. 2.).

Eine weitere wichtige Grenze des Weisungsrechts ist die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht.<sup>328</sup> Sie verbietet es dem Mehrheitsgesellschafter strikt, die Interessen der Gesellschaft zum Schaden der Gesellschafterminderheit zu beeinträchtigen.<sup>329</sup> Dabei ist entscheidend, wen die Treuepflicht schützt: es wird verteten, sie diene ausschließlich dem Schutz der Minderheitsgesellschafter, nicht aber der GmbH selbst.<sup>330</sup> Daher könnten die Minderheitsgesellschafter einer schädigenden Einflussnahme zustimmen und so auf diesen

---

<sup>325</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 165; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 120.

<sup>326</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 165; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 120.

<sup>327</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 166; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 121.

<sup>328</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 166; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 121; vgl. aus der Rechtsprechung BGH, Urt. v. 5.6.1975 - ZR II 23/74 = BGHZ 65, 15 (18 ff.) - *ITT*; BGH, Urt. v. 16.9.1985 - II ZR 275/84 = BGHZ 95, 330 (340) - *Autokran*.

<sup>329</sup> Siehe ausführlich zum mitgliedschaftlichen Treuepflicht *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 7 ff.

<sup>330</sup> A.A. siehe nur *Maul*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 5. Aufl. 2021, Konzernrecht Rn. 61 ff.; *Leuschner*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2021, Anh. § 77 Rn. 105 „vertikale Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft“; *Emmerich*, in: *Scholz*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, Anhang § 13 Rn. 68, 70. Die Treuepflicht gelte demnach zwar ebenfalls zwischen den Gesellschaftern untereinander, vorrangig sei aber die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft.

Schutz verzichten. Die Mutter als Mehrheitsgesellschafterin begehe so keinen Treuepflichtverstoß. So verhalte es sich auch, wenn keine Minderheit existiert.<sup>331</sup>

b) *Arbeitsrechtlich vermittelt: Anstellungsvertrag des Tochtergeschäftsführers mit der Muttergesellschaft*

In der Konzernpraxis verbreitet sind Arbeitnehmer der Muttergesellschaft, die von dieser als Geschäftsführer in der Tochtergesellschaft eingesetzt werden. Die Leitungsmacht übt die Mutter dann über ihr arbeitsrechtliches Direktionsrecht aus.

aa) Französisches Recht

Im Falle eines Anstellungsvertrags mit der Muttergesellschaft, der die Mandatsausübung in der Tochter zum Gegenstand hat, tritt neben das Gesellschaftsrecht, welches weiterhin auf den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft Anwendung findet, das Arbeitsrecht.<sup>332</sup> Damit soll den Geschäftsführern ein höheres Schutzniveau gewährt werden.<sup>333</sup> Dabei ist stets zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag auch neben dem Gesellschaftsmandat besteht, oder in der Zeit der Mandatsausübung ruht. Neben den Voraussetzungen der Bezahlung durch die Muttergesellschaft (*rémunération par la société mère*) und der Ausübung der arbeitsvertraglichen Funktion (*exercice des fonctions pour lesquelles le salarié a été engagé*) ist wichtigstes Kriterium für das Bestehen eines Arbeitsvertrags ein Unterordnungsverhältnis (*lien de subordination*)<sup>334</sup>. Dies kann in Konflikt mit der unabhängigen Mandatsausübung stehen. Für den Fall, dass der Arbeitsvertrag nur besteht, um den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft auch dem Schutz des Arbeitsrechts zu unterstellen, ist wohl kein Konflikt zu besorgen. Gleiches gilt für den Fall, dass die Muttergesellschaft ihren Einfluss auf ihren Arbeitnehmer nur in der Intensität ausübt, in der auch ein Mehrheitsgesellschafter den Geschäftsführer beeinflussen würde.<sup>335</sup> Besteht hingegen eine Beeinträchtigung der Entscheidungsautonomie des Geschäftsführers, hat das Gesellschaftsmandat lediglich fiktiven Charakter mit der Folge, dass die Muttergesellschaft als faktische Geschäftsführerin oder

---

<sup>331</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 166 f.; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 121.

<sup>332</sup> Vgl. zu den Einzelheiten des Arbeitsrechts bzgl. sog. *cadres dirigeants Vatinet*, in: *Mél. Germain*, 2015, 841.

<sup>333</sup> *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 66035; *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2019, Rn. 80330.

<sup>334</sup> *Auzero/Ferrier*, in: *Répertoire des sociétés*, 2010, Rn. 132 ff.; *Besnard Goudet*, in: *JurisClasseur Sociétés Traité*, 2021, Fasc. 165-40 Rn. 44; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 65950; *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2019, Rn. 80331 f.; *Nurit-Pontier*, *Les groupes de sociétés*, 1998, S. 44.

<sup>335</sup> *Auzero/Ferrier*, in: *Répertoire des sociétés*, 2010, Rn. 135; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 65960; siehe für den umgekehrten Fall, in dem die Einflussnahme der Mutter auf den Geschäftsführer das Maß der Einflussnahme eines Mehrheitsgesellschafters überstieg *Cass.soc.*, 06.02.2002, n° 99-45.621 - unveröffentlicht.

sogar als Arbeitgeberin der Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft gelten könnte (siehe dazu sogleich).<sup>336</sup> Wurde der Arbeitsvertrag mit der Intention geschlossen, die freie Abberufbarkeit des Geschäftsführers zu verhindern, ist der Vertrag unwirksam. Der Grundsatz, dass der Geschäftsführer jederzeit abberufen werden kann ist ein Prinzip des *ordre public*.<sup>337</sup> Wird das Mandat des Geschäftsführers beendet, endet nicht automatisch auch das Arbeitsverhältnis und umgekehrt. Die Muttergesellschaft muss vielmehr eine neue Position für ihren Arbeitnehmer innerhalb des Konzerns finden. Nur wenn dies nicht möglich sein sollte, steht der Mutter die betriebsbedingte Kündigung offen.<sup>338</sup> Dem liegt der Grundsatz zugrunde, dass jedes Verhältnis nach seinen spezifischen Regeln beendet werden muss. In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, dass das Verhalten bei Mandatsausübung unter Umständen eine Kündigung rechtfertigen kann.<sup>339</sup> Es wird umgekehrt auch diskutiert, ob dem Gesellschaftsmandat die Grundlage bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fehlt, wenn letzteres ausschließlich zur Mandatsausübung geschlossen wurde. Denn der Anreiz für die Muttergesellschaft, einen solchen Vertrag mit dem Tochtergeschäftsführer einzugehen ist ihre hierdurch vermittelte Einflussmöglichkeit.<sup>340</sup> Bestehen Unstimmigkeiten mit der Muttergesellschaft und kündigt diese daraufhin wirksam den Arbeitsvertrag, kann dies als wichtiger Grund (*juste motif*) für die Abberufung auch als Geschäftsführer der Tochter gelten.<sup>341</sup>

Wie gesehen besteht im französischen Gesellschaftsrecht kein ausdrückliches Weisungsrecht der Mutter gegenüber der Tochter (s.o. Teil 3 § 1 A. I. 2. a)). Vielmehr kann sie über ihre Mehrheit in der Gesellschafterversammlung der Tochter ein faktisches Weisungsrecht ausüben (s.u. Teil 3 § 1 A. II.), jedoch bietet ein gesetzlich verankertes Weisungsrecht mehr

---

<sup>336</sup> *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, Rn. 136.

<sup>337</sup> CA Paris, 26.01.1994, n° 6630/91; *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, Rn. 148; *Besnard Goudet*, in: JurisClasseur Sociétés Traité, 2021, Fasc. 165-40 Rn. 46; siehe auch Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 65890, wonach der Wirksamkeit des Arbeitsvertrags eben dieser Grundsatz entgegenstehen kann.

<sup>338</sup> Cass.soc., 28.09.2010, n° 09-41.406; *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, Rn. 154; *Besnard Goudet*, in: JurisClasseur Sociétés Traité, 2021, Fasc. 165-40 Rn. 50; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 66025.

<sup>339</sup> Cass.soc., 04.03.1997, n° 93-44.805, Bull. Joly 1997, 661, note *J.-Ph. Dom*: „la perte de confiance à l'égard d'un salarié occupant un poste de directeur général d'une entreprise rend nécessairement impossible toute poursuite du contrat de travail et constitue une faute privative des indemnités de licenciement et de préavis“; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 66030.

<sup>340</sup> *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, Rn. 157 ff.

<sup>341</sup> Cass.com., 12.06.2007, n° 06-13.900, RJDA 12/07, n° 1242; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 66025, in dem Fall war Anlass der Unstimmigkeiten ein arbeitsgerichtlicher Prozess.

Rechtssicherheit. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht füllt die Lücke des Gesellschaftsrechts aber nur unzureichend. Die gesellschaftsrechtlichen Mandatspflichten gehen den arbeitsrechtlichen Pflichten vor. Die Grenze der Einflussnahme aus dem Arbeitsvertrag ist somit die korporationsrechtliche Verhaltenspflicht wie beispielsweise die Beachtung des Interesses der Tochtergesellschaft (siehe zum Weigerungsrecht des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft Teil 5 § 2).<sup>342</sup> Neben dem Weisungsrecht ist der Geschäftsführer auch verpflichtet, der Mutter Rechenschaft über die Ausübung seines Mandats abzulegen.<sup>343</sup> So kann der Informationsfluss von „unten nach oben“ weiter optimiert werden. Dieses weitere Element ist wichtig, da die reine Erteilung von Weisungen seitens der Muttergesellschaft noch kein arbeitsrechtliches Unterordnungsverhältnis begründet. Allerdings besteht für die Muttergesellschaft das Risiko, aufgrund der arbeitsrechtlichen Einflussnahme auf den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft als deren faktische Geschäftsführerin zu gelten (s.u. Teil 3 § 2 A.).<sup>344</sup> Auch steht eine Haftung für Fehlverhalten des Geschäftsführers im Wege der Haftung für Verrichtungsgehilfen nach art. 1242 CCiv im Raum (zu den Einzelheiten s.u. Teil 3 § 4 B. I. 3.). Schließlich können Mutter und Tochter auch als *unité économique et social* (UES) oder die Mutter im Rahmen der *coemploi* als Arbeitgeberin der Arbeitnehmer der Tochter angesehen werden.<sup>345</sup> Die Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Verhältnisses von Mutter und Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ist also mit Augenmaß vorzunehmen, um nicht zum Preis des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts weitere Pflichten einzugehen.

#### bb) Deutsches Recht

Auch im deutschen Recht bereitet die Kumulierung von Arbeitsvertrag und organschaftlicher Mandatsausübung keine Probleme. Im Konzern können Geschäftsführer Leitungsfunktionen bei einer oder mehreren Konzerngesellschaften (sog. Drittgesellschaften) wahrnehmen und dabei bei der Konzernmutter angestellt sein. Rechtsprechung<sup>346</sup> und Literatur erkennen die Drittanstellung für die nicht mitbestimmte GmbH als zulässig an. Umstritten ist lediglich, ob hierfür eine besondere Satzungsbestimmung oder die Zustimmung der

---

<sup>342</sup> *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, Rn. 161 ff.; *Besnard Goudet*, in: JurisClasseur Sociétés Traité, 2021, Fasc. 165-40 Rn. 51.

<sup>343</sup> Cass.soc., 02.10.1991, n° 87-45.668, RJDA 12/91, n° 1041; *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2019, Rn. 80331 f.

<sup>344</sup> *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 66035, die Inanspruchnahme als faktische Geschäftsführerin droht dabei insbesondere im Fall der Ausfalldeckungslhaftung (*action pour insuffisance d'actif*) (s.u. Teil 5 § 1 A. IV. 1.).

<sup>345</sup> *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, Rn. 172 f.

<sup>346</sup> BAG, Urt. v. 25.10.2007 - 6 AZR 1045/06, DB 2008, 355; BGH, Urt. v. 25.06.1979 - II ZR 219/78, BGHZ 75, 209 (210).

Gesellschafterversammlung erforderlich ist,<sup>347</sup> oder ob eine Drittanstellung im Konzern keinerlei gesellschaftsrechtliche Absicherung erfordert.<sup>348</sup> Unabhängig vom Abschluss des Anstellungsvertrags muss der Geschäftsführer ergänzend als Leitungsorgan bei der betreffenden Tochtergesellschaft bestellt werden.<sup>349</sup> Sodann kann die Mutter über ihr arbeitsrechtliches Direktionsrecht ihre Leitungsmacht in der Tochter ausüben, welches jedoch in den Grenzen der gesellschaftsrechtlichen Organpflichten ausgeübt werden muss.<sup>350</sup> Auch kann die Mutter dadurch Druck auf den Geschäftsführer ausüben, indem diesem nicht nur die Abberufung, sondern auch die Kündigung droht.<sup>351</sup>

## II. Faktische Durchsetzung

Unabhängig vom rechtlichen Rahmen der Weisungserteilung und -bindung, wirft die praktische Durchsetzbarkeit von grenzüberschreitenden Weisungen einer deutschen Konzernmutter gegenüber ausländischen Tochtergesellschaften in der Praxis nur selten Probleme auf. Dies liegt vor allem an der Personalkompetenz der Mutter gegenüber den Geschäftsführern der Tochtergesellschaft. Bei Weigerung der Umsetzung einer Weisung aus anderen als zwingenden rechtlichen Gründen (bspw. aus opportunistischen oder unternehmerischen Gründen), wird das Vertrauensverhältnis empfindlich gestört werden und so eine Grundlage für die Abberufung des starrköpfigen Geschäftsführers bieten.<sup>352</sup> Ähnliche Spruchpraxis besteht im französischen Recht, sodass auch die französische Konzernmutter ihre Leitungsmacht gegenüber ausländischen Tochtergesellschaften durchsetzen kann.

Die faktische Durchsetzung von Leitungsmacht vollzieht sich im Wesentlichen durch die Nominierung und Abberufung von Geschäftsführern der Tochtergesellschaft. Diese kommt im deutschen wie im französischen Recht der Gesellschafterversammlung zu, art. L. 223-19 CCom., § 38 GmbHG. In der SAS legen die Statuten die Voraussetzungen der Abberufung fest, vgl. art. L. 227-5, 6 CCom.; meist wird die Abberufung durch die Gesellschafterversammlung vorgenommen. Die Muttergesellschaft, die die Mehrheit der Stimmen in der

---

<sup>347</sup> Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anh. § 6 Rn. 9; Jaeger/Steinbrück, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 35 Rn. 252; Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 6 Rn. 65; dem folgend Deilmann/Dornbusch, NZG 2016, 201 (204).

<sup>348</sup> Paefgen, in: H/C/L, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 35 Rn. 330; Zum Ganzen Deilmann/Dornbusch, NZG 2016, 201 (204).

<sup>349</sup> Deilmann/Dornbusch, NZG 2016, 201 (205).

<sup>350</sup> Paefgen, in: H/C/L, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 35 Rn. 328.

<sup>351</sup> Dominke, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 175.

<sup>352</sup> Drygala, AG 2013, 198 (202); Liebscher, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 383; Ott, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 433 (443).

Gesellschafterversammlung ausübt, kann so Einfluss auf den Geschäftsführer nehmen. Zum einen, indem sie eine ihr zugewandte Person zum Geschäftsführer ernennt. Zum anderen, indem sie bei Weigerung des Geschäftsführers, ihre konzernleitenden Maßnahmen in der Tochtergesellschaft umzusetzen, eine Abberufung durch die Gesellschafterversammlung initiiert.

Letzteres kommt jedoch nur für den Fall in Betracht, in dem der Geschäftsführer der Tochter frei abberufbar ist. In der SARL kann die Abberufung nur aus wichtigem Grund (*juste motif*) erfolgen, art. L. 223-25, al. 1 CCom. Eine jederzeitige Abberufung erscheint nicht möglich, insbesondere, weil der Geschäftsführer für eine widerrechtliche Abberufung Entschädigung verlangen kann.<sup>353</sup> In der SAS sind die Gesellschafter bei der Gestaltung frei, art. L. 227-5 CCom. Allerdings kann sich der wichtige Grund auch aus dem Gesellschaftsinteresse ergeben.<sup>354</sup> Die Leitung der Tochter muss sich an den Interessen der Mehrheitsgesellschafter ausrichten.<sup>355</sup> Der wichtige Grund kann sich auch aus einem Zerwürfnis mit der Mutter ergeben (s.o. Teil 3 § 1 I. 2. b) aa)).

Die Mehrheit innerhalb der Geschäftsführungsorgane ist eine ökonomische Realität, die es dem Konzern erlaubt, seine Politik durchzusetzen sowie seine Strategie anzuwenden.<sup>356</sup> Durch die Ausübung der Kontrolle durch die Muttergesellschaft kommt es somit zu einer faktischen Durchsetzung der Leitungsmacht.<sup>357</sup> Es besteht somit ein faktisches Weisungsrecht, welches nicht gesetzlich verankert ist. Auch im deutschen Gesellschaftsrecht ist es der Muttergesellschaft möglich, mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen den Geschäftsführer zu bestellen und abzurufen, §§ 46 Nr. 5, 38 GmbHG. So kann sie die Personalpolitik der Tochter aktiv mitgestalten und die Gruppenpolitik umsetzen.<sup>358</sup>

### III. Bewertung

Problematisch ist, dass zwar praktisch eine faktische Durchsetzung erfolgen kann und somit die Mutter ihre unternehmerischen Entscheidungen gegenüber der Tochter durchsetzen

---

<sup>353</sup> *Monsèrié-Bon/Grosclaude*, Droit des sociétés et des groupements, 2016, Rn. 186.

<sup>354</sup> *Germain/Mangier*, Les sociétés commerciales, 22. Aufl. 2017, Rn. 1827; *Monsèrié-Bon/Grosclaude*, Droit des sociétés et des groupements, 2016, Rn. 187.

<sup>355</sup> CA Versailles, 19.01.2016, n° 14/00470, Bull. Joly 2016, 342, note *Favario*; CA Paris, 14.10.1986, JurisData 1986-025905, BRDA 15.01.1987, 8; CA Paris, 20.05.2010, Dr. sociétés 2010, n° 229.

<sup>356</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 27.

<sup>357</sup> *Thomas*, Rev. proc. coll. 2003, 55 (56).

<sup>358</sup> *Lübking*, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 119: „Very important for the enforcement of a uniform group policy is the personnel policy in the group, i.e. the staffing of the subsidiary’s management.“.

kann. Es fehlt jedoch ein einheitliches Rechtskleid, dass die Verflechtungen von Mutter und Tochter legitimiert und für Rechtsklarheit und -sicherheit sorgt. Denn eine faktische und praktische Durchsetzungsmöglichkeit schützt nicht vor unbekanntem Haftungsfall im Recht der Tochtergesellschaft und setzt die Geschäftsführer der Tochter einem Druck aus, der sich auch effizienzmindernd auswirken kann. Darüber hinaus ist zu bemerken, dass durch die Möglichkeit der faktischen Durchsetzung von Weisungen noch nichts darüber ausgesagt ist, welche Voraussetzungen und Grenzen der Befolgung von nachteiligen Weisungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten gesetzt sind. Diese weichen zum Teil erheblich voneinander ab (zu den Grenzen direkter Konzernleitung s.u. Teil 3 § 2 – 5).<sup>359</sup>

### B. Indirekte Konzernleitung der Mutter

Die Muttergesellschaft kann auch auf indirektem Weg Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausüben und so die Geschicke innerhalb der untergeordneten Gesellschaft lenken. Vielen dieser indirekten Konzernleitungsmöglichkeiten der Muttergesellschaft kommen jedoch nur eingeschränkte juristische Durchsetzbarkeit zu.

#### I. Personelle Verflechtungen und Doppelmandate

Konzernleitende Maßnahmen werden zum einen über die sog. „Personalschiene“, d.h. insbesondere über Doppelmandate und sonstige personelle Verflechtungen grenzüberschreitend durchgesetzt.<sup>360</sup>

##### 1. Französisches Recht: *cumul des mandats sociaux*

Das französische Gesellschaftsrecht regelt die Frage der Doppelmandate gesellschaftsformabhängig und legt nur für die SA Obergrenzen fest. Demgegenüber bestehen weder für die SARL noch für die SAS Regeln zum *cumul des mandats sociaux*. Der *président* oder *dirigeant* der SAS kann gleichzeitig in mehreren Gesellschaften diese Funktion ausüben.<sup>361</sup> Diese großzügige Haltung des französischen Gesetzgebers basiert auf dem Wunsch, die konzerninterne Struktur zu stärken und so personelle Verflechtungen zwischen den Gesellschaften des Konzerns zu bilden.<sup>362</sup> Hierbei bietet die französische Spruchpraxis

---

<sup>359</sup> Drygala, AG 2013, 198 (202); Ott, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 433 (444); Teichmann, AG 2013, 184 (190).

<sup>360</sup> Vgl. etwa Hommelhoff, GmbHR 2014, 1065 (1070); Ott, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 433 (440).

<sup>361</sup> Germain/Mangier, Les sociétés commerciales, 22. Aufl. 2017, Rn. 2605; Germain/Périn, SAS, 5. Aufl. 2013, Rn. 575; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 11000.

<sup>362</sup> Vgl. Didier/Didier, Les sociétés commerciales, 2011, Rn. 1395.

eine Möglichkeit, Konzernleitungsmacht indirekt auszuüben und die Gruppenpolitik durchzusetzen.

Der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft, der ebenfalls Teil des Leitungsorgans der Muttergesellschaft ist, unterliegt einer Treuepflicht gegenüber der Muttergesellschaft. Dies bedeutet, dass der Geschäftsführer die Entscheidung innerhalb der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft übertragen muss, also im Verwaltungsrat in gleicher Weise abstimmen muss, wie es der Entscheidung des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft entspricht.<sup>363</sup> Die Besonderheit der Entscheidung besteht darin, dass die Treuepflicht auch dann Anwendung findet, wenn der gemeinsame *administrateur* gegen die Mehrheitsentscheidung in der Muttergesellschaft gestimmt hat. Es handelt sich also nicht bloß um eine Verpflichtung zu kohärentem Abstimmungsverhalten innerhalb der Gesellschaftsorgane der Konzerngesellschaften, sondern um eine Verpflichtung, im Sinne des Verwaltungsrats der Mutter auch in der Tochter abzustimmen.<sup>364</sup> Damit erweitert die Cour de cassation die Treuepflicht über die Grenzen der Mutter hinaus auf die Tochtergesellschaft.<sup>365</sup>

Dies gilt nicht, wenn die Entscheidung dem Eigeninteresse der Tochtergesellschaft entgegensteht.<sup>366</sup> Wie ist dieses Eigeninteresse zu bestimmen? Es bestimmt sich in Betrachtung ihrer Unterordnung zur Politik der kontrollierenden Gesellschaft und der Gemeinschaft der Interessen der Gruppe, der sie angehört.<sup>367</sup> Das Eigeninteresse der Tochtergesellschaft ist Grenze der Treuepflicht, wenn es vom Gruppeninteresse abweicht.<sup>368</sup> Das Gericht benutzt indes die Formulierung des Gruppeninteresses nicht.<sup>369</sup>

Sollte die Entscheidung im Leitungsorgan der Tochtergesellschaft entgegen ihrem Eigeninteresse getroffen worden sein, ist sie nicht nichtig und entfaltet weiterhin ihre Wirksamkeit.<sup>370</sup> Die Minderheitsgesellschafter können aber dieses Leitungsorgan auf

---

<sup>363</sup> Cass.com., 22.05.2019, n° 17-17.565, D. 2019, 1316, note *Schmidt; Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015, Rn. 119-1.

<sup>364</sup> *Moury*, RTD com. 2019, 689 (694).

<sup>365</sup> *Moury*, RTD com. 2019, 689 (691).

<sup>366</sup> Cass.com., 22.05.2019, n° 17-17.565, D. 2019, 1316, note *Schmidt; Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015, Rn. 119-1; *Moulin*, Droit des sociétés et des groupes, 13. Aufl. 2019, S. 242.

<sup>367</sup> Cass.com., 10.02.2015, n° 14-11.670, Bull. Joly 2015, n° 113m5, 234, note *Danos; Schmidt*, D. 2019, 1316 (1317).

<sup>368</sup> *Schmidt*, D. 2019, 1316 (1317).

<sup>369</sup> *Moury*, RTD com. 2019, 689 (690 f.); *Parachkévova-Racine*, Bull. Joly 2019, n° 119t0, 1; *Schmidt*, D. 2019, 1316 (1317 f.)

<sup>370</sup> *Schmidt*, D. 2019, 1316 (1318).

Schadensersatz in Anspruch nehmen.<sup>371</sup> Ungeklärt ist, ob diese Entscheidung, die eine Konzernstruktur aus SAS betraf, auch auf andere Gesellschaftsformen anwendbar ist. Dagegen könnte sprechen, dass die Treuepflicht auf die Ausübung des Stimmrechts angewandt wurde. Der Verwaltungsrat ist ein Kollegialorgan, welches seine Entscheidungen mit der Mehrheit der Stimmen trifft, art. L. 225-35 CCom. Allerdings ist in der SAS ein solcher Verwaltungsrat nicht vorgeschrieben. Diese Struktur steht zur Disposition der Gründungsgesellschafter, vgl. art. L. 227-5 CCom-. In der SARL wird die Geschäftsführung vom Geschäftsführer ausgeübt, art. L. 223-18 CCom. Es kann mehrere Geschäftsführer geben; die Geschäftsführung kann jedoch jeder unabhängig von den Befugnissen anderer ausüben – es handelt sich nicht um ein Kollegialorgan, art. L. 223-18, al. 7 CCom, vgl. zur Einzelgeschäftsführung im deutschen Recht § 115 Abs. 1 HGB. Es kann in der SARL also nicht zur Ausübung eines Stimmrechts in treuwidriger Weise kommen.

Allerdings ist die Entscheidung der Cour de cassation nicht gestützt auf Vorschriften zur Zusammensetzung des Führungsorgans der Gesellschaft, sondern gestützt auf art. L. 225-251 CCom., der Haftungsnorm für die Leitung der SA. Eine identische Norm besteht für die Geschäftsführer der SARL, art. L. 223-22 CCom. Es geht also nicht darum, dass sich die Treuepflicht nur im Abstimmungsverhalten manifestieren kann, sondern ganz generell bei der Ausübung der Geschäftsführung. Außerdem ist der Sinn dieser Treuepflicht zu betrachten; ihre Rechtfertigung liegt darin, eine effektive Durchsetzung der Leitungsmacht der Mutter innerhalb des Konzerns sicherzustellen.<sup>372</sup> Dabei kommt es nicht auf die Rechtsform der beteiligten Gesellschaften an. Es handelt sich vielmehr um einen Grundstein des Konzernrechts.<sup>373</sup> Die Rechtsprechung lässt sich demnach auch auf andere Gesellschaftsformen übertragen.

Diese Entscheidung zeigt einmal mehr, wie die Rechtsprechung teilweise offen gegenüber der Aufweichung des Prinzips der juristischen Unabhängigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften ist, um eine effektive und effiziente Konzernleitung zu ermöglichen. Es gilt aber zu beachten, dass die Treuepflicht bisher lediglich gerichtlich anerkannt ist und jederzeit anderweitig durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden kann, welches die Einflussmöglichkeiten der Muttergesellschaft vage und unsicher lässt. Insbesondere der

---

<sup>371</sup> Schmidt, D. 2019, 1316 (1318).

<sup>372</sup> Schmidt, D. 2019, 1316 (1318).

<sup>373</sup> Schmidt, D. 2019, 1316 (1318).

Umgang mit dem Begriff des Gruppeninteresses in der französischen Rechtsprechung lässt hier keine gesicherte Basis für eine umfassende Konzernleitung der Muttergesellschaft erkennen.

## 2. Deutsches Recht: Doppelmandate

Doppelmandate sind grundsätzlich möglich, werden jedoch im Hinblick auf Interessenskonflikte kritisch gesehen. Die Verflechtung der Geschäftsführung der Mutter und Tochtergesellschaft kann zu einer fehlenden Separierung der Interessen der Tochter von der Mutter führen oder zu einer Übermacht des Interesses der Mutter.<sup>374</sup> Dies wäre vor allem dann der Fall, wenn das Leitungsorgan in der Tochter dazu gedrängt würde, kohärent in Mutter und Tochtergesellschaft abzustimmen, wie es die französische Spruchpraxis auf Grundlage einer Treuepflicht gestattet. Die Mandatsträger sind im deutschen Recht gehalten, bei ihren Entscheidungen stets die Interessen desjenigen Pflichtenkreises zu berücksichtigen, in dem sie gerade tätig sind.<sup>375</sup> Eine Pflichtverletzung kann unter keinen Umständen mit einem Mandat bei einer anderen Gesellschaft gerechtfertigt werden.<sup>376</sup> Zwar ist die Pflicht zur kohärenten Abstimmung im französischen Recht gleichermaßen durch das Eigeninteresse der Tochtergesellschaft begrenzt, sodass deren Geschäftsleiter ebenfalls keine mit der Treuepflicht gegenüber der Mutter zu rechtfertigenden Pflichtverletzungen begehen kann und sollte. Allerdings sind die Einflussmöglichkeiten der Mutter auf das Verhalten des Geschäftsleiters in der Tochter deutlich verstärkt und die Lösung des Interessenkonflikts tendenziell in eine Richtung vorgegeben. Eine Tendenz hin zur stärkeren Gewichtung des Mutterinteresses oder gar eines Gruppeninteresses ist dem deutschen Recht nicht zu entnehmen. Lässt sich der Konflikt nicht lösen, muss ein Mandat niedergelegt werden.<sup>377</sup> Auch ein Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG wird erwogen.<sup>378</sup> Daher sind diese Doppelmandate keine rechtssichere und verlässliche Möglichkeit der effektiven und effizienten grenzüberschreitenden Konzernleitung.

---

<sup>374</sup> Vgl. hierzu *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 120 mwN.

<sup>375</sup> *Spindler*, in: *MüKoGmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 52 Rn. 658; zur vergleichbaren Rechtslage bei Aufsichtsrats-Doppelmandaten *Altmeyden*, in: *MüKoAktG*, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 99.

<sup>376</sup> Ausdrücklich *Altmeyden*, in: *MüKoAktG*, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 99.

<sup>377</sup> *Spindler*, in: *MüKoGmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 52 Rn. 658.

<sup>378</sup> Eingehend *Ebenroth/Müller*, *GmbHR* 1991, 237; vgl. zum Ganzen auch kritisch *Raiser/Veil*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 6. Aufl. 2015, § 61 Rn. 12.

## II. Finanzielle Beteiligung der Geschäftsführer am Erfolg der Muttergesellschaft

Aus betriebswirtschaftlicher Perspektive muss das Verhalten der Geschäftsführer der Tochter zum Zweck der effektiven und erfolgreichen Leitung von Gruppen fortdauernd beeinflusst werden.<sup>379</sup> Dabei hat sich die „kapitalmäßige Beteiligung von Führungskräften (...) an ‚ihrem‘ Unternehmen“ als „besonders motivationsfördernd“ erwiesen.<sup>380</sup> Durch Beteiligungsprogramme lässt sich ein weitgehender Interessengleichlauf zwischen Geschäftsleitern und Gesellschaftern erreichen und so der zwischen ihnen schwelende Prinzipal-Agenten-Konflikt beseitigen.<sup>381</sup> Neben Beteiligungsprogrammen können den Geschäftsleitern auch erfolgsabhängige Boni ausgezahlt werden. Durch eine anteilige Vergütung (*rémunération proportionnelle*) in Form von Gewinnbeteiligungen kann die Mutter ihren Einfluss auf die Leitungsebene der Tochter sicherstellen.<sup>382</sup> Ungeachtet einiger praktischer Fragen vermag auch die Interessenausrichtung am Erfolg der Mutter dieser kein umfassendes und rechtssicheres Leitungsinstrument an die Hand zu geben. Es handelt sich lediglich um eine Motivation für und keine Obligation des Geschäftsführers.

## III. Gesprächskreise, gemeinsame Ausschüsse und Komitees

Der Konzern selbst ist keine juristische Person und verfügt nicht über eigene Organe. Die Überlegung liegt also nahe, fehlende Leitungsorgane durch informelle Ausschüsse oder Komitees zu ersetzen bzw. zu begleiten. Die Mehrheitsgesellschafter der Muttergesellschaft haben hier freie Hand, „Gruppenorgane“ einzusetzen.<sup>383</sup> Aus Praktikabilitätsgründen sind dies meist Organe der Muttergesellschaft, die Leitungs- und Kontrollaufgaben im Konzern übernehmen.<sup>384</sup> Entweder, die Geschäftsführer der Muttergesellschaft werden auch Teil der Organe der Gruppe, dann müssen sie aber die Regeln der *cumul des mandats sociaux* beachten, oder sie delegieren die Leitungsaufgaben im Konzern an Personen, die dann in den Gruppenorganen tätig sind.<sup>385</sup>

Im deutschen wie im französischen Recht ist es möglich und an keinerlei spezifische Regeln gebunden, Gesprächskreise auf Managementebene einzuführen oder gemeinsame

---

<sup>379</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 181; *Keller*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 4.113.

<sup>380</sup> *Keller*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 4.117.

<sup>381</sup> Vgl. hierzu *Keller*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 4.118.

<sup>382</sup> Zur Anreizvergütung in der eigenständigen SARL *Gibirila*, *Le dirigeant de société*, 1995, S. 142; *Mémento SARL*, 14. Aufl. 2018, Rn. 427.

<sup>383</sup> *Lecourt*, in: *Répertoire des sociétés*, 2015, Rn. 120.

<sup>384</sup> *Lecourt*, in: *Répertoire des sociétés*, 2015, Rn. 121.

<sup>385</sup> Vgl. zum Ganzen *Lecourt*, in: *Répertoire des sociétés*, 2015, Rn. 123.

Ausschüsse und Komitees zu bilden. Ein solches *comité de direction* oder auch *comités spécialisés* haben eine reine konsultative Aufgabe und Kompetenz: sie dürfen und können die Organe der Konzerngesellschaften nicht ersetzen, artt. R. 225-29, 225-56 CCom.<sup>386</sup> Es kann lediglich ein kooperativer Führungsstil gepflegt werden. Die Beschlüsse dieser Ausschüsse haben rein psychologische Wirkung. Es fehlt abermals an einer juristischen Durchsetzbarkeit.

#### IV. Konzernrichtlinien

Die Muttergesellschaft kann – ggf. in Zusammenarbeit mit den Tochtergesellschaften – Konzernrichtlinien erlassen, in denen sie Verhaltensregeln und Leitungsmaßstäbe festlegt. Auch hier besteht wieder die Problematik, dass solche *soft law* Maßnahmen zwar weniger einschneidend sind, jedoch eine Durchsetzbarkeit und Verbindlichkeit vermissen lassen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil sie lediglich einzelfallunabhängige Rahmenbedingungen und Handlungsprinzipien festlegen können.<sup>387</sup>

#### C. Konzernrechtliche Anwendungsbeispiele

Durch das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht sowie arbeitsrechtliche Direktionsrecht kann die Muttergesellschaft bereits in großem Umfang ihre zentrale Konzernleitungsfunktion ausüben. Allerdings besteht diese nicht grenzenlos. Die im Folgenden aufzuzeigenden Begrenzungen der Leitungsmacht der Muttergesellschaft können einer effektiven Konzernstruktur im Wege stehen. Hierbei werden die Grenzen der direkten Konzernleitung beleuchtet; die der indirekten wurden bereits dargestellt: mangelnde juristische Durchsetzbarkeit.

Zwei förderungswürdige weil effizienzsteigernde konzernspezifische Fallgestaltungen sollen die Grenzen veranschaulichen. Zum einen die organisatorische Maßnahme der Funktionszuweisung im Konzern, die die strategische Führung der Mutter veranschaulicht. Zum anderen die vermögensrechtliche Maßnahme der Teilnahme in einem zentralen Cash-Pool, welches der finanziellen Leitung der Mutter zuzuordnen ist. Das dritte Anschauungsbeispiel der Usurpation von Geschäftschancen ist hingegen eine zu unterbindende Konzernpraktik, die somit nicht Ausdruck einer direkten Konzernleitung ist, die organisationsrechtlich durch das europäische Recht ermöglicht werden sollte (Einzelheiten s.u. Teil 6 § 4 B.).

---

<sup>386</sup> Vgl. zum Ganzen *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015, Rn. 124.

<sup>387</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 184; zur normativen Konzernführung durch Richtlinien vgl. *Keller*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 4.45 ff.

## I. Funktionszuweisung im Konzern

Funktionszuweisung im Konzern hat zur Folge, dass bestimmten Gesellschaften innerhalb des Konzerns bestimmte Funktionen, Märkte, Regionen, Unternehmensgegenstände etc. übertragen werden. So werden sie optimal in die Konzernstruktur eingebunden und können durch ihre Spezialisierung zur Nutzung von Synergieeffekten und Verbundvorteilen beitragen.<sup>388</sup> Andererseits wird die Autonomie der Tochtergesellschaft deutlich eingeschränkt, insbesondere bei der Einbindung in eine Matrix-Organisation.<sup>389</sup>

Fraglich ist, nach welchen Kriterien diese Geschäftschancen, die sich aufgrund einer werbenden Aktivität auf einem Markt oder in einer bestimmten Region ergeben, innerhalb des Konzerns den einzelnen Tochtergesellschaften zugewiesen werden. Erfolgt die Aufteilung nach Rentabilitäts Gesichtspunkten, besteht kein Problem: es erfolgt eine angemessene Wertaufteilung innerhalb der Gruppe, sodass kein Interessenskonflikt besteht. Anders ist hingegen der Fall zu bewerten, in denen die Mutter die Zuweisung nicht anhand von Profitabilität, sondern nach Beteiligungshöhen vornimmt.<sup>390</sup> Denn dann kann die Zuweisung ineffizient erfolgen, weil die Mutter an der Ausübung einer Funktion bei einer bestimmten Tochtergesellschaft oder auch bei sich selbst in höherem Maße profitiert, weil sie an der betreffenden Gesellschaft mehr Anteile hält und so an den Gewinnen umfassender partizipiert.

## II. Konzernweiter Cash-Pool

Cash-Pooling gestattet die konzerninterne Liquiditätsbündelung und deren Ausgleich durch ein zentrales, meist von der Mutter übernommenes Finanzmanagement (zu den Einzelheiten s.o. Teil 1 § 2). Um das Risiko des Cash-Pool-Systems beherrschen zu können, muss sich der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft laufend und permanent über die Finanzverfassung der Tochter sowie der Mutter informieren.<sup>391</sup> Auch muss er die Kreditwürdigkeit der Muttergesellschaft fortwährend überwachen, um die Werthaltigkeit des Rückgewähranspruchs im Blick zu behalten. Änderungen des Kreditrisikos sind kontinuierlich zu prüfen.<sup>392</sup> Zu diesem Zweck ist ein Informations- und Frühwarnsystem einzurichten (s.u.

---

<sup>388</sup> Vgl. *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (77).

<sup>389</sup> Vgl. hierzu *Seibt/Wollenschläger*, AG 2013, 229 (234).

<sup>390</sup> Siehe hierzu das anschauliche Beispiel von *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (77).

<sup>391</sup> *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 134, 138; *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anh. § 13 Rn. 454; *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1021).

<sup>392</sup> *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 134, 138; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn. 47b, 48; *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1021).

Teil 3 § 3 B. II. 2. b)). Als Instrumente stehen der Tochtergesellschaft dabei die Prüfung der Jahresabschlüsse der Muttergesellschaft zur Verfügung. Diese liefern zwar nur vergangene stichtagsbezogene Zahlen, können aber gewisse Tendenzen abbilden. Auch die Auferlegung einer ad-hoc-Informationspflicht der Mutter bei drastischer nachteiliger Veränderung ihrer Liquidität wird diskutiert,<sup>393</sup> hat aber soweit ersichtlich bisher keinen Eingang in die Gesetzgebung gefunden. Im Folgenden sind nun die gesellschaftsrechtlichen Grenzen einheitlicher, direkter, zentraler Konzernleitung anhand dieser konzernspezifischen Anwendungsbeispiele darzustellen und zu evaluieren.

### *§ 2 Faktische Geschäftsführung*

Eine erhebliche Grenze der Leitungsmacht ist die Qualifizierung der Muttergesellschaft als faktische Geschäftsführerin, denn diese treffen nur die Pflichten und die Haftung eines formellen Geschäftsleiters, ihr sind jedoch keinerlei Rechte zugeordnet. Die Einordnung als faktischer Geschäftsführer ist in sich schon eine Sanktion kompetenzwidriger Ausübung von Leitungsmacht.

Fraglich ist, ob die Ausübung von Kontrolle durch die Muttergesellschaft dazu führt, dass sie als faktische Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft zu qualifizieren ist. Aufgrund fehlenden ausdrücklichen gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechts wird die Muttergesellschaft insbesondere in Frankreich ihre Leitungsmacht direkt gegenüber der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft ausüben und nicht über den Umweg der Gesellschafterversammlung, indem sie Anweisungen erteilt.<sup>394</sup> Einerseits beinhaltet die Ausübung dieses Anweisungsrechts keinen aktiven Geschäftsführungsakt und verpflichtet die Tochter nicht gegenüber Dritten. Die Mutter führt nicht, sie weist an.<sup>395</sup> Wenn aber der Geschäftsführer der Tochter andererseits keinerlei eigenen Beurteilungsspielraum mehr hat, sondern einer faktischen Folgepflicht unterliegt, wird man kaum von einer eigenen Geschäftsleitung sprechen können. Dann wird man davon ausgehen müssen, dass die Mutter den Geschäftsführer der Tochter durch ihre Anweisung ersetzt und dann eben doch als faktische Geschäftsführerin angesehen werden muss. Das Konstrukt des faktischen

---

<sup>393</sup> J. Vetter/Lauterbach, in: Lutter/Bayer, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 11.166; Neumann, GmbH 2016, 1016 (1021).

<sup>394</sup> Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, neue Aufl. 2004, Rn. 422; vgl. für ein Weisungsrecht der Muttergesellschaft Atiback, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, Rn. 74; der Terminus der Anweisung wird hier benutzt, um die Leitungsmechanismen der Mutter in Frankreich von dem Weisungsrecht nach deutschem Recht zu unterscheiden.

<sup>395</sup> Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, neue Aufl. 2004, Rn. 422.

Geschäftsführers wird gerade nicht besonders formalistisch verstanden, um denjenigen Entscheidungsträger in Verantwortung zu nehmen, der hinter der Maßnahme steht. Etwas anderes gilt, wenn dem Geschäftsführer der Tochter ein Mitspracherecht gegenüber den Anweisungen der Mutter eingeräumt wird.<sup>396</sup> Sollte ein Mitspracherecht oder etwaiges Weigerungsrecht in der Struktur des Konzerns nicht verankert sein, bleibt dem Geschäftsführer der Tochter also nichts anderes übrig, als die Anweisung umzusetzen, ist die Rechtsprechung mit ihm sehr großzügig.<sup>397</sup> Die Gruppenzugehörigkeit und -struktur wirkt in gewissem Maße rechtfertigend (s.u. Teil 3 § 3 A. II. 2. d) aa)). Eine Haftung für die Umsetzung dieser Anweisung scheidet ggf. aus.

#### A. Französisches Recht: *dirigeant de fait*

Der *dirigeant de fait* wird definiert als diejenige Person, die die Gesellschaft leitet, ohne ordnungsgemäß von den Gesellschaftsorganen mit Leitungsbefugnissen ausgestattet worden zu sein.<sup>398</sup> Art. L. 241-9 CCom. statuiert zum faktischen Geschäftsführer folgendes: „... *toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal.*“ Also jede Person, die direkt oder durch eine zwischengeschaltete Person faktisch die Leitung einer SARL unter dem Deckmantel oder anstelle des rechtlichen Geschäftsführers ausgeübt hat. Die Kriterien der faktischen Geschäftsführung basieren auf der Feststellung, dass der faktische Geschäftsführer eine wirkliche Leitungstätigkeit ausübt.<sup>399</sup> Faktische Geschäftsführung kann sich somit nur aufgrund aktiven Tun und nicht durch Unterlassen ergeben.

Hierbei geht das französische Recht von zwei Voraussetzungen aus, die an das Geschäftsführungshandeln geknüpft sind. Erstens muss es sich um eine Leitungsaktivität handeln, die unabhängig ausgeübt wird (*accomplissement d'une activité de direction exercée de façon indépendante*). Zweitens muss es sich um positives Handeln halten (*accomplissement d'une activité positive de direction*).<sup>400</sup> Zur ersten Voraussetzung ist festzuhalten, dass es der Rechtsprechung hierbei insbesondere auf die Dauer und Stabilität der Einmischung der Person

---

<sup>396</sup> Dafür *Atiback*, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, Rn. 74.

<sup>397</sup> *Atiback*, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, Rn. 74.

<sup>398</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (500): „(...) le dirigeant de fait est celui qui dirige une société sans avoir été régulièrement investi par les organes de la société du pouvoir de la représenter.“

<sup>399</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (502): „Les critères qui permettent de caractériser la direction de fait sont fondés sur le constat que le dirigeant de fait exerce une véritable activité de direction de la société.“

<sup>400</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (506).

in die Geschäftsführung der Gesellschaft ankommt.<sup>401</sup> Auch muss dem faktischen Geschäftsführer eine echte Entscheidungsmacht (*pouvoir de décision*) zu kommen; eine bloße Kontrolle über die Geschäftsführung der Gesellschaft reicht hingegen nicht aus.<sup>402</sup> Außerdem nimmt er nicht bloß an der Geschäftsführung teil und führt untergeordnet die Geschäfts- und Finanzpolitik der Gesellschaft aus.<sup>403</sup> Die Voraussetzung der aktiven Geschäftsführung unterscheidet den faktischen Geschäftsführer vom Anscheinsgeschäftsführer.<sup>404</sup>

Die Qualifizierung als rechtlicher Geschäftsführer ist vergleichsweise unproblematisch – entweder er wurde im Gesellschaftsvertrag bestellt oder von der Gesellschafterversammlung ernannt. Herauszufinden, ob es sich um einen faktischen Geschäftsführer handelt, ist für die Rechtsprechung und insbesondere die beweisverpflichteten antragstellenden Parteien weitaus schwieriger. Die Gerichte behelfen sich mit Indizien, bei deren Vorliegen sie die faktische Geschäftsführung vermuten.<sup>405</sup> Meist handelt es sich um eine Person, die bereits eine direkte oder indirekte Verbindung zur Gesellschaft hat. Dabei gerät die Mehrheitsgesellschafterin schnell in den Fokus. Jedoch ist diese nicht als faktische Geschäftsführerin zu qualifizieren, solange sie lediglich ihre Kontroll- und Eingriffsrechte ausübt, die sich aus ihrer Beteiligung ergeben.<sup>406</sup> Auch die Gläubiger der Gesellschaft können im Verdacht stehen, sich derart in die Leitung der Gesellschaft eingemischt zu haben, dass sie als faktische Geschäftsführer anzusehen sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Finanzinstitute sich nicht damit zufriedengeben, Erklärungen und Nachweise über die Leitung zu erhalten, sondern einen Verwalter berufen, der den Geschäftsführern der Gesellschaft die essentiellen Entscheidungen vorgibt.<sup>407</sup>

Einmal als faktischer Geschäftsführer qualifiziert, ist die rechtliche Umgebung für die betreffende Person unbehaglich: sie treffen nur die negativen Effekte der Geschäftsführung, die positiven Effekte finden keine Anwendung. Anders gewendet: Den faktischen

---

<sup>401</sup> CA Paris, 11.06.1987, n° JBS-1987-299, Bull. Joly 1987, 719: „...immixtion dans des fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause“.

<sup>402</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (503) mwN.

<sup>403</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (504).

<sup>404</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (505).

<sup>405</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (507).

<sup>406</sup> CA Paris, 07.05.1975, D. 1975, somm. 121, l'associé qui se borne à exercer le droit de contrôle et d'intervention attaché à ses titres ne saurait être considéré comme un dirigeant de fait.

<sup>407</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (508 f.); so bspw. CA Paris, 03.03.1978, Gaz. Pal. 1978, somm. II.394.

Geschäftsführer treffen die gleichen Pflichten und Haftungsrisiken, jedoch kann er nicht von den Rechten und Kompetenzen profitieren.<sup>408</sup> Dies liegt darin begründet, dass Handlungen entgegen der gesetzlichen bzw. statutarischen Kompetenzverteilung der Gesellschaft vorgenommen werden.<sup>409</sup> Die Ausübung von Leitungsmacht als faktische Geschäftsführerin ist für die Mutter also nicht empfehlenswert, weil sie insbesondere im französischen Recht weitreichenden Haftungsrisiken ausgesetzt ist (s.u. Teil 3 § 3 A. II. sowie Teil 5 § 1 A. IV. 1.). Faktischer Geschäftsführer können natürliche sowie juristische Personen sein.<sup>410</sup> Demgemäß kann die Haftung auch die Muttergesellschaft in Hinblick auf die Leitung der Tochtergesellschaft treffen.<sup>411</sup>

### B. Deutsches Recht

Im deutschen Recht wird die Figur des faktischen Geschäftsführers ähnlich begründet. Faktischer Geschäftsführer ist derjenige, der, „ohne jemals förmlich bestellt worden zu sein, rein faktisch die Stellung eines Geschäftsleiters einnimmt“.<sup>412</sup> Die Rechtsprechung der Strafsenate des BGH definiert ihn als denjenigen, „der die Geschäftsführung mit Einverständnis der Gesellschafter ohne förmliche Bestellung faktisch übernommen und ausgeübt hat“<sup>413</sup>. Eine ähnliche Bewertung nimmt auch die zivilgerichtliche Rechtsprechung des BGH vor, die für die Verantwortlichkeit als faktischer Geschäftsführer verlangt, dass „der Betreffende nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus – durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat“<sup>414</sup>.

Die Haftung basiert darauf, dass derjenige, der „ohne dazu berufen zu sein, wie ein Geschäftsführer handelt, auch die Verantwortung eines Geschäftsführers tragen und wie ein solcher haften muss, wenn nicht der Schutzzweck des Gesetzes gefährdet werden soll“<sup>415</sup>. Je nach Schutzzweck der Norm sind also unterschiedliche Anforderungen an das Handeln des

---

<sup>408</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (510).

<sup>409</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (511): „La notion de direction de fait apparaît donc essentiellement négative dans la mesure où il s’agit de sanctionner une situation irrégulière, le dirigeant de fait exerçant son activité au mépris des textes.“

<sup>410</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 30.

<sup>411</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 32.

<sup>412</sup> *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 34 mwN, S. 97, der in diesem Zusammenhang von einem „Typusbegriff“ spricht.

<sup>413</sup> BGH, Urt. v. 10.05.2000 - 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62 (64).

<sup>414</sup> BGH, Urt. v. 11.07.2005 - II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550.

<sup>415</sup> BGH, Urt. v. 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (47 f.).

faktischen Geschäftsleiters zu stellen.<sup>416</sup> Konsequenterweise wird das Vorliegen einer faktischen Geschäftsführung im Wege einer „materiellen Betrachtung“ anhand einer „Gesamtschau“ sämtlicher Umstände des Einzelfalls geprüft.<sup>417</sup> Dabei ist der Kriterienkatalog deutlich ausdifferenzierter als im französischen Recht.

### I. Keine Verdrängung der formellen Geschäftsleiter

Rechtsprechung und herrschende Lehre lehnen das Erfordernis einer vollständigen Verdrängung des formellen Geschäftsleiters ab.<sup>418</sup> Begründet wird dies damit, dass im Fall der Arbeitsteilung innerhalb der Geschäftsleitung die formellen Geschäftsleiter auch keine allumfassende Verantwortung tragen.<sup>419</sup> Ein formeller Geschäftsführer kann also noch andere Geschäftsführer neben sich haben, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob dieser ein bestellter oder ein faktischer ist.<sup>420</sup>

### II. Organtypisches Handeln im Außenverhältnis

In Literatur und Rechtsprechung umstritten ist die Frage, ob für die Qualifikation als faktischer Geschäftsführer ausreichend ist, dass die betreffende Person die Stellung eines Geschäftsführers im Innenverhältnis übernimmt, oder ob dafür auch ein organtypisches Handeln im Außenverhältnis notwendig ist.<sup>421</sup> Das Schrifttum lässt teilweise eine Tätigkeit im Innenverhältnis genügen, wohingegen die Rechtsprechung ein „eigenes, auch nach außen hervortretendes, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Handeln“ fordert.<sup>422</sup>

#### 1. Hervortreten der Einflussnahme nach außen

Die Rechtsprechung geht bewusst über das Kriterium der Einflussnahme im Innenverhältnis hinaus und fordert auch eine Sichtbarkeit derer im Außenverhältnis. Dies hat zweierlei Gründe.<sup>423</sup> Zum einen will der BGH eine Ausuferung der Haftung vermeiden. Zum anderen bestehe in der rein internen Einflussnahme kein Eingriff in die gesetzliche Kompetenzordnung.

---

<sup>416</sup> So auch *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 97; *Strohn*, DB 2011, 158 (160).

<sup>417</sup> BGH, Urt. v. 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (48).

<sup>418</sup> BGH, Urt. v. 11.07.2005 - II ZR 235/05, ZIP 2005, 1550; BGH, Urt. v. 27.06.2005 - II ZR 113/03, NZG 2005, 755; BGH, Urt. v. 25.02.2002 - II ZR 196/00, NZG 2002, 520; BGH, Urt. v. 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (47 f.); *Strohn*, DB 2011, 158 (160); monographisch *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 100 ff. mwN.

<sup>419</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (341); *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 101; *Strohn*, DB 2011, 158 (160).

<sup>420</sup> So überzeugend *Strohn*, DB 2011, 158 (160).

<sup>421</sup> Vgl. die entsprechenden Nachweise bei *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 104 Fn. 487 ff.

<sup>422</sup> St. Rspr. seit BGH, Urt. v. 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (48).

<sup>423</sup> Zusammenfassende Darstellung bei *Strohn*, DB 2011, 158 (161).

Die Gesellschafter dürften Weisungen erteilen und so auf die Geschäftsleitung der GmbH Einfluss nehmen. Erst, wenn sie auch nach außen bspw. die Vertretung der Gesellschaft übernehmen, greifen sie in diese Ordnung ein und nehmen fremde, ausschließlich den Geschäftsführern zugewiesene Kompetenzen wahr.<sup>424</sup> Eine Ausnahme bestehe dann, wenn kompetenzgetreues Weisungsrecht und faktische Geschäftsführung nicht in Konflikt stehen, weil dem faktischen Geschäftsleiter entweder kein Weisungsrecht zukommt, oder dieses kompetenzwidrig genutzt wird.<sup>425</sup>

Die erste Fallgruppe betrifft insbesondere gesellschaftsfremde Dritte wie Kreditgeber, die erheblichen Druck auf die Geschäftsführung der kreditnehmenden Gesellschaft ausüben können. In die zweite Gruppe fallen Weisungen, denen weisungsfreie Pflichten entgegenstehen sowie Mehrheitsgesellschafter, die Weisungen an der Minderheit vorbei außerhalb der Gesellschafterversammlung erteilen. In diesen Fällen sei unerheblich, ob der faktische Geschäftsführer auch nach außen aufgetreten ist.<sup>426</sup>

Hiergegen verwehrt sich das Schrifttum<sup>427</sup> und stellt fest, dass die Haftung des faktischen Geschäftsleiters dem Schutz der Gläubiger sowie der Gesellschaftsinteressen diene, welche bereits durch die rechtswidrige Inanspruchnahme von Geschäftsleiterfunktionen beeinträchtigt würden. Diese Schutzzwecke seien aber auch gefährdet, ohne dass sich der Eingriff in die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung nach außen manifestiere.<sup>428</sup> Darüber hinaus nehme die Rechtsprechung Zufallsergebnisse in Kauf, wenn sie auf das Außenverhältnis abstelle, denn die Einflussnahme könne auch ohne Außenwirkung gleich intensiv sein.<sup>429</sup> Ohne Not würden hier Merkmale einer Vertrauenshaftung herangezogen.<sup>430</sup> Befürworter der Rechtsprechung in der Literatur geben zu bedenken, dass allein durch das

---

<sup>424</sup> Vgl. zum Ganzen auch BGH, Urt. v. 27.06.2005 - II ZR 113/03, NZG 2005, 755.

<sup>425</sup> Induktiv *Strohn*, DB 2011, 158 (161 f.).

<sup>426</sup> Für diese Ausnahmen plädiert auch *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 108 f.

<sup>427</sup> Siehe nur *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43 Rn. 4; *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 231; a.A. und somit für das Erfordernis des Auftretens im Außenverhältnis *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 5.

<sup>428</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (342); *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 106.

<sup>429</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (342); *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 106.

<sup>430</sup> *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 107 mwN.

Erfordernis des Auftretens im Außenverhältnis eine trennscharfe Abgrenzung zu zulässigen Weisungen im Innenverhältnis gewährleistet werden könne.<sup>431</sup>

## 2. Eigenes Handeln

Weiter erforderlich ist, dass der faktische Geschäftsführer auch tatsächlich selbst tätig wird; lediglich interne Einwirkungen auf die formellen Geschäftsleiter sollen hingegen nicht ausreichen.<sup>432</sup>

Diese Aussage bereitet *Sorge* in dieser Pauschalität Schwierigkeiten. Der Gesellschafter solle auch im Bereich der kompetenzgerechten Weisung dann als faktischer Geschäftsführer anzusehen sein, wenn die Weisungen derart engmaschig und detailliert sind, dass der formelle Geschäftsführer zu einem „reinen Exekutivorgan“ herabgesetzt werde und lediglich als dessen Instrument handle.<sup>433</sup> Dies wird damit begründet, dass andernfalls die Grenzen zwischen Gesellschafter- und Geschäftsleiterhandeln verschwimmen würden. Die Gesellschafter könnten sich „hinter dem (...) Trennungsprinzip verschanzen“, während der „Geschäftsleiter als Sündenbock“ erhalten müsse.<sup>434</sup> Ein weiteres Argument, kein eigenes Geschäftsleiterhandeln zu fordern ist die Herrschaftsfunktion, die der Gesellschafter in der GmbH ausübt. Somit sei derjenige ebenfalls als faktischer Geschäftsleiter zu qualifizieren, der, ohne selbst als solche tätig zu werden, einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsleitung ausübt.<sup>435</sup>

## III. Billigung durch die Gesellschafter

Strittig ist, ob nur derjenige als faktischer Geschäftsführer anzusehen ist, der mit Zustimmung der (Mehrheit der) Gesellschafter tätig wird. Der 1. Strafsenat des BGH ging in seiner Grundsatzentscheidung im Jahr 1952 davon aus, dass ein Einverständnis des für die Bestellung der Geschäftsleiter zuständigen Gesellschaftsorgans erforderlich ist.<sup>436</sup> Die Strafgerichte halten weiterhin an der zwingenden Erforderlichkeit einer solchen Billigung fest.<sup>437</sup> Einige

---

<sup>431</sup> Vgl. die Darstellung bei *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 107 ff.

<sup>432</sup> BGH, Urt. v. 27.06.2005 - II ZR 113/03, NZG 2005, 755; BGH, Urt. v. 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (48).

<sup>433</sup> *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 239; *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 115.

<sup>434</sup> *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 239 f.; *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 115.

<sup>435</sup> *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 116 f.

<sup>436</sup> BGH, Urt. v. 24.06.1952 - 1 StR 153/52, BGHSt 3, 32.

<sup>437</sup> BGH, Urt. v. 10.05.2000 - 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62 (65); BGH, Urt. v. 28.06.1966 - 1 StR 414/65, BGHSt 21, 101 (103); BGH, Urt. v. 24.06.1952 - 1 StR 153/52, BGHSt 3, 32.

Stimmen im Schrifttum folgen dieser Auffassung.<sup>438</sup> Andere wiederum lehnen derartige subjektive Erfordernisse strikt ab.<sup>439</sup> Die Zivilsenate des BGH haben sich hierzu noch nicht geäußert.<sup>440</sup>

Innerhalb der ablehnenden Haltung gegenüber einem Billigungserfordernis wird jedoch zunehmend differenzierend betrachtet, für welchen Pflichtenverstoß der faktische Geschäftsführer in Haftung genommen werden soll. Bei der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO sei die Kenntnis oder Duldung der faktischen Geschäftsleitertätigkeit durch die Gesellschaftermehrheit erforderlich.<sup>441</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass jemand, dessen Handeln die Gesellschafter nicht kennen und nicht dulden, nicht der Pflicht unterliegt, über die Frage der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft zu entscheiden.<sup>442</sup>

#### IV. Amtstauglichkeit, § 6 Abs. 2 GmbHG

Gem. § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG kann nur eine natürliche Person formelle Geschäftsleitung der GmbH sein. Daher ist fraglich, ob juristische Personen faktische Geschäftsführer sein können. Der BGH lehnt dies ab und schließt juristische Personen a priori aus dem Kreise tauglicher faktischer Geschäftsleiter aus.<sup>443</sup> Begründet wird dies mit einem *a maiore ad minus*-Argument: „Was nach dem Gesetz für das rechtlich dem geschäftsführenden Organ angehörige Mitglied gilt, ist auch für die Beurteilung maßgebend, ob jemand faktisch als Mitglied des geschäftsführenden Organs in Betracht kommt.“

Dieses Gleichstellungsargument ist auf Kritik gestoßen, insbesondere weil der BGH natürliche Personen, die nach § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 GmbHG für das Amt des Geschäftsleiters inhabil sind, sehr wohl als faktische Geschäftsleiter qualifiziert.<sup>444</sup> Auch sei ein Abstellen auf die Bestimmungsvoraussetzungen nicht angezeigt, da das haftungsauslösende Element die

---

<sup>438</sup> Geißler, GmbHR 2003, 1106 (1108); Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43 Rn. 3; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 23.

<sup>439</sup> Ehrlicke, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 235; Fleischer, GmbHR 2011, 337 (343); differenzierend Strohn, DB 2011, 158 (162 f.).

<sup>440</sup> Sorge, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 121; Strohn, DB 2011, 158 (162).

<sup>441</sup> So Strohn, DB 2011, 158 (162 f.); offen lassend Fleischer, GmbHR 2011, 337 (343); ablehnend Sorge, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 125 f.

<sup>442</sup> Ausdrücklich Strohn, DB 2011, 158 (163).

<sup>443</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2002 - II ZR 196/00, NZG 2002, 520 (522).

<sup>444</sup> Fleischer, GmbHR 2011, 337 (343); Sorge, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 129; Strohn, DB 2011, 158 (163).

Okkupierung der Geschäftsleiterstellung und nicht die fehlerhafte Bestellung selbst ist.<sup>445</sup> Als nicht überzeugend wird auch der Einwand der Rechtsprechung angesehen, im Rechtsverkehr könne nicht der Eindruck erweckt werden, eine juristische Person sei Geschäftsführerin der GmbH. Auf das Vertrauen im Rechtsverkehr komme es nicht an.<sup>446</sup> Teilweise wird angenommen, dass eine Einbeziehung der juristischen Person in den Kreis der faktischen Geschäftsleiter gar nicht notwendig sei, weil bereits die Geschäftsleiter der juristischen Person als natürliche Personen als faktische Geschäftsführer in Betracht kämen. Ob darüber hinaus der Gesellschaft das Verhalten ihrer Geschäftsleiter über § 31 BGB zugerechnet werden könne und somit eine eigene Verantwortlichkeit bestünde, sei nicht praxiserheblich.<sup>447</sup> Dieser Repräsentant der juristischen Person könne in Anspruch genommen werden und im Innenverhältnis gem. § 670 BGB Regress nehmen. In diesen Ersatzanspruch könne dann derjenige vollstrecken, dem die tätig gewordene Person als faktischer Geschäftsführer haftet.<sup>448</sup> Dies sei jedoch ein konstruktiver Umweg.<sup>449</sup>

Die herrschende Meinung in der Literatur folgt den Ausführungen der Rechtsprechung.<sup>450</sup> Das bedeutet, dass die Muttergesellschaft nach dieser Einsicht nicht als faktische Geschäftsführerin zu qualifizieren ist. Dies hat eine erhebliche Haftungsprivilegierung zufolge, da die Mutter durch ihr Verhalten gegenüber der Geschäftsleitung der Tochter beträchtlichen Einfluss nehmen kann, ohne sich selbst aber dem Risiko einer Haftung auszusetzen.

#### V. Wahrnehmung organspezifischer Funktionen

Der faktische Geschäftsführer muss darüber hinaus nachhaltigen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben. Er muss maßgebliche Entscheidungen in Bereichen treffen, die üblicherweise von den Geschäftsführern entschieden werden und nicht nur Routineangelegenheiten erledigen.<sup>451</sup> Der Aufgabenbereich der formellen Geschäftsführer muss zumindest teilweise übernommen werden.<sup>452</sup>

---

<sup>445</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (343); *Strohn*, DB 2011, 158 (163).

<sup>446</sup> Zutreffend *Strohn*, DB 2011, 158 (163).

<sup>447</sup> Zusammenfassend *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 131.

<sup>448</sup> *Strohn*, DB 2011, 158 (163).

<sup>449</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (343).

<sup>450</sup> *Geißler*, GmbHR 2003, 1106 (1107); *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 6 Rn. 79; sympathisierend auch *Strohn*, DB 2011, 158 (163); für eine Einbeziehung juristischer Personen *Ehrliche*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 229 f.; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (343); *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 132.

<sup>451</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2002 - II ZR 196/00, NZG 2002, 520.

<sup>452</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2002 - II ZR 196/00, NZG 2002, 520; BGH, Urt. v. 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (48); *Strohn*, DB 2011, 158 (160).

Diese Einordnung steht vor dem Problem, dass sich die organspezifischen Funktionen in der GmbH nicht pauschal bestimmen lassen, da den Gesellschaftern große Gestaltungsfreiheit zukommt. Ein gesetzliches Leitbild existiert nicht, da für den Geschäftsführer kaum eine zwingende Aufgabenzuweisung besteht.<sup>453</sup> Die strafrechtliche Rechtsprechung behilft sich mit einem acht Punkte umfassenden Kriterienkatalog, von dem sechs erfüllt sein müssen:<sup>454</sup>

- Bestimmung der Unternehmenspolitik
- Unternehmensorganisation
- Einstellung von Mitarbeitern
- Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern
- Verhandlung mit Kreditgebern
- Bestimmung der Gehaltshöhe
- Entscheidung der Steuerangelegenheiten und
- Steuerung der Buchhaltung.

Abseits dieser qualitativen Einflussnahme stellt sich die Frage nach den quantitativen Anforderungen. Der BGH fordert regelmäßig eine Übernahme von Geschäftsleitungsaufgaben in „maßgeblichem Umfang“<sup>455</sup>. Dabei ist vor allem die Dauer der Einflussnahme von Relevanz, wenn man davon ausgeht, dass punktuelle Eingriffe die Organisationsstruktur der Gesellschaft im Wesentlichen intakt lassen.<sup>456</sup> Allerdings kann die Dauer nur ein Faktor in der Gesamtabwägung sein.<sup>457</sup> Denn das Zeitelement kann dann zurücktreten, wenn aufgrund der Intensität weniger Eingriffe bereits eine vergleichbare Schädigung der Gesellschaft eintritt.<sup>458</sup> Die Einflussnahme muss zudem in organtypischer Weise erfolgen. Das bedeutet, dass der Einflussnehmende nicht lediglich seine berechtigten Interessen verfolgt, sondern in die Kompetenzordnung der Gesellschaft eingreifen muss. Zutreffender Maßstab ist hier folgender: „Die reine Einflussnahme *auf* das Unternehmen darf insoweit nicht ausreichen, vielmehr muss ein Einfluss *im* Unternehmen bestehen.“<sup>459</sup>

---

<sup>453</sup> *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 135 mwN.

<sup>454</sup> BayObLG, Urt. v. 20.02.1997 - 5 St RR 159/96, NJW 1997, 1936; kritisch *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (341); skeptisch *Strohn*, DB 2011, 158 (164).

<sup>455</sup> BGH, Urt. v. 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (48).

<sup>456</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (341 f.); *Geißler*, GmbHR 2003, 1106 (1111); *Strohn*, DB 2011, 158 (162).

<sup>457</sup> *Strohn*, DB 2011, 158 (162).

<sup>458</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (342); monographisch *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 142; *Strohn*, DB 2011, 158 (162).

<sup>459</sup> *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 145 mwN.

## VI. Konzernspezifische Anwendungsbeispiele

Als faktische Geschäftsleiter kommen verschiedene Personenkreise in Betracht, die man in gesellschaftsinterne und gesellschaftsexterne Machtpositionen unterteilen kann.<sup>460</sup> Allerdings ist für die folgenden Ausführungen lediglich die erste Fallgruppe maßgeblich. Insbesondere von Relevanz sind dabei die Gesellschafter sowie die Muttergesellschaft, die eine machtbeherrschende Stellung innerhalb der Gesellschaft einnehmen können.

Gesellschafter der GmbH können als faktische Geschäftsleiter in Betracht kommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie als Mehrheits- oder Alleingesellschafter ihre Machtstellung zur „besonders vehementen Einflussnahme auf die Geschäftsleitung“ nutzen.<sup>461</sup> Sofern man davon ausgeht, dass auch juristische Personen faktische Geschäftsleiter sein können, ebnet dies den Weg für eine Anwendung auf die Muttergesellschaft im faktischen Konzern. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht bereits die kompetenzgerechte Ausübung des Weisungsrechts gem. § 37 Abs. 1 GmbHG eine solche Einflussnahme begründen kann.<sup>462</sup> Andernfalls könnte keine Abgrenzung zur ordnungsgemäßen Nutzung von gesellschaftsrechtlich vermittelten Zuständigkeiten vorgenommen werden. Erfolgt die Weisungserteilung jedoch kompetenzwidrig, also außerhalb der Gesellschafterversammlung an den Minderheitsgesellschaftern vorbei, ist eine Einordnung als faktischer Geschäftsleiter möglich.<sup>463</sup> Weitergehende Stimmen im Schrifttum wollen eine solche Einordnung bereits bei engmaschigen Weisungen der Mehrheitsgesellschafterin gegenüber der formellen Geschäftsführung vornehmen.<sup>464</sup> Einigkeit besteht soweit ersichtlich dahingehend, dass jedenfalls dann eine faktische Geschäftsführung vorliegt, wenn der Gesellschafter über das Weisungsrecht hinaus selbst Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt.<sup>465</sup>

Die Ausübung des Weisungsrechts kann je nach Ansicht weitreichende haftungsrechtliche Folgen auslösen und so zwar einen hohen Minderheiten- und Gläubigerschutz gewährleisten.

---

<sup>460</sup> Vgl. die Einteilung bei *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 146.

<sup>461</sup> *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 147, spricht von „missbrauchen“.

<sup>462</sup> *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 107 ff., 147.

<sup>463</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (345); *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 148; *Strohn*, DB 2011, 158 (161).

<sup>464</sup> *Geißler*, GmbHR 2003, 1106 (1112); *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 238 ff.

<sup>465</sup> *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 245; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (345); *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 148.

Allerdings führt dies auch zu einem hohen und meist nicht gut einzuschätzenden Haftungsrisiko für die Muttergesellschaft, die sich des eigentlich zulässigen Instruments der Gesellschafterbeteiligung im Geschäftsbetrieb der GmbH bedient. Ein durch Europäisches Recht legitimiertes Weisungsrecht müsste solche Haftungsrisiken ausschließen. Eine Verantwortlichkeit der Mutter muss jedenfalls dann ausscheiden, wenn sie sich nicht kompetenzwidrig verhält, sondern die ihr eingeräumten Rechte lediglich intensiv nutzt. Die Rechtsprechung hat sich demgemäß auch gegen eine organschaftliche Haftung der Gesellschafter bei einer engmaschigen Weisungserteilung ausgesprochen.<sup>466</sup>

Entscheidender Unterschied zum *dirigeant de fait* besteht hinsichtlich des Erfordernisses der Dauer der Einflussnahme und bei der Möglichkeit, juristische Personen ebenfalls als *dirigeant de fait* einordnen zu können und haftbar zu machen.

### *§ 3 Kapitalerhaltungsvorschriften*

Kapitalerhaltungsvorschriften spielen für die Schutzfunktion des Konzernrechts eine entscheidende Rolle, begrenzen sie doch den Einfluss, den die Muttergesellschaft auf ihre Töchter ausüben kann. Die Unterkapitalisierung kann den Geschäftsführern nämlich als Pflichtverletzung vorgeworfen werden.<sup>467</sup> Im französischen Recht spielen aufgrund der geringen Schutzdichte des Kapitalerhaltungsrechts insbesondere auch vermögensschützende Vorschriften eine erhebliche Rolle.

#### A. Französische Kapitalerhaltungsvorschriften und Vermögensschutz

Interessant ist jedoch, dass für die SAS<sup>468</sup> sowie die SARL<sup>469</sup> kein Mindeststammkapital bestehen muss, ihm also kein materieller Gehalt mehr zukommt. Trotzdem orientieren sich die französischen Kapitalerhaltungsvorschriften am Stammkapital. Das Kapitalerhaltungsrecht schützt die Gläubiger vor dem Appetit der Gesellschafter.<sup>470</sup> Es beinhaltet die Garantie der ursprünglichen Substanz des Aktivvermögens durch das Prinzip der Realität (*principe de réalité*), welches durch Regeln zur vollständigen Zeichnung und Aufbringung des Kapitals gesichert wird.<sup>471</sup> Es geht also darum, dass die Summen, die der Gesellschaft nominal zur

---

<sup>466</sup> BGH, Urt. v. 27.06.2005 - II ZR 113/03, NZG 2005, 755 (756); BGH, Urt. v. 25.02.2002 - II ZR 196/00, NZG 2002, 520.

<sup>467</sup> *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8. Aufl. 2019, Rn. 207.

<sup>468</sup> Abgeschafft durch Loi n° 2008-776 vom 04.08.2008 pour la modernisation de l'économie, JORF n° 0181 v. 05.05.2008.

<sup>469</sup> Abgeschafft durch Loi n° 2003-721 vom 01.08.2003 pour l'initiative économique, JORF n° 179 v. 05.08.2003.

<sup>470</sup> *Mortier*, Opérations sur capital social, 2. Aufl. 2016, Rn. 45.

<sup>471</sup> *Dana-Démaret*, Le capital social, 1989, Rn. 254.

Verfügung stehen, auch realen Vermögenswerten gegenüberstehen. Des Weiteren enthalten die französischen Kapitalerhaltungsvorschriften eine Erhaltungsgarantie durch die Grundsätze der Unantastbarkeit (*principe d'intangibilité*) sowie der Unveränderlichkeit (*principe de fixité*) des Gesellschaftskapitals.<sup>472</sup>

## I. Grundsätze

### 1. Grundsatz der Unantastbarkeit (*principe d'intangibilité*)

Der Grundsatz der Unantastbarkeit des Stammkapitals untersagt es den Gesellschaftern, ihre Einlage zurückzufordern, solange die Gesellschaft nicht aufgelöst ist.<sup>473</sup> Außerdem dürfen sie keine „illegalen“ Dividenden ausschütten.<sup>474</sup> Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass dieser Grundsatz dazu bestimmt ist, die Ausschüttung von Dividenden zu verhindern, sobald das Eigenkapital bereits unter den Betrag des Stammkapitals plus Reserven gefallen oder durch die Ausschüttung fallen würde, die qua Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschüttet werden dürfen, art. L. 232-11, al. 3 C.Com.<sup>475</sup>

### 2. Grundsatz der Unveränderlichkeit (*principe de fixité*)

Der Grundsatz der Unveränderlichkeit besagt, dass das Kapital nur unter Beachtung bestimmter Vorschriften verändert werden darf.<sup>476</sup> Die Erhöhung des Kapitals (*augmentation du capital*) erfolgt nach den Vorschriften der artt. L. 223-30 ff., 225-127 ff. C.Com. Die Herabsetzung des Kapitals (*réduction du capital*) ist in artt. L. 223-34, 225-204 ff. C.Com. geregelt. Ausnahme vom Grundsatz der Unveränderlichkeit des Stammkapitals ist das variable Kapital, art. L. 231-1 C.Com.

### 3. Bewertung

Die beiden Kapitalerhaltungsgrundsätze konfliktieren mit der Möglichkeit der Gesellschafter, auf das Gesellschaftsvermögen zuzugreifen. Sie können der Gesellschaft Summen entziehen, die auf der Aktivseite der Bilanz als unverfügbar ausgewiesen sind. Dies verringert die Sicherheit der Gläubiger.<sup>477</sup> Durch die Möglichkeit, das Stammkapital bei 1 € festzusetzen, wird der Grundsatz der Unantastbarkeit erheblich aufgeweicht, da Entnahmen nur dann unzulässig sind, wenn das Eigenkapital unter den Betrag des Stammkapitals plus Reserven fällt oder durch die Ausschüttung fallen würde. Gesetzliche Rücklagen (*réserve légale*) sind nur in

---

<sup>472</sup> Dana-Démaret, Le capital social, 1989, Rn. 254.

<sup>473</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 518.

<sup>474</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 518.

<sup>475</sup> Dana-Démaret, Le capital social, 1989, Rn. 260; Velardocchio, in: Répertoire des sociétés, 1996, Rn. 45.

<sup>476</sup> Velardocchio, in: Répertoire des sociétés, 1996, Rn. 45.

<sup>477</sup> Dana-Démaret, Le capital social, 1989, Rn. 254.

dem von art. L. 232-10 CCom. vorgegebenen Umfang zu bilden. Die Pflicht zur Rücklagenbildung entfällt, wenn die Rücklage ein Zehntel des Stammkapitals erreicht hat, art. L. 232-10 al. 2 CCom., welches wie gesehen ausgesprochen niedrig sein kann. Bei negativem Eigenkapital greifen dann aber bereits andere Schutzvorschriften, sodass dem Kapitalerhaltungsrecht hier keine besondere Schutzfunktion zukommt. Auch die Option für die Gesellschafter, variables Kapital einzusetzen, schränkt den Grundsatz der Unveränderlichkeit des Kapitals erheblich ein. Die Prinzipien des Kapitalerhaltungsrechts limitieren die Leitungsmacht der Mutter zunächst nicht gravierend.

## II. Sanktionen

Überproportional zur Schwäche der Grundsätze bestehen im französischen Recht Sanktionsmechanismen, die sich quer durch alle Rechtsgebiete ziehen und so die Konzernleitung begrenzen.

1. Wirtschaftsstrafrecht: Dividendenverbot (*interdiction des dividendes*), art. L. 241-3 2° CCom und art. L. 242-6 1° iVm 224-1 CCom

Die Regeln und Grundsätze der Kapitalerhaltung werden unter anderem mit den Mitteln des Wirtschaftsstrafrechts sanktioniert. Hierbei zeigt sich die Regelungstechnik des Gesetzgebers, aus einem Gesetzesverstoß ein strafrechtlich verfolgbares Delikt zu machen, um die Umsetzung einer Verhaltensnorm besser garantieren zu können. Dabei wird die Strafbarkeit im Verhältnis zur Wichtigkeit der Einhaltung dieser Verhaltensnorm vom Gesetzgeber festgelegt.<sup>478</sup>

Die Ausschüttung fiktiver Dividenden ist verboten (*interdiction des dividendes*), art. L. 232-12, al. 3 CCom. Eine fiktive Dividende ist eine Dividende, die entgegen der Vorschriften des art. L. 232-12 CCom. ausgeschüttet wird. Das bedeutet, dass eine Dividende aus einem Gewinn ausgeschüttet wird, welcher jedoch nicht effektiv realisiert wurde und somit nicht ausschüttbar ist.<sup>479</sup> Gleiches gilt für eine Dividende, die aus nicht verfügbaren Summen generiert wird: Stammkapital, gesetzliche oder statutarische Reserven.<sup>480</sup> Die Strafbarkeit des Ausschüttungsverbots richtet sich für die SARL aus art. L. 241-3 2° CCom und für die SAS aus

---

<sup>478</sup> *Voutsis*, La distribution des dividendes fictifs, 1965, S. 9.

<sup>479</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 172.

<sup>480</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 172; weitere Einzelheiten bei *Velardocchio*, in: Répertoire des sociétés, 1996, Rn. 88.

art. L. 242-6 1° iVm 224-1 CCom. Täter ist hierbei der (faktische) Geschäftsführer der Gesellschaft.

Der Tatbestand dieses Delikts setzt sich aus den folgenden vier Elementen zusammen.<sup>481</sup> Zunächst besteht ein mangelhaftes Inventar oder ein betrügerisch aufgestelltes Inventar. Zweitens muss eine Dividende ausgeschüttet worden sein (*distribution d'un dividende*). Dann muss diese Dividende fiktiv sein (*fictivité du dividende*). Schließlich ist Vorsatz erforderlich, welcher die Bösgläubigkeit miteinschließt. Ein persönlicher Vorteil ist nicht Voraussetzung für die Tatbestandsverwirklichung.<sup>482</sup> Der Tatbestand ist verwirklicht, sobald der Gesellschafter ein Forderungsrecht gegenüber der Gesellschaft erwirbt. Dies geschieht durch die Entscheidung, die Dividenden auszuzahlen. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass die Dividende auch wirklich ausbezahlt wird; dass die Dividende den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt wird, ist ausreichend.<sup>483</sup> Die Strafbarkeit wird somit vorverlagert. Sie entfällt nicht durch Bestätigung der Ausschüttung durch die Hauptversammlung.<sup>484</sup>

Die Ausschüttung unzulässiger Dividenden schädigt sowohl die Gläubiger als auch die Gesellschaft sowie ihre Gesellschafter. Sie schadet der Gesellschaft, da sie oftmals eine Rückerstattung des Kapitals darstellt, ohne dass die Formalitäten des Gesellschaftsrechts eingehalten würden. Darüber hinaus werden Gesellschafter und Gläubiger über die reelle Prosperität der Gesellschaft getäuscht.<sup>485</sup> Bei Verwirklichung des Tatbestandes drohen dem Geschäftsführer bis zu fünf Jahre Haft oder eine Geldstrafe bis zu 375.000 €.

Im Anwendungsfall des Konzerns stellt sich allerdings die Frage, ob die Muttergesellschaft als juristische Person dieses Delikt ebenfalls begehen kann. Sie kann zwar *président* oder *dirigeant* der SAS sein, ihre Geschäftsführer treffen dann aber die Haftung, art. L. 227-7 CCom. Die Leitungsmacht ist somit ebenfalls eingeschränkt, unabhängig davon, ob nun die Muttergesellschaft selbst, oder ihre Geschäftsleiter in Haftung genommen werden können. Bei der SARL kann die Muttergesellschaft als faktische Geschäftsführerin haften. Subsumiert man das Vorstehende unter den konzernspezifischen Anwendungsfall des Cash-Pool ist eine Haftung nicht sehr wahrscheinlich. Gruppenspezifische Beispiele aus der Rechtsprechung

---

<sup>481</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 169 f.

<sup>482</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 172.

<sup>483</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 172.

<sup>484</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 172.

<sup>485</sup> *Velardocchio*, in: Répertoire des sociétés, 1996, Rn. 90.

existieren nicht. Dies liegt darin begründet, dass die unzulässigen Zahlungen an die Gesellschafter dem engen Tatbestand der Dividende unterfallen müssen und auf der Grundlage einer betrügerischen Bilanz ausgezahlt worden sein müssen. Es besteht ein vernachlässigbares Haftungsrisiko der Muttergesellschaft.

2. Wirtschaftsstrafrecht: Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen (*abus de biens sociaux*), art. L. 241-3 4° CCom und art. L. 242-6 3° iVm 244-1 CCom

Die Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen, welche dem Vermögensschutz zuzuordnen ist, ist mit einer Geldstrafe in Höhe von 375.000 € und/oder einer Haftstrafe bis zu fünf Jahren bewehrt.

*a) Täter: rechtlicher sowie faktischer Geschäftsführer*

Tauglicher Täter der Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen ist u.a. der rechtliche Geschäftsführer der SAS sowie der SARL, der bösgläubig das Vermögen oder den Kredit der Gesellschaft entgegen dem Gesellschaftsinteresse genutzt hat, um sich oder eine ihnen nahestehende Gesellschaft, an der sie direkt oder indirekt beteiligt sind, zu bereichern. Die Vorschriften finden auch Anwendung auf den faktischen Geschäftsführer (*dirigeant de fait*), art. L. 241-9 (SARL) und L. 244-4 (SAS) CCom.<sup>486</sup>

Diese Konstatierung allein ist zunächst nicht strafrechtsspezifisch, sondern hat ihre Grundlage im Gesellschaftsrecht. Klärungsbedarf besteht hinsichtlich der Frage, ob juristische Personen auch strafrechtlich verantwortlich sind. Und wenn ja, ob zusätzlich eine natürliche Person diese Haftung trifft. Art. 121-2 CPén. statuiert, dass juristische Personen strafrechtlich verantwortlich für die Delikte sind, die in ihrem Namen von ihren Organen oder Vertretern begangen worden sind. Es geht hierbei um eine Eigenhaftung (*fait personnel*) und nicht um eine Haftung für das Verhalten Dritter.<sup>487</sup> Die Muttergesellschaft selbst als rechtliche oder faktische Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft kann sich folglich der Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen strafbar machen. Untauglicher Täter ist hingegen der Geschäftsführer einer ausländischen Gesellschaft. Diese können lediglich eine Veruntreuung (*abus de confiance*) nach art. 314-1 CPén. begehen.<sup>488</sup> Das Strafmaß ist dasselbe.

---

<sup>486</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 12432.

<sup>487</sup> *Saint-Pau*, in: Mél. Bouloc, 2007, 1011 (1012).

<sup>488</sup> Cass.crim., 03.06.2004, n° 03-80.593, JCP G 2004, II, 10151, note *Raimon; Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 762.

b) Objektiver Tatbestand (*élément matériel*)

Der objektive Tatbestand des *abus de biens sociaux* hat zwei Voraussetzungen. Erstens muss es sich um eine missbräuchliche Nutzung eines Bestandteils des Gesellschaftsvermögens handeln (*usage abusif*).<sup>489</sup> Die Nutzung umfasst jede Handlung, die das Gesellschaftsvermögen beeinträchtigt.<sup>490</sup> Dabei sind alle beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenstände vom Straftatbestand erfasst.<sup>491</sup> Die missbräuchliche Nutzung liegt auch vor, wenn der Geschäftsführer sein Vermögen mit dem der Gesellschaft vermischt und die verschiedenen Vermögen hin und her schiebt, wie es ihm opportun erscheint.<sup>492</sup> Dies umfasst Vermögensverwässerung und -ersetzung sowie die Gewinnverlagerung auf andere Konzerngesellschaften, welche Ausdruck opportunistischen Verhaltens der Muttergesellschaft zulasten der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter ist (s.o. Teil 2 § 2).

Zweitens muss diese Nutzung dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlaufen (*usage contraire à l'intérêt social*). *Gibirila* beschreibt diese Voraussetzung als erfüllt, sofern die Nutzung gleichzeitig dem Interesse der Gesellschafter sowie dem der juristischen Person selbst entgegensteht. Er geht hierbei nicht auf den Konflikt um die Konturierung des ausfüllungsbedürftigen Begriffs des *intérêt social* ein (zur Diskussion s.u. Teil 4 § 1 A. I. 1.). Die Tathandlung verstößt gegen Gesetz und Gesellschaftsvertrag und ist als „antifonctionnel“ zu qualifizieren.<sup>493</sup> Die betroffene Gesellschaft verarmt, selbst kurzzeitig, insbesondere durch Entnahme von Gesellschaftsvermögen ohne Gegenleistung oder durch Austausch fiktiver Leistungen. Die Restitution zu einem späteren Zeitpunkt vermag die Strafbarkeit nicht zu beeinflussen.<sup>494</sup> Der objektive Tatbestand kann durch positives Tun oder durch Unterlassen erfüllt werden.

Wichtiges Detail ist, dass es nicht darauf ankommt, ob bei der Gesellschaft tatsächlich ein Schaden eintritt. Der *abus de biens sociaux* ist ein Gefährdungsdelikt und kein Erfolgsdelikt. Es ist daher ausreichend, dass die Gesellschaft durch die tatbestandliche Handlung einem

---

<sup>489</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 120.

<sup>490</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 767.

<sup>491</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 768.

<sup>492</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 768.

<sup>493</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 124.

<sup>494</sup> Cass.crim., 21.08.1991, n° 90-86.505, RJDA 12/91, n° 1032; Cass.crim., 11.01.1968, n° 66-93.771, Bull. crim. n° 11.

anormalen Risiko ausgesetzt wurde.<sup>495</sup> Dieses Risiko wird zum Zeitpunkt der Handlung beurteilt und nicht zu dem Zeitpunkt, in dem die negativen Effekte tatsächlich auftreten.<sup>496</sup> Der Geschäftsführer muss also schon zum Zeitpunkt der Maßnahme eine Folgenabschätzung vornehmen. So kann es auch nicht dem Zufall überlassen werden, ob nun tatsächlich ein Risiko eintritt, oder ob durch andere günstige Umstände doch Entlastung für den Geschäftsführer eintritt, weil ausnahmsweise kein Risiko realisiert wurde. So wird das Risiko abstrakt bestimmt.

Diese Voraussetzungen sind bei Einbindung einer Gesellschaft in einen Konzern bei der Durchführung von Geschäftsführungsmaßnahmen häufig erfüllt.<sup>497</sup> Beispielsweise beim Abschluss von Verträgen zu nicht marktüblichen Konditionen, die der Gesellschaft schaden.<sup>498</sup> Gleiches gilt für konzerninterne Darlehen, die ohne Gegenleistung gewährt werden.<sup>499</sup> Hier wird auch das hochgradig praxisrelevante Beispiel des konzerninternen Cash-Pool relevant (hierzu sogleich Teil 3 § 3 A. II. 2. d)).

*c) Subjektiver Tatbestand (élément intentionnel)*

Der subjektive Tatbestand erfordert bösen Glauben (*mauvaise foi*). Der Geschäftsführer handelt demnach vorsätzlich und bösgläubig, wenn er von der Nutzung des Vermögens entgegen dem Gesellschaftsinteresse Kenntnis hatte; eine Schädigungsabsicht ist hierbei nicht erforderlich.<sup>500</sup> Dies ist auch einleuchtend, denn der Schaden ist kein Element des objektiven Tatbestandes, auf den sich der Vorsatz beziehen muss. Meist leiten die Gerichte die Bösgläubigkeit des Geschäftsführers aus den Umständen des Falls ab.<sup>501</sup>

Ein weiteres Element des subjektiven Tatbestandes ist die Bereicherungsabsicht, bzw. die Absicht, sich oder einer Gesellschaft, an der er direkt oder indirekt beteiligt ist, einen Vorteil zu verschaffen. Beschrieben wird dieses Merkmal unter dem Stichwort: *usage dans un but*

---

<sup>495</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 125; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 774.

<sup>496</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 774.

<sup>497</sup> *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 144.

<sup>498</sup> *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 144.

<sup>499</sup> *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 144.

<sup>500</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 127; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 777.

<sup>501</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 129; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 777.

*personnel*.<sup>502</sup> Dieser eigene Vorteil muss nicht notwendigerweise finanzieller Natur sein, sondern kann sich beispielsweise auch daraus ergeben, dass mit einem Dritten gute Beziehungen gepflegt werden.<sup>503</sup> Die Bereicherungsabsicht wird vermutet, wenn der Geschäftsführer die Entnahme des Gesellschaftsvermögens verschleiern will.<sup>504</sup> In diesem Fall muss er sich exkulpieren indem er beweist, dass das Vermögen einzig im Interesse der Gesellschaft genutzt wurde.<sup>505</sup>

d) *Rechtfertigung – Rozenblum Rechtsprechung*

Es kommt im Konzern nicht selten vor, dass die Leitung die Ressourcen der Konzerngesellschaften optimieren möchte. Hierzu bewilligen sich die Gesellschaften gegenseitig Kredite oder die Leitung übernimmt das Cash-Flow-Management. Konzerninterne Kredite können in Form von Kapitalzuführung geschehen, indem eine Stundung oder Forderungsverzicht vereinbart wird.<sup>506</sup> Die strafgerichtliche Rechtsprechung hat solche Praktiken innerhalb des Konzerns gestattet, sofern sie im gemeinsamen wirtschaftlichen, sozialen oder finanziellen Interesse der betreffenden Gesellschaften liegen.<sup>507</sup> Außerdem muss die Maßnahme einer ausgereiften Gruppenpolitik entspringen und muss eine Gegenleistung enthalten oder das Gleichgewicht der gegenseitigen Verpflichtungen sicherstellen und darf nicht die finanziellen Möglichkeiten der belasteten Gesellschaft überschreiten.<sup>508</sup> Das ist die sog. *Rozenblum*-Formel (zur Entstehungsgeschichte s.u. Teil 4 § 2 A. I.).<sup>509</sup>

---

<sup>502</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 130; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 778

<sup>503</sup> Cass.crim., 14.11.2007, n° 06-87.378, RJDA 3708, n° 290; Cass.crim., 08.12.1971, n° 70-93.020, Bull.crim. n° 346.

<sup>504</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 1047.

<sup>505</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 131.

<sup>506</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 12435: „Il n’est pas rare, dans les groupes de sociétés, que les dirigeants veuillent optimiser les ressources des sociétés composant le groupe en utilisant l’une d’elles pour gérer la trésorerie des autres ou pour consentir des concours financiers à celles qui en ont besoins, ces concours pouvant aussi bien revêtir la forme d’apports de fonds que celle de recouvrement tardif, voire de non-recouvrement de créances.“

<sup>507</sup> Eine der wenigen Anwendungsfälle, in denen die Rechtfertigung durch die Strafgerichte bejaht wurde, betraf einen konzerninternen Cash-Pool: Cass.crim., 27.11.2013, n° 12-84.804, Rev. sociétés 2014, 186, note *Bouloc*.

<sup>508</sup> Zusammenfassend *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 775; *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 153 ff.; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 12440.

<sup>509</sup> Cass.crim., 04.02.1985, n° 84-91.581, Rev. sociétés 1985, 648 – *Rozenblum*, note *Bouloc*.

Der Rechtfertigungsgrund ist auch auf das Delikt des Machtmissbrauchs (*abus de pouvoir*) anwendbar.<sup>510</sup> Zu beachten ist, dass die Rechtfertigung des *abus de biens sociaux* eine Strafbarkeit wegen Bankrotts (*banqueroute*) nicht entfallen lässt.<sup>511</sup> Dies ist einleuchtend, ist doch der Rechtfertigungsgrund des Gruppeninteresses für den Fall des *abus de biens sociaux* entwickelt worden. *Banqueroute* und *abus de biens sociaux* haben nicht die selbe strafrechtliche Wirkungsrichtung. Ersteres schützt den *crédit social*, letzteres den *intérêt social*.<sup>512</sup> Die Diskussionen um eine Ausweitung des Anwendungsbereichs dieses Rechtfertigungsgrunds ranken sich um die Anwendung auf ähnliche Delikte bzw. Verstöße gegen das innergesellschaftliche Gefüge der Tochtergesellschaften (s. u. Teil 4 § 3 A. I.). Der Bankrott ist hiervon nicht erfasst.

aa) Verfestigte Gruppenstruktur und kohärente Gruppenpolitik

Die *Rozenblum*-Rechtsprechung fordert eine Komplementarität der gesellschaftlichen Aktivitäten der einzelnen Konzerngesellschaften. Die Gruppe muss stark strukturiert sein.<sup>513</sup> Dies schließt reine Konglomerate aus und fordert von der Gruppenstruktur auch mehr als das Gesellschaftsrecht, bei dem ein Konzern schon bei rein finanzieller Beteiligung vorliegen kann. Um aber im Gruppeninteresse gerechtfertigt zu sein, ist eine größere Verbundenheit zwischen den Gesellschaften notwendig als eine rein kapitalmäßige Beteiligung. Dieser Trend zeigt sich auch bei der etwaigen Rechtfertigung eines Mehrheitsmissbrauchs (s.u. Teil 3 § 4 B. I. 4.). Allgemein lässt sich daher festhalten: Je stärker die Mitglieder der Gruppe miteinander verflochten und in ihrem wirtschaftlichen Fortkommen voneinander abhängig sind, desto großzügiger ist die Rechtsprechung mit Geschäftsführern oder Mehrheitsgesellschaftern, die eine Konzernsolidarität einfordern und Maßnahmen zum Wohle des Gruppeninteresses aber entgegen dem Einzelinteresse treffen. Diese enge Voraussetzung hat dazu geführt, dass die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes häufig nicht vorlagen.<sup>514</sup> Die Cour de cassation hat die Anforderungen an eine verfestigte Gruppenstruktur im Laufe der Jahre etwas

---

<sup>510</sup> Cass.crim., 13.02.1989, n° 88-81.218, Rev. sociétés 1989, 692, note *Bouloc; Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 152.

<sup>511</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 266; *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, Rn. 140; *Stasiak*, Dr. sociétés 2017, 36 (37).

<sup>512</sup> *Lasserre Capdeville*, Abus de biens sociaux et banqueroute, 2010, S. 186; *Stasiak*, Dr. sociétés 2017, 36 (37) zweifelt an dieser Begründung, da der Veruntreuung des *crédit de la société* auch Tatbestandsalternative des *abus de biens sociaux* ist.

<sup>513</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 775: „les sociétés du groupe doivent avoir une complémentarité ou une cohérence globale.“; a.A. *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 155.

<sup>514</sup> *Rebut*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2021, Rn. 191.

aufgeweicht und legt das Kriterium nun weiter aus. Es gehe darum, dass die Gesellschaften aus einem rationalen wirtschaftlichen oder finanziellen Grund miteinander verbunden sind und so ihre Gesellschaftszwecke aufeinander abgestimmt sind.<sup>515</sup> Es bedarf einer Synergie ihrer jeweiligen Interessen.<sup>516</sup>

Ob nach *Rozenblum*-Kriterien überhaupt eine Gruppe vorliegt, ist vom Gesellschaftszweck und der inneren Organisation der Gruppe abhängig. Zwar kann auch eine lose organisierte Gruppe ein eigenes Interesse haben. Für die Rechtfertigung ist aber nicht nur die Existenz eines Gruppeninteresses entscheidend, sondern dessen Inhalt (zu den Einzelheiten des Inhalts des Gruppeninteresses, das vom Gericht als *intérêt économique, social et financier commun* definiert wird s.u. Teil 4 § 2 A. I.). Entspricht die Maßnahme einem der drei Interessen, muss sie noch weitere Kriterien erfüllen – das Gruppeninteresse allein vermag die Maßnahme nicht zu rechtfertigen. Das Erfordernis der kohärenten Gruppenpolitik wird von der finanziellen und strategischen Konzernleitung üblicherweise erfüllt sein. Des Weiteren muss der Maßnahme eine Gegenleistung entgegenstehen bzw. es darf mit der Maßnahme nicht das Gleichgewicht zwischen den jeweiligen Verpflichtungen zerstört werden. Außerdem darf die Maßnahme die finanziellen Möglichkeiten der Tochtergesellschaft nicht übersteigen. Hierbei handelt es sich um einen Solvenzschutz der Tochter. Diese Voraussetzungen sind kumulativ und nicht alternativ.<sup>517</sup>

bb) Gegenleistung oder fehlende Störung des Gleichgewichts

Bei dem Kriterium der Gegenleistung oder fehlenden Störung des Gleichgewichts ist hingegen fraglich, ob es sich hierbei um alternative oder kumulative Bedingungen handelt. Dies ist vor allem für die Frage wichtig, wie intensiv die Gerichte die Geschäftsführungsmaßnahmen der Geschäftsführer untersuchen. Bei einer strengen Prüfung werden sie die Voraussetzungen kumulativ verlangen. Das Kriterium der Gegenleistung verdichtet sich so zur angemessenen Gegenleistung,<sup>518</sup> die somit das Gleichgewicht innerhalb der Gruppe nicht (zer-)stört. Andere Autoren wiederum plädieren für eine alternative Anwendung der Voraussetzungen.<sup>519</sup> Die

---

<sup>515</sup> Vgl. Cass.crim., 06.04.2016, n° 15-80.150, Rev. sociétés 2016, 539, note *Boursier*.

<sup>516</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2016, 539 (541): „la Cour révèle l'existence d'une synergie entre leurs intérêts respectifs“.

<sup>517</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (303 f.).

<sup>518</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (304); *Lasserre Capdeville*, Abus de biens sociaux et banqueroute, 2010, Rn. 135, befürwortet ebenfalls eine kumulative Anwendung.

<sup>519</sup> *Rebut*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2010, Rn. 101; ebenfalls für eine alternative Anwendung *Jeandidier*, JCP 1986, n° 20585; *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 159.

Maßnahme ist nicht ausgleichspflichtig, sofern sie das Gleichgewicht innerhalb des Konzerns nicht stört.<sup>520</sup> Diese liberale Ansicht ermöglicht es, spätere Vorteile für die einzelnen Gesellschaften besser zu berücksichtigen und trägt darüber hinaus dem Umstand Rechnung, dass ein etwaiger ausgleichspflichtiger Nachteil für die betroffene Gesellschaft zum Zeitpunkt der Maßnahme noch nicht quantifizierbar ist. Darüber hinaus wird diese Auslegung dem Wortlaut der *Rozenblum*-Entscheidung gerecht.<sup>521</sup>

Die Rechtsprechung scheint diesem Konflikt aus dem Weg gehen zu wollen, indem sie den Rechtfertigungsgrund des Gruppeninteresses einzig danach beurteilt, ob eine Gegenleistung vorliegt. Die Strafkammer leitet von einer fehlenden Gegenleistung eine Störung des Gleichgewichts ab.<sup>522</sup>

#### (1) Begriff der Gegenleistung

Sofern man nun eine Gegenleistung fordert, um den Eingriff in das Eigeninteresse der Gesellschaft im Gruppeninteresse rechtfertigen zu können stellt sich weiterhin die Frage, wie diese Gegenleistung zu bestimmen ist.<sup>523</sup> Geht es um einen summenmäßigen Ausgleich? Und wenn ja, muss dieser einen konzerninternen oder einen konzernexternen Marktpreis widerspiegeln? Die Gruppenzugehörigkeit spielt also in jedem Fall eine Rolle, unabhängig davon, ob sie nun als ausreichende Gegenleistung verstanden wird, oder nicht. Die von den Strafrichtern vorgenommene Bewertung richtet sich hierbei nicht an der ökonomischen Analyse, nach der die Gruppenzugehörigkeit an sich schon ausreichend sein kann,<sup>524</sup> weil mit ihr erhebliche Vorteile für die Tochtergesellschaft verbunden sind.

Die Notwendigkeit einer Gegenleistung wird in der Literatur teilweise in Zweifel gezogen. Die Kritik verlautbart sich in der Frage, ob man immer noch von einer Maßnahme entgegen dem Gesellschaftsinteresse sprechen kann, wenn sie (die Tochter) eine angemessene Gegenleistung erhält.<sup>525</sup> Derzeit<sup>526</sup> verlangen die Gerichte eine Gegenleistung; jedoch ist diese Voraussetzung nicht begrenzt auf einen summenmäßigen Ausgleich des erlittenen Nachteils durch die angewiesene Maßnahme. Die Gegenleistung besteht in einem materiellen oder

---

<sup>520</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (304).

<sup>521</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (Fn. 200).

<sup>522</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (304).

<sup>523</sup> Vgl. hierzu *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (305).

<sup>524</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (305).

<sup>525</sup> *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 159.

<sup>526</sup> Beispiel, bei dem die *Rozenblum*-Kriterien einschließlich des Erfordernisses der Gegenleistung vorlagen Cass.crim., 06.04.2016, n° 15-50.150, Dr. sociétés 2016, Comm. 115 - obs. *Salomon*.

immateriellen Vorteil, der verschieden sein muss vom inhärenten Vorteil der Gruppe.<sup>527</sup> Bei einem materiellen Vorteil prüfen die Gerichte, ob dieser quantitativ ausreichend ist. Das wird anhand der Gruppenzugehörigkeit bewertet. Es geht also nicht um einen Ausgleich zu Marktkonditionen, denn ein solcher würde bereits nicht den Tatbestand der Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen erfüllen. Es ist hier lediglich ein konzerninterner Preis zu überprüfen.<sup>528</sup> Dieser darf nicht fiktiv sein.<sup>529</sup> Die immaterielle Gegenleistung liegt im Erhalt der Geschäftstätigkeiten aller Gruppenmitglieder.<sup>530</sup> Bewertungszeitpunkt der Angemessenheit der Gegenleistung ist der Zeitpunkt der Durchführung der nachteiligen Maßnahme. Entscheidend ist folglich die *ex ante* Perspektive. Es kann also durchaus passieren, dass sich die Gegenleistung zu einem späteren Zeitpunkt als nicht so werthaltig herausstellt, wie ursprünglich vernünftigerweise angenommen werden durfte.<sup>531</sup> Die Gegenleistung kann auch nicht durch Einwilligung der Tochtergesellschaft und ihrer Gesellschafter zur Maßnahme ausgeschlossen werden.<sup>532</sup> Dies ist ein Prinzip des Strafrechts, wonach der Opfer nicht strafbefreiend in die Tatbegehung einwilligen kann, da es sich um zwingendes Recht handelt und so seiner Disposition entzogen ist.<sup>533</sup>

## (2) Fehlende Störung des Gleichgewichts

Da die Rechtsprechung bei fehlender Gegenleistung direkt auf eine Störung des Gleichgewichts schließt, gibt es keine Beispiele, die diese Voraussetzung konturieren würden.<sup>534</sup> Dies lässt Spielraum für einen theoretischen Streit, bei dem es um die Reichweite der Bewertung des Gleichgewichts geht. Einerseits wird vertreten, dass das gesamte Gleichgewicht innerhalb der Gruppe nicht gestört werden dürfe.<sup>535</sup> Da es einer gruppenweiten Geschäftspolitik bedürfe, sei es denklogisch korrekt, auch die einzelnen Maßnahmen in diesen Kontext einzubetten. Sonst müsse man sich fragen, was der Unterschied zwischen Gegenleistung und Gleichgewicht sei, wenn man nur das Gleichgewicht der einzelnen

---

<sup>527</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (305): „La contrepartie consiste en un avantage matériel ou immatériel qui doit être distinct des avantages inhérents à l’existence du groupe.“

<sup>528</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (305).

<sup>529</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (306).

<sup>530</sup> Cass.crim., 19.12.1995, n° 94-85.299, Dr. sociétés 1996, n° 108, note *Vidal*; *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (306).

<sup>531</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (306).

<sup>532</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (307).

<sup>533</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (307) mwN.

<sup>534</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (308).

<sup>535</sup> *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 160; *Rebut*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2010, Rn. 107.

Austauschbeziehung zwischen den Konzerngesellschaften in den Blick nähme.<sup>536</sup> Andererseits machen sich *Freyria* und *Clara*<sup>537</sup> für eine Bewertung des Gleichgewichts nur zwischen den beteiligten Gruppengesellschaften stark. Ein generelles Gleichgewicht zwischen allen Gruppengesellschaften sei unmöglich zu realisieren, insbesondere in großen internationalen Konzernen. Einen vermittelnden Ansatz vertritt *Boursier*, die das Gleichgewicht zwischen allen direkten und indirekten Beteiligten der Maßnahme suchen möchte. Wenn beispielsweise eine Tochtergesellschaft einer anderen Tochtergesellschaft, ihrer Schwester, finanzielle Hilfe leistet und hierfür von der Muttergesellschaft einen Ausgleich erhält, bestehe kein Anlass dafür, das indirekte Eingreifen der Mutter nicht auch bei der Frage des Gleichgewichts zwischen den Gesellschaften zu berücksichtigen.<sup>538</sup>

cc) Keine Überschreitung der finanziellen Möglichkeiten

Die finanziellen Möglichkeiten der betroffenen Gesellschaft sind überschritten, wenn sie in die Krise gerät und insolvenzrechtliche Maßnahmen getroffen werden müssen. Der Rechtfertigungsgrund des Gruppeninteresses wird beschränkt durch das Prinzip der vermögensrechtlichen Eigenständigkeit (*autonomie patrimoniale*) der juristischen Person.<sup>539</sup> Die finanziellen Möglichkeiten der Tochter werden zum Zeitpunkt der Maßnahme anhand objektiver Kriterien beurteilt.<sup>540</sup>

e) Mittäterschaft (*complicité*)

*Complicité* im Sinne von art. 121-7 CPén. könnte vorliegen, indem die Muttergesellschaft dem Geschäftsführer der Tochter Anweisungen gibt.<sup>541</sup> Dies ist jedoch Objekt einer lebhaften Debatte in der Wissenschaft und soll hier nicht weiter ausgeführt werden.

f) Gerichtliche Geltendmachung

Es handelt sich beim *abus de biens sociaux* um ein strafrechtlich geahndetes Delikt. Neben dem Strafanspruch des Staates stehen die Gesellschafter der betroffenen Gesellschaft und wollen ihren Schaden geltend machen. Das ist grundsätzlich vor dem Strafrichter möglich und entspricht dem sog. Adhäsionsverfahren (*action civile*). Der Richter, der über die Strafbarkeit des Verhaltens der Geschäftsführer befindet, entscheidet im selben Verfahren auch über etwaige Schadensersatzansprüche. Voraussetzung ist, dass dem Kläger ein persönlicher

---

<sup>536</sup> *Médina*, *Abus de biens sociaux*, 2001, S. 160.

<sup>537</sup> *Freyria/Clara*, JCP E 1993, 247 Rn. 13.

<sup>538</sup> *Boursier*, *Rev. sociétés* 2005, 273 (309).

<sup>539</sup> *Boursier*, *Rev. sociétés* 2005, 273 (309).

<sup>540</sup> *Boursier*, *Rev. sociétés* 2005, 273 (310).

<sup>541</sup> *Stasiak*, *Dr. sociétés* 2017, 36 (38).

Schaden entstanden ist, Art. 2 Code de procédure pénale (CPP). Das bedeutet, dass der Schaden von dem der Gesellschaft verschieden sein muss. Konsequenterweise können die Gesellschafter den durch die Veruntreuung eingetretenen Wertverlust ihrer Beteiligung nicht liquidieren, denn es handelt sich dabei nicht um einen Schaden, der von dem der Gesellschaft verschieden ist.<sup>542</sup> Dies gilt sogar für den Fall einer fast 100%igen Beteiligung des Mehrheitsgesellschafters.<sup>543</sup> Dies zeigt, dass die Rechtsprechung eine strenge Trennung zwischen den Vermögen der Gesellschafter und der Gesellschaft auch bei strafrechtlich relevantem Verhalten einhält. Gleiches gilt für Gläubiger und den Staat als indirekt Geschädigte.<sup>544</sup> Nach tradiertem Verständnis entsteht grundsätzlich nur der Gesellschaft selbst ein Schaden, den diese dann gegenüber dem Geschäftsführer geltend machen kann. Den Schaden der Gesellschaft können auch die Gesellschafter liquidieren (s.u. *action sociale ut singuli*, Teil 3 § 4 B. I. 1. c) aa)).<sup>545</sup> Für die SAS ist dies in art. L. 225-252 iVm 227-8 CCom., für die SARL in art. L. 223-22 al. 3 CCom. explizit gesetzlich normiert. In diesem Fall muss der geschädigten Gesellschaft der Streit verkündet werden.<sup>546</sup> Den Gesellschaftern kann jedoch ein immaterieller Schaden (*préjudice moral*) entstehen, der von dem der Gesellschaft verschieden ist – diesen können sie liquidieren.<sup>547</sup>

Der Straftatbestand des *abus de biens sociaux* stellt ein ernstzunehmendes Haftungsrisiko für die Muttergesellschaft dar. Entweder, sie haftet selbst als faktische Geschäftsführerin oder sie haftet als Komplizin des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft. Insbesondere die Vermögensverschiebungen im Cash-Pool sind taugliche Tathandlungen. Zwar hat die Cour de cassation eine Konzernprivilegierung vorgenommen und mit der *Rozenblum*-Formel eine Rechtfertigungsmöglichkeit geschaffen. Die Voraussetzungen liegen in der Praxis jedoch häufig nicht vor – Anwendungsbeispiele sind rar gesät, sodass die Privilegierungswirkung in Frage gestellt werden muss.

---

<sup>542</sup> St. Rpsr. seit Cass.crim., 09.03.2005, n° 04-85.825, Rev. sociétés 2005, 886, note *Bouloc*; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 801; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 12465.

<sup>543</sup> Cass.crim., 09.03.2005, n° 04-85.825, Rev. sociétés 2005, 886, note *Bouloc*, im vorliegenden Fall hielt die Mehrheitsgesellschaftlerin 99,98% der Anteile: „...la dépréciation des titres et la disparition de certains éléments d’actif de la société (...) constituent, non pas un dommage propre à l’un des associés, fût-il majoritaire, mais un préjudice subi par la société elle-même, (...)“.

<sup>544</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 12465 mwN.

<sup>545</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 800; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 12465

<sup>546</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 800.

<sup>547</sup> Cass.crim., 05.06.2013, n° 12-80.387, RTD com. 2013, 819, obs. *Bouloc*; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5. Aufl. 2018, Rn. 801.

3. Gesellschaftsrecht: Haftung für Gesetzesverstoß, art. L. 223-22 CCom und art. L. 225-251 iVm 227-8 CCom

Gemäß art. L. 223-22 und art. L. 225-251 iVm 227-8 CCom. haften die Geschäftsführer für Verstöße gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag sowie für Geschäftsführungsfehler (*faute de gestion*) (siehe ausführlich zu Haftung für *faute de gestion* Teil 3 § 4 B. I. 1.a)) (Legalitätspflicht). Wenn der Geschäftsführer Dividenden entgegen dem Verbot des art. L. 232-12 al. 3 CCom. auszahlt, verstößt er gegen zwingende gesetzliche Vorschriften, wobei der Tatbestand bereits verwirklicht ist, sobald der Gesellschafter ein Forderungsrecht erwirbt (s.o. Teil 3 § 3 A. II. 1.). Den Schaden, der der Gesellschaft oder Dritten entsteht, müssen sie ersetzen, letzteren jedoch nur unter der Voraussetzung, dass es sich bei dem Gesetzesverstoß um einen *faute séparable des fonctions* handelt.

Die Schadensersatzklage gegen den Geschäftsführer kann entweder von der Gesellschaft selbst (*action sociale*) oder von den Gesellschaftern (*action sociale ut singuli* und *action individuelle*) erhoben werden. Die Gläubiger können ebenfalls im Wege einer *action individuelle* ihren Schaden geltend machen. Auch dies schränkt die Leitungsmacht der Muttergesellschaft nicht zuletzt auch wegen des umfangreichen Kreises der Klagebefugten ein, weil so die Einhaltung der Legalitätspflicht abgesichert wird.

4. Zivilrecht: Rückforderung von fiktiven Dividenden (*répétition des dividendes fictifs*), art. L. 223-40 CCom und art. L. 232-17 CCom iVm 227-1 al. 2 CCom

Die Gesellschaft (SAS)<sup>548</sup> kann von den Gesellschaftern die fiktiven Dividenden zurückfordern, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind, art. L. 232-17 CCom.: Erstens wurden Dividenden entgegen eines Ausschüttungsverbots aus art. L. 232-12 CCom. an den Gesellschafter ausgezahlt, zweitens hatte der betreffende Gesellschafter Kenntnis von dieser Regelwidrigkeit oder hätte diese kennen müssen. Die Beweislast hierfür trägt die Gesellschaft („... *si la société établit que...*“). Die Voraussetzungen in der SARL sind nach art. L. 223-40 CCom geringer: Dividenden, die nicht den tatsächlich erzielten Gewinnen entsprechen, können von den Gesellschaftern, die sie erhalten haben, zurückgefordert werden.

---

<sup>548</sup> Dana-Démaret, Le capital social, 1989, Rn. 262, ausdrücklich gesetzlich geregelt ist einzig die Gesellschaft klagebefugt (ayant qualité pour agir).

Zwar spricht der Wortlaut der Norm nur von der Gesellschaft, es ist aber anerkannt, dass Gesellschaftsgläubiger über ein Verfolgungsrecht verfügen und den Gesellschafter ebenfalls in Anspruch nehmen können. Jede Person, die ein Interesse an der Rückerstattung des Gesellschaftsvermögens hat, ist prozessbefugt.<sup>549</sup> Dieses erweiterte Klagerecht erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Gesellschafter auf Rückerstattung der fiktiven Dividenden auch tatsächlich in Anspruch genommen werden. Dies dient einerseits dem Minderheiten- und Gläubigerschutz, schränkt andererseits aber die Handlungsfreiheit der Mutter innerhalb der Tochter, wenn auch nur überschaubar, ein.

Der Gesellschafter ist zur vollständigen Rückzahlung der fiktiven Dividende verpflichtet.<sup>550</sup> Diese ist ab Erhalt der Dividende mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen.<sup>551</sup>

#### 5. Fazit

Die dargestellten Straftatbestände und zivilrechtlichen Haftungsnormen bestehen zunächst ohne konzernrechtlichen Bezug. Sie erhalten jedoch eine konzernbezogene Dimension, wenn sie die Leitungsmacht der Muttergesellschaft in der Tochtergesellschaft einschränken. Dies ist der Fall, wenn die Mutter als formelle oder faktische Geschäftsführerin der Tochter agiert. Dann treffen sie das strafbewehrte Verbot der Ausschüttung fiktiver Dividenden sowie die Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen. Zivilrechtlich kann sie für Gesetzesverstöße bei der Geschäftsführung in Haftung genommen werden. Des Weiteren ist ihre Position als (Mehrheits-)Gesellschafterin der Tochter dann mit einer zivilrechtlichen Haftung verbunden, wenn sie fiktive Dividenden zurückerstatten muss, die ihr ausgeschüttet worden sind.

Bei der Verletzung kapitalerhaltungsrechtlicher oder vermögensschützender Vorschriften kommt auch den Gläubigern einer französischen Tochtergesellschaft ein eigenes Verfolgungsrecht zu (*abus de biens sociaux*, Organhaftung für Gesetzesverstoß, *répétition des dividendes fictifs*). Damit wird einerseits ein erhöhtes Gläubigerschutzniveau gewährleistet und andererseits auch ein Vermögensschutz in 100%igen Tochtergesellschaften sichergestellt. Der französische Gesetzgeber scheint den Gläubiger durchaus als tauglichen Schiedsrichter im Streit der Gesellschafter über die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zu sehen und setzt ihn gewissermaßen als Garant seiner eigenen Garantiemasse ein. Hierbei wird von außen in

---

<sup>549</sup> Velardocchio, in: Répertoire des sociétés, 1996, Rn. 136.

<sup>550</sup> Voutsis, La distribution des dividendes fictifs, 1965, S. 224.

<sup>551</sup> Velardocchio, in: Répertoire des sociétés, 1996, Rn. 137.

die Gesellschaft und die Konzernstruktur eingegriffen. Spiegelbildlich zu den Verfolgungsrechten verfügen die Gläubiger über Informations- und Kontrollrechte, um Einblicke in die Tochtergesellschaft zu erhalten und entsprechende Haftungsprozesse anstrengen zu können (Einzelheiten s.u. Teil 3 § 5 A. I. sowie B. I.).

### B. Deutsche Kapitalerhaltungsvorschriften

Aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht problematisch ist das zentrale Cash-Management, welches die Beschaffung neuen (Fremd-)Kapitals der Muttergesellschaft überlässt. Insbesondere, wenn sich die Mutter selbst in finanziellen Schwierigkeiten befindet, verliert die Tochter ihre finanzielle Eigenständigkeit.<sup>552</sup> Diese ist aber vor allem in der faktisch konzernierten GmbH besonders wichtig, besteht zunächst keine gesetzlich verankerte Ausgleichspflicht oder vertraglich garantierte Verlustübernahme wie beim AG-Konzern, vgl. §§ 302, 311 AktG. Die abhängige Gesellschaft muss also selbst in der Lage sein, sich zu unterhalten.

#### I. Grundsätze

Die Grundsätze des deutschen Kapitalerhaltungsrechts für die GmbH sind in §§ 30, 31, 43a GmbHG geregelt.

##### 1. Schutz des Stammkapitals, § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG

Im Recht der GmbH wird das satzungsmäßige und im Handelsregister eingetragene Stammkapital geschützt, §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 10 Abs. 1 GmbHG. Es stimmt mit dem in der Bilanz auszuweisenden gezeichneten Kapital überein, § 42 Abs. 1 GmbHG. Der Umfang bestimmt sich nach dem Nennbetrag – Stammkapital ist also nominelles Eigenkapital, § 272 HGB.<sup>553</sup> „Das Fremdkapital als solches wird von §§ 30, 31 GmbHG nicht geschützt, seine Erhaltung ist aber Vorbedingung für den Schutz des Stammkapitals.“<sup>554</sup>

##### *a) Auszahlungsverbot*

Der Schutz des Stammkapitals verbietet die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens an die Gesellschafter und entspricht somit funktional der *interdiction des dividendes*. Die Vermögenssubstanz der GmbH wird so einer beschränkten Kapitalbindung unterworfen, denn Gewinne der Gesellschaft und ihr freies Vermögen können

---

<sup>552</sup> So ähnlich *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 124.

<sup>553</sup> Zum Ganzen *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 62 mwN.

<sup>554</sup> Ausdrücklich *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 62.

grundsätzlich an die Gesellschafter ausgezahlt werden.<sup>555</sup> Es besteht keine Pflicht, eine gesetzliche Rücklage zu bilden, sofern das Stammkapital in Höhe von 25.000 Euro eingezahlt wurde. Außerdem ist nur die Rückführung von Finanzierungsmitteln an die Gesellschafter untersagt (sog. Entnahmen).<sup>556</sup> Eine Überprüfung auf Wirtschaftlichkeit unternehmerischer Entscheidungen findet somit nicht statt und ist auch nicht Aufgabe des Kapitalerhaltsrechts.

Das Entnahmeverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG beschränkt sich auf Geschäfte, die nicht marktlich sondern mitgliedschaftlich veranlasst und auf die Definanzierung der GmbH angelegt sind. Sie werden als sog. Gesellschaftergeschäfte, im Gegensatz zu Verkehrsgeschäften, bezeichnet.<sup>557</sup> Letztere fallen selbst dann nicht unter das Verbot, wenn sie als Verlustgeschäfte das Stammkapital ganz oder teilweise aufzehren. Dies gilt gleichermaßen für Verkehrsgeschäfte mit Dritten als auch mit Gesellschaftern, sofern sie unter marktüblichen Bedingungen abgeschlossen werden. Eine Auszahlung liegt in erster Linie dann vor, wenn liquide Mittel aus der Gesellschaft abfließen. Der Tatbestand des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist jedoch in Interesse der Gesellschaftsgläubiger extensiv dahingehend auszulegen, dass auch der Abgang sonstiger Vermögensgegenstände nicht vom Begriff der Auszahlung ausgenommen ist. Dazu gehören beispielsweise die Abtretung von (Forderungs-)Rechten sowie die Überschreibung von Unternehmensbeteiligungen oder Immobilien und nicht-gegenständliche Zuwendungen wie Dienstleistungen oder Nutzungsüberlassungen.<sup>558</sup> Jedoch ist Voraussetzung, dass es sich um eine willentlich herbeigeführte Vermögensverschiebung handelt. Dies schließt einen Diebstahl oder eine Unterschlagung eines Gesellschafters zum Nachteil der Gesellschaft vom Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 GmbHG aus.<sup>559</sup> Der Zahlungsbegriff ist im Ergebnis aber deutlich weiter gefasst als der der fiktiven Dividenden.

---

<sup>555</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 1; *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 6, mit Vergleich zum strikten aktienrechtlichen Kapitalbindungssystem, in dem die Aktionäre nahezu ausschließlich aus dem im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn Ausschüttungen erhalten können (§§ 57, 58 AktG).

<sup>556</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 1.

<sup>557</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 2.

<sup>558</sup> Hierzu im Einzelnen *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 133 mwN.

<sup>559</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 147; *Heidinger*, in: *Michalski u.a.*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 63; a.A. *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 30 Rn. 64, unter Hinweis auf die verjährungsrechtliche Besserstellung der GmbH in § 31 Abs. 5 GmbHG. Diese Ausführungen sind in den Neuauflagen ersatzlos gestrichen.

Adressaten des Entnahmeverbots sind in § 30 GmbHG nicht ausdrücklich genannt. Der Geschäftsführer, der eine Auszahlung veranlasst hat, fällt aber in jedem Fall in den Anwendungsbereich des Auszahlungsverbots, § 43 Abs. 3 GmbHG. Nicht vertretungsberechtigte Personen wie der faktische Geschäftsführer können den Verbotstatbestand nicht verwirklichen, denn die Auszahlung setzt ein wirksames Vertretungsgeschäft voraus.<sup>560</sup>

In § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG erfährt das Entnahmeverbot eine konzernspezifische Begrenzung: Leistungen an die Muttergesellschaft oder vergleichbare Vorgänge im Rahmen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags iSv § 291 AktG sind vom Verbot ausgeschlossen. Allerdings beschränkt sich diese Begrenzung nur auf Zahlungsströme im Vertragskonzern – eine allgemeine Verbotsfreistellung auch bei faktischen Unternehmensverbindungen besteht nicht.<sup>561</sup> Eine weitere Begrenzung besteht dahingehend, dass Abs. 1 S. 1 bei Leistungen der GmbH nicht eingreift, die durch Austauschgeschäfte mit Gesellschaftern veranlasst und durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch der GmbH gedeckt sind, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG. So sollen *Upstream*-Finanzierungen durch Kreditgewährung der Gesellschafter legalisiert werden, sofern der Rückzahlungsanspruch der GmbH werthaltig und der Vorgang so bilanziell neutral ist.<sup>562</sup> So wird den Gesellschaftern die Einrichtung eines Cash-Pools ermöglicht. Eine weitere Verbotsbegrenzung statuiert Abs. 1 S. 3: das Auszahlungsverbot erstreckt sich nicht auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen. Hierdurch sollen *Downstream*-Finanzierungen ermöglicht werden, die durch Gesellschafterdarlehen umgesetzt werden.<sup>563</sup>

Die Rechtsfolgen ergeben sich aus §§ 31 f. GmbHG. Der Gesellschafter ist der Gesellschaft zur Rückzahlung der an ihn ausgezahlten Mittel verpflichtet. Darüber hinaus nimmt § 43 Abs. 2, 3 GmbHG die Geschäftsführer in Haftung und zwar nicht nur über den Auszahlungsbetrag, der

---

<sup>560</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 148.

<sup>561</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 5.

<sup>562</sup> Unter Hinweis auf die Motive des Gesetzgebers zum MoMiG *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 5.

<sup>563</sup> Unter Hinweis auf die Motive des Gesetzgebers zum MoMiG *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 6.

entgegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG ausgezahlt wurde, sondern auch für die Ausschüttungsfolgen.<sup>564</sup>

*b) Normzweck*

§ 30 GmbHG ist zwingendes Recht, welches nicht gesellschaftsvertraglich abbedungen werden kann. Einzig durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag kann die Stammkapitalbindung gelockert werden. Der Kapitalschutz im deutschen GmbH-Recht bezweckt eine nominelle Kapitalerhaltung. Dabei soll der Kapitalumfang erhalten werden. Das bedeutet, dass Vermögensminderungen zu Lasten des Stammkapitals verboten sind (Entreicherungskomponente). Dessen nomineller Wert muss erhalten bleiben. Außerdem muss den Vermögensminderungen ein spiegelbildlicher Vermögenszuwachs beim Gesellschafter oder einem gleichgestellten Dritten gegenüberstehen (Bereicherungskomponente).<sup>565</sup>

Neben den Erläuterungen darüber, welche Komponenten des Kapitals der GmbH vom Zugriff der Gesellschafter geschützt sind, ist zu konkretisieren, welche Komponenten nicht zum nominellen Stammkapitalschutz zählen. Hier ist insbesondere auf eine „neue“ Entwicklung einzugehen, die der Gesetzgeber 2008 mit dem MoMiG<sup>566</sup> in Gesetzesform gegossen hat. Es geht um die Erhaltung liquider Vermögensstrukturen. Im Jahr 2003 hatte sich der BGH in seinem sog. November-Urteil auf den Standpunkt gestellt, dass der Kapitalschutz nach § 30 Abs. 1 GmbHG auch bilanziell ergebnisneutrale Veränderungen umfasse, wenn die Auszahlung bei der GmbH zu einem Liquiditätsabbau führt und diese hierdurch mit zusätzlichen Insolvenzrisiken belastet wird. Dies hatte zur Folge, dass den Gesellschaftern grundsätzlich keine Kredite aus dem Deckungsbestand des Stammkapitals gewährt werden durften.<sup>567</sup> Mit § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG nF ist der Gesetzgeber jedoch zur bilanziellen Betrachtungsweise zurückgekehrt und hat den Kapitalschutz dahingehend erleichtert, dass Darlehen dann zulässig sind, wenn ihnen ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch entgegensteht.<sup>568</sup> Der BGH hat mittlerweile seine Rechtsprechung auch für sog. Altfälle dementsprechend angepasst.<sup>569</sup> Einen vergleichbaren Schutz liefert nun die Vorschrift des

---

<sup>564</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 7.

<sup>565</sup> Zum Ganzen *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 11, 131.

<sup>566</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I Nr. 48 v. 28.10.2008, S. 2026.

<sup>567</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2003 - II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 (75 ff.) - *November-Urteil*.

<sup>568</sup> Vgl. *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 13.

<sup>569</sup> BGH, Urt. v. 01.12.2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 - *MPS*.

§ 15b Abs. 4, 5 InsO nF, indem sie die Geschäftsführer der GmbH zum Ersatz verpflichtet, wenn sie die Liquidität des Gesellschaftsvermögens durch Zahlungen an Gesellschafter vermindern und die Gesellschaft so in die Zahlungsunfähigkeit treiben. Die Gläubiger erhalten dadurch einen Schutz gerade vor Kreditgeschäften, „die zwar nicht den Vermögens- oder Kapitalumfang, wohl aber die Vermögensstrukturen nachteilig verändern“.<sup>570</sup>

*c) Schutzzweck*

§ 30 GmbHG bezweckt Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung. In Rechtsprechung und Literatur finden sich häufig Bezeichnungen wie die zwangsweise Einrichtung eines unantastbaren Haftungsfonds oder einer Befriedigungsreserve. In jüngerer Zeit geht man hingegen von einer Vorbeugung von Insolvenzrisiken aus. Veranschaulichend wird von der „Risikopufferfunktion des Stammkapitals“ gesprochen. Somit lässt sich das Stammkapital als „eine Art Garantieverprechen begreifen, das die Gesellschafter an alle künftigen Gläubiger der GmbH richten“.<sup>571</sup> Ob darüber hinaus ein Gesellschafterschutz besteht, ist noch nicht abschließend geklärt.<sup>572</sup> Das Auszahlungsverbot bezweckt allerdings den Schutz der GmbH, denn diese ist Vermögensträger und Anspruchsberechtigte nach § 31 GmbHG. Dabei geht es nicht um einen eigenen Bestandsschutz gegen den Zugriff der Gesellschafter, sondern die GmbH ist insofern „stellvertretender“ Schutzadressat, „als ihr Stammkapital einer nach außen deklarierten Zweckbindung unterliegt, der die Gesellschafter nicht zuwiderhandeln dürfen“.<sup>573</sup>

*d) Verhältnis zu anderen Kapitalschutzregeln*

§§ 33 f. GmbHG enthalten spezielle Kapitalschutzregeln in Bezug auf den Erwerb eigener Geschäftsanteile sowie das Ausscheiden gegen Abfindung. §§ 58 ff. GmbHG sind bei der Einlagerückzahlung nach Kapitalherabsetzung in den Blick zu nehmen, spielen aber im konzernrechtlichen Kontext keine gesteigerte Rolle und sollen folglich außer Betracht bleiben.

Ein weiteres Auszahlungsverbot enthält hingegen der § 43a GmbHG, welcher es der GmbH verbietet, ihrem Führungspersonal Kredit aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals

---

<sup>570</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 13.

<sup>571</sup> Vgl. die Nachweise bei *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 15; a.A. *Kuntz*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 1, wonach Kern des Kapitalerhaltungsrechts nicht die Übernahme einer Finanzierungsverantwortung sei, so dass auch keine Ausstattungsgarantie übernommen werde. Vielmehr ergebe sich aus §§ 30 f. GmbHG ein Versprechen „*ad incertas personas*, das Stammkapital nicht zu vereinnahmen“.

<sup>572</sup> Zweifelnd *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 16.

<sup>573</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 17 mwN.

erforderlichen Vermögen zu gewähren. Die besondere Relevanz der Norm liegt darin, dass Gesellschaftern nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG ein solche Darlehensnahme unter Bonitätsbedingungen ausdrücklich gestattet ist, dem Führungspersonal jedoch ausdrücklich untersagt wird. Dabei handelt es sich auch hier um einen bloßen Aktivtausch „Geld gegen Forderung“ (Einzelheiten s.u. Teil 3 § 3 B. I. 2.).<sup>574</sup>

Insbesondere im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen ist der Kapitalschutz in der Insolvenz der Gesellschaft verschärft. Gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 InsO werden Rückzahlungsansprüche aus Gesellschafterdarlehen generell letztrangig eingestuft, unabhängig davon, ob sich die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung in der Krise befand.<sup>575</sup>

#### *e) Verhältnis zum haftungsrechtlichen Vermögensschutz*

Vom Kapitalschutz zu unterscheiden ist der Vermögensschutz, der nicht durch § 30 GmbHG vermittelt wird, sondern haftungsrechtlicher Natur ist. Dieser erstreckt sich hauptsächlich auf „ausschüttungsneutrale Vermögensschädigungen“, die aus einer unzumutbaren Geschäftsführung resultieren, die dem Ziel der Gewinnerwirtschaftung zuwiderläuft.<sup>576</sup> Ein prominentes Beispiel, auf das noch gesondert einzugehen sein wird (s.u. Teil 6 § 4 B.) ist der Entzug von Geschäftschancen zugunsten eines Gesellschafters.<sup>577</sup> Diese geschäftsbezogenen und nicht ausschüttungsbezogenen Vermögensschäden sind immer ersatzfähig, unabhängig davon, ob sie nur die Gewinnaussichten der Gesellschafter reduzieren oder auf eine Spekulation auf Kosten der Gläubiger hinauslaufen, weil die das Stammkapital angreifen.<sup>578</sup> Auch Ausschüttungsfolgeschäden oder sog. Kollateralschäden (vgl. die Terminologie des BGH im *Trihotel*-Urteil) sind nicht vom Kapitalschutz erfasst.<sup>579</sup>

#### *f) Konzernspezifische Besonderheiten*

Im hier zu betrachtenden faktischen Konzern ergeben sich keine Besonderheiten zu normalen Gesellschafter-Konstellationen: aufsteigende Vermögenstransfers im Verhältnis Mutter zur

---

<sup>574</sup> Daher kritisch *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 19.

<sup>575</sup> BGH, Beschl. v. 30.04.2015 - IX ZR 196/13, NZI 2015, 657 Ls.: „Die Insolvenzanfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens binnen eines Jahres vor Stellung eines Insolvenzantrags setzt keine Krise der Gesellschaft voraus.“; *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 20.

<sup>576</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 25, mit Beispielen für eine solche unzumutbare Geschäftsführung.

<sup>577</sup> BGH, Urt. v. 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117 (118) - *Autohaus*.

<sup>578</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 25, der eine Analogie zu § 30 f. GmbHG auch in diesen Fällen aufgrund einer unzulässigen Vermengung von Kapital- und Vermögensschutz verneint.

<sup>579</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 26.

Tochter-GmbH bedürfen keiner besonderen Bewertung. „Die Mutter ist kraft Mitgliedschaft in der Tochtergesellschaft potentielle Auszahlungsempfängerin wie jeder andere GmbH-Gesellschafter, ohne dass es auf ihre beherrschende Stellung oder gar auf ihre tatsächliche Einflussnahme ankommt“.<sup>580</sup> Andersherum sind absteigende Vermögenstransfers der Mutter-GmbH an ihre Tochter kapitalrechtlich grundsätzlich irrelevant, da diese nicht mitgliedschaftlich veranlasst sind, weil die Tochter weder unmittelbar noch mittelbar an der Mutter beteiligt ist.<sup>581</sup>

Ähnlich zu beurteilen ist die Frage des mitgliedschaftlichen Näheverhältnisses im mehrgliedrigen Konzern. So kann die Muttergesellschaft Auszahlungsempfängerin der Enkel-GmbH sein, da sie als Gesellschafter-Gesellschafter gilt und ihre durch die Tochtergesellschaft vermittelte Beteiligung an der Enkelgesellschaft als ausreichend erachtet wird.<sup>582</sup> Dabei genügt die Möglichkeit der beherrschenden Einflussnahme.<sup>583</sup> Hierbei zeigt sich, wie weitreichend der Schutz des Stammkapitals, das sehr gering sein kann, in Konstellationen des faktischen Konzerns ist. Im Gegensatz zur gelockerten Kapitalbindung des Vertragskonzerns gestattet der Gesetzgeber bei faktischen Unternehmensverbindungen keine Aufweichung des Schutzes. Dies kann jedoch eine stringente Konzernleitung der Mutter erschweren, insbesondere in den Fällen, in denen ihr Vermögenswerte der Tochter und Enkelgesellschaften zufließen, in denen sie nicht einmal ihren beherrschenden Einfluss ausgeübt hat. Hierin liegt erhebliches Haftungspotential für die Mutter. Eine besondere Bedeutung kommt konzernspezifischem Kapitalschutz im Rahmen liquiditätssteuernder Cash-Pool-Systeme zu. Cash-Pooling bezweckt, die konzernweit vorhandene Liquidität bei einer oftmals speziell für diesen Zweck gegründeten Konzerngesellschaft zu konzentrieren, indem nachgeordnete Gesellschaften fortlaufend überschüssige Liquidität an diese Gesellschaft abführen und aktuell benötigte Liquidität dort jederzeit abrufen können.<sup>584</sup> Dies führt zu einer

---

<sup>580</sup> Siehe *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 183.

<sup>581</sup> *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 59 ff.; *Kuntz*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 30 Rn. 87; *Habersack*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 30 Rn. 77 ff.; *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 183.

<sup>582</sup> BGH, Urt. v. 21.02.2013 - IX ZR 33/12, BGHZ 196, 220 (227 Rn. 21); BGH, Urt. v. 28.02.2012 - II ZR 115/11, WM 2012, 843 (Rn. 16); BGH, Urt. v. 18.06.2007 - II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 (6 Rn. 12); BGH, Urt. v. 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117 (118) - *Autohaus*; *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 184; *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 28; vgl. auch *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 57.

<sup>583</sup> BGH, Urt. v. 21.02.2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 (227 Rn. 21); BGH, Urt. v. 28.02.2012 - II ZR 115/11, WM 2012, 843 (Rn. 17); BGH, Urt. v. 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117 (118) - *Autohaus*; *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 184.

<sup>584</sup> *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 189 mwN.

Vermögensverfügung, auf die § 30 GmbHG Anwendung findet.<sup>585</sup> Es kommt also darauf an, ob der Gesellschaft gegen den Gesellschafter, also die Mutter, ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch zusteht. Hierbei ist die jederzeitige Verfügbarkeit über die Rückzahlungsforderung bzw. der jederzeitige Zugriff der Tochter auf die benötigte Liquidität im Rahmen des Cash-Poolings von Bedeutung.<sup>586</sup>

Denn die konzernrechtliche Problematik im faktischen GmbH-Konzern äußert sich in dem Umstand, dass die Tochtergesellschaft „ihre Verfügungsmacht über ihre Liquidität verliert und grundsätzlich mit dem Liquiditätsrisiko anderer Konzerngesellschaften belastet wird“.<sup>587</sup> Es besteht somit ein sog. Klumpenrisiko.<sup>588</sup> Ihre Risikodiversifizierung erfolgt gruppenbezogen, also erst durch die Anlagepolitik der Muttergesellschaft.<sup>589</sup> Auch sind die konzerninternen Darlehen oftmals nicht besichert, während die Bonität der Muttergesellschaft meist nicht derjenigen einer Bank entsprechen dürfte (vgl. Teil 1 § 2, Teil 2 § 2 B. III. sowie Teil 3 § 3 B).<sup>590</sup> Die Tochter wird also einerseits mit dem Insolvenzrisiko der Mutter belastet und verfügt andererseits nicht mehr über eigene Kreditlinien und Liquiditätsquellen.<sup>591</sup>

Doch das Cash-Pooling ist eine vorteilhafte Konzerninnenfinanzierung.<sup>592</sup> Es vermeidet externe Kosten, da die Margen des Bankensystems eingespart werden können. Auch werden Zinsvorteile für den Gesamtkonzern erzielt, indem externe Zinsbelastungen bei Kreditbezug von Banken vermieden werden. Im Gegenteil kann der Konzern durch das zentrale Cash-Management günstigere Anlagezinsen bei Positivguthaben und niedrigere Kreditzinsen bei der Inanspruchnahme von Liquidität erzielen. Außerdem wird der Verwaltungsaufwand innerhalb des Konzerns verringert, weil nicht mehr jede einzelne Gesellschaft ihre Liquidität verwaltet und ein effizientes und professionelles zentrales Finanzmanagement ermöglicht wird. Damit geht einher, dass bei externer Liquiditätsbeschaffung zusätzliche Sicherheiten

---

<sup>585</sup> Strittig *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 190.

<sup>586</sup> Vgl. hierzu auch *Drygala/Leinekugel*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 22.

<sup>587</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 446

<sup>588</sup> *Mühlhaus/Wenzel*, GmbH-StB 2013, 184; *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 446; *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1018); *Schneider*, in: Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, 805 (Rn. 25.52); a.A. *Fleischer*, in: AktG Großkommentar, 4. Aufl. 2020, 42. Lfg., § 311 Rn. 276.

<sup>589</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 446.

<sup>590</sup> *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1018).

<sup>591</sup> *Drygala/Leinekugel*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 21.

<sup>592</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 447 mwN: „wirtschaftlich sehr vorteilhafte Maßnahme“; *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1018).

angeboten werden können.<sup>593</sup> Trotz der Vorteile muss dafür Sorge getragen werden, dass diese die Nachteile und Gefahren überwiegen und die Tochtergesellschaft von dem Insolvenzrisiko anderer Konzerngesellschaften abgeschirmt wird. Sie muss im Zweifel über die ihr zustehende Liquidität verfügen können und in der Lage sein, eigene Kreditbeziehungen einzugehen.<sup>594</sup> Um dieses Risiko einzudämmen, kann die Tochter auch verlangen, dass ihr für eine Teilnahme im Cash-Pool Sicherheiten bestellt werden.<sup>595</sup>

Darüber hinaus steht die Forderung im Raum, die Tochter müsse auch an den Vorteilen der zentralen Finanzplanung partizipieren können.<sup>596</sup> Dabei darf bezweifelt werden, ob und wenn bejahendenfalls inwieweit die Tochter an den Synergieeffekten zu beteiligen ist. Außerdem solle sie eine angemessene Verzinsung für die dem Konzern zur Verfügung gestellten Liquidität erhalten.<sup>597</sup> Was darunter zu verstehen ist, ist unklar. Denn bei § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG ist noch nicht abschließend geklärt, ob nicht nur der Rückgewähranspruch vollwertig sein muss, sondern zusätzlich ein marktkonformer Zinsanspruch bestehen muss. Der Gesetzgeber hat sich zu dieser Frage nicht explizit geäußert.<sup>598</sup> Das Meinungsspektrum ist dementsprechend groß. *Altmeyden* konstatiert darüber hinaus eine Vermischung der Frage der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs mit derjenigen einer angemessenen Verzinsung. Vielmehr ginge es darum, ob eine Auszahlung in der Zone der Unterdeckung deshalb gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG verstößt, weil sie wegen unangemessen niedriger Verzinsung einem Drittvergleich nicht standhält.<sup>599</sup> Die unangemessene Verzinsung sei eher ein Problem der verdeckten Gewinnausschüttung, im Rahmen des Cash-Pools, aber keine Frage der „Marktüblichkeit“. Hier gelten nämlich Sonderregeln dergestalt, dass der zinslosen Überlassung von Liquidität im Cash-Pool der Vorteil gegenüber steht, im Bedarfsfall selbst zinslos Liquidität aus dem Cash-Pool in Anspruch nehmen zu dürfen.<sup>600</sup> Sofern innerhalb des Konzerns ein betriebswirtschaftlich angemessenes System betrieben wird, an dem die Konzerngesellschaften jedenfalls potentiell profitieren, erscheint ein Verzicht auf Verzinsung

---

<sup>593</sup> Vgl. zum Ganzen *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 447; ähnlich auch *Neumann*, *GmbHR* 2016, 1016 (1018).

<sup>594</sup> *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 448.

<sup>595</sup> Vgl. neben anderen BGH, Urt. v. 17.09.2001 - II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 - *Bremer Vulkan*; *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 448.

<sup>596</sup> *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 449 mwN.

<sup>597</sup> *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 449.

<sup>598</sup> Dies konstatiert *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, *GmbHG*, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 118.

<sup>599</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, *GmbHG*, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 120.

<sup>600</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, *GmbHG*, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 120.

hergegebener Liquidität unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten vertretbar.<sup>601</sup> Problematisch bleibt die fehlende Rechtssicherheit, mit der Muttergesellschaften ein einheitliches und konzernweites Cash-Pool-System einführen können. Dessen Zulässigkeit ist einzelfallabhängig und die mit der Einbindung in das Cash-Pool-System einhergehende Liquiditätshergabe wird, um sicherzustellen, dass es den Anforderungen des § 30 GmbHG genügt, in der Praxis üblicherweise verzinst werden.<sup>602</sup>

Um die Werthaltigkeit des Rückgewähranspruchs überwachen zu können, ist die Tochtergesellschaft verpflichtet, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine Bonitätsverschlechterung mit Kündigung des Cash-Pools oder Anforderung von Sicherheiten zu reagieren.<sup>603</sup> Sollte die Muttergesellschaft solche Maßnahmen unterlassen, kann die Tochter Ansprüche gegen sie geltend machen.<sup>604</sup> Dies wäre eine Regelung, die dem faktischen Konzern im AktG nahe käme. Schließlich sind die Tochtergeschäftsführer dort auch verpflichtet, die Bonität der Mutter permanent zu überprüfen und die Mutter trifft die Verpflichtung, etwaige Nachteile binnen eines Geschäftsjahres auszugleichen, § 311 AktG. Unterlässt sie dies, macht sie sich haftbar, § 317 AktG.

Da im faktischen GmbH-Konzern kein Unternehmensvertrag zwischen den Gesellschaften besteht und auch kein Abhängigkeitsbericht zu erstellen ist, ist fraglich, worauf sich der Informationsanspruch der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft stützt.<sup>605</sup> Sicherlich ließe sich ein solcher im Cash-Pool-Vertrag vereinbaren. Je nachdem wie umfassend die Mehrheitsmacht der Muttergesellschaft innerhalb der Tochtergesellschaft ist, wird letzterer aber wohl wenig Verhandlungsspielraum zustehen. Auch aus dem gesellschaftsrechtlichen Mitgliederverhältnis lässt sich ein solcher Informationsanspruch nicht ableiten, ist doch die Mutter die Gesellschafterin der Tochter und nicht umgekehrt. Eine Transparenz ist zweifelsohne wünschenswert, nicht nur für die Tochtergesellschaft, sondern auch für den Rechtsverkehr. Ohne eine spezielle Anspruchsgrundlage ist jedoch schwierig einzusehen, wie dem Informationsbedürfnis der Tochter sowie der Gläubiger entsprochen werden kann. Selbst wenn eine solche Anspruchsgrundlage bestünde, ist rechtstatsächlich

---

<sup>601</sup> Sehr str. *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 120.

<sup>602</sup> So auch *Mühlhaus/Wenzel*, GmbH-StB 2013, 184 (186).

<sup>603</sup> BGH, Urt. v. 01.12.2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 - *MPS*.

<sup>604</sup> Siehe *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 454.

<sup>605</sup> Siehe bereits zur hoch umstrittenen Begründung von Informationsrechten der Mutter gegenüber der Tochter im faktischen AG-Konzern *Mader*, *Der Informationsfluss im Unternehmensverbund*, 2016, S. 169 ff.

weiterhin fraglich, ob dieser Anspruch auch durchgesetzt würde. Entweder, weil die Geschäftsführer der Tochter vom Wohl und Wehe der Muttergesellschaft abhängig sind, oder weil es keine Minderheitsgesellschafter in der Tochter gibt, die den Anspruch anstelle der untätigen Geschäftsführung geltend machen könnten. Bei der Verpflichtung zur Transparenz wäre also bei der Muttergesellschaft anzusetzen und gesetzlich zu bestimmen, dass ein Cash-Pool System nur bei entsprechender Transparenz und Möglichkeit zur Bonitätsprüfung zulässig ist (siehe Teil 3 § 3 B II 2. b)).

In Cash-Pooling-Verträgen sind bisher hauptsächlich detaillierte Finanzberichtserstattungspflichten von unten nach oben üblich. „Eine Berichterstattung ‚von oben nach unten‘ (...) war demgegenüber (...) weniger verbreitet“.<sup>606</sup> Je nach Ausgestaltung des konzernweiten Cash-Pool kann somit ein Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften vorliegen, welcher die Leitungsmacht der Mutter einschränkt. Eine Rechtfertigung wie im französischen Recht ist nicht möglich, da die Konzernprivilegierung bereits im Tatbestand ansetzt und dort das Gruppeninteresse (implizit) in den Blick nimmt. Die *Rozenblum*-Formel setzt hingegen erst auf Ebene der Rechtsfolge ein, wenn der *abus de biens sociaux* bereits begangen wurde.

#### 2. Kreditgewährungsverbot, § 43a GmbHG

Kredite aus dem zur Erhaltung des satzungsmäßigen Stammkapitals erforderlichen Vermögens an Mitglieder des Führungspersonals sind uneingeschränkt verboten, § 43a S. 1 GmbHG. Verbotswidrig erbrachte Leistungen sind der Gesellschaft unverzüglich zurückzugewähren, § 43a S. 2 GmbHG. Doch welche Ratio steckt hinter § 43a GmbHG? Welche Gefahren birgt die Kreditgewährung der Gesellschaft an ihr Führungspersonal? Zunächst ist festzuhalten, dass finanzielle Leistungen an das Führungspersonal der Gesellschaft grundsätzlich zulässig sind.<sup>607</sup> Allerdings fehlen im GmbHG grundlegende Bestimmungen zu Voraussetzungen, Bedingungen und Grenzen dieser Leistungen, sodass Interessenkollisionen sowie Missbrauchsgefahren nicht vorgebeugt werden kann.<sup>608</sup> Da sich das Führungspersonal nur dann Kredite von der Gesellschaft gewähren lassen wird, wenn es am Kapitalmarkt keinen oder keinen zu gewünschten Konditionen erhalten wird, besteht die

---

<sup>606</sup> *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 48.

<sup>607</sup> *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 1, 88.

<sup>608</sup> Vgl. *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 5 mwN.

Gefahr, dass Leistungen an das Führungspersonal gewährt werden, ohne die rechtlich gebotene Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft zu gewährleisten.<sup>609</sup>

Um dieses Risiko zu beherrschen, greift das GmbHG auf eine drastische Maßnahme zurück und verbietet dem vertretungsbefugten Führungspersonal den Kreditverkehr mit der Gesellschaft. Hierdurch wird das Gebot der strikten Trennung der wirtschaftlichen Risiken von Gesellschaft und Kreditnehmer, das sog. Gebot der Risikotrennung, soweit es das Stammkapital der Gesellschaft betrifft, vorgegeben.<sup>610</sup> Gesetzliche Vertreter, Prokuristen oder umfassend ermächtigte Handlungsbevollmächtigte dürfen weder einen Kredit vergeben noch einen erhalten. Hierzu gehören auch faktische Geschäftsführer.<sup>611</sup> Geht man davon aus, dass auch juristische Personen faktische Geschäftsführer sein können, fällt die Muttergesellschaft in den von § 43a GmbHG anvisierten Personenkreis. Die Erleichterungen, die durch das MoMiG für den Cash-Pool eingeführt worden sind, haben keinen Eingang in § 43a GmbHG gefunden. Demgemäß ist eine mittelbare Anwendung auf Kreditgewährung im Rahmen eines konzernweiten Cash-Pool vorstellbar.<sup>612</sup>

Als Rechtsfolge statuiert § 43a GmbHG unabhängig von der Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs ein uneingeschränktes Verbot. Dabei handelt es sich nicht um ein Verbot nach § 134 BGB, welches Verpflichtungs- und/oder Verfügungsgeschäft unwirksam machte. Die Rechtsfolge ist abschließend und verbindlich in § 43a S. 2 GmbHG geregelt.<sup>613</sup> § 43a S. 1 GmbHG normiert eine zwingende Leistungsverweigerungspflicht der Gesellschaft und begründet das „gegen die Gesellschaft gerichtete unabdingbare sowie als rechtshemmende Einwendung von Amts wegen zu beachtende Verbot der Gewährung des Kredits in Form eines Auszahlungsverbots<sup>614</sup> und einer Durchsetzungssperre“.<sup>615</sup> Trotz dieses umfassenden Verbots und direkter unzweifelhafter Rechtsfolge ist die praktische Bedeutung des § 43a GmbHG gering. Dies liegt daran, dass der Verstoß gegen das

---

<sup>609</sup> BGH, Urt. v. 23.04.2012 - II ZR 252/10, NZG 2012, 667 Rn. 41: keine unvoreingenommene Prüfung der Kreditwürdigkeit; *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 5 mwN.

<sup>610</sup> Ausführlich *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 6 mwN.

<sup>611</sup> *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43a Rn. 4 (fehlerhaft bestellte Geschäftsführer); *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 41; *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43a Rn. 6.

<sup>612</sup> *Michelfeit*, MittBayNot 2009, 435 (440 ff.), der darauf hinweist, dass es bislang an Beispielen aus der Rechtsprechung fehlt; ähnlich auch *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 52 f.

<sup>613</sup> *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 60.

<sup>614</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43a Rn. 4.

<sup>615</sup> *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 60.

Kreditgewährungsverbot von der Gesellschafterversammlung oft nicht erkannt und von den übrigen Geschäftsführern nicht verfolgt wird.<sup>616</sup>

§ 43a GmbHG ist vorrangig vor § 43 GmbHG, weil der Rückforderungsanspruch aus § 43a S. 2 GmbHG keine subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen hat. Der Schadensersatzanspruch aus § 43 Abs. 3 GmbHG hat aber dann eigenständige Bedeutung, wenn der Empfänger des Kredits nicht der Geschäftsführer, sondern ein anderer Normadressat war. Diese trifft nämlich nicht die Geschäftsführerhaftung. Auch wenn der Rückforderungsanspruch nicht durchsetzbar ist oder der Gesellschaft ein Folgeschaden entsteht, kommt § 43 GmbHG eigenständige Bedeutung zu (zu § 43 GmbHG s.u. Teil 3 § 3 B. II. 2.).<sup>617</sup>

Das französische Recht kennt ein solches Kreditverbot mit den Geschäftsführern sowie den Gesellschaftern, die natürliche Personen sind, ebenfalls, auch jenseits des Deckungsbetrags des Stammkapitals, art. 223-21 CCom. Allerdings sind Gesellschafter, die juristische Personen sind, ausdrücklich von diesem Verbot ausgenommen, sodass vermögensrechtliche Verschiebungen innerhalb der Gruppe von der Muttergesellschaft zu den Töchtern und umgekehrt, weiterhin möglich sind, vgl. art. L. 223-21 al. 1 CCom.<sup>618</sup>

## II. Sanktionen

### 1. Rückgewähranspruch der Gesellschaft, § 31 GmbHG

Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 GmbHG zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden, § 31 Abs. 1 GmbHG. Die GmbH macht im Interesse der Gläubiger einen eigenen Rückgewähranspruch gegen die Empfänger der Auszahlung geltend.<sup>619</sup> „Der Anspruch ist gesellschaftsrechtlicher Natur und stellt keinen Bereicherungsanspruch dar.“<sup>620</sup> Praktische Bedeutung entfaltet § 31 GmbHG meist erst in der Insolvenz der GmbH, welches als Schwäche des Prinzips der Innenhaftung angesehen wird. Dies liegt darin begründet, dass aus Sicht der Geschäftsführer normalerweise, also außerhalb der Insolvenz keinerlei Anreiz besteht, wegen selbst begangener Verbotsüberschreitungen vor Gericht zu ziehen, für die sie möglicherweise persönlich haften, § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG

---

<sup>616</sup> Dies beklagend *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 17.

<sup>617</sup> Vgl. zum Ganzen *Löwisch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43a Rn. 24 f.

<sup>618</sup> Ausdrücklich klarstellend *Piette*, in: Répertoire de droit commercial, 2020, Rn. 128.

<sup>619</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 1, der darauf hinweist, dass der Grundsatz „volenti non fit injuria“ damit nur scheinbar außer Kraft gesetzt ist.

<sup>620</sup> BGH, Urt. v. 14.12.1959 - II ZR 187/57, BGHZ 31, 258 (265); wörtlich *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 1; vgl. auch *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 31 Rn. 3.

(Einzelheiten s.u. Teil 3 § 3 B. II. 2. a)).<sup>621</sup> In der Insolvenz kommt die Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter meist zu spät.<sup>622</sup>

a) *Inhalt und Umfang des Rückgewähranspruchs*

Der Umfang des Rückgewähranspruchs beschränkt sich auf den verbotswidrigen Teil der Leistung. Soweit die Leistung vom Stammkapital gedeckt ist, finden die Grundsätze über verdeckte Vermögensverlagerung Anwendung.<sup>623</sup> Darüber hinaus ist der Anspruch nicht auf die Höhe des Stammkapitals begrenzt. Sofern also bereits vor Auszahlung an den Gesellschafter eine Unterbilanz bestand, ist zunächst Schuldendeckung und sodann der Ausgleich der Unterbilanz zu erbringen. Andererseits ist der Anspruch auf das begrenzt, was der Gesellschafter auch tatsächlich aus dem Vermögen der GmbH erhalten hat. Wenn nach seiner Rückgewähr weiterhin eine Unterbilanz oder Überschuldung besteht, kann er nicht zu weiteren Ausgleichszahlungen herangezogen werden. Dies entspräche einer Nachschusspflicht, die das GmbH-Recht nicht kennt.<sup>624</sup>

Der Anspruch ist sofort nach Vornahme der Auszahlung fällig;<sup>625</sup> eine Einforderung durch Gesellschafterbeschluss ist nicht erforderlich.<sup>626</sup> Dies ist insbesondere für 100%ige Tochtergesellschaften interessant, in denen die Muttergesellschaft als einzige Gesellschafterin wohl kaum die Rückgewähr der an sie verbotswidrig geleisteten Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen der Tochter einfordern wird.

b) *Anspruchsberechtigte*

Nach § 31 Abs. 1 GmbHG ist die Gesellschaft Anspruchsberechtigte. Der Anspruch wird durch die Geschäftsführer oder Liquidatoren geltend gemacht.<sup>627</sup> Er kann aber auch im Wege der *actio pro socio* von einem Gesellschafter geltend gemacht werden, welcher Leistung an die

---

<sup>621</sup> Hierzu *Thiessen*, ZIP 2007, 253 (254).

<sup>622</sup> Zum Ganzen *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 2.

<sup>623</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 8; a.A. *Habersack*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 31 Rn. 22, wonach der Anspruch nicht auf die Höhe des Stammkapitals beschränkt sei.

<sup>624</sup> Zum Ganzen *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 9.

<sup>625</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2003 - II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 (76 f.) - *November-Urteil*.

<sup>626</sup> BGH, Urt. v. 08.12.1986 - II ZR 55/86, NJW 1987, 779; *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 10; *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 31 Rn. 5.

<sup>627</sup> *Habersack*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 31 Rn. 11; *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 18.

Gesellschaft fordern muss.<sup>628</sup> Im Fall der Insolvenz der GmbH wird der Anspruch durch den Insolvenzverwalter eingezogen, § 80 Abs. 1 InsO.<sup>629</sup>

Nach umstrittener Ansicht im Schrifttum, haben die Gläubiger ein sog. Verfolgungsrecht aus § 62 Abs. 2 S. 1 AktG analog.<sup>630</sup> Folgt man dieser Ansicht, können sie somit den Gesellschafter direkt auf Rückgewähr des Empfangenen in Anspruch nehmen und im eigenen Namen auf Rückerstattung an die Gesellschaft verklagen.<sup>631</sup> Dies ist ein wichtiges Mittel für die Gläubiger und intensiviert ihren Schutz gegenüber verbotenen Entnahmen von Gesellschaftern. Der BGH hat ein solches Verfolgungsrecht jedoch bisher nicht anerkannt und verweist die Gläubiger auf die Pfändung der Forderung.<sup>632</sup> Für eine Analogie zu § 62 AktG sei mangels planwidriger Regelungslücke kein Raum.<sup>633</sup>

Der BGH hat seine Haltung somit nunmehr bestätigt und keine Verfolgung durch die Gläubiger der GmbH zugelassen. Dabei bleibt es bei einer reinen Binnenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft. Einerseits ist dies nachvollziehbar, entspringt doch ihre Haftung eben gerade aus ihrer Mitgliedschaft und dem damit verbundenen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen. Andererseits hat sich das System der §§ 30 f. GmbHG in der Praxis als zahloser Tiger erwiesen, da die Geschäftsführer meist keinen Anreiz haben, Ansprüche aus § 31 Abs. 1 GmbHG gegen die Gesellschafter durchzusetzen (s. o. Teil 3 § 3 B. II. 1.). Insbesondere in der Konzernkonstellation, in denen die Geschäftsführer Weisungen der Muttergesellschaft unterworfen sind, ist eine Geltendmachung des Anspruchs gegen eben diese Mutter als Gesellschafterin der Tochter äußerst unwahrscheinlich. Um diesem Anreizproblem zu begegnen, könnte die Inanspruchnahme auch durch andere betroffene Akteure geschehen, nämlich die Gesellschaftsgläubiger, die einen großen Anreiz daran haben, dass immerhin die Haftungsmasse des Stammkapitals intakt bleibt. Dass eine solche „stellvertretende“ Geltendmachung grundsätzlich vorstellbar ist, zeigen nicht zuletzt die

---

<sup>628</sup> Umstr.; dafür: *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 31 Rn. 5; *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 18; dagegen: *Raiser*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 14 Rn. 64: Anspruch aus eigenem Recht auf Zahlung an die Gesellschaft.

<sup>629</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.10.2016 - I-16 U 178/15, GmbHR 2017, 239 (241).

<sup>630</sup> Dafür *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 31 Rn. 9; *Habersack*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 31 Rn. 12; dagegen *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 31 Rn. 5; *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 22; *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 31 Rn. 6.

<sup>631</sup> Vgl. *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 22 Fn. 69, mit Verweis auf das Aktienrecht.

<sup>632</sup> BGH, Urt. v. 04.05.1977 - VIII ZR 298/75, BGHZ 68, 312 (319).

<sup>633</sup> BGH, Urt. v. 19.11.2019 - II ZR 233/18, ZIP 2020, 318 Rn. 18 ff.

Vorschriften aus dem Aktienrecht sowie die aus dem Aktienkonzernrecht. Solange jedoch die Rechtsprechung ausdrücklich von einer solchen Möglichkeit absieht, bleiben die Gläubiger auf den Weg der Pfändung und Überweisung verwiesen.

#### *c) Anspruchsgegner*

Derjenige muss die verbotswidrige Auszahlung zurückerstatten, der sie empfangen hat und Gesellschafter ist. Letzteres ergibt sich aus einer systematischen Gesamtschau aus §§ 30, 31 Abs. 3, 32 GmbHG.<sup>634</sup> Ist hingegen ein Dritter Leistungsempfänger, kommt dessen Haftung nach § 31 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich mangels kapitalschutzrechtlicher Verantwortung nicht in Betracht. Dies gilt nicht, sofern sie ausnahmsweise einem Gesellschafter gleichgestellt sind.<sup>635</sup> Dies wird insbesondere im Fall der Auszahlung an eine Konzernschwestergesellschaft relevant. Eine solche kann verbotswidrig sein, obwohl die Schwester an der auszahlenden Tochter weder direkt noch indirekt beteiligt ist, wenn die Muttergesellschaft eine „maßgebliche“ Beteiligung an der Schwester hält. Diese liegt in der Regel bei einer Mehrheitsbeteiligung von über 50% vor, da sie somit durch Gesellschafterbeschlüsse gem. § 46 Nr. 6 GmbHG Weisungen erteilen kann. Eine geringere Beteiligung ist dann „maßgeblich“, wenn die Mutter zugleich alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der Schwester ist.<sup>636</sup> Der Gesellschafter haftet auch nach seinem Ausscheiden; entscheidend ist, dass er bei Begründung der Leistungspflicht Gesellschafter war.<sup>637</sup> So kann das Schutzregime nicht umgangen werden. Ein weiterer Umgehungsschutz erfolgt dadurch, dass der Kenntnis der Verbotswidrigkeit der Gesellschaft bei Auszahlung keine Bedeutung beizumessen ist.<sup>638</sup>

#### *d) Anspruchskonkurrenzen*

Zur Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB besteht Anspruchsgrundlagenkonkurrenz.<sup>639</sup> Ist der empfangende Gesellschafter zugleich Geschäftsführer, trifft ihn in dieser Eigenschaft die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG.<sup>640</sup> Wenn also Zahlungen aus dem Cash-Pool zurückerstattet werden müssen,

---

<sup>634</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 24 mwN.

<sup>635</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 24.

<sup>636</sup> Exemplarisch BGH, Urt. v. 28.02.2012 - II ZR 115/11, WM 2012, 843 (Rn. 18 ff.); *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 187 f. mwN, dabei ist str., ob sich der Rückgewähranspruch der Tochter gegen ihre Gesellschafterin (Mutter) oder gegen die Schwester direkt richtet.

<sup>637</sup> Vgl. *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 25 f.

<sup>638</sup> Siehe *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 32.

<sup>639</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 39 f. - *Trihotel*.

<sup>640</sup> *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 31 Rn. 33; *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 31 Rn. 38.

kann das Liquiditätsmanagement der Mutter und somit ihre finanzielle Führungsmacht signifikant beeinträchtigt werden.

## 2. Organhaftung, § 43 GmbHG

### *a) § 43 Abs. 3 GmbHG*

Vernachlässigt der Geschäftsführer der GmbH seine Sorgfaltspflichten, haftet er für den dadurch entstandenen Schaden, § 43 Abs. 1, 2 GmbHG. Dieser Schaden kann auch in Form „ausschüttungsneutraler Vermögensnachteile“<sup>641</sup> bestehen. Die Organhaftung trifft den Geschäftsführer jedoch bei jedweder Sorgfaltspflichtverletzung, ohne dass es auf einen Eingriff in das Kapital der Gesellschaft ankäme. § 43 Abs. 3 GmbHG ist allerdings spezifisch auf den Kapitalschutz zugeschnitten und statuiert eine Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers, wenn er entgegen der Bestimmungen des § 30 GmbHG Gesellschaftsmittel an die Gesellschafter ausschüttet. Ausschüttungsfolgeschäden, also solche Folgen einer rechtmäßigen Entnahme von Eigenmitteln, vermögen aber eine Haftung des Geschäftsführers nicht zu begründen.<sup>642</sup> Führt der Geschäftsführer durch Auszahlungen die Zahlungsunfähigkeit herbei, die nicht gegen § 30 GmbHG verstoßen, ist die Organhaftung des § 43 Abs. 3 GmbHG ausgeweitet, § 15b Abs. 4, 5 InsO nF. Die Gesellschaft hat bei Verstoß gegen das Ausschüttungsverbot einen Anspruch gegen den empfangenden Gesellschafter aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Dieser wird jedoch beim Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer nicht anspruchsmindernd berücksichtigt.<sup>643</sup> Allerdings entfällt der Anspruch der GmbH gegen den Geschäftsführer, wenn der Gesellschafter den Betrag tatsächlich zurückerstattet.<sup>644</sup>

### *b) § 43 Abs. 2 GmbHG*

Den Geschäftsführer kann darüber hinaus auch eine Haftung treffen, wenn sich im Falle der Kreditgewährung und ursprünglicher Werthaltigkeit des Rückgewähranspruchs bei der Muttergesellschaft nachträglich Bonitätsverschlechterungen einstellen. Diese Haftung richtet sich nach § 43 Abs. 2 GmbHG.<sup>645</sup> Die Geschäftsleitung einer am Cash-Pool teilnehmenden Gesellschaft ist verpflichtet, die Werthaltigkeit der Rückzahlungsansprüche zu überwachen

---

<sup>641</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 28.

<sup>642</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 28.

<sup>643</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30 Rn. 29 mwN.

<sup>644</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 29.09.2008 - II ZR 234/07, WM 2008, 2215 Rn. 17: „Der Schaden der Gesellschaft liegt hier schon in dem Liquiditätsabfluss – ohne Rücksicht auf die damit zugleich entstehenden Erstattungsansprüche gegen den Zahlungsempfänger gem. § 31 I GmbHG (...). Ihre erfolgreiche Beitreibung kann zwar den genannten Auszahlungsschaden entfallen lassen (...).“

<sup>645</sup> BGH, Urt. v. 21.03.2017 - II ZR 93/16, NZG 2017, 658 (661); *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 201.

und hierzu ein geeignetes System einzurichten.<sup>646</sup> Die Verpflichtung entstammt dem Bereich der allgemeinen Sorgfaltspflicht (siehe Teil 3 § 3 B I. 1. g)).<sup>647</sup>

Die Anforderungen an ein solches Frühwarnsystem sind allerdings weder von der Gesetzgebung noch von der Rechtsprechung konkretisiert. In der *MPS*-Entscheidung stellt der BGH lediglich das Erfordernis eines solchen Informations- und Frühwarnsystems fest, ohne jedoch die einzelnen Voraussetzungen zu konkretisieren.<sup>648</sup> Im Schrifttum besteht Einigkeit in Bezug auf die zentralen Funktionen, die ein solches System erfüllen muss: zum einen muss es der Tochter Informationsrechte verschaffen, zum anderen muss es ihr ermöglichen, gegenüber der Muttergesellschaft eine Rückforderung oder Besicherung durchzusetzen.<sup>649</sup>

Die Informationsrechte sind ein zentrales Instrument für die Geschäftsleitung der Tochter, von etwaigen Bonitätsverschlechterungen der Mutter Kenntnis zu erlangen.<sup>650</sup> Es ist jedoch nicht selbstverständlich, dass die Tochter ohne vertragliche Fixierung Informationen von der Mutter erhalten wird. Die Mutter hat kein Interesse daran, dass Mittel aus dem Cash-Pool bei schlechter Bonität abgezogen werden, welches sie durch aktive Informationspolitik herbeiführen könnte. Ein solcher Abzug würde ihre eigene Krise noch verstärken.<sup>651</sup> Überdies bestehen keine gesetzlichen Informationsrechte. Vereinzelt wird vorgeschlagen, diese als Nebenpflicht aus der Cash-Pooling-Vereinbarung gem. § 241 Abs. 2 BGB herzuleiten; teilweise auch aus der Treuepflicht der Muttergesellschaft gegenüber der Tochter oder direkt aus den Kapitalerhaltungsregeln. Dies ist jedoch keine rechtlich gesicherte Form und kann der Tochter zur Errichtung eines Frühwarnsystems nicht ausreichen.<sup>652</sup> Und selbst wenn man solche Informationsrechte dogmatisch begründen könnte, würden sie allenfalls eine „punktueller Aufklärungspflicht bei einer drohenden oder eingetretenen Krise“ der Mutter begründen und keine „regelmäßige und (...) ausführliche Informationspflicht“.<sup>653</sup>

---

<sup>646</sup> BGH, Urt. v. 01.12.2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 (Rn. 14, 19 ff.) - *MPS*; *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 203.

<sup>647</sup> *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 204.

<sup>648</sup> BGH, Urt. v. 01.12.2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 (Rn. 14, 19 ff.) - *MPS*.

<sup>649</sup> Monographisch *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 203 f. mwN.

<sup>650</sup> *Altmeppen*, in: *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 30 Rn. 134; *J. Vetter/Lauterbach*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 11.165 ff.

<sup>651</sup> Zweifelnd auch *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 205.

<sup>652</sup> Für eine Übersicht zu den einzelnen Vertretern der dogmatischen Grundlage eines Informationsrechts siehe *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 205.

<sup>653</sup> Zu Recht *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 205.

Daher sollte im Cash-Pool-Vertrag eine Pflicht zur Vorlage konsolidierter Planungsrechnungen vereinbart werden. Diese Rechnungen sind in die Zukunft gerichtet und erlauben Prognoseentscheidungen.<sup>654</sup> Für erhebliche negative Entwicklungen sollte der Mutter darüber hinaus eine Ad-hoc-Informationspflicht auferlegt werden.<sup>655</sup> Neben den Informationsrechten bietet es sich an, der Konzernmutter im Vertrag die Einhaltung bestimmter sog. *financial covenants* aufzuerlegen, also beispielsweise eine bestimmte Eigenkapitalquote. Dies entspräche der Marktpraxis bei der Vergabe von Großkrediten von Banken.<sup>656</sup> Erlangt die Geschäftsleitung der Tochter die entsprechenden Informationen, hat sie auf deren Grundlage den Fortbestand der Vollwertigkeit der Rückgewähransprüche zu prüfen. Je nach Ergebnis dieser Prüfung muss die Tochter in der Lage sein, angemessen zu reagieren; diese entsprechenden Reaktionsmöglichkeiten muss das Frühwarnsystem vorsehen.<sup>657</sup> Diese reichen von Prüfrechten entweder von der Geschäftsleitung selbst oder einem Wirtschaftsprüfer als unabhängigem Dritten bis hin zum Recht der zeitweisen Aussetzung des Cash-Pool bei kurzzeitigen Liquiditätsengpässen.<sup>658</sup> Als *ultima ratio* kommen die nachträgliche Besicherung des konzerninternen Darlehens sowie die außerordentliche Kündigung des Cash-Pool-Vertrags in Betracht.<sup>659</sup> Praktische Bedeutung dürfte dabei der Kündigung zukommen. Es ist eher unwahrscheinlich, dass die Mutter bei Liquiditätsengpässen in der Lage sein wird, ausreichende Sicherheiten zur Verfügung zu stellen, die dazu auch noch „insolvenzfest“ sind.<sup>660</sup> Außerordentliche Kündigungsrechte können sich im Cash-Pool aus § 490 BGB sowie aus § 314 Abs.1 BGB ergeben. Es empfiehlt sich jedoch, zusätzlich ein vertragliches

---

<sup>654</sup> Vgl. *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1021); *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 206.

<sup>655</sup> *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1021); *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 206; vgl. auch *J. Vetter/Lauterbach*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 11.165.

<sup>656</sup> *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 207, der allerdings Zweifel an der Überprüfung der Einhaltung dieser *covenants* äußert. Darüber hinaus muss im Blick behalten werden, dass § 30 GmbHG keinen Marktvergleich erfordert.

<sup>657</sup> *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 30 Rn. 41; *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 209.

<sup>658</sup> Siehe *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 209; zur vorübergehenden Suspension der Teilnahme am Cash Pooling *J. Vetter/Lauterbach*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 11.164.

<sup>659</sup> *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 30 Rn. 41; *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 209 f.

<sup>660</sup> Vgl. *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 210.

Kündigungsrecht auszuhandeln, welches konkretere Vorgaben macht, als die vagen gesetzlichen Kündigungsrechte aus dem BGB.<sup>661</sup>

Die Einrichtung eines Frühwarnsystems und die Ausübung von Kontrollrechten kann also die Minderheitsgesellschafter sowie die Gläubiger der Tochter schützen. Problematisch ist jedoch das Weisungsrecht der Muttergesellschaft, die die Tochter nicht nur anweisen kann, dem Cash-Pool beizutreten, sondern auch, die Einrichtung eines Frühwarnsystems und die Ausübung der damit verbundenen Kontrollrechte zu unterlassen.<sup>662</sup> *Nolting* geht davon aus, dass eine solche Weisung als existenzvernichtende bzw. existenzgefährdende Weisung unzulässig sei, und zwar unabhängig von der Bonität der Muttergesellschaft. Eine entsprechende Weisung wäre somit unbeachtlich und dürfte nicht befolgt werden. Die Tochter müsse und dürfe einem solchen Cash-Pool ohne Informationsrecht nicht beitreten.<sup>663</sup> Im Schrifttum ist man sich also dahingehend einig, dass eine Weisung, einem Cash-Pool ohne Frühwarnsystem beizutreten, von der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft weder befolgt werden müsse noch befolgt werden dürfe. Die dogmatische Grundlage sowie die Voraussetzungen variieren dabei stark. Während teilweise eine schlechte Bonität der Mutter bereits bei Eintritt in den Cash-Pool gefordert wird, begreifen andere die Weisung schon ohne dieses Erfordernis als unzulässig.<sup>664</sup> Der BGH hat sich dieser Argumentation bisher ersichtlich nicht angeschlossen. Er leitet die nachgelagerte Kontrollpflicht der Geschäftsleitung allein aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des § 93 AktG ab.<sup>665</sup> Auf die damit begründete Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG kann die Gesellschaft aber aufgrund der Weisung verzichten.<sup>666</sup> Allerdings gilt dies nur in den Grenzen des § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG, wonach sich der Geschäftsführer nicht durch die Weisung exkulpieren kann, wenn der Ersatz für die Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. Nichtsdestotrotz wäre eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage oder gesicherte höchstrichterliche Rechtsprechung bezüglich der Zulässigkeit des Cash-Pools wünschenswert, um die vertragliche Ausgestaltung zu flankieren und ggf.

---

<sup>661</sup> *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1021); *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 211; *J. Vetter/Lauterbach*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 11.163.

<sup>662</sup> Induktiv *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 220 ff. zu den Versuchen des Schrifttums, dieser Weisung ihre Wirksamkeit abzusprechen. Dabei soll sie entweder gegen § 30 Abs. 1 GmbHG oder gegen § 64 S. 3 GmbHG aF (§ 15b Abs. 5 InsO nF) verstoßen.

<sup>663</sup> *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 224.

<sup>664</sup> Einzelheiten bei *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 220 ff.

<sup>665</sup> BGH, Urt. v. 21.03.2017 - II ZR 93/16, NZG 2017, 658 (660 f.); BGH, Urt. v. 01.12.2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 (79) - *MPS*.

<sup>666</sup> Siehe auch *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 221.

abzusichern. So könnte größtmögliche Rechtssicherheit für die Tochtergesellschaften sowie für die leitenden Konzernmütter hergestellt werden.

### 3. Fazit

Die Kapitalerhaltungsvorschriften in der GmbH sind zugunsten konzerninterner Geschäfte gelockert worden und haben damit auch eine Änderung der Rechtsprechung bewirkt. Allerdings bestehen weiterhin gravierende Haftungsrisiken insbesondere im Zusammenhang mit § 43a GmbHG aber auch im Rahmen der allgemeinen Organhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG, wenn es um die praktische Ausführung des Cash-Pools geht. Die Leitungsmacht der Muttergesellschaft wird also trotz konzernspezifischer Privilegierung in § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG beschränkt. Zu bemerken ist, dass das kapitalerhaltungsrechtliche Sanktionsregime fast vollständig ohne Rückgriff auf strafrechtliche Haftungstatbestände auskommt. Einzige Ausnahme bildet hier der Tatbestand des § 84 GmbHG, Verletzung der Verlustanzeigespflicht. Hierin liegt ein gravierender Unterschied zwischen französischer und deutscher Rechtstradition, den es bei einer europäischen Regelung zu berücksichtigen gilt.

### C. Europäisches Kapitalerhaltungsrecht

Das Europäische Kapitalerhaltungsrecht aus Art. 56 GesR-RL<sup>667</sup> erstreckt sich lediglich auf das Recht der Aktiengesellschaft und ist somit für den faktischen GmbH-Konzern nicht von Bedeutung.

### D. Fazit

Die finanzielle zentrale Leitungsbefugnis der Muttergesellschaft, welche sie beispielsweise durch die Einrichtung eines konzerninternen Cash-Pool ausübt, ist durch französisches Kapitalerhaltungs- und Vermögensschutzrecht sowie deutsches Kapitalerhaltungsrecht erheblich beschränkt. Dies mutet verwunderlich an, haben doch die französische Rechtsprechung und der deutsche Gesetzgeber das Konzernphänomen erkannt und versucht, dieses ausdrücklich zu privilegieren. Allerdings liegen die Voraussetzungen der *Rozenblum*-Rechtsprechung fast nie vor, sodass die Privilegierung ins Leere läuft. Die Lockerung der Kapitalbindung aus § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG ist ebenfalls nicht weit genug, weil hohe Anforderungen an ein Frühwarnsystem und eine Überwachung der Bonität der Mutter seitens der Tochtergesellschaft gestellt werden. So besteht ein Haftungsrisiko nach § 43 Abs. 2, 3

---

<sup>667</sup> Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. EU L 169 v. 30.6.2017, S. 46.

GmbHG. Auch das Pauschalverbot der Kreditvergabe an das Führungspersonal der Gesellschaft nach § 43a GmbHG wirkt leitungsbeschränkend.

#### *§ 4 Eigenhaftung der Muttergesellschaft*

Die Muttergesellschaft kann auch eine Eigenhaftung treffen, die die Ausübung ihrer Leitungsmacht in der Gruppe begrenzt. Sie kann strafrechtlich und zivilrechtlich in Haftung genommen werden. Dieses Risiko besteht, weil sich die Rechtsinstitute am Einzelinteresse der Tochtergesellschaft orientieren und die Gruppe nicht ausreichend berücksichtigen. Selbst wenn konzernspezifische Privilegien bestehen, gehen diese oftmals nicht weit genug (Haftung nach §§ 43 Abs. 2 und 43a GmbHG) oder ihre Voraussetzungen liegen praktisch fast nie vor (*Rozenblum*-Rechtsprechung).

##### A. Strafrechtliche Haftung

###### I. Hehlerei (*recel*), art. 321-1 CPén.

Neben dem Straftatbestand der Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen (*abus de biens sociaux*) kann sich die Muttergesellschaft auch der Hehlerei (*recel*) strafbar machen, wenn sie aus der durch den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft begangenen *abus de biens sociaux* einen Vorteil bezieht. In diesem Fall hat nicht sie die Veruntreuung selbst begangen, ist aber aus dem Anschlussdelikt trotzdem haftbar und kann im Wege der *action civile* von den Minderheitsgesellschaftern der Tochter in Anspruch genommen werden.<sup>668</sup>

Juristische Personen können sich nur strafbar machen, wenn die Rechtsnorm auch auf sie anwendbar ist und dies im Strafgesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Täter einer Hehlerei ist gem. Art. 321-1 Code pénal (CPén.), wer eine Sache, die aus einer vorherigen rechtswidrigen Haupttat hervorgegangen ist, besitzt oder sonst in irgendeiner Weise Nutzen aus der Vortat zieht. Art. 321-12 CPén. statuiert ausdrücklich die Anwendung auf juristische Personen.

###### II. Untreue, § 266 StGB

Die Muttergesellschaft kann als Alleingesellschafterin auch eine Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB gegenüber der Tochtergesellschaft treffen. Wer Träger dieser Vermögensbetreuungspflicht ist, wird in zivilrechtlicher und strafrechtlicher Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt. Der 2. Zivilsenat führte aus, dass die Vermögensbetreuungspflicht aus der Stellung als herrschendes Unternehmen folge und aufgrund dieser Stellung auf die abhängige Gesellschaft und ihre Geschäftsführung faktisch uneingeschränkt Einfluss nehmen

---

<sup>668</sup> Einführend *Gräbener*, Schutz außenstehender Gesellschafter, 2010, S. 137.

könne.<sup>669</sup> Es besteht die Verpflichtung der Muttergesellschaft, bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der Tochter zu berücksichtigen, dass diese ihre Verbindlichkeiten begleichen kann und deren Existenz nicht gefährdet.<sup>670</sup> Damit liegt der Senat auf der Linie des 3. Strafsenats des BGH, der auf die faktische Dominanz der Muttergesellschaft, die nicht Angeklagte ist, in der Sphäre der Tochter abgestellt hat.<sup>671</sup>

Spezifiziert wurden diese Überlegungen durch den 5. Strafsenat im Hinblick auf ein konzernweites Cash-Management. Dabei begründete der Senat die Vermögensbetreuungspflicht nicht aus dem Herrschaftsverhältnis der Mutter zur Tochter, sondern aus dem Umstand, dass sich Gelder im Rahmen des Cash-Management-Systems „in der ausschließlichen Einflussphäre des Konzerns“ befunden hätten.<sup>672</sup> Dies löse gesteigerte Sicherungspflichten aus. Wenn die Tochter aufgrund des Liquiditätsabzugs im Cash-Pool nicht mehr in der Lage ist, eigene Verbindlichkeiten zu erfüllen, trifft die Mutter eine Vermögensbetreuungspflicht. Diese hat zum Inhalt, die Rückzahlung der Gelder etwa durch ausreichende Besicherung zu gewährleisten. Diese Rechtsprechung wurde vom 2. Strafsenat bestätigt.<sup>673</sup>

Da die Muttergesellschaft als juristische Person nicht selbst strafbar ist, ergibt sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit ihrer Geschäftsführer aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Die Mutter als Alleingesellschafterin kann kein tatbestandsausschließendes Einverständnis in die Veruntreuung aussprechen, wenn durch die Vermögensverfügung eine konkrete und unmittelbare Existenzgefährdung einträte oder die Verfügung geeignet ist, das Stammkapital der Gesellschaft zu beeinträchtigen.<sup>674</sup> Es besteht somit ein erhebliches Haftungsrisiko der Muttergesellschaft, jedenfalls, wenn sie Alleingesellschafterin der Tochter ist.<sup>675</sup> Die Abkehr vom Erfordernis der faktischen Dominanz hin zum Kriterium der Einflussphäre des Konzerns lässt darauf schließen, dass es auf die exakte Beteiligungshöhe der Mutter innerhalb der Tochter nicht ankommen kann, sodass auch eine Mehrheitsbeteiligung die Strafbarkeit des

---

<sup>669</sup> BGH, Urt. v. 17.09.2001 - II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 - *Bremer Vulkan*.

<sup>670</sup> *Dierlamm*, in: MüKoStGB, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 277.

<sup>671</sup> BGH, Urt. v. 10.07.1996 - 3 StR 50/96, NJW 1997, 66 (67) - *Sachsenbau*.

<sup>672</sup> BGH, Urt. v. 13.05.2004 - 5 StR 73/03, NStZ 2004, 559 (561) - *Bremer Vulkan*; *Dierlamm*, in: MüKoStGB, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 279.

<sup>673</sup> BGH, Urt. v. 31.07.2009 - 2 StR 95/09, BGHSt 54, 52.

<sup>674</sup> BGH, Urt. v. 13.05.2004 - 5 StR 73/03, NStZ 2004, 559 (561) - *Bremer Vulkan*; *Fleischer*, NJW 2004, 2867 (2869).

<sup>675</sup> Siehe bspw. die strafbaren Verhaltensweisen in BGH, Urt. v. 10.07.1996 - 3 StR 50/96, NJW 1997, 66 - *Sachsenbau*.

Geschäftsführers der Mutter begründen kann. Diese Strafbarkeit setzt dann ein, wenn die Existenz oder das Stammkapital der Tochter gefährdet sind und so auf ein etwaiges Gruppeninteresse keine Rücksicht mehr genommen werden kann. Das Eigeninteresse der Tochter am Fortbestand, welches die Interessen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter kristallisiert, ist dann absolut geschützt. Dies ist eine Grenze der Leitungsmacht der Mutter.

## B. Zivilrechtliche Haftung

### I. Französisches Recht

#### 1. Haftung als Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft

a) *Haftung für Geschäftsführungsfehler (faute de gestion), art. L. 223-22 und L. 225-251 iVm 227-8 CCom.*

Die Haftung der Geschäftsführer ist in den letzten Jahren deutlich ausgeweitet worden. Die Leiter der Gesellschaft werden nicht mehr bloß als Bevollmächtigte (*mandataires*) angesehen, sondern aufgrund ihrer Vielzahl an Kompetenzen als diejenigen anerkannt, die die Geschicke in der Gesellschaft lenken.<sup>676</sup>

Den faktischen Geschäftsführer trifft jedoch nicht die Haftung für Geschäftsführungsfehler. Die Cour de cassation wendet die artt. L. 223-22 und 225-251 iVm 227-8 CCom. nur auf den rechtlichen Geschäftsführer an.<sup>677</sup> Dies wird von *Dedessus-Le-Moustier* scharf kritisiert, die in der faktischen Geschäftsführung selbst schon einen Fehler und ein Anknüpfungsverhalten für die Haftung sieht.<sup>678</sup>

Es handelt sich bei der Haftung für Geschäftsführungsfehler grundsätzlich um eine Innenhaftung. Die Haftungsklage ist eine wirksame Waffe in den Händen der Minderheitsgesellschafter.<sup>679</sup> Schließlich können sie die Geschäftsführer weder ernennen noch abberufen, da sie nicht über die nötige Mehrheit in der Gesellschafterversammlung verfügen. Aber sie können einen Prozess gegen sie anstrengen, sofern ein Fehlverhalten vorliegt. Dies kann entweder darin bestehen, dass der Geschäftsführer nicht den rechtlichen oder statutarischen Vorschriften entsprochen oder einen Geschäftsführungsfehler (*faute de*

---

<sup>676</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (500).

<sup>677</sup> Cass.com., 21.03.1995, n° 93-13.721, Rev. sociétés 1995, 501, note *Saintourens*; *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (516 f.).

<sup>678</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (519 ff.).

<sup>679</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 437.

*gestion*) begangen hat. Der häufigste<sup>680</sup> Geschäftsführungsfehler liegt in der Missachtung des Gesellschaftsinteresses.<sup>681</sup>

Hier kann beispielsweise die Funktionszuweisung im Konzern relevant werden (s.o. Teil 3 § 1 C. I.). Denn die Begrenzung der geschäftlichen Tätigkeit der Gesellschaft auf eine von der Muttergesellschaft vorgegebene spezielle Region oder Funktion dürfte dem Interesse einer unabhängigen Gesellschaft zuwiderlaufen. Und da hier keine unterschiedliche Bewertung durch Einbeziehung des Umstands der Konzernierung möglich ist, wird die Maßnahme am Maßstab der autonomen und nicht der konzernierten Gesellschaft gemessen werden.

Wann ein Verstoß gegen Gesetze oder Rechtsverordnungen vorliegt, oder die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags missachtet wurden, ist relativ problemlos festzustellen. Schwierigkeiten bereitet dagegen der Nachweis eines Geschäftsführungsfehlers. Insbesondere, weil die Rechtsprechung unterschiedliche Anforderungen an ihn stellt, je nachdem, welcher Akteur Schadensersatz wegen eines solchen *faute de gestion* fordert. Grund hierfür ist, dass der Handlungsspielraum der Geschäftsführer geschützt werden soll. Eine effiziente, risikooptimierte Gesellschaftsleitung ist das oberste Ziel von Gesetzgebung und Rechtsprechung und soll durch ein austariertes System aus Haftung und Haftungsfreiräumen geschaffen werden. Eine zu laxen Verantwortlichkeit der Geschäftsführer verschreckt mögliche Kapitalgeber; eine zu weitreichende verschreckt mögliche Kandidaten für diese Position in der Gesellschaft.<sup>682</sup>

#### b) *Faute séparable des fonctions*

So sind die Anforderungen an den *faute de gestion* ungleich höher, wenn ein Gläubiger der Gesellschaft den Geschäftsführer in Haftung nehmen möchte und sich die Innenhaftung zu einer Außenhaftung verschärft. Dies gilt jedenfalls solange, wie die Gesellschaft solvent ist.<sup>683</sup> Die Voraussetzung des *faute de gestion* wird verstärkt zum *faute séparable des fonctions*,<sup>684</sup>

---

<sup>680</sup> Vgl. Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753 (756 f.): „Plus de la moitié des arrêts qui ont retenu une faute de gestion ont expressément relevé l’atteinte à l’intérêt social, qui est constaté implicitement par la plupart des autres décisions.“

<sup>681</sup> Cass.com., 05.04.2018, n° 16-23.365, Bull. Joly 2018, 402, note Messai-Bahri; Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 437.

<sup>682</sup> Dieses Gleichgewicht scheint gefunden laut Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753 (765): „... un équilibre a été atteint.“

<sup>683</sup> Vgl. Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 441; Poracchia, in: Mél. Le Cannu, 2014, 377 (378).

<sup>684</sup> Cass.com., 20.05.2003, n° 99-17.092 P, D. 2003, 2623, note Dondero; vertiefend mit Blick auf die weitere Rechtsprechung zum *faute séparable* Nicolas, Rev. sociétés 2013, 535.

also einem Geschäftsführungsfehler, der von den Organaufgaben abtrennbar ist. Außerdem muss dem Geschäftsführer dieser Fehler persönlich vorwerfbar sein.<sup>685</sup> Darüber hinaus ist erforderlich, dass der Geschäftsführer vorsätzlich handelt und sein Fehler derart schwerwiegend ist, dass er mit der ordnungsgemäßen Ausführung seiner Gesellschaftsfunktionen nicht vereinbar ist.<sup>686</sup>

Vorsätzlich (*intentionnellement*) ist der Geschäftsführungsfehler, wenn der Geschäftsführer bei seiner Begehung Kenntnis davon hatte, einen Schaden bei einem Dritten zu verursachen bzw. dies hätte (er-)kennen müssen.<sup>687</sup> Besonders schwerwiegend sind grob fahrlässige Fehler (*faute lourde*).<sup>688</sup> Hervorzuheben ist hierbei, dass anders als beim *faute de gestion* kein Konflikt mit dem Gesellschaftsinteresse oder ein Handeln in der Absicht persönlicher Bereicherung erforderlich ist.<sup>689</sup> Es ist demgemäß möglich, Verantwortlichkeiten von Gesellschaftsakteuren zu definieren, ohne auf den Gesellschaftszweck (*objet social*) oder das Gesellschaftsinteresse (*intérêt social*) abzustellen, sondern die Verwerflichkeit direkt aus der Handlung selbst und ihrer Schwere zu ziehen. Ein Beispiel im Konzernkontext auf das an anderer Stelle noch zurückzukommen sein wird (s.u. Teil 3 § 4 B. I. 1. d)), liefert eine Entscheidung der Cour de cassation, bei der der Geschäftsführer einer Konzerngesellschaft eine Forderung bei der Insolvenz einer anderen Konzerngesellschaft nicht anmeldete (*défaut de déclaration de créance*). So wurde die kreditgebende Gesellschaft nicht befriedigt und geriet ihrerseits in finanzielle Schieflage.<sup>690</sup>

Warum diese erhöhten Voraussetzungen? Zunächst ist die Risikoverteilung in der Gesellschaft entscheidend. Handelt der Geschäftsführer innerhalb seiner gesellschaftsrechtlichen Funktionen, profitiert von seinen Handlungen die Gesellschaft, die er vertritt. Er hat also – abgesehen von dem Fall, in dem er auch Gesellschafter ist – keinen direkten Vorteil aus seiner Tätigkeit; dieser steht allein der Gesellschaft zu.<sup>691</sup> Es wird sich schwerlich eine Person für die

---

<sup>685</sup> Cass.com., 27.01.1998, n° 93-11.437 P, D. 1998, 605, note *Gibirila*: „...faute détachable de ses fonctions et qui lui était personnellement imputable.“

<sup>686</sup> Cass.com., 10.02.2009, n° 07-20.445, D. 2009, 559, obs. *Lienhard* (SA); Cass.com., 20.05.2003, n° 99-17.092 P, D. 2003, 2623, note *Dondero* (SARL): „...le dirigeant commet intentionnellement une faute d’une particulière gravité incompatible avec l’exercice normal des fonctions sociales.“

<sup>687</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 444.

<sup>688</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 444; zu den Schwierigkeiten der Begriffsbestimmung eines „faute d’une particulière gravité“ *Nicolas*, Rev. sociétés 2013, 535 (538 f.).

<sup>689</sup> *Merle/Fauchon*, Droit commercial, 24. Aufl. 2020, Rn. 493.

<sup>690</sup> Cass.com., 27.05.2014, n° 12-28.657, Bull. Joly 2014, 467, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>691</sup> Vgl. hierzu *Poracchia*, in: *Mél. Le Cannu*, 2014, 377.

Funktion des Geschäftsführers finden lassen, wenn dieser neben den fehlenden direkten Vorteilen auch noch die Risiken und Nachteile aus dem Geschäft zu tragen hätte. Er würde die Gesellschaft nicht optimal vertreten.<sup>692</sup>

Ein weiterer Grund liegt unter anderem in der dogmatischen Grundlage der Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten begründet. Die Gesellschaft als Vertragspartnerin des Gläubigers haftet aus Vertrag. Die Grundlage der Haftung des Geschäftsführers jedoch ist deliktischer Natur, weil dieser nicht Vertragspartei wird. Er vertritt lediglich die Gesellschaft bei Abschluss des Vertrages.<sup>693</sup> Selbst wenn der Geschäftsführer dabei seine internen Befugnisse überschreitet, verpflichtet er die Gesellschaft, es sei denn, diese internen Beschränkungen waren dem Dritten bekannt, art. L. 223-18, al. 5 CCom. Der Gläubiger hat also immer noch seinen Vertragspartner, an den er sich wenden und von dem er Erfüllung der Verbindlichkeit verlangen kann. Des Weiteren besteht ein wirtschaftlicher Grund, weswegen die Gläubiger vorrangig auf die Gesellschaft Zugriff nehmen – solange diese zahlungsfähig ist, ist dort in der Regel mehr verwertbares Vermögen und somit die Befriedigung Dritter aussichtsreicher.<sup>694</sup> Obwohl also die Gesellschaft vordergründig im Rechtsverkehr mit den Dritten auftritt und sich diese somit zunächst an sie richten, ist zu konstatieren, dass es sich beim Geschäftsführer nicht um einen bloßen Vertreter handelt, der mehr als nur einfache Vertretungs- oder Ausführungsfunktion hat. Sie verfügen über eine eigene Entscheidungsmacht; ein Umstand, der sie haftbar macht.<sup>695</sup>

Die Unterscheidung zwischen *faute de gestion* und *faute séparable des fonctions* findet ihren Ursprung im Staatshaftungsrecht.<sup>696</sup> Bei der Verletzung von Amtspflichten haftet der Staat, bei persönlichem Fehlverhalten der Amtsträger direkt gegenüber dem Geschädigten.<sup>697</sup> Die Cour de cassation will dadurch die Geschäftsführer vor übermäßiger Inanspruchnahme schützen. Dies wird von einigen Autoren kritisiert, die dem Gericht vorwerfen, ein Ambiente der Verantwortungslosigkeit (*ambiance de large irresponsabilité*) zu schaffen<sup>698</sup> und die

---

<sup>692</sup> *Poracchia*, in: Mél. Le Cannu, 2014, 377 (378): „... conduirait à nuire à sa gestion.“.

<sup>693</sup> *Gibirila*, D. 1998, 605 (606); *Poracchia*, in: Mél. Le Cannu, 2014, 377 (378).

<sup>694</sup> *Gibirila*, D. 1998, 605 (606).

<sup>695</sup> *Gibirila*, D. 1998, 605 (606).

<sup>696</sup> *Dondero*, D. 2003, 2623; *Poracchia*, in: Mél. Le Cannu, 2014, 377 (380).

<sup>697</sup> *Gibirila*, D. 1998, 605 (606).

<sup>698</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 443; ähnlich auch *Barbièri*, in: Mél. Guyon, 2003, 41 (42).

Geschäftsführer zu großzügig zu entlasten.<sup>699</sup> Grund hierfür ist, zusätzlich zu den oben genannten, die Abschirmwirkung der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft, welche die Geschäftsführer vor exzessiver und missbräuchlicher Inanspruchnahme schützt. Teilweise gehe dies jedoch zu weit und führe zu einer Enthftung.<sup>700</sup> Diese Enthftung gelte allerdings nur für die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers; strafrechtlich könne dieser weiterhin belangt werden. In diesem strafrechtlichen Prozess können die Gläubiger dann ihren Schaden geltend machen (*se porter partie civile*), und zwar ohne die erhöhten Voraussetzungen des *faute séparable des fonctions*, welche vor den Strafgerichten nicht anerkannt ist.<sup>701</sup> Dies liegt daran, dass der *faute séparable* die Haftung der Geschäftsführer begrenzt, welches im Strafrecht nicht vorgesehen ist, art. 121-2 CPén.<sup>702</sup> Außerdem ist dies auch nicht notwendig, da ein strafrechtlich relevantes Verhalten, z.B. Betrug, immer auch von gesellschaftlichen Funktionen der Geschäftsführung abtrennbar ist.<sup>703</sup> Diese Position, die von der Handelskammer erstmals 2010 eingenommen wurde, ist von der 3. Zivilkammer übernommen worden.<sup>704</sup> So besteht nunmehr eine einheitliche Rechtsprechung der Cour de cassation. Dies hat zur Folge, dass eine vorsätzlich begangene Straftat selbst den Geschäftsführungsfehler begründet, der von der Funktion der Geschäftsführung abtrennbar ist.<sup>705</sup> Es kommt dann nicht mehr darauf an, ob der Fehler besonders schwerwiegend oder mit der ordnungsgemäßen Durchführung seiner Aufgaben unvereinbar ist.<sup>706</sup>

Die Enthftung gilt darüber hinaus nur gegenüber Gläubigern und anderen Dritten, nicht jedoch, wenn die Gesellschaft selbst auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird und nun beim Geschäftsführer Regress fordert. Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft erfordert wie gesehen „nur“ einen *faute de gestion* (s.o. Teil 3 § 4 B. I. 1. a)).<sup>707</sup> Dies ist für die Gläubiger natürlich nur dann interessant, wenn die Gesellschaft selbst über genügend Vermögen verfügt, um die Schuld zu begleichen. Ein Anwendungsfall der

---

<sup>699</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 445.

<sup>700</sup> Barbièri, in: Mél. Guyon, 2003, 41 (45); Merle/Fauchon, Droit commercial, 24. Aufl. 2020, Rn. 236; Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753.

<sup>701</sup> Merle/Fauchon, Droit commercial, 24. Aufl. 2020, Rn. 236.

<sup>702</sup> Saint-Pau, in: Mél. Bouloc, 2007, 1011 (1022 Fn. 47).

<sup>703</sup> Cass.com., 28.09.2010, n° 09-66.255 P, Rev. sociétés 2011, 97, note Dondero: „Le gérant d’une SARL qui commet une faute constitutive d’une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l’égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice.“.

<sup>704</sup> Cass.civ. 3e, 10.03.2016, n° 14-15.326 P, D. 2016 Actu, 656, obs. Lienhard.

<sup>705</sup> Barbièri, in: Mél. Guyon, 2003, 41 (52).

<sup>706</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 444, 449.

<sup>707</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 447.

Geschäftsführerhaftung gegenüber Dritten ist derjenige, dass bei der Gesellschaft selbst „nichts zu holen ist“.<sup>708</sup> Über den Strafprozess sowie über den Umweg des Regresses durch die Gesellschaft kann der Geschäftsführer wegen einfacher Geschäftsführungsfehler in Anspruch genommen werden und wird nicht durch die strengen Anforderungen des *faute détachable* privilegiert.

In letzterem Fall ist der Geschäftsführer nicht gegenüber Dritten sondern gegenüber der Gesellschaft haftbar, sodass die Abschirmungswirkung der Rechtspersönlichkeit nicht greift bzw. greifen kann. Dieser Fall ist aus der Systematik des Gesellschaftsrecht heraus erklärbar. Der erste Fall, in dem der Geschäftsführer eine strafbare Handlung begeht und dadurch alle gesellschaftsrechtlichen Dämme brechen und er zivilrechtlich in Haftung genommen werden kann, ist systematisch nicht ohne weiteres erklärbar. Zuzugeben ist, dass das Begehen einer Straftat nur schwerlich zur ordnungsgemäßen Durchführung seiner Aufgaben zählen kann. Aber es ist nicht ersichtlich, warum die Strafkammer der Cour de cassation keinerlei Abstufung vornimmt zwischen den Fehlern und quasi reflexartig eine zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers bejaht, sobald dieser eine vorsätzliche tatbestandmäßige Handlung begeht.<sup>709</sup> Diese Problematik wird durch die missbräuchliche Nutzung dieser Haftungsöffnung durch die Gläubiger belegt (Einzelheiten zur prozessualen Geltendmachung s.u. Teil 3 § 4 B. I. 1. c)).<sup>710</sup> Trotzdem weigert sich die Strafkammer, im Strafrecht den Begriff des *faute détachable* zu übernehmen.<sup>711</sup> Dies lässt eine einheitliche Praxis vermissen und bringt auch die gesellschaftsrechtlich durchaus gewollte Privilegierung des Geschäftsführerhandelns nicht zur vollen Entfaltung.

Die Haftung des Geschäftsführers für einen *faute séparable de ses fonctions* führt dazu, dass die Gesellschaft selbst, deren Haftung sonst vor die des Geschäftsführers treten würde, nicht erlischt bzw. entfällt.<sup>712</sup> Bei Begehung eines *faute séparable* kommt also für den Dritten nur ein weiterer Haftungsschuldner hinzu, nämlich der Geschäftsführer. Die Gesellschaft kann weiterhin in Anspruch genommen werden.

---

<sup>708</sup> Zustimmend *Schiller*, in: *Mél. Germain*, 2015, 753 (755).

<sup>709</sup> Cass.crim., 14.10.1991, n° 90-80.621, *Rev. sociétés* 1992, 782, note *Bouloc*: „les dirigeants sociaux sont civilement responsables du préjudice causé par l’infraction qu’ils commettent dans l’exercice de leurs fonctions“.

<sup>710</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 33. Aufl. 2020, Rn. 447.

<sup>711</sup> Cass.crim., 05.04.2018, n° 16-87.669 und 16-83.961, *Bull. July* 2018, 258, concl. *Salomon* und note *Couret; Merle/Fauchon*, *Droit commercial*, 24. Aufl. 2020, Rn. 493.

<sup>712</sup> Dazu ausführlich *Poracchia*, in: *Mél. Le Cannu*, 2014, 377.

### c) Geltendmachung

Wie können nun die Geschädigten den Geschäftsführer in Anspruch nehmen? Es gibt zwei Möglichkeiten: entweder handelt die Gesellschaft selbst, vertreten durch einen klagenden Gesellschafter, oder der Gesellschafter oder der Gläubiger klagen einen eigenen Schaden ein. Ersteres ist eine Prozessstandschaft und in Deutschland auch bekannt als *actio pro socio* und wird im französischen Recht als *action sociale ut singuli* bezeichnet. Letzteres ist eine klassische Einzelklage, auch *action individuelle* genannt.

#### aa) Actio pro socio (action sociale ut singuli)

Es handelt sich um eine zivilgerichtliche Klage einer oder mehrerer Gesellschafter gegen die Geschäftsführer, gerichtet auf Zahlung von Schadensersatz an die Gesellschaft.<sup>713</sup> Für die SAS ist sie in art. L. 225-252 iVm 227-8 CCom, für die SARL in art. 223-22 al. 3 CCom gesetzlich verankert. Jeder Gesellschafter kann diese Klage erheben, unabhängig von seiner Beteiligungshöhe.<sup>714</sup> Allerdings kann die Klage nur gegen die Geschäftsführer der Gesellschaften erhoben werden, an denen der Gesellschafter auch selbst Anteile hält. Das bedeutet, dass die Gesellschafter einer Muttergesellschaft nicht gegen die Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft klagen können.<sup>715</sup> Auch hier hält die Cour de cassation die rechtliche Autonomie zwischen den Konzerngesellschaften hoch und gestattet keine Vermischungen. Der ersatzfähige Schaden der Gesellschaft, den die Gesellschafter geltend machen ist nur der Schaden *dieser* Gesellschaft und nicht der anderer Gesellschaften, sei es auch im Konzernverbund und im Rahmen einer Kontrolle der Mutter über die Tochter.<sup>716</sup> Durch Geschäftsführungsfehler in einer Konzerngesellschaft erleiden nicht der gesamte Konzern oder andere Konzerngesellschaften einen einklagbaren Schaden.

Die Möglichkeit der Klageerhebung durch die Gesellschafter ist zunächst wichtig, da die Gesellschaft selbst, normalerweise durch ihre gesetzlichen Vertreter handelnd, den Schaden wohl häufig nicht einklagen wird, denn eben diese Vertreter sind es ja, deren Fehlverhalten in Rede steht. Selbst bei mehreren Geschäftsführern ist selten zu erwarten, dass diese gegen ihre Mitgeschäftsführer eine Haftungsklage erheben. Allerdings ist der entscheidende

---

<sup>713</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 440.

<sup>714</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 440.

<sup>715</sup> Cass.com., 13.03.2019, n° 17-22.128, Rev. sociétés 2019, 523, note *Le Cannu*.

<sup>716</sup> Cass.com., 13.03.2019, n° 17-22.128, Rev. sociétés 2019, 523, note *Le Cannu*: „...le préjudice subi par ‚la société‘ ne peut désigner le préjudice subi par d’autres sociétés, fussent-elles du même groupe, fussent-elles partiellement ou entièrement contrôlées par la société dont les associés agissent.“.

Nachteil und Grund für die Seltenheit der *action sociale ut singuli* die Prozesslast, die auf den Gesellschaftern lastet. Obsiegt der Gesellschafter, geht der Schadensersatz direkt an die Gesellschaft. Hier erzielt er durch seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen lediglich einen indirekten Vorteil. Verliert er aber, so geht diese Verfahrensniederlage vollständig auf seine Kosten. Es ist also wahrscheinlicher, dass die Gesellschafter nur einen etwaigen eigenen Schaden einklagen werden und bei Obsiegen einen direkten Vermögensvorteil erreichen.

bb) Einzelklage (*action individuelle*)

Die Geltendmachung der Haftung für Geschäftsführungsfehler ist auch über die Einzelklage, die sog. *action individuelle* möglich. Mit ihrer Erhebung kann der Gesellschafter einen persönlichen Schaden geltend machen, der aber nicht einfach aus dem Schaden der Gesellschaft folgen darf (*préjudice personnel distinct*). Bedient sich der Gesellschafter des Adhäsionsverfahrens, um zivilrechtliche Ansprüche im Strafverfahren gegen den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft geltend zu machen, ist diese Voraussetzung gesetzlich in Art. 2 CPP verankert. Für Haftungsklagen vor den Zivilgerichten ergibt sich die Voraussetzung aus art. L. 223-22 al. 3 CCom.<sup>717</sup>

In früherer Rechtsprechung erkannte die Cour de cassation hierbei sowohl Einbußen von Gewinnausschüttungen durch die Gesellschaft als auch Wertminderungen der gehaltenen Gesellschaftsanteile als einen persönlichen Schaden der Gesellschafter an.<sup>718</sup> Die neuere Rechtsprechung hat mit zwei Urteilen der Cour de cassation vom 13. Dezember 2000 eine Umkehr eingeleitet.<sup>719</sup> Wertminderung der Anteile und Verlust von erwarteten Gewinnen stellten Schäden der Gesellschaft selbst dar und könnten von den Gesellschaftern nicht selbst, sondern lediglich über die *action sociale* geltend gemacht werden.<sup>720</sup> Beispiele aus der Praxis, in denen hingegen ein persönlicher Schaden angenommen wurde, finden sich in allen erdenklichen Fallgestaltungen.<sup>721</sup> Unterschlagung von Dividenden, die dem Gesellschafter zustanden, Verlust einer Kontokorrentforderung, Minderheitsgesellschafter über eine

---

<sup>717</sup> So ausdrücklich auch die Rpsr. Cass.com., 19.04.2005, n° 02-10.256, Bull. Joly 2005, 1252, note *Messaï-Bahri*: l'action individuelle en responsabilité dont disposent les associés à l'encontre des dirigeants de la société ne peut tendre qu'à la réparation d'un préjudice personnel distinct de celui causé à la personne morale.

<sup>718</sup> Bspw. Cass.crim., 30.09.1991, n° 90-83.965, Rev. sociétés 1992, 356, note *Bouloc*; Cass.crim., 13.04.1967, n° 66-91.626, Bull.crim. Nr. 119, 271.

<sup>719</sup> Cass.crim., 13.12.2000, n° 99-80.387 und 99-84.855, Bull. Joly 2001, 497, note *Barbièri*; vgl. auch die Ausführungen von *Gräbener*, Schutz außenstehender Gesellschafter, 2010, S. 130.

<sup>720</sup> Kurze Analyse bei *Gräbener*, Schutz außenstehender Gesellschafter, 2010, S. 130.

<sup>721</sup> Vgl. die Beispiele bei *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 446.

geplante Kapitalreduzierung irreführen, um deren Anteile günstiger erwerben zu können.<sup>722</sup> Die Cour de cassation hat ebenfalls eine Einzelklage in folgenden Fällen zugelassen: Überbewertung einer Sacheinlage, welches zur Folge hatte, dass die Beteiligung der anderen Gesellschafter „verwässert“ wurde.<sup>723</sup> Auch der gegenteilige Fall der Unterbewertung einer Sacheinlage hat die Gerichte beschäftigt.<sup>724</sup> Durch die nun erhöhten Voraussetzungen des persönlichen Schadens hat die Rechtsprechung die anfängliche missbräuchliche Nutzung der *action individuelle* eingedämmt.

#### d) Organhaftung im Konzern

Immer häufiger wird die Organhaftung für *faute de gestion* innerhalb eines Konzerns geltend gemacht.<sup>725</sup> Die Haftungsvoraussetzungen erfahren in einer Gruppenkonstellation keinerlei Besonderheiten.<sup>726</sup> Allerdings haben die Kläger damit weniger Erfolg als bei einer isolierten Gesellschaft.<sup>727</sup> Eine Entscheidung der Handelskammer lässt vermuten, dass bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des Geschäftsführungsfehlers vorliegen, der wirtschaftlichen Realität der Gruppe Rechnung getragen wird. Konkret bedeutet das, dass die Richter einen *faute de gestion* ausgeschlossen haben, weil die „gemeinsame Gruppenpolitik“ (*politique commune du groupe*) die Maßnahmen rechtfertigt.<sup>728</sup> Zwar ging es in dem Fall um eine Haftung für *insuffisance d'actif* nach art. L. 651-2 CCom. (s.u. Teil 5 § 1 A. IV. 1.), allerdings sind die Anforderungen an einen *faute de gestion* die gleichen.

Dessen ungeachtet gibt es weiterhin Entscheidungen, in denen sogar ein *faute détachable*, dessen Voraussetzungen höher angesetzt sind, zu einer Haftung der Muttergesellschaft geführt hat.<sup>729</sup> Der Geschäftsführungsfehler lag in dem Opfer der Tochtergesellschaft zum

---

<sup>722</sup> Cass.com., 08.11.2005, n° 03-19.679, JCP E 2006, 1497, note *Navarro*.

<sup>723</sup> Cass.com., 28.06.2005, n° 03-13.112, JCP E 2005, 1325, note *Hovasse*: „La surévaluation des apports faits par un associé, qui se traduit par une majoration infondée de sa participation au capital social, cause de ce fait aux autres associés un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société et dont ceux-ci sont par suite recevables à demander réparation.“

<sup>724</sup> Cass. com., 26.04.2017, n° 15-28.104, Rev. sociétés 2017, 628, note *Deckert*: „...l'insuffisance des apports faits par un associé, qui se traduit par une majoration infondée de sa participation au capital social, cause de ce fait aux autres associés un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société et dont ceux-ci sont par suite recevables à demander réparation...“

<sup>725</sup> *Schiller*, in: Mél. Germain, 2015, 753 (757).

<sup>726</sup> *Schmidt*, in: Groupes de sociétés: contrats et responsabilités, 1993, 73.

<sup>727</sup> *Schiller*, in: Mél. Germain, 2015, 753 (757): „Dans un groupe, la faute de gestion serait ainsi plus difficile à caractériser que dans une société isolée.“

<sup>728</sup> Cass.com., 03.12.2013, n° 12-22.213, Bull. Joly 2014, 186, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>729</sup> Cass.com., 27.05.2014, n° 12-28.657, Bull. Joly 2014, 467, note *Mouial-Bassilana*.

Vorteil der Mutter.<sup>730</sup> Folgender Sachverhalt lag dem Fall zugrunde: Über das Vermögen einer Mutter und einer Tochtergesellschaft wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Tochter wird liquidiert. Der Liquidator nimmt den Geschäftsführer beider Gesellschaften aus persönlicher zivilrechtlicher Haftung in Anspruch, weil er im Vermögen der Mutter einen von der Tochter verliehenen Überziehungskredit nicht angegeben hatte.<sup>731</sup>

Interessant ist hierbei, dass im gesamten Verfahren das Gruppeninteresse keine Rolle gespielt hat. Im Gegenteil markiert diese Entscheidung eher eine Ausbremsung des Konzepts des Gruppeninteresses, welches im Fall der Krise wohl nicht das Opfer der Tochtergesellschaft zum Vorteil der Muttergesellschaft zu rechtfertigen vermag.<sup>732</sup> Obwohl es sich um einen Fall handelt, in denen über die beteiligten Gesellschaften das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, ging es trotzdem um eine Haftung nach den Grundsätzen der allgemeinen Organhaftung und nicht um die speziellere Ausfalldeckungshaftung aus dem Insolvenzrecht, art. L. 652-1 CCom. Dies liegt daran, dass der Geschäftsführungsfehler nach dem Eröffnungsbeschluss begangen wurde. Die Haftung für *insuffisance d'actif* greift nur für Fehler vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Einzelheiten zur insolvenzrechtlichen Haftung s.u. Teil 5 § 1 A. IV. 1.). Auch wurde der Geschäftsführer vom Liquidator der Tochter in Anspruch genommen, also einem Dritten, sodass hier der *faute séparable* nachzuweisen war.<sup>733</sup>

Es ist denkbar, dass die Reichweite der Entscheidung über den entschiedenen Einzelfall hinausgeht und weitere Aufopferungen der Tochter zugunsten der Muttergesellschaft umfasst. So könnte beispielsweise jeglicher Mittelzufluss der Tochter in Richtung Mutter einen *faute séparable* darstellen, sofern dadurch die gebende Gesellschaft in finanzielle Schieflage gerät.<sup>734</sup> Ein solcher Fall wäre sicherlich nach art. L. 652-1 CCom zu entscheiden, aber wie gesehen sind die Anforderungen an den Geschäftsführungsfehler deckungsgleich.

Ein konzernweites Cash-Pool System oder eine konzernweite Solidarität sind dabei in Gefahr, da ein Haftungsrisiko bestehen bleibt. Jedenfalls dann, wenn eine der Gesellschaften in

---

<sup>730</sup> Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753 (762): „L'arrêt qualifie le sacrifice de la filiale au bénéfice de la mère, de *faute séparable des fonctions*.“

<sup>731</sup> Sachverhaltsdarstellung nach Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753 (762).

<sup>732</sup> *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 467: „L'arrêt semble donner un coup de frein à l'idée d'intérêt du groupe et pose ainsi une sérieuse limite aux stratégies visant à avantager la société mère en cas de difficultés du groupe.“

<sup>733</sup> Vgl. zur Erklärung dieser rechtstechnischen Hintergründe *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 467 ff.

<sup>734</sup> *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 467 (470).

finanzielle Schieflage gerät, insbesondere, weil die Gesellschaft hier wohl nur isoliert betrachtet und das Gruppeninteresse nicht berücksichtigt wird. Vorgehende Entscheidungen der Cour de cassation hatten dem Gruppeninteresse noch große Bedeutung zugemessen und Aufopferungen der Tochter zum Vorteil einer Schwester<sup>735</sup> oder Muttergesellschaft<sup>736</sup> für zulässig erachtet und keinen Geschäftsführungsfehler festgestellt.<sup>737</sup> Im Fall des *faute séparable* kam allerdings noch hinzu, dass sich der Geschäftsführer treuwidrig verhalten hatte und somit wohl kein Raum für eine Rechtfertigung im Gruppeninteresse bestand. Eine exzessive Ausblutung der Tochtergesellschaft zugunsten anderer Konzerngesellschaften ist einzuschränken. Allerdings ist dabei stets der wirtschaftlichen Realität des Konzerns Rechnung zu tragen. Dass dies mit dieser Rechtsprechung zu bewerkstelligen ist, darf bezweifelt werden.<sup>738</sup> Wo die Grenzen zur übermäßigen Nutzung der finanziellen Ressourcen der Konzerngesellschaften überschritten sind, ist für Geschäftsführer aufgrund der durchwachsenen Rechtsprechung schwer vorherzusagen. In der o.a. Entscheidung zur zulässigen Aufopferung der Tochtergesellschaft zugunsten ihrer Mutter war die finanzielle Hilfeleistung ebenfalls der letzte Akt im Totenkampf der Gesellschaft.

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>739</sup> Die Muttergesellschaft war zugleich Mehrheitsgesellschafterin der Tochter und hatte bei einer Bank ein Darlehen aufgenommen. Für dieses wurde von der Tochter zugunsten der Mutter eine Bürgschaft bestellt. Diese Bürgschaftsbestellung fiel aber in die sog. Verdachtsfrist (*période suspecte*), also die Zeit zwischen Zahlungseinstellung (*cessation des paiements*) und Eröffnungsbeschluss (*jugement d'ouverture*). Geschäfte, die in dieser Verdachtsfrist abgeschlossen werden, sind gem. art. L. 632-1, al. I, 1° CCom. unwirksam, sofern sie unentgeltlich erfolgen. Die Cour de cassation stellte, wie das Berufungsgericht, das Vorliegen einer Gegenleistung fest, welches die Unentgeltlichkeit entfallen lässt: das Interesse der Tochtergesellschaft an der Finanzierung der Mutter, welches auch Entwicklungsmöglichkeiten für die Tochter selbst beinhaltet.<sup>740</sup> Die Bestellung der Bürgschaft lag also im Interesse der Tochter selbst. Das Gruppeninteresse wird

---

<sup>735</sup> Cass.com., 03.12.2013, n° 12-22.213, Bull. Joly 2014, 186, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>736</sup> Cass.com., 19.11.2013, n° 12-23.020, Bull. Joly 2014, 44, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>737</sup> *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 467 (470).

<sup>738</sup> *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 467 (470): „Toutefois, serait-ce réellement adapté à la réalité économique des situations?“

<sup>739</sup> Cass.com., 19.11.2013, n° 12.23.020, Bull. Joly 2014, 44, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>740</sup> Cass.com., 19.11.2013, n° 12-23.020, Bull. Joly 2014, 44, note *Mouial-Bassilana*: „(...) en tant que filiale, a un intérêt à favoriser le financement de sa société mère, laquelle pourra ainsi participer à son propre développement, l'arrêt en déduit que l'acte du 31 mai 2007 a une contrepartie;“

hier nicht explizit genannt, jedoch ist die Idee klar erkennbar.<sup>741</sup> Diese Entscheidung zeigt deutlich, wie schwer sich die Rechtsprechung außerhalb der ausdrücklichen Anwendung als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen, mit dem Begriff und der Anwendung des Gruppeninteresses tut (zur Anwendung des Rechtfertigungsgrunds s.o. Teil 3 § 3 A. II. 2. d) sowie zum Inhalt des Gruppeninteresses nach Lesart der Rechtsprechung s.u. Teil 4 § 2 A. I.). Häufig werden Entscheidungen und Geschäfte innerhalb des Konzerns an diesem Interesse gemessen und die Richter versuchen, einen Ausgleich zu finden, der der wirtschaftlichen Realität des Konzerns gerecht wird. Andererseits hilft diese inkonsequente und nur unterschwellige Nutzung dieses Konzepts nicht dabei, Rechtssicherheit in den Bereich der konzerninternen Geschäfte zu bringen, die teilweise strafrechtlich, haftungsrechtlich oder auch insolvenzrechtlich relevant sind. Dass die Grenzen nicht klar definiert sind, beklagt auch *Mouial-Bassilana*. Das Ausbluten der Tochter zugunsten der Muttergesellschaft würde immer subtilere Formen annehmen, insbesondere durch Sicherheiten und Garantien, um so die letzte „Transfusion“ zu ermöglichen, bevor die Tochter verschwindet.<sup>742</sup> Denn in diesem Stadium ist die Transfusion von aktiven Vermögenswerten schon nicht mehr möglich.

Das Gruppeninteresse ist kein einheitliches und verlässliches Konzept in der französischen Judikatur (Einzelheiten s.u. Teil 4 § 2 A. I.).

*e) Organhaftung jenseits von Geschäftsführungsmaßnahmen*

Wie gesehen bestimmt sich die Organhaftung des Geschäftsführers nach der Verletzung der ihm obliegenden Pflichten. Seine oberste Pflicht ist die ordnungsgemäße Geschäftsführung. Des Weiteren treffen ihn Treuepflichten, die sich in einem Wettbewerbsverbot äußern (s.u. Teil 3 § 4 B. I. 2.). Die Frage, ob er bei der Ausführung seiner Geschäftsführungsaufgaben das Gruppeninteresse berücksichtigen darf, wird uneinheitlich beurteilt.

Eine kuriose Wendung hat jedoch die Rechtsprechung genommen, die über diese Grundsätze hinaus auch eine Haftung des Leiters der Gesellschaft jenseits der Durchführung von Geschäftsführungsmaßnahmen (*actes de gestion*) annimmt.<sup>743</sup> Illustriert wird diese

---

<sup>741</sup> *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 44 (46).

<sup>742</sup> *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 44 (46): „L'on peut craindre alors que le « vampirisme » au sein du groupe de sociétés ne prenne la forme plus subtile de garanties pour favoriser le financement de la société mère, dernière « transfusion » avant que la filiale ne s'éteigne.“

<sup>743</sup> Vgl. hierzu *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

Haftungserweiterung durch eine Entscheidung des Berufungsgericht von Bordeaux,<sup>744</sup> in dem die als zu hoch bewertete Vergütung dem Geschäftsführer zum Verhängnis wurde. Die Gesellschafterversammlung hatte kompetenzgemäß über die Vergütung abgestimmt und einige Zeit später einen weiteren Geschäftsführer bestellt und dessen Vergütung auf die Hälfte des Betrags des ersten Geschäftsführers festgesetzt. Die Richter befanden, dass die höhere Vergütung nicht der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung entsprach und der Geschäftsführer somit einen *faute de gestion* begangen habe.<sup>745</sup> Er wurde verurteilt, die nachteiligen Konsequenzen der Beratungen über seine Vergütung zu tragen, obwohl er materiell-rechtlich nicht zuständig war, an ihnen mitzuwirken.<sup>746</sup>

Diese Haftungserweiterung ist kein Einzelfall. Ein weiteres Beispiel ist eine Entscheidung des Berufungsgerichts von Paris, in der der Geschäftsführer einer SARL den Schaden eines Gesellschafters ersetzen musste, der sich aus der Nichtverteilung der Gewinne in einem Zeitraum von 20 Jahren ergab.<sup>747</sup> Nun kann ihm aber lediglich vorgeworfen werden, die Thesaurierung in der Hauptversammlung vorgeschlagen zu haben; die finale Entscheidung trafen die Gesellschafter selbst, die auch allein zuständig hierfür waren. Es erstaunt also, dass der Geschäftsführer für eine Entscheidung verurteilt wird, für die ein anders Gesellschaftsorgan zuständig ist.<sup>748</sup>

Die Gründe dafür sind unter anderem das ausgefeilte System der Haftung für Geschäftsführungsfehler, während die Haftung der Gesellschafter für Handlungen innerhalb ihrer gesellschaftsrechtlichen Befugnisse noch in den Kinderschuhen steckt (zu den Einzelheiten der Haftung als Gesellschafter s.u. Teil 3 § 4 B. I. 5.).<sup>749</sup> Durch die zurückhaltende Rechtsprechung, Konzernsachverhalte zu privilegieren und der gleichzeitigen

---

<sup>744</sup> CA Bordeaux, 23.04.2007, Juris-Data n° 2007-338404, Dr. sociétés 2007, comm. 182, obs. *Monnet*.

<sup>745</sup> CA Bordeaux, 23.04.2007, Juris-Data n° 2007-338404, Dr. sociétés 2007, comm. 182, obs. *Monnet*: „Que dans ces conditions, face à une rémunération ne correspondant pas à la charge effective de travail réalisée au profit de l'entreprise, il apparaît que [premier gérant] a commis une faute de gestion.

Attendu que cette faute de gestion a causé un préjudice à l'entreprise qui a servi une rémunération plus importante à [premier gérant] qu'à [deuxième gérant], les rémunérations devant être identiques ainsi que cela résulte des assemblées générales de 1997 dont les résolutions ont été adoptées à l'unanimité.“

<sup>746</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12: „Pourtant, le gérant fut condamné à assumer les conséquences préjudiciables des délibérations relatives à sa rémunération alors même qu'il était matériellement incompétent pour les adopter.“

<sup>747</sup> CA Paris, 15.12.1995, Rev. sociétés 1996, 357, obs. *Guyon*.

<sup>748</sup> CA Paris, 15.12.1995, Rev. sociétés 1996, 357, obs. *Guyon*, wundert sich über die Verurteilung des Geschäftsführers „pour une décision relevant de la compétence d'un autre organe“.

<sup>749</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

Haftungsausweitung auf Maßnahmen, die nicht in der Kompetenz der Geschäftsführer liegen, wird die Leitungsmacht der Mutter spürbar eingeschränkt. Hinzu kommt, dass die Muttergesellschaft ihre Inanspruchnahme ernstlich befürchten muss, da die prozessuale Geltendmachung zivilrechtlicher Haftung durch die *action individuelle* einfach und wahrscheinlich ist.

## 2. Treuepflicht der Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft

Die Verletzung der Treuepflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft ist kein Geschäftsführungsfehler, sondern ein weiterer Auslöser der zivilrechtlichen Haftung.<sup>750</sup> Diese Pflicht besteht nur im Innenverhältnis, nicht hingegen gegenüber Dritten.<sup>751</sup> Sie entspringt höchstrichterlicher Rechtsprechung und ist nicht gesetzlich geregelt. Inhalt der Treuepflicht ist ein Wettbewerbsverbot während der Ausübung der Geschäftsführungsaufgaben und ein fairer Wettbewerb nach Ende seiner Funktion.<sup>752</sup> Während die Haftung der Geschäftsführer bei *faute de gestion* in den letzten Jahren zurückgegangen ist (zur Haftung für *faute de gestion* s.o. Teil 3 § 4 B. I. 1. a)), hat die Cour de cassation ihre Rechtsprechung zur Treuepflicht verschärft.<sup>753</sup>

Hinsichtlich der Ursache dieses Trends lässt sich nur spekulieren, allerdings sind richterrechtlich ausgestaltete Treuepflichten flexibler in der Handhabung und wohl eine Antwort darauf, mit den starren gesetzlichen Konzepten des Gesellschaftsrechts die Haftungskonstellationen in der Gesellschaft nicht mehr adäquat abbilden zu können. Dieser Befund muss im Zusammenhang mit der Gesellschaftsgruppe, auf die das französische Gesellschaftsrecht keine befriedigende Antwort bereithält, verstärkt gelten. Anwendungsfälle, in denen ein wettbewerbswidriges Verhalten beispielsweise bei konzerninternen Transaktionen festgestellt werden könnte, sind nicht fernliegend. Es geht bei der Treuepflicht vor allem darum, dass die Geschäftsführer die *corporate opportunities* bei der Gesellschaft und ihren Mitgliedern belassen und nicht selbst nutzen. Gerade das kann aber im Konzernverbund passieren. Dies ist wie gesehen auch nicht per se schädlich, da so die gruppeninternen Synergieeffekte genutzt werden können. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung dies berücksichtigen wird.

---

<sup>750</sup> Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753 (758).

<sup>751</sup> Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753 (757 f.).

<sup>752</sup> Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753 (758).

<sup>753</sup> Schiller, in: Mél. Germain, 2015, 753 (758).

### 3. Deliktische Haftung für Verrichtungsgehilfen, Art. 1242 CCiv.

Während das Gesellschaftsrecht lediglich den formellen Geschäftsleiter in den Blick nimmt, sind die Regeln des allgemeinen Zivilrechts auch auf den faktischen Geschäftsführer anwendbar.<sup>754</sup> Auch Dritte können bei Klagen gegen Geschäftsführer auf das Deliktsrecht rekurrieren.<sup>755</sup> Die Muttergesellschaft wird häufig nicht selbst die zum Schaden der Tochter führende Handlung begehen. Jedoch hat sie diese unter Umständen angewiesen. Sie haftet dann für die entstandenen Schäden bei der Tochter, wenn deren Geschäftsleiter als Verrichtungsgehilfe der Mutter zu qualifizieren ist und eine Verbindung zwischen vorwerfbarer Handlung und den Aufgaben des Geschäftsleiters besteht (*responsabilité du fait d'autrui*), art. 1242 Code civil (CCiv.).<sup>756</sup>

Da dieser bei Begehung des Geschäftsführungsdelikts immer die ihm übertragenen Befugnisse nutzt, ist die Verbindung zwischen Handlung und Funktion gegeben.<sup>757</sup> Der Geschäftsführer ist dann als Verrichtungsgehilfe der Muttergesellschaft zu qualifizieren, wenn zwischen ihnen ein Subordinationsverhältnis besteht. Dieses zeichnet sich durch ein Weisungsrecht der Mutter aus, welches tatsächlich bestehen muss und welches die Mutter unabhängig von etwaigen Einflüssen Dritter ausüben kann. Entscheidend ist allein, dass die Mutter die Weisung erteilen kann, nicht, dass sie eine solche im Einzelfall auch erteilt hat.<sup>758</sup> Die Mutter muss bei der Ausübung ihres Weisungsrechts derart unabhängig sein, dass die Tätigkeit des Geschäftsleiters der Tochter als Handlung der Mutter erscheint. Da dies oftmals schwer nachweisbar ist und sich die Muttergesellschaften einer solch offensichtlichen Einflussnahme meist enthalten werden, kann das Subordinationsverhältnis auch auf andere Weise entstehen: durch Arbeitsvertrag zwischen Mutter und Geschäftsleiter der Tochtergesellschaft (s.o. Teil 3 § 1 A. I. 2. b)).<sup>759</sup> Die Minderheitsgesellschafter der Tochter können sodann von der Mutter den Schaden der Tochter ersetzt verlangen. So wird die durch Weisungen ausgeübte Leitungsmacht der Mutter weiter eingeschränkt.

---

<sup>754</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (511).

<sup>755</sup> *Schiller*, in: *Mél. Germain*, 2015, 753 (755).

<sup>756</sup> Siehe zum Ganzen auch grundlegend *Julien*, in: *Répertoire de droit civil - Responsabilité du fait d'autrui*, 2019.

<sup>757</sup> Zusammenfassend *Gräbener*, *Schutz außenstehender Gesellschafter*, 2010, S. 139 mwN.

<sup>758</sup> *Gräbener*, *Schutz außenstehender Gesellschafter*, 2010, S. 140 mwN.

<sup>759</sup> Zum Ganzen *Gräbener*, *Schutz außenstehender Gesellschafter*, 2010, S. 140 f. mwN.

#### 4. Mehrheitsmissbrauch (*abus de majorité*)

Die Muttergesellschaft unterliegt gegenüber den Minderheitsgesellschaftern einigen Haftungsvorschriften. Im faktischen Konzern ist sie Mehrheitsgesellschafterin der Tochter, sodass sich der Konflikt nicht innerhalb der Gruppe, sondern innerhalb der Tochtergesellschaft abspielt. Ein für die Mutter problematischer Fall ist der Missbrauch von Mehrheitsmacht (*abus de majorité*). Es handelt sich um eine Form des Rechtsmissbrauchs (*abus de droit*)<sup>760</sup> und liegt vor, wenn eine Entscheidung entgegen dem Gesellschaftsinteresse und im einzigen Ziel getroffen wird, die Mitglieder der Mehrheit auf Kosten der Minderheit zu bevorteilen.<sup>761</sup> Das Gericht stellt fest, ob die Entscheidung darauf gerichtet ist, das Gleichgewicht zwischen den Gesellschaftern zu stören, d.h. die Interessensgemeinschaft zu zerstören, die zwischen den Gesellschaftern gem. art. 1833 CCiv. bestehen muss.<sup>762</sup> Die betroffenen Entscheidungen umfassen alle kollektiv getroffenen Entscheidungen, nicht nur die in der Hauptversammlung/ Gesellschafterversammlung.<sup>763</sup> Die Mehrheitsgesellschafterin kann Mehrheitsmissbrauch durch Ausübung ihres Stimmrechts begehen; die durch Mehrheitsbesitz vermittelte Machtposition kann jedoch auch abseits des Stimmrechts dadurch missbraucht werden, dass dergestalt Druck auf die Gesellschaftsorgane ausgeübt wird, dass sie die gewünschten Entscheidungen entgegen dem Gesellschaftsinteresse treffen.<sup>764</sup> Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund virulent, dass die Gesellschafter der SARL nicht weisungsbefugt sind und die Muttergesellschaft die Geschäftsführung der Tochter hauptsächlich faktisch beeinflusst (Teil 3 § 2 A. I. 2. a)). Wie intensiv dieser Druck sein muss ist unklar. Ausgenommen vom Mehrheitsmissbrauch sind solche Handlungen der Mutter, die einen unlauteren Wettbewerb begründen und zum Nachteil der Gesellschaft sind, da es sich hierbei nicht um eine Beschlussfassung der Gesellschafter handelt.<sup>765</sup>

Aktuelle Reformen werfen die Frage auf, ob das Gesellschaftsinteresse beim *abus de majorité* überhaupt noch eine Rolle spielt, oder ob es hingegen lediglich auf die Zerstörung des Gleichgewichts zwischen den Gesellschaftern ankommt.<sup>766</sup> Hintergrund dieser Überlegungen

---

<sup>760</sup> *Béjot*, La protection des actionnaires externes, 1976, S. 153 f.

<sup>761</sup> Cass.com., 18.04.1961, JCP 1961, 12164, note *Bastian; Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 646; Protection des minoritaires, 2001, Rn. 12650; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 16360.

<sup>762</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 648.

<sup>763</sup> Protection des minoritaires, 2001, Rn. 12520.

<sup>764</sup> Fiches d'orientation Abus de majorité, Rn. 1.2; Protection des minoritaires, 2001, Rn. 12350.

<sup>765</sup> Protection des minoritaires, 2001, Rn. 12539.

<sup>766</sup> *Schmidt*, Rev. sociétés 2019, 513 (514).

ist der neu eingeführte<sup>767</sup> zweite Absatz in art. 1833 CCiv.: „*La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.*“ Danach müssen Gesellschaften im Gesellschaftsinteresse geführt werden; soziale wie umweltrechtliche Implikationen ihrer Aktivität sollen mit berücksichtigt werden. Gleichzeitig ist art. 1844-10 CCiv. modifiziert worden, welcher nun die Unwirksamkeit von Entscheidungen wegen Verstoß bzw. Nichtbeachtung von art. 1833 al. 2 CCiv. ausschließt. Gleiches gilt für art. L. 235-1 CCom. Die Autoren des Gesetzes<sup>768</sup> gingen nicht davon aus, dass dadurch die Unwirksamkeit der Entscheidung aufgrund eines Mehrheitsmissbrauchs betroffen sein könne – die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit wegen Verletzung des Gesellschaftsinteresses gelte weiter fort.<sup>769</sup> Schmidt hingegen ist der Überzeugung, dass die Ablehnung eines Mehrheitsmissbrauchs wegen Übereinstimmung der Entscheidung mit dem Gesellschaftsinteresse, grundsätzlich nicht in Betracht komme. Eine Entscheidung, die die Gleichheit zwischen den Gesellschaftern stört, könne nicht im Gesellschaftsinteresse liegen.<sup>770</sup> Durch das Reformgesetz PACTE sei eine neue Ausrichtung des Mehrheitsmissbrauchs ausgelöst worden, die ohne Referenz auf das Gesellschaftsinteresse auskomme.<sup>771</sup> Diese Ansicht ist allerdings noch nicht in der Praxis angekommen. Aktuelle Nachschlagewerke gehen weiterhin davon aus, dass die Entscheidung entgegen dem Gesellschaftsinteresse getroffen wurde.<sup>772</sup>

Sanktioniert wird der *abus de majorité* in zweierlei Hinsicht: zunächst können die Minderheitsgesellschafter die Unwirksamkeit der betreffenden Entscheidung erreichen.<sup>773</sup>

---

<sup>767</sup> Loi n° 2019-486 vom 22.05.2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), JORF n° 0119 v. 23.05.2019.

<sup>768</sup> Dubost/Lescure, Amendement n° 1479 zum projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises: „Cet amendement vise à circonscrire l'effet de la reconnaissance de l'intérêt social dans la loi sur la vie de la société, et notamment son exposition contentieuse. Afin d'éviter que le juge n'ait à s'immiscer de façon trop avancée dans la gestion et les orientations des sociétés, il est proposé qu'il n'ait pas à apprécier la conformité à l'intérêt social d'un acte ou une délibération sociale sur l'unique fondement de l'article 1844-10, qui prévoit la nullité de tels actes ou délibérations en cas de contrariété avec une disposition impérative du présent titre du code civil.

Le moyen tiré de la contrariété à l'intérêt social d'une délibération d'assemblée générale, par exemple, ne pourrait donc prospérer sur le fondement de l'article 1844-10, comme c'est le cas dans le droit existant. Cette proposition n'est donc pas de nature à remettre en question les solutions jurisprudentielles existantes en matière de contrariété à l'intérêt social, comme la théorie de l'abus de majorité.“

<sup>769</sup> Dondero, D. 2019, 1349 (1350).

<sup>770</sup> Schmidt, Rev. sociétés 2019, 513 (515).

<sup>771</sup> Schmidt, Rev. sociétés 2019, 513 (515).

<sup>772</sup> Fiches d'orientation Abus de majorité, Rn. 1.1.

<sup>773</sup> Caffin-Moi, in: Mél. Germain, 2015, 201 (203).

Grundlage hierfür ist art. 1844-10 CCiv; der Antrag ist gegen die Gesellschaft zu richten.<sup>774</sup> Außerdem können die Minderheitsgesellschafter die Muttergesellschaft als ihre Mehrheitsgesellschafterin auf Schadensersatz aus Delikt in Anspruch nehmen. Grundlage hierfür ist art. 1240 CCiv., also die Deliktsnorm des allgemeinen Zivilrechts.<sup>775</sup> Eine spezifische Norm aus dem Gesellschaftsrecht gibt es hierfür nicht.

Interessant ist, dass einzelne Entscheidungen der Cour de cassation das Gruppeninteresse als Rechtfertigung der Entscheidung zugelassen haben.<sup>776</sup> Hier wird abermals die Autonomie der Tochtergesellschaft durchbrochen und ihre Beteiligung am Konzern zeitigt den Kontext der Entscheidung. Zuvor ging die Literatur davon aus, dass das Gruppeninteresse bei Vorliegen eines Mehrheitsmissbrauchs nicht berücksichtigt werden könne, da dieses nicht Teil des Interesses der Gemeinschaft der Gesellschafter sei.<sup>777</sup> Ein viel kommentiertes Beispiel ist eine Entscheidung der Cour de cassation aus dem Jahre 1972.<sup>778</sup> Hierbei ging es um die Übernahme der Schulden der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft, ohne das letztere hierzu verpflichtet gewesen wäre. Aufgrund dieser fehlenden Verpflichtung wurde der Beschluss entgegen dem Gesellschaftsinteresse und im alleinigen Vorteil der Mehrheit getroffen.<sup>779</sup> Die Kommentatoren weisen insbesondere darauf hin, dass die Entscheidung des Gerichts auch anders hätte getroffen werden können, sofern die Gesellschaften nicht nur finanziell, sondern auch wirtschaftlich miteinander verbunden gewesen wären.<sup>780</sup> Die Hilfen für eine Tochter in der Krise stellten also nicht unweigerlich einen Mehrheitsmissbrauch dar. Sie muss aber im übergeordneten Gruppeninteresse gerechtfertigt sein, welches sich manchmal mit dem der Mutter vermischt. Im vorliegenden Fall lag die Maßnahme jedoch im Interesse des

---

<sup>774</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 650 ff.; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 16370; zweifelnd an der Rechtsgrundlage *Dondero*, D. 2019, 1349 (1350).

<sup>775</sup> *Caffin-Moi*, in: *Mél. Germain*, 2015, 201 (203); *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 650 ff.

<sup>776</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 236.

<sup>777</sup> *Béjot*, La protection des actionnaires externes, 1976, S. 157: „L'intérêt social ainsi conçu ne permet pas non plus, dans le cadre de l'abus de majorité, de tenir compte de l'intérêt du groupe, étranger à celui des associés membres de la collectivité sociale.“

<sup>778</sup> Cass.com., 29.05.1972, JCP 1973 II, 17337, note *Guyon*.

<sup>779</sup> Analyse bei *Atiback*, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, Rn. 316; *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, Rn. 129; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 16380; *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 236; *Protection des minoritaires*, 2001, Rn. 12827.

<sup>780</sup> Vgl. Cass.com., 29.05.1972, JCP 1973 II, 17337, note *Guyon*: „La société mère pouvait alors avoir intérêt à renflouer une filiale nécessaire à la production ou à la vente des produits fabriqués par le groupe, ou bien encore à payer les dettes de la filiale pour sauvegarder la bonne réputation commerciale du groupe tout entier“.

Geschäftsführers als Mehrheitsführer.<sup>781</sup> Das Geschehen innerhalb einer Gruppe muss in Bezug auf das globale „höherrangige“ Interesse beleuchtet werden und nicht im engen Rahmen eines Teils des Gesamtkonzerns, also der Tochtergesellschaft.<sup>782</sup> Der ökonomische Hintergrund der Entscheidung ist ausschlaggebend und auf Ebene der Gruppe zu bewerten.<sup>783</sup>

Die Muttergesellschaft wird häufig ihre Mehrheitsmacht in der Tochter nutzen wollen, um entlang der Kompetenzordnung innerhalb der Gesellschaft Einfluss auf das geschäftliche Geschehen zu nehmen. Ein gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht steht ihr wie gesehen nicht zu, daher kann sie umso versuchter sein, über ihren Einfluss in der Gesellschafterversammlung durch Beschlüsse Tatsachen zu schaffen. Dies ist ihr natürlich immer nur dort möglich, wo die Entscheidung in der Zuständigkeit der Gesellschafter liegt. Da es sich hierbei aber um Grundsatzentscheidungen handelt, können ihre Maßnahmen sehr weitreichende Konsequenzen für die Minderheitsgesellschafter zeitigen. Hier besteht die Problematik, dass die Mutter abermals auf das Gesellschaftsinteresse verpflichtet wird. Allerdings weisen einzelne Autoren darauf hin, dass das Gruppeninteresse Berücksichtigung finden und so die Entscheidung rechtfertigen könnte.<sup>784</sup> Eine ausdrückliche gerichtliche Bestätigung dieser Auffassung besteht soweit ersichtlich bisher nicht.

#### 5. Eigenhaftung der Gesellschafter

Die Haftung der Gesellschafter für Handlungen innerhalb ihrer gesellschaftsrechtlichen Befugnisse steckt noch in den Kinderschuhen. Es ist für die Gerichte oft schwieriger, der wahren Rolle der Gesellschafter in der Hauptversammlung Rechnung zu tragen.<sup>785</sup> Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Liquidatoren die Gesellschafter oftmals gar nicht verklagen und sich so die Rechtsprechung nicht entwickeln kann – sie stagniert auf dem Niveau des Rechtsmissbrauchs, für den Gesellschafter haftbar sind.<sup>786</sup> Die Zurückhaltung der Gerichte, die Gesellschafter selbst mit ihrem persönlichen Vermögen in Haftung zu nehmen, ist vor dem

---

<sup>781</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 236: „Par conséquent, les secours à une filiale en difficulté ne constituent pas inévitablement un abus de majorité. Pour cela, ils doivent être justifiés ‘par l’intérêt supérieur du groupe qui se confond parfois avec celui de la société mère et non comme en l’espèce, par celui du dirigeant chef de file de la majorité.’“.

<sup>782</sup> Vgl. *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, Rn. 129; *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 236: „Un agissement dans un groupe doit être éclairé en fonction de l’intérêt global ‘supérieur’ et non dans le cadre étroit d’une partie du tout.“.

<sup>783</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 237.

<sup>784</sup> *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, Rn. 129; *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 236.

<sup>785</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>786</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

Hintergrund der eigenen Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft, der sie angehören, verständlich. Deren Abschirmwirkung ist signifikant.<sup>787</sup> Die Abstimmungen der Gesellschafter in der Hauptversammlung als Gesellschaftsorgan werden als Ausdruck des Willens der Gesellschaft (*volonté sociale*) betrachtet und der Gesellschaft selbst zugerechnet, die sodann nach außen haftet.<sup>788</sup> Außerdem wirkt auch die Begrenzung der Haftung auf die Einlage beschränkend und hemmend auf die persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter.<sup>789</sup> Schließlich verhindert die freie Ausübung des Stimmrechts der Gesellschafter in der Hauptversammlung eine weitere Haftung. Im Moment der Stimmabgabe soll diese vollumfänglich frei von Einschränkungen oder Zwang sein. Deshalb sind Stimmverträge verboten und auch die Haftung der Gesellschafter für ihre Stimmabgabe ist ausgeschlossen.<sup>790</sup>

Diese Argumente überzeugen *Vicente* nicht. Die Abschirmfunktion der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft bestehe nicht absolut und schließe eine persönliche Haftung der Gesellschafter nicht per se aus.<sup>791</sup> Einfallstor sei hier die Figur des Rechtsmissbrauchs (*abus de droit*). Beispiel hierfür ist die Haftung der Gesellschafter für Mehrheitsmissbrauch (*abus de majorité*) (s.o. Teil 3 § 4 B. I. 4.). Eine solche Haftung wird aber nur selten von den Gerichten angenommen, da die Ausübung von Stimm- und Mehrheitsrechten grundsätzlich keine schadensersatzbegründende Pflichtverletzung darstellt.<sup>792</sup> Daher stellt sich die Frage, ob der Rechtsmissbrauch der alleinige Anwendungsfall der Haftung der Gesellschafter bleiben soll, oder ob daraus ein generelles Konzept der Gesellschafterhaftung abgeleitet und entwickelt werden kann.<sup>793</sup> Des Weiteren sei auch die Begrenzung der Haftung der Gesellschafter auf die einmal eingezahlte Einlage nicht überzeugend.<sup>794</sup> Schließlich sollte diese Haftungsbegrenzung historisch gesehen Investoren anziehen, die mit Eintritt in die Gesellschaft nicht dem Geschäftsrisiko ausgesetzt werden sollten. Es ging jedoch nicht darum, die Haftung für

---

<sup>787</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>788</sup> *Champaud/Danet*, RTD com. 2001, 443.

<sup>789</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>790</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>791</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12: „... l'écran de la personnalité morale n'est plus un écran total et ne préserve plus irrémédiablement l'associé du rayonnement préjudiciable des décisions collectives qu'il contribue à adopter.“

<sup>792</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>793</sup> So auch *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12: „La seule question qui se pose est donc celle de savoir si l'abus de droit doit rester la seule forme de responsabilité personnelle de l'associé ou s'il convient, par-delà cette forme originelle, de généraliser cette responsabilité?“

<sup>794</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12: „... l'atteinte portée à la règle de la limitation de la responsabilité aux apports ne convainc pas plus.“

Pflichtverletzungen auszuschließen.<sup>795</sup> Und selbst wenn man davon ausginge, dass sich der Gesellschafter nur bis zur Höhe seiner Beteiligung dem Geschäftsrisiko der Gesellschaft aussetzen wollte, ist doch vorstellbar, dass er durch sein Verhalten entgegen dem Gesellschaftsinteresse dieses Risiko verändert und diese Konsequenzen zu tragen hat.<sup>796</sup> Auch gilt dieses Prinzip nicht absolut, welches sich durch seine fehlende Anwendung auf den Mehrheitsmissbrauch manifestiert. Zuletzt greife das Argument der Beeinträchtigung der Stimmfreiheit nicht.<sup>797</sup> Denn auch diese Freiheit ist nicht allumfassend gewährleistet. In ganz engem Rahmen sind Stimmrechtsverträge zulässig und die Gerichte sanktionieren missbräuchliches Abstimmungsverhalten. Die Freiheit besteht also darin, alles zu tun, was niemandem schadet.<sup>798</sup>

So sah es auch die Cour de cassation. Das Grundsatzurteil<sup>799</sup> erging am 13. März 2001 und verurteilte zwei Gesellschafter wegen missbräuchlicher Abberufung der Geschäftsführerin zum Schadensersatz nach art. 1382 CCiv (heute art. 1240 CCiv.).<sup>800</sup> Diesem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Gesellschafterin hatte sich mit zwei weiteren Gesellschaftern zu einer SARL zusammengeschlossen, in der sie als Minderheitsgesellschafterin gleichzeitig auch das Amt der Geschäftsführerin übernahm (*gérante minoritaire*). Die Gesellschafter beriefen sie mit Abstimmung in der Hauptversammlung ab. Sie nahm daraufhin die beiden wegen persönlicher Pflichtverletzung in Anspruch, da die Abberufung entgegen dem Interesse der Gesellschaft und zum einzigen Zweck erfolgt sei, ihr zu schaden. Die Cour de cassation gab ihr Recht und verurteilte die Mitgesellschafter auf der Basis des deliktischen Schadensersatzes. Die Pflichtverletzung der beiden Gesellschafter lag darin begründet, dass die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen und abgehalten worden war, sie zu zweifelhaften Zwecken und in Schädigungsabsicht handelten. Sie handelten außerdem in einem persönlichen Interesse. Dies war laut *Viandier* auch notwendig, um eine persönliche Pflichtverletzung annehmen zu können; denn es erfordere eine schwerwiegendere Pflichtverletzung, um die Organhaftung zu überschreiten und die persönliche Haftung der Gesellschafter

---

<sup>795</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>796</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12: „... ne peut-on pas considérer qu'en commettant une faute ou un acte contraire à l'intérêt social l'associé modifie l'aléa inhérent à l'activité sociale?“.

<sup>797</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12

<sup>798</sup> Philosophierend *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12: „La liberté ne consiste-t-elle pas à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui?“, entnommen aus Art. 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) von 1789.

<sup>799</sup> *Champaud/Danet*, RTD com. 2001, 443 empfinden dies als innovativ und interessant.

<sup>800</sup> Cass.com., 13.03.2001, n° 98-16.197, JCP E 2001, 953 - *Mesny*, note *Viandier*.

anzunehmen.<sup>801</sup> Dies zeigt, dass in Ausnahmefällen die Abschirmfunktion der Gesellschaft und das Haftungsgefüge des Gesellschaftsrechts durchbrochen werden kann.

Offen blieb bei der Entscheidung, welchen Schweregrad die Pflichtverletzung erreichen muss, um über die Organhaftung hinweg die persönliche Haftung der Gesellschafter zu begründen.<sup>802</sup> Eine leichte Verfehlung wird hierbei wohl nicht ausreichen – vielmehr ist eine schwere und vorsätzliche Pflichtverletzung Voraussetzung (*faute grave et intentionnelle*).<sup>803</sup> Nachfolgende Entscheidungen haben keine Klarheit hinsichtlich des konkreten Inhalts dieser Pflichtverletzung gebracht. Jedoch scheint gesichert, dass es sich um ein treuwidriges Verhalten des Gesellschafters gegenüber den anderen Gesellschaftern und/oder der Gesellschaft handeln muss (*comportement déloyal*).<sup>804</sup> Es bestehe folglich, ähnlich wie für den Geschäftsführer, eine Treuepflicht der Gesellschafter. Diese Behauptung findet Anklang in der französischen Literatur, hat ihren ausdrücklichen Niederschlag aber noch nicht in der Rechtsprechung gefunden.<sup>805</sup> Eine solche Treuepflicht wäre nicht weit hergeholt, existiert sie doch im deutschen Gesellschaftsrecht und ist insbesondere im Recht des faktischen GmbH-Konzerns von überragender Bedeutung (s.u. Teil 3 § 4 B. II. 1.). Insbesondere in der Rechtsform geschlossener Gesellschaften, deren Anteile nicht ohne weiteres übertragbar sind, ist es von immenser Bedeutung, den anderen Gesellschaftsvertragspartnern, die in einem gewissen Umfang über das Wohl und Wehe der Gesellschaft (mit-)entscheiden, nicht schutzlos ausgeliefert zu sein. Zwar trägt jeder das wirtschaftliche Risiko seiner Unternehmungen und auch der Verhaltensweisen seiner Vertragspartner. Dies kann jedoch nicht unbegrenzt gelten, sofern letztere treuwidrig handeln und die Basis der vertraglichen Verbindung negieren.

Festzustellen ist, dass eine Treuepflicht mit überzeugenden Argumenten diskutiert wird und die Möglichkeit besteht, dass diese auch in absehbarer Zeit die Rechtsprechung beeinflussen könnten. Dies beinhaltet eine weitere Verhaltensnorm für die Muttergesellschaft, die nicht nur als rechtliche oder faktische Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft haftbar sein kann, sondern auch als deren Mehrheitsgesellschafterin.

---

<sup>801</sup> Cass.com., 13.03.2001, n° 98-16.197, JCP E 2001, 953 - *Mesny*, note *Viandier*: „il faut franchir un degré de plus pour passer de la faute de l'organe social à la faute de l'associé et ce degré est celui du but personnel; l'associé détourne en quelque sorte les prérogatives qui lui sont reconnues par l'institution et les exploite à des fins personnels dans la seule volonté de nuire au dirigeant révoqué“.

<sup>802</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>803</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>804</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

<sup>805</sup> *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

## II. Deutsches Recht

### 1. Treuepflichtverletzung als Mehrheitsgesellschafterin der Tochtergesellschaft

Die Muttergesellschaft als Mehrheitsgesellschafterin der Tochtergesellschaft unterliegt im GmbH-Recht einer sog. gesteigerten Treuepflicht, die jedwede schädliche Einwirkung auf die Tochter verbietet.<sup>806</sup> Der BGH hat dies in seinem *ITT*-Urteil konkretisiert und ausgeführt, dass die mitgliedschaftlichen Treuepflichten nicht nur für das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und der Gesellschaft gelten, sondern auch für dasjenige der Gesellschafter untereinander.<sup>807</sup> Ausprägung dieser mitgliedschaftlichen Treuepflicht ist das Schädigungsverbot, das auch Einflussnahmen der Muttergesellschaft entgegenstehen kann.<sup>808</sup>

Die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander begründet aber nur dann eigene Ansprüche der geschädigten Minderheitsgesellschafter, „soweit Individualinteressen der Mitglieder betroffen sind“<sup>809</sup>. Fehlt es an einer Beeinträchtigung dieser Individualinteressen, besteht lediglich ein Anspruch der geschädigten Gesellschaft selbst.<sup>810</sup> Dieser Anspruch wird durch den Geschäftsführer oder im Wege der *actio pro socio* geltend gemacht und kann den Reflexschaden der Mitgesellschafter simultan liquidieren.<sup>811</sup>

#### *a) Inhalt*

Inhalt der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ist das umfassende Verbot der schädigenden Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft. Dabei erstreckt sich das Schädigungsverbot auf Einwirkungen auf die Geschäftsführer sowohl innerhalb als auch außerhalb der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung. Es ist demgemäß bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung sowie auf direkte Weisungen anwendbar. In beiden Fällen macht

---

<sup>806</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 3.

<sup>807</sup> BGH, Urt. v. 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (18 ff.) - *ITT*.

<sup>808</sup> BGH, Urt. v. 16.09.1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (340) - *Autokran*; BGH, Urt. v. 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (18 ff.) - *ITT*; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 7 mwN.

<sup>809</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Anh. § 318 Rn. 27 mwN.

<sup>810</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 9.

<sup>811</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 9.

sich die Muttergesellschaft schadensersatzpflichtig.<sup>812</sup> Die Schadensersatzpflicht setzt schuldhaftes Handeln der Mutter voraus.<sup>813</sup>

Da auf den faktischen GmbH-Konzern die Regeln des faktischen AG-Konzerns und somit der § 311 AktG keine Anwendung finden (s.o. Teil 1 § 4 C. II.),<sup>814</sup> ist auch ein zeitlich nachgelagerter Nachteilsausgleich nicht möglich.<sup>815</sup> Das bedeutet, dass im GmbH-Konzern grundsätzlich von einem „uneingeschränkten Verbot der nachteiligen Einflussnahme“ auszugehen ist, unabhängig davon, ob der Nachteil ausgeglichen werden kann und/oder ein solcher Ausgleich von der Mutter in Aussicht gestellt worden ist. Daher kommt in diesen Konstellationen der Feststellung des Nachteils bzw. einer unerlaubten Einflussnahme besondere Bedeutung zu. Der satzungsmäßige Zweck der Tochtergesellschaft sowie deren Unternehmensgegenstand bilden den Maßstab. Diesen darf die Einflussnahme der Muttergesellschaft nicht zuwiderlaufen; unabhängig davon, ob der Tochter tatsächlich ein Vermögensschaden entsteht.<sup>816</sup> Zu prüfen ist, „ob der gewissenhafte und ordentliche Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft (...) die fragliche Maßnahme ebenfalls vorgenommen oder wegen ihrer Risiken für die abhängige Gesellschaft unterlassen hätte“.<sup>817</sup>

Das Schädigungsverbot ist eingeschränkt, wenn alle Mitgesellschafter der schädigenden Maßnahme zustimmen oder es in der Tochtergesellschaft keine weiteren Mitgesellschafter gibt und es sich somit um eine 100%ige Tochtergesellschaft handelt. In diesen Fällen beschränkt sich die Haftung der Muttergesellschaft auf den Tatbestand der Insolvenzverursachungshaftung (s.u. Teil 5 § 1 B. III. 1.).<sup>818</sup>

---

<sup>812</sup> BGH, Urt. v. 16.09.1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (340) - *Autokran*; BGH, Urt. v. 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (18 ff.) - *ITT*; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 10; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Anh. § 318 Rn. 23, 30.

<sup>813</sup> Wobei der Schuldmaßstab umstr. ist *Schmidt/Nachtwey*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 36; allgemein *Fastrich*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 13 Rn. 30a; *Emmerich*, in: *Scholz*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, Anhang § 13 Rn. 85: Vertretenmüssen nach §§ 31, 276, 278, 280 Abs. 1 BGB.

<sup>814</sup> A.A. *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, Anh. § 13 Rn. 168 f.; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anh. § 13 Rn. 15, 41; *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535 (548); *Tröger/Dangelmayer*, ZGR 2011, 558 (575 ff.).

<sup>815</sup> Umstr. *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Anh. § 318 Rn. 23; *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Konzernrecht Rn. 46.

<sup>816</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Anh. § 318 Rn. 23.

<sup>817</sup> Siehe *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 11.

<sup>818</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 10.

### b) Beispiele

Schädigende Einflussnahme liegt im Allgemeinen dann vor, wenn die Maßnahme im faktischen AG-Konzern einen Nachteil iSv § 311 AktG darstellen würde. Als spezielle Anwendungsbeispiele sind dabei die ungerechtfertigte Belastung der Tochter mit Konzernkosten<sup>819</sup> sowie ihre Schädigung durch die Berechnung unangemessener Konzernverrechnungspreise hervorzuheben. Es lassen sich daneben eine Vielzahl weiterer Fälle beschreiben:<sup>820</sup>

- die Inanspruchnahme von Sachen und Rechten der Tochtergesellschaft ohne angemessene Gegenleistung,
- die Abordnung qualifizierten Personals zur Mutter,
- der Abzug von Liquidität, insbesondere im Rahmen von Cash-Management-Systemen,
- jede Form der Gewinnverlagerung, namentlich durch verdeckte Gewinnausschüttungen,
- die Umlenkung von Geschäftschancen der Tochter auf die Mutter,
- jede nicht durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss gedeckte Konkurrenz seitens der Muttergesellschaft,
- die Sanierung einer anderen Tochtergesellschaft des Konzerns auf Kosten der Gesellschaft,
- die Veranlassung der Tochter zu übermäßig riskanten oder spekulativen Geschäften, vor allem, wenn die Vorteile daraus allein der Mutter zugutekommen,
- die Veranlassung zu einem nachteiligen Effektaustausch, zur Abgabe wertvoller Vermögensbestandteile oder zur Kreditgewährung an die Muttergesellschaft oder andere Konzernunternehmen ohne angemessene Gegenleistung oder ohne Sicherheiten.

Hinzu tritt das Beispiel der Funktionszuweisung im Konzern. Die Fernwirkungen für die Zukunft des Unternehmens lassen sich nur schwer kalkulieren. Auch wenn diese Maßnahmen im Moment der Vornahme finanziell nicht nachteilig sind, weil durch die Spezialisierung und Ausrichtung auf nur einen Abnehmer, nämlich die Gesellschaften im Konzern, eine immer gleiche Kapazitätsauslastung garantiert wird und Vertriebsaufwendungen erspart werden,

---

<sup>819</sup> BGH, Urt. v. 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (18 ff.) - *ITT*.

<sup>820</sup> Vgl. zum Ganzen *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 13 f., mwN aus der Rechtsprechung.

muss darauf geachtet werden, dass die Lebensfähigkeit der Tochter auch außerhalb des Konzerns erhalten bleibt. Wird diese bei Beendigung der Funktionszuweisung oder des Konzernverhältnisses in Frage gestellt, ist die Maßnahme per se nachteilig und somit als Treuepflichtverletzung der Mutter gegenüber der Tochter zu qualifizieren.<sup>821</sup>

Dies wirft die Frage nach der satzungsmäßigen Gestaltung innerhalb der Tochtergesellschaft auf, um dem Konzernkontext besser Rechnung zu tragen und die Gesellschaft auf ihre Einbindung im Konzern auszurichten. Die umfassende Gestaltungsfreiheit im Recht der GmbH spricht zunächst für diesen Ansatz, vgl. § 45 GmbHG. Es darf jedoch bezweifelt werden, ob eine solche satzungsmäßige Ausrichtung der Tochtergesellschaft auf die Belange des Gesamtkonzerns praktisch erfolgsversprechend ist. Dies liegt in den fehlenden Verhandlungsanreizen der Minderheitsgesellschafter begründet.<sup>822</sup> Denn ohne besondere Satzungsbestimmung gelten die gesetzlichen Vorschriften des Minderheitenschutzes, §§ 46 bis 51 GmbHG, auf welche sie verzichten müssten, vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG. Eine ausgewogene Regelung könnte also nicht ohne Zugeständnisse der Muttergesellschaft vereinbart werden. Zwei Szenarien ergeben sich hieraus: entweder, die Beteiligten einigen sich umfassend über die satzungsmäßige Konzernausrichtung, welches nicht ohne hohe Rechtsberatungskosten gelingen dürfte, oder sie einigen sich nur oberflächlich, welches hohe Rechtsverfolgungskosten generieren dürfte, welche aufgrund unvollständiger Verträge entstehen.<sup>823</sup> Hinzu kommt, dass eine Muttergesellschaft, die auf die Ausschlichtung der Tochtergesellschaft abzielt, dies im Vorfeld nicht offenlegen und eine entsprechende Satzungsänderung initiieren wird, um einem Treuepflichtverstoß zu entgehen.<sup>824</sup>

#### *c) Rechtsfolgen*

Begeht die Mutter eine Verletzung der ihr obliegenden Treuepflicht, ist sie der Tochtergesellschaft zum Ersatz des hieraus resultierenden Schadens verpflichtet. Die Muttergesellschaft kann sich durch Nachweis eines fehlenden Verschuldens entlasten. Der Anspruch gegen die Mutter wird durch den Geschäftsführer geltend gemacht, dem ein Beschluss der Gesellschafter nach § 46 Nr. 8 GmbHG vorausgeht und bei dem das Stimmrecht der Mutter gem. § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG ausgeschlossen ist. Steht die erstmalige oder

---

<sup>821</sup> Vgl. *Altmeyden*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 298; *Drygala/Leinekugel*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 23.

<sup>822</sup> Wie hier *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 118 f. mwN.

<sup>823</sup> *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 120 mwN.

<sup>824</sup> Vgl. *Tröger*, Treuepflicht im Konzernrecht, 2000, S. 296.

wiederholte Verletzung der Treuepflicht bevor, kann die Tochtergesellschaft die Mutter auch auf Unterlassung in Anspruch nehmen.<sup>825</sup>

Die Geschäftsführer kommen derweil meist aus dem „Lager“ der Muttergesellschaft, sodass eine Inanspruchnahme außerhalb der Insolvenz der Tochter illusorisch ist. Anerkannt ist daher, dass die Gesellschafter die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen können. Diese müssen dabei Leistung an die Gesellschaft verlangen. Sollten sie darüber hinaus einen unmittelbaren eigenen Schaden erlitten haben, können sie diesen aus eigenem Recht (= Mitgliedschaft) ersetzt verlangen. Darüber hinaus haben die Gesellschafter die Möglichkeit, aus eigenem Recht (= Mitgliedschaft) auf Unterlassung oder Beseitigung zu klagen, wenn die Einflussnahme der Mutter an der Gesellschafterversammlung vorbei erfolgte und sie so übergangen wurden. Erfolgt die Einflussnahme hingegen in der Gesellschafterversammlung und widerspricht der Beschluss der Treuepflicht, ist er anfechtbar.<sup>826</sup>

Die Gläubiger der Tochtergesellschaft können die Schadensersatzansprüche gegen die Muttergesellschaft pfänden und an sich überweisen lassen. Darüber hinaus geht die überwiegende Meinung in der Literatur davon aus, dass sie die Mutter direkt selbst in Anspruch nehmen können entsprechend §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 3 AktG, dies nur bis zur Grenze ihrer Forderung gegen die Tochtergesellschaft.<sup>827</sup> Dieses direkte Verfolgungsrecht hat der BGH aufgegeben<sup>828</sup> und verweist die Gläubiger auf den „Umweg“ der Pfändung des Ersatzanspruchs der Gesellschaft gegen die Mutter.

Hierbei zeigt sich ein sehr umfassender Minderheiten- und reflexartiger Gläubigerschutz. Insbesondere die fehlende Möglichkeit des Nachteilsausgleichs und der damit verbundenen Strenge des Schädigungsverbots behindern eine einheitliche und straffe Konzernleitung der Muttergesellschaft. Sie zeigen aber auch, dass das System des Nachteilsausgleichs des § 311 AktG nicht auf alle Gesellschaftsformen zugeschnitten und anwendbar ist. Dies stellt eine

---

<sup>825</sup> Vgl. zum Ganzen *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 15 ff. mwN.

<sup>826</sup> Einzelheiten bei *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 18.

<sup>827</sup> Hierzu *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 19 mwN; dafür *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Anh. § 318 Rn. 32; *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anh zu § 13 Rn. 41; *Emmerich*, in: *Scholz*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, Anhang § 13 Rn. 88; dagegen *Leuschner*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2021, Anh. § 77 Rn. 125.

<sup>828</sup> Vormals anerkannt in BGH, Urt. v. 16.09.1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (Rn. 22) - *Autokran*.

europaweite Anwendung ebenfalls in Frage. Insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass das formalisierte System des Einzelausgleichs in anderen Mitgliedstaaten unbekannt ist.

#### *d) Fazit*

Das durch die Treuepflicht<sup>829</sup> vermittelte Schädigungsverbot entfaltet leitungseinschränkende Wirkung, wenn Minderheitsgesellschafter nicht in die Schädigung einwilligen und eine nachteilige Einflussnahme auf die Tochter somit vollumfänglich untersagt ist. Dabei ist zu beachten, dass im Recht des faktischen GmbH-Konzerns die Möglichkeit des Einzelausgleichs aus § 311 AktG nicht besteht. Jede nachteilige Einflussnahme hat demnach zu unterbleiben, sofern ihr die Mitgesellschafter nicht zustimmen. Dies hat wiederum eine ganz erhebliche Einschränkung der Leitungsmacht der Mutter zur Folge. Auch eine Rechtfertigung im Gruppeninteresse kommt nicht in Betracht, weil nach deutschem Verständnis dieses immer das Einzelinteresse der Tochter berücksichtigen muss und diesem nicht vorgehen kann (siehe noch u. Teil 4 § 2 B.). Folglich versagt die Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts. Die erleichterte Begründung eines faktischen Konzernverhältnisses wirkt fast wie ein Danaergeschenk. Zwar ist der faktische GmbH-Konzern nahezu aufwandslos begründet, allerdings ist die Leitungsmacht massiv eingeschränkt, sodass die Begründung eines Vertragskonzerns gegebenenfalls doch vorzugswürdig gewesen wäre. Denn in einem solchen Fall ist die einheitliche Leitung der Muttergesellschaft gesetzlich gewährleistet, § 308 AktG.

#### 2. Grundsatz der Gleichbehandlung

Der konzernunabhängige Grundsatz der Gleichbehandlung „verbietet jegliche sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung eines Gesellschafters“.<sup>830</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz richtet sich dabei jedoch nur an die Gesellschaft, also die Tochter. Deren Gesellschafter können keine Ansprüche gegen die Mutter geltend machen.<sup>831</sup> Eine Begrenzung ihrer Leitungsmacht findet demnach nicht statt.

#### C. Fazit

Nicht nur durch spezifische Kapitalerhaltungsvorschriften oder Vorschriften zum Vermögensschutz, sondern auch durch Strafrecht, Gesellschaftsrecht und allgemeines

---

<sup>829</sup> BGH, Urt. v. 16.09.1985 - II ZR 275/81, BGHZ 95, 330 (340) - *Autokran*; BGH, Urt. v. 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 - *ITT*; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Anh. § 318 Rn. 24; *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anh. § 13 Rn. 414; a.A. *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 13 Rn. 75, 123 ff., der von einer Organhaftung wegen pflichtwidriger Geschäftsführung nach § 43 GmbHG analog iVm § 93 Abs. 5 S. 2 und 3 AktG analog ausgeht.

<sup>830</sup> Vgl. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 4.

<sup>831</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Anh. § 318 Rn. 25.

Zivilrecht wird die Leitungsmacht der Muttergesellschaft eingeschränkt. Entweder besteht für sie ein Haftungsrisiko als formelle oder faktische Geschäftsführerin oder als Mehrheitsgesellschafterin der Tochter. Dabei ist das Haftungsrisiko für die Mutter einer französischen Tochtergesellschaft umfangreicher, weil viele verschiedene Tatbestände in Betracht kommen und die Rechtsprechung teilweise stark fluktuiert. Dafür ist das deutsche Haftungsrecht um einiges unnachgiebiger, da eine nachteilige Einflussnahme auf die Tochter unzulässig ist.

### *§ 5 Sonstige Minderheitenrechte*

Nicht immer wird die Leitungsmacht der Mutter nur durch ihre eigene Haftung eingeschränkt. Die Minderheitsgesellschafter verfügen darüber hinaus über andere Rechte, die die Konzernleitung begrenzen. Es handelt sich dabei um Informations- und Kontrollrechte sowie das Stimmverbot der Muttergesellschaft in der Gesellschafterversammlung der Tochter. Außerdem ist über eine Begrenzung des beherrschenden Einflusses der Mutter durch die Möglichkeit eines Austrittsrechts der Minderheitsgesellschafter nachzudenken.

#### A. Informationsrechte

##### I. Französisches Recht

Das französische Recht ermöglicht es den Gesellschaftern einer SARL, in regelmäßigen Abständen Einsicht in Geschäftsberichte sowie die Jahresabschlüsse zu erhalten und den Geschäftsführer hierzu zu befragen (*Rapport de gestion et les comptes annuels*, art. L. 223-26 CCom., *questions au gérant*, art. L. 223-36 CCom., et *information permanente*, art. L. 223-26 al. 4 et R. 223-15 CCom.).<sup>832</sup> Darüber hinaus steht ihnen die Möglichkeit offen, für sie erörterungswürdige Themen auf die Tagesordnung der Gesellschafterversammlung zu setzen (*demande d'inscription à l'ordre du jour*, art. L. 223-27, R. 223-20-2, 3 CCom.). So können die Gesellschafter zumindest in kleinem Umfang Informationen über die Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Tochter erhalten. Eingeschränkt wird die Leitungsmacht dieser dadurch jedoch nicht. Für die Gesellschafter der SAS bestehen solche Informationsrechte hingegen nicht, da die für die SA geltenden Informationsrechte nicht auf sie anwendbar sind; art. L. 227-1 al. 3 CCom schließt die art. L. 225-115 ff. CCom über die Informationsrechte der Aktionäre aus. Allerdings können Informationsrechte im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden.

---

<sup>832</sup> Vgl. zum Ganzen *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 33. Aufl. 2020, Rn. 1628; *Merle/Fauchon*, *Droit commercial*, 24. Aufl. 2020, Rn. 248, 250.

## II. Deutsches Recht

Informationsrechte sind ein wichtiges Schutzinstrumentarium im faktischen GmbH-Konzern. Generell lässt sich festhalten, dass die Minderheitenrechte des GmbH-Rechts für die Gesellschafter der Tochter von erheblicher Bedeutung sind, findet doch kein spezielles Konzernrecht auf diese praxisrelevante Gesellschaftskonstellation Anwendung.<sup>833</sup> Zu den Informationsrechten zählen insbesondere das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach §§ 51a, b GmbHG. Diese ermöglichen es den Minderheitsgesellschaftern, von der Geschäftsführung jedwede Information, insbesondere zu Rechtsgeschäften mit der Muttergesellschaft sowie zu Maßnahmen, die die Mutter veranlasst hat, zu erhalten.<sup>834</sup>

Dabei ist streitig, wie weit das Auskunftsrecht reicht. In Frage steht, ob die Minderheitsgesellschafter der Tochter auch Informationen über die internen Verhältnisse der Mutter und anderer Konzerngesellschaften erhalten können. Dies kann durchaus von Relevanz für die Ausübung ihrer Kontrollrechte sein. Konsens besteht dahingehend, dass die Gesellschafter zumindest über die Angelegenheiten der Muttergesellschaft Auskunft von ihren Geschäftsführern erhalten können, soweit sie diesen bekannt und für die Beurteilung der Angelegenheiten der Tochter von Bedeutung sind.<sup>835</sup>

Die Informationsansprüche bestehen lediglich gegenüber der Tochtergesellschaft, hingegen nicht gegenüber der Muttergesellschaft. Eine solche Auskunftspflichtung kann sich bestenfalls aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht iVm § 242 BGB ergeben.<sup>836</sup> Die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander gehört seit der *ITT*-Entscheidung des BGH zum gesicherten Bestand des GmbH-Rechts.<sup>837</sup> Aus dieser können sich im begrenzten Umfang auch Handlungspflichten und damit auch Auskunftsrechte der Minderheitsgesellschafter gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter in Form der Muttergesellschaft ergeben.<sup>838</sup> Dabei ist eine Interessensabwägung erforderlich, die in Richtung des Auskunftsanspruchs zeigt, sofern mitgliedschaftliche Vermögensinteressen des Gesellschafter berührt sind.<sup>839</sup> Anders liegt es

---

<sup>833</sup> So auch *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 396.

<sup>834</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 396.

<sup>835</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 51a Rn. 7; *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 397; *Noack*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 51a Rn. 12.

<sup>836</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 398; *Pöschke*, ZGR 2015, 550 (568 ff.).

<sup>837</sup> BGH, Urt. v. 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 - *ITT*.

<sup>838</sup> Vgl. *Pöschke*, ZGR 2015, 550 (578).

<sup>839</sup> BGH, Urt. v. 11.12.2006 - II ZR 166/05, NJW 2007, 917; *Pöschke*, ZGR 2015, 550 (579), im Rahmen von Auskünften mit Bezug zur mitgliedschaftlichen Stellung.

hingegen in dem Fall, in dem Auskünfte ohne Bezug zur mitgliedschaftlichen Stellung begehrt werden; hier wird regelmäßig das Geheimhaltungsinteresse der Muttergesellschaft der Auskunft entgegenstehen.<sup>840</sup> Grundsätzlich lässt sich also feststellen: benötigte Informationen zur Erfüllung von konzernrechtlichen Pflichten kann die Tochtergesellschaft von der Mutter aus mitgliedschaftlicher Treupflicht dann verlangen, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss die Tochter diese Informationen tatsächlich benötigen, um eine gesetzliche Pflicht zu erfüllen. Zweitens muss sie sich die benötigten Informationen nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand anderweitig beschaffen können. Drittens muss die Mutter über diese Informationen verfügen.<sup>841</sup>

Einen Sonderfall bilden 100%ige Tochtergesellschaften, in denen die Muttergesellschaft die einzige Gesellschafterin ist.<sup>842</sup> Ein gesicherter Informationsanspruch gegenüber der Muttergesellschaft besteht somit nicht. Zwar können die Gesellschafter über ihr Auskunftsrecht mittelbar Informationen von ihrer Geschäftsführung erhalten. An die kompromittierenden Informationen zur Vorbereitung von Haftungsprozessen gelangen sie dadurch aber nicht. Die Leitungsmacht der Mutter ist nicht eingeschränkt oder durch eine Pflicht zur Weitergabe von Informationen, die sie vorzugsweise geheim halten möchte, gefährdet.

## B. Kontrollrechte

### I. Französisches Recht

#### 1. Expertise de gestion, art. L. 223-37 CCom. und art. 225-231 iVm 227-1 al. 3 CCom.

Die Einsetzung eines Sonderprüfers (*expert de gestion*) steht in der SARL 10% der Gesellschafter offen, L. 223-37 CCom. In der SAS richtet sich die Einsetzung nach art. 225-231 iVm 227-1 al. 3 CCom. und ist als zweigliedriges Verfahren ausgestaltet, sodass die Gesellschafter zunächst den *président* der SAS zur verdächtigen Geschäftsführungsmaßnahme befragen müssen, bevor sie die Einsetzung eines Sachverständigen beantragen können. Die

---

<sup>840</sup> Pöschke, ZGR 2015, 550 (580).

<sup>841</sup> Pöschke, ZGR 2015, 550 (581).

<sup>842</sup> Pöschke, ZGR 2015, 550 (584 f.): Vereinzelt wird angenommen, dass den Alleingesellschafter eine Treuepflicht auch gegenüber „seiner“ Gesellschaft trifft. Die ganz hM lehnt eine Treuepflicht in der 100%igen Tochtergesellschaft jedoch mit der Begründung ab, dass es an einem verselbstständigten Verbandsinteresse fehle, auf das Rücksicht genommen werden müsste. Pöschke bezweifelt dies und führt an, dass insbesondere die auf § 826 BGB gestützte Existenzvernichtungshaftung zeige, dass die Existenz einer rechtlich verselbstständigen und damit geschützten Gesellschaftssphäre auch in der Einpersonen-Gesellschaft nicht geleugnet werden könne. Denn § 826 BGB setzt tatbestandlich voraus, dass ein anderer geschädigt werde.

Gesellschafter der SARL können hingegen direkt das Gericht anrufen.<sup>843</sup> Dieses Kontrollrecht ist nicht subsidiär gegenüber anderen Informationsrechten der Anteilseigner. Weder gegenüber den gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Informationsrechten<sup>844</sup> noch gegenüber dem Recht der Gesellschafter, der Geschäftsführung schriftlich Fragen zu stellen.<sup>845</sup> Letzteres ergibt sich aus art. L. 223-36 CCom. und hat nicht denselben Anwendungsbereich.

Der Sachverständige kann zur Überprüfung einer bestimmten Geschäftsführungsmaßnahme (*acte de gestion*) bestellt werden.<sup>846</sup> Dabei muss es sich auch um eine Maßnahme handeln, die im Kompetenzbereich der Geschäftsführung liegt. Mit der *expertise de gestion* können mithin keine Maßnahmen überprüft werden, die in der Hand der Gesellschafter liegen und die beispielsweise in der Hauptversammlung beschlossen worden sind und von der Minderheit wegen fehlender Stimmen nicht verhindert werden konnten. Dies erscheint auf den ersten Blick einleuchtend. Den Konflikten zwischen Minderheiten und Mehrheiten innerhalb der Gesellschaft wird mit anderen Werkzeugen des Gesellschafts-, aber auch des Wirtschaftsstrafrechts begegnet. Wie ist aber der Fall zu bewerten, in dem innerhalb eines Konzerns die Maßnahme auf Ebene der Geschäftsleitung aufgrund massiven Einflusses der Mehrheitsgesellschafterin, also der Mutter, getroffen worden ist? Dann verschwimmen die Grenzen zwischen Entscheidung der Gesellschafter und Geschäftsführungsmaßnahmen. Ist dann eine Definition des Anwendungsbereichs der *expertise* nur anhand der Kompetenzverteilung innerhalb der Gesellschaft zielführend?

Der Antragsteller muss einen Verdacht auf Unregelmäßigkeiten in der Geschäftsführung darlegen, indem er mindestens darstellt, dass die betreffende Geschäftsführungsmaßnahme in der Lage ist, das Gesellschaftsinteresse zu schädigen.<sup>847</sup> Die Mission des Sachverständigen wird vom angerufenen Gericht festgelegt, welches per einstweiliger Verfügung entscheidet (*statuant en référé*). Nach Ausführung dieser Mission hat der Sachverständige einen Bericht anzufertigen, der an den Antragsteller, die Geschäftsführer, die Staatsanwaltschaft sowie der Gesamtbetriebsrat zu richten ist. Anschließend ist dieser Bericht dem Wirtschaftsprüfer

---

<sup>843</sup> Vgl. zu den Einzelheiten des Verfahrens *Godon*, in: Répertoire des sociétés, 2003, Rn. 34 ff.

<sup>844</sup> CA Versailles, 20.04.1995, JurisData 1995-600468, Bull. Joly 1995, 850, note *Le Cannu*.

<sup>845</sup> CA Paris, 08.10.2008, n°08/08424, Bull. Joly 2009, 653, note *Godon*.

<sup>846</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 681 f.

<sup>847</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 681 f.

zuzuleiten, der ihn seinem Bericht anfügt und der nächsten Gesellschafterversammlung vorlegt.<sup>848</sup> Ziel dieses Verfahrens ist es, den Gesellschaftern, die sich auf eine Konfrontation mit der Geschäftsführung vorbereiten wollen, Munition zu geben.<sup>849</sup> Aus den vom Sachverständigen ermittelten Informationen, die so den Gesellschaftern zugänglich gemacht werden, kann sich die Basis für einen Haftungsprozess oder ein Abberufungsverlangen ergeben. Von Interesse sind die Informationen auch für eine Klage auf Nichtigkeit von missbräuchlichen Entscheidungen (*action en nullité des décisions abusives*). Somit ist die *expertise de gestion* ein Beispiel dafür, dass Informationsbeschaffung und Transparenz wichtige Kontrollmittel für die Minderheitsgesellschafter sind. Dieses Informationsbedürfnis zeigt sich besonders deutlich im Konzern, in dem außenstehende Gesellschafter sonst keinen genauen und mit Zahlen belegten Überblick für die Aktivitäten der Gesellschaft hätten und so die ordnungsgemäße Geschäftsführung sicherstellen können; *Pariante* spricht sogar von den Aktivitäten der gesamten Gruppe.<sup>850</sup> Einen solchen Weitblick könnten sich jedoch nur die Minderheitsgesellschafter der Muttergesellschaft machen, die mit der *expertise de second degré* auch die Aktivitäten der Tochtergesellschaft mit überprüfen lassen können, art. L. 225-231, al. 1 CCom. Den außenstehenden Gesellschaftern der Tochter selbst steht eine solche Möglichkeit nicht zur Verfügung. Des Weiteren besteht diese Möglichkeit in der SARL nicht, denn der Anwendungsbereich der *expertise de second degré* beschränkt sich auf die SA.

Nichtsdestotrotz ist die *expertise de gestion* für die Gesellschafter aller Konzerngesellschaften ein scharfes Schwert im Rahmen einer Konfrontation mit der Geschäftsleitung. Denn die Überprüfung durch den Sachverständigen muss sich nicht nur auf die wirtschaftlichen, finanziellen oder sozialen Aspekte der Geschäftsführungsmaßnahme beziehen. Der *expert* darf sich auch zur Opportunität einer Maßnahme äußern.<sup>851</sup> Dies ist höchstgerichtlich entschieden worden.<sup>852</sup> Das Gutachten analysiert folglich die Natur der Maßnahme, um ihre Reichweite und die Schädlichkeit ihrer Folgen abschätzen zu können. Außerdem kann der

---

<sup>848</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 685.

<sup>849</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 685; *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 228.

<sup>850</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 228.

<sup>851</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 229.

<sup>852</sup> Cass.com., 06.07.1982, Rev. sociétés 1983, 357, note *Le Cannu*., „Rien ne permet de l'interdire à l'expert, au contraire, (son) rapport n'est soumis à aucune directive légale. Quant à son contenu, il ne se heurte pas à l'interdiction d'immixtion dans la gestion et peut donc se prononcer sur l'opportunité des actes qu'il exprime.“.

Sachverständige aus dieser Analyse Schlussfolgerungen für eine etwaige Haftung und die Entwicklungschancen der Konzerngesellschaft anstellen.<sup>853</sup>

### 2. Expertise in futurum, art. 145 CPC

Es handelt sich hierbei um ein Sachverständigengutachten zur Gewinnung von Beweisen und ist vergleichbar mit dem Beweissicherungsverfahren der §§ 485 ff. ZPO. Es kann zulässigerweise neben einer *expertise de gestion* von den Gesellschaftern beantragt werden und ist zu dieser nicht subsidiär.<sup>854</sup> Die beiden Verfahren können auch nacheinander mit demselben Sachverständigen<sup>855</sup> durchgeführt werden.<sup>856</sup> Vorteilhaft an diesem Verfahren ist, dass es keine Beteiligungshürden für die Gesellschafter gibt: jeder Gesellschafter egal welcher Beteiligungshöhe kann die *expertise in futurum* beantragen. Einzige Voraussetzung ist ein berechtigter Grund (*motif légitime*). Außerdem kann die Mission des Sachverständigen auf jegliche Maßnahmen in der Gesellschaft festgelegt werden, nicht nur auf Geschäftsführungsmaßnahmen. Der Richter kann somit auch eine umfassende Ermittlungsmision anordnen.<sup>857</sup> Durch den deutlich weiteren Anwendungsbereich der *expertise in futurum* und der erleichterten Zugänglichkeit für die Gesellschafter stellt sich die Frage, welches das Interesse eines Minderheitsgesellschafters sein sollte, eine *expertise de gestion* anzustrengen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass beide Verfahren dasselbe Ziel verfolgen: auf gerichtliche Veranlassung hin Informationen über die Geschäftsführung zu erhalten.<sup>858</sup> Besonders interessant an diesem Verfahren ist darüber hinaus, dass nicht nur die Gesellschafter die Bestellung eines Sachverständigen beantragen können. Auch den Gläubigern steht die *expertise in futurum* offen.<sup>859</sup> Im deutschen Recht steht eine externe Einmischung der Gläubiger in die Angelegenheiten der Gesellschaft nicht zur Verfügung und wirkt angesichts der betonten Abschirmung der juristischen Person nach außen auch eher systemfremd.

### 3. Weitere Kontrollpersonen

Aber nicht nur *experts* können auf Antrag der Gesellschafter die Geschäftsführung kontrollieren. Das französische Recht hält weitere Kontrollpersonen bereit, wie beispielsweise

---

<sup>853</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 229.

<sup>854</sup> Vgl. *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 230.

<sup>855</sup> Cass.com., 15.09.2015, n° 13-25.275, Bull. Joly 2015, 581, note *Gil*.

<sup>856</sup> Vgl. zum Ganzen *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 692.

<sup>857</sup> Cass.com., 05.04.2018, n° 16-19.966, Rev. sociétés 2018, 650, note *Cerati-Gauthier*: mission d'investigation générale.

<sup>858</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 690.

<sup>859</sup> *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2018, Rn. 103.

den *séquestre*, art. 1961 CCiv. oder den *contrôleur* oder *observateur de gestion*. Schließlich ist der *mandataire ad hoc*, art. 872 CPC zu nennen. Diese Kontrollpersonen greifen hauptsächlich im Fall einer funktionalen Störung der Gesellschaftsorganisation ein, insbesondere, wenn es Interessenskonflikte zwischen den Gesellschaftern zu beklagen gibt. Solche sind wie gesehen im Falle einer Konzernierung nicht unüblich, sodass eine wirksame Kontrolle des Einflusses der Mutter innerhalb der Tochter möglich erscheint. Verstärkt wird die Kontrolle durch den Umstand, dass auch Gläubiger die Bestellung dieser Kontrollpersonen beantragen können und diese ihre Interessen innerhalb der Gesellschaft vertreten.

#### 4. Vorläufiger Verwalter (*administrateur provisoire*)

Ein vorläufiger Verwalter wird vom angerufenen Gericht bestellt, wenn es sich um eine schwerwiegende Krise innerhalb der Gesellschaft handelt. Die Bestellung greift tief in das Organisations- und Entscheidungsgefüge der Gesellschaft ein, indem der *administrateur* ganz oder teilweise die betreffenden Organe bis zum Ende der Krise ersetzt. Dies ist eine einschneidende Ausnahmemassnahme.<sup>860</sup> Sie ist nicht gesetzlich normiert, sondern eine richterliche Konstruktion.<sup>861</sup>

Jeder Gesellschafter kann die Bestellung eines *administrateur provisoire*, auch genannt *administrateur judiciaire*, beim Handelsgericht (*tribunal de commerce*) beantragen.<sup>862</sup> Es bestehen also keine Beteiligungshürden wie bei der *expertise de gestion* (s.o. Teil 3 § 5 B. I. 1.). Der Antragsteller muss lediglich ein berechtigtes Interesse (*intérêt légitime*) darlegen, art. 31 CPP. Neben den Gesellschaftern können auch die Gläubiger die Bestellung beantragen. Diese Möglichkeit ist zunächst konstraintiv; die Gläubiger können sich grundsätzlich nicht in die Gesellschaftsangelegenheiten einmischen und sind nicht die Hüter des Gesellschaftsinteresses.<sup>863</sup> Die Bestellung eines vorläufigen Verwalters ist demgemäß kein Mittel, um die Rechte der Gläubiger zu sichern.<sup>864</sup> Allerdings kann es Situationen geben, in denen die Gesellschaftsorgane derart paralytiert sind, dass eine normale Funktionsweise der Gesellschaft nicht mehr sichergestellt werden kann.<sup>865</sup> Wenn es keinen handlungsfähigen Geschäftsleiter mehr geben sollte, kann der Gläubiger von niemandem die Begleichung seiner

---

<sup>860</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 664; *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 231.

<sup>861</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 664.

<sup>862</sup> *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 231.

<sup>863</sup> *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2018, Rn. 97.

<sup>864</sup> *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2018, Rn. 99.

<sup>865</sup> *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2018, Rn. 100; *ders.*, JCP E 2016, 1364.

Schuld verlangen. Sein persönliches Interesse nach Befriedigung vermischt sich mit dem Interesse der Gesellschaft, ihre Schulden zu begleichen, um so keine wichtigen Vertragspartner und Renommee zu verlieren.<sup>866</sup> Dann kann auch ein Gläubiger das Handelsgericht mit dem Ziel anrufen, einen *administrateur* zu bestellen.

Die Bestellung findet nur statt, wenn Umstände nachgewiesen werden, die belegen, dass der normale Betrieb der Gesellschaft nicht mehr möglich ist – die Gesellschaft sich also in einer schweren Krise befindet.<sup>867</sup> Der Richter nimmt dabei das Gesellschaftsinteresse in den Blick und bestimmt einen *administrateur* bei Vorliegen zweier Voraussetzungen. Zunächst muss eine Lähmung der Gesellschaftsorgane vorliegen (*paralyse des organes sociaux*). An diese Voraussetzung sind hohe Anforderungen zu stellen. Ein Dissens zwischen den Gesellschaftern reicht nicht aus, solange die Gesellschaftsorgane normal funktionieren.<sup>868</sup> Der *administrateur* ist kein Schiedsrichter, der die Konflikte zwischen Minderheits- und Mehrheitsgesellschaftern lösen würde. Ausnahmen von dieser Voraussetzung sind nur zulässig, wenn trotz Funktionierens der Gesellschaftsorgane eine erhebliche Bedrohung des Gesellschaftsinteresses vorliegt.<sup>869</sup> Außerdem bedarf es einer unmittelbaren Gefahr (*péril imminent*). Eine solche lag beispielsweise vor, als die Mehrheitsgesellschafter die Gesellschaft ausschließlich dafür genutzt haben, persönlichen Profit zulasten des Gesellschaftsinteresses zu ziehen.<sup>870</sup>

Das Urteil, welches den *administrateur* bestellt, legt seine Mission und seine Kompetenzen fest.<sup>871</sup> Diese Mission kann auch auf die gesamte Gruppe ausgeweitet werden, sodass ein gemeinsamer *administrateur* ernannt wird (*administrateur commun à tout le groupe*).<sup>872</sup> In der zitierten Entscheidung hatte eine SA als außenstehende Gesellschafterin einer Tochtergesellschaft, deren Geschäftsführer wegen Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen verurteilt worden war, einen gemeinsamen Verwalter für die gesamte Gruppe beantragt. Das Gericht nimmt zwei Tatsachen des Falls in den Blick: zum einen fehlte es an einer autonomen

---

<sup>866</sup> *Lecourt*, JCP E 2016, 17 (22).

<sup>867</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 668.

<sup>868</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 670.

<sup>869</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 670.

<sup>870</sup> Cass.com., 08.02.2017, n° 15-19.897, Bull. Joly 2017, 291, note *Gil*; Cass.com., 18.06.2013, n° 12-13.255, Rev. sociétés 2014, 88, note *Poracchia*.

<sup>871</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 674.

<sup>872</sup> Cass.com., 05.02.1985, n° 82-15.119, JCP G 1985, II, n° 20492 note *Viandier*; *Armand/Viandier*, Rev. sociétés 1986, 557 (558); *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 231.

Selbstverwaltung der Tochtergesellschaft, welche durch die tatsächliche Kontrolle der Mutter ausgeübt wurde; zum anderen bestand eine Gefährdung nicht nur für die Tochter, sondern für die gesamte Gruppe.<sup>873</sup>

Die Verpflichtung des *administrateurs* auf die Wahrung des Gesellschaftsinteresses birgt die Problematik, dass die einzelnen Tochtergesellschaften im Wege der einheitlichen Konzernleitung durch die Mutter auf das Gruppeninteresse verpflichtet werden sollen. Dabei bleiben gruppeninterne Synergieeffekte außer Betracht. Die Tochter wird hier am Maßstab einer unabhängigen Gesellschaft gemessen. So wird die Konzernleitung der Mutter behindert.

#### 5. Fazit

Problematisch ist, dass sich die Möglichkeit der Ausübung von Kontrollrechten meist am Gesellschaftsinteresse der Tochter orientiert und keine konzerndimensionale Privilegierung enthält. Das Informationsbedürfnis zu befriedigen ist wichtig und dient dazu, die Informationsasymmetrie zwischen den Minderheitsgesellschaftern und der Muttergesellschaft zu beheben, welches auch Einfluss auf den Agenturkonflikt hat. Es handelt sich bei den Kontrollrechten der Gesellschafter in der SARL aber um ein konfrontatives Ansinnen, bei dem die Gesellschafter punktuell Aufklärung über ihnen dubios erscheinende Geschäftsführungsmaßnahmen erhalten können. Ihr dauerhaftes Informationsbedürfnis, welches sich beispielsweise aus der Beteiligung an einem konzernweiten Cash-Pool ergeben kann, wird indessen nicht befriedigt. Die Leitungsmacht der Mutter wird trotzdem begrenzt.

### II. Deutsches Recht

#### 1. Anrufung der Gesellschafterversammlung – Beschlusskontrolle, § 50 GmbHG

Durch die Anrufung der Gesellschafterversammlung durch die Minderheit von mindestens 10 % kann ein Durchregieren der Muttergesellschaft verhindert werden, indem der Geschäftsführung der Tochter eine gegenteilige Weisung erteilt wird. So kann im Rahmen eines Anfechtungsprozesses, § 243 AktG analog, eine rechtliche Klärung einzelner Streitfragen im Zusammenhang mit der konzernrechtlichen Einflussnahme erreicht werden.<sup>874</sup> Den Minderheitsgesellschaftern steht es frei, jeglichen Gesellschaftsaspekt gem. § 50 GmbHG zum Gegenstand der Tagesordnung einer Gesellschafterversammlung zu machen. So können sie versuchen, Weisungen an die Geschäftsführer durchzusetzen, die sich gegen die

---

<sup>873</sup> *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 231.

<sup>874</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 400.

Konzernpolitik der Muttergesellschaft richten. Dies kann funktionieren, weil die Muttergesellschaft nach § 47 Abs. 4 GmbHG von der Ausübung ihres Stimmrechts ausgeschlossen ist.<sup>875</sup>

#### 2. Einsetzung eines Sonderprüfers, § 46 Nr. 6 GmbHG

Neben dem Informationsrecht des einzelnen Gesellschafters aus § 51a GmbHG steht der Gesellschaftergesamtheit eine weitere Kontrollmöglichkeit zur Verfügung. Im Rahmen eines einfachen Mehrheitsbeschlusses können sie einen unabhängigen Sonderprüfer einsetzen, vgl. § 46 Nr. 6 GmbHG.<sup>876</sup> Anders als im französischen Recht besteht diese Kontrollzuständigkeit allerdings nur für die Gesellschaftergesamtheit und ist kein Individual- oder Minderheitenrecht, dessen Ausübung ein Quorum genügen lassen würde.<sup>877</sup>

#### 3. Abberufung der Geschäftsführer

Quetschzone zwischen Minderheitsgesellschaftern und Muttergesellschaft innerhalb der Tochtergesellschaft kommt den Geschäftsführern zu. Denn wenn diese eine von der Minderheit beanstandete Weisung der Mutter umsetzen und sich im Nachhinein herausstellt, dass die Einflussnahme rechtswidrig war, laufen die Geschäftsführer Gefahr, aus wichtigem Grund abberufen zu werden. Dabei können sie nicht auf die Unterstützung bzw. Abschirmung durch die Muttergesellschaft hoffen, da diese unter Umständen beim Abberufungsbeschluss einem Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG unterliegt oder aber kraft Treuepflicht zur Zustimmung verpflichtet ist.<sup>878</sup> Auch kann eine Haftung nach § 43 GmbHG bestehen. Hierbei ist zu bemerken, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer selbst nach herrschender Ansicht keinem Stimmverbot nach § 47 Abs. 3 GmbHG unterliegt, da es sich bei der Abberufung um eine Organisations- bzw. Verwaltungsentscheidung, also um eine Mehrheitsentscheidung handelt, und nicht um ein „Richten in eigener Sache“.<sup>879</sup> Dies gilt jedoch nicht bei der Abberufung aus wichtigem Grund nach § 38 Abs. 2 GmbHG; bei dieser Entscheidung unterliegt auch der Gesellschafter-Geschäftsführer nach herrschender Meinung einem Stimmverbot

---

<sup>875</sup> Zum Ganzen *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 401.

<sup>876</sup> Vgl. *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 46 Rn. 69; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 46 Rn. 30; *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 46 Rn. 190; *Noack*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 46 Rn. 50; ausführlich *Fleischer*, GmbHR 2001, 45.

<sup>877</sup> Kritisch *Bachmann u. a.*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 61 f.

<sup>878</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, Anh. § 13 Rn. 151; *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 406: sofortige Abberufung aus wichtigem Grund bei Missachtung des Zustimmungsvorbehalts der außenstehenden Gesellschafter.

<sup>879</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 47 Rn. 101; *Hillmann*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 47 Rn. 68.

nach § 47 Abs. 4 GmbHG analog.<sup>880</sup> Dieses Stimmverbot kann auch die Muttergesellschaft treffen, wenn ihr Interessenkonflikt identisch ist mit dem des Geschäftsführers bzw. sie die Pflichtverletzung begangen hat.<sup>881</sup>

#### 4. Fazit

Ausgesprochen interessant ist zu bemerken, dass die Kontrollrechte im deutschen Recht ausschließlich von den Minderheitsgesellschaftern ausgeübt werden. Dritte Kontrollpersonen finden grundsätzlich keinen Eingang in den Maschinenraum der Gesellschaft. Eine Ausnahme bildet die Bestellung eines Notgeschäftsführers bei führungsloser GmbH nach § 29 BGB analog. Im Übrigen besteht eine externe Einmischung erst, wenn eine gerichtliche Beschlusskontrolle nach § 243 AktG analog stattfindet. Diese ist aber nur punktuell und einmalig und nicht für eine gewisse Dauer wie der Einsatz von *experts* und *administrateurs*. Da die Einsetzung eines Sonderprüfers streng genommen kein Minderheitenrecht ist, sondern der Gesellschaftergesamtheit zusteht, bleiben den Gesellschaftern wichtige Kontrollmöglichkeiten verwehrt.

#### C. Stimmverbot

Im französischen Gesellschaftsrecht ist ein Stimmverbot nicht vorgesehen. Art. L. 223-28 CCom. schweigt zur Frage der Suspendierung des Stimmrechts für einzelne Entscheidungen. Anerkannt ist eine solche bei der Abstimmung über *conventions réglementées*, weil es hier zu einem Interessenkonflikt kommen kann, art. L. 223-19 CCom.

Demgegenüber kommt den Stimmverboten im deutschen Recht nach § 47 Abs. 4 GmbHG überragende Bedeutung für den Minderheitenschutz zu. Sie sind nicht nur auf die Muttergesellschaft, sondern auch auf von ihr kontrollierte Gesellschaften anwendbar, sodass die Verbote selbst bei Enkel- oder Urenkelgesellschaften greifen.<sup>882</sup> Das Stimmverbot aus § 47 Abs. 4 GmbHG kommt immer dann zum Tragen, wenn der betreffende Gesellschafter durch die Beschlussfassung entweder entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll. Dies gilt auch, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber dem Gesellschafter betrifft. Wenn die Minderheit also Beschlüsse entgegen den Weisungen der Muttergesellschaft fassen

---

<sup>880</sup> Siehe nur *Altmeyden*, in: *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 47 Rn. 103 mwN.

<sup>881</sup> BGH, Urt. v. 27.04.2009 - II ZR 167/07, NZG 2009, 707 (709); *Hillmann*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 47 Rn. 68.

<sup>882</sup> Vgl. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 30 Rn. 5.

möchte, kann letztere ihre Vormachtstellung in der Gesellschafterversammlung nicht ausüben, da sie von der Ausübung ihres Stimmrechts nach § 47 Abs. 4 GmbHG ausgeschlossen ist. Das Stimmverbot ist demnach für den Minderheitenschutz im faktischen Konzern von großer Bedeutung.<sup>883</sup> Praktisch hat dies zur Folge, dass die Minderheit den Geschäftsführer anweisen darf, Rechtsgeschäfte mit der Muttergesellschaft zu unterlassen. Dabei ist jedoch problematisch, dass diese Minderheit meist weder befähigt sein dürfte, die Vor- und Nachteile von Geschäften mit der Muttergesellschaft sachkundig zu beurteilen noch sinnvolle Optionen vorzuschlagen.<sup>884</sup> So besteht die Gefahr, dass auch effiziente Geschäfte unterbunden werden oder die Tochtergesellschaft übermäßig bei ihrer Teilnahme am Rechts- und Geschäftsverkehr behindert wird. Dies kann zu einem „bilateralen Monopol“ führen (Einzelheiten s.u. Teil 4 § 2 C. II.). Das Stimmverbot kann darüber hinaus nur da Wirkung entfalten, wo eine Minderheit in der Tochtergesellschaft besteht. Bei 100%igen Tochtergesellschaften entfällt das Stimmverbot.

#### D. Austrittsrecht

Weder in der französischen noch in der deutschen Rechtsordnung ist ein Austrittsrecht der Gesellschafter der Tochtergesellschaft vorgesehen. Ein *droit de retrait* wird jedoch zum Teil angesichts der prekären Lage von Minderheitsgesellschaftern in kleinen geschlossenen Kapitalgesellschaften als Ausweg erwogen.<sup>885</sup>

In Deutschland wird dieser Zustand teilweise ebenfalls als unerträglich angesehen und vorgeschlagen, bei derart engmaschiger Kontrolle durch die Muttergesellschaft, die eine Überprüfung der Einzelmaßnahmen unmöglich macht, ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund als *ultima ratio* vorzusehen.<sup>886</sup> Andere wollen das Austrittsrecht von der Qualität der Eingriffe der Mutter abhängig machen. Jedoch bleibt zu beachten, dass ein Austrittsrecht nicht per se eine sinnvolle Lösung des Konzernkonflikts darstellt. Denn die Gesellschafter sind gehalten, sich in erster Linie gegen die Einflussnahme der Mutter zur Wehr zu setzen und nicht ihre Beteiligung zu deinvestieren. Auch dient das Austrittsrecht nicht dem Gläubigerschutz, da das

---

<sup>883</sup> Liebscher, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 404; Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Konzernrecht Rn. 49.

<sup>884</sup> Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Konzernrecht Rn. 49.

<sup>885</sup> *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 238; *Schmidt*, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, neue Aufl. 2004, Rn. 434.

<sup>886</sup> Zweifelnd bzgl. der Relevanz des Grades der Konzernierung Liebscher, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 416; Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Konzernrecht Rn. 54; Kersting, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anhang nach § 34 Rn. 18 ff..

Gesellschaftsvermögen durch die Auszahlung der Abfindung an die austretenden Gesellschafter geschmälert wird, vgl. §§ 33, 34 GmbHG.<sup>887</sup>

Daher sollte die Annahme eines Austrittsrechts restriktiv erfolgen. Ein wichtiger Austrittsgrund liegt erst dann vor, wenn es den Minderheitsgesellschaftern nicht mehr zumutbar ist, sie auf die Abwehr des Einflusses der Muttergesellschaft zu verweisen.<sup>888</sup>

### *§ 6 Bewertung*

Die Haftung als faktische Geschäftsführerin, die Bestimmungen der Kapitalerhaltung und des Vermögensschutzes, die Eigenhaftung sowie die Minderheitenrechte der außenstehenden Gesellschafter begrenzen die finanzielle und strategische zentrale Leitungsmacht der Muttergesellschaft. Sie dienen dem Minderheiten- und Gläubigerschutz und genießen dahingehend Legitimation. Alle widerstreitenden Positionen müssen allerdings in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei definiert sich der Prüfungsmaßstab aus den in Teil 2 gewonnen Erkenntnissen (Vorteile der Konzernierung s.o. Teil 2 § 1, Nachteile und Gefahren der Konzernierung s.o. Teil 2 § 2). Die Haftungsbeschränkung ist für Muttergesellschaft sowie für Eigen- und Fremdkapitalgeber gleichermaßen ökonomisch geboten. Sie aufrecht zu halten sollte also oberstes Ziel jeglicher Rechtssetzung sein. Sie kann nur dann durchbrochen werden, wenn die Nachteile für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter überwiegen, insbesondere weil die Haftungsbeschränkung falsche Anreize setzt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn durch die Haftungsbeschränkung opportunistisches Verhalten der Muttergesellschaft gefördert oder jedenfalls ermöglicht wird.

Auf der übergeordneten Ebene muss außerdem dem rechtlichen und wirtschaftlichen Phänomen des Konzerns Rechnung getragen werden, indem der Fokus auf das Gesamtgefüge der Gesellschaftsgruppe gelegt, und die wirtschaftliche und organisatorische Abhängigkeit der einzelnen Gesellschaften nicht ignoriert wird. Hier kann das Ergebnis vorweggenommen werden: die Leitungsmacht der Mutter wird zu stark begrenzt, der wirtschaftlich begrüßenswerte Konzern wird nicht ausreichend gegenüber der selbstständigen Gesellschaft

---

<sup>887</sup> Zum Ganzen *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 417.

<sup>888</sup> Anwendungsbeispiele bei *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Anhang zu § 13 Rn. 418; allg. zum Austrittsrecht aus wichtigem Grund BGH, Urt. v. 16.12.1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359 (369): „Dieses Recht gehört als Grundprinzip des Verbandsrechts zu den zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten“; BGH, Urt. v. 01.04.1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157 (162 f.) - obiter dictum.

privilegiert. Es besteht keine Konkordanz aus Schutzrecht und Organisationsrecht. Die ineffizienten gesellschaftsrechtlichen Grenzen der Leitungsmacht der Muttergesellschaft müssen überwunden werden.

#### A. Kapitalerhaltungsrecht

Zu Beginn ist festzuhalten, dass kapitalerhaltungsrechtliche Vorschriften ökonomisch sinnvoll sind; gesetzliche Standardisierung ist immer dann vorteilhaft, wenn es Kostenvorteile gegenüber der vertraglichen Regelung der Parteien ermöglicht. Das gesetzliche System der Kapitalerhaltung gewährleistet im Kern eine Ausschüttungssperre in Höhe des Nominalkapitals und beruht damit auf dem Gedanken, dass das von den Gläubigern zur Verfügung gestellte Fremdkapital vorrangig zu bedienen ist. Es bildet also das typischerweise zu erwartende Verhandlungsergebnis ab und erspart dadurch Transaktionskosten. Zugleich hindert die gesetzliche Regelung die Gesellschaft unter Umständen an einem nachvertraglich opportunistischen Verhalten.<sup>889</sup>

Das Kapitalerhaltungsrecht untersagt Vermögensverlagerungen auf die Muttergesellschaft und verhindert damit, dass die Tochtergesellschaft als Hülse für eine Spekulation auf Kosten der Gläubiger instrumentalisiert wird. „Es unterbindet damit ausdrücklich einen Teil opportunistischen Verhaltens“ – die Vermögensverlagerung – in der Krise der Tochtergesellschaft.<sup>890</sup> Allerdings ist es nicht in der Lage, jegliche Fehlanreize zu unterbinden. Ohne Kapitalerhaltungsvorschriften könnte die Muttergesellschaft versucht sein, Vermögenswerte aus der Gesellschaft abzuziehen, bevor diese aufgrund fehlender Fortführungswürdigkeit der Tochter entwertet werden. Es verbliebe eine fortführungsunwürdige, gläubigerfinanzierte Gesellschaft. Die Muttergesellschaft müsste nicht den Weg der ordentlichen Liquidation beschreiten, in der die Gläubigerforderungen vorrangig sind.<sup>891</sup> Das kann vom Kapitalerhaltungsrecht verhindert werden. Wobei hier häufig der Fokus auf der gläubigerschützenden Dimension liegt, dem Kapitalerhaltungsrecht gleichwohl auch eine minderheitenschützende Funktion zukommt. Jedoch darf nicht verkannt werden, dass die Vermögenswerte in der Tochter nicht nur durch eine Vermögensverlagerung auf die Muttergesellschaft aufgezehrt werden können, sondern bereits im gewöhnlichen

---

<sup>889</sup> Zum Ganzen *Bezenberger*, Kapital der Aktiengesellschaft, 2005, S. 117 ff.; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 495 mwN.

<sup>890</sup> Ausdrücklich *Jaspers*, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 204.

<sup>891</sup> Erhellend *Jaspers*, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 205.

Geschäftsgang. Die Situation des *moral hazard*, die Mutter hat in der Tochter alles zu gewinnen und nichts mehr zu verlieren, kann also auch kapitalerhaltungsrechtlichen Vorschriften zum Trotz eintreten. Im Einzelfall kann die Ausschüttungssperre Fehlanreize sogar noch verstärken, wenn die Muttergesellschaft zu konzerninternen Reinvestitionen ihrer Mittel gezwungen wird und so ohne aussichtsreiche Projekte einen Anreiz zur Unterinvestition und/oder *gamble for resurrection* hat.<sup>892</sup>

Das Kapitalerhaltungsrecht kann demnach nur begrenzt Gläubiger und Minderheiten schützen, greift aber wie gesehen (s.o. Teil 3 § 3 D.) erheblich in die zentrale Leitungsmacht der Muttergesellschaft ein. Dies sei am Beispiel des französischen Rechts demonstriert, in dem die Kapitalerhaltungsregeln von Vorschriften zum Vermögensschutz flankiert werden. Die Haftung für *abus de biens sociaux* (Einzelheiten s.o. Teil 3 § 3 A. II. 2.) setzt eine missbräuchliche Nutzung des Gesellschaftsvermögens voraus, welches Verhaltensweisen der Muttergesellschaft umfasst, die ökonomisch Gefahren für die Gläubiger und Minderheitsgesellschafter zeitigt und so effizienzmindernd wirkt. Namentlich handelt es sich um Vermögensverwässerung und -ersetzung sowie die Gewinnverlagerung von der Tochter auf anderen Konzerngesellschaften respektive die Muttergesellschaft selbst. Das französische Vermögensschutzrecht ist somit zunächst in der Lage, auf Effizienzverluste zu reagieren. Durch die Rechtfertigungsmöglichkeit der *Rozenblum*-Rechtsprechung wird die Haftung der Mutter auch auf die Fälle beschränkt, in denen sie nicht gemeinschaftsdienliche Zielsetzungen verfolgt (*intérêt économique, social ou financier commun*).<sup>893</sup> Grenze dieser Haftungsfreistellung ist die vermögensrechtliche Eigenständigkeit der Tochtergesellschaft, die bei der Krise der Gesellschaft verletzt wird und so zu größeren Effizienzverlusten führen würde, als durch die Effizienzgewinne einheitlicher Gruppenleitung (potentiell) ausgeglichen werden könnte. Es besteht folglich ein angemessener Ausgleich zwischen den betroffenen Akteuren. Problematisch ist jedoch, dass die Voraussetzungen eben dieser *Rozenblum*-Formel von den Gerichten nur äußerst zurückhaltend angenommen werden, sodass die Privilegierungswirkung in Frage gestellt werden muss. Der theoretisch geglückte Ausgleich findet in praxi nicht statt. Grund hierfür sind die strengen Voraussetzungen insbesondere im Hinblick auf die verfestigte Gruppenstruktur. Zwar zeichnet sich eine Öffnung der

---

<sup>892</sup> Siehe die Ausführungen zur nicht konzernierten Gesellschaft, die sich aber auf die konzerninterne Interessenlage übertragen lassen *Jaspers*, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 205 mwN.

<sup>893</sup> Cass.crim., 04.02.1985, n° 84-91.581, Rev. sociétés 1985, 648 – *Rozenblum*, note *Bouloc*.

Rechtsprechung dahingehend ab, dass die Gruppenstruktur auch ökonomisch zu qualifizieren und dann zu bejahen ist, wenn die korrespondierenden Aktivitäten der Gruppenmitglieder darauf ausgelegt sind, Synergieeffekte zu erzielen (Einzelheiten s.o. Teil 3 § 3 A II. 2. d) aa)).<sup>894</sup> Ob sich diese Haltung flächendeckend durchsetzt, bleibt abzuwarten. Solange hier noch nicht von einem gesicherten Standard auszugehen ist, sind die Interessen nicht in einen angemessenen Ausgleich gebracht worden.

### B. Eigenhaftung

Die in straf- und zivilrechtlichen Normen begründete Eigenhaftung der Muttergesellschaft führt zu zwei Schlussfolgerungen. Zunächst besteht eine übermäßige Betonung des Eigeninteresses der Tochtergesellschaft. Es fehlen Möglichkeiten der Berücksichtigung ihrer Einbindung in die Konzernstruktur. Dies zeigt sich besonders deutlich am strikten Schädigungsverbot im faktischen GmbH-Konzern sowie der strafrechtlichen Haftung der Muttergesellschaft als formelle sowie faktische Geschäftsführerin im französischen Recht. Zwar ist die Berücksichtigung der Konzernzugehörigkeit richterrechtlich gestattet, jedoch nicht im gewünschten Maß. Darüber hinaus durchbricht sie in großem Umfang die effizienzsteigernde Haftungsbeschränkung.

Insbesondere bei der Organhaftung bzw. der Haftung für *faute de gestion* der Muttergesellschaft als Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft (Einzelheiten s.o. Teil 3 § 4 B. I. 1.) ergeben sich gravierende Anreizverzerrungen, die zu risikoaverserem Verhalten führen. Dies ist schädlich für die Tochtergesellschaft, den Konzern sowie die Gesamtwirtschaft. Denn ökonomisches Potenzial bleibt ungenutzt. Bei der Innenhaftung des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft tritt folgende Asymmetrie zu Tage: der Geschäftsleiter handelt fremdnützig, also für die Gesellschaft und partizipiert somit nicht an den Vorteilen seines Handelns, hätte aber im Haftungsfall die vollen Verluste zu tragen.<sup>895</sup> Im Schadensrecht gilt der Grundsatz der Totalreparation. Diese Situation wird noch verschärft, wenn den Geschäftsführer im Einzelfall sogar eine Außenhaftung trifft wie beim *faute détachable*. Die Haftung des Geschäftsführers für *faute de gestion* ist als Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet. Will ein Gläubiger hingegen den Geschäftsführer in Anspruch nehmen, verschärft die Cour de cassation die Voraussetzungen zu einem *faute séparable des*

---

<sup>894</sup> Bspw. Cass.crim., 06.04.2016, n° 15-80.150, Rev. sociétés 2016, 539, note *Boursier*.

<sup>895</sup> Vgl. die Ausführungen zur Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227 (256 ff.).

*fonctions* (Einzelheiten s.o. Teil 3 § 4 B. I. 1. b)).<sup>896</sup> Dies dient der ökonomisch gebotenen Haftungsbeschränkung, ohne die der Geschäftsführer, müsste er eine jederzeitige Inanspruchnahme besorgen, keine wirtschaftlich wünschenswerten Risiken mehr einginge. Allerdings relativiert die Handelskammer ihre eigene Rechtsprechung durch die Annahme, dass im Falle eines strafrechtlich relevanten Verhaltens des Geschäftsführers immer darauf zu schließen sei, dass dieses von den gesellschaftlichen Funktionen der Geschäftsführung abtrennbar ist.<sup>897</sup> Darüber hinaus wird diese Rechtsprechung der Handelskammer durch die Spruchpraxis der Strafgerichte torpediert, die das Konzept des *faute séparable* nicht anerkennen und bei strafrechtlichem Verhalten stets von einem haftungsauslösenden *faute de gestion* ausgehen.<sup>898</sup> Dies ist zunächst einleuchtend. Jedoch werden im französischen Recht viele Verhaltensweisen des Geschäftsführers mit Mitteln des Strafrechts sanktioniert, sodass die Haftungsprivilegierung bei Inanspruchnahme durch Dritte geringer ausfällt, als ökonomisch geboten. Dies zeigt sich insbesondere in der missbräuchlichen Nutzung des Adhäsionsverfahrens (*action civile*). Eine Eindämmung durch die erhöhte Voraussetzung eines persönlichen Schadens (*préjudice personnel distinct*) bei der *action individuelle* wird versucht (Einzelheiten s.o. Teil 3 § 3 B. I. 1. c)).

Zu bemerken ist außerdem, dass soweit ersichtlich eine Debatte zur ökonomischen Grundlage des Organhaftungsrechts in Frankreich bisher ausgeblieben ist. Es besteht keine Sensibilisierung für die wirtschaftlichen Anreize und Steuerungswirkungen hinter rechtlichen Verhaltensstandards, jedenfalls nicht im Hinblick auf positive Verhaltenssteuerung in Bezug auf geschäftliche Wagnisanreize. Im Gegenteil wird die Rechtsprechung der Cour de cassation für ihre Haftungsfreistellung des Geschäftsführers gegenüber gesellschaftsfremden Dritten als zu weitreichend kritisiert.<sup>899</sup> Die französische Herangehensweise an Regelung von Leitungsmacht ist negativ die Verhinderung von potenziellen Konflikten und nicht positiv die Incentivierung von gesamtwirtschaftlich effizienter Eingehung unternehmerischer Risiken.

Die Haftung ist ausgeschlossen, sofern sich der Geschäftsführer sorgfältig verhält bzw. im *intérêt social* der Gesellschaft handelt. Der Haftungsschutz durch die *Business Judgment Rule*

---

<sup>896</sup> Grundsatzurteil Cass.com., 20.05.2003, n° 99-17.092 P, D. 2003, 2623, note *Dondero*.

<sup>897</sup> Cass.com., 28.09.2010, n° 09-66.255 P, Rev. sociétés 2011, 97, note *Dondero*.

<sup>898</sup> Cass.crim., 05.04.2018, n° 16-87.669 und 16-83.961, Bull. Joly 2018, 258, concl. *Salomon* und note *Couret*; Cass.crim., 14.10.1991, n° 90-80.621, Rev. sociétés 1992, 782, note *Bouloc*.

<sup>899</sup> *Barbièri*, in: *Mél. Guyon*, 2003, 41 (42, 45); *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 33. Aufl. 2020, Rn. 443, 445; *Merle/Fauchon*, *Droit commercial*, 24. Aufl. 2020, Rn. 236; *Schiller*, in: *Mél. Germain*, 2015, 753.

wird von *Wagner* allerdings als nicht ausreichend betrachtet, denn die vielen weichen und wertungsoffenen Standards ließen keinen sicheren und verlässlichen Hafen der Haftungsfreistellung zu.<sup>900</sup> Die daraus folgende Risikoaversion könne nur durch eine Haftungsbegrenzung verhindert werden. Ähnlich wie die Eigenkapitalgeber müsse die Haftung der Geschäftsleiter auch auf eine bestimmte Haftungsquote begrenzt werden.<sup>901</sup> Die in der französischen Spruchpraxis praktizierte vornehme Zurückhaltung der Inanspruchnahme des Geschäftsführers für *faute détachable* hat eine der *Business Judgment Rule* vergleichbare Wirkung, nur ihre Anreizsteuerung ist noch unsicherer.

Diese Erwägungen zur Haftungsquote mögen ihre Berechtigung haben, wenn es sich um eine natürliche Person handelt, die durch die (fahrlässige) Organhaftung in eine existenzgefährdende Situation gerät. In der Konzernkonstellation, in der die Haftung die Muttergesellschaft als juristische Person trifft (wie beispielsweise als formelle Geschäftsführerin einer SAS), erfordert die Situation eine abweichende Bewertung. Zwar kann die Mutter auch durch die Schadensersatzansprüche in eine existenzgefährdende Schieflage geraten, die „Drahtzieher“ hinter der Rechtspersönlichkeit haften jedoch in jedem Fall nur mit dem von ihnen investierten Vermögen. Das heißt, hier besteht bereits eine Haftungsbeschränkung.

In dem Fall, in dem natürliche Personen Geschäftsleiter der Tochter sind und unter dem Weisungsrecht der Muttergesellschaft stehen oder über die sog. Personalschiene kontrolliert werden, besteht wiederum derselbe Interessen- und Anreizkonflikt, wie von *Wagner* beschrieben. Allerdings ist bei der Mitigation nicht auf Rechtsfolgenseite anzusetzen, sondern bereits im Haftungstatbestand.<sup>902</sup> *Ex ante* muss bereits für die entsprechenden Adressaten der Organhaftung ein Anreiz bestehen, Geschäfte einzugehen und Maßnahmen zu tätigen, die ökonomisch sinnvoll und begrüßenswert sind, also die Vorteile der Konzernierung realisieren. Diese Wagnisanreize bestehen nur, wenn eine Haftung unter gewissen Bedingungen (Einzelheiten Regelungsvorschlag s.u. Teil 6 § 3) ausgeschlossen ist. Im deutschen Recht des faktischen GmbH-Konzerns bestünde beispielsweise die Möglichkeit, den Sorgfaltsmaßstab

---

<sup>900</sup> *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227 (259).

<sup>901</sup> *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227 (260).

<sup>902</sup> Dieser wurde bei den Reformervägungen ausdrücklich ausgeklammert *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227 (261).

aus § 43 Abs. 1 GmbHG zu modifizieren, weil der Pflichtenkatalog dispositiv ist.<sup>903</sup> Auch die Cour de cassation hat bereits durchblicken lassen, dass in Konzernkonstellationen eine großzügigere Berücksichtigung der Stellung der Gesellschaft in der Gruppe sowie eine restriktivere Handhabung des *faute de gestion* vorstellbar ist.<sup>904</sup>

### C. Minderheitenrechte

Das größte Risiko für Minderheitsgesellschafter und Gläubiger ist der Opportunismus der Muttergesellschaft, sei es als (faktische) Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft, sei es als Mehrheitsgesellschafterin derselben. Dieses Verhalten zu unterbinden oder einzudämmen wird durch die oben dargestellten Minderheitenrechte ermöglicht. Im französischen Recht können sich selbst Gläubiger dieser Kontrollrechte bedienen (s.o. Teil 3 § 5 A. I. und B. I.). Durch die Ausübung von Kontroll- und Informationsrechten wird auch die Haftungsbeschränkung aufrechterhalten, sodass hier keine gesamtwohlfahrtmindernden Effekte in Kauf genommen werden müssten.

Informations- und Kontrollrechte dienen der Abmilderung des Prinzipal-Agenten-Konflikts zwischen Minderheits- und Mehrheitsgesellschaftern. Die Reichweite und Durchschlagskraft der Informationsrechte im französischen sowie im deutschen Recht ist jedoch zu gering, um eine durchgreifende eigenständige Kontrolle zu ermöglichen und so die Kontrollkosten (*monitoring costs*) der Prinzipale – Minderheitsgesellschafter – so gering wie möglich zu halten. Effektiver ist die externe Kontrolle durch Sachverständige, die im französischen Recht flexibel einsetzbar sind und so eine immerhin punktuelle Kontrolle gewährleisten können (s.o. Teil 3 § 5 B. I.). Dies vor dem Hintergrund, dass jedenfalls die *expertise in futurum* auch Gläubigern offensteht, welche somit auch ihrem Agenturkonflikt vorbeugen können. Im deutschen Recht ist insbesondere das Stimmverbot eine effektive Kontrolle von Mehrheitsmacht im Konzern und darauf ausgelegt, Interessenkonflikten und Missbrauch abzuwehren. Allerdings begünstigt das Stimmverbot einen Missbrauch von Minderheitenrechten und kann so zu einem sog. bilateralen Monopol führen. Folgen hiervon sind Effizienzverluste.<sup>905</sup> Auch kann bei der Ausübung von Minderheitenrechten durch die außenstehenden Gesellschafter nicht verhindert werden, dass zwar mit Mehrheitsmacht

---

<sup>903</sup> *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 39; eingehend *Haas*, WM 2006, 1417 (1418), umstr.

<sup>904</sup> Cass.com., 03.12.2013, n° 12-22.213, Bull. Joly 2014, 186, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>905</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (359).

durchgesetzte, aber wirtschaftlich sinnvolle und rentable Entscheidungen und Geschäfte unterbunden werden.<sup>906</sup> Diese Balance kann ein außenstehender Sachverständiger im Zweifel besser bewerten und herstellen (vgl. zum Ganzen o. Teil 3 § 5 C. sowie u. Teil 4 § 2 C. II.).

#### Teil 4 Anerkennung des Gruppeninteresses

##### *§ 1 Überwindung dieser Grenzen durch Einbeziehung des Gruppeninteresses*

Die Grenzen der einheitlichen Konzernleitung durch das Kapitalerhaltungsrecht, allgemeine Haftungsrecht und Minderheitenrechte sind insbesondere vor dem Hintergrund virulent, als dass jede Gesellschaft einzeln betrachtet wird. Sie hat ihr eigenes Interesse, dem die Geschäftsführung entsprechen muss. Aber was genau verbirgt sich hinter dem Interesse einer juristischen Person? Und kann es eine Abweichung von diesem Einzelinteresse geben durch ein übergeordnetes Gruppeninteresse?

#### A. Gesellschaftsinteresse

##### *I. Intérêt social* in Frankreich

##### 1. Begriff

Der Begriff des *intérêt social* wird in art. 1833 CCiv. beschrieben und ist im Mai 2019 durch das Reformgesetz Loi PACTE<sup>907</sup> ergänzt worden. Allerdings bereitet die genaue Konturierung<sup>908</sup> des Begriffs weiterhin Schwierigkeiten.<sup>909</sup> Die Definitionsversuche nähern sich der Begriffsbestimmung von einem dogmatischen Standpunkt aus. Ausgangspunkt ist die Grundlage der Gesellschaft selbst. Geht man von einer vertraglichen Konzeption der Gesellschaft aus, dann handelt es sich um das gemeinsame Interesse der Gesellschafter welches darin besteht, sich und alle Vertragsparteien durch die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks zu bereichern, art. 1833 CCiv.<sup>910</sup> Diese Sichtweise entspricht dem Wortlaut der Norm.<sup>911</sup> Sie ist vergleichbar mit dem *shareholder value* Ansatz (Einzelheiten s.u. Teil 4 § 1 A. II. 1.). Allerdings ist hierbei offen, um welche Art von Gesellschaftern es sich handelt. Unternehmergesellschaften haben ein Interesse am langfristigen Wachstum der

---

<sup>906</sup> Ähnlich *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Konzernrecht Rn. 49.

<sup>907</sup> Loi n° 2019-486 vom 22.05.2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), JORF n° 0119 vom 23.05.2019.

<sup>908</sup> Eingehend *Goffraux-Callebaut*, RTD com. 2004, 35 ff.

<sup>909</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 614; *Pirovano*, D. 1997, 189.

<sup>910</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 614; vgl. hierzu auch *Schmidt*, JCP E 1995, 488 Rn. 4.

<sup>911</sup> *Heinrich*, in: *L'intérêt social dans la loi Pacte*, 2019, 182 (183).

Gesellschaft. Investorengesellschafter hingegen bevorzugen eine finanzielle Performance ihrer Beteiligung so schnell wie möglich.<sup>912</sup> Die institutionelle Anschauungsweise schreibt der Gesellschaft selbst ein Interesse zu, welches das der Gesellschafter transzendiert.<sup>913</sup> Die durch die Lehre des Unternehmens vermittelte Anschauung besagt, dass das Gesellschaftsinteresse nicht auf das Interesse der Gesellschafter begrenzt werden kann, sondern das Interesse des Unternehmens mit umfasst, welches die wirtschaftliche, menschliche und finanzielle Realität ist, für die die Gesellschaft als Hülle dient.<sup>914</sup> Dies entspricht dem *stakeholder value* Ansatz. Dieser Konzeption folgt auch der gemeinsame Bericht des CNPF (*Conseil National du Patronat Français*) und AFEP (*Association Française des Entreprises Privées*) (Bericht Viénot I), jedenfalls für börsennotierte Unternehmen.<sup>915</sup>

Erste und letztgenannte Ansichten sind in sich schlüssig, daher ergibt sich die Frage, für welche sich das französische Gesellschaftsrecht letztendlich entscheidet und welche Folgen an eine solche Entscheidung geknüpft sind. Die Virulenz der Entscheidung ergibt sich aus dem Inhalt der Leitungspolitik, die am Inhalt des Gesellschaftsinteresses ausgerichtet ist. Investitionsentscheidungen, Dividendenausschüttung, Übernahme einer Gesellschaft etc. werden anders getroffen werden, je nachdem, ob man nur das Interesse der Gesellschafter berücksichtigt oder noch weitere Interessen.<sup>916</sup> Auch die Befugnisse und Autonomie der Geschäftsleitung richten sich nach der grundsätzlichen Ausrichtung des Gesellschaftsinteresses. Geht man von einem *shareholder value* aus, ist die Geschäftsführung gehalten, den Wert der Beteiligung zu steigern. Insoweit kommt ihr nur eine Wahl des Mittels zu; die Ausübung ihrer Befugnis ist jedoch streng limitiert.<sup>917</sup> Ist man hingegen der Ansicht, die Geschäftsführer sind auf den *stakeholder value* verpflichtet, liegt es an ihnen, Wohlstand und Kontinuität der Gesellschaft sicherzustellen. Dabei kommt ihnen ein großer Handlungs- und Beurteilungsspielraum zu, der nur sehr eingeschränkt intern wie extern überprüfbar ist, sofern

---

<sup>912</sup> Pirovano, D. 1997, 189 (194).

<sup>913</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, *Droit des sociétés*, 33. Aufl. 2020, Rn. 614; Heinrich, in: *L'intérêt social dans la loi Pacte*, 2019, 182 (183).

<sup>914</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, *Droit des sociétés*, 33. Aufl. 2020, Rn. 614; Heinrich, in: *L'intérêt social dans la loi Pacte*, 2019, 182 (183).

<sup>915</sup> Viénot, *Le conseil d'administration des sociétés cotées - rapport du groupe de travail de l'AFEP et du CNPF*, S. 8: „L'intérêt social peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise.“

<sup>916</sup> Schmidt, JCP E 1995, 488 Rn. 4.

<sup>917</sup> Schmidt, JCP E 1995, 488 Rn. 11.

die Gesellschaft solvent ist.<sup>918</sup> Außerhalb des ausdrücklichen Hinweises zur Anwendung des *stakeholder* Ansatzes für börsennotierte Gesellschaften gilt für die übrigen Gesellschaften der Wortlaut des Art. 1833 CCiv., der auf den *shareholder value* abstellt. Dieser gilt somit für die hier behandelten Rechtsformen der SARL<sup>919</sup> sowie der SAS.

## 2. Rechtsfolgen

Wenn das Gesellschaftsinteresse verletzt wird, kennt das französische Gesellschaftsrecht eine Vielzahl von Reaktionen.<sup>920</sup> Die Maßnahme, die gegen den *intérêt social* verstößt, kann annulliert werden. Der Geschäftsführer kann in zivilrechtliche Haftung genommen werden. Auch die Wirksamkeit von statuarischen Ausschlussklauseln bemisst sich nach dem Gesellschaftsinteresse. Entscheidungen der Gesellschafter entgegen dem *intérêt social* können als Missbrauch der Mehrheit (*abus de majorité*), der Minderheit (*abus de minorité*) oder auch der Gleichheit (*abus d'égalité*) gewertet werden. Darüber hinaus muss die Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund im Interesse der Gesellschaft liegen.

Das Gesellschaftsinteresse bestimmt die Richtung, in die sich die Aktivität der Gesellschaft entfalten soll; es konkretisiert das Ziel und die Zwecksetzung der Gesellschaft.<sup>921</sup> Über die oben genannten Anwendungsfälle hinaus ist es ebenfalls in folgenden Bereichen relevant: Kompetenzen der Geschäftsführer, Definition von Kontrolle und Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen.<sup>922</sup> Da sich die Gerichte aber nicht in die Leitung der Gesellschaft einmischen möchten, findet meist nur eine „summarische“ Prüfung statt, ob das Gesellschaftsinteresse tangiert ist – solange die Gesellschaft normal funktioniert, ist auch das Interesse nicht beeinträchtigt.<sup>923</sup>

---

<sup>918</sup> Schmidt, JCP E 1995, 488 Rn. 11.

<sup>919</sup> A.A. Ziegler, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 38 ff. mwN, wonach der *shareholder* Ansatz in der Literatur vereinzelt geblieben sei und zwingende Vorschriften des Gesellschaftsstrafrechts sowie des Umweltschutzes und der Arbeitnehmermitbestimmung den *stakeholder* Ansatz belegten. Die Rechtsprechung habe sich indes noch nicht festgelegt, sondern einige sich lediglich auf eine Minimaldefinition „*intérêt commun des associés*“.

<sup>920</sup> Im Folgenden Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 608; vgl. auch Germain, Sociétés dominantes et sociétés dominées, 1974, Rn. 19; Heinrich, in: L'intérêt social dans la loi Pacte, 2019, 182 (187).

<sup>921</sup> Germain/Mangier, Les sociétés commerciales, 22. Aufl. 2017, Rn. 1559.

<sup>922</sup> Germain/Mangier, Les sociétés commerciales, 22. Aufl. 2017, Rn. 1559.

<sup>923</sup> Germain/Mangier, Les sociétés commerciales, 22. Aufl. 2017, Rn. 1559.

## II. Gesellschaftsinteresse in Deutschland

### 1. Begriff

Die Debatte um das Gesellschaftsinteresse wird in Deutschland anhand der Schnittstelle *stakeholder value* und *shareholder value* geführt. Es geht um die Frage, welche Belange die Leitung der Gesellschaft zu berücksichtigen hat.<sup>924</sup>

Der durch den angelsächsischen Raum in den 1990er Jahren geprägten *shareholder value* Ansatz stellt die Interessen der Gesellschafter in den Vordergrund. Das Oberziel der Unternehmensführung besteht danach in der Maximierung ihres Vermögens.<sup>925</sup> Die Belange anderer Bezugsgruppen werden nur im Rahmen der gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen berücksichtigt. Begründet wird dies damit, dass die Gesellschafter allein das unternehmerische Risiko tragen und die übrigen *stakeholder* durch Gesetze und Verträge geschützt sind. Für die Gesellschafter besteht aufgrund dieses unternehmerischen Risikos hingegen nicht die Möglichkeit, ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft (Kurssteigerungen und Gewinnausschüttungen) bindend zu vereinbaren. Sie tragen somit das Risiko unvollständiger Verträge.<sup>926</sup> Ihnen steht der sich nach Erfüllung der vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den anderen *stakeholdern* ergebende Residualgewinn als zu maximierende Risikoprämie zu.<sup>927</sup>

Diesem monistischen Ansatz steht der pluralistische Ansatz des *stakeholder value* gegenüber, welcher der modernen Unternehmenstheorie entspringt, „die Unternehmen als Netzwerke mit einer Vielzahl von Akteuren (...) versteht, die jeweils spezifische Beiträge zur Wertschöpfung leisten“.<sup>928</sup> Die Transaktionen, die diese Beteiligten mit dem Unternehmen durchführen beruhen jeweils auf Verträgen, die alle in gewissem Umfang unvollständig sind und daher stets Transaktionsrisiken verursachen können.<sup>929</sup> Diesem Risiko sind nicht nur die Gesellschafter ausgesetzt. Neben dem Risiko unvollständiger Verträge sind die Akteure auch dem Risiko opportunistischen Verhaltens der anderen Parteien ausgesetzt. Es handelt sich

---

<sup>924</sup> Vgl. v. Werder, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 291 (293 ff.).

<sup>925</sup> v. Werder, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 291 (294) mwN.

<sup>926</sup> v. Werder, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 291 (294).

<sup>927</sup> O'Sullivan, Cambridge Journal of Economics 2000, 393 (395); v. Werder, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 291 (294) mwN.

<sup>928</sup> v. Werder, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 291 (295).

<sup>929</sup> v. Werder, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 291 (295).

somit um ein Geflecht wechselseitiger Opportunismusrisiken und Opportunismusoptionen aller *stakeholder*.<sup>930</sup>

Für die GmbH besteht Einigkeit, dass das Gesellschaftsinteresse allein durch die Gesellschafter bestimmt wird.<sup>931</sup> Diese Sichtweise ist vom BGH in ständiger Rechtsprechung bestätigt worden.<sup>932</sup> Gleichwohl sind die Interessen der *stakeholder*, insbesondere der Gläubiger, nicht vollends unbeachtlich. Die Grenzen des §§ 30 f. GmbHG sowie die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung vermitteln insofern ein eigenständiges Vermögensinteresse der Gesellschaft.<sup>933</sup>

## 2. Rechtsfolgen

Missachtet der Geschäftsführer bei seiner Leitung das Gesellschaftsinteresse, trifft ihn die Organhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Denn er muss grundsätzlich das Gesellschaftsinteresse seinem Handeln zugrunde legen. Der BGH führt hierzu aus, die Geschäftsführer seien „treuhänderische Verwalter des Vermögens der Gesellschaft“.<sup>934</sup> Treuhänder sind zur Wahrnehmung der Interessen des Treugebers verpflichtet, hier also zur Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses.<sup>935</sup>

## B. Überwindung der Grenzen

Wie die Haftungsvorschriften, Minderheitenrechte und Kapitalerhaltungsregeln zeigen, orientieren sie sich größtenteils an der Vereinbarkeit von Geschäftsleiter- und Gesellschafterhandeln mit dem Gesellschaftsinteresse. Wenn sich dieses nun am Gruppeninteresse orientierte und somit nachteilige Maßnahmen rechtfertigen könnte, könnten die gesellschaftsrechtlichen Grenzen der Konzernleitung überwunden werden. Das Gesellschaftsinteresse würde substituiert durch das Gruppeninteresse.

---

<sup>930</sup> v. *Werder*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (295); vertiefend *ders.*, *Organization Science* 2011, 1345.

<sup>931</sup> *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, S. 52; *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 16 ff.; *Wernert*, *Das Gruppeninteresse*, 2020, S. 126.

<sup>932</sup> BGH, Urt. v. 07.04.2003 - II ZR 193/02, NZG 2003, 528; BGH, Urt. v. 31.01.2000 - II ZR 189/99, NJW 2000, 1571; BGH, Urt. v. 28.09.1992 - II ZR 299/91, BGHZ 119, 257 (262).

<sup>933</sup> BGH, Urt. v. 09.02.2009 - II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 36 f. - *Sanitary*; *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, S. 52; *Wernert*, *Das Gruppeninteresse*, 2020, S. 126; kritisch *Fastrich*, in: *Noack/Servatius/Haas, GmbHG*, 23. Aufl. 2022, § 13 Rn. 54 ff. mwN zum Streitstand in der Literatur.

<sup>934</sup> BGH, Urt. v. 20.02.1995 - II ZR 143/93, BGHZ 129, 30 (34).

<sup>935</sup> *Verse*, in: *Scholz, GmbHG*, 12. Aufl. 2021, § 43 Rn. 50.

Dass dies grundsätzlich möglich ist, wird im französischen Schrifttum bereits erwogen. Der Konzern kann ein eigenes Interesse haben, welches vom Gesellschaftsinteresse der Gruppengesellschaften verschieden ist.<sup>936</sup> Die Bestimmung eines gemeinsamen Interesses ist wichtig, um die tadelnswerten Beeinträchtigungen der Minderheitenrechte sowie die Haftung der verschiedenen Funktionsorgane bemessen zu können.<sup>937</sup> Sodann werden im Konzern die Entscheidungen nicht im Interesse der Gesellschafter der Tochter getroffen, sondern in Abhängigkeit des Gruppeninteresses. Es findet demnach eine Verschiebung des Begriffs des Interesses statt.<sup>938</sup> Es gibt zudem Haftungstatbestände und Minderheitenrechte, die zunächst nicht explizit auf das Gesellschaftsinteresse rekurrieren. In diesem Fall besteht die Möglichkeit, den Begriff des Gruppeninteresses vom Gesellschaftsinteresse zu entkoppeln und ihn als allgemeinen Rechtfertigungsgrund anzuerkennen.

### *§ 2 Konsolidierter Begriff des Gruppeninteresses*

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht geht es bei der Anerkennung des Gruppeninteresses zunächst um die Frage, wie die Kompetenzverteilung im Konzern gestaltet werden kann.<sup>939</sup> Tiefergehend muss dabei beantwortet werden, welches die oberste betriebswirtschaftliche Handlungsmaxime der Konzernleitung ist.<sup>940</sup> Sodann kann hieraus eine rechtliches Regelungskonzept entwickelt werden.

#### A. Gruppeninteresse in Frankreich

Der Begriff des Gruppeninteresses taucht in Rechtsprechung, Literatur sowie Gesetzgebung hin und wieder auf, ohne näher definiert zu werden:<sup>941</sup> Zunächst kann der Konzern im Gruppeninteresse von gewissen Privilegien profitieren (z.B.: konzerninterne Darlehen, Steuerrecht). Des Weiteren spielt der Begriff bei der *expertise de gestion* nach art. L. 225-231 CCom. eine Rolle. Darüber hinaus dient der Begriff im Wirtschaftsstrafrecht als Rechtfertigungsgrund der Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen (*abus de biens sociaux*). Auch können Sanktionen verhängt werden, wenn das Gruppeninteresse verletzt worden ist. Schließlich ist das Gruppeninteresse auch bei Interessenkonflikten mit dem Eigeninteresse der

---

<sup>936</sup> *Barthélémy*, Le droit des groupes de sociétés, 1991, Rn. 196 f.; *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8. Aufl. 2019, Rn. 1562.

<sup>937</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 50: „La détermination de l'intérêt collectif de la société est essentielle en droit, dans la mesure où elle permet de mettre en lumière les atteintes critiquables aux droits de la minorité, mais également les responsabilités des différents organes de fonctionnement.“

<sup>938</sup> *Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 50.

<sup>939</sup> v. *Werder*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 291 (291 f.).

<sup>940</sup> v. *Werder*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 291 (292).

<sup>941</sup> Vgl. zum Ganzen *Pariante*, ECFR 2007, 317 (322).

Konzerngesellschaften bei Ausübung der Leitungsmacht durch die Muttergesellschaft relevant (bspw. *abus de majorité*<sup>942</sup>).

Weitere Ermöglichungsfunktion kommt dem Gruppeninteresse bei der Abberufung von Tochtergeschäftsführern aus wichtigem Grund zu (s.o. Teil 3 § 1 A. I. 2. b)).<sup>943</sup> Die Bewertung des wichtigen Grundes wird von der Existenz der Gruppe beeinflusst.<sup>944</sup> Zwar hat sich die Rechtsprechung noch nicht mit dem Gruppeninteresse auseinandergesetzt, wenn es über eine Abberufung aus wichtigem Grund zu entscheiden hatte.<sup>945</sup> Das Gruppeninteresse kann aber dann von Bedeutung sein, wenn der Tochtergeschäftsführer das Vertrauen der Mutter verloren hat oder es Meinungsverschiedenheiten über die Unternehmenspolitik gibt.<sup>946</sup> Im Falle der Bestellung eines *administrateur provisoire* spielt das Gruppeninteresse ebenfalls eine Rolle; wenn dieses gefährdet sein sollte, kann der Auftrag des *administrateur* auf die gesamte Gruppe ausgeweitet werden (Einzelheiten zum *administrateur provisoire* s.o. Teil 3 § 5 B. I. 4.).<sup>947</sup>

### I. Gruppeninteresse in der Rechtsprechung

Der Begriff des Gruppeninteresses hat seine inhaltliche Ausprägung in der *Rozenblum*-Entscheidung erfahren. Begonnen<sup>948</sup> hat die inhaltliche Ausgestaltung in den späten 60er Jahren des letzten Jahrhunderts – Das Strafgericht von Paris urteilte 1968:<sup>949</sup> jede Maßnahme, die im Rahmen eines Konzerns durchgeführt wird, verliert ihren eigenständigen Charakter und muss im Lichte einer gemeinsamen Gruppenpolitik bewertet werden, die von der Gruppenführung vorgegeben wird. Diese Maßnahme ist gerechtfertigt, wenn sie auf die Verwirklichung eines gemeinsamen Ziels hinwirkt, ohne dabei das Gleichgewicht zwischen

---

<sup>942</sup> *Urbain-Parleani*, in: *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, 2010, 91 (97).

<sup>943</sup> *Gauthier*, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, 2000, Rn. 111: „L’invocation de l’intérêt social au profit du groupe concerne la révocation pour juste motif.“

<sup>944</sup> *Gauthier*, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, 2000, Rn. 113.

<sup>945</sup> *Gauthier*, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, 2000, Rn. 116: „...il ne semble exister aucune décision ayant fait clairement allusion, quant au motif de révocation, à l’intérêt du groupe.“

<sup>946</sup> *Gauthier*, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, 2000, Rn. 117.

<sup>947</sup> Cass.com., 05.02.1985, n° 82-15.119, JCP G 1985, II, n° 20492, note *Viandier*; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 16560.

<sup>948</sup> Siehe ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung aus der deutschen Literatur *Gräbener*, *Schutz außenstehender Gesellschafter*, 2010, S. 100 ff.; *Krafft*, *Die Rozenblum-Doktrin*, 2020, S. 150 ff.

<sup>949</sup> Trib. corr. Seine, 26.11.1968, *Gaz.Pal.* 1969, 309, note *Lacan*: „chaque opération effectuée dans le cadre d’un groupe perd son individualité et doit s’apprécier à la lumière de la politique d’ensemble élaborée par le chef de file de groupe. Cette opération est justifiée si elle concourt au but commun sans rupture d’équilibre entre les engagements respectifs et sans excéder les possibilités financières de la société qui en supporte la charge“.

den jeweiligen Verpflichtungen zu zerstören und ohne die finanziellen Möglichkeiten der Gesellschaft zu überschreiten. Weiter ausgestaltet wurde das Prinzip in der Rechtssache *Willot* im Jahr 1974<sup>950</sup>, in der das Strafgericht von Paris die Anforderungen an die Opfer der Tochtergesellschaft festlegte. Diese müssen im Gruppeninteresse erbracht worden sein, d.h. zur Aufrechterhaltung des Gleichgewichts oder zur Verfolgung einer kohärenten globalen Politik.<sup>951</sup>

Mit der *Rozenblum*-Entscheidung von 1985<sup>952</sup> erfuhr das Gruppeninteresse seine finale Ausgestaltung. Eine Maßnahme kann im Gruppeninteresse gerechtfertigt sein, wenn sie durch ein gemeinsames wirtschaftliches, soziales oder finanzielles Interesse bedingt ist, welches im Lichte einer für die gesamte Gruppe aufgestellten Politik bewertet wird. Sie darf nicht ohne Gegenleistung erfolgen oder das Gleichgewicht der Verpflichtungen der betroffenen Gesellschaften stören. Außerdem darf die Maßnahmen die finanziellen Möglichkeiten der Gesellschaft nicht überschreiten.

Außerhalb der strafrechtlichen Rechtsprechung zur Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen (*abus de biens sociaux*), ist die Nutzung des Begriffs des Gruppeninteresses eher sporadisch. Er wird in der Rechtsprechung gemieden. Das heißt nicht, dass das Konzept nicht anerkannt wäre, jedoch wird versucht, das Ergebnis durch andere Rechtsinstitute zu begründen. In der handelsrechtlichen Rechtsprechung folgt man der Leitidee, dass die Zugehörigkeit zu einer wirtschaftlichen Einheit in manchen Fällen eine Maßnahme entgegen dem Eigeninteresse der Gesellschaft rechtfertigen kann.<sup>953</sup> Die Voraussetzungen sind ähnlich: zwischen den Gesellschaften muss eine verfestigte Gruppenstruktur bestehen, bei der die Aktivitäten der Gruppenmitglieder aufeinander abgestimmt sind. Besteht hingegen lediglich eine finanzielle Verbindung, können Maßnahmen nicht im Gruppeninteresse gerechtfertigt sein.<sup>954</sup> Beispielhaft sei hier eine Entscheidung der Handelskammer der Cour de cassation genannt, bei der ein Mehrheitsmissbrauch der Muttergesellschaft in Rede stand, der nach Ansicht des

---

<sup>950</sup> Trib. corr. Paris, 16.05.1974, D. 1975, 37 - *Agache-Willot*.

<sup>951</sup> *Trochu/Jeantin/Langé*, D. 1975, 7: „les sacrifices doivent avoir été consentis dans l'intérêt du groupe, c.a.d. pour le maintien de son équilibre ou pour la poursuite d'une politique globale cohérente“.

<sup>952</sup> Cass.crim., 04.02.1985, n° 84-91.581, Rev. sociétés 1985, 648 – *Rozenblum*, note *Bouloc*: „Le concours financier (...) doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge.“.

<sup>953</sup> *Atiback*, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, Rn. 318.

<sup>954</sup> *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, Rn. 129.

Kommentators wohl nicht angenommen worden wäre, wenn die Gesellschaften untereinander eine stärkere Bindung gehabt hätten.<sup>955</sup>

Das Gruppeninteresse wird von der Rechtsprechung einzelfallabhängig definiert – es besteht keine Umgrenzung *in abstracto*.<sup>956</sup> Jede Maßnahme muss eine der drei von der Rechtsprechung definierten Ausprägungen des gemeinsamen Interesses der Gesellschafter dienen: ein gemeinsames wirtschaftliches, soziales oder finanzielles Interesse. Das wirtschaftliche Interesse ist meist am einfachsten herauszuarbeiten. Es liegt in den ökonomischen Gründen für eine Konzernierung (s.o. Teil 2 § 1). Dazu gehören auch verantwortungsvolle Unternehmensführung, Risikodiversifizierung, Aufbau von flexiblen und anpassungsfähigen Strukturen, Erhöhung von Gewinnen, Steuervorteile, Niederlassung auf neuen Märkten im Ausland etc.<sup>957</sup> Sobald die Aktivitäten der Gesellschaften komplementär sind, liegt ein gemeinsames wirtschaftliches Interesse nahe.<sup>958</sup> Hinter sozialem Interesse verbirgt sich das Interesse der Arbeitnehmer.<sup>959</sup> Das finanzielle Interesse drückt sich hauptsächlich in der einheitlichen Verwaltung des Vermögens der Gesellschaften aus. Dadurch können Skaleneffekte generiert werden.<sup>960</sup>

Das Gruppeninteresse hat auch Eingang in die steuerrechtliche Rechtsprechung gefunden. Die *Sofige* Entscheidung aus dem Jahr 1995 ist hier besonders prominent.<sup>961</sup> Das Gruppeninteresse rechtfertigt nicht das Opfer einer Schwestergesellschaft. Dies zeige, dass die Rechtsprechung dem Gruppeninteresse gegenüber abgeneigt sei.<sup>962</sup> Trotz der Beherrschung durch die Muttergesellschaft wird jede Gesellschaft wie eine eigenständige

---

<sup>955</sup> Cass.com., 29.05.1972, JCP 1973 II, 17337, note *Guyon*: die Generalversammlung einer Muttergesellschaft hatte spontan beschlossen, die Schulden der Tochtergesellschaft zu übernehmen. Der Beschluss wurde von den Minderheitsgesellschaftern wegen Mehrheitsmissbrauchs angefochten. Vor dem Berufungsgericht sowie vor dem Kassationsgerichtshof hatten sie mit diesem Vorbringen Erfolg. Die Gerichte hoben den Beschluss auf, weil er dem Eigeninteresse der Muttergesellschaft entgegenstand und ausschließlich der Mehrheitsgesellschafterin diene, die Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft war. Rechtlich war die Mutter nicht verpflichtet, die Schulden der Tochter zu übernehmen. Auch opportunistische Gründe ließen die Richter nicht gelten. *Guyon* kommentierte: „la solution aurait été sans doute différente si l'on s'était trouvé en présence d'un groupe non pas uniquement financier comme en l'espèce, mais réalisant une concentration économique. La société mère pourrait alors avoir un intérêt à renflouer une filiale nécessaire à la production ou à la vente des produits fabriqués par le groupe, ou bien encore à payer les dettes de la filiale pur sauvegarder la bonne réputation commerciale du groupe tout entier.“

<sup>956</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (300); *Pariente*, ECFR 2007, 317 (323).

<sup>957</sup> *Pariente*, ECFR 2007, 317 (326).

<sup>958</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (300).

<sup>959</sup> *Pariente*, ECFR 2007, 317 (326).

<sup>960</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (301 f.); *Pariente*, ECFR 2007, 317 (326).

<sup>961</sup> CE, 21.06.1995, n° 132531, JCP E 1995, 747 - *Sofige*; *Cozian*, JCP E 1996, 45 (45).

<sup>962</sup> *Cozian*, JCP E 1996, 45 (46).

juristische Einheit behandelt, die ihr eigenes Interesse verteidigen muss.<sup>963</sup> Diese muss ihre Profite unabhängig von der Gruppenstrategie steigern. Zwar kann es zu gewissen Solidaritäten zwischen den Gesellschaften kommen – dies aber nur in einer Richtung von der Mutter gegenüber der Tochtergesellschaft. Die Rettung der Tochter durch die Mutter liegt auch in ihrem Interesse, da sie im Falle einer Sanierung Vorteile zieht: finanzielle, weil ihre Beteiligung an der Tochter aufgewertet wird, strategische, weil sie ihre Diversifikationspolitik weiter betreiben kann, sowie immaterielle, weil dadurch das Renommee der Gesellschaft und der Gruppe erhalten bleibt.<sup>964</sup> Während die Hilfe durch die Mutter also von der Finanzverwaltung und den Finanzgerichten gestattet wird, ist die Hilfe von Tochter zu Mutter oder zwischen Schwestergesellschaften nicht zugelassen. Derartige Rettungsmaßnahmen wie Forderungsverzichte werden als *acte anormal de gestion* bewertet, also Geschäftsführungsmaßnahmen, die dem Interesse der Gesellschaft widersprechen und daher nicht steuerlich absetzbar sind. Denn es gibt für die Tochtergesellschaft keinen direkten finanziellen Vorteil aus der Rettungsmaßnahme, da sie keinerlei Beteiligung an der geretteten Gesellschaft hält und auch keinen Anspruch auf Dividenden hat. Dies muss nach Stimmen in der Literatur anders bewertet werden, sofern Retterin und Gerettete geschäftliche Beziehungen unterhalten und so von der Sanierung ihrer Geschäftspartnerin profitieren.<sup>965</sup>

Diese rigide Ansicht der Finanzrechtsprechung ist zweifelhaft. Ihr ist zuzugestehen, dass der Tochter bei der Rettung einer Schwestergesellschaft im Sinne eine Konzernsolidarität wohl kein direkter finanzieller Vorteil erwachsen wird. Jedoch ist nicht ersichtlich, warum nicht auch indirekte Vorteile berücksichtigungsfähig sein sollen und warum das Gruppeninteresse hier keinen Eingang in die Abwägung findet. Wenn sich der Geschäftsführer der Tochter bei einer solchen Rettungsaktion vom Vorwurf der Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen exkulpieren kann, weil die Maßnahme im Gruppeninteresse gerechtfertigt war, warum soll dies dann nicht auch die Maßnahme steuerrechtlich unproblematisch machen? Die fehlende Anerkennung des Gruppeninteresses im Steuerrecht hat dazu geführt, dass Tochtergesellschaften versuchen, die Rettung der Schwester mit ihrem eigenen Interesse zu rechtfertigen. Diese Argumentation hat nicht verfangen.<sup>966</sup>

---

<sup>963</sup> Cozian, JCP E 1996, 45 (46).

<sup>964</sup> Cozian, JCP E 1996, 45 (46).

<sup>965</sup> Cozian, JCP E 1996, 45 (46).

<sup>966</sup> CE, 21.06.1996, n° 132531, JCP E 1995, 747 - Sofige; Cozian, JCP E 1996, 45 (46).

Auch anderweitige Umgehungsmanöver dieser strikten Rechtsprechung waren nicht erfolgreich. Eine Tochtergesellschaft hatte vor der Rettungsaktion eine Kapitalbeteiligung an der Schwester erworben und war somit zur Mutter letzterer „aufgestiegen“. Da die Rechtsprechung die Rettung der Tochter durch die Mutter gestattet bzw. steuerrechtlich anerkennt, war dieses Manöver zunächst erfolgsversprechend. Die Cour administrative d’appel von Paris<sup>967</sup> hat dieser Konstruktion jedoch eine klare Absage erteilt. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Beteiligung am Kapital der Schwester im Gruppeninteresse liege, ist sie nicht vereinbar mit dem Eigeninteresse der Tochter.<sup>968</sup> Die Begründung der Beteiligung ist der *acte anormal de gestion*.<sup>969</sup> Eine jüngere Entscheidung lässt jedoch auf eine Sensibilisierung der finanzgerichtlichen Rechtsprechung für Konzernsachverhalte hoffen. Der *Conseil d’État* entschied 2015<sup>970</sup>, dass eine nicht marktgerechte Bepreisung von Werbeleistungen gegenüber der Mutter nicht als *acte anormale de gestion* anzusehen sei. .

## II. Gruppeninteresse in der Literatur

Auch die Literatur tut sich schwer mit einer Definition des Gruppeninteresses. Teilweise wird davon ausgegangen, dass es sich um einen das Gesellschaftsinteresse komplettierenden Begriff handele, der es erlaube, die Effektivität der Maßnahmen innerhalb der Gruppe umfassend überprüfen zu können.<sup>971</sup> Er diene als Prognosegrundlage, um die Rentabilität der Maßnahme für die gesamte Gruppe überprüfen zu können. Er eigne sich indessen nicht für eine Systematisierung.<sup>972</sup> Einzig gesichert sei, dass es sich nicht lediglich um eine Zusammenfassung der Einzelinteressen der Konzernglieder handeln könne.<sup>973</sup> Auch die Inhaltsbestimmung anhand des Interesses der Muttergesellschaft sei abzulehnen und das selbst dann, wenn sich die Tochtergesellschaften im 100%igen Anteilsbesitz der Mutter

---

<sup>967</sup> CAA Paris, 20.06.1995, 93PA01140, RJF 1995, 955.

<sup>968</sup> *Cozian*, JCP E 1996, 45 (47 f.).

<sup>969</sup> CAA Paris, 20.06.1995, 93PA01140, RJF 1995, 955: „qu’enfin et en réalité elle s’est, en procédant pour sa part à cette prise de participation, seulement conformée, sans poursuivre aucun intérêt propre, à la politique de la société mère (...) que l’intérêt du groupe (...) n’est pas de nature à lui conférer (...) un caractère de normalité (...)“.

<sup>970</sup> CE, 23.01.2015, n° 369214, RTD com. 2015, 173, note *Fouquet*.

<sup>971</sup> *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8. Aufl. 2019, Rn. 1565.

<sup>972</sup> *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8. Aufl. 2019, Rn. 1565.

<sup>973</sup> *Barthélémy*, Le droit des groupes de sociétés, 1991, S. 196 f.; *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8. Aufl. 2019, Rn. 1565; *Schmidt*, Les droits de la minorité dans la société anonyme, 1970, Rn. 82: „l’intérêt auquel doit se conformer la majorité est distinct de la somme des intérêts individuels et de la représentation des intérêts du capital dirigeant.“.

befänden.<sup>974</sup> Darüber hinaus herrscht weitestgehend Einigkeit darüber, dass der bisher erarbeitete Inhalt des Gruppeninteresses nicht in der Lage ist, das Einzelinteresse der Konzerngesellschaften zu überwiegen.<sup>975</sup> Die wohl überzeugendste Ansicht ist, das Gruppeninteresse autonom zu bestimmen, sodass es dem Eigeninteresse vorgehen kann.<sup>976</sup> Diese Ausrichtung des Eigeninteresses am Gruppeninteresse wird von der Rechtsprechung nur temporär zugelassen.<sup>977</sup> Die vollständige Aufopferung einer Konzerngesellschaft kann nicht im Gruppeninteresse gerechtfertigt sein.<sup>978</sup>

### III. Gruppeninteresse in der Gesetzgebung

Das Handelsrecht versucht eine Kohärenz mit dem Wirtschaftsstrafrecht herzustellen, indem es für die Rechtmäßigkeit der *expertise de gestion de second degré* ähnliche Voraussetzungen aufstellt, wie die *Rozenblum*-Rechtsprechung für eine Rechtfertigung des *abus de biens sociaux*. Ohne weitere Ausgestaltung des Begriffs ist dieser in art. L. 225-231 CCom. rechtlich anerkannt worden.<sup>979</sup>

### IV. Zusammenfassung und Ergebnis

Das Gruppeninteresse ist heute kein Spezifikum der strafrechtlichen Rechtsprechung mehr, sondern eher ein Mittel, um der Gruppe einzelne Rechte zuzuweisen, ohne ihr dabei aber eigene Rechtspersönlichkeit zu verleihen.<sup>980</sup> Dabei ist die begriffliche Konturierung ähnlich schwierig und schwammig wie beim *intérêt social*. Allerdings bleibt zu bemerken, dass das Prinzip in Rechtsprechung, Literatur sowie Gesetzgebung seit Jahrzehnten Eingang gefunden hat, sodass es sich um ein erprobtes Konzept handelt, welches viele Anschauungsbeispiele für eine europäische Rechtssetzung bietet.

### B. Gruppeninteresse in Deutschland

Das Gruppeninteresse firmiert in Deutschland auch unter dem Begriff des Konzerninteresses. Er findet sich andeutungsweise in § 308 AktG wieder und betrifft den Vertragskonzern. Die

---

<sup>974</sup> *Atiback*, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, Rn. 161, 163; *Schmidt*, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, neue Aufl. 2004, Rn. 426: „ceci permettrait à la société mère de s'appropriier les biens de la personne morale“.

<sup>975</sup> *Urbain-Parleani*, in: *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, 2010, 91 (96).

<sup>976</sup> Vgl. *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, Rn. 129; *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, Rn. 41 f.; *Petitpierre-Sauvain*, Droit des sociétés et groupe de sociétés, 1972, Rn. 37, 44.

<sup>977</sup> Cass.crim., 11.05.2000, n° 99-84.958: „l'intérêt du groupe peut être provisoirement substitué à l'intérêt des sociétés membres.“

<sup>978</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (300); *Urbain-Parleani*, in: *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, 2010, 91 (97).

<sup>979</sup> Vgl. *Pariente*, ECFR 2007, 317 (327).

<sup>980</sup> *Pariente*, ECFR 2007, 317 (330).

Mutter darf der Tochter Weisungen erteilen, die für diese nachteilig sind, wenn sie den Belangen der Mutter oder der mit ihr und der Tochter konzernverbundenen Unternehmen dienen, § 308 Abs. 1 S. 2 AktG.<sup>981</sup> Ein Einzelinteresse einer anderen Konzerngesellschaft geht dem Einzelinteresse der betreffenden Tochter vor. Der Begriff des Konzerninteresses ist in Deutschland somit ein irreführender Begriff, weil hiermit nicht auf ein von den Einzelgesellschaften unabhängiges Gesamtinteresse abgestellt wird, sondern nur auf das Interesse einzelner Konzerngesellschaften, insbesondere das der Mutter.<sup>982</sup>

Im Recht des faktischen AG-Konzerns steht der Muttergesellschaft hingegen kein Weisungsrecht zu. § 311 Abs. 1 AktG gestattet hingegen die Einflussnahme der Mutter auf die Tochtergesellschaft beruhend auf der „Veranlassung“<sup>983</sup>, die für die betreffende Tochter nachteilig sein kann, sofern sie ausgeglichen wird. Im faktischen GmbH-Konzern, auf den das spezifische Konzernrecht keine Anwendung findet, hat der Begriff des Konzerninteresses keine Bedeutung, da nachteilige Einflussnahmen grundsätzlich nicht gestattet sind. Hier kommt dem Konzerninteresse keine legitimierende Funktion der Konzernleitungsmacht zu. Nichtsdestotrotz hat sich im deutschen Schrifttum eine lebhafte Diskussion zur Frage des Inhalts des Konzerninteresses entwickelt, die an ähnlichen Leitplanken wie die französische Diskussion verläuft. Es ist ein „vielgestaltiger Begriff“.<sup>984</sup>

#### I. Kein „Eigeninteresse“ der Konzerngesellschaften

Eine Strömung in der konzernrechtlichen Literatur geht davon aus, dass Konzerngesellschaften über kein eigenes Interesse mehr verfügen. Unabhängig davon, wie man den Begriff des Gruppeninteresses inhaltlich definiert, geht es ihnen dabei nicht um einen „Vorrang“ dieses Interesses und eine Aufopferung der Tochtergesellschaft für den Konzern. Ihrer Ansicht nach geht es in der heutigen Debatte vielmehr darum zu erkennen, „dass eine Konzerngesellschaft als solche überhaupt kein abstrakt definierbares ‚Eigeninteresse‘ mehr hat, das sich unabhängig von der Tatsache ihrer Einbindung in den Konzern beschreiben

---

<sup>981</sup> Siehe zu den Einzelheiten des Weisungsrechts der Muttergesellschaft *Hirte*, in: AktG Großkommentar, 4. Aufl. 2013, § 308 Rn. 13 ff.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 308 Rn. 21 ff.; *Koch*, in: *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 308 Rn. 2 ff.; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 23 Rn. 13 ff.; *Altmeyden*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2020, § 308 Rn. 9 ff.

<sup>982</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 23 Rn. 25; *Koch*, in: *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 308 Rn. 16; *Altmeyden*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2020, § 308 Rn. 103.

<sup>983</sup> Siehe zu den Einzelheiten der „Veranlassung“ *Fleischer*, in: AktG Großkommentar, 4. Aufl. 2020, 42. Lfg., § 311 Rn. 144 ff.; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn. 22 ff.; *Koch*, in: *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 311 Rn. 13 ff.; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 25 Rn. 2 ff.; *Altmeyden*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 75 ff.

<sup>984</sup> *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (69); *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (434 ff.).

ließe“.<sup>985</sup> Da Konzerngesellschaften in ihrer Spezialisierung innerhalb der Gruppe nur eine begrenzte Aufgabe zu erfüllen hätten, welches für jedermann ersichtlich sei, kämen diese nicht auf die Idee, ein eigenständiges und von der Konzernzugehörigkeit unabhängiges Interesse zu verfolgen.<sup>986</sup> Dies ist zumindest in dem Fall zu bejahen, in dem die Tochtergesellschaft ausschließlich zu ihrer Aufgabe im Konzerngefüge gegründet wird. Wenn sie allerdings von der Muttergesellschaft im Laufe ihres gesellschaftlichen Lebens übernommen wird und Minderheitsgesellschafter weiterhin in der Gesellschaft verbleiben, mag diese These nicht mehr so uneingeschränkt Geltung beanspruchen. Wenn sich auf einmal die unternehmerische Ausrichtung der Gesellschaft verändert und auf den Konzern angepasst werden soll, erlöschen nicht automatisch alle vorherig verfolgten Interessen.

Verfolgt man diese These jedoch weiter, ergibt sich daraus die Schlussfolgerung, dass es bei der Begrifflichkeit des Gruppeninteresses in erster Linie um die Fixierung von Prinzipien einer ordnungsgemäßen Konzernleitung durch die Mutter geht. Eine legitime einheitliche Leitung legt eine konzernweite Geschäftspolitik fest. Da diese jedoch Ausdruck unternehmerischer Freiheit ist, entzieht sie sich *ex ante* Festlegungen durch juristische Kategorien, welches die Bestimmung des Gruppeninteresses gravierend erschwert.<sup>987</sup> Diese unternehmerische Freiheit wird zunehmend durch rechtliche Verantwortung beschränkt, insbesondere im europäischen Kartellrecht.<sup>988</sup> Werden durch die Anerkennung des Gruppeninteresses Grundsätze ordnungsgemäßer Konzernleitung festgelegt, kann diese unternehmerische Freiheit wieder geschützt werden, insbesondere gegen Bestrebungen, die Muttergesellschaft direkt selbst in Haftung zu nehmen.<sup>989</sup> Für eine solche Haftung bestünde kein Raum, wenn Konzernleitung legitimiert und geregelt würde. Es handelt sich gewissermaßen um ein Schutzrecht für die Muttergesellschaft selbst, obwohl in diesem Zusammenhang immer von Ermöglichungsfunktion oder *enabling law* gesprochen wird.

## II. Aggregation der Einzelinteressen – quantitative pluralistische Betrachtungsweise

Im Rahmen einer betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise gehen Teile der Literatur hingegen davon aus, dass jede einzelne Gesellschaft innerhalb des Konzerns weiterhin über

---

<sup>985</sup> Ausdrücklich *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (7).

<sup>986</sup> *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (7).

<sup>987</sup> *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (8).

<sup>988</sup> EuGH, 10.09.2009, C-97/08, Slg., I-08237 - *Akzo Nobel*.

<sup>989</sup> Ähnlich *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (8).

ihr eigenes Interesse verfügt und dessen Verwirklichung nach wie vor untergeordnet ist.<sup>990</sup> Dabei entspreche das Gruppeninteresse im Wesentlichen dem Interesse der Muttergesellschaft. Weitere Belange der verschiedenen Bezugsgruppen gingen jeweils nur mit ihrem „unternehmensspezifischen Teilgewicht“ in die Interessensabwägung ein.<sup>991</sup> Es handelt sich somit um eine quantitative Bestimmung des Gruppeninteresses, bei der es zunächst nicht auf die Qualität des Interesses oder dessen Beeinträchtigung ankommt.

Interessant ist bei diesem Konzept, dass keine Saldierung der betroffenen Interessen stattfindet, sondern diese als Interessensgegensätze zwischen Konzernunternehmen virulent werden. Die Lösung dieses Interessenskonflikts wird darüber entschieden, in welcher quotalen Höhe sie in das Konzerninteresse miteinfließen. Dies richtet sich nach der Beteiligungshöhe der Mutter in den entsprechenden Töchtern.<sup>992</sup>

Diese Methode zur Bestimmung des Gruppeninteresses mag ihren akademischen Reiz haben, ist jedoch erheblichen praktischen Bedenken ausgesetzt. Zunächst ist problematisch, dass keinerlei qualitative Bewertung der Interessen stattfindet. Darüber hinaus ist die quantitative Bestimmung bei gleichen Beteiligungshöhen schwer durchführbar und könnte zu Pattsituationen führen. V. *Werder* führt sein Verständnis des Gruppeninteresses anhand eines Beispiels aus: eine Konzernmutter ist an zwei Tochtergesellschaften beteiligt, und zwar an TG1 mit 51% und an TG2 mit 100%. Eine bestimmte konzernrechtliche Benachteiligung von TG1 zugunsten von TG2 belastet das Gruppeninteresse weniger als die gleiche Benachteiligung von TG2 zugunsten von TG1.<sup>993</sup> Bei der Bestimmung des Gruppeninteresses werden 49% der Belange der TG1, verkörpert durch die Minderheitsgesellschafter, ausgeklammert.

Wie ist nun aber der Fall zu bewerten, in dem die Vermögensverschiebung bei TG1 einen erheblichen Verlust und großen Eingriff in ihr Eigeninteresse bedeutet, TG2 aber nur von geringem Nutzen ist? Hier macht sich das Fehlen qualitativer Bewertungsmerkmale besonders

---

<sup>990</sup> Beispielsweise v. *Werder*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (300): „...lässt sich das haftungsrechtliche Trennungsprivileg im Konzern aus marktwirtschaftlicher Perspektive im Grunde nur dann rechtfertigen, wenn die konsequente Verfolgung des individuellen Unternehmensinteresses jeder Konzerngesellschaft gewährleistet ist.“

<sup>991</sup> v. *Werder*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (301).

<sup>992</sup> v. *Werder*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (303 f.): „Dieser Effekt beruht letztlich darauf, dass die Stakeholderbelange auf Tochterebene bei einer solchen Bestimmung des Gruppeninteresses im Umfang der Minderheitsbeteiligungen negiert bzw. Interessenskonflikte zwischen Konzerntöchtern nach Maßgabe der Beteiligungsquoten gelöst werden.“

<sup>993</sup> v. *Werder*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (303).

bemerkbar. Oder der Fall, in dem die Mutter an beiden Gesellschaften in gleicher Höhe beteiligt ist und deren Interessen in exakt gleicher Höhe mit in das Gruppeninteresse einfließen? Ist dann das Muttereigeninteresse an der unternehmerischen Entscheidung, Vermögenswerte von TG1 auf TG2 zu transferieren das Zünglein an der Waage? Und wie lässt sich diese Entscheidung dann gerichtlich überprüfen? Außerdem ist nicht ersichtlich, warum die Belange außenstehender Gesellschafter nicht Eingang in das Gruppeninteresse finden sollten, bestimmen sie doch auch das Eigeninteresse der Tochtergesellschaft. Die Bindung der Konzernleitung an das Gruppeninteresse soll gerade ihrem Schutz dienen. Wenn ihre Belange jedoch inhaltlich nicht berücksichtigt werden, ist fraglich, wie das Konzernleitungsrecht auch seine Schutzfunktion erfüllen will und können soll. Nicht zuletzt führt dieses Konzept zum Ergebnis, dass die Belange von 100%igen Tochtergesellschaften, die aufgrund fehlender Minderheitsgesellschafter über einen kleineren Kreis an schutzwürdigen Stakeholder verfügt, höher zu gewichten sind als die von Töchtern mit Minderheitsbeteiligungen. Letztere werden so ohne ersichtlichen Grund strukturell benachteiligt.

### III. Korporatives Gesamtinteresse – qualitative pluralistische Betrachtungsweise

Viele Autoren verstehen unter dem Begriff des Konzerninteresses ein „korporatives Gesamtinteresse aller Gliedunternehmen des Konzerns“.<sup>994</sup> Diese Feststellung unterteilt sich in viele nuancierte Definitionsversuche.<sup>995</sup>

Die Vielheit der Definitionsversuche verdeutlicht, dass die konkrete Ermittlung des Gruppeninteresses schwierig und unsicher ist, „da es nicht nur um die aus einer Addition folgende Summe der Einzelinteressen der Konzernglieder geht, sondern um eine aus dem wertenden Abgleich der Einzelinteressen folgende Resultante“.<sup>996</sup> Es soll sich also eine

---

<sup>994</sup> Hoffmann-Becking, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (435).

<sup>995</sup> Altmeppen, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2020, § 308 Rn. 104, Interessen des „Gesamtunternehmens“ verschmelzen mit denen der einzelnen Konzernunternehmen; Bälz, in: FS Raiser, 1974, 287 (320, 324), Konzern sei „polykorporatives Unternehmen“, in dem unter dem Begriff des Konzerninteresses „der von den einzelnen Unternehmensgliedern verfolgte Unternehmenszweck zu einem gemeinsamen Zweck zusammen gefasst“ würden; Geßler, ZHR 140 (1976), 433 (437): „nicht nur gegenüber der abhängigen Gesellschaft, sondern auch gegenüber dem Eigeninteresse des herrschenden Unternehmens übergreifendes Konzerninteresse“; Immenga, ZHR 140 (1976), 301 (304 f.), Konzerninteresse als „Interesse der übergeordneten, im Konzern verkörperten Unternehmenseinheit“; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7. Aufl. 2020, § 4 Rn. 147, wonach der Maßstab des Leitungshandelns der Muttergesellschaft „das Konzerninteresse, die Förderung des Unternehmensverbundes als Ganzem“ sei; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1996, S. 222 f., wonach das Konzerninteresse in einer Abgleichung der Einzelinteressen bestehe und eine ausschließliche Berücksichtigung des Interesses der Muttergesellschaft verboten sei; Einzelheiten bei Hoffmann-Becking, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (435 ff.).

<sup>996</sup> So ausdrücklich Hoffmann-Becking, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (436).

Balance der Einzelinteressen ergeben, in der die Interessen der einzelnen Konzernglieder nach Maßgabe bestimmter Parameter zu gewichten sind. Diese sind neben der Größe der Tochter auch ihre Rentabilität sowie ihr Interesse an einer fortbestehenden Konzernverbindung. Es können also auch ökonomische Erwägungen eine Rolle spielen. Hinzu treten die Interessen ihrer Arbeitnehmer und sonstigen Stakeholder mit unterschiedlichem Gewicht.<sup>997</sup> Demnach können zunächst sehr unterschiedliche Interessen Eingang in das Konzerninteresse finden, seien es *shareholder* oder *stakeholder*, die von *Hoffmann-Becking* zunächst nicht näher definiert werden. Insgesamt wird ein qualitativer Ansatz gewählt, ohne jedoch zu konkretisieren, nach welchem Maßstab die beschriebenen Kriterien Eingang in das Konzerninteresse finden und wie deutlich sie zu Tage treten müssen, um ein größeres Gewicht bei der Ausbalancierung zu erhalten. Eine entsprechende Ausbalancierung unterstellt, stellt sich die weitergehende Frage, ob ein Konflikt zwischen Konzerninteresse und Interesse der Muttergesellschaft auftreten kann und wie dieser gegebenenfalls aufzulösen wäre. Interessant bei dieser Fragestellung ist deren Perspektive. Während die meisten Autoren von der Tochtergesellschaft aus sorgenvoll auf den Begriff des Gruppeninteresses blicken und eine mögliche Konfliktlösung suchen, um die Herrschaftsmacht der Mutter bzw. Konzernleitung eindämmen zu können (Schutzfunktion des Konzernrechts), widmet sich *Hoffmann-Becking* der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts.

Teilweise wird bezweifelt, dass Interessenkonflikte zwischen der Mutter und der Gruppengesamtheit überhaupt auftreten können.<sup>998</sup> Da aber einzelne Konzernkonstellationen derart unterschiedlich und vielfältig sind, ist schwer vorstellbar, dass es dort nie zu Konflikten kommen kann. Insbesondere, wenn die Tochtergesellschaften ein Interesse am Fortbestand der Konzernverbindung haben und dies somit das Gesamtinteresse prägt, die Mutter sich aber strukturell neu ausrichten möchte und dabei einzelne Gesellschaften aus dem Konzern entfernen und gegebenenfalls andere aufnehmen möchte.<sup>999</sup> Interessenkonflikte können aber nicht nur zwischen Mutterinteresse und Gruppeninteresse auftreten. Vor allem für die Ausrichtung der Geschäftsleitung der Töchter ist von besonderer Relevanz, inwiefern für sie vom Gruppeninteresse ein rechtlicher Verhaltensmaßstab ausgeht. Dabei ist jedenfalls im faktischen Aktienkonzern einhellige Meinung, dass die Geschäftsführer ausschließlich dem

---

<sup>997</sup> *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (436).

<sup>998</sup> *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (437) mwN.

<sup>999</sup> Vgl. das Beispiel der Portfolio-Entscheidung einer Holding *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (437 f.).

Tochterinteresse verpflichtet sind und dieses im Konfliktfall dem Konzerninteresse nicht unterordnen dürfen.<sup>1000</sup>

Problematisch an der qualitativen Betrachtungsweise ist, dass eine einzelfallbezogene Gewichtung der betroffenen Interessen schwierig zu bewerkstelligen ist, da ein objektiver Bewertungsmaßstab fehlt. Abhängig davon, aus wessen Position man die Gewichtung vornimmt, werden unterschiedliche Konzerngesellschaften zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Nicht einheitlich beurteilt wird nämlich, ob nur die Muttergesellschaft oder auch die Tochter eine eigene Bewertung des Inhalts des Gruppeninteresses vornehmen darf. Dies erschwert zudem eine gerichtliche Überprüfbarkeit. Das mag auch dazu geführt haben, dass dem Gruppeninteresse, wie gesehen, nach deutschem Recht nicht der Vorzug gegenüber dem Tocht ereigeninteresse gegeben werden darf. Dieses interessenbasierte Bollwerk verhindert eine vollständige Integration der Tochter in das Gesamtgefüge des Konzerns (siehe zur Möglichkeit der Satzungsänderung Teil 3 § 4 B. II. 1. b)), welches Ausdruck der rechtlichen Eigenständigkeit ist, die den Konzerngesellschaften verbleibt. Sie führt aber dazu, dass bei rechtlicher Betrachtung des Gruppeninteresses kein befriedigendes Ergebnis erzielt werden kann. Welchen Mehrwert hat die schwierige und schwammige Definierung des Gruppeninteresses, wenn das Eigeninteresse der Tochter diesem stets eine absolute Grenze setzt? Und welche Funktion kommt einem Gesamtinteresse zu, welches im Fall, in dem es auf Linie mit dem Tocht ereigeninteresse liegt, keinen über dieses Interesse hinausgehenden Effekt hat, weil es nicht zum Konfliktfall kommt, in einem Konfliktfall sich dann aber nicht gegen das Tocht ereigeninteresse durchsetzen kann?

Aus diesem Grund ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt, die auf die ökonomische Einheit des Konzerns abstellt und somit weniger Probleme mit ermöglichungshemmender Grenzziehung hat. Gravierend kommt hinzu, dass das Gruppeninteresse auch die Muttergesellschaft nicht zu binden scheint. Diesem wird abgesprochen, von Maßnahmen der Mutter tangiert zu werden, da das Fortkommen des Konzerns bereits in ihrem eigenen Interesse liege und nicht im Gruppeninteresse.<sup>1001</sup>

---

<sup>1000</sup> Hoffmann-Becking, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (439).

<sup>1001</sup> Hoffmann-Becking, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (439): „Und folgerichtig gibt es kein die Organe verpflichtendes Konzerninteresse, sondern nur das Interesse der Konzernobergesellschaft, dass die nachgeordneten Unternehmen bestmöglich zu Ergebnis und Wertentwicklung der Obergesellschaft beitragen.“.

*Hoffmann-Becking* geht sogar so weit, dass er dem Gruppeninteresse jegliche Schutzfunktion abspricht, welche die entsprechenden Schutzvorschriften im Recht des Aktien- bzw. GmbH-Konzerns übernehmen. Der Schutz der Tochtergesellschaft werde dadurch gewährleistet, „dass sich das Interesse der Obergesellschaft an den Gegenkräften aus dem Recht der Tochtergesellschaft“ breche.<sup>1002</sup> Das ist die logische Schlussfolgerung aus seiner Erkenntnis, dass dem Gruppeinteresse keine eigenständige Ermöglichungsfunktion zukommt, da es sich im Konfliktfall nicht gegenüber dem Tochtereigeninteresse durchsetzen kann und im Konkordanzfall nicht über letzteres hinausgeht. Denn ein positives Fortkommen im Konzern ist im Eigeninteresse der Tochter sowie der Mutter, sodass vom Gruppeninteresse keine Wirkung ausgehen kann; weder auf Ebene der Ermöglichung einheitlicher Leitung noch auf Ebene des Schutzes von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern.

#### IV. Interesse der Muttergesellschaft – monistische Betrachtungsweise

Manche Autoren setzen das Konzerninteresse mit dem Interesse der Muttergesellschaft gleich.<sup>1003</sup> Wenn das Gruppeninteresse identisch mit dem Interesse der Mutter wäre, müsste man lediglich auf die Diskussion zum Unternehmensinteresse (s.o. Teil 4 § 1 A. II. 1.) verweisen, ohne sich dabei Gedanken um einen neu zu definierenden Begriff des Gruppeninteresses zu machen. Dann aber stellt sich die Frage, wo der Unterschied zwischen einem Einheitsunternehmen mit Zweigniederlassungen und einem Konzern mit Tochtergesellschaften besteht, wenn in beiden Fällen nur das Interesse der Muttergesellschaft einschlägig sein soll. Dass dies angesichts der rechtlich sowie wirtschaftlich entscheidend differenzierenden konzeptionellen Organisationsstrukturen nicht der Fall sein kann, leuchtet ein.

#### V. Zusammenfassung und Fazit

Es zeigt sich, dass die deutsche Rechtswissenschaft keinen geeigneten Zugriff auf den Inhalt des Gruppeninteresses erhält und ihm daher auch wenig legitimierende Kraft zuweist. Dies könnte sich ändern, wenn der Begriff durch den europäischen Gesetzgeber rechtssicher konturiert würde.

---

<sup>1002</sup> *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (440); *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 109 ff., 247 f. et passim.

<sup>1003</sup> Einer von ihnen ist *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 247 f.; vgl. die Darstellung bei *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff, 2012, 433 (434).

### C. Gruppeninteresse auf europäischer Ebene

Es nährt sich die Hoffnung nach einer supra-nationalen gesetzlichen Definition des Gruppeninteresses.<sup>1004</sup> Die Schwierigkeiten anlässlich nationaler Definitionsbemühungen können überwunden werden, indem ein ganz neuer Ansatz verfolgt wird, der weder auf die einzelnen Gesellschaften abstellt noch sich auf den Diskurs *shareholder vs. stakeholder value* einlässt, sondern das betriebswirtschaftliche Interesse der Konzernierung in den Blick nimmt. Das Gruppeninteresse sollte autonom bestimmt werden.

#### I. Vorschläge der Expertengruppen zum Inhalt des Gruppeninteresses

Sämtliche Vorschläge (s.o. Teil 1 § 4 E.) verzichten auf eine inhaltliche Präzisierung des Begriffs des Gruppeninteresses.<sup>1005</sup> Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass sie eine balanceorientierte Ausrichtung des Gruppeninteresses anvisieren. Der Ausgleich sämtlicher Vor- und Nachteile steht im Vordergrund.<sup>1006</sup> Dies unterscheidet sich nicht wesentlich von den Erwägungen im französischen sowie im deutschen Recht und hat sich als nicht zielführend erwiesen. Daher kann den Expertengruppen zwar zugutegehalten werden, dass sie das Konzept des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene etabliert haben. Zur inhaltlichen Konturierung haben sie aber nicht beigetragen.

#### II. Binnenmarktorientierte Effizienzerwägungen

Um das Gruppeninteresse auf europäischer Ebene zu bestimmen, drängt sich eine binnenmarktorientierte Betrachtungsweise geradezu auf. Diese ist von ökonomischen Effizienzerwägungen geprägt, welche sich im Primärrecht verorten lassen. Nach Art. 26 Abs. 2 AEUV umfasst der Binnenmarkt einen „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“. Die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten hat im „Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ zu erfolgen, „wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird“, Art. 120 S. 2 AEUV.<sup>1007</sup> Dieses Konzept basiert auf den Überlegungen von Schön.

---

<sup>1004</sup> *Parachkévova-Racine*, Bull. Joly 2019, n° 119t0, 1.

<sup>1005</sup> Dies konstatierend Schön, ZGR 2019, 343 (367) mwN; monographisch Wernert, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 51 ff.

<sup>1006</sup> Ablehnend Schön, ZGR 2019, 343 (367).

<sup>1007</sup> Vgl. hierzu auch Schön, ZGR 2019, 343 (351).

Der Binnenmarkt solle eine effizienzorientierte Ressourcenallokation fördern, die bestimmend für die Definition des Gruppeninteresses sei.<sup>1008</sup> Das Interesse aller Konzernglieder bestehe in der konzernweiten Wertmaximierung, die somit auch den Inhalt des Gruppeninteresses definiere.<sup>1009</sup> Es sei „das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Hebung von Synergien und damit der effizienten Nutzung der in der Unternehmensgruppe vorhandenen Ressourcen im integrierten Unternehmensverbund“.<sup>1010</sup> Diese Definition führe dazu, dass gesetzliche oder richterrechtliche Regeln zur Haftung der Geschäftsführer bei Anerkennung des Gruppeninteresses entfielen, sofern diese sich an effizienzsteigernden Maßnahmen beteiligten.<sup>1011</sup> Dies setzt selbstredend entsprechendes Sekundärrecht voraus, welches die Anerkennung des Gruppeninteresses formalrechtlich transkribiert.

Dies sei nur möglich, indem man die Existenz von Einzelinteressen innerhalb der Gruppe negiere und das Gruppeninteresse als ein gemeinsames Interesse an der Wertmaximierung des Investments verstehe.<sup>1012</sup> Diese Ausrichtung des Gruppeninteresses an der Hebung von Verbundvorteilen habe seinerseits gleichzeitig legitimierende Kraft sowie beschränkende Wirkung. Die legitimierende Kraft bestehe darin, der Konzernleitung Freiheiten gerade bei der Organisation der Unternehmensgruppe zu gewähren; vor allem, aber nicht nur bei der Zuweisung von Aufgaben an einzelne Töchter. Außerdem beinhalte die Konzernleitung das Recht, durch Weisungen einzugreifen und nachzusteuern, um so Verbundvorteile zu realisieren und den Wert sowie die Profitabilität des Konzerns zu steigern.<sup>1013</sup> Das heiße, die durch die Anerkennung des Gruppeninteresses legitimierte Konzernleitung beziehe sich auf verschiedene Zeitpunkte. Zum einen *ex ante* auf die Organisation der Konzernstruktur und die Einrichtung von Wertschöpfungsketten. Zum anderen *ex post* bei der Nutzung von Leitungsprärogativen durch Weisungen. *Schön* beschreibt dies treffend mit folgenden Worten: „Aus dieser Organisationsherrschaft resultieren eben diejenigen Verbundvorteile, die

---

<sup>1008</sup> Dazu im Folgenden *Schön*, ZGR 2019, 343 (354 ff.): „Das Gruppeninteresse – eine effizienzorientierte Betrachtung“.

<sup>1009</sup> *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (70); *Schön*, ZGR 2019, 343 (354 ff.): „...gesamtwirtschaftliches Interesse an der Hebung von Synergien und damit der effizienten Nutzung der in der Unternehmensgruppe vorhandenen Ressourcen im integrierten Unternehmensverbund...“.

<sup>1010</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (354 f.).

<sup>1011</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (355).

<sup>1012</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (355) spricht von heuristischer Abbräviatur.

<sup>1013</sup> Vgl. zum Ganzen *Schön*, ZGR 2019, 343 (355 f.)

zur Profitabilität des Gesamtkonzerns beitragen. Diesen Wert zu heben liegt im Interesse der Gruppe als ganzer.“<sup>1014</sup>

Jedoch seien nicht alle Maßnahmen der Muttergesellschaft in Ausübung ihrer Leitungsmacht vom Gruppeninteresse erfasst. Die legitimierende Wirkung bestehe nur für solche Maßnahmen, die nachweislich den Wert der Gruppe maximierten. Hier zeige sich die beschränkende Wirkung des Gruppeninteresses. Diese werde besser handhabbar durch eine Trennung zwischen Organisationsfreiheit und Gewinnzuordnung, die auch als konzeptionelle Grenze des Gruppeninteresses betrachtet werden könne.<sup>1015</sup> Die organisatorische Freiheit sei wie gesehen vom Gruppeninteresse aufgrund der Hebung von Verbundvorteilen erfasst, nicht hingegen die bloße Zuordnung von Gewinnen und Verlusten zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften. Dies sei innerhalb dieser Auslegung des Gruppeninteresses auch konsequent, handele es sich bei dem Hin- und Herschieben von Vermögen zwischen den Gliedgesellschaften lediglich um ein „Nullsummenspiel“ ohne Auswirkungen auf den Gesamtwert des Konzerns und folglich auf das Gruppeninteresse.<sup>1016</sup> Dabei bleiben offenbar etwaige steuerliche Auswirkungen von Vermögensverschiebungen innerhalb des Konzerns in der Betrachtung außen vor. Demgegenüber seien organisatorische Maßnahmen, die die Effizienz des Konzerns steigerten aber für die betreffende Tochtergesellschaft finanziell nachteilig seien, immer gestattet. Jedoch seien sie nach dem Credo „Dulde und Liquidiere“ ausgleichspflichtig. Für den Ausgleich hält *Schön* das Konzept des § 311 AktG sowie die *Rozenblum*-Formel für geeignet.<sup>1017</sup>

Die vorstehenden Überlegungen gelten für eine isolierte Betrachtung des ökonomischen Gepräges im Konzern. Neben der Ermöglichungsfunktion des Konzernorganisationsrechts sei seine schützende Komponente jedoch nicht zu vernachlässigen und bedürfe auch bei der Anerkennung des Gruppeninteresses weiterhin Berücksichtigung. Hierbei stünden dem Gesetzgeber verschiedene Handlungsalternativen zur Verfügung: freie Erlaubnis, strenges Verbot oder Ausgleichspflicht.<sup>1018</sup> Ein Eingreifen des Gesetzgebers sei notwendig, wobei eine freie Erlaubnis nicht überzeugend sei, weil Minderheitsgesellschafter und Gläubiger meist nur

---

<sup>1014</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (356).

<sup>1015</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (356 f.).

<sup>1016</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (356) leistet hier Pionierarbeit.

<sup>1017</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (357).

<sup>1018</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (358).

an einer Gesellschaft, nicht aber am gesamten Konzern interessiert seien und von diesem und dessen Wertsteigerung infolge konzernorganisatorischer Maßnahmen höchstens teilweise profitierten.<sup>1019</sup>

Dieses Ergebnis lasse sich auch ökonomisch begründen: Zwar würde ein umfassendes Konzernorganisationsrecht die Verbundvorteile der Gruppe heben können, allerdings bestehe ohne finanzielle Kompensationsmechanismen die Gefahr der Abschreckung *ex ante*, sich an der Gesellschaft als Kapitalgeber zu beteiligen bzw. die Gefahr hoher Transaktionskosten durch aufwendige Verträge zur Sicherung des Kapitaleinsatzes.<sup>1020</sup> So würden die oben beschriebenen Vorteile geringerer Kapitalkosten der Muttergesellschaft zunichte gemacht werden. Darüber hinaus setze eine „entschädigungslose Herrschaftsausübung Anreize zu ineffizienten Maßnahmen, die gerade nicht den Gesamtwert des Konzerns heben, sondern lediglich Wertverschiebungen zu Lasten von Gesellschaften mit [Außenseitern] Minderheitsgesellschaftern und zugunsten der Gesellschafter der Muttergesellschaft bewirken“.<sup>1021</sup> Es bedürfe somit einer Begrenzung der Herrschaftsmacht der Muttergesellschaft. Eine solche müsse jedoch wohl dosiert werden, um nicht die Hebung von Synergieeffekten zu erschweren. Müsste nämlich die Mutter mit ihren Töchtern und dabei namentlich mit den Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern jeden Einzelfall verhandeln, fielen horrend Transaktionskosten an. Rechtsökonomisch spricht man in diesem Zusammenhang auch von einem „bilateralen Monopol“, „in denen ‚lästige‘ Außenseiter sinnvolle Maßnahmen verhindern oder maßlos verteuern können“.<sup>1022</sup> Daher sei eine Kompromisslösung angezeigt.

Im Gruppeninteresse zulässige Ausübung von Leitungsmacht bestehe bei organisatorischen Maßnahmen (s.o. in diesem Gliederungspunkt). Diese seien je nach vorteilhaften und nachteiligen Auswirkungen auf die einzelnen Tochtergesellschaften bereits durch die symmetrische Aufteilung eben dieser Vor- und Nachteile kompensiert oder müssten im Einzelfall gesondert ausgeglichen werden. So könnten einzelne Aufgaben oder Regionen im Konzern bestimmten Gesellschaften zugewiesen werden. Diese Aufgabenzuweisung (der bei Überschreitung des Unternehmenszwecks der Tochter eine Satzungsänderung vorausgehen

---

<sup>1019</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (358).

<sup>1020</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (358 f.).

<sup>1021</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (359).

<sup>1022</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (359).

müsste, da dessen Änderung im Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung liegt und somit nicht vom Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer umfasst ist;<sup>1023</sup> siehe unten Teil 6 § 4 C.) sei allerdings eine Einschränkung des Gewinnhorizonts, oder auch *corporate opportunities*, den die Minderheitsgesellschafter nicht kompensationslos hinnehmen müssten.<sup>1024</sup> Jedoch könne es auch zu wechselseitiger Kompensation kommen, wenn die Einschränkung des Geschäftsbetriebs und exklusiver Zuweisung in der Lage sei, Konkurrenzen auszuschalten, denen das Einzelunternehmen ansonsten ausgesetzt wäre. Dann könnten sich aus Sicht der Tochter Vor- und Nachteile symmetrisch gegenüberstehen.<sup>1025</sup> Anders sei der Fall zu bewerten, in dem die Vor- und Nachteile asymmetrisch innerhalb des Konzerns verteilt würden. Wenn einzelne Tochtergesellschaften beispielsweise zwecks Abbau von Kapazitätsüberschüssen ihre Tätigkeit einstellen müssten und sich somit laufende Fixkosten senkten, würde zwar die Effizienz des Konzerns erhöht, sodass die Maßnahme im Gruppeninteresse liege. Allerdings müssten die Minderheitsgesellschafter diesen Eingriff nicht kompensationslos hinnehmen; weder die Gruppenzugehörigkeit als solche noch das Gruppeninteresse könnten in diesem Fall eine Kompensation entfallen lassen.<sup>1026</sup>

Konsequente Grenze des Gruppeninteresses seien außerdem verdeckte Gewinnausschüttungen und Kapitalschutz, denn die Zuteilung von Gewinnen und Verlusten innerhalb der Gruppe zeitige keinen Effekt auf die Hebung von Verbundvorteilen.<sup>1027</sup> Die Trennung von organisatorischen und finanziellen Auswirkungen einer Maßnahme lasse das nationale Kapitalschutzsystem intakt, denn die finanziellen Auswirkungen seien nicht im Gruppeninteresse gerechtfertigt und müssten somit weiterhin dem nationalen Regelungen zum Kapitalschutz, zum Insolvenzrecht sowie zum Haftungsrecht genügen.<sup>1028</sup> Dies bedeute einen schonenden Eingriff in das Recht der Mitgliedstaaten.

Im Sinne eines effizienten Binnenmarkts solle die Anerkennung des Gruppeninteresses zu einer „effizienten Kombination aus Leitungsmacht und Haftungsbeschränkung“ führen.<sup>1029</sup> Verglichen mit den balanceorientierten Ansätzen der europäischen Expertengruppen, weise

---

<sup>1023</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 23 Rn. 23, 36 f.

<sup>1024</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (360).

<sup>1025</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (360) mit weiteren Beispielen.

<sup>1026</sup> Vgl. hierzu *Schön*, ZGR 2019, 343 (360 f.).

<sup>1027</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (361): „Das Gruppeninteresse legitimiert keine ‚verdeckten Gewinnausschüttungen‘.“

<sup>1028</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (362).

<sup>1029</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (366).

der effizienzorientierte Ansatz zwei entscheidende Unterschiede auf: zum einen werde der Tatbestand des Gruppeninteresses eingeschränkt, zum anderen jedoch seine Rechtsfolge und somit rechtfertigende Wirkung erweitert. Der Tatbestand werde dahingehend eingeschränkt, als dass nur Maßnahmen im Gruppeninteresse legitimiert seien, die einen organisationsbedingten Mehrwert für den Gesamtkonzern vorzuweisen hätten. Bloße Wertverschiebungen seien hingegen nicht zu rechtfertigen. Die Rechtsfolge, also die zulässige Einflussnahme der Mutter auf die Tochtergesellschaften im Gruppeninteresse, werde hingegen erweitert, weil das Einzelinteresse der Tochtergesellschaft dauerhaft dominiert werden könne.<sup>1030</sup> Diese Dominanz müsse die Tochter aber nicht kompensationslos hinnehmen. Es bestehe somit ein schützenswerter Kernbereich der Tochterinteressen. Dabei geht es *Schön* jedoch nicht darum, abstrakt definierte Interessen in irgendeiner Form in Ausgleich zu bringen, sondern die Interessen konkret zu benennen und zu berücksichtigen. Diese seien bei außenstehenden Eigenkapitalgebern die Nutzung von *corporate opportunities* und bei Fremdkapitalgebern, ihre Ansprüche nicht in einer kalten Liquidation zu verlieren.<sup>1031</sup>

Doch wann ist eine konzernleitende Maßnahme in welchem Umfang kompensationspflichtig? Nach *Schön* ließen sich drei Szenarien unterscheiden. Zunächst seien die Fälle zu behandeln, in denen eine kohärente Gruppenpolitik *ex ante* den Töchtern gleichwertige (symmetrische) Vor- und Nachteile zuweise. Hier finde keine *ex post* Korrektur statt; dies sei Teil des allgemeinen Geschäftsrisikos. Die Kompensation bzw. der Ausgleich erfolge hier bereits *ex ante* durch eine kohärente Gruppenpolitik.<sup>1032</sup> Dies entspricht der Regel des § 317 Abs. 2 AktG, der eine Haftung der Mutter gegenüber der Tochter ausschließt, wenn Maßnahmen angewiesen wurden, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft in Ausübung seines unternehmerischen Ermessens ebenfalls vorgenommen hätte. Es ist nicht sachgerecht, der Mutter sämtliche unternehmerischen Risiken der Tochter aufzubürden.<sup>1033</sup> Bei einer symmetrischen Zuweisung von Vor- und

---

<sup>1030</sup> Vgl. zum Ganzen *Schön*, ZGR 2019, 343 (368), der als Beispiel für eine dauerhafte Dominanz des Gruppeninteresses die Schließung von Produktionsstandorten im Rahmen der Bewältigung von Kapazitätsüberschüssen anführt.

<sup>1031</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (369): „Nicht die funktionale Rolle oder juristische Existenz der Tochtergesellschaft im Konzern entscheiden über ihre Schutzbedürftigkeit, sondern die wirtschaftlichen Interessen außenstehender Kapitalgeber.“

<sup>1032</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (371), beschreibt das Beispiel der regionalen Zuordnung von Märkten, welche einerseits den Handlungsspielraum der Gesellschaft beschränkt, sie andererseits aber auch gegen Konkurrenz absichert.

<sup>1033</sup> Vgl. hierzu *Fleischer*, NZG 2008, 371 (372).

Nachteilen einer organisatorischen Maßnahme ist davon auszugehen, dass diese auch von einem sorgfältig handelnden gewissenhaften Geschäftsleiter einer nicht konzernierten Gesellschaft vorgenommen worden wäre und so eine Haftung der Mutter ausscheiden muss. Für den Fall, dass die Vor- und Nachteile einer Maßnahme *ex ante* noch nicht feststehen, dürfte im unternehmerischen Ermessen der Muttergesellschaft, die Autorin der kohärenten Gruppenpolitik ist, eine nachvollziehbare und sachgerechte Prognoseentscheidung zu fordern sein.

Davon zu unterscheiden seien Fallkonstellationen, in denen einzelne organisatorische Maßnahmen für die betreffende Tochter klar nachteilig seien. Diese Maßnahmen lägen zwar im Gruppeninteresse, müssten aber ausgeglichen werden. Hier wird das System des Einzelausgleichs vorgeschlagen.<sup>1034</sup>

Schließlich bleibe die Situation in den Blick zu nehmen, in denen die Zuordnung in die beiden oben beschriebenen Fälle nicht so klar zu bewerkstelligen sei. Sofern eine kohärente Gruppenpolitik bestehe, solle die Konzernzugehörigkeit als Kompensation genügen. Nicht hingegen, wenn es sich um eine unvorhergesehene nachteilige Maßnahme handele. Dann reiche die Zugehörigkeit nicht aus, sondern ein finanzieller Einzelausgleich sei vonnöten. Ein bloßes Inaussichtstellen eines zukünftigen Vorteils reiche nicht aus.<sup>1035</sup>

### III. Bewertung

Dieses Regelungskonzept ist neu und innovativ und gestattet es, konkrete Effizienzbestimmungen vorzunehmen und so dem Begriff des Gruppeninteresses eine Kontur zu verschaffen. Es steuert weg von der uferlosen „Balance“ der Einzelinteressen hin zu einer ökonomisch messbaren Handlungsmaxime. Hier kann sich auch aus der rechtsökonomischen Erkenntnis bedient werden (vgl. hierzu Teil 2). Vorteilhaft ist außerdem, dass dieses Verständnis des Gruppeninteresses einen schonenden Eingriff in die bestehenden Systeme der Mitgliedstaaten der Europäischen Union darstellt. Gläubiger- und Minderheitenschutz verbleiben in ihrem Regelungskreis. Die Leitungsmacht der Mutter wird hingegen autonom nach binnenmarktorientierten Effizienzerwägungen bestimmt und orientiert sich nicht am Meinungsspektrum der einzelnen nationalen Ansichten. So ist seine Akzeptanz erleichtert, ist

---

<sup>1034</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (371 f.), benennt als Beispiel die Schließung eines Werks zum Abbau von überschießenden Konzernkapazitäten.

<sup>1035</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (372).

doch der Webfehler des Europäischen Konzernrechts darin zu sehen, dass versucht wird, einem konzeptionellen Ansatz – in diesem Fall dem deutschen – universelle Geltung zu verschaffen (s.o. Teil 1 § 4 E. I.).

Auch bietet *Schön* nicht nur die Antworten auf die Frage, wie das Gruppeninteresse zu bestimmen ist, er beschreibt auch den Umfang und die Rechtsfolgen, die an ein Handeln unter der Ägide des Gruppeninteresses geknüpft sind. Er entwickelt ein ausdifferenziertes System und bietet der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts besonders viel Raum, indem er Kompensationsformen untersucht, die nicht finanzieller Natur sind. Aus der *Rozenblum*-Rechtsprechung ist bereits die Konzernzugehörigkeit als solche als nicht-finanzielle Kompensation bekannt (s.o. Teil 3 § 3 A. II. 2. d)). *Schön* erweitert dieses Konzept um die *ex ante* symmetrische Zuweisung von Vor- und Nachteilen bei organisatorischen Maßnahmen. Eine Kompensation kann demnach auch in einer kohärenten Gruppenpolitik bestimmt werden, so wie es Voraussetzung der *Rozenblum*-Rechtsprechung ist. Das strenge Schädigungsverbot des deutschen Rechts des faktischen GmbH-Konzerns (s.o. Teil 3 § 4 B. II. 1.) ist dagegen ökonomisch nicht sinnvoll. Darüber hinaus erfolgt eine klare Abgrenzung zu Maßnahmen, die gar nicht erst in den Anwendungsbereich bzw. Tatbestand des Gruppeninteresses fallen: Zuweisung von Gewinnen und Verlusten, die als „Nullsummenspiel“<sup>1036</sup> zu betrachten sind. Dies erscheint zunächst einleuchtend, denn ohne Steigerung des Mehrwerts des Konzerns, bleibt auch nach der effizienzorientierten Betrachtung kein Raum für Rechtfertigung.

Bei dieser Abgrenzung zeigt sich nunmehr aber die Schwäche dieses Ansatzes. Liquiditätssteuerung ist eines der Kerngeschäfte des Konzerns und insbesondere Cash-Pooling Maßnahmen sind als effizienzsteigernd für die Kreditwürdigkeit und -fähigkeit anerkannt. Diese würden als „Hin- und Herschieben“ von konzerninternem Vermögen nicht vom Gruppeninteresse rechtfertigt werden können – hier wäre eine eigene Anerkennung durch den Gesetzgeber erforderlich.<sup>1037</sup> *Schön* selbst beschreibt das Cash-Pool System als „einen

---

<sup>1036</sup> Zu den Auswirkungen auf die Steuerlast des Konzerns und der Pflicht der Führung, diese im Rahmen eines sog. tax risk managements bzw. einer aggressiven Steuerplanung so weit wie zulässig zu reduzieren, *Schön*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, 1085 ff.

<sup>1037</sup> Skeptisch *Schön*, ZGR 2019, 343 (375 f.), der vom europäischen Gesetzgeber eine Abwägungsentscheidung erwartet zwischen den Effizienzgewinnen des Cash-Pools und den willkürlichen Vermögensverschiebungen innerhalb der Konzerngesellschaften und damit auch den verschiedenen Gläubigergruppen im „Endspiel“ und die Solvenz in der Krise.

Sonderfall auf der Grenzlinie zwischen einer zweifelsfrei zulässigen konzernorganisatorischen Maßnahme zur Hebung von Effizienzen (etwa durch gemeinsame Kreditlinien) einerseits und einer problematischen Verschiebung von Finanzmitteln zwischen Konzerngesellschaften zu Lasten einzelner Gläubigergruppen...“.<sup>1038</sup> Er kritisiert das System als ein Roulettespiel bei Liquiditätskrisen, zu wem also zum Zeitpunkt der Insolvenz das Vermögen zugewiesen ist.<sup>1039</sup> Dieser Kritikpunkt zeigt, dass eine allumfassende, also Konzernleitungs- sowie Konzernorganisationsprobleme umspannende Lösung durch das Gruppeninteresse schwer darstellbar ist. Nichtsdestotrotz sollten so häufig auftretende Maßnahmen wie das Cash-Pooling in der Betrachtung nicht vollständig ausgeklammert werden müssen. Sie sollten als synergiehebende Maßnahmen ebenfalls im Gruppeninteresse rechtfertigbar sein (s.u. Teil 6 § 4 A.).

### *§ 3 Einbeziehung des Gruppeninteresses bei Bewertung der Ausübung von Konzernleitungsmacht in der Tochtergesellschaft*

Oberstes Regelungsziel ist die Einbeziehung des Gruppeninteresses und damit verbunden die Haftungsfreistellung der Konzernakteure. Dadurch soll die einheitliche Leitungsmacht im grenzüberschreitenden Konzern legitimiert und zugleich privilegiert werden. Die indirekte oder direkte Ausübung von Leitungsmacht wird bisher noch begrenzt durch die Haftungsrisiken der Mutter- und Tochtergesellschaft; erstere als rechtliche oder faktische Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft, aber auch als Mehrheitsgesellschafterin. Die Geschäftsführer der Tochter treffen dieselben Haftungsrisiken, wenn sie von der Mutter personenverschieden sind und sich indirekter Konzernleitung unterwerfen. Im Gegensatz zum deutschen Recht hält das französische Gesellschaftsrecht keine speziellen Mechanismen für den Umgang mit Konzernsachverhalten bereit. Jedoch hat sich die Rechtsprechung bereits bestehende Regelungen zunutze gemacht, um Verhaltensstandards festzulegen. Dieses System scheint zu funktionieren, sodass eine Anerkennung des Gruppeninteresses wohl kein vollständig neues System erfordert, sondern in das bestehende Recht integriert werden kann. Einige Autoren und Expertengremien haben hierzu bereits Vorschläge gemacht, die im Folgenden bewertet werden sollen.

---

<sup>1038</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (375).

<sup>1039</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (376).

### A. Rozenblum-Formel

Die *Rozenblum*-Formel erfreut sich im europäischen Konzernrechtsdiskurs großer Beliebtheit.<sup>1040</sup> Fraglich ist, ob sie einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund darstellt.<sup>1041</sup> Des Weiteren muss ergründet werden, ob man, unabhängig von der Anwendung der Formel in Frankreich, ihre Grundannahmen auf europäisches Konzernleitungsrecht übertragen kann.

#### I. Allgemeiner Rechtfertigungsgrund

##### 1. Wirtschaftsstrafrecht

Einzelne Autoren gehen davon aus, dass der aus der *Rozenblum*-Formel erwachsende Rechtfertigungsgrund allgemein auf alle wirtschaftsstrafrechtlichen Tatbestände angewendet werden müsse. Einzige Voraussetzung für die Anwendung sei, dass die Existenz der Gruppe dazu führe, dass das subjektive Element der Tat, also der Vorsatz, modifiziert werde.<sup>1042</sup>

*Bouloc* ist hingegen der Ansicht, dass eine Übertragung der Formel außerhalb benachbarter Delikte wie Veruntreuung von Gesellschaftskrediten (*abus du crédit social*) oder Missbrauch von Macht und Stimmenrechten (*abus de pouvoirs et de voix*), schwer vorstellbar sei.<sup>1043</sup> Grund hierfür sei, dass die meisten Delikte im Wirtschaftsstrafrecht kein subjektives Element erfordern (diese Aussage darf angesichts des Vorsatzerfordernisses des *recel* (s.o. Teil 3 § 4 A.) und *interdiction des dividendes* (s.o. Teil 3 § 3 A. II. 1.) bezweifelt werden). Vielmehr begründe sich die Strafbarkeit bereits aus der Verwirklichung des objektiven Tatbestands oder es handele sich um Ordnungswidrigkeiten, die mit einer Geldstrafe bewehrt sind.<sup>1044</sup> Ordnungswidrigkeiten (*contraventions*) erfordern im französischen Recht keinen subjektiven Tatbestand, vgl. art. 121-3 al. 5 CPén.<sup>1045</sup> Hiernach besteht die einzige Möglichkeit für den Delinquenten, einer Verurteilung zu entgehen, im Nachweis höherer Gewalt. Daher kommt es auf Vorsatz nicht an. Hinzu komme, dass die Cour de cassation nur dann eine Rechtfertigung gestatte, sofern die Maßnahme nicht in die wesentlichen und fundamentalen Rechte der Minderheitsgesellschafter eingreife.<sup>1046</sup> Nun aber schützen viele

---

<sup>1040</sup> So bspw. *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 89 ff., insb. S. 96 ff.; *Teichmann*, AG 2013, 184 (195); vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Fleischer*, in: AktG Großkommentar, 4. Aufl. 2020, 42. Lfg., § 311 Rn. 87, 109.

<sup>1041</sup> *Bouloc*, Rev. sociétés 1988, 181 (192).

<sup>1042</sup> *Léauté*, JCP 1973, 2551.

<sup>1043</sup> *Bouloc*, Rev. sociétés 1988, 181 (192 f.).

<sup>1044</sup> *Bouloc*, Rev. sociétés 1988, 181 (193).

<sup>1045</sup> *Ambroise-Castérot*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2019, Rn. 49; *Cerf-Hollender*, in: Répertoire de droit du travail, 2018, Rn. 181: „les contraventions sont en principe des infractions purement matérielles, ce qui signifie qu’elles sont établies par le seul constat de l’élément matériel.“

<sup>1046</sup> *Bouloc*, Rev. sociétés 1988, 181 (193).

Wirtschaftsstrafrechtstatbestände diese Rechte wie ihre Informations-, Stimm- und Vermögensrechte. Aus diesem Grund resümiert *Bouloc*, dass die Anwendung der *Rozenblum*-Formel als Rechtfertigungsgrund nur auf zur Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen benachbarte Tatbestände anwendbar sein könne.<sup>1047</sup> *Léauté* will im Gegenzug dazu den Minderheitsgesellschaftern den Zivilrechtsweg für Schadensersatzzahlungen eröffnen und an einer Rechtfertigung im Strafrecht festhalten.<sup>1048</sup>

*Lasserre-Capdeville* fordert eine gesetzliche Anerkennung des Rechtfertigungsgrundes, um ihn umfassend anwenden zu können.<sup>1049</sup> Er schlägt die *Rozenblum*-Formel in Gesetzesform vor.<sup>1050</sup> Dieser Vorschlag ist durch seine Länge leider etwas unhandlich und auch nur auf das Strafrecht und nicht auf das übrige Handels- und Gesellschaftsrecht zugeschnitten und somit zunächst ungeeignet. Selbst für das Wirtschaftsstrafrecht ist eine vollumfängliche Anwendung mithin keineswegs selbstverständlich.

## 2. Handels- und Gesellschaftsrecht

Es handelt sich bei dem *Rozenblum*-Urteil um eine Grundsatzentscheidung, die auch außerhalb des Strafrechts nicht ohne Einfluss auf das französische Recht der Gesellschaftsgruppen bleiben kann.<sup>1051</sup> Bisher hat sich vor allem die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung diese Formel zu eigen gemacht.<sup>1052</sup> Aber auch in der Rechtsprechung der *chambre commerciale* lassen sich Andeutungen an ein Gruppeninteresse im Sinne der *Rozenblum*-Formel entnehmen. In den Entscheidungen wird die Idee des Gruppeninteresses herangezogen, ohne jedoch explizit benannt zu werden. So beispielsweise bei der Beurteilung, ob eine drohende Gefahr (*péril imminent*) für das Gesellschaftsinteresse (*intérêt social*) vorliegt und ein *administrateur provisoire* bestellt werden muss.<sup>1053</sup> Oder auch im Fall eines Konzerndoppelmandats, bei dem die betreffende Leitungsperson einer Treuepflicht

---

<sup>1047</sup> *Bouloc*, Rev. sociétés 1988, 181 (193); so auch *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, S. 171.

<sup>1048</sup> *Léauté*, JCP 1973, 2551.

<sup>1049</sup> *Lasserre Capdeville*, Abus de biens sociaux et banqueroute, 2010, Rn. 139.

<sup>1050</sup> *Lasserre Capdeville*, Abus de biens sociaux et banqueroute, 2010, Rn. 139: „Le délit ne saurait être retenue lorsque l'existence d'un groupe de sociétés est établie, et que le concours financier réalisé est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie, ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des divers sociétés, et n'excède pas les possibilités financières de cette qui en support la charge.“

<sup>1051</sup> So der Befund von *Falcke*, Konzernrecht in Frankreich, 1996, S. 39.

<sup>1052</sup> Cass.soc., 03.04.1990, Rev. sociétés 1990, 625, note *Guyon*.

<sup>1053</sup> Cass.com., 08.11.2016, n° 14-21.481, Rev. sociétés 2017, 562, note *Godon*: „C'est donc au regard de l'intérêt commun de la société holding et de celui des filiales que la condition relative à l'existence d'un péril imminent fut appréciée. Il s'agit là d'une observation importante qui donne corps à la notion d'intérêt du groupe de sociétés.“

gegenüber der Mutter unterliegt, dieselbe Entscheidung in der Tochter zu treffen, wie dies in der Mutter beschlossen wurde (Einzelheiten s.o. Teil 3 § 1 B. I. 1.).<sup>1054</sup> Das Gruppeninteresse nach Lesart der *Rozenblum*-Rechtsprechung ist somit als Leitidee nicht beschränkt auf die Haftung des Geschäftsführers, sondern wird überall dort relevant, wo der *intérêt social* eine Rolle spielt.

Eine grundsätzliche Übertragung auch auf das Handels- und Gesellschaftsrecht ist somit vorstellbar, insbesondere, weil Handlungspflichten, die im deutschen Recht durch eine gesellschaftsrechtliche Schadensersatzhaftung abgesichert sind, im französischen Recht häufig strafrechtlich relevant sind. Es handelt sich somit nicht um einen materiellen, sondern lediglich um einen formellen Unterschied.

## II. Übertragung auf europäisches Konzernleitungsrecht

Für die grundsätzliche Anwendung der *Rozenblum*-Formel auf zu harmonisierendes Konzernleitungsrecht spricht, dass die Formel bereits in vielen Mitgliedstaaten bekannt und teilweise implementiert worden ist.<sup>1055</sup> So ist sie beispielsweise in Tschechien vom Gesetzgeber rezipiert worden<sup>1056</sup> und auch in Italien zunächst richterrechtlich anerkannt und nun gesetzlich in Art. 2497 Abs. 1 S. 2 Codice civile verankert worden.<sup>1057</sup> Im niederländischen Richterrecht spielt die *Rozenblum*-Doktrin ebenfalls eine Rolle.<sup>1058</sup> Sie lässt sich aufgrund ihrer Flexibilität friktionslos in viele nationale Systeme einfügen. Im deutschen Recht steht sie im faktischen GmbH-Konzern dem strikten Schädigungsverbot entgegen. Hier begegnen sich zwei grundlegend diametral entgegengesetzte Regelungskonzepte, sodass die Formel entsprechend modifiziert werden sollte (zu den Einzelheiten s.u. Teil 6 § 3).

In der deutschen Literatur wird die *Rozenblum*-Formel nicht zuletzt auch deswegen kritisch beäugt.<sup>1059</sup> Zunächst sei fraglich, ob das *Rozenblum*-Konzept mit seinem Anwendungsbereich

---

<sup>1054</sup> Cass.com., 22.05.2019, n° 17-13.565, D. 2019, 1316, note *Schmidt*.

<sup>1055</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 99; *Drygala*, AG 2013, 198 (203); *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (709) mwN; *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Report, S. 62 f.

<sup>1056</sup> Vgl. §§ 71 ff. des neuen tschechischen Gesetzes über Handelsgesellschaften und Genossenschaften, insb. § 72 Abs. 2; eine deutsche Übersetzung findet sich bei *Bohata*, WiRO 2012, 274 (278 ff.).

<sup>1057</sup> Vgl. hierzu *Chiappetta/Tombari*, ECFR 2012, 261 (272); *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 99; überblicksartig auch *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Report, S. 62.

<sup>1058</sup> HR, 09.11.1991, NJ 1992, 174 - *Nimox*.

<sup>1059</sup> *Lübking*, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 2000, S. 293 f.; *Habersack*, NZG 2004, 1 (7 f.); *Windbichler*, in: AktG Großkommentar, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 15 ff. Rn. 81: „Als Quelle für eine allgemeine Anerkennung des ‚Konzerninteresses‘ erscheint das Urteil daher (...) wenig geeignet, das Konzept wird

auf strafrechtlich relevante Sachverhalte krassen Missbrauchs von Gesellschaftsvermögen bereits systematisch überhaupt in das Gesellschaftsrecht integrierbar sei.<sup>1060</sup> Teilweise wird sogar die Legimitationswirkung gruppeninterner Synergieeffekte für nachteilige Maßnahmen in Frage gestellt.<sup>1061</sup> Bemängelt werden insbesondere die große Zahl an unbestimmten Rechtsbegriffen, welche zu einem gewaltigen Maß an Rechtsunsicherheit führe.<sup>1062</sup> Es bestünden vor allem auf Tatbestandsebene viele offene Details,<sup>1063</sup> wie beispielsweise die konturierten Voraussetzungen der „strukturellen Verfestigung“ oder „kohärenten Gruppenpolitik“.<sup>1064</sup> Des Weiteren werde der Schutz der Minderheitsgesellschafter sowie der Gläubiger erheblich erschwert bzw. vernachlässigt.<sup>1065</sup> Insbesondere die Konturen des gruppeninternen Ausgleichs seien unpraktikabel unscharf.<sup>1066</sup> Die Formel liefe auf ein „Abwägungserfordernis zwischen den Belangen der Mutter und der Tochter“ hinaus. Dabei komme es darauf an, „ob eine unternehmerische Integration ein gemeinsames Interesse des Konzerns erkennbar werden“ lasse und „die dafür erbrachten Opfer einzelner Gesellschaften zumindest langfristig ausgeglichen“ würden.<sup>1067</sup> Die Gerichte müssten eine umfassende Folgenabschätzung treffen, welche aufwendig und fehleranfällig ist.<sup>1068</sup> Dies habe ein umfassendes Benachteiligungsverbot im Interesse der *stakeholder* zur Folge, da die Strafgerichte die Einwilligung der Gesellschafter in das Rechtsgeschäft nicht mit einbezogen und die Schwere und Höhe der Benachteiligung für die Strafbarkeit des *abus de biens sociaux* unerheblich sei.<sup>1069</sup> Die Kritik von *Engert* geht sogar über die zu große Flexibilität der Formel hinaus: er geht davon aus, dass eine gerichtliche Beurteilung je nach Haftungsfolgen

---

überschätzt.“; anders *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (9), für den die Rozenblum-Formel mit „intuitiver Überzeugungskraft die konstitutiven Elemente einer ordnungsgemäßen Konzernleitung“ umschreibt.

<sup>1060</sup> *Böckli*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 361 (385 ff.); *Ott*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 433 (457 ff.), der insbesondere im deutschen Recht des faktischen Konzerns erhebliches Friktionspotential im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Einzelausgleichssystem von § 311 AktG befürchtet.

<sup>1061</sup> *Blaurock*, in: *FS Sandrock*, 2000, 79 (85).

<sup>1062</sup> Einzelheiten bei *Fleischer*, in: *AktG Großkommentar*, 4. Aufl. 2020, 42. Lfg., § 311 Rn. 87 mwN, der aufgrund der unscharfen Konturen von der Anwendung der Rozenblum-Doktrin im deutschen Aktienkonzernrecht ausdrücklich abrät. Er bezeichnet ein gegenteiliges Vorgehen als gesetzgeberischen „Sprung ins Dunkle“.

<sup>1063</sup> *Blaurock*, in: *FS Sandrock*, 2000, 79 (86) spricht von „komplizierten Legitimationsmerkmale[n]“; *Mülbert*, *ZHR* 179 (2015), 645 (658 ff.).

<sup>1064</sup> *Ott*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 433 (457).

<sup>1065</sup> *Mülbert*, *ZHR* 179 (2015), 645 (658 ff.), der zusätzliche Austritts- und Andienungsrechte der Minderheitsgesellschafter fordert und für flankierende Informationsrechte plädiert.

<sup>1066</sup> Siehe bereits *Fleischer*, *ZGR* 2017, 1 (35 f.).

<sup>1067</sup> *Engert*, *ZGR Sonderheft* 2020, 59 (72).

<sup>1068</sup> *Engert*, *ZGR Sonderheft* 2020, 59 (72); skeptisch auch *Schön*, *ZGR* 2019, 343 (367 f.).

<sup>1069</sup> *Ziegler*, *Konzernleitung im Binnenmarkt*, 2016, S. 41.

unerwünschte Anreize setzen kann, „etwa dazu, die Eingehung von Risiken oder die Ausübung von Leitungsmacht zu unterlassen“.<sup>1070</sup> So gingen wertvolle Synergieeffekte verloren.

Der Tatbestand der *Rozenblum*-Formel müsste also um einen effizienzorientierten Ansatz des Gruppeninteresses modifiziert werden. Eine so zu bezeichnende „effizienzorientierte *Rozenblum*-Formel“ wäre vorstellbar (Einzelheiten s.u. Teil 6 § 3).

### B. Konzerndimensionale *Business Judgment Rule*

Die gesellschaftsrechtlichen Grenzen der einheitlichen Konzernleitung durch die Mutter ergeben sich größtenteils aus deren haftungsbegründendem Verhalten entweder als formelle oder faktische Geschäftsführerin oder als Mehrheitsgesellschafterin der Tochter. Die Haftung der Geschäftsführer besteht insbesondere dann, wenn bei unternehmerischem Handeln Sorgfaltspflichten nicht beachtet wurden. Es ist aber schwierig, eine klar definierte Sorgfaltsregel zu erarbeiten und so eine scharfe Trennlinie zwischen dem „zwingend zu beachtenden Eigeninteresse und dem zulässigerweise einzubeziehenden Konzerninteresse“ zu bestimmen.<sup>1071</sup> Da es sich bei der Einbeziehung des Gruppeninteresses um eine unternehmerische Entscheidung handelt, deren einzig klare Grenze die Existenzgefährdung der Tochter sein dürfte, ist eine exakte Grenzziehung oftmals nicht möglich.<sup>1072</sup> Auf der anderen Seite der „Rechnung“ stehen Konzernvorteile wie das Image der Konzernmarke, vorteilhafter Liquiditätseinsatz durch Cash-Pooling oder aber auch die Nutzung zentraler Dienste wie einer Personal- oder Rechtsabteilung.<sup>1073</sup>

Ziel ist es nun, eine Regelung zu treffen, die es den Geschäftsleitern der Tochtergesellschaft gestattet, diese Konzernvorteile im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens in ihre unternehmerische Entscheidung miteinzubeziehen. Anders gewendet: die Einbeziehung des Konzerninteresses wird als unternehmerische Entscheidung gewertet.<sup>1074</sup> Dies ließe sich friktionslos in das europäische Konzernrecht integrieren, da die *Business Judgment Rule* gesellschaftsrechtlichen Ursprungs ist und den meisten Mitgliedstaaten vertraut oder zumindest vermittelbar ist. Im deutschen Aktienrecht ist sie in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankert aber auch für die GmbH anerkannt.<sup>1075</sup> Das französische Recht kennt eine solche

---

<sup>1070</sup> Engert, ZGR Sonderheft 2020, 59 (72).

<sup>1071</sup> Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1072</sup> Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1073</sup> Beispiele bei Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1074</sup> Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1075</sup> Fleischer, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 71 ff. mwN; Teichmann, AG 2013, 184 (196).

Haftungserleichterung zwar nicht ausdrücklich, allerdings wird dem Geschäftsführer durch die Rechtsprechung der Cour de cassation zur Haftung ein weiter Spielraum eingeräumt, der dem der *Business Judgment Rule* vergleichbar ist (zu den Einzelheiten des *faute séparable des fonctions* s.o. Teil 3 § 4 B. I. 1. b)).

Die *Business Judgment Rule* besagt im Kern, dass ein Geschäftsführer, der auf der Grundlage hinreichender Informationen der Auffassung sein durfte, dass eine Maßnahme dem Wohle seiner Gesellschaft dient, keine Pflichtverletzung begeht.<sup>1076</sup> Konzerndimensional ausgeweitet wird diese Formel dadurch, dass der Geschäftsführer der Tochter bei der Bewertung des Wohls der Gesellschaft auch die Konzernverbundenheit mit einbeziehen darf.<sup>1077</sup> Die Nutzung der *Business Judgment Rule* ist grundsätzlich dazu geeignet, den Bedürfnissen einer grenzüberschreitenden Konzernführung im Binnenmarkt gerecht zu werden, indem Geschäftsleiterhandeln von einer zu engmaschigen richterlichen Kontrolle abgeschirmt wird.<sup>1078</sup> Es müsse ausreichen, „in allgemeiner Weise Abwägungspunkte zu formulieren, die der Geschäftsführer legitimerweise berücksichtigen darf“. Ein höheres Maß an Rechtssicherheit sei aufgrund der Vielgestaltigkeit des Konzerns nicht zu erreichen.<sup>1079</sup> Diese Haftungserleichterung kann aber nur gelten, sofern der Geschäftsführer seine unternehmerische Entscheidung weiterhin auf angemessener Informationsgrundlage trifft. Dies bedeutet im Konzern, dass er beispielsweise Informationen über die wirtschaftliche Situation anderer Konzerngesellschaften einholen bzw. zur Verfügung haben muss.<sup>1080</sup> Die Einführung einer konzerndimensionalen *Business Judgment Rule* müsste also unweigerlich mit konzerninternen Informationsansprüchen kombiniert werden. Nur eine transparente und objektiv nachvollziehbare und nachprüfbar Entscheidung kann die Haftung des Geschäftsführers entfallen lassen.

Fraglich ist nun, ob eine solche konzerninterne Transparenz<sup>1081</sup> überhaupt besteht. Die Schwestergesellschaften sind rechtlich nicht miteinander verbunden, es ist zunächst also nicht ersichtlich, woraus sich ein entsprechender Informationsanspruch des Geschäftsführers über

---

<sup>1076</sup> Fleischer, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 80 ff.; Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1077</sup> Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1078</sup> Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1079</sup> Teichmann, AG 2013, 184 (196 f.).

<sup>1080</sup> Vgl. Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1081</sup> Monographisch zu den Informationsrechten und -pflichten im AG-Konzern Mader, Der Informationsfluss im Unternehmensverbund, 2016.

die wirtschaftliche Situation der anderen Konzerngesellschaft ergeben sollte. Selbiges gilt für die Informationsansprüche gegen die Konzernmutter. Im französischen Gesellschaftsrecht bestehen gesellschaftsübergreifende Informationsansprüche beispielsweise nur von oben nach unten, also von der Ebene der Muttergesellschaft gegenüber der Tochter (s.o. zur *expertise de gestion de second degré* Teil 3 § 5 B. I.). Auch im Recht des faktischen GmbH-Konzerns werden solche Informationsansprüche höchstes über eine mitgliedschaftliche Treuepflicht der Mutter gegenüber der Tochter hergeleitet. Eine Konzeption konzernweiter Transparenz fehlt auch hier.

Es ist demnach nicht ersichtlich, woher der Tochtergeschäftsführer die Informationen erhalten soll, die er zur Grundlage seiner unternehmerischen Entscheidung und seiner Abwägung machen soll. Welche Abwägungskriterien typischerweise berücksichtigungsfähig wären, könnten in den Erwägungsgründen des Europäischen Rechtsakts niedergelegt werden. Hierbei schlägt *Teichmann* vor, dass beispielsweise erwogen werden könne, das Eigeninteresse der Tochter stärker zu berücksichtigen, sofern Minderheitsgesellschafter an der Tochter beteiligt sind oder diese sich in einer unternehmerischen Krise befindet.<sup>1082</sup> Hierbei zeigt sich abermals die Problematik qualitativer und quantitativer Abwägungsmechanismen. Die quantitative pluralistische Betrachtungsweise zum Inhalt des Gruppeninteresses ging noch davon aus, dass Interessen der Tochtergesellschaften mit Minderheitsgesellschaftern in geringerem Maße mit in die Bewertung des Gruppeninteresses eingehen sollten (s.o. Teil 4 § 2 B. II.). Die Unterteilung in verschiedene, eigenständig zu berücksichtigende Interessen ist für eine übereinstimmende Rechtsanwendung nicht zielführend und wird auch in den Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Des Weiteren ist zu bedenken, dass ein eigener Entscheidungsspielraum der Tochtergeschäftsführer der effektiven Konzernleitung der Muttergesellschaft entgegenstehen kann.<sup>1083</sup> So spricht sich auch *Schön* gegen eine eigene Kompetenz der Tochtergeschäftsführer aus, das Gruppeninteresse eigenständig zu definieren.<sup>1084</sup>

---

<sup>1082</sup> *Teichmann*, AG 2013, 184 (197).

<sup>1083</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 95; *Hommelhoff*, GmbH 2014, 1065 (1071): „Als Lösungsansatz bleibt allein die Prävalenz des Gruppeninteresses gegenüber dem Tochter-eigeninteresse: Die Mutter muss sich mit ihren Entscheidungen und Maßnahmen (...) sogar dann auf dem Weg über Weisungen durchsetzen können, wenn diese dem Tochter-eigeninteresse zuwiderlaufen“.

<sup>1084</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (369 f.).

Schlussendlich darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die konzerndimensionale *Business Judgment Rule* nur auf die unternehmerischen Entscheidungen der Tochtergeschäftsführer Anwendung findet, nicht hingegen auf die konzernleitende Einflussnahme der Muttergesellschaft als Mehrheitsgesellschafterin der Tochtergesellschaft unter Verstoß gegen die der Mutter obliegenden Treuepflicht. Deren Haftung vermag die *Business Judgment Rule* nicht zu beeinflussen.<sup>1085</sup> Da nun aber die Muttergesellschaft nach deutschem Recht nicht formelle Geschäftsführerin der Tochter-GmbH sein kann (§ 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und nach der Rechtsprechung des BGH auch nicht als faktische Geschäftsführerin in Betracht kommt, ist die Reichweite der Haftungsfreistellung durch die *Business Judgment Rule* beschränkt. Die Muttergesellschaft haftet nach deutschem Recht weitaus häufiger als Mehrheitsgesellschafterin ihrer Tochter.

### C. White List / Black List

Der Vorschlag, einzelne Konzernleitungsmaßnahmen enumerativ zu erfassen und so für Rechtssicherheit im Umgang mit nachteiligen Weisungen der Mutter gegenüber der Tochter zu sorgen, stammt vom ICLEG<sup>1086</sup> und dem Club des Juristes<sup>1087</sup>. Kritisch zu bewerten ist, dass dieser Vorschlag der Fehlvorstellung unterliegt, bei der Ausrichtung der Geschäftspolitik nach dem Gruppeninteresse ginge es darum, die Einzelinteressen im Konzern in Ausgleich zu bringen. Tatsächlich geht es aber um die Hebung von Synergievorteilen, die so vielgestaltig sein kann, dass eine enumerative Auflistung nicht möglich ist.<sup>1088</sup>

### *§ 4 Ausgestaltung der Anerkennung des Gruppeninteresses (wie)*

Das Weisungsrecht ist ein Instrument zur Verwirklichung des Gruppeninteresses.<sup>1089</sup> Ihm korrespondierend sollte eine Folgepflicht der Tochtergesellschaft zugeordnet werden. Die konzeptionelle Ausgestaltung der Anerkennung des Gruppeninteresses soll nach Ansicht vieler internationaler Wissenschaftlerkollektive,<sup>1090</sup> aber auch deutscher Wissenschaftler in einem Weisungsrecht der Muttergesellschaft gegenüber der oder den Tochtergesellschaften

---

<sup>1085</sup> Im Gegenteil ist das unternehmerische Ermessen des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers und somit die Anwendung der *Business Judgment Rule* durch die Treuepflicht des Mehrheitsgesellschafters eingeschränkt *Fleischer*, NZG 2011, 521 (526 f.) mwN aus der Rspr.

<sup>1086</sup> *The Informal Company Law Expert Group*, Report on the recognition of the interest of the group, S. 27 f., 43 Tz. 3.1.1, Tz. 4.1.

<sup>1087</sup> *Le Club des Juristes*, Vers une reconnaissance de l'intérêt du groupe dans l'Union Européenne?, S. 14.

<sup>1088</sup> Ähnlich *Schön*, ZGR 2019, 343 (367); die White List befürwortend *Schmidt*, DK 2017, 1 (8); *Schüßler*, NZG 2017, 1046 (1051).

<sup>1089</sup> Ausdrücklich *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 114.

<sup>1090</sup> Vgl. nur Chapter 15 Sec. 9 European Model Company Act, S. 475 f.; *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015, 507 (511).

erfolgen. Eine solche direkte Konzernleitung kommt allerdings nur in Betracht, wenn und soweit alternative Leitungsmechanismen nicht ebenfalls zu dem gewünschten Ergebnis führen und schonender in das Kompetenzgefüge der Tochtergesellschaft eingreifen. Indirekte Methoden der Konzernleitung sind bereits dargestellt worden (s.o. Teil 3 § 1 B.).<sup>1091</sup> Ihnen fehlt es insbesondere an juristischer Durchsetzbarkeit.

Die Anerkennung des Gruppeninteresses soll insbesondere die ökonomisch optimale Konzernleitung durch die Muttergesellschaft ermöglichen (s.u. zu den weiteren Voraussetzungen Teil 6 § 3). Sie muss auf alle Tochtergesellschaften unternehmerischen Einfluss nehmen können,<sup>1092</sup> nur so kann sie von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen. Die klare Kompetenzzuweisung durch Ausübung des Weisungsrechts hat darüber hinaus auch schützende Funktion für Geschäftsführer der Tochter sowie Minderheitsgesellschafter und Gläubiger, weil Leitungsmacht dann transparent ausgeübt wird und die Mutter nicht versucht sein wird, über Umwege doch Einfluss auf die Tochter zu nehmen.<sup>1093</sup> Der Muttergesellschaft kommt mithin die Kompetenz zu, das Gruppeninteresse zu definieren. Diese Definition erfolgt in der Festlegung einer Gruppenpolitik, die mithilfe von Weisungen gegenüber den Tochtergesellschaften umgesetzt wird.<sup>1094</sup> Diese muss der Weisung folgen und darf auch nur aufgrund einer erfolgten Weisung Maßnahmen im Rahmen des Gruppeninteresses treffen, wenn sie ansonsten nachteilig sind. Die Tochtergeschäftsführer sollten nicht berechtigt sein, das Gruppeninteresse ohne entsprechendes Weisungsrecht der Mutter bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen. Rechtfertigend soll nur die Weisung der Mutter im Gruppeninteresse sein. Denn der Umstand, dass die Tochtergesellschaft auch nachteilige Maßnahmen ergreifen darf, ist letztlich Folge des Leitungsrechts der Muttergesellschaft, erwachsen aus der Hebung von Verbundvorteilen, soll aber nicht die Kompetenzen der Tochtergeschäftsführung erweitern und dieser ein eigenes Ermessen einräumen. Das Gruppeninteresse wird von der Mutter definiert und im Weisungsrecht verwirklicht. Die Tochter muss dieser Weisung folgen und kann so das

---

<sup>1091</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 172 ff.; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, S. 209 ff., die die Effektivität indirekter Konzernleitungsmaßnahmen und die eines Weisungsrechts gegenüberstellen.

<sup>1092</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 185; *Lübking*, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 2000, S. 312.

<sup>1093</sup> Vgl. *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 187.

<sup>1094</sup> Vgl. *Schön*, ZGR 2019, 343 (370).

Gruppeninteresse berücksichtigen. Es handelt sich somit nur um eine abgeleitete und keine originäre Kompetenz.<sup>1095</sup>

## Teil 5 Grenzen der Anerkennung des Gruppeninteresses

### *§ 1 Grenzen der Anerkennung des Gruppeninteresses (Umfang)*

Absolute Grenze der Einflussnahme der Muttergesellschaft ist die Existenz der Tochter, die durch das Insolvenzrecht gesichert wird. Und nicht nur der Bestandsschutz der Tochter ist entscheidend. Auch der Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung des Gruppeninteresses entfällt, da in der Insolvenz der Gesellschaft die Interessen der Gläubiger zu beachten sind. Die Reichweite und der Zeitpunkt dieses „shift of fiduciary duties“ wird noch zu erläutern sein. Darüber hinaus wird den Geschäftsleitern durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Leitung der Gesellschaft entzogen und die Insolvenzverwalter greifen in die Geschäfte ein. So kann die Muttergesellschaft ihren Einfluss nicht mehr ausüben. Es bestehen somit durch das Insolvenzrecht auf zwei Ebenen Grenzen der Anerkennung des Gruppeninteresses und der Durchsetzung einheitlicher Gruppenleitung.

### A. Französische insolvenzrechtliche Regelungen

#### I. Einleitung

Das Gesellschaftsrecht sowie das Insolvenzrecht (*droit des entreprises en difficulté*) sind die beiden Schwergewichte im Wirtschaftsrecht, die als zwei Giganten aufeinandertreffen.<sup>1096</sup> Im Fokus des Insolvenzrechts stehen dabei die Gesellschaften und die Gläubiger, die Gesellschafter und Geschäftsführer werden zu sekundären Akteuren. In der Insolvenz werden also die Gläubiger die eigentlichen Eigner der Gesellschaft. Die Interessen der Gesellschafter werden hintangestellt;<sup>1097</sup> die Interessen der Gläubiger genießen Priorität. Diesen Rechnung zu tragen ist Aufgabe der Geschäftsführer, welche in der Insolvenz zahlreiche zusätzliche Pflichten treffen. Aber auch die Insolvenzverwalter haben je nach Reichweite ihrer Befugnisse insbesondere das Interesse der Gläubiger zu beachten.

---

<sup>1095</sup> Vgl. Schön, ZGR 2019, 343 (370).

<sup>1096</sup> Monsèrié-Bon, in: Droit des sociétés et procédures collectives, 2018, 119 (119) spricht bildlich von einem „choc des titans“.

<sup>1097</sup> Monsèrié-Bon, in: Droit des sociétés et procédures collectives, 2018, 119 (119).

Das materielle Insolvenzrecht kennt den Konzern nicht. Lediglich prozessual wird dem Konzernphänomen durch Koordinierungsmöglichkeiten und einheitlichen gerichtlichen Zuständigkeiten Rechnung getragen (s.u. Teil 5 § 1 A. III.). Das bedeutet, dass jede Gesellschaft als eigenständige juristische Person ein eigenes Insolvenzverfahren durchführt, wie jede andere Schuldnerin auch.<sup>1098</sup> Doch neuere Bestrebungen versuchen, den Konzern als Ganzes in den Blick zu nehmen.<sup>1099</sup> Problematisch ist jedoch, dass die Gruppe selbst keine Rechtspersönlichkeit genießt und somit keine Schuldnerin existiert, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet werden könnte.<sup>1100</sup> Umgangen werden könnte dies, indem man der Unternehmenseinheit (*unité d'entreprise*) Rechte und Pflichten zubilligte.<sup>1101</sup> Dies würde verhindern, dass Schulden unter der Mutter, Tochter und/oder den Schwestergesellschaften willkürlich verteilt werden.<sup>1102</sup> Wirtschaftlich betrachtet, bestehen die Schulden nämlich für die gesamte Gruppe und die rechtliche Zurechnung zu einzelnen Gesellschaften mit der Folge, dass nur über ihr Vermögen ein insolvenzrechtliches Verfahren eröffnet werden kann, entspricht nicht der ökonomischen Realität. Anders sieht dies in Bereichen des Kartellrechts oder auch Arbeitsrechts aus, in denen Subjekt der Verpflichtungen nicht die juristische Person, sondern die Unternehmung selbst ist.<sup>1103</sup> Dies soll hier aber nicht weiter beleuchtet werden.

## II. Zahlungseinstellung (*état de cessation des paiements*), art. L. 631-1 CCom.

Anknüpfungszeitpunkt im Insolvenzrecht ist der Zustand der Zahlungseinstellung (*état de cessation des paiements*). Dieser ist folgendermaßen zu beschreiben: dem Schuldner ist es unmöglich, mit seinem verfügbaren Aktivvermögen seine fälligen Passiva zu tragen, art. L. 631-1, al. 1 C.Com. Es handelt sich um eine Zahlungsunfähigkeit.<sup>1104</sup> Die von den Gläubigern einforderbaren Verbindlichkeiten sind dabei fällige Schulden, die sicher und liquide sind.<sup>1105</sup> Das verfügbare Vermögen zur Tilgung dieser Verbindlichkeiten bilden Liquiditäten der Schuldnerin (*liquidités du débiteur*), Vermögenswerte, die sehr kurzfristig realisiert werden

---

<sup>1098</sup> Roussel Galle/Bourbouloux, in: Droit des sociétés et procédures collectives, 2018, 137 (137).

<sup>1099</sup> Roussel Galle/Bourbouloux, in: Droit des sociétés et procédures collectives, 2018, 137 (137).

<sup>1100</sup> Pelletier, La responsabilité au sein des groupes des sociétés en cas de procédure collective, 2013, Rn. 291.

<sup>1101</sup> Pelletier, La responsabilité au sein des groupes des sociétés en cas de procédure collective, 2013, Rn. 291.

<sup>1102</sup> Pelletier, La responsabilité au sein des groupes des sociétés en cas de procédure collective, 2013, Rn. 291.

<sup>1103</sup> Pelletier, La responsabilité au sein des groupes des sociétés en cas de procédure collective, 2013, Rn. 292.

<sup>1104</sup> Antonini-Cochin/Henry, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, 8. Aufl. 2019, S. 13: „incapacité de payer ses dettes“.

<sup>1105</sup> Antonini-Cochin/Henry, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, 8. Aufl. 2019, S. 13: passif exigible: dettes échues, certaines et liquides.

können (*valeurs réalisables à très courte terme*) sowie Kreditgewährungen (*ouvertures de crédit*).<sup>1106</sup>

Ob die Schuldnerin ihre Zahlungen einstellen muss und sich somit im *état de cessation des paiements* befindet, ist entscheidend für die Frage, welches insolvenzrechtliche Verfahren angewendet werden kann bzw. muss.<sup>1107</sup> Der französische Gesetzgeber hat 2005 das Insolvenzrecht reformiert und den Zeitpunkt vorverlagert, zu dem bereits insolvenzrechtliche Maßnahmen getroffen werden können. Das Credo lautet, Vorbeugen ist besser als Heilen (*il vaut mieux prévenir que guérir*).<sup>1108</sup> Dies zeigt sich in der Möglichkeit für die Schuldnerin, schon vor Zahlungseinstellung vorbeugende Verfahren zu durchlaufen und so einen Anreiz zu haben, nicht bis zum äußersten zu warten.<sup>1109</sup> Das Ziel ist es, die Präventivverfahren attraktiver zu machen als das Insolvenzverfahren und so die Schuldnerin zum Erhalt des Unternehmens anzuregen, ohne die Zahlungseinstellung abzuwarten.<sup>1110</sup>

Das Datum der Zahlungseinstellung wird vom Gericht im Eröffnungsbeschluss des Insolvenzverfahrens festgesetzt, art. L. 631-8 CCom. Die Zahlungseinstellung muss im Konzernkontext für jede Gesellschaft autonom und objektiv bestimmt werden.<sup>1111</sup> Dabei dürfen im Falle der Feststellung des *état de cessation des paiements* einer Tochter auch nicht die finanziellen Kapazitäten der Mutter mit herangezogen werden.<sup>1112</sup> Das Insolvenzverfahren kann nur über den gesamten Konzern eröffnet werden, wenn sich alle Gesellschaften im Stadium der Zahlungseinstellung befinden.<sup>1113</sup> Ihre wirtschaftliche Abhängigkeit voneinander wird vollumfänglich ausgeblendet und es findet eine ausschließlich juristische

---

<sup>1106</sup> Antonini-Cochin/Henry, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 8. Aufl. 2019, S. 13.

<sup>1107</sup> Antonini-Cochin/Henry, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 8. Aufl. 2019, S. 13.

<sup>1108</sup> Antonini-Cochin/Henry, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 8. Aufl. 2019, S. 13.

<sup>1109</sup> Saintourens/Valierque, in: *Droit des entreprises en difficulté - perfectionnement juridique et efficacité économique*, 2015, 33 (41).

<sup>1110</sup> Saintourens/Valierque, in: *Droit des entreprises en difficulté - perfectionnement juridique et efficacité économique*, 2015, 33 (43): „...d'inciter ainsi à la suivi de l'entreprise sans attendre la cessation des paiements“.

<sup>1111</sup> Cass.com., 03.07.2012, n° 11-18.026, Bull. Joly 2012, 631, note Pelletier; Jacquemont/Borga/Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, 11. Aufl. 2019, Rn. 167.

<sup>1112</sup> Cass.com., 15.11.2017, n° 16-19.690, Bull. Joly 2018, 115, note Mouial-Bassilana; so ausdrücklich am Beispiel einer deutschen Mutter und französischen Tochtergesellschaft (*Sodimédical*) Henry, *Rev. sociétés* 2012, 527.

<sup>1113</sup> Cass.com., 06.03.2001, n° 97-22.180, RTD com. 2001, 921, obs. Champaud und Danet.

Betrachtungsweise statt. Die sakrosankte Autonomie der einzelnen Konzerngesellschaften ist in der Rechtsprechung unantastbar.<sup>1114</sup>

### III. Insolvenzrechtliche Rechtsfolgen

Das französische Insolvenzrecht hält verschiedene Verfahren bereit, um auf die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft angemessen reagieren zu können. Vor dem *état de cessation des paiements* steht der Schuldnerin die Möglichkeit einer *procédure de sauvegarde* offen, artt. L. 620-1 ff. CCom. Nach Zahlungseinstellung kann nur noch das Insolvenzverfahren (*procédure de redressement judiciaire*), artt. L. 631-1 ff. CCom., sowie das Liquidationsverfahren (*procédure de liquidation judiciaire*), artt. L. 640-1 ff. CCom., durchlaufen werden. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann von der Schuldnerin selbst, dem Gläubiger oder der Staatsanwaltschaft beantragt werden. Die Schuldnerin muss den Antrag spätestens 45 Tage nach Zahlungseinstellung stellen, es sei denn, sie beantragt die Durchführung eines Vermittlungsverfahrens (*procédure de conciliation*), art. L. 631-4 C.Com. Es handelt sich um eine Pflicht zur Antragsstellung, da bei Ablauf der Frist ohne Antragstellung eine Ausfalldeckungshaftung des Geschäftsführers in Betracht kommt (s.u. Teil 5 § 1 A. IV. 1.). Die unterlassene Antragsstellung ist nämlich ein Geschäftsführungsfehler (*faute de gestion*). Die Gläubiger können gem. art. L. 631-5, al. 2 C.Com. das Insolvenzgericht anrufen, wenn kein Vermittlungsverfahren durchgeführt wird. Selbiges gilt für die Staatsanwaltschaft, art. L. 631-5, al. 1 C.Com.

Ist die *procédure de redressement* eröffnet schließt sich ein Beobachtungszeitraum (*période d'observation*) an und ein Insolvenzverwalter (*administrateur judiciaire*) wird bestellt. Dessen Befugnisse werden vom Insolvenzgericht festgelegt. So können gem. art. L. 631-12 al. 2 CCom. ein oder mehrere Verwalter bestellt werden, die einzeln oder gemeinsam die Verwaltung der Gesellschaft begleiten oder selbst übernehmen. Das Gericht ist also frei, wie weit es die Mission des *administrateur* erstrecken möchte. Dabei wird eine vollständige Verwaltung nur angeordnet, wenn die Geschäftsleiter die Gesellschaft nicht mehr selbst führen können insbesondere, wenn deren Redlichkeit in Frage steht.<sup>1115</sup> Art. L. 631-12 CCom. sieht eigentlich

---

<sup>1114</sup> Kritisch auch *Champaud/Danet*, RTD com. 2001, 921.: „Est-elle encore pertinente cette crispation sur un principe doctrinal dont la préservation s'opère au prix de la bonne gestion des procédures judiciaires et de l'insécurité juridique des entreprises concernées et de leurs partenaires?“.

<sup>1115</sup> Vgl. hierzu *Monsérié-Bon*, in: Répertoire de droit commercial, 2014, Rn. 55.

vor, dass der Schuldnerin begrenzte Kompetenzen verbleiben.<sup>1116</sup> Dazu zählen vor allem Geschäftsführungsmaßnahmen im laufenden Geschäftsbetrieb (*actes de gestion courante*), artt. L. 631-14 iVm 622-3 CCom. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Insolvenzverfahrens, welches die Fortführung des Unternehmens ermöglichen soll, art. L. 631-1 al. 3 CCom.

Prozessual hat das französische Recht durch das sog. Loi Macron von 2015<sup>1117</sup> einige Neuerungen erfahren. So ist beispielweise das Insolvenzgericht der Tochter für nachfolgende Verfahren zuständig, bei dem zuerst ein Eröffnungsantrag gestellt wurde, art. L. 662-8 al. 1 CCom. Auch kann das so zuständige Insolvenzgericht einen gemeinsamen Insolvenzverwalter für alle insolventen Gruppengesellschaften bestimmen, art. L. 662-8 al. 2 CCom. So wird eine Kooperation ermöglicht.

Die Leitungsmacht und Einflussmöglichkeiten der Muttergesellschaft sind hier also nicht so erheblich eingeschränkt, dass sie keine Entscheidungen treffen könnte, die das Gruppeninteresse in den Blick nehmen, solange es der Fortführung der Tochtergesellschaft dient. Solche Einschränkungen könnten sich aber aus den haftungsrechtlichen Folgen der Insolvenz der Tochter ergeben.

#### IV. Haftungsrechtliche Rechtsfolgen

##### 1. Ausfalldeckungsklage (*action pour insuffisance d'actif*), art. L. 651-2 CCom.

Diese trifft den rechtlichen sowie den faktischen Geschäftsführer, art. L. 651-2 C.Com. Auch die Repräsentanten der juristischen Personen in Geschäftsführungsfunktion sind betroffen, art. L. 651-1 C.Com. Zudem sind ausländische Geschäftsführer in die Haftung miteinbezogen.<sup>1118</sup> Der Geschäftsführer, der durch einen Geschäftsführungsfehler (*faute de gestion*) zu einer Unterdeckung (*insuffisance d'actif*) der Gesellschaft beigetragen hat, kann verurteilt werden, diese Unterdeckung ganz oder teilweise zu tragen. Es handelt sich hierbei um die einzige vermögensrechtliche Strafe (*sanction patrimoniale*), die dem Geschäftsführer auferlegt werden kann.<sup>1119</sup> Neben dieser vermögensrechtlichen Strafe können die persönliche Insolvenz (*faillite personnelle*) des Geschäftsführers sowie ein Geschäftsführungsverbot

---

<sup>1116</sup> *Monsérié-Bon*, in: Répertoire de droit commercial, 2014, Rn. 55: „...laissant au débiteur des pouvoirs limités.“

<sup>1117</sup> Loi n° 2015-990 vom 06.08.2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n° 0181 v. 07.08.2015.

<sup>1118</sup> *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 13140.

<sup>1119</sup> *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 13110.

(*interdiction de gérer*) weitere Konsequenzen sein, artt. L. 653-1 ff. CCom. Auch eine strafrechtliche Haftung für Bankrott (*banqueroute*) ist möglich, art. L. 654-3 CCom.

a) *Muttergesellschaft als formelle oder faktische Geschäftsführerin*

Die Muttergesellschaft als juristische Person kann in der SAS als formelle und in der SARL als faktische Geschäftsführerin für eine Unterdeckung haftbar sein, wenn über das Vermögen der Tochter das Liquidationsverfahren eröffnet wird.<sup>1120</sup> Dabei muss sich die Muttergesellschaft signifikant in die Geschäftsführung der Tochter eingemischt haben, eine der Konzernstruktur inhärente Kontrolle kann dagegen eine faktische Geschäftsführung nicht begründen (s.o. Teil 3 § 2 A.).<sup>1121</sup>

b) *Voraussetzungen der Ausfalldeckungshaftung*

Vier Voraussetzungen führen zur Ausfalldeckungshaftung des Geschäftsführers. Zunächst muss sich die Gesellschaft im Stadium der Liquidation befinden, welche eine Unterdeckung zum Vorschein bringt. Die Unterdeckung und deren Höhe werden am Tag der Entscheidung des Gerichts über die Sanktion bewertet.<sup>1122</sup> Ein Schutz- bzw. Insolvenzplan reichen nicht aus.<sup>1123</sup> Anschließend bedarf es eines Geschäftsführungsfehlers, der zur Unterdeckung beigetragen hat. Hierbei ist jeglicher Fehler ausreichend, selbst ein schwacher. Allerdings kann eine einfache Fahrlässigkeit (*simple négligence*) in der Geschäftsführung nicht als Geschäftsführungsfehler qualifiziert werden, art. L. 651-2, al. 2 C.Com. Diese Einschränkung wurde im Jahr 2016 eingeführt.<sup>1124</sup> Der Fehler muss darüber hinaus vor Eröffnungsbeschluss begangen worden sein. Er kann beispielsweise in der unterlassenen Erklärung der Zahlungseinstellung liegen.<sup>1125</sup> Des Weiteren muss der Gesellschaft ein Schaden entstanden sein. Dieser liegt darin, dass die Passiva der Gesellschaft deren Aktiva übersteigen und es ihr folglich unmöglich ist, ihrer Gläubiger zu befriedigen.<sup>1126</sup> Zuletzt bedarf es einer Kausalität zwischen Schaden und Geschäftsführungsfehler. Allerdings ist nicht erforderlich, dass der *faute de gestion* die einzige Ursache für die Unterdeckung ist.

---

<sup>1120</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 13155, mit Beispielen aus der Rechtsprechung, in denen eine faktische Geschäftsführung angenommen wurde sowie mit Gegenbeispielen.

<sup>1121</sup> Vgl. anhand der aufgeführten Beispiele Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 13155.

<sup>1122</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 13210 mwN.

<sup>1123</sup> *Antonini-Cochin/Henry*, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, 8. Aufl. 2019, S. 148 f.; *Farhi*, Les procédures collectives après la loi PACTE, 2019, S. 73.

<sup>1124</sup> Loi n° 2016-1691 vom 09.12.2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite „loi Sapin 2“, JORF n° 0287 v. 10.12.2016.

<sup>1125</sup> Cass.com., 30.11.1993, n° 91-20.554, Bull. Joly 1994, 410, note *Pétel*.

<sup>1126</sup> *Antonini-Cochin/Henry*, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, 8. Aufl. 2019, S. 149; *Farhi*, Les procédures collectives après la loi PACTE, 2019, S. 73.

### c) Gruppenspezifische Anwendungsbeispiele

In der Rechtsprechung lassen sich Beispiele für eine Anwendung der Ausfalldeckungshaftung im Konzern finden. Ein besonders prominentes ist der Fall, in dem ein Geschäftsführer einer Tochter, der diese Funktion ebenfalls in der Muttergesellschaft ausübte, das Interesse eines Gruppenmitglieds über das der Tochter stellte.<sup>1127</sup> Es lässt sich konstatieren, dass der Hauptanwendungsfall der *action en comblement du passif* in dem Fall liegt, in dem eine Muttergesellschaft ihren konzerninternen Handlungsfreiraum verlässt, und sich auf Kosten der Tochtergesellschaft operationell aber auch schlicht finanziell bereichert.<sup>1128</sup>

Die Haftung kommt allerdings nur in Betracht, wenn der Geschäftsführer Entscheidungen fällt oder unterlässt, die in seinem Kompetenzbereich liegen. Dies ist beispielsweise nicht der Fall bei einer ausbleibenden Rekapitalisierung einer Konzerngesellschaft, die notwendig geworden war, weil das Eigenkapital unter die Hälfte des Stammkapitals gesunken war.<sup>1129</sup> Eine solche Rekapitalisierung können nur die Gesellschafter selbst entscheiden, nicht hingegen der Geschäftsführer, artt. L. 223-42 und L. 225-248 iVm 227-1 al 3 CCom. Es handelt sich demnach nicht um einen *faute de gestion*. Gleiches gilt für den Fall der Unterkapitalisierung einer Gesellschaft zum Zeitpunkt ihrer Gründung.<sup>1130</sup> Die Gesellschafter sind dafür zuständig, dass ausreichend Einlagen geleistet werden.

### d) Verurteilung des Geschäftsführers

Die Ausfalldeckungshaftung ist exklusiv. Das heißt, sie kann nicht mit einer deliktischen Haftung aus artt. 1240, 1241 CCiv. kumuliert werden, außer, wenn der *faute de gestion* nach Eröffnungsbeschluss begangen wurde oder wenn ein persönlicher Schaden eines Gläubigers ausgeglichen werden soll.<sup>1131</sup>

Klagebefugt sind der Liquidator, der Staatsanwalt oder die Mehrheit der Gläubiger, die zum *contrôleur* ernannt werden, nachdem der Liquidator einer entsprechenden Klageaufforderung nach zweimonatiger Frist nicht nachgekommen ist, art. L. 651-3 C.Com. Das Gericht ist bei seiner Entscheidung ausgesprochen frei und kann den Geschäftsführer trotz Vorliegen der

---

<sup>1127</sup> CA Paris, 28.06.1988 – *Sté Frankel SA c/ Bouteil*.

<sup>1128</sup> Vgl. die Beispiele bei *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 13220.

<sup>1129</sup> Cass.com., 13.10.2015, n° 14-15.755, Bull. Joly 2016, 157, note *Heinrich*; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 13225; *Monsèrié-Bon*, in: *Droit des sociétés et procédures collectives*, 2018, 119 (124).

<sup>1130</sup> Cass.com., 10.03.2015, n° 12-15.505, Rev. Sociétés 2015, 406, note *Henry*; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 13225; *Monsèrié-Bon*, in: *Droit des sociétés et procédures collectives*, 2018, 119 (124).

<sup>1131</sup> *Antonini-Cochin/Henry*, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 8. Aufl. 2019, S. 149.

Voraussetzungen gar nicht in Haftung nehmen, oder die Ausfalldeckung teilweise<sup>1132</sup> oder (nahezu) vollständig<sup>1133</sup> aussprechen (*sanction facultative*).<sup>1134</sup> Die Schwere seines Geschäftsführungsfehlers oder das Vorliegen weiterer Faktoren, die zur Unterdeckung geführt haben, ist dabei unerheblich.<sup>1135</sup> Bei Verurteilung geht der Betrag in das Vermögen der Gesellschaft über und wird so anteilig unter den Gläubigern aufgeteilt und das unabhängig davon, ob ihre Forderung in der Insolvenz privilegiert ist oder nicht. Es handelt sich um eine egalitäre Aufteilung.<sup>1136</sup> Einzig der verurteilte Geschäftsführer selbst, der auch Gläubiger der Gesellschaft sein kann, nimmt an dieser Aufteilung nicht Teil, art. L. 651-2, al. 4 C.Com.

Die Haftungsvoraussetzungen gestatten keine Berücksichtigung des Gruppeninteresses. Es besteht kein Anknüpfungspunkt, da der Liquidator einzig das Interesse der Gläubigerbefriedigung zu erfüllen hat. Dies liegt darin begründet, dass im Liquidationsverfahren anders als im Insolvenzverfahren nicht die Fortführung des Unternehmens im Vordergrund steht, sondern im Gegenteil die Beendigung der unternehmerischen Aktivität und die Verwertung des Vermögens, art. L. 640-1 al. 2 CCom. Außerdem wäre nach Anwendung der *Rozenblum*-Formel grundsätzlich auch keine Rechtfertigung möglich, da diese die finanzielle Überforderung der Tochter nicht gestattet. Ausnahmsweise kann die Rechtfertigung nach *Rozenblum* jedoch die Kausalität zwischen *faute* und *insuffisance* ausschließen, wenn die Insolvenz der Tochter für deren ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführer objektiv *ex ante* nicht erkennbar war. Denn die *Rozenblum*-Kriterien sind objektiv und stellen auf den Zeitpunkt der Vornahme der Maßnahme ab.<sup>1137</sup> Diese Fälle dürften aber angesichts der geringen Kausalitätsschwelle singulär bleiben. Die *action pour insuffisance d'actif* ist somit eine Grenze der Anerkennung des Gruppeninteresses.

---

<sup>1132</sup> Cass.com., 25.01.1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 31, der Geschäftsführer wurde zum Ersatz von 25% der Schadenssumme verurteilt.

<sup>1133</sup> Cass.com., 28.01.2001, n° 01-16.355, der Geschäftsführer wurde zum Ersatz von 90% der Schadenssumme verurteilt.

<sup>1134</sup> *Antonini-Cochin/Henry*, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 8. Aufl. 2019, S. 150; *Farhi*, *Les procédures collectives après la loi PACTE*, 2019, S. 73.

<sup>1135</sup> *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 13260.

<sup>1136</sup> *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 13265.

<sup>1137</sup> Zu den *Rozenblum*-Kriterien *Boursier*, *Rev. sociétés* 2005, 273 (310); zu der Konsequenz für die insolvenzrechtliche Haftung *Ziegler*, *Konzernleitung im Binnenmarkt*, 2016, S. 72.

## 2. Verfahrenserweiterung (*extension de la procédure*)

Das Insolvenzverfahren wird grundsätzlich nur über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet (s.o. Teil 5 § 1 A. I.). In zwei Ausnahmefällen aber ist eine Verfahrenserweiterung (*extension de la procédure*) möglich und der Gläubiger erhält Zugriff auf das Vermögen anderer Gesellschaften. Entweder handelt es sich um einen Fall der Vermögensvermischung (*confusion des patrimoines*) oder die Tochtergesellschaft ist nur fiktiv (*fictivité de la filiale*) und die eigentliche Schuldnerin ist die Muttergesellschaft.<sup>1138</sup> Diese Ausnahmen sind abschließend.<sup>1139</sup>

Wenn also das Verfahren erweitert wird, entfällt das Erfordernis, dass für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zunächst für jede Gesellschaft gesondert die Zahlungseinstellung festgestellt wird. Die Gesellschaft, auf die das Verfahren erweitert wird, muss sich nicht im *état de cessation des paiements* befinden.<sup>1140</sup> Wird das Insolvenzverfahren in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union eröffnet und auf eine Gesellschaft erweitert, deren statutarischer Sitz sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet, ist dies nur möglich, wenn dargelegt wird, dass sich der Mittelpunkt deren hauptsächlichen Interessen, der sog. COMI im ersten Mitgliedstaat befindet.<sup>1141</sup> Es fragt sich also, wie groß das Risiko für eine deutsche Muttergesellschaft ist, mit in das Insolvenzverfahren über ihre französische Tochter einbezogen zu werden. Sollte sie aber doch einmal miteinbezogen werden, kann ihr das nicht harmonisierte materielle Insolvenzrecht zum Verhängnis werden. Die Verfahrensvorschriften sind durch die EulnsVO<sup>1142</sup> weitestgehend harmonisiert worden, das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, findet Anwendung, Artt. 3 Abs. 1 iVm 7 Abs. 1 EulnsVO. Hier können sich in Unkenntnis der Rechtslage für die Muttergesellschaft unbekanntes Haftungsrisiken ergeben, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Verfahrenserweiterung in der französischen Praxis eine große Rolle spielt, im deutschen Recht aber von geringer Relevanz ist (s.u. Teil 5 § 1 B. III. 5.).

---

<sup>1138</sup> *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.321.

<sup>1139</sup> Cass.com., 20.10.1992, n° 90-21.070, Rev. sociétés 1993, 449, obs. *Guyon*.

<sup>1140</sup> Cass.com., 11.10.1994, n° 90-14.457, RJDA 2/95, n° 200; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 24350.

<sup>1141</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.2011, Rs. C-191/10, 2011 I-13209 - *Rastelli*; siehe auch EuGH, Urt. v. 02.05.2006, Rs. C-341/04, Slg. 2006, I-03813 - *Eurofood*; *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.321.

<sup>1142</sup> Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren, ABl. EU L 141 v. 5.6.2015, S. 19.

Die Verfahrenserweiterung kann vom Insolvenzverwalter (*administrateur* oder *mandataire judiciaire*) oder von der Gesellschaft, über deren Vermögen bereits das Verfahren eröffnet ist, sowie von der Staatsanwaltschaft (*ministère public*) beantragt werden, artt. L. 621-2 al. 2, 631-7 al. 1, 641-1, I CCom. Dieses Recht steht ebenfalls dem *contrôleur* zu, nicht jedoch den Gläubigern selbst.<sup>1143</sup>

a) *Vermögensvermischung (confusion des patrimoines)*

Zunächst war die Vermögensvermischung (*confusion des patrimoines*) lediglich eine richterrechtliche Konstruktion. Mittlerweile hat sie Eingang in den Code de commerce gefunden, artt. L. 621-2, al. 2, 631-7 al. 1 und 641-1, I CCom.<sup>1144</sup> Sie liegt vor, wenn es sich entweder um irreguläre finanzielle Beziehungen (*relations financières anormales*) handelt, oder um eine Verflechtung von Gesellschaftskonten (*imbrication comptable des patrimoines*).<sup>1145</sup>

Irreguläre finanzielle Beziehungen liegen vor, wenn objektive sowie subjektive Voraussetzungen erfüllt sind. Objektiv muss es zu einer Übertragung von Aktiva und/oder Passiva zwischen den Gesellschaften gekommen sein. Diese Übertragung ist von einem auffälligen vermögensrechtlichen Missverhältnis gekennzeichnet (*déséquilibre patrimonial significatif*), welches sich insbesondere in einer fehlenden Gegenleistung ausdrückt.<sup>1146</sup> Die subjektive Voraussetzung wird vermutet, wenn die Transaktionen zwischen den Gesellschaften einen anormalen Charakter haben, also sich weder durch eine juristische Verpflichtung zur Transaktion noch durch ein anderes Interesse der verarmten Gesellschaft rechtfertigen lassen.<sup>1147</sup> Wenn es sich bei den in Frage stehenden Transaktionen um konzerninterne finanzielle Beziehungen handelt, ist die Rechtsprechung großzügiger und gewährt der Gruppe einen Spielraum, innerhalb dessen Gesellschaften enger vermögensrechtlich verbunden sein dürfen, als isolierte Gesellschaften, ohne eine *confusion des patrimoines* befürchten zu müssen. In der *Métaleurop*-Entscheidung von 2005 hat die

---

<sup>1143</sup> Cass.com., 15.05.2001, n° 98-14.560 P, Bull. Joly 2001, 979, note *Pétel*; *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.021; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 24340.

<sup>1144</sup> *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, Rn. 701.

<sup>1145</sup> *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.211; *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33. Aufl. 2020, Rn. 2182; *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, Rn. 703; *Jacquemont/Borga/Mastrullo*, Droit des entreprises en difficulté, 11. Aufl. 2019, Rn. 176.

<sup>1146</sup> *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.231; *Pétel*, Procédures collectives, 9. Aufl. 2017, Rn. 89.

<sup>1147</sup> *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.231.

Cour de cassation festgelegt, wann im Gruppenkontext eine Vermögensvermischung vorliegt.<sup>1148</sup> So liegt selbst dann keine Vermögensvermischung vor, wenn die Tochter gegenüber der Muttergesellschaft über keine eigene Entscheidungsmacht verfügt. Auch eine fehlende geschäftliche Unabhängigkeit der Tochter ist zunächst unschädlich. Es wird also unterschieden zwischen wirtschaftlicher oder finanzieller Abhängigkeit und der Vermögensvermischung. Allerdings besteht weiterhin Raum für eine faktische Geschäftsführung seitens der Muttergesellschaft, je nach Abhängigkeitsgrad der Tochter und Einmischung der Mutter (zu den Einzelheiten der faktischen Geschäftsführung s.o. Teil 3 § 2 A.).<sup>1149</sup> Die Qualifikation als faktische Geschäftsführerin hat wie gesehen ganz erhebliche haftungsrechtliche Konsequenzen. Auch gilt dieses Konzernprivileg nicht grenzenlos; die Beziehungen der Konzerngesellschaften untereinander müssen ein gewisses Maß an Ausgeglichenheit aufweisen.<sup>1150</sup> Die Tochtergesellschaft darf nicht vollständig ausgenommen werden und der Mutter lediglich als Vermögensspeicher dienen.<sup>1151</sup>

Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung bemüht ist, pragmatische Lösungen im Umgang mit dem Konzern zu finden, insbesondere bei Abwesenheit gesetzlicher Vorgaben.<sup>1152</sup> Es hat sich zwischenzeitlich eine weitreichende Kasuistik entwickelt, wann eine Vermögensvermischung anzunehmen ist, und in welchen Fällen eine solche verneint werden muss. Abgelehnt wurde eine verfahrenserweiternde *confusion* beispielsweise in dem Fall, in dem zwei Gesellschaften zwar dasselbe Personal, denselben Gesellschaftssitz, dieselben Geschäftsführer hatten und deren Buchführung sowie Bankkonten eng verflochten waren. Jedoch lag diesem Verhalten kein systematischer Wille zugrunde.<sup>1153</sup> Die gleiche Bewertung erfolgte im Fall, in dem zwischen den Konzerngesellschaften ein Cash-Pool-System bestand (*convention de trésorerie*), gemeinsame Unternehmungen durchgeführt wurden sowie finanzielle Beiträge zugunsten der Mutter bestanden.<sup>1154</sup> Ein Cash-Pool System ist somit keine anormale finanzielle Beziehung und führt nicht zu einer Vermögensvermischung.

---

<sup>1148</sup> Cass.com., 19.04.2005, n° 05-10.094, Bull. Joly 2005, 690, note *Saint-Alary-Houin*.

<sup>1149</sup> Vgl. zum Ganzen *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.215.

<sup>1150</sup> *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, Rn. 705.

<sup>1151</sup> Cass.com., 02.05.2007, n° 06-12.378, Bull. Joly 2007, 941, note *Senechal*.

<sup>1152</sup> *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, Rn. 706.

<sup>1153</sup> Cass.com., 02.05.2007, n° 06-12.378, Bull. Joly 2007, 941, note *Senechal*; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 24325.

<sup>1154</sup> Cass.com., 16.12.2014, n° 13-24.161, Rev. sociétés 2015, 202, obs. *Henry*; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 24325.

b) *Scheintochtergesellschaft (fictivé de la filiale)*

Eine Scheingesellschaft ist eine Gesellschaft, die nicht über eine reelle Existenz verfügt. Das bedeutet, dass ihr ein konstituierendes Element aus art. 1832 CCiv. fehlt, meist die sog. *affectio societatis*, also der Wille mehrerer natürlicher oder juristischer Personen, sich zu einer Einheit zusammenzuschließen.<sup>1155</sup> Hinter dem Schein verbirgt sich ein Verhalten des Gesellschafters, welcher unter dem Deckmantel der Rechtspersönlichkeit ausschließlich in seinem eigenen Interesse handelt.<sup>1156</sup> Die Scheingesellschaft verfügt nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit und kann somit nicht Objekt eines Insolvenzverfahrens sein.<sup>1157</sup>

Gemünzt auf den Sachverhalt einer Unternehmensgruppe bedeutet dies folgendes: Eine Filialisierung ist nicht per se verwerflich, jedoch muss das Prinzip der Trennung der jeweiligen juristischen Personen beachtet werden. Damit die Existenz der Tochter bejaht werden kann, muss sie über ein eigenes Vermögen und eigene Kompetenzen verfügen. Sie muss eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit ausüben und darf nicht in vollständiger finanzieller Abhängigkeit zur Mutter stehen.<sup>1158</sup> Auf sie dürfen nicht einfach die Risiken einer unternehmerischen Tätigkeit abgeladen werden.<sup>1159</sup> Die Cour de cassation hat dies in der oben zitierten *Métaleurop*-Entscheidung abermals bekräftigt: Das Fehlen einer eigenen Tätigkeit oder jedenfalls die fehlende eigene Entscheidungsautonomie bei der gesellschaftlichen Tätigkeit kann den Schein begründen.

Weitere Lösungsansätze sind in der Literatur zu finden. *Rolland* schlägt beispielsweise vor, die wirtschaftliche und finanzielle Autonomie der Tochter in ihrer eigenen Sphäre, also innerhalb ihres Gesellschaftszwecks zu suchen. Handelt es sich um eine Tochter, die für den Cash-Flow zuständig ist, muss diese weiterhin autonom über Fragen der Verwaltung des Cash-Flows innerhalb der Gruppe entscheiden können. Gleiches gilt für Töchter, die für Produktion oder Vertrieb zuständig sind.<sup>1160</sup> Es geht darum, die rechtliche Realität der wirtschaftlichen

---

<sup>1155</sup> *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.111; *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, Rn. 699; *Jacquemont/Borga/Mastrullo*, Droit des entreprises en difficulté, 11. Aufl. 2019, Rn. 175.

<sup>1156</sup> *Rolland*, LPA 2005, 13 (18).

<sup>1157</sup> *Pétel*, Procédures collectives, 9. Aufl. 2017, Rn. 87.

<sup>1158</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, Rn. 24315.

<sup>1159</sup> CA Paris, 28.09.1993, n° 92011601 und n° 92012020, Bull. Joly 1994, 68; *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, Rn. 700.

<sup>1160</sup> *Rolland*, LPA 2005, 13 (19).

anzupassen.<sup>1161</sup> Daher führt die *fictivité* der Tochtergesellschaft zu einer Durchgriffshaftung (*levée de l'écran de la personnalité morale*) und einem Zugriff der Gläubiger auch auf das Vermögen der Mutter.<sup>1162</sup>

### c) Rechtsfolgen

Liegt einer der oben beschriebenen Tatbestände vor, wird das über das Vermögen einer Gesellschaft eröffnete Insolvenzverfahren auf eine weitere Gesellschaft erweitert. Die Schuldnerinnen sind dann einem gemeinsamen Verfahren unterworfen, welches von denselben Organen betrieben wird und welches die Gesamtheit ihrer Aktiva und Passiva umfasst. Es ist dazu bestimmt, ein gemeinsames Ergebnis zu erzielen.<sup>1163</sup> Folglich werden Insolvenzverfahren, aber auch das Liquidationsverfahren, auf das die Verfahrenserweiterung ebenfalls Anwendung findet, über eine Gesellschaft eröffnet und durchgeführt, welche nicht insolvent ist, sondern weiterhin in der Lage ist, mit ihrem verfügbaren Vermögen ihre fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen. Dadurch werden Vermögenswerte der liquiden Gesellschaft zerstört, die diese in freier Verwertung mit Sicherheit hätte gewinnbringender einsetzen können. Dabei geht es nicht nur um bestimmte Vermögenswerte. Im Gegenteil bilden die gesamten Aktiva der herangezogenen Gesellschaft die Insolvenzmasse. Es können also auch Gegenstände verwertet werden, die für die Ausübung der gesellschaftlichen Tätigkeit der Mutter unerlässlich sind und somit diese mit in die Krise stürzen. Ein solcher Effekt sollte eigentlich mit der Haftungssegmentierung vermieden werden. Zwar hat die Muttergesellschaft im Falle einer Verfahrenserweiterung diese rechtliche Grenze des Vermögens der Tochter nicht beachtet, sonst hätte das Insolvenz- oder Liquidationsverfahren nicht auf sie erweitert werden können. Trotzdem erscheint es nicht sachgerecht, das gesamte Vermögen der Mutter pauschal den Gläubigern der Tochter zu ihrer Befriedigung zur Verfügung zu stellen. Dies entspräche einer Haftung wie bei einer Zweigniederlassung, für die sich die Muttergesellschaft bei Konzernierung eben gerade nicht entschieden hat. Es muss also möglich sein, nach Vermögenswerten zu differenzieren, um deren Verwertung so gewinnbringend wie möglich sicherzustellen. Sei es durch die Muttergesellschaft selbst im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit, sei es durch den Insolvenzverwalter zur

---

<sup>1161</sup> *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10. Aufl. 2018, Rn. 213.111: „mettre en conformité une réalité juridique et une réalité économique“.

<sup>1162</sup> *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, Rn. 700.

<sup>1163</sup> *Jacquemont/Borga/Mastrullo*, Droit des entreprises en difficulté, 11. Aufl. 2019, Rn. 179; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, Rn. 24355; *Pétel*, Procédures collectives, 9. Aufl. 2017, Rn. 86.

Befriedigung der Gläubiger der Tochter. Der Abschluss des erweiterten Verfahrens sollte unterschiedliche Ergebnisse ermöglichen.

Solange die Gerichte hier keine unterschiedlichen Ergebnisse der Verfahren zulassen, besteht ein erhebliches Risiko für die Mutter. Trotz der Bemühungen, Konzernsachverhalte differenziert zu betrachten, wird man bei Bejahung der Voraussetzungen der Vermögensvermischung bzw. Scheintochtergesellschaft davon ausgehen können, dass dieser Durchgriff auf das Vermögen der Muttergesellschaft als echte harte Schranke der Ausübung von Leitungsmacht im Rahmen der konzerninternen Einflussnahme zu qualifizieren ist. Denn sobald die Voraussetzungen vorliegen, gibt es keine Möglichkeit für die Muttergesellschaft, sich komplett oder wenigstens teilweise der Verfahrenserweiterung zu entziehen. Ein Anknüpfungspunkt für das Gruppeninteresse besteht nicht.

## B. Deutsche insolvenzrechtliche Regelungen

### I. Tatbestand der Insolvenz

Im Gegensatz zum französischen Recht kennt das deutsche Insolvenzrecht drei verschiedene Insolvenztatbestände, die unterschiedliche Personengruppen entweder dazu berechtigen oder verpflichten, Insolvenzantrag zu stellen.

#### 1. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht mehr in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen, § 17 Abs. 2 InsO. Es kommt dabei nicht auf die Bereitschaft zu zahlen, sondern auf die Fähigkeit an.<sup>1164</sup> Bei der Ermittlung der Fähigkeit sind verfügbare Zahlungsmittel und fällige Zahlungspflichten gegenüberzustellen. Maßgeblich ist dafür der Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung (Eröffnungsbeschluss), nicht also der des Insolvenzantrags. Es soll der letzte Erkenntnisstand zugrunde gelegt werden.<sup>1165</sup> Dies entspricht der Regelung im französischen Recht. Es wird durch sog. Liquiditätsbilanz eine Zeitpunkt-Illiquidität ermittelt.

Abzugrenzen von der Zahlungsunfähigkeit ist die momentane Zahlungsstockung, die nach dem Willen des Gesetzgebers unschädlich ist. Eine Zahlungsstockung liegt vor, wenn der

---

<sup>1164</sup> *Salm-Hoogstraeten*, in: *Braun*, InsO, 9. Aufl. 2022, § 17 Rn. 8; *Foerste*, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 124.

<sup>1165</sup> *Salm-Hoogstraeten*, in: *Braun*, InsO, 9. Aufl. 2022, § 17 Rn. 42; *Foerste*, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 124.

Schuldner kurzfristig, spätestens binnen drei Wochen wieder für Liquidität sorgen kann.<sup>1166</sup> Die dreiwöchige Frist ergibt sich aus der Antragspflicht der Schuldnerin aus § 15a InsO (s.u. Teil 5 § 1 B. II.).

Die Zahlungsunfähigkeit muss nicht wesentlich sein, es reicht, wenn lediglich ein Gläubiger seine bewiesene Forderung nicht durchsetzen kann, weil das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht. Nicht ausreichend sind demgegenüber ganz geringfügige Liquiditätslücken. Die Rechtsprechung hat hierzu nähere Vorgaben gemacht: sind mindestens 10% der gesamten Schulden ungedeckt, ist ohne belegte gegenteilige Indizien von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Dies gilt bei einer geringeren Liquiditätslücke dann, wenn die 10%-Hürde absehbar demnächst überschritten werden wird.<sup>1167</sup> Zahlungsunfähigkeit wird bei Zahlungseinstellung vermutet, § 17 Abs. 2 S. 2 InsO.

#### 2. Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO

Häufig ist die Zahlungsunfähigkeit nur schwer zu ermitteln und für die Gläubiger nicht ersichtlich, sodass der Schuldner weiterhin Kredit gewährt bekommt, und somit der Zeitpunkt einer endgültigen Zahlungsunfähigkeit nur hinausgeschoben wird.<sup>1168</sup> Daher ist es sinnvoll, den Insolvenzgrund vorzuerlegen auf die drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO. Die Zahlungsunfähigkeit droht, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen, § 18 Abs. 1, 2 InsO. Diese ist nur bei Eigenantrag ein Eröffnungsgrund.

Im Gegensatz zur bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit handelt es sich hier um eine Zeitraum-Illiquidität, die durch einen Finanzplan, der für den Prognosezeitraum Ein- und Auszahlungen gegenüberstellt, festgestellt werden kann. Der Finanzplan kann so ein Defizit an Cashflow aufzeigen.<sup>1169</sup> Der Prognosezeitraum beträgt in der Regel 24 Monate, § 18 Abs. 2 S. 2 InsO. Sinn und Zweck dieser Vorverlagerung der Insolvenz liegt darin, den Schuldner dazu zu bringen, früher Insolvenzantrag zu stellen. So soll vermieden werden, dass das Unternehmen noch weiter heruntergewirtschaftet und damit die Masse weiter geschmälert

---

<sup>1166</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134 (139 f.).

<sup>1167</sup> BGH, Urt. v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134 (144 ff.); *Salm-Hoogstraeten*, in: *Braun*, InsO, 9. Aufl. 2022, § 17 Rn. 8 ff.; *Foerste*, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 214.

<sup>1168</sup> *Foerste*, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 126; siehe ferner *Salm-Hoogstraeten*, in: *Braun*, InsO, 9. Aufl. 2022, § 18 Rn. 2: „Ziel dieses Insolvenzgrundes ist es, rechtzeitig rechtliche und wirtschaftliche Maßnahmen auch zum Schutz des Schuldners mit Hilfe eines erfahrenen (vorläufigen) Insolvenzverwalters bereits im ‚Vorfeld‘ einzuleiten.“

<sup>1169</sup> *Foerste*, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 127.

wird.<sup>1170</sup> Dies ist kein einfaches Unterfangen, spielen doch gravierende psychologische Gründe dafür, dass Unternehmer ihre Erfolgsaussichten besser bewerten, als die Realität es gestatten würde bzw. sich mit letzter Kraft gegen die Insolvenz stemmen und besonders risikoreiche Geschäfte tätigen (*gambling for resurrection*). Sie können von den Chancen risikoreicher Geschäfte profitieren, haben aber nicht in entsprechendem Umfang an den Risiken teil.<sup>1171</sup>

### 3. Überschuldung, § 19 InsO

Bei juristischen Personen kann das Insolvenzverfahren darüber hinaus auch bei Überschuldung eröffnet werden, § 19 Abs. 1 InsO. Sie liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, § 19 Abs. 2 S. 1 InsO.

Zur Feststellung der Überschuldung werden Aktiva und Passiva in einer Überschuldungsbilanz gegenübergestellt. Problematisch ist hierbei die Bewertung der Aktiva, denn diese kann sich am Liquidationswert oder aber am Fortführungswert orientieren. Das Vermögen kann als „Summe der Preise“ erfasst werden, „die sich bei Zerschlagung und Verkauf des Bestandes (...) erzielen lassen würden“. Dies ist der Liquidationswert, welcher recht gering ist. Ergibt sich hingegen die Chance, das Unternehmen bei Aussicht auf spätere Gewinnerzielung fortzuführen, muss dies mit einem Aufschlag berücksichtigt werden. Denn allein diese Aussicht steigert bereits jetzt den Wert des Unternehmens. Dies geschieht durch die Veranlagung hoher Wiederbeschaffungskosten als Fortführungswert des Vermögens der Gesellschaft.<sup>1172</sup>

Diese Unterscheidung in der Bilanzierung ist essentiell, sorgt sie je nach Ansetzung für eine frühe oder spätere Überschuldung. Eine angemessene Bewertung ist wichtig, da sonst gesunde Unternehmen vom Markt genommen würden, nur weil sie fremdfinanziert sind.<sup>1173</sup> Gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO scheidet eine Überschuldung aus, wenn eine Unternehmensfortführung überwiegend wahrscheinlich ist, weil der Schuldner zu ihr bereit ist und mittelfristig keine Zahlungsunfähigkeit droht. Bei dieser Fortführungsprognose ist ein

---

<sup>1170</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 128; siehe ferner zu den Anreizen des Schuldners, früh einen Antrag zu stellen Salm-Hoogstraeten, in: Braun, InsO, 9. Aufl. 2022, § 18 Rn. 22.

<sup>1171</sup> Induktiv Klöhn, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 35 ff.; siehe auch Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 482 f..

<sup>1172</sup> Vgl. zum Ganzen Foerste, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 132; weiterführende Hinweise bei Salm-Hoogstraeten, in: Braun, InsO, 9. Aufl. 2022, § 19 Rn. 14 ff..

<sup>1173</sup> Eingehend Foerste, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 132.

Zeitraum von 12 Monaten anzusetzen, § 19 Abs. 2 S. 1 HS 2 InsO. Es handelt sich um eine zweistufige Überschuldungsprüfung.<sup>1174</sup>

## II. Insolvenzrechtliche Rechtsfolgen

Liegt einer der beschriebenen Insolvenzgründe vor, können Schuldner oder Gläubiger einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen, § 13 InsO. Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch die Staatsanwaltschaft Insolvenzantrag stellen, § 111i Abs. 2 StPO.<sup>1175</sup> Für Kapitalgesellschaften besteht eine Antragspflicht, § 15a InsO. Der Antrag ist spätestens binnen drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung vom Vertretungsorgan zu stellen, § 15a Abs. 1 S. 2 InsO. Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ernennt das Gericht einen Insolvenzverwalter, dem von nun an die Verfügungsmacht über das Vermögen des Schuldners zukommt, §§ 80 f. InsO.

Grundsätzlich wird über jedes einzelne Unternehmen ein separates Insolvenzverfahren eröffnet, denn es handelt sich um eigenständige juristische Personen. Oftmals jedoch bilden konzernverbundene Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit, sodass getrennte Insolvenzverfahren ungünstig sein können. Daher hat der Gesetzgeber reagiert und Konzerninsolvenzen durch gemeinsame Gerichtsstände und Kooperationsmechanismen erleichtert, vgl. §§ 3a ff., 269a ff. InsO.

Der Insolvenzbeschluss, der dem Schuldner die Verfügungsbefugnis entzieht, hat zur Folge, dass die Muttergesellschaft keinen Einfluss mehr auf die Tochter ausüben kann, denn gegenüber dem Insolvenzverwalter besteht kein Weisungsrecht und auch eine indirekte Einflussnahme ist nicht möglich. Ihre Leitungsmacht wird hierdurch beseitigt.

## III. Haftungsrechtliche Rechtsfolgen

Noch viel größeres Kopfzerbrechen sollten der Mutter allerdings die haftungsrechtlichen Folgen der Insolvenz der Tochter bereiten. Dabei kann sie als Mehrheits- oder Alleingesellschafterin (Existenzvernichtungshaftung), aber auch als faktische Geschäftsführerin in Anspruch genommen werden (Insolvenzverschleppungs- und Insolvenzverursachungshaftung).

---

<sup>1174</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 134.

<sup>1175</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 10 Rn. 93.

## 1. Existenzvernichtungshaftung

### *a) Ausgangspunkt: berücksichtigungsfähiges Bestandsinteresse der Tochtergesellschaft*

Gesellschaftsgläubiger profitieren häufig reflexartig von der durch den Minderheitenschutz vermittelten Sicherung des Gesellschaftsvermögens. Ohne diesen vermitteln ihnen lediglich die Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30 f. GmbHG einen Schutz. Dieser Schutz wird jedoch nicht lückenlos gewährleistet und kommt immer nur dort zum Tragen, wo das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen unmittelbar oder mittelbar belastet wird.<sup>1176</sup> Nicht von §§ 30 f. GmbHG umfasst sind demgegenüber sog. Kollateralschäden.<sup>1177</sup> Dies gilt insbesondere, seitdem das MoMiG in § 30 Abs. 1 S. 2, 3 GmbHG zur bilanziellen Betrachtungsweise zurückgekehrt ist (s.o. Teil 3 § 3 B. I. 1. c)).<sup>1178</sup>

Dieser Situation hat die Rechtsprechung Abhilfe geschaffen: Zunächst durch die Anerkennung eines eigenen Bestandsschutzes für die konzernierte GmbH,<sup>1179</sup> in späteren Entscheidungen durch die sog. „Existenzvernichtungshaftung“, eine allgemeine Haftung des Alleingeschafters für „die Insolvenz verursachende oder vertiefende Eingriffe“.<sup>1180</sup> Außerdem entschied der BGH, dass auch der aufgelösten Gesellschaft ein eigenes Bestandsschutzinteresse zukommt, so dass die Haftung auch im Stadium der Abwicklung in Betracht kommt.<sup>1181</sup> Die Anerkennung eines Bestandsschutzes der Gesellschaft ist nicht selbstverständlich, verfügen doch die Gesellschafter über den Bestand ihrer Gesellschaft, indem sie sie jederzeit unter den gesetzlichen Voraussetzungen auflösen und abwickeln können. Jedoch sind auch in diesen Verfahren die Rechte und Interessen der Gläubiger zu berücksichtigen. „Auf keinen Fall kann es ihnen erlaubt sein, der Gesellschaft ihr Vermögen

---

<sup>1176</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 2.

<sup>1177</sup> Zu den Defiziten des gesetzlichen Einzelausgleichssystems BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 24 - *Trihotel*; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 2 mwN; zu den sog. Kollateralschäden gehören konzernintegrative Maßnahmen, der Entzug von Geschäftschancen und betriebsnotwendiger Liquidität sowie die Veranlassung zur Vornahme riskanter und verlustträchtiger Geschäfte.

<sup>1178</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I Nr. 48 v. 28.10.2008, S. 2026; siehe dazu RegE, BT-Drs. 16/6140 = BR-Drs. 354/07; Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/9737; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 2.

<sup>1179</sup> BGH, Urt. v. 29.03.1993 - II ZR 265/91, BGHZ 122, 123 (130) - *TBB*; überblicksartig *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 4 mwN.

<sup>1180</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 - *Trihotel*; BGH, Urt. v. 17.09.2001 - II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 (16 f.) - *Bremer Vulkan*; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 4 mwN.

<sup>1181</sup> BGH, Urt. v. 09.02.2009 - II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 15 ff. - *Sanitary*; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 4.

ohne Rücksichtnahme auf ihre gesetzliche Funktion, anstelle ihrer Gesellschafter als Haftungsträger zu dienen, zu entziehen und ihr dadurch die Möglichkeit zu nehmen, ihre Verbindlichkeiten – ganz oder teilweise – zu erfüllen.“<sup>1182</sup> Eine solche „Liquidation auf kaltem Wege“ ist auch in der Einpersonen-GmbH unzulässig und führt zur Haftung des Gesellschafters, den im Umgang mit der Gesellschaft gläubigerbezogene Schutzpflichten treffen.<sup>1183</sup>

#### b) Haftungstatbestand

Die Rechtsgrundlage der Existenzvernichtungshaftung war lange Zeit umstritten und auch in der Rechtsprechung stetigen Änderungen unterworfen.<sup>1184</sup> Der BGH hat zuletzt in der *Trihotel*-Entscheidung eine Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der GmbH aus § 826 BGB entwickelt.<sup>1185</sup> Haftungsbegründend ist ein kompensationsloser, zur Insolvenz führender oder diese vertiefender Eingriff in das Gesellschaftsvermögen unter Verstoß gegen die Verpflichtung zur Respektierung seiner Zweckbindung zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung. Es handelt sich laut dem BGH um eine Verlängerung des Schutzes der §§ 30 f. GmbHG.<sup>1186</sup> Diese Insolvenzverursachungshaftung des Gesellschafters ist das Gegenstück zu den durch das MoMiG geschaffenen besonderen Zahlungsverboten des § 15b Abs. 5 InsO nF (§ 64 S. 3 GmbHG aF), die den Geschäftsführer für Zahlungen nach der Insolvenz haftbar machen (Einzelheiten s.u. Teil 5 § 1 B. III. 3. d)).<sup>1187</sup>

---

<sup>1182</sup> BGH, Urt. v. 24.06.2002 - II ZR 300/00, BGHZ 151, 181 (186) - *KBV*; zum Ganzen *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 5.

<sup>1183</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 5 mwN.

<sup>1184</sup> Vgl. zum Ganzen die Darstellung bei *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 6 ff.: Zu Beginn sah der BGH als Grundlage der Haftung einen Missbrauch der Rechtsform der GmbH, wenn die Gesellschafter „unter Außerachtlassung der gebotenen Rücksichtnahme auf diese Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen Vermögenswerte“ entziehen und dadurch „in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten“ beeinträchtigen (BGH, Urt. v. 24.06.2002 - II ZR 300/00, BGHZ 151, 181 (187) - *KBV*). Es handelte sich um eine teleologische Reduktion des § 13 Abs. 2 GmbHG und eine hierdurch eröffnete analogen Anwendung der §§ 105 Abs. 1, 128, 129 HGB, mithin um eine persönliche Durchgriffshaftung der Gesellschafter. Kritisiert wurde vor allem der überschießende Charakter der Durchgriffslösung. Dieser zeigte sich in den Fällen, in denen die Gesellschaft bereits ohnehin in einer Krise steckte und der Eingriff des Gesellschafters meist zu keinem gravierenden Ausfallschaden des Gläubigers führte. Erschwerend hinzu kam der verschuldensunabhängige Charakter der Durchgriffshaftung, sodass der BGH in der nachfolgenden *Trihotel*-Entscheidung eine auf § 826 BGB gründenden Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der GmbH entwickelte (Bestätigte Rspr. seit BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 – *Trihotel*).

<sup>1185</sup> Bestätigte Rspr. seit BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 - *Trihotel*; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 8.

<sup>1186</sup> Skeptisch *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 8, 21 f.

<sup>1187</sup> Kritisch *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 8a, die eine vorsatzunabhängige Haftung des Gesellschafters begründen wollen und als subjektives Element für die Erkennbarkeit der Insolvenzverursachung iSd § 15b Abs. 5 InsO nF (§ 64 S. 3 GmbHG aF) plädieren.

### c) Haftungsadressaten

Adressat der Existenzvernichtungshaftung ist zunächst der alleinige Gesellschafter (gleich welcher Rechtsform) einer Einpersonen-GmbH. Haftbar nach § 826 BGB können darüber hinaus auch einverständlich handelnde Minderheitsgesellschafter sein, unabhängig davon, ob sie selber Vermögen der GmbH empfangen haben.<sup>1188</sup> Teilnahme ist gem. § 830 Abs. 1, 2 BGB als Anstifter oder Gehilfe möglich.<sup>1189</sup> Eine mittelbare Beteiligung ist ebenfalls möglich, das bedeutet, dass die Muttergesellschaft sowie gegebenenfalls deren Gesellschafter für von ihr veranlasste Eingriffe in das Vermögen der Enkelgesellschaft einzustehen haben.<sup>1190</sup>

### d) Eingriff und Eingriffsfolgen

Der Gesellschafter verübt einen die Insolvenzreife herbeiführenden oder vertiefenden Eingriff in das Vermögen der GmbH. Es ist ein Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen, der die „auf Grund der Zweckbindung dieses Vermögens gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen“ lässt.<sup>1191</sup> Der Tatbestand ist also zweigliedrig aufgebaut und erfordert ein Verhaltenselement in Form des Eingriffs sowie ein Erfolgselement in Form der Insolvenzverursachung oder -vertiefung.<sup>1192</sup>

Der Eingriff kann auf viele verschiedene Arten erfolgen.<sup>1193</sup> Beispielhaft seien hier Fälle aufgeführt, die die Rechtsprechung bereits beschäftigt haben. Insbesondere der nicht erfassbare Abzug betriebsnotwendiger Liquidität ist problematisch. Aber auch Entnahmen, die den Zusammenbruch der GmbH verursachen, jedoch in ihren negativen Folgen für die Gesellschaft und deren Gläubiger nicht oder nicht gänzlich von den Kapitalerhaltungsregeln erfasst sind, sind als existenzvernichtender Eingriff zu qualifizieren. Ein weiteres Beispiel ist der Entzug von Geschäftschancen oder von Führungspersonal. Praxisrelevant ist außerdem die Veranlassung zu spekulativen und mit unangemessenen Risiken versehene Geschäfte,<sup>1194</sup> wobei hier die Abgrenzung zur Ausübung unternehmerischen Ermessens im Rahmen der *Business Judgement Rule* problematisch sein kann. Hinzu kommen nachteilige Maßnahmen

---

<sup>1188</sup> BGH, Urt. v. 25.02.2002 - II ZR 196/00, NZG 2002, 520 (521).

<sup>1189</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 9.

<sup>1190</sup> BGH, Urt. v. 24.07.2012 - II ZR 177/11, NZI 2012, 894 Rn. 13 f.; BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 - *Trihotel*.

<sup>1191</sup> BGH, Urt. v. 24.06.2002 - II ZR 300/00, BGHZ 151, 181, 1. Ls. - *KBV*.

<sup>1192</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 12.

<sup>1193</sup> Zum Ganzen *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 13.

<sup>1194</sup> BGH, Urt. v. 31.01.2000 - II ZR 189/99, NZI 2000, 212.

der Konzernintegration wie etwa der Rückzug vom Markt oder von Teilmärkten, die Einbindung in ein zentrales Cash-Management,<sup>1195</sup> die Verlagerung von Geschäftsfeldern auf andere Konzerngesellschaften und die prozessuale Vereitelung der Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen den Gesellschafter,<sup>1196</sup> die je nach Ausgestaltung einen Eingriff in das Gesellschaftsvermögen darstellen und zur Insolvenzverursachung bzw. -vertiefung führen können. Bloßes Unterlassen, beispielsweise die unterbliebene Wahrnehmung von Geschäftschancen, ist hingegen grundsätzlich nicht als Eingriff zu qualifizieren.<sup>1197</sup> Verallgemeinernd lässt sich feststellen, dass jede Veranlassung einer nachteiligen Maßnahme, die zum Zusammenbruch der Gesellschaft führt, genügt. Ob die Maßnahme nachteilig ist, ist im Zeitpunkt des Eingriffs zu beurteilen.<sup>1198</sup>

Der Erfolg dieses Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen ist ein Gläubigerausfall, also „die Beeinträchtigung der Fähigkeit der Gesellschaft zu Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten und damit die Insolvenzreife (oder deren Vertiefung)“.<sup>1199</sup> Ein Insolvenzantrag oder eine Eröffnung sind indes nicht erforderlich.<sup>1200</sup> Wird die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten anderweitig wiederhergestellt, so entfällt der Erfolg des Eingriffs und somit auch die Haftung des Gesellschafters.<sup>1201</sup> Zwischen Eingriff und Erfolg muss Kausalität bestehen.<sup>1202</sup> Der Ausfall des Gläubigers muss also gerade auf dem Eingriff des Gesellschafters beruhen. Dies ist nicht der Fall, wenn andere Ursachen die Insolvenzreife bedingen, oder der Eingriff die Gesellschaft zwar schwächt, nicht jedoch zu deren Zusammenbruch führt.<sup>1203</sup>

Der Gesellschafter muss darüber hinaus vorsätzlich gehandelt haben – hierbei reicht Eventualvorsatz aus, Fahrlässigkeit hingegen nicht.<sup>1204</sup> Dabei muss sich der Vorsatz auf die

---

<sup>1195</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 17.09.2001 - II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 - *Bremer Vulkan*; Maul, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 5. Aufl. 2021, Konzernrecht Rn. 72.

<sup>1196</sup> BGH, Urt. v. 09.02.2009 - II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 17 ff. - *Sanitary*.

<sup>1197</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 14.

<sup>1198</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 14 mwN.

<sup>1199</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 16

<sup>1200</sup> BGH, Urt. v. 13.12.2007 - IX ZR 116/06, NZI 2008, 238 Rn. 13: „Mit der rechtswidrigen Entziehung der ihm nicht zustehenden Geldbeträge ist der Bekl. (...) unmittelbar in Verzug geraten.“; *Leuschner*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2021, Anh. § 77 Rn. 359.

<sup>1201</sup> Vgl. dazu BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 52 ff. - *Trihotel*.

<sup>1202</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 41 - *Trihotel*.

<sup>1203</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 17.

<sup>1204</sup> Ablehnend *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 18.

Tatsachen des Eingriffs, nicht hingegen auf die Sittenwidrigkeit erstrecken.<sup>1205</sup> Der BGH führt dazu aus, dass die Begrenzung der Schadensersatzpflicht auf mindestens eventualvorsätzliches Handeln „die folgerichtige Beschränkung der Haftung entsprechend dem objektiven Haftungstatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs“ sei, „der einen gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Entzug von Vermögenswerten voraussetzt, die die Gesellschaft zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.“<sup>1206</sup>

#### *e) Rechtsfolgen*

Bei der Existenzvernichtungshaftung handelt es sich um eine Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der GmbH.<sup>1207</sup> Dadurch findet eine Haftungskonzentration auf das Gesellschaftsvermögen statt, mit der Konsequenz, dass der Schaden dort ausgeglichen wird, wo er entstanden ist. So wird außerdem ein Wettlauf der Gläubiger vermieden.<sup>1208</sup> Bei der Ermittlung des Schadens ist die hypothetische Situation des Gläubigers ohne den existenzvernichtenden Eingriff zu Grund zu legen, wobei auf den Eingriffszeitpunkt abzustellen ist. Bei Vollwertigkeit der Forderung zu diesem Zeitpunkt ist deren Nennbetrag zu ersetzen, welcher um die auf den entsprechenden Gläubiger entfallende Quote gekürzt wird. Andernfalls ist lediglich der Quotenverschlechterungsschaden zu ersetzen.<sup>1209</sup> Wichtig ist dabei, dass der Schadensersatz nicht in der Höhe der Entnahme des Gesellschafters begrenzt ist. Führt der Eingriff zum Zusammenbruch der Gesellschaft und damit zum Abzug von Fremdkapital, hat der Gesellschafter auch diesen Folgeschaden zu ersetzen.<sup>1210</sup>

#### *f) Geltendmachung und Konkurrenzen*

Da es sich bei der Insolvenzvernichtungshaftung um eine reine Binnenhaftung handelt, kommt der Gesellschaft selbst der Anspruch gegen den Gesellschafter zu. Dieser Anspruch wird in der Insolvenz vom Insolvenzverwalter geltend gemacht, § 80 Abs. 1 InsO. Bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft hat der Gläubiger nach Ansicht des BGH den Umweg über eine Inanspruchnahme der Gesellschaft zu nehmen, welche auch sein Vertragspartner ist. Durchgesetzt wird dieser Anspruch dann durch Pfändung des Anspruchs der Gesellschaft gegen den Gesellschafter aus existenzvernichtendem Eingriff, § 829 ZPO. Geht man hingegen

---

<sup>1205</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 30 f. - *Trihotel*; Maul, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 5. Aufl. 2021, Konzernrecht Rn. 77; *Leuschner*, in: *H/C/L*, GmbHG, 3. Aufl. 2021, Anh. § 77 Rn. 361; *Fastrich*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 13 Rn. 70.

<sup>1206</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 31 - *Trihotel*.

<sup>1207</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 23 - *Trihotel*.

<sup>1208</sup> Zustimmung *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 21.

<sup>1209</sup> Zum Ganzen *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 21.

<sup>1210</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 21.

mit der Literatur davon aus, dass dem Gläubiger in solchen Fällen ein Direktanspruch gegen den Gesellschafter zusteht, kann er selbst den Gesellschafter verklagen.<sup>1211</sup> Neben dem Anspruch aus Existenzvernichtung nach § 826 BGB ist für einen deliktischen Anspruch des Gläubigers aus §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 266 StGB kein Raum.<sup>1212</sup> In Betracht kommt aber ein Anspruch wegen Vermögensvermischung.<sup>1213</sup> Auch eine allgemeine Deliktshaftung ist nicht ausgeschlossen, mit der Einschränkung, dass die Tochter nicht als Verrichtungsgehilfin zu qualifizieren ist und somit eine Haftung der Mutter nach § 831 BGB entfällt.<sup>1214</sup> Im Verhältnis zu § 31 GmbHG besteht Anspruchsgrundlagenkonkurrenz.<sup>1215</sup>

#### g) Bewertung

Durch die Haftung für Existenzvernichtung wird der Kapitalschutz komplettiert und Kollateralschäden, die nicht von § 30 GmbHG erfasst sind, ausgeglichen. Der BGH hatte dabei bereits viele praxisrelevante konzernrechtliche Konstellationen zu entscheiden und hat die Haftung der Mutter bejaht. Hierbei war für die Berücksichtigung eines etwaigen Gruppeninteresses kein Raum.

Die Cour de cassation versucht, Gruppenkonstellationen zu privilegieren, insbesondere, wenn es um die Frage der Vermögensvermischung geht (s.o. Teil 5 § 1 A. IV. 2.). Engere finanzielle Verbindungen zwischen den Konzerngesellschaften werden nicht als anormal qualifiziert, sodass eine Verfahrenserweiterung ausscheidet. Die Gläubiger der Tochter erhalten so keinen Zugriff auf das Vermögen der Muttergesellschaft. Mit der neuen Ausrichtung der Haftung als Innenhaftung kann auch im deutschen Recht von einer Privilegierung<sup>1216</sup> ausgegangen werden, die unabhängig davon gilt, ob die Gesellschaft konzerniert ist oder nicht. Denn auch

---

<sup>1211</sup> Für einen eigenen Deliktsanspruch der Gläubiger gegen den Gesellschafter *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 22; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Anh. § 318 Rn. 38; *Habersack*, ZGR 2008, 533 (548); für einen Anspruch aus Treupflichtverletzung durch entsprechende Anwendung der §§ 93 Abs. 5, 117 Abs. 5, 309 Abs. 4 S. 3, 317 Abs. 4 AktG *Ulmer*, ZIP 2001, 2021 (2026 f.); vgl. auch *Vetter*, BB 2007, 1965 (1968).

<sup>1212</sup> Vgl. hierzu *Weller*, ZIP 2007, 1681 (1688), der eine deliktisch fundierte Pflicht, existenzvernichtende Eingriffe zu unterlassen nicht als strafrechtliche Treupflicht iSd § 266 Alt. 2 StGB einordnen will.

<sup>1213</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 27 - *Trihotel*.

<sup>1214</sup> Vgl. zum Ganzen *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 24.

<sup>1215</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 38 ff. - *Trihotel*; zustimmend *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 31 Rn. 19 mwN.

<sup>1216</sup> Kritisch *Wagner*, in: *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 190, der konstatiert, dass die Ansprüche der Gläubiger auch im Falle einer Außenhaftung durch den Insolvenzverwalter gebündelt geltend gemacht werden könnten. Die Innenhaftung hingegen berge schwere praktische Nachteile, welche ein Anreizproblem des Gesellschafters erzeugten: derjenige Gesellschafter, der die Gesellschaft vollends ruiniere, sodass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt werde, werde privilegiert. Zwar könnten die Gläubiger den Anspruch der Gesellschaft gegen diesen Gesellschafter pfänden; dies sei aber sehr zeitintensiv. Je größer demnach der existenzvernichtende Eingriff, desto kleiner sei das Haftungsrisiko.

beim existenzvernichtenden Eingriff ist ein direkter Zugriff der Gläubiger auf das Vermögen der Mutter nicht möglich.

## 2. Insolvenzverschleppungshaftung

### *a) Einleitung*

Liegen bei einer juristischen Person die Eröffnungsgründe vor, kommt es häufig zu einer verspäteten Antragstellung. Dies führt zu einer unnötigen weiteren Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens, sodass die Quote der Gläubiger durch die verspätete Antragstellung weiter sinkt. Für diesen sog. Quotenschaden haftet der Geschäftsführer nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO.<sup>1217</sup> Er wird vom Insolvenzverwalter geltend gemacht.

Aufgrund eines verspäteten Antrags kann es auch geschehen, dass Gläubiger in Unkenntnis der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft weiterhin mit ihr kontrahieren und aufgrund der Insolvenz derselben einen Schaden erleiden. Der Schaden dieser Neugläubiger ist aber ein Vertrauensschaden, der vom Geschäftsführer vollständig zu ersetzen und von den Gläubigern selbst geltend zu machen ist. Hätten die Neugläubiger nämlich von der Insolvenz der Gesellschaft gewusst, weil diese rechtzeitig einen entsprechenden Antrag bei Gericht gestellt hätte, wäre ihr kein Kredit mehr gewährt worden. Dieser Anspruch ergibt sich ebenfalls aus §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO. Es erfolgt kein Abzug der mutmaßlichen quotalen Befriedigung.<sup>1218</sup>

### *b) § 15a InsO als Schutzgesetz*

Die Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO ist Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gläubiger. Bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung dieser Pflicht steht ihnen ein eigener Schadensersatzanspruch zu,<sup>1219</sup> wobei das Verschulden vermutet wird.<sup>1220</sup> Hieraus ergibt sich ein zweispuriges System: die Erstattungspflicht gegenüber der Gesellschaft für die nach Insolvenzreife geleisteten Zahlungen nach § 15b Abs. 4 S. 1 InsO einerseits und den

---

<sup>1217</sup> BGH, Urt. v. 06.06.1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 (190 ff.); BGH, Urt. v. 16.12.1958 - II ZR 245/57, BGHZ 29, 100 (102 ff.); *Foerste*, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 21 Rn. 309.

<sup>1218</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 - II ZR 234/05, BGHZ 171, 46 (54 f.); *Foerste*, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2022, § 21 Rn. 310.

<sup>1219</sup> St. Rspr. seit BGH, Urt. v. 16.12.1958 - II ZR 245/57, BGHZ 29, 100 ff.; *H.-F. Müller*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 258.

<sup>1220</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 - II ZR 234/05, BGHZ 171, 46 Rn. 8 ff.; BGH, Urt. v. 06.06.1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 (200); *H.-F. Müller*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 263; *Klöhn*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 266.

Schadensersatz gegenüber den Gläubigern für die Verletzung der Insolvenzantragspflicht nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO andererseits.<sup>1221</sup>

*c) Geschützter Personenkreis*

Geschützt werden die Gläubiger, die sich ebenfalls in zwei Gruppen aufteilen lassen. Erstens diejenigen, die ihren Anspruch vor Insolvenzreife erworben haben, sog. Altgläubiger, und zweitens diejenigen, die erst nach diesem Zeitpunkt mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehung getreten sind, sog. Neugläubiger. Gläubiger, die ihren Anspruch hingegen erst mit oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben haben, gehören nicht zum geschützten Personenkreis, denn zu diesem Zeitpunkt hat sich die Antragspflicht des Geschäftsführers und damit der Anknüpfungspunkt der Haftung für Insolvenzverschleppung erledigt.<sup>1222</sup> Ebenfalls ausgenommen sind die Gesellschafter sowie die Gesellschaft selbst.<sup>1223</sup>

*d) Objektiver Tatbestand*

Wird der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht oder nicht binnen der dreiwöchigen bzw. sechswöchigen Maximalfrist gestellt und ist Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingetreten, ist der objektive Tatbestand erfüllt. Den Gläubigern muss durch die Verletzung der Antragspflicht ein Schaden entstanden sein. Wird die Gesellschaft nachhaltig saniert, fehlt es an einem solchen Schaden.<sup>1224</sup>

*e) Ersatzfähiger Schaden*

Bei der Frage des ersatzfähigen Schadens ist zwischen Altgläubigern und Neugläubigern zu differenzieren. Für die Altgläubiger findet die Differenzhypothese mit der Maßgabe Anwendung, dass ihnen die „Differenz zwischen der bei rechtzeitiger Verfahrenseinleitung erzielbaren und der tatsächliche erzielten Insolvenzquote, sog. Quotenschaden“ zu ersetzen ist.<sup>1225</sup> Neugläubiger hingegen erhalten ihren Vertrauensschaden ersetzt.<sup>1226</sup> Sie werden so

---

<sup>1221</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 260.

<sup>1222</sup> BGH, Urt. v. 19.02.1990 - II ZR 268/88, BGHZ 110, 342; BGH, Urt. v. 26.06.1989 - II ZR 289/88, BGHZ 108, 134; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anhang zu § 64 Rn. 81; H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 261; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 217; aA Klöhn, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 218 ff.

<sup>1223</sup> Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anhang zu § 64 Rn. 82; H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 261; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 217. Interessanterweise sah der BGH dies in seiner Grundsatzentscheidung zur Insolvenzverschleppung noch anders, BGH, Urt. v. 16.12.1958 - II ZR 245/57, BGHZ 29, 100, (103).

<sup>1224</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 262.

<sup>1225</sup> Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anhang zu § 64 Rn. 92; H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 265; Klöhn, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 181 ff.; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 249.

<sup>1226</sup> Grundsatzentscheidung BGH, Urt. v. 06.06.1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 ff.

behandelt, als hätten sie mit der insolventen Gesellschaft gar nicht kontrahiert.<sup>1227</sup> Da der Inhalt des Anspruches doch entscheidend variieren kann, ist die Abgrenzung zwischen den beiden Gläubigergruppen von großer Bedeutung. Dabei kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Anspruch entstanden ist, für den der Gläubiger Schadensersatz fordert.<sup>1228</sup> Auf die Fälligkeit des Anspruchs kommt es hingegen nicht an, was insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen relevant wird.<sup>1229</sup> Das zu ersetzende negative Interesse der Neugläubiger umfasst vor allem Aufwendungen für Waren- und Lohnkosten, die sie im Hinblick auf den Vertragsschluss mit der insolventen Gesellschaft erbracht haben, ohne eine entsprechende Gegenleistung zu erlangen.<sup>1230</sup> Die auf den Neugläubiger entfallende Insolvenzquote ist bei seinem Anspruch nicht in Abzug zu bringen; der Geschäftsleiter, der in voller Höhe ersatzpflichtig ist, kann aber gem. § 255 BGB vom Neugläubiger Abtretung der Insolvenzforderung gegen die Gesellschaft verlangen.<sup>1231</sup> Dies liegt darin begründet, dass die Insolvenzquote erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens feststeht und der Neugläubiger nicht darauf verwiesen werden kann, mit seiner Schadensersatzforderung aus Insolvenzverschleppung gegen den Geschäftsführer bis zum Abschluss eben dieses Verfahrens zuzuwarten.

Das Vorstehende gilt für vertragliche Neugläubiger. Gesetzliche Neugläubiger können keinen Vertrauensschaden geltend machen. Der BGH hat dies plastisch unter dem Hinweis ausgedrückt, die Insolvenzantragspflicht habe nicht den Zweck, potentielle Deliktsgläubiger davon abzuhalten, nach Insolvenzreife noch Opfer eines Delikts zu werden.<sup>1232</sup> Dem gesetzlichen Neugläubiger ist demnach lediglich der Quotenschaden zu ersetzen. Hierbei wird als Ausgangszeitpunkt auf den Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzreife abgestellt.<sup>1233</sup> Die zu

---

<sup>1227</sup> St. Rspr. seit BGH, Urt. v. 06.06.1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 (194); *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anhang zu § 64 Rn. 93; *Klöhn*, in: *MüKoInsO*, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 187; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 256.

<sup>1228</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 - II ZR 234/05, BGHZ 171, 46 Rn. 12 f.; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 267.

<sup>1229</sup> Die Gläubiger von Dauerschuldverhältnissen, die vor Insolvenzreife eingegangen wurden sind nur dann als Neugläubiger zu qualifizieren, wenn das Verhältnis mit Eröffnung des Verfahrens endet oder insolvenzbedingt gekündigt werden kann, der Gläubiger aber im Vertrauen auf die Solvenz der Gesellschaft das Verhältnis fortsetzt, vgl. *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 267.

<sup>1230</sup> *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 268; Einzelheiten bei *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 258.

<sup>1231</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 - II ZR 234/05, BGHZ 171, 46 Rn. 20; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 269; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 260.

<sup>1232</sup> BGH, Urt. v. 25.07.2005 - II ZR 390/03, BGHZ 164, 50 (60 f.).

<sup>1233</sup> Vgl. *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 272.

diesem Zeitpunkt erzielbare Quote wird dann ins Verhältnis mit der tatsächlich erzielten Quote gesetzt.

*f) Durchsetzung des Anspruchs*

Der Quotenschaden ist als Gesamtschaden vom Insolvenzverwalter zu liquidieren, § 92 InsO.<sup>1234</sup> Die einzelnen Gläubiger können ihren Anspruch nicht selbst durchsetzen. Besteht kein Gesamtgläubigerschaden wie im Fall der Individualschäden der vertraglichen Neugläubiger, greift die Sperrwirkung des § 92 InsO nicht; die einzelnen Gläubiger können ihren Schaden selbst bei der Gesellschaft liquidieren.<sup>1235</sup>

*g) Anspruchsverpflichtete*

Die Insolvenzverschleppungshaftung trifft den Geschäftsführer, den faktischen Geschäftsführer sowie bei Führungslosigkeit der Gesellschaft im Sinne von § 15a Abs. 3 InsO die Gesellschafter.<sup>1236</sup> Geht man mit der Literatur also davon aus, dass auch die Muttergesellschaft als juristische Person faktische Geschäftsführerin der Tochter sein kann, trifft sie ebenfalls diese Haftung. Lehnt man die Möglichkeit mit der Rechtsprechung ab, kann die Mutter immerhin als Anstifterin haften, indem sie Weisungen erteilte, § 830 Abs. 2 BGB. Allerdings ist das Risiko für die Muttergesellschaft, als Anstifterin in Anspruch genommen zu werden praktisch relativ gering, weil die Rechtsprechung hierbei doppelten Vorsatz fordert; das heißt sowohl die Insolvenzverschleppung als auch die Anstiftung zu eben dieser Haupttat müssen vorsätzlich erfolgen.<sup>1237</sup> Das bedeutet, dass die Mutter Kenntnis von der Insolvenz der Tochter haben muss und trotzdem weiter vermögensmindernde Maßnahmen anweist. Es kommt darauf an, ob man ihr eine solche Kenntnis aufgrund ihrer zentralen Finanzleitungsmacht unterstellen kann. Die Beweislast liegt dabei bei ihr, da der BGH in ständiger Rechtsprechung das Verschulden vermutet, sobald der objektive Tatbestand der Insolvenzverschleppung vorliegt (s.o. Teil 5 § 1 B. II. 2. b)).<sup>1238</sup> Dies dürfte auch für den Fall des Anstiftervorsatzes gelten.

---

<sup>1234</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 - II ZR 234/05, BGHZ 171, 46 Rn. 12.

<sup>1235</sup> BGH, Urt. v. 06.06.1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 (201); *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anhang zu § 64 Rn. 101; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 274; *Klöhn*, in: *MüKoInsO*, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 256; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 262.

<sup>1236</sup> *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 275.

<sup>1237</sup> BGH, Urt. v. 25.07.2005 - II ZR 390/03, BGHZ 164, 50 (57); *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 276; *Klöhn*, in: *MüKoInsO*, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 276.

<sup>1238</sup> BGH, Urt. v. 05.02.2007 - II ZR 234/05, BGHZ 171, 46 Rn. 8 ff.; BGH, Urt. v. 29.11.1999 - II ZR 273/98, BGHZ 143, 184 (185); BGH, Urt. v. 06.06.1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 (200); *Klöhn*, in: *MüKoInsO*, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 265 f.

*h) Strafbarkeit nach § 15a Abs. 4-6 InsO*

Gem. § 15a Abs. 4 InsO macht sich wegen Insolvenzverschleppung strafbar, wer vorsätzlich unter Verletzung seiner Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1-3 InsO einen Insolvenzantrag gar nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig stellt. Bei Fahrlässigkeit richtet sich die Strafbarkeit nach § 15a Abs. 5 InsO. Bei nicht richtig gestelltem Antrag ist die Strafbarkeit an die objektive Bedingung geknüpft, dass der Antrag rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen wird, § 15a Abs. 6 InsO.<sup>1239</sup>

Taugliche Täter dieses Sonderdelikts sind die Antragsverpflichteten aus § 15a Abs. 1-3 InsO. Das betrifft unter anderem den rechtlichen Geschäftsführer. Ob sich darüber hinaus auch der faktische Geschäftsführer der Insolvenzverschleppung strafbar machen kann, wird nicht einheitlich beurteilt. Die Strafsenate des BGH gehen in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch der faktische Geschäftsführer nach § 15a Abs. 4 InsO strafbar ist.<sup>1240</sup> Das Schrifttum ist hingegen der Ansicht, dass eine Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers nicht in Betracht kommt.<sup>1241</sup> Begründet wird dies damit, dass § 15a InsO nur analog auf faktische Geschäftsleiter Anwendung findet und das strafrechtliche Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG eine solche Ausweitung zulasten des Täters verbiete. Hier bestehen aber bereits teilweise Bedenken, ob es sich hier um eine analoge oder eine erweiternde Auslegung handelt.<sup>1242</sup>

Die Straf-Rechtsprechung wendet seit jeher die Strafnormen des Gesellschaftsrechts auch auf faktische Geschäftsführer an. Trotz anhaltender Kritik aus dem Schrifttum hält sie weiterhin an ihrer Auslegung fest, sodass keine Anzeichen bestehen, dass sich hier ein Umdenken ergeben wird. Es besteht somit eine reale Gefahr für die Muttergesellschaft, als faktische Geschäftsführerin auch strafrechtlich verantwortlich zu sein, wenn sie sich pflichtwidrig verhält. Hierbei gilt jedoch zu beachten, dass das deutsche Kriminalstrafrecht keine

---

<sup>1239</sup> Überblicksartig *Klöhn*, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 322.

<sup>1240</sup> BGH, Urt. v. 18.12.2014 - 4 StR 323/14, GmbHR 2015, 191; zu den Vorgängervorschriften siehe BGH, Urt. v. 24.06.1952 - 1 StR 153/52, BGHSt 3, 32 (37 ff.); BGH, Urt. v. 28.06.1966 - 1 StR 414/65, BGHSt 21, 101 (102); BGH, Urt. v. 22.09.1982 - 3 StR 287/82, BGHSt 31, 118 (121 f.); BGH, Urt. v. 10.05.2000 - 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62 (64).

<sup>1241</sup> *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anhang zu § 64 Rn. 111; *Klöhn*, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 328 mwN.

<sup>1242</sup> Vgl. hierzu monographisch *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, S. 177 ff.

Kriminalstrafen gegen juristische Personen selbst kennt.<sup>1243</sup> Eine Haftung könnte also nur im Rahmen von § 14 StGB die Organe und Vertreter der Muttergesellschaft treffen.

### 3. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife

Mit dem SanInsFoG hat der Gesetzgeber das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG rechtsformneutral mit Wirkung vom 01.01.2021 in den neu geschaffenen § 15b InsO überführt.<sup>1244</sup> § 15b Abs. 1 S. 1 InsO statuiert ein Zahlungsverbot der Mitglieder des Vertretungsorgans der juristischen Person im Stadium der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Damit soll nach Begründung des Gesetzgebers keine Änderung gegenüber der alten Rechtslage nach § 64 GmbHG verbunden sein.<sup>1245</sup> Dies bedeutet, dass sich der maßgebliche Zeitraum von Eintritt der Insolvenzreife bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens erstreckt. Erfasst sind daher Zahlungen innerhalb der Antragsfrist des § 15a InsO sowie solche nach Antragstellung. Denn auch nach Antragstellung besteht für die Interessen der Gläubiger der insolventen Gesellschaft eine latente Gefährdung.<sup>1246</sup>

Gegenständlich erfasst § 15b InsO Zahlungen, wobei der Begriff weit zu verstehen ist und jegliche Vermögensabflüsse umfasst, unabhängig davon, ob sie als Geldleistung erfolgen.<sup>1247</sup> Ausnahmen hiervon bilden Zahlungen des ordnungsgemäßen und gewissenhaften Geschäftsleiters, § 15b Abs. 1 S. 2 InsO (§ 64 S. 2 GmbHG aF). Konkretisiert wird dieser Maßstab durch § 15b Abs. 2 und 3 InsO. Er enthält zwei wesentliche Änderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage. Zum einen soll für diejenigen Geschäftsleiter ein großzügigerer Maßstab gelten, die die Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO nicht verletzen. Dadurch soll ermöglicht werden, den Geschäftsbetrieb ordnungsgemäß fortzuführen, § 15b Abs. 2 InsO. Zum anderen kommt die Haftungsprivilegierung in der Regel nicht mehr in Betracht, wenn Zahlungen im Rahmen der Insolvenzverschleppung, also nach Ablauf der Insolvenzantragsfrist vorgenommen werden, § 15b Abs. 3 InsO.<sup>1248</sup>

---

<sup>1243</sup> *Lieder*, in: *Michalski u.a.*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rn. 99; *Radtko*, in: *MüKoStGB*, 4. Aufl. 2020, § 14 Rn. 129.

<sup>1244</sup> Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFOG) vom 22.12.2020, BGBl. I Nr. 66 v. 29.12.2020, S. 3256.

<sup>1245</sup> *Wolfer*, in: *BeckOKInsO*, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 3.

<sup>1246</sup> *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 64 Rn. 12; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 187; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 109.

<sup>1247</sup> *Wolfer*, in: *BeckOKInsO*, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 11.

<sup>1248</sup> Vgl. zum Ganzen *Wolfer*, in: *BeckOKInsO*, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 15.

*a) Haftungserleichterung bei Zahlungen zur Aufrechterhaltung des  
Geschäftsbetriebs*

Nach § 15b Abs. 2 S. 1 InsO gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, grundsätzlich als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, insbesondere, wenn sie der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen. Hierdurch werden die richterrechtlichen Beschränkungen der Notgeschäftsführung aufgehoben.<sup>1249</sup> § 15b Abs. 2 S. 2 InsO erstreckt dieses Privileg auf den Zeitraum vom Eintritt der Insolvenzreife bis zur rechtzeitigen Insolvenzantragsstellung. Ist der Insolvenzantrag gestellt, sodass sich das Verfahren im Eröffnungsstadium befindet, scheidet eine Haftung des Geschäftsleiters für Zahlungen aus, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter diesen zugestimmt hat, § 15b Abs. 2 S. 3 InsO.

*b) Keine Privilegierung bei Zahlungen während Insolvenzverschleppung*

Wenn Zahlungen im zeitlichen Zusammenhang, mit einer Insolvenzverschleppung geleistet werden, scheidet die Privilegierung nach § 15b Abs. 3 InsO. Tritt die Antragspflicht ein, ist die Massesicherungspflicht das oberste Gebot des Antragspflichtigen.<sup>1250</sup>

*c) Pflicht zur Erstattung von Zahlungen*

§ 15b Abs. 4 InsO statuiert eine Erstattungspflicht des Geschäftsleiters für Zahlungen, die entgegen dem Zahlungsverbot geleistet wurden. Die dogmatische Grundlage ist äußerst streitig und auch vom Gesetzgeber bei der Neuregelung offengelassen worden. Angelehnt an die Rechtsprechung des Reichsgerichts laufe es auf eine „angelegte Vermutung eines Gesamtgläubigerschadens in Höhe der verbotswidrig geleisteten Zahlung“ hinaus.<sup>1251</sup> Es handelt sich um einen Erstattungsanspruch eigener Art.<sup>1252</sup>

---

<sup>1249</sup> *Wolfer*, in: BeckOKInsO, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 16, mit Verweis auf die Rspr. des BGH zu Zahlungen auf Dienstleistungen, die unter der alten Rechtslage nicht privilegiert sind, weil sie nicht zu einer Erhöhung der Aktivmasse führen.

<sup>1250</sup> *Wolfer*, in: BeckOKInsO, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 25.

<sup>1251</sup> *Wolfer*, in: BeckOKInsO, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 27, mit Hinweis auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung RG, Urt. v. 30.11.1938 – II 39/18, RGZ 159, 211, 229 f.

<sup>1252</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 18.11.2020 - IV ZR 217/19, NJW 2021, 231 zum Anspruch aus § 64 GmbHG aF; aus dem Schrifttum *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 64 Rn. 5; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 160 ff., mit Hinweis auf das Meinungsbild zur neuen Rechtslage seit 2021; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 146 f., der an der Einschätzung unter der alten Rechtslage festhalten will; als deliktsähnlichen Schadensersatzanspruch im Interesse aller Gläubiger *Altmeppen*, in: *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 64 Rn. 41.

Adressaten des Zahlungsverbots und der aus dessen Verletzung resultierende Ersatzanspruch sind die Geschäftsführer sowie der faktische Geschäftsführer.<sup>1253</sup> Über dieses Einfallstor kann auch die Muttergesellschaft eine Haftung aus § 15b Abs. 4 S. 1 InsO treffen. Da es sich wie gesehen nicht um einen deliktischen Schadensersatzanspruch handelt, ist ihre Teilnahme nach § 830 BGB ausgeschlossen,<sup>1254</sup> sodass ihre Haftung lediglich als faktische Geschäftsführerin begründet werden kann. Der Anspruch richtet sich zunächst auf den Ersatz der tatsächlich erfolgten Zahlungen, § 15b Abs. 4 S. 1 InsO. Alle Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen, die dieses schmälern, fallen unter den Zahlungsbegriff.<sup>1255</sup> Dabei muss die Aktivmasse der Gesellschaft geschmälert werden, was ausscheidet, wenn ein Gesellschafter oder ein außenstehender Dritter die Leistung bewirkt.<sup>1256</sup> Gegenleistungen werden berücksichtigt und lassen den Tatbestand der Zahlung entfallen, wenn sie gleichwertig sind, da es sich hierbei nur um einen Aktivtausch handelt.<sup>1257</sup> Dies ist insbesondere für konzerninterne Transaktionen interessant, da hier eine Gegenleistung besteht. Der BGH hat bei einer Gegenleistung auch angenommen, der Geschäftsführer habe mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters gehandelt, welches eine Haftung ebenfalls entfallen ließe, § 15b Abs. 1 S. 2 InsO.<sup>1258</sup> Diese Gegenleistung muss aber gleichwertig sein und darf die Masse nicht schmälern. Nach einer ökonomischen Betrachtungsweise ließe sich argumentieren, dass eine konzerninterne Gegenleistung auch dann gleichwertig ist, wenn sie nicht dem Marktpreis entspricht. Sie müsste bei Effizienzgewinn für den Konzern als gleichwertig anzusehen sein, da sonst die konzerninterne Ressourcenallokation reine Makulatur wäre, wenn nur konzernexterne Gegenleistungen, also Marktpreise, als gleichwertig angesehen würden. Allerdings gilt zu beachten, dass dann kein Spielraum für sorgfältiges Handeln besteht, wenn sich die Gesellschaft im Stadium der Insolvenzverschleppung befindet. Die Rechtsordnung missbilligt die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit trotz Insolvenzreife unabhängig davon, ob diese im

---

<sup>1253</sup> BGH, Urt. v. 11.07.2005 - II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 64 Rn. 6; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 163; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 19 ff.

<sup>1254</sup> BGH, Beschl. v. 11.02.2008 - II ZR 291/06, NZG 2008, 468 Rn. 6; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 64 Rn. 8; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 166.

<sup>1255</sup> *Wolfer*, in: *BeckOKInsO*, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 30; Einzelheiten bei *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 168 ff.

<sup>1256</sup> *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 172.

<sup>1257</sup> *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 64 Rn. 17; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 174; ausführlich *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 156 ff.

<sup>1258</sup> BGH, Urt. v. 18.11.2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 10.

Einzelfall oder bei einer Gesamtbetrachtung für die Gesellschaft ertragreich, neutral oder verlustträchtig ist.<sup>1259</sup>

Ersatz dieser Zahlung leistet der Pflichtige, indem er die Höhe des objektiven Wertes ersetzt. Dabei ist unerheblich, ob die Gesellschaft selbst Geld gezahlt oder auf sonstige Weise geleistet hat.<sup>1260</sup> Eine wesentliche Neuregelung hat der Ersatzanspruch durch § 15b Abs. 4 S. 2 InsO erfahren, wonach der Anspruch auf den tatsächlichen Schaden der Gläubigerschaft begrenzt wird. Dass der (Quoten-)Schaden geringer ausfällt, als die Zahlung des Geschäftsführers, ist von diesem zu beweisen.<sup>1261</sup> § 15b Abs. 4 S. 3 InsO stellt klar, dass Beschlüsse eines Organs der Gesellschaft verbotene Zahlungen nicht legitimieren können und so eine Ersatzpflicht nicht entfällt. Dies bedeutet, dass eine Weisung durch Gesellschafterbeschluss in der GmbH, eine verbotene Zahlung vorzunehmen, rechtswidrig ist und so vom Geschäftsführer der Tochtergesellschaft nicht befolgt werden muss. Insofern kommt ihm ein Weigerungsrecht zu (s.u. zu den Einzelheiten des Weigerungsrechts der Tochtergesellschaft Teil 5 § 2), welches sich angesichts seiner Haftung wohl zu einer Weigerungspflicht verdichten dürfte.

Darüber hinaus erfordert die Haftung des Geschäftsführers sein Verschulden. Es handelt sich zwar nicht um einen Schadensersatzanspruch, jedoch besteht eine sichtliche Parallele zum Erstattungsanspruch nach § 43 Abs. 2 GmbHG, der gem. § 43 Abs. 1 GmbHG einfache Fahrlässigkeit genügen lässt.<sup>1262</sup> Der Maßstab ist die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Sein Verschulden wird vermutet.<sup>1263</sup>

#### *d) Zahlung an Gesellschafter*

§ 15b Abs. 5 S. 1 InsO übernimmt die Vorschrift des § 64 S. 3 GmbHG aF, welcher Zahlungen an Gesellschafter, auch mittelbare, verbietet, die zur Zahlungsunfähigkeit führen müssen. Eine Ausnahme gilt, wenn die Zahlungsunfähigkeit auch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers nicht vorhersehbar war. Es handelt sich um die sog. Insolvenzverursachungshaftung. Durch sie wird das „Zahlungsverbot zeitlich vorverlagert und so der Gläubigerschutz verstärkt“.<sup>1264</sup>

---

<sup>1259</sup> Ausdrücklich *Altmeyden*, ZIP 2015, 949 (952).

<sup>1260</sup> *Wolfer*, in: BeckOKInsO, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 31.

<sup>1261</sup> Vgl. *Wolfer*, in: BeckOKInsO, 27. Ed. 2022, § 15b Rn. 33 f.

<sup>1262</sup> *H.-F. Müller*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 203.

<sup>1263</sup> Zuletzt BGH, Urt. v. 19.06.2012 - II ZR 243/11, ZIP 2012, 1557 (1558 Rn. 10); *H.-F. Müller*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 203; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 186.

<sup>1264</sup> *H.-F. Müller*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 236.

Der Zahlungsbegriff entspricht dem des § 15b Abs. 4 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF). Dieser weite Begriff umfasst „jeden das Aktivvermögen der Gesellschaft mindernden Abfluss“.<sup>1265</sup> Gegenleistungen sind zu berücksichtigen; erhält die Gesellschaft also für die von ihr auf Veranlassung des Geschäftsleiters erbrachte Leistung einen zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger verwertbaren Vermögensgegenstand, so schließt aus bzw. vermindert dies bereits tatbestandlich die Zahlung. Dies gilt allerdings nur, wenn es sich um Vermögensgegenstände handelt, die kurzfristig durch Veräußerung oder Beleihung zu Geld gemacht werden können.<sup>1266</sup>

Im konzernrechtlichen Kontext relevant ist der Umstand, dass bereits die Bestellung einer dinglichen Sicherheit zugunsten des Gesellschafters als Zahlung zu beurteilen ist. Denn durch die Weggabe oder Belastung von Vermögensgegenständen kann die Gesellschaft diese nicht mehr selbst verwerten und sich Liquidität verschaffen.<sup>1267</sup> Darüber hinaus ist auch die Gewährung eines Kredits an die Gesellschafter problematisch, da § 15b Abs. 5 S. 1 InsO (§ 64 S. 3 GmbHG aF) auch Zahlungen erfasst, die das Stammkapital nicht berühren. Wie § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG klarstellt, verstößt die Gewährung eines Kredits an einen Gesellschafter nicht gegen die Vermögensbindung, weil bei bilanzieller Betrachtungsweise kein Vermögensabfluss besteht, sofern der Rückzahlungsanspruch vollwertig ist (Einzelheiten s.o. Teil 3 § 3 B. I. 1. a)). Wird der Gesellschaft durch die Valutierung während der Kreditlaufzeit notwendige Liquidität entzogen, kann hingegen das Zahlungsverbot berührt sein.<sup>1268</sup>

Dies wird insbesondere in Cash-Pool-Systemen relevant, in denen banktätig konzerninterne Darlehen valutiert oder empfangen und ggf. Sicherheiten gestellt werden. Wenn also trotz Bedrohung der eigenen Liquidität der weitere Abfluss von Mitteln nicht unterbunden wird, löst dies ebenfalls die Haftung des Geschäftsführers aus.<sup>1269</sup> Dies behindert das konzerninterne Cash-Management-System. Denn einerseits ist das in der Praxis weit verbreitete Cash-Pooling durch § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG im Zuge des MoMiG legitimiert

---

<sup>1265</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 241.

<sup>1266</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 242; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 205.

<sup>1267</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 241; Bitter, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 235, unter Hinweis auf weitere Teile des Schrifttums, die die Zulässigkeit der Besicherung am Maßstab der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme messen.

<sup>1268</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 243.

<sup>1269</sup> Greulich/Rau, NZG 2008, 284 (287); Klein, ZIP 2017, 258 (268 ff.); H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 244; monographisch Nolting, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 294 f.

worden. Auf den zweiten Blick wirken dennoch weiterhin haftungsrechtliche Gefahren. Mit der Teilnahme am Cash-Pool besteht für die Tochtergesellschaft aber nicht nur die Pflicht zur Abfuhr überschüssiger Liquidität, sondern sie erhält auch Ansprüche gegen die Konzernmutter auf Versorgung mit der betriebsnotwendigen Liquidität. Die Bonität der Mutter unterstellt, dürfte an sich keine Zahlungsunfähigkeit bei der Tochtergesellschaft eintreten. Dies setzt allerdings voraus, dass der „Liquiditätsversorgungsanspruch im Rahmen der nach“ § 15b Abs. 5 S. 1 InsO „vorzunehmenden Solvenzprognose in Ansatz gebracht werden kann“.<sup>1270</sup> Die überwiegende Mehrheit im Schrifttum verneint dies und ist der Ansicht, dass Zahlungsansprüche gegen die Mutter als Führerin des Cash-Pools mit ihrer jeweiligen Fälligkeit als Zufluss im Finanzplan zu berücksichtigen sind und nicht auf der Aktivseite der Liquiditätsbilanz als liquide Mittel.<sup>1271</sup> Diese Ansprüche sind somit nicht geeignet, eine Liquiditätslücke unmittelbar zu mindern, sie können aber im Rahmen des Finanzplans als zukünftige Zuflüsse berücksichtigt werden. So wird in der Regel keine Zahlungsunfähigkeit, sondern lediglich eine Zahlungsstockung vorliegen. Dies gilt allerdings nur, wenn und soweit verlässlich mit dem Empfang der Mittel gerechnet werden kann.<sup>1272</sup> Eine Haftung der Geschäftsführung kommt daher nicht in Betracht, wenn die Zahlungsfähigkeit der Tochter auch ohne Ansprüche aus dem Cash-Pool gesichert ist. Sie entfällt ebenfalls, wenn bei der Tochter zwar eine Liquiditätslücke besteht, diese aber durch kurzfristig fällige werthaltige Forderungen gegen die Mutter ausgeglichen werden könnte. Das setzt die Bonität der Muttergesellschaft voraus.<sup>1273</sup> Zusätzlich ist erforderlich, dass der Liquiditätsversorgungsanspruch, der im Finanzplan angesetzt werden soll, als tatsächlich durchsetzbarer Rechtsanspruch besteht. Dafür muss er explizit im Cash-Pool-Vertrag geregelt sein.<sup>1274</sup> Konsequenterweise hat die Tochter die Bonität der Muttergesellschaft permanent zu überwachen, weil nur bei deren Vorliegen eine Einstellung des Liquiditätsversorgungsanspruchs in den Finanzplan möglich ist und so lediglich eine Zahlungsstockung und keine die Haftung nach § 15b Abs. 5 S. 1 InsO auslösende

---

<sup>1270</sup> *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 295 f.

<sup>1271</sup> Vgl. neben anderen *Kültling/Eichenlaub*, GmbHR 2014, 169 (174); *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 296, der zusätzlich auf den Prüfungsstandard IDW PS 800 verweist, der jedoch als solcher keine Gesetzes- oder gesetzeskonkretisierende Qualität aufweist.

<sup>1272</sup> *Kültling/Eichenlaub*, GmbHR 2014, 169 (174); *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 297.

<sup>1273</sup> *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 297 f.

<sup>1274</sup> *Kültling/Eichenlaub*, GmbHR 2014, 169 (174); *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 299.

Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Hier ist die Einrichtung eines Frühwarnsystems ausreichend, vgl. § 1 StaRUG (zu den Einzelheiten s.o. Teil 3 § 3 B. II. 2. b)).<sup>1275</sup>

Zahlungsempfänger sind die Gesellschafter, gleich welcher Beteiligungshöhe.<sup>1276</sup> Das Haftungsprivileg der Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gilt auch hier.<sup>1277</sup> Zwischen der Zahlung und der Zahlungsunfähigkeit muss ein Zurechnungszusammenhang bestehen („führen mussten“). Bereits im Zeitpunkt der Zahlung muss sich klar abzeichnen, „dass die Gesellschaft bei normalem Verlauf nicht mehr in der Lage sein wird, ihre Verbindlichkeiten erfüllen zu können“.<sup>1278</sup> Die Zahlung muss sich von Beginn an als „Weichenstellung ins Aus“ darstellen.<sup>1279</sup> Dabei ist der Wahrscheinlichkeitsgrad umstritten. Während einzelne Autoren sich dafür aussprechen, dass ein objektiver Betrachter *ex ante* mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Verlust der Zahlungsfähigkeit vorhersagen können muss,<sup>1280</sup> lassen andere die bloße Möglichkeit oder auch überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen.<sup>1281</sup>

Das Zahlungsverbot steht nicht zur Disposition der Gesellschafter, da es dem Schutz der Gläubiger dient. Der Geschäftsführer darf und muss die Leistung an den Gesellschafter verweigern; eine gegenläufige Weisung ist nichtig.<sup>1282</sup> Hier besteht also wie schon bei § 15b Abs. 4 InsO ein Weigerungsrecht und eine Weigerungspflicht des Geschäftsführers (siehe unten Teil 5 § 2). § 15b Abs. 5 S. 1 InsO statuiert ebenfalls einen Erstattungsanspruch eigener Art, welcher den (faktischen) Geschäftsführer verpflichtet.<sup>1283</sup>

#### 4. Gesellschaftsrechtliche Organhaftung

Neben den insolvenzrechtsspezifischen Haftungstatbeständen der Haftung für Masseschmälerungen, der Insolvenzverursachungshaftung sowie der Insolvenzverschleppungshaftung treffen den Geschäftsführer weiterhin die allgemeinen

---

<sup>1275</sup> Nolting, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, S. 300 ff.

<sup>1276</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 245 mwN.

<sup>1277</sup> Str. H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 247 mwN.

<sup>1278</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 251 unter Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien des MoMiG.

<sup>1279</sup> Greulich/Rau, NZG 2008, 284 (288).

<sup>1280</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 252 mwN.

<sup>1281</sup> Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 64 Rn. 63; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 198.

<sup>1282</sup> BGH, Urt. v. 09.10.2012 - II ZR 298/11, BGHZ 195, 42 Rn. 18; H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 256.

<sup>1283</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 64 (aufgehoben) Rn. 257.

gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten aus § 43 GmbHG, vgl. § 1 Abs. 3 StaRUG. Der Verstoß gegen § 15a InsO ist, auch wenn er als Weisung der Gesellschafter erfolgt, eine Verletzung der Legalitätspflicht der Geschäftsführer und kann daher grundsätzlich eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG begründen.<sup>1284</sup>

#### 5. Vermögensvermischung

Die Vermögensvermischung kann eine Durchgriffshaftung auslösen.<sup>1285</sup> Voraussetzung ist, dass eine Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen, also Vermögen der Tochter und der Mutter als deren Gesellschafterin, durch undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist und daher die Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften nicht mehr kontrolliert werden kann.<sup>1286</sup> Verlangt wird eine über Zuordnungsschwierigkeiten hinsichtlich einzelner Gegenstände hinausgehende, breitflächige Vermögensvermischung. Bildhaft wird in diesen Fällen von einer „Waschkorbblage“ gesprochen.<sup>1287</sup>

Es handelt sich um eine Verhaltenshaftung und nicht um eine Zustandshaftung. Dies hat zur Folge, dass nur derjenige Gesellschafter verantwortlich ist, der aufgrund des von ihm wahrgenommenen Einflusses für die Vermögensvermischung verantwortlich ist.<sup>1288</sup> Anspruchsgrundlage ist §§ 128 f. HGB analog.<sup>1289</sup>

#### C. Bewertung

Der Prüfungsmaßstab definiert sich abermals aus den in Teil 2 gewonnen Erkenntnissen (s.o. bereits Teil 3 § 6). Die Haftungsbeschränkung ist für Muttergesellschaft sowie für Eigen- und Fremdkapitalgeber gleichermaßen ökonomisch geboten. Sie aufrecht zu halten sollte also oberstes Ziel jeglicher Rechtssetzung sein. Sie kann nur dann durchbrochen werden, wenn die Nachteile für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter überwiegen, insbesondere weil die Haftungsbeschränkung falsche Anreize setzt. Das ist vor allem dann der Fall, wenn durch die Haftungsbeschränkung opportunistisches Verhalten der Muttergesellschaft gefördert oder jedenfalls ermöglicht wird (vgl. o. Teil 3 § 6). Die einzelnen mit der Insolvenz der

---

<sup>1284</sup> Klöhn, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 317, der anmerkt, dass es aber meist an einem Schaden der Gesellschaft fehlen werde.

<sup>1285</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 27 - *Trihotel*; BGH, Urt. v. 14.11.2005 - II ZR 178/03, BGHZ 165, 85; *Verse*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 38.

<sup>1286</sup> *Verse*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 38.

<sup>1287</sup> *Verse*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 38.

<sup>1288</sup> BGH, Urt. v. 14.11.2005 - II ZR 178/03, BGHZ 165, 85 Rn. 17.

<sup>1289</sup> BGH, Urt. v. 14.11.2005 - II ZR 178/03, BGHZ 165, 85 Rn. 10.

Tochtergesellschaft im Zusammenhang stehende Haftungsinstitute begrenzen die Legitimierung einheitlicher Konzernleitung durch die Muttergesellschaft im Gruppeninteresse. Diese Begrenzung ist nicht nur rechtlich, sondern auch ökonomisch geboten.

#### I. Haftung als Gesellschafterin

Die Muttergesellschaft kann als Mehrheitsgesellschafterin im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung, aber auch der Vermögensvermischung in Anspruch genommen werden. Bei der Vermögensvermischung beispielsweise ist zu konstatieren, dass die Haftungsbeschränkung auf eine bestimmte Vermögensmasse nur dann zulässig sein kann, wenn diese auch tatsächlich vorhanden ist und somit eine Vermögenstrennung vorliegt.<sup>1290</sup> Daher ist die Inanspruchnahme der Muttergesellschaft sowohl rechtlich als auch ökonomisch geboten.

Die Existenzvernichtungshaftung ist zwar seit der *Trihotel*- Rechtsprechung<sup>1291</sup> nicht mehr als Durchgriffshaftung ausgestaltet (Einzelheiten s.o. Teil 5 § 1 B. III. 1. b)), doch sind die Voraussetzungen des § 826 BGB durch ein erleichtertes Vorsatzerfordernis (der Gesellschafter muss kein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit haben, Eventualvorsatz genügt) erleichtert, sodass hier keine unhaltbaren Spielräume für opportunistisches Verhalten bestehen.<sup>1292</sup> Der Gläubigerschutz ist angemessen mit dem Konzernleitungsbedürfnis der Mutter in Ausgleich gebracht worden. Die Neuausrichtung des Tatbestands der Existenzvernichtungshaftung hat Kritik erfahren. Diese stützt sich auf dem Umstand, dass der Tatbestand lediglich Gesellschafter, nicht jedoch die Geschäftsleitung in den Blick nehme. So könnten Opportunismusrisiken, insbesondere die Spekulation auf Kosten der Gläubiger im Bereich der operativen Führung der Gesellschaft nicht eingehegt werden. Dies allein deshalb, weil Unsicherheit hinsichtlich des tatbestandlich sanktionierten Verhaltens bestehe. So eröffne § 826 BGB ein „Einfallstor für strukturell nicht zu rechtfertigende Eingriffe in das Prinzip der beschränkten Haftung“.<sup>1293</sup> Diese Kritik verfängt in der Konzernkonstellation nicht, denn im Konzern ist, wie gesehen, der Einfluss auf die Geschäftsleitung der Tochter durch die Mutter derart engmaschig, dass es nicht darauf ankommt, ob sie tatsächlich auch rechtlich die

---

<sup>1290</sup> Vgl. Haas, NZI 2006, 494 (498); Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 223.

<sup>1291</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 - *Trihotel*.

<sup>1292</sup> Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 237.

<sup>1293</sup> Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 237 f.

Geschäftsleiterposition innehat. Sie trifft nicht nur Entscheidungen über Strukturmaßnahmen, die normalerweise zum Zuständigkeitsbereich der Gesellschafter gehören, sondern kann auch auf das operative Geschäft Einfluss nehmen. Dass dies nicht zwangsläufig einer effizienten Konzernleitung entspricht, bei der das operative Geschehen eigentlich besser in der Zuständigkeit der Tochtergesellschaft selbst verbleibt (s.o. Teil 2 § 3), ändert nichts daran, dass sich die Geschäftsleitung der Tochter dem Einfluss der Mutter häufig nicht wird erwehren können und so auch als Gesellschafterin die Geschicke der Tochter lenkt und krisenbedingten Fehlanreizen ausgesetzt sein kann, die durch die Existenzvernichtungshaftung eingedämmt<sup>1294</sup> werden können.

## II. Haftung als Geschäftsführerin

Die Muttergesellschaft kann wie gesehen auch als Geschäftsführerin der Tochtergesellschaft in Anspruch genommen werden. Damit wird das unternehmerische Risiko, das eigentlich Gläubiger und Gesellschafter tragen, auf den Geschäftsführer übertragen. Grundsätzlich ist eine Geschäftsleiterhaftung ökonomisch sinnvoll, weil diese als *cheapest cost avoider* drohende Risiken abschätzen und entsprechend versichern können. Normalerweise wird den Gläubigern diese Fähigkeit zugesprochen. Diese können zwar ihr Risiko diversifizieren, welches den Geschäftsleitern nicht in vergleichbarem Umfang möglich ist. Jedoch verfügen letztere über eine Überlegenheit an Informationen, welches sie in die Lage versetzt, gewisse Risiken besser und effizienter tragen zu können.<sup>1295</sup>

Folgende Positionen sind dabei in Einklang zu bringen: auf der einen Seite führt eine Haftung der Geschäftsführer zu einer Risikoaversion, wodurch das wirtschaftliche Potenzial des Konzerns nicht voll ausgeschöpft werden kann. Auf der anderen Seite kann die Aufrechterhaltung der Haftungsbeschränkung zur Folge haben, dass opportunistisches Verhalten der Geschäftsleiter gefördert wird und Externalitäten entstehen.

---

<sup>1294</sup> Zweifelnd Ziegler, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 79 f., 93 ff., die aufgrund des Vorsatzerfordernisses der Existenzvernichtungshaftung eine zu geringe Steuerungswirkung auf das Verhalten der Muttergesellschaft konstatiert. Dies zeige sich insbesondere im Vergleich zur Haftung des Geschäftsführers nach § 15b InsO, die bereits einfache Fahrlässigkeit genügen lasse. Oftmals seien die Handlungen des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft jedoch Ergebnis einer Einflussnahme durch die Muttergesellschaft. Dies führe zu einem Auseinanderfallen von Haftung und Einflussnahme, so dass ein Gleichlauf der Verantwortlichkeit von Muttergesellschaft und Geschäftsführer der Tochtergesellschaft wünschenswert sei, um so richtige Verhaltensanreize für die Muttergesellschaft zu schaffen.

<sup>1295</sup> Vgl. Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 242.

Der Haftungstatbestand der *action pour insuffisance d'actif* (Einzelheiten s.o. Teil 5 § 1 A. IV. 1.) ist sehr weit, welches einerseits begrüßenswert ist, weil so die Krisenhaftung zu jedem Zeitpunkt greifen kann, wenn die Haftungsbeschränkung ausgenutzt wird und so Agenturkosten der Gläubiger entstehen können. Andererseits birgt die Offenheit des Tatbestands die Gefahr, dass unternehmerische Entscheidungen sanktioniert werden, in denen sich lediglich das unternehmerische Risiko verwirklicht, welches somit den Geschäftsleitern aufgebürdet wird. Diese könnten darauf mit Risikoaversion reagieren.<sup>1296</sup> Der Gesetzgeber hat auf diese Offenheit reagiert und 2016 die leichte Fahrlässigkeit aus dem Anwendungsbereich der Haftung für *insuffisance d'actif* ausgeschlossen.<sup>1297</sup> Es bleibt abzuwarten, wie sich dieses Merkmal in der Rechtsprechung auf die Inanspruchnahme der Geschäftsleiter auswirkt und ob somit ein angemessener Ausgleich zwischen Gläubiger- und Minderheitenschutz und Interesse an einer ökonomisch angemessenen Eingehung von Risiken durch die Geschäftsleitung hinter dem Schutzschild der Haftungsbeschränkung erzielt werden kann.

Die Insolvenzverschleppungshaftung (Einzelheiten s.o. Teil 5 § 1 B. III. 2.) wird in der Praxis aufgrund der Schwierigkeiten des Nachweises eines Quotenschadens meist nicht von Altgläubigern geltend gemacht.<sup>1298</sup> Die Durchsetzung dieser Verantwortlichkeit des Geschäftsführers obliegt somit den Neugläubigern, sodass vor allem die ökonomische Anreizwirkung ihres Kontrahierungsschadens zu begutachten ist. Die Ausweitung der Haftung verstärkt die Anreize der Geschäftsführer zur Stellung eines Insolvenzantrags und ist dahingehend gesamtwirtschaftlich sinnvoll, als dass eine frühzeitige Verfahrenseinleitung zu einer günstigeren Massesituation führt.<sup>1299</sup> Allerdings muss auch hier festgestellt werden, dass die Geltendmachung des Neugläubigerschadens in praxi meist nicht erfolversprechend ist. Die Durchsetzung nicht vom Insolvenzverwalter, sondern von jedem einzelnen Gläubiger selbst, wirkt hemmend. Einzelne Gläubiger haben nicht denselben Einblick in die Geschäfte der Gesellschaft wie der Insolvenzverwalter und verfügen somit nicht über die notwendigen gesicherten Kenntnisse über die finanzielle sowie allgemein geschäftliche Situation der

---

<sup>1296</sup> Zum Ganzen *Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft*, 2014, S. 340.

<sup>1297</sup> Loi n° 2016-1691 vom 09.12.2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite „loi Sapin 2“, JORF n° 0287 v. 10.12.2016.

<sup>1298</sup> Siehe hierzu *Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft*, 2014, S. 417.

<sup>1299</sup> *Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft*, 2014, S. 416.

Gesellschaft.<sup>1300</sup> Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Haftung ist somit verbesserungswürdig. Die Insolvenzverschleppungshaftung ist aber nur eine von mehreren Haftungskonzepten, die das Verhalten des Geschäftsführers durch angedrohte Sanktionen steuern und somit für eine zeitige Insolvenzantragstellung sorgen sollen und können, vgl. §§ 42 f. StaRUG.

Hinsichtlich der Insolvenzverursachungshaftung (Einzelheiten s.o. Teil 5 § 1 B. III. 3.) gestattet die Haftungserleichterung der Zahlung zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes eine Legimitation von Zahlungen auch nach Eintritt der Insolvenzreife. Es ist somit möglich, „zwischen opportunistischen, gläubigergefährdenden Maßnahmen“ und „wirtschaftlich vertretbaren Entscheidungen“ des Geschäftsführers zu unterscheiden.<sup>1301</sup> Auch die Ausweitung der Haftung auf Zahlungen an Gesellschafter in § 15b Abs. 5 InsO ist ein wirkungsvolles Mittel im Kampf gegen opportunistisches Verhalten im Stadium vor Erreichen der Insolvenzreife. Denn im Zeitpunkt der absehbaren Zahlungsunfähigkeit ist die Gefahr eines solchen Verhaltens seitens der Muttergesellschaft besonders drängend.<sup>1302</sup> Durch die Haftung soll ein Ausplündern der Gesellschaft vor Insolvenzreife vermieden werden.<sup>1303</sup> Dieses Risiko korrespondiert mit den oben beschriebenen Nachteilen der Gläubiger bei der Konzernierung (Gefahr des Vermögensentzugs bzw. -ersetzung, s.o. Teil 2 § 2 A. II.).<sup>1304</sup> Die Insolvenzverursachungshaftung ist also als ein angemessener Ausgleich der Interessen innerhalb der Konzernakteure zu bewerten.

### *§ 2 Weigerungsrecht der Tochtergesellschaft*

Die durch das Insolvenzrecht erfolgte Grenzziehung des Konzepts der Anerkennung des Gruppeninteresses kann durch ein Weigerungsrecht der Tochtergesellschaft umgesetzt werden. Weigerungsrechte der Tochtergesellschaft gegenüber Weisungen der Muttergesellschaft bestehen im deutschen Recht immer dann, wenn eine Weisung rechtswidrig und damit unbeachtlich ist. Teilweise sagt das Gesetz an vielen Stellen bereits, wann eine solche Weisung rechtswidrig ist, nämlich, wenn sie keine das Geschäftsleiterverhalten legitimierende Wirkung hat wie beispielsweise § 43 Abs. 3 GmbHG oder § 15b Abs. 4 S. 3, Abs. 5 InsO. Aber auch der richterrechtlich geschaffene Begriff der

---

<sup>1300</sup> Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 419.

<sup>1301</sup> So ausdrücklich zu § 64 Abs. 1 GmbHG aF Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 619.

<sup>1302</sup> Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 621.

<sup>1303</sup> Casper, in: H/C/L, GmbHG, 3. Aufl. 2021, Anh. § 62 Rn. 187.

<sup>1304</sup> Vgl. Jaspers, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 624.

existenzvernichtenden Weisung verleiht der Tochter ein Weigerungsrecht. Diese verdichtet sich durch die Haftung des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft zu einer Weigerungspflicht.

Im französischen Recht steht der Mutter in der Gruppe kein explizites Weisungsrecht zu, sodass sich die Frage stellt, ob hier ein Weigerungsrecht konzeptionell überhaupt vorstellbar ist. Diese Aussage gilt jedenfalls für ein gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht. Doch der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft kann auch durch einen Arbeitsvertrag mit der Mutter an diese gebunden sein (*cumul d'un contrat de travail avec un mandat social*). Das Weisungsrecht der Muttergesellschaft ergibt sich sodann aus dem arbeitsrechtlichen Direktionsrecht (Teil 3 § 1 A. I. 2 b)). Da der Arbeitsvertrag aber nur neben dem gesellschaftsrechtlichen Mandat bestehen bleibt, wenn ein Unterordnungsverhältnis (*lien de subordination*) besteht, steht dem Geschäftsführer als Arbeitnehmer kein Weigerungsrecht zu. Eine Weigerung seinerseits kann sogar Kündigungsgrund sein. Allerdings ist der Geschäftsführer nicht nur Arbeitnehmer der Muttergesellschaft, sondern auch Organ der Tochtergesellschaft. Wenn sich also die Weisungen entgegen dem Interesse (*intérêt social*) oder Gesellschaftszweck (*objet social*) der Tochter erweisen, ist der Geschäftsführer in einer Konfliktsituation. Die Organpflichten müssen in diesem Fall den Arbeitnehmerpflichten vorgehen, sodass dem Geschäftsleiter doch ein Weigerungsrecht gegenüber Weisungen zusteht, bei deren Befolgung er sich einem Machtmissbrauch (*détournement ou dépassement de pouvoir*) haftbar machen würde. Bei Abschluss des Arbeitsvertrags mit der Muttergesellschaft, dessen Inhalt die Ausübung der Organfunktion in der Tochter ist, vereinbaren die Parteien konkludent, dass die Weisungen des Arbeitgebers durch die Anforderungen des Gesellschaftsorgans begrenzt sind. Zu diesen Anforderungen zählt die Berücksichtigung des Gesellschaftsinteresses.<sup>1305</sup> Das Konzept des Weigerungsrechts ist somit bekannt. Eine Weisung muss da verweigert werden können, wo dies gesetzlich oder haftungsrechtlich geboten ist.

### § 3 Durchgriffshaftung (*levée du voile social*)

Ökonomisch effizient ist es, wenn das Haftungsrisiko von der Partei getragen wird, die den Eintritt eines Schadens am einfachsten verhindern kann (*cheapest cost avoider/bearer*).<sup>1306</sup>

---

<sup>1305</sup> Zum Ganzen *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, Rn. 162; *Malecki*, Rev. sociétés 2000, 453 (478 f.): „Devoir de résistance“.

<sup>1306</sup> Vgl. hierzu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 402 f.

Meistens wird dem Gläubiger diese Fähigkeit zugesprochen, vor allem, weil er sich durch einen Risikoaufschlag bei der Vermögensgewährung gegen das Ausfallrisiko der Gesellschaft absichern kann. So regelt der Markt die Allokation der Risiken. Teilweise jedoch führt die marktgemachte Risikoverteilung zwischen Gläubigern und Gesellschaftern zu ineffizienten Ergebnissen, die dann durch die Gerichte ausgeglichen werden. Dabei wird die Haftungsbeschränkung der Tochter durchbrochen und die Muttergesellschaft als Gesellschafterin direkt in Anspruch genommen.<sup>1307</sup> Es handelt sich nicht um spezifische Haftungsnormen, die eine Haftung des Geschäftsführers oder des Gesellschafters anordnen. Mit der Durchgriffshaftung steht ein Konzept im Raum, welches ohne gesetzliche Haftungsanordnung auskommt und diese im Gegenteil durchbrechen soll. Denn eigentlich wäre nur die Gesellschaft selbst haftungsrechtlich verantwortlich. Da dieses Konzept die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen erschüttert, muss es speziell begründet und eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden. Hierbei sind die Interessen der Gläubiger sowie der Gesellschafter, namentlich der Muttergesellschaft, an der Haftungsbeschränkung in Ausgleich zu bringen.

Die Durchgriffshaftung wird insbesondere in Konzernkonstellationen diskutiert und für zulässig erachtet. Denn die Gründe, die in einer unabhängigen Gesellschaft gegen eine Haftungsdurchbrechung angeführt werden, gälten nicht für die Gesellschaftsgruppe. Die Vorteile der Haftungsbeschränkung gingen nicht verloren, weil es durch die Inanspruchnahme der Muttergesellschaft als juristische Person nicht zu einer unbeschränkten Haftung eines Eigenkapitalgebers komme. Die Mutter selbst schütze ihre Gesellschafter vor einer persönlichen Inanspruchnahme.<sup>1308</sup>

Hinzu komme, dass das *moral hazard* Problem, also die Abwälzung des unternehmerischen Risikos auf Gläubiger, im Konzern größer sei. Die Gruppenstruktur lade dazu ein, in exzessiver Art und Weise Risiken einzugehen. Die Mutter könne eine Tochter mit minimaler Kapitalisierung ausstatten, um sie sodann hohe und vor allem antiproportionale unternehmerische Risiken eingehen zu lassen. Geht die Rechnung auf, vereinnahme die Mutter alle Vorteile und Erträge. Scheitert die wirtschaftliche Betätigung der Tochter, könne diese Insolvenz anmelden und die Mutter daraufhin eine neue Tochter mit derselben

---

<sup>1307</sup> Vgl. hierzu *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 164.

<sup>1308</sup> Vgl. zu dieser Argumentation *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 56.

Kapitalisierung und riskanten Unternehmensstrategie gründen.<sup>1309</sup> Hierbei muss allerdings beachtet werden, dass die Durchgriffshaftung nicht die einzige Möglichkeit ist, dem *moral hazard* Problem entgegenzutreten. Weitere Möglichkeiten sind Mindestkapitalvorschriften, Pflichtversicherungen oder eine Haftung der Geschäftsleiter der Gesellschaften.<sup>1310</sup>

Darüber hinaus muss bei der Interessenabwägung unterschieden werden: die Gläubiger lassen sich in zwei Gruppen aufteilen: die willentlichen Gläubiger (*voluntary* oder *adjusting creditors*) und die unwillentlichen oder nicht anpassungsfähigen Gläubiger (*non-adjusting creditors*). Erstere sind in der Lage, die Risikoübernahme durch Erhebung eines Risikoaufschlags wegzuverhandeln, um nicht benachteiligt zu werden.<sup>1311</sup> Diese Möglichkeit der Verhandlung steht unfreiwilligen Gläubigern nicht zur Verfügung. Dies sind hauptsächlich deliktisch Geschädigte.<sup>1312</sup> Grundsätzlich besteht die Gefahr der Risikoexternalisierung auch bei vertraglichen Gläubigern. Schließlich können sie auch nur auf das Vermögen der Gesellschaft zugreifen, mit der sie kontrahiert haben. Wenn diese vermögensmäßig unzureichend ausgestattet ist, kann durchaus die Situation eintreten, dass ihre Forderung gar nicht oder nicht in voller Höhe befriedigt werden kann. Allerdings besteht für sie die Möglichkeit, weitere Sicherheiten oder eine bestimmte finanzielle Ausstattung der Tochtergesellschaft zu fordern oder angemessene Risikoaufschläge zu verlangen, oder ganz von der vertraglichen Verbindung abzusehen und das Risiko als zu hoch einzuschätzen. Sie trifft somit die Externalisierung nicht so gravierend, weil sie das Risiko adäquat internalisieren und in Form von Risikoprämien wie Zinsen wieder zurückspielen können. Wenn nun in diese marktgerechte Risikoverteilung durch die Rechtsprechung oder die Gesetzgebung eingegriffen wird, werden die Gläubiger begünstigt, die nun nicht mehr das Risiko tragen, für dessen Übernahme sie sich bereits haben vergüten lassen. Ein solcher Eingriff ist nur gerechtfertigt, wenn der Gläubiger sich gegen das tatsächlich eingetretene Risiko nicht hat absichern können, also im Fall von Betrug oder falschen Angaben bei den

---

<sup>1309</sup> *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 56 f.

<sup>1310</sup> Vgl. die Darstellung bei *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 60.

<sup>1311</sup> *Kirchner*, ZGR 1985, 214 (229); vgl. auch die Darstellung bei *Lübking*, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, S. 165.

<sup>1312</sup> *Bachmann u. a.*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 118 f.; *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 115.

Vertragsverhandlungen.<sup>1313</sup> Für sie bedarf es über diesen Fall hinaus keiner Neuverteilung der Risiken durch eine Durchgriffshaftung.<sup>1314</sup>

Zunächst anders zu beurteilen ist die Situation für Deliktsgläubiger. Hier hat der Markt keine Möglichkeit, regulierend einzugreifen und für eine effiziente Risikoverteilung zu sorgen. Diese unfreiwilligen Gläubiger werden nicht für ihre Risikotragung kompensiert. Dies führt zu einer unerwünschten Externalisierung.<sup>1315</sup> In diesen Fällen ist die ökonomische Funktion des Deliktsrechts ausgesetzt: normalerweise zwingt der Entschädigungsanspruch den Schädiger dazu, die sozialen Kosten seines Handelns zu tragen, sodass er ermutigt wird, angemessene Vorsichtsmaßnahmen zu treffen. Aufgrund der beschränkten Haftung des Unternehmens besteht ein solcher Anreiz für die Gesellschaft nicht.<sup>1316</sup> Zwei Lösungsansätze werden verfolgt: zum einen soll eine Durchgriffshaftung eine effiziente Risikoverteilung ermöglichen und den Gläubigern Zugriff auf die Gesellschafter ermöglichen. Zum anderen sollen die Gesellschaften eine Pflichtversicherung abschließen, die in solchen Fällen den Gläubiger entschädigt.<sup>1317</sup> Auf den zweiten Blick muss man jedoch feststellen: Stellt man das Risiko und die Interessenlage der deliktischen Gläubiger denen der Gesellschafter und der Gesellschaft gegenüber, ergibt sich das gleiche Bild wie bei der anderen Gläubigergruppe. Die vertraglichen Gläubiger analysieren die Gesellschaft und kontrahieren mit ihr auf Grundlage ihrer Risikoprognose. Eine solche Einschätzung ist aber nicht möglich, wenn das Risiko der unbeschränkten Inanspruchnahme durch deliktische Gläubiger besteht, welches die vertraglichen Gläubiger einpreisen müssten. Denn dieses Risiko ist nicht kalkulierbar. Dies führt dazu, dass die Investitionen von Fremdkapitalgebern entweder ganz ausbleiben oder aber lediglich zu horrenden Risikoprämien getätigt werden. Auch ein Versicherungsschutz ist häufig bei risikoreichen, aber förderungswürdigen Zwecken nicht oder nicht vollständig zu erzielen.<sup>1318</sup> Auch kann eine Pflichtversicherung dazu führen, dass die Risikobereitschaft der Gesellschaft

---

<sup>1313</sup> *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 165: „Legal remedies are only necessary if the creditor was not able to appraise the risk of default accurately, therefore in cases of fraud or misrepresentation.“

<sup>1314</sup> Vgl. *Lotz*, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, S. 32 f.; siehe hierzu auch *Klöhn*, *ZGR* 2008, 110 (151 ff.).

<sup>1315</sup> *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 165 f. mwN.

<sup>1316</sup> *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 116.

<sup>1317</sup> *Kirchner*, *ZGR* 1985, 214 (230); *Lübking*, *The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, S. 166 mwN; vgl. auch *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 116, der neben der Durchgriffshaftung einen Vorrang der deliktischen Gläubiger in der Insolvenz der Gesellschaft vorschlägt; zum Ganzen auch monographisch *Jaspers*, *Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft*, 2014, S. 597 ff.

<sup>1318</sup> Eingehend *Lotz*, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, S. 34.

sogar noch steigt, wenn die Versicherung diese nicht ausreichend überwachen kann, da dann das unternehmerische Risiko auf die Versicherung abgewälzt wird.<sup>1319</sup> Eine Haftungsdurchbrechung im Wege der Durchgriffshaftung ist somit auch bei deliktischen Gläubigern nicht angezeigt.<sup>1320</sup>

Auf die arbeitsrechtliche sowie kartellrechtliche Praxis soll hier nicht weiter eingegangen werden. Auch auf eine Auseinandersetzung mit der neu eingeführten Überwachungspflicht (*devoir de vigilance*, art. L. 225-102-4 CCom) soll verzichtet werden. Diese gilt ohnehin nur für besonders große Unternehmen, die hier nicht Gegenstand der Betrachtung sind.

#### **§ 4 Fazit**

Absolute Grenze der Anerkennung des Gruppeninteresses ist die Existenz der Tochter, die im französischen sowie im deutschen Recht zu unterschiedlichen Zeitpunkten (Insolvenzreife) und in unterschiedlicher Reichweite (insolvenzrechtliche Haftung) geschützt wird. Einigkeit besteht dahingehend, dass bei Insolvenzreife das Gläubigerinteresse Vorrang gewinnt und für das Gruppeninteresse kein Spielraum mehr besteht. Um also Konflikten auf Ebene der Tochter zu entkommen und diese bzw. die Muttergesellschaft nicht haftbar zu machen, sollte der Geschäftsführung der Tochter ein Weigerungsrecht zukommen. Eine Durchgriffshaftung der Mutter ist hingegen abzulehnen.

#### **Teil 6 Regelungsvorschlag**

Das Vorstehende führt zu der Erkenntnis, dass es einer Regelung zur Konzernleitungsmacht der Muttergesellschaft in der grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe bedarf. Diese ist notwendigerweise auf europäischer Ebene zu treffen und soll einen ausbalancierten Ausgleich zwischen Ermöglichungsfunktion und Schutzfunktion des Konzernrechts schaffen. Eine solche Regelung kann das Konzernrecht nicht allumfassend betreffen und ist auch nicht zielführend, da diese Regelungsmaterie nicht klar von anderen Rechtsgebieten abgrenzbar ist. Es soll nicht im Wege eines „regulatory overspill“ in andere bereits gut austarierte Rechtsgebiete wie das Insolvenzrecht oder das Recht der Kapitalerhaltung der einzelnen Mitgliedstaaten

---

<sup>1319</sup> *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 61.

<sup>1320</sup> So im Ergebnis auch *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (154), welcher aber mit der geringeren Gefahr des Aktionärsopportunismus im Gegensatz zum Vorstandsoportunismus argumentiert.

eingegriffen werden. Obwohl die Frage nach der Erzielbarkeit eines Konsens auf europäischer Ebene für eine ganzheitliche Regelung eine rechtspolitische ist, kann sie doch nicht außer Acht gelassen werden. Denn dass hier der Hase im Pfeffer liegt, zeigt die bereits 50-jährige wechselvolle Geschichte der Harmonierungsbestrebungen im Konzernrecht (Siehe Teil 1 § 4 A.) Daher kann es sich, ganz im Sinne der Expertengremien, die sich bereits mit der Harmonisierung und Fortentwicklung des europäischen Konzernrechts befassten, lediglich um eine Kernbereichs- hingegen nicht um eine Vollharmonisierung handeln (vgl. Teil 1 § 4 E.).

Abzulehnen ist demgegenüber die Errichtung eines Staatenwahlsystems. Danach träten europäische Regelungen weitestgehend neben nationale Regelungen und überlagerten diese nicht. Konzernweit gälten unterschiedliche Systeme, je nach der Wahl der Gesellschaft für das nationale oder das europäische System.<sup>1321</sup> Dies förderte zwar die Konsensbildung, behöbe aber nicht das Ausgangsproblem des rechtlichen Flickenteppichs in Europa, welcher prohibitive Rechtsberatungskosten erzeugt und somit als Marktzutrittsschranke wirkt (s.o. Teil 1 § 4 F. V.).

### *§ 1 Wahl des Regelungsinstruments*

#### A. Wahlmöglichkeiten des Europäischen Gesetzgebers

Dem Europäischen Gesetzgeber steht eine ganze Fülle von Handlungsalternativen zur Verfügung. Sie reichen von der direkt in den Mitgliedstaaten verbindlichen Verordnung, Art. 288 Abs. 1, 2 AEUV, bis hin zur Anerkennung des Regelungskonzepts als *Ius Commune*, also als „gesamteuropäisches Gemeinrecht“. Auch ein Verhaltenskodex, ein sog. Code of Conduct wäre denkbar, der seine Durchsetzungskraft durch einen *comply or explain*-Mechanismus erhält. Weitere Pfeile im Köcher der Europäischen Gesetzgebers sind die Richtlinie, Art. 288 Abs. 1, 3 AEUV, Empfehlungen, Art. 288 Abs. 1, 5 AEUV, sowie das Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 EUV. Bei letzterem handelt es sich nicht um eine besondere Form der Gesetzgebung, sondern um ein spezielles Verfahren, bei dem sich einzelne Mitgliedstaaten dazu entschließen, bereits rechtliche Fakten zu schaffen, ohne dass ein unionsweiter Konsens gefunden werden müsste. Die in diesem Verfahren erlassenen Rechtsakte gelten dann aber nur in den beteiligten Mitgliedstaaten, Art. 20 Abs. 4 EUV. Die dargestellten Regelungsinstrumente haben alle eine unterschiedliche rechtliche Verbindlichkeit und Eindringtiefe in das nationale Recht.

---

<sup>1321</sup> Dafür *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 61 ff.

### I. Richtlinie, Art. 288 Abs. 1, 3 AEUV

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel, Art. 288 Abs. 3 AEUV. Sie ist ein Instrument „indirekter bzw. kooperativ-zweistufiger Rechtssetzung“.<sup>1322</sup> Diese Zweistufigkeit schont besonders die mitgliedschaftlichen Regelungsstrukturen und ist daher bevorzugtes Mittel der Rechtsangleichung.<sup>1323</sup> Eine Richtlinie, die punktuelle Ergänzungen oder Veränderungen im europäischen Gesellschaftsrecht vornimmt, ist die vorteilhafte Regelungsform für die Anerkennung des Gruppeninteresses.<sup>1324</sup>

### II. Verordnung, Art. 288 Abs. 1, 2 AEUV

Die Verordnung hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, Art. 288 Abs. 2 AEUV. Sie bedarf keines mitgliedstaatlichen Umsetzungsakts und ihr kommt Anwendungsvorrang vor nationalem Recht zu.<sup>1325</sup> Ihre Regelungsdichte ist jedoch zu groß, um ein europäisches Konzept von Konzernleitungsmacht besonders schonend in die nationalen Gesellschaftsrechte zu integrieren.

### III. Empfehlung, Art. 288 Abs. 1, 5 AEUV

Die Empfehlung ist nicht verbindlich, Art. 288 Abs. 5 AEUV. Das bedeutet jedoch keineswegs, dass sie rechtlich bedeutungslos wäre – sie kann zur „weichen“, influenzierenden Steuerung eingesetzt werden“.<sup>1326</sup> Sie ist im Gegensatz zur Verordnung deutlich zurückhaltender, jedoch fehlt es ihr an rechtlicher Durchsetzungskraft. Weiche Steuerung ist dort zu wenig, wo es um die Kernbefugnisse von Gesellschaften und ihrer Organträger geht und wo deren Haftung oder Freistellung über das Wohl und Wehe eines Konzerns entscheidet.

---

<sup>1322</sup> Ruffert, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 24; allgemein zur Rechtsnatur der Richtlinie *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 288 AEUV Rn. 104 (48. EL Aug. 2012).

<sup>1323</sup> Ruffert, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 24; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 288 AEUV Rn. 104 (48. EL Aug. 2012).

<sup>1324</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (376).

<sup>1325</sup> Ruffert, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 21; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 288 AEUV Rn. 101 f. (48. EL Aug. 2012).

<sup>1326</sup> Ruffert, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 97; allgemein zur Rechtsnatur der Empfehlung *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 288 AEUV Rn. 201 (48. EL Aug. 2012).

#### IV. Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit, Art. 20 EUV

Im Rahmen von nicht ausschließlichen Zuständigkeiten der EU können einzelne Mitgliedstaaten Rechtsakte erlassen, die sodann nur für diese verbindlich sind, Art. 20 Abs. 1, 4 EUV. Das Verfahren wird auch als „differenzierte Integration“ bezeichnet und „strebt die zeitlich gestaffelte Erreichung gemeinsamer Integrationsziele an“.<sup>1327</sup> Dies mag insbesondere vor dem Hintergrund der Erweiterung der Union eine Stagnation oder Blockade verhindern und eine Möglichkeit für integrationswillige Staaten bieten können, sorgt aber auch für eine Spaltung innerhalb der Union. Insbesondere der ausgesprochen integrationsfördernde Binnenmarkt sollte hier einheitlichen Bedingungen unterworfen sein, um die gesellschaftliche Betätigung in den betreffenden Mitgliedstaaten nicht zu vereiteln und im Gegenteil eine unionsweite Expansion von Konzernen zu beflügeln und rechtlich abzusichern. Oberstes Ziel europäischer Rechtssetzung sollte stets die Einheit des Unionsrechts sein.<sup>1328</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass Art. 20 EUV mit seinem Verweis auf die Artt. 326-334 AEUV eine Vielzahl von Voraussetzungen aufstellt, um Rechtsakte im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit erlassen zu können. Es taugt aufgrund seiner Inflexibilität schon deswegen nicht als „Integrationsmotor“.<sup>1329</sup> Daher ist es auch für die hier anvisierte Kernbereichsharmonisierung ungeeignet.

#### V. *Ius Commune* und Code of Conduct (*comply or explain*)

Das *Ius Commune*, das „gesamteuropäische Gemeinschaftsrecht“ verfügt im Bereich des europäischen Konzernrechts eben bislang nicht über einen gesicherten Gemeinstandard, sodass es die Harmonisierung vorliegend nicht ermöglichen kann. Einem Code of Conduct fehlt es, wie der Empfehlung, an rechtlicher Durchschlagskraft, sodass auch dieser sich nicht anbietet.

#### VI. Fazit

Der Eingriff in die nationalen Gesellschaftsrechte sollte schonend und so punktuell wie möglich erfolgen. Denn die nationalen Gesellschaftsrechte sind zu unterschiedlich und es hat weder im Konzernrecht noch im Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaften<sup>1330</sup> bisher eine

---

<sup>1327</sup> Ruffert, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 20 EUV Rn. 5: dieses Konzept wird auch als Europa der mehreren Geschwindigkeiten (*Europe à plusieurs vitesses*) bezeichnet.

<sup>1328</sup> Vgl. Ruffert, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 20 EUV Rn. 11.

<sup>1329</sup> So auch Blanke, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 20 EUV Rn. 78 (58. EL Jan. 2016).

<sup>1330</sup> Überblickartig zu den Richtlinien betreffend die GmbH Pentz, in: *Rowedder/Pentz*, GmbHG, 7. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 338 ff.

bedeutende Harmonisierung stattgefunden. Rechtspolitisch problematisch dürfte darüber hinaus die Konsensfindung sein, denn 50 Jahre Harmonisierungsversuche haben gezeigt, dass die Unterschiede groß und der gemeinsame Nenner dagegen klein sind. Daher sollte ein wenig tiefgreifender Eingriff in das nationale Recht präferiert werden. Für die hier vorgeschlagene Kernbereichsharmonisierung, also einen einheitlichen rechtlichen Mindeststandard, eignet sich die Richtlinie am besten. Denn hierdurch wird besonders behutsam, aber dennoch verbindlich, in das nationale Recht eingegriffen. Der europäische Gesetzgeber sollte sich also dieses Instruments bedienen.

### B. Rechtsgrundlage

Der europäische Gesetzgeber muss bei Erlass einer Richtlinie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung berücksichtigen, Art. 5 Abs. 1, 2 EUV. Danach wird die EU nur „innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“.

Die besondere Kompetenz für das Gesellschaftsrecht findet sich in Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV. Dieser dient der Koordination von Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften iSv Art. 54 Abs. 2 AEUV im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. Dabei verfolgt Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV mehrere Ziele. Einerseits sollen durch die Abstimmung nationaler Vorschriften verlässliche Strukturen geschaffen werden, die die grenzüberschreitende Gründung einer Niederlassung erleichtern, indem Eigen- und Fremdkapitalgeber nicht in jedem Mitgliedstaat unterschiedlichen Anforderungen unterliegen.<sup>1331</sup> Andererseits soll durch die Koordinierung von Schutzbestimmungen erreicht werden, dass die Interessen von Gesellschaftern und betroffenen Dritten nicht im Rahmen des mitgliedstaatlichen *race to the bottom* ins Hintertreffen geraten.<sup>1332</sup> Der Begriff der Schutzbestimmung ist dabei weit zu verstehen, da prinzipiell jeder Vorschrift des Gesellschaftsrechts zumindest mittelbarer Schutzfunktion haben kann.<sup>1333</sup> Die von Art. 54 Abs. 2 AEUV anvisierten Gesellschaften sind

---

<sup>1331</sup> Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 50 AEUV Rn. 23; Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 50 AEUV Rn. 17.

<sup>1332</sup> Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 50 AEUV Rn. 23; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 50 AEUV Rn. 12 (66. EL Feb. 2019).

<sup>1333</sup> Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 50 AEUV Rn. 13 (66. EL Feb. 2019); Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 200; Tholen, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 173.

unter anderem Kapitalgesellschaften. Auch dient die Anerkennung des Gruppeninteresses dem Interesse der Gesellschafter sowie Dritter.

Die angleichenden Maßnahmen müssen zudem erforderlich sein. Lange war unklar, was sich hinter dem Merkmal verbirgt. Mittlerweile ist man sich einig, dass eine Förderung der Niederlassungsfreiheit durch die Maßnahmen spürbar sein muss.<sup>1334</sup> Die Angleichung von Leitungsbefugnissen der Muttergesellschaft in den Tochtergesellschaften innerhalb der Europäischen Union ist klar binnenmarktfördernd und erfüllt somit das Merkmal der Erforderlichkeit.

### C. Subsidiaritätsprinzip

Gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV gelten für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Das Subsidiaritätsprinzip statuiert nach Art. 5 Abs. 3 EUV, dass die Union bei nicht ausschließlichen Zuständigkeiten nur tätig wird, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Das Subsidiaritätsprinzip ist eine Kompetenzausübungsschranke, da es die Frage des „Ob“ eines Tätigwerdens der EU tangiert.<sup>1335</sup>

Es ist anwendbar, wenn es sich um eine geteilte, also keine ausschließliche Kompetenz der EU handelt. Art. 50 Abs. 2 lit. g) AUEV ist binnenmarktbezogen und somit gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a) AEUV eine geteilte Kompetenz, auf die das Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich Anwendung findet. Inhaltlich gibt es zwei Kriterien vor; ein Negativkriterium: „weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend“ und ein Positivkriterium: „besser“. Es ist also zu untersuchen, ob die Mitgliedstaaten etwaige grenzüberschreitende Aspekte zufriedenstellend allein regeln können oder ob mangels Tätigwerdens des Unionsgesetzgebers „Kernziele des Vertrages oder Interessen anderer Mitgliedstaaten (...) erheblich bzw. spürbar beeinträchtigt werden“.<sup>1336</sup> Eines der Hauptziele der Europäischen

---

<sup>1334</sup> Korte, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 50 AEUV Rn. 25; *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 50 AEUV Rn. 16 (66. EL Feb. 2019).

<sup>1335</sup> Vgl. hierzu *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV Rn. 24; *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 75. EL 2022, Art. 5 EUV Rn. 49 (65. EL Aug. 2018).

<sup>1336</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV Rn. 38.

Union ist die Verwirklichung des Binnenmarkts unter anderem durch die Niederlassungsfreiheit von natürlichen sowie juristischen Personen. Dieses Ziel kann am besten erreicht werden, wenn einheitliche Regeln für den gesamten Binnenmarkt gelten, die von einer zentralen Stelle erarbeitet werden und nicht regional von jedem einzelnen Mitgliedstaat. Eine fehlende Regelung zum Gruppeninteresse kann die Niederlassungsfreiheit in Form der Organisationsfreiheit sogar verletzen. Um dem Positivkriterium zu genügen ist der „‘Mehrwert[s]‘ eines Handelns der Union gegenüber einem Handeln der Mitgliedstaaten“ zu überprüfen.<sup>1337</sup> Dieses Kriterium ist gewahrt, weil die Mitgliedstaaten nicht in der Lage sind, durch eigene Maßnahmen eine Rechtsangleichung des Konzernrechts zu erreichen.<sup>1338</sup>

#### D. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Nach Art. 5 Abs. 4 AEUV dürfen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus gehen. Hierbei geht es um die Frage nach dem „Wie“ des Tätigwerdens der EU.<sup>1339</sup> Dieser spielt jedoch bei einer Kompetenz zur Rechtsangleichung keine Rolle.<sup>1340</sup>

#### *§ 2 Adressatenkreis der Regelung*

Anschließend ist die Frage nach der Reichweite einer europäischen Richtlinie zum Konzernleitungsrecht zu beantworten.

#### A. Gruppenstruktur

In der Konzernrechtspraxis finden sich eine Vielzahl von Gruppenstrukturen wieder (vgl. die Darstellung bei Teil 1 § 1). Sie unterscheiden sich vor allem darin, wie fest sie miteinander verbunden sind. Dabei kommt es nicht allein auf die Beteiligungshöhe der Muttergesellschaft in den Tochtergesellschaften an. Die Ausrichtung der einzelnen Geschäftstätigkeiten und der Grad der Einmischung durch die Muttergesellschaft sind entscheidend. Sind die Tätigkeiten der Töchter aufeinander ausgerichtet und komplementär? Übernehmen einzelne Töchter ganze Geschäftszweige oder -regionen? Oder sind sie einzig durch die Mehrheitsbeteiligung der Mutter miteinander verbunden, ansonsten aber weitgehend frei und divers?

Nach der vorgefundenen Gesetzeslage in Frankreich und Deutschland liegt ein Konzern bereits dann vor, wenn die Mutter beherrschenden Einfluss ausüben kann. Es ist darüber hinaus

---

<sup>1337</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV Rn. 40.

<sup>1338</sup> Eingehend *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 177 f.

<sup>1339</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV Rn. 44.

<sup>1340</sup> Vgl. hierzu *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, S. 178.

zunächst nicht erforderlich, dass sie hiervon auch Gebrauch macht, §§ 17, 18 AktG (s.o. Teil 1 § 4 C. II.). Einzelne Rechtsinstitute knüpfen aber an eine festere Gruppenstruktur an. So insbesondere die *Rozenblum*-Formel, die explizit eine feste und kohärente Gruppenstruktur fordert (siehe Teil 3 § 2 B. II. 2. d) aa)).

Viele der Expertengremien, die sich bereits zur Ausgestaltung des europäischen Konzernrechts geäußert haben, rekurren in ihren Vorschlägen auf die *Rozenblum*-Formel der Cour de cassation und fordern somit auch eine verfestigte Gruppenstruktur als Voraussetzung für die Ausübung von Leitungsmacht innerhalb der grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe. Ausdrücklich nehmen das *Forum Europaeum Konzernrecht*<sup>1341</sup>, der *Club des Juristes*<sup>1342</sup>, das *Forum Europaeum on Company Groups* für sog. Reguläre Tochtergesellschaften<sup>1343</sup> sowie die *Informal Company Law Expert Group*<sup>1344</sup> auf die *Rozenblum*-Rechtsprechung Bezug. Als Inspirationsquelle diente sie offenbar auch der *High Level Group of Company Law Experts*<sup>1345</sup>, dem Aktionsplan der Kommission von 2003<sup>1346</sup>, sowie dem *European Model Company Act*<sup>1347</sup>. Letzterer nahm allerdings Abstand vom Erfordernis der ausgewogenen und verfestigten Gruppenstruktur. Es lässt sich folglich konstatieren, dass diese Rechtsprechung seit vielen Jahrzehnten auf ein breites Echo stößt und die Auseinandersetzung mit deren Kriterien bei der Erarbeitung einer europäischen Regelung unumgänglich ist.

Und entsprechend den Vorgaben der *Rozenblum*-Formel ist die Rechtsprechung der Cour de cassation häufig ausgestaltet: Je stärker die Mitglieder der Gruppe miteinander verflochten und in ihrem wirtschaftlichen Fortkommen voneinander abhängig sind, desto großzügiger ist die Rechtsprechung mit den Geschäftsführern, die Konzernsolidarität einfordern und Maßnahmen zum Wohle des Gruppeninteresses aber entgegen dem Einzelinteresse treffen. Dies ist auch folgerichtig; je integrierter die Gruppe ist und die einzelnen Geschäftsbereiche voneinander profitieren, desto eher können die angewiesenen Maßnahmen im

---

<sup>1341</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (705).

<sup>1342</sup> *Le Club des Juristes*, Vers une reconnaissance de l'intérêt du groupe dans l'Union Européenne?, S. 13 f.

<sup>1343</sup> *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015, 507 (513).

<sup>1344</sup> *The Informal Company Law Expert Group*, Report on the recognition of the interest of the group, S. 47 Recommendation 3, 4.

<sup>1345</sup> *High Level Group of Company Law Experts*, A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, S. 18, 96 ff. Recommendation V.3.

<sup>1346</sup> Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union - Aktionsplan, KOM (2003) 284 endgültig, S. 23.

<sup>1347</sup> *European Model Company Act*, S. 386.

Gruppeninteresse auch der Tochtergesellschaft und ihren Minderheitsgesellschaftern zugutekommen. Eine feste und kohärente Gruppenstruktur vermittelt mehr Minderheitenschutz als ein reines Konglomerat.<sup>1348</sup> Sie ist deshalb vorzugswürdig und allein Adressatin der europäischen Regelung zur Anerkennung des Gruppeninteresses. Daran ändert auch nicht, dass die Voraussetzungen der *Rozenblum*-Formel von den französischen Gerichten selten bejaht werden. Denn dies zeigt nur, dass die Richter dahingehend sensibilisiert sind, nur in den Sachverhalten eine Privilegierung einheitlicher Leitung zu gestatten, in denen ein Maximum an Minderheiten- und Gläubigerschutz gewährleistet ist. Außerdem zeichnet sich eine Öffnung der Rechtsprechung dahingehend ab, dass die Gruppenstruktur auch ökonomisch zu bewerten und dann zu bejahen ist, wenn die korrespondierenden Aktivitäten der Gruppenmitglieder darauf ausgelegt sind, Synergieeffekte zu erzielen.<sup>1349</sup> Das Erfordernis der verfestigten Gruppenstruktur und kohärenten Gruppenpolitik ist das Nadelöhr für die Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts. Nachfolgend wird dargelegt, dass die Konzernleitung nach Passieren dieser organisatorischen Voraussetzung erhebliche Befugnisse erhält.

#### B. Art der Tochtergesellschaft

Der überwiegende Teil der Expertengremien unterscheidet in seinen Regelungsvorschlägen zwischen verschiedenen Arten von Tochtergesellschaften. Im Fokus steht dabei insbesondere die Beteiligungshöhe der Mutter in den entsprechenden Töchtern. Hierzu gehören etwa die Schlussfolgerungen des *Club des Juristes*<sup>1350</sup>, des *Forum Europaeum on Company Groups*<sup>1351</sup>, die *Informal Company Law Expert Group*<sup>1352</sup> sowie der *European Model Company Act*<sup>1353</sup>.

Diese Unterscheidung kommt nicht von ungefähr – in 100%igen Tochtergesellschaften hat die Mutter als Alleingesellschafterin nur den Gläubigerschutz, nicht hingegen den Minderheitenschutz zu beachten. Treten Minderheitsgesellschafter hinzu, verkompliziert sich die Gemengelage auf den ersten Blick. So wollen viele Vorschläge die Voraussetzungen für eine konzerninterne Einflussnahme durch die Muttergesellschaft verschärfen, sofern die

---

<sup>1348</sup> A.A. Ziegler, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 155, die auf das Erfordernis der verfestigten Gruppenstruktur in einer Europäischen Regelung verzichten möchte.

<sup>1349</sup> Vgl. Boursier, Rev. sociétés 2016, 539 (541): „l'approche retenue est une approche économique du groupe totalement justifiée par la rationalité même du fait justificatif“.

<sup>1350</sup> Le Club des Juristes, Vers une reconnaissance de l'intérêt du groupe dans l'Union Européenne?, S. 13 f.

<sup>1351</sup> Forum Europaeum on Company Groups, ZGR 2015, 507 (511).

<sup>1352</sup> The Informal Company Law Expert Group, Report on the recognition of the interest of the group, S. 47.

<sup>1353</sup> European Model Company Act, S. 385.

Tochtergesellschaften nicht im ihrem Alleinbesitz stehen. Auf den zweiten Blick allerdings erweist sich diese Unterscheidung als nicht mehr so zwingend: Wie dargestellt ist vor allem die Konzernstruktur entscheidend für das Schutzniveau innerhalb der Gruppe (Teil 6 § 2 A.). Minderheitenschutz vermittelt sich auch darüber, dass der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft nicht umgangen wird. Dies ist aber seltener der Fall, wenn sich der Zweck der Tochter nahtlos in die Gruppenstruktur einfügt und entscheidend dafür ist, dass der Konzern seine Synergieeffekte effizient nutzen kann. Die Interessenlagen der Konzernmutter und der Minderheitsgesellschafter in der Tochter divergieren nicht in dem Maß, wie sie es bei unabhängigeren und weniger integrierten Gesellschaften tun würden. Wenn die Tochter durch ihre Geschäftstätigkeit derart in die Gruppe eingebunden ist, dass sie dadurch profitabler ist, als außerhalb der Gruppe als unabhängige Gesellschaft, sind Minderheitsbelange nicht berührt. Sollten diese trotzdem einmal betroffen sein, bewirkt der Minderheitenschutz oftmals auch einen reflexartigen Gläubigerschutz, indem das Vermögen der Gesellschaft erhalten oder zurückgeführt werden muss. Auch können Minderheiten durch das Instrument der *actio pro socio* oder auch *action sociale ut singuli* Ansprüche der Gesellschaft geltend machen; Verfolgungsrechte der Gläubiger bestehen hingegen nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen.

Der Regelungsvorschlag sollte sich demnach nicht auf 100%ige Tochtergesellschaften beschränken, weil die Beteiligungshöhe der Mutter das Schutzniveau innerhalb der Gesellschaften unberührt lässt. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch am Aussagegehalt des Vorschlags des *Forum Europaeum on Company Groups*, welcher nicht nur nach der Beteiligungshöhe der Mutter in der Tochter differenziert, sondern nach ihrer Einbindung in die Gruppenstruktur als sog. Servicegesellschaft oder sog. Reguläre Tochtergesellschaft.<sup>1354</sup> Dieser Vorschlag sah sich Kritik ausgesetzt, dass er *shared service* Gesellschaften nicht in den Blick nahm, die zwar einerseits eine spezifische Funktion im Konzern erfüllen, ihre Leistung allerdings auch gruppenextern anbieten und erbringen.<sup>1355</sup> Eine Unterscheidung ausschließlich nach Beteiligungshöhe ist somit nicht zielführend, ebenso wie eine Unterscheidung nach Funktionszuweisung im Konzern, die sich notwendigerweise an der Varianz der Konzernorganisation brechen muss, da nicht alle Eventualitäten und Gestaltungsmöglichkeiten abgedeckt werden können.

---

<sup>1354</sup> *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015, 507 (511).

<sup>1355</sup> *Ott*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 433 (450 ff.).

### C. Ebene der Gesellschaften

Es gilt die Frage zu beantworten, auf welcher Ebene in den Gesellschaften die Regelung ansetzen soll. Direkt einleuchtend ist die Ebene der Geschäftsführung der Muttergesellschaft, die die Konzernleitungsmacht ausübt und deren Rechte- und Pflichtenkreis auf europäischer Ebene harmonisiert werden soll. Denkbar wäre aber auch, dass die Geschäftsführer der Töchter ebenfalls das Gruppeninteresse bei ihren Entscheidungen berücksichtigen dürfen und ihnen dahingehend ein eigenes Ermessen eingeräumt würde. Die Expertengremien, die eine Orientierung an der *Rozenblum*-Formel vorschlagen, machen hier keine Differenzierung bzw. gehen davon aus, dass nicht nur die Geschäftsführer der Mutter, sondern auch die der Tochter das Gruppeninteresse bei ihren Entscheidungen berücksichtigen können sollen.<sup>1356</sup> Dies gilt bei Tochtergeschäftslern auch für weisungsfreie Entscheidungen im eigenen unternehmerischen Ermessen.

Ein solches eigenes Ermessen der Tochtergesellschaften ist abzulehnen. Sie sollten das Gruppeninteresse nur berücksichtigen dürfen, wenn sie eine Weisung der Mutter ausführen. Denn Ausdruck der strategischen und finanziellen zentralen Konzernleitung durch die Muttergesellschaft ist das Weisungsrecht und ihre Kompetenz, zu evaluieren, wann eine Maßnahme im Gruppeninteresse geboten und wann eine konzernweite Hebung von Verbundvorteilen nicht zu erwarten ist. Durch ihren Überblick über das konzernweite Geschehen ist sie auch besser in der Lage, den Nutzen für das Gruppeninteresse bewerten zu können und strategische Vorgaben zu machen. Den Tochtergesellschaften fehlen diese Informationen. Freilich ist es möglich, auch die Tochter zu ermächtigen, selbstverantwortlich Maßnahmen im mutmaßlichen Gruppeninteresse zu treffen und diese dann auf ihren tatsächlichen Synergieeffekt hin zu untersuchen, sodass Maßnahmen, die nach einer *ex post* Kontrolle nicht dem Gruppeninteresse dienen, zu einer Haftung des Tochtergeschäftsführers führen müssen. Allerdings führt diese Vorgehensweise nur zu einem zusätzlichen Haftungsrisiko für die Tochtergeschäftsführung, die aufgrund ihrer dezentralen Leitungsbefugnisse hinsichtlich operativer Strategien eben ihres eigenen Geschäftsbereichs nicht adäquat befähigt sein dürfte, das Gruppeninteresse zutreffend zu bewerten. Das Risiko, dass die Maßnahme doch nicht im Gruppeninteresse gerechtfertigt sein wird, ist hoch und

---

<sup>1356</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (712, 714); *The Informal Company Law Expert Group*, Report on the recognition of the interest of the group, S. 41; vgl. auch *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Report, S. 60, ohne ausdrückliche Orientierung an der *Rozenblum*-Formel.

führt durch das erhöhte Risiko der Inanspruchnahme durch Minderheitsgesellschafter oder Gläubiger nicht zu einer vereinfachten und strafferen Gruppenleitung. Auch wird der Anreiz für die Leitung der Tochter gering sein, solche Maßnahmen ohne die Legitimierung durch die Mutter in Form der Weisung durchzuführen, sodass es auch rein praktisch keines solchen eigenen Ermessens bedürfen wird.

Die Haftungslage wird zudem vereinfacht, wenn nur einer Instanz die gesellschaftsübergreifende Leitungsmacht zukommt, nämlich der Mutter, die dann auch bei fehlerhafter Bewertung der angewiesenen Maßnahme für die Hebung von Verbundvorteilen allein verantwortlich ist. Das Haftungsrisiko besteht nur bei ihr und nicht auf Ebene der Tochtergesellschaft. Das kann zugleich aber nicht bedeuten, dass die Tochter blind jeglicher Weisung zu folgen hätte. Zwar trifft sie eine Folgepflicht. Diese kann aber nur bis zu dem Punkt bestehen, wo das Gesetz zwingende gläubigerschützende Grenzen setzt, wie im Fall des Insolvenzrechts. Um der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts in höchstem Maße gerecht werden zu können, kann die Grenze hier nur in der Existenz der Tochtergesellschaft selbst liegen (Teil 5). Andere gesellschaftsrechtliche Grenzen der Konzernleitung werden durch die Anerkennung des Gruppeninteresses überwunden (Teil 4).

#### D. Umfassende Haftungsfreistellung in *ex ante* oder *ex post* Kontrolle

Um der Vorschrift zur größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen ist erforderlich, dass sie als Haftungsfreistellung umfassend anwendbar ist. Es kann und darf nicht darauf ankommen, welcher Rechtsnatur und welchem Regelungskreis die Haftung oder auch nationale Freistellungen in der jeweiligen Rechtsordnung entspringen, die wie gesehen teilweise erheblich divergieren können. Unsicherheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit oder Übertragbarkeit der Haftungsfreistellung vom einen Rechtsgebiet auf das andere müssen behoben werden (vgl. o. die Problematik der Übertragbarkeit der *Rozenblum*-Formel vom strafrechtlichen Veruntreuungstatbestand auf Gesellschaftsrecht oder allgemeines Zivilrecht, Teil 4 § 3 A. I. 2.).

Der Europäische Gesetzgeber hat eine rechtspolitische Entscheidung zu treffen, welchen Regelungskonzepts er sich hierzu bedient. Er kann einerseits eine Rechtsregel aufstellen, die bereits ein vollständig ausformuliertes Programm an Voraussetzungen und Rechtsfolgen enthält, oder aber Verhaltensstandards aufstellen, die ihren operationalen Gehalt erst

nachträglich anhand eines konkreten Einzelfalls gewinnen.<sup>1357</sup> Im ersten Fall wird eine kostspielige *ex ante* Betrachtung vorgenommen, im letzten eine zunächst kostengünstigere *ex post* Bewertung. Verhaltensstandards verursachen sodann bei der Handhabung durch die Gerichte höhere Kosten.

Vorteil einer *ex ante* Beurteilung ist die Rechtsicherheit für die Muttergesellschaft im Rahmen ihrer zentralen Konzernleitung. Demgegenüber bietet ein Verhaltensstandard, ausgestaltet als *safe harbour* Regelung große Flexibilität. Hierin liegt aber zugleich dessen Nachteil. Für die Muttergesellschaft ist eine *ex post* gerichtliche Überprüfung ihrer Entscheidungen stets problematisch, weil sich die *ex ante* Entscheidung kaum mehr authentisch nachvollziehen lässt.<sup>1358</sup> Daher überprüfen die Richter das Verhalten der Geschäftsführung (also der Muttergesellschaft) meist auf klar feststellbare Verhaltensfehler. Diese können beispielsweise in einer fahrlässigen Verletzung des Verhaltensstandards liegen. Der Fahrlässigkeitsvorwurf kann durch das Einholen von Rechtsrat und das entsprechende Handeln auf dessen Grundlage entkräftet werden. Allerdings ist diese Beratung oftmals mit hohen Kosten verbunden, die sich kleine und mittlere Unternehmen nicht leisten können. Ohne den sorgfaltspflichtausschließenden Rechtsrat besteht für sie aber ein immensens Haftungsrisiko, welches dazu führen kann, dass die effizienzsteigernde Wirkung der Haftungsbeschränkung annihiliert wird: die Entscheidungsträger im Konzern werden wieder risikoavers.<sup>1359</sup> Daher sollte der Europäische Gesetzgeber für eine Rechtsregel optieren, die bereits ein vollständig ausformuliertes Pflichten- und Rechteprogramm enthält und somit aber eine *ex ante* Beurteilung ermöglicht.<sup>1360</sup>

### *§ 3 Formalrechtliche Ausgestaltung der europäischen Regelung zur Anerkennung des Gruppeninteresses – effizienzorientierte Rozenblum-Formel*

Die vorstehenden Erwägungen nehmen insbesondere die Schutzfunktion des Konzernrechts in den Blick und befassen sich mit Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern der Tochter. Zur Fortentwicklung des europäischen Konzernrechts stehen zwei Regelungskonzepte zur

---

<sup>1357</sup> Vgl. hierzu *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 518.

<sup>1358</sup> So auch *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 518.

<sup>1359</sup> Vgl. zum Ganzen *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 519 f.

<sup>1360</sup> A.A. *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 87; *Drygala*, AG 2013, 198 (202), unter Verweis auf den Vorschlag der Reflection Group: „Vorgeschlagen wird eine Regel, nach der der Geschäftsleiter der Tochtergesellschaft berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, sein soll, unter bestimmten Voraussetzungen die Verbundinteressen im Rahmen seines Leitungsermessens mit zu berücksichtigen. Damit soll eine Safe-Harbour-Regelung für den Geschäftsleiter der Tochter im Hinblick auf denkbare Haftungsansprüche geschaffen werden.“

Verfügung, um diesem Schutzgedanken Rechnung zu tragen: einerseits die im Gläubigerinteresse eingeschränkte Schädigungserlaubnis, andererseits das im Interesse der Konzernmutter gelockerte Benachteiligungsverbot nach dem Vorbild der *Rozenblum*-Rechtsprechung.<sup>1361</sup> *Ziegler* optiert hierbei zu ersterem und fixiert das jedenfalls bei Tochtergesellschaften im Alleinbesitz der Mutter zu berücksichtigende Gläubigerinteresse.<sup>1362</sup> Hiernach müsse der europäische Gesetzgeber bei 100%igen Tochtergesellschaften lediglich deren Liquidität und Fortbestand schützen und dürfe darüber hinaus keine leitungshemmenden Schranken setzen. Eine Ausgleichspflicht sei im Gläubigerinteresse nicht geboten, denn dieses werde bereits dadurch erfüllt, dass die Gesellschaft in der Lage ist, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen.<sup>1363</sup> Bei mehrgliedrigen Gesellschaften sei überdies der Minderheitenschutz zu berücksichtigen. Das Interesse der Minderheitsgesellschafter gehe über den Liquiditäts- und Bestandsschutz hinaus und enthalte zusätzlich das Interesse, Schädigungen abzuwehren.<sup>1364</sup> Demgegenüber stehe das Interesse einheitlicher Konzernleitung, Benachteiligungen im Gruppeninteresse zu ermöglichen.<sup>1365</sup>

Eine europäische Regelung muss daher zwingend auch die Ermöglichungsfunktion mit in den Blick nehmen.<sup>1366</sup> Der Mehrwert der Regelung kann sich nicht in der Vereinheitlichung des nationalen Rechts erschöpfen, auch wenn der Gewinn an Rechtssicherheit nicht zu unterschätzen ist. Er muss darüber hinaus auch ein Zuwachs an Handlungsmöglichkeiten für die Muttergesellschaft bedeuten, denn so kann der grenzüberschreitende Rechts- und Wirtschaftsverkehr weiter stimuliert werden.

Dieser Zuwachs gestaltet sich über die Frage nach der Kompensationspflicht für nachteilige Weisungen im Gruppeninteresse. Diese Kompensation kann entweder in Form eines Ausgleichs der Vor- und Nachteile (Ausgleichssystem) oder in Form der Teilhabe an den Gruppenerfolgen (Teilhabesystem) ausgestaltet werden.<sup>1367</sup> Die untersuchten Rechtsordnungen halten entgegengesetzte Antworten auf diese Frage bereit. Während die

---

<sup>1361</sup> Siehe hierzu ausführlich *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 51 f.

<sup>1362</sup> *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 53.

<sup>1363</sup> *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 54 f.

<sup>1364</sup> *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 146 f.

<sup>1365</sup> *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 147.

<sup>1366</sup> So auch *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 152, die fordert, dass der Unionsgesetzgeber den Ausgleich widerstreitender Interessen Unionsgesetzgeber selbst vornehme und ihn nicht der freien Gestaltung der Konzernakteure überlasse.

<sup>1367</sup> So auch *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 152.

französische *Rozenblum*-Formel eine qualitative Kompensation (Teilhabe) ausreichen lässt, fordert das deutsche Recht des faktischen AG-Konzerns eine quantitative Kompensation in Form eines summenmäßigen Ausgleichs, § 311 AktG.<sup>1368</sup> Das deutsche Recht des faktischen GmbH-Konzerns verbietet hingegen bereits die nachteilige Einflussnahme und sieht keine Kompensationsmöglichkeit vor. Der qualitative Ausgleich im französischen Recht lässt die Konzernzugehörigkeit und die Teilhabe an Verbundvorteilen genügen. Somit kommt der Anerkennung des Gruppeninteresses im deutschen Recht des faktischen GmbH-Konzerns Ermöglichungsfunktion zu, indem überhaupt eine nachteilige Einflussnahme gestattet wird. Das französische „Konzernrecht“ ist zwar großzügiger im Bezug auch nachteilige Einflussnahmen, jedoch nehmen die Gerichte noch zu wenig auf ökonomische Effizienzgewinne Rücksicht.

Um diesen Flickenteppich glattzustreichen und zusätzlich in besonderem Maße von der ermöglichenden Funktion des Konzernorganisationsrechts Gebrauch zu machen, ist erforderlich, eine qualitative Kompensation im Regelfall genügen zu lassen.<sup>1369</sup> Denn wie begutachtet kann die Konzernzugehörigkeit als solche in verfestigten Gruppenstrukturen mit komplementärer Aufgabenzuweisung erhebliche Vorteile für die betreffenden Konzerngesellschaften verschaffen, die ihre geschäftlichen Tätigkeiten ohne die Gruppe nicht gewinnbringend ausüben könnten. Dies vorausgeschickt ergibt sich folgendes Regelungskonzept, welches sich an europäischen Effizienzerwägungen und der französischen *Rozenblum*-Formel orientiert. Sie soll als effizienzorientierte *Rozenblum*-Formel bezeichnet werden.

## A. Tatbestand

### I. Kohärente Gruppenpolitik und verfestigte Gruppenstruktur

Wie bereits dargestellt ist eine verfestigte Gruppenstruktur notwendige Voraussetzung dafür, dass die Vorschriften des zu schaffenden europäischen Konzernleitungsrechts Anwendung

---

<sup>1368</sup> Einhellige Ansicht, dass passive negative Konzerneffekte keinen Nachteil begründen können und somit spiegelbildlich ein passiver positiver Konzerneffekt auch keinen Nachteil ausgleichen kann *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn. 62; *Leuring/Goertz*, in: *Hölters/Weber*, AktG, 4. Aufl. 2022, § 311 Rn. 86; allg. *Altmeyden*, in: *MüKoAktG*, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 342 mwN: „Allgemeine Vorteile, die sich lediglich aus der Zugehörigkeit zu einem Konzern ergeben, sind kein zulässiger Ausgleich.“

<sup>1369</sup> Zustimmung *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 153 ff., die das Teilhabekonzept für vorzugswürdig hält, weil es die gesamte Gruppe in den Blick nehme. Schwäche des Ausgleichssystems sei hingegen, dass sich das Interesse der Minderheitsgesellschafter nicht lediglich in der unterbliebenen Schädigung der Tochter erschöpfe, sondern sie darüber hinaus auch an den gruppeninternen Gewinnen und Vorteilen partizipieren wollten.

finden (Teil 6 § 2 A.). Damit scheiden reine Konglomerate, die lediglich durch eine Mehrheitsbeteiligung der Muttergesellschaft in den einzelnen Töchtern miteinander verbunden sind, aus.

Des Weiteren muss sich die zu rechtfertigende angewiesene Maßnahme im Rahmen einer kohärenten Gruppenpolitik bewegen. Es geht hierbei vor allem darum, sicherzustellen, dass Maßstäbe einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung etabliert werden. Die Maßnahme muss sich in eine langfristige geschäftliche Strategie einfügen. Diese ist jedoch nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar und sollte vom Beurteilungsspielraum der Konzerngeschäftsführung weitestgehend gedeckt sein. Nur offensichtliche Ausreißerentscheidungen, die nicht mit der vorherigen Geschäftspolitik im Einklang stehen und auch nicht durch eine kurzfristige Strategieänderung begründbar sind, scheiden hier aus. So kann der Ausgleich der hier widerstreitenden Interessen gewahrt bleiben:

Einerseits müssen die Fremd- und Eigenkapitalgeber eine verlässliche Investitionsgrundlage vorfinden, welche insbesondere in einer kohärenten Gruppenpolitik besteht. Andererseits muss der Geschäftsführung ein Spielraum verbleiben, um flexibel und operativ auf das Marktgeschehen reagieren zu können. Gelingt dieser Ausgleich, kann die Investitionsentscheidung von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern am besten incentiviert werden. Das Erfordernis der kohärenten Gruppenpolitik und verfestigten Gruppenstruktur dient vor allem ihrem Schutz.

## II. Anerkannte Interessen

### 1. Binnenmarktorientierte Effizienzinteressen

Die Problematik der hergebrachten Lehren zum Gruppeninteresse lag in dem Umstand begründet, das wirtschaftliche Phänomen des Konzerns nur rechtlich erklären zu wollen. Angefangen von den Streitigkeiten zum Unternehmensinteresse, ob dieses nun allein das Gesellschafterinteresse (*shareholder value*) oder auch das Interesse weiterer Beteiligten (*stakeholder value*) zu berücksichtigen habe, verstärkt sich dies, wenn im Konzern nur mittelbar die Interessen natürlicher Personen in Ausgleich gebracht werden sollen. Denn in erster Linie handelt es sich bei der Gesellschaftsgruppe um juristische Personen, deren „Interessen“ zu berücksichtigen sind. Hierbei setzen sich verschiedene Strömungen durch, die sich grob in qualitative und quantitative Betrachtungsweise einteilen lassen (zum Ganzen Teil 4 § 2). Vorherrschend, geschweige denn zielführend war bisher keine von ihnen. Es ist also

angezeigt, den Blickwinkel zu verändern und nicht von der juristischen Warte aus den Konzern zu betrachten, sondern zu versuchen, ihn volkswirtschaftlich zu erfassen. *Schön* spricht hier überzeugend von einer effizienzorientierten Betrachtung, wobei die effiziente Ressourcenallokation im Binnenmarkt im Fokus steht (Einzelheiten Teil 4 § 2 C.).<sup>1370</sup>

Eine Maßnahme liegt mithin dann im Gruppeninteresse, wenn sie den ökonomischen Gründen für eine Konzernierung entspricht (Teil 2 § 1), also den Gesamtwert der Gruppe hebt. Dies geschieht vor allem durch die Hebung von Synergien, der Nutzung von Verbundvorteilen und einer generellen Effizienzsteigerung. Der Vorteil dieser Anschauung ist, dass keine Eigeninteressen einzelner Gesellschaften mühsam herausgearbeitet werden müssen, um dann in einem zweiten Schritt darüber zu streiten, in welchem Verhältnis sie auszubalancieren sind. Durch feste betriebswirtschaftliche Größen lässt sich der Gesamtwert eines Konzerns und dessen Steigerung zweifelsfrei bestimmen. So werden eindeutigere und vorhersehbarere Ergebnisse erzielt, die nicht von der Abwägung der Geschäftsführer der Muttergesellschaft oder auch der Gerichte abhängig sind. Dies schafft Rechtssicherheit und – in diesem Kontext vielleicht noch wichtiger – Investitionssicherheit. So dient dieses Kriterium den Gläubigern und Minderheiten, aber auch der Gesamtwohlfahrt, weil sichergestellt ist, dass nur Maßnahmen unausgeglichen getroffen werden, die insgesamt einen wirtschaftlichen Mehrwert haben.

## 2. Vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen bei drohender Zahlungsunfähigkeit?

Dies gilt jedenfalls für den Fall, indem die Tochter solvent ist und nur die Interessen des Gesamtkonzerns ausschlaggebend sind. Es stellt sich jedoch die Frage, ob Gläubigerinteressen vorrangig zu berücksichtigen sind, wenn sich die Tochtergesellschaft im Stadium drohender Zahlungsunfähigkeit und somit im Anwendungsbereich der Restrukturierungsrichtlinie (im Folgenden RRL) aus dem Jahr 2019<sup>1371</sup> bzw. ihrer Umsetzung im StaRUG<sup>1372</sup> befindet. Das

---

<sup>1370</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (351, 354 ff.).

<sup>1371</sup> Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. EU Nr. L 172 v. 26.06.2019, S. 18. Der deutsche Gesetzgeber ist der Umsetzung der RRL mit dem SanInsFOG sowie dem StaRUG nachgekommen, welche am 01.01.2021 in Kraft traten.

<sup>1372</sup> Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetz - StaRUG): Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz - SanInsFOG) vom 22.12.2020, BGBl. I Nr. 66 v. 29.12.2020, S. 3256.

StaRUG bietet Gesellschaften eine Sanierungsmöglichkeit außerhalb des Insolvenzverfahrens unter Bereitstellung eines Restrukturierungsrahmens, mit der Möglichkeit, Gläubiger und Gesellschafter auch gegen ihren Willen einzubeziehen. Gegenstand lebhafter Diskussion ist die Frage, ob ein sog. *shift of fiduciary duties* stattfindet, sodass bei Insolvenznähe vorrangig Gläubigerinteressen zu berücksichtigen wären.<sup>1373</sup>

Dies könnte sich aus Art. 19 lit. a) RRL ergeben, wonach die Geschäftsleiter verpflichtet werden, bei einer wahrscheinlichen Insolvenz die Interessen der Gläubiger, Anteilhaber und sonstigen Interessenträger gebührend zu berücksichtigen. Allerdings besagt Erwägungsgrund 71 S. 4 RRL, dass keine Rangfolge zwischen den Interessen festgelegt wird. Die RRL visiert also keine vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen an. Eine solche könnte sich jedoch aus dem StaRUG selbst ergeben. § 1 StaRUG hält die Geschäftsleiter juristischer Personen zu Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement an. § 32 Abs. 1 StaRUG konkretisiert diese Pflichten wenn sich die Gesellschaft für einen Restrukturierungsrahmen entscheidet. Dann muss die Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger betrieben werden. Diese interne Pflichtenbindung richtet sich in § 43 Abs. 1 StaRUG unmittelbar gegen den Geschäftsleiter der Restrukturierungssache, der das Interesse der Gesamtheit der Gläubiger zu wahren hat. Ist dann die Umsetzung einer Weisung im Gruppeninteresse überhaupt noch möglich? Weisungserteilungen durch die Muttergesellschaft sind weiterhin möglich, da nach Erwägungsgrund 71 S. 6 RRL die Richtlinienbestimmungen nationale Vorschriften zur Entscheidungsfindung innerhalb der Unternehmen unberührt lassen. Allerdings haben Geschäftsführer Weisungen im Gruppeninteresse aber entgegen § 43 Abs. 1 S. 1 StaRUG nicht zu beachten, da sie unwirksam sind.<sup>1374</sup> Die Pflichten aus § 43 StaRUG greifen aber nur, wenn sich die insolvenzbedrohte Gesellschaft entscheidet, sich in einen Restrukturierungsrahmen zu begeben. Entscheidet sie sich dagegen, finden die Pflichten aus dem StaRUG keine Anwendung; lediglich die Pflicht zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement aus § 1 StaRUG gelten immer.

Zu klären bleibt jedoch der Einfluss des Gesetzgebungsprozesses auf die Auslegung des Gesetzes im Bezug auf die Krisenpflichten des Geschäftsführers. Die §§ 2 und 3 des

---

<sup>1373</sup> Für eine vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361 (2364); *Gehrlein*, BB 2021, 66 (67); *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1987); dagegen *Korch*, ZGR 2019, 1050 (1057); *Klöhn*, ZGR 2008, 110 (146 ff.); kurzer Überblick bei *Schülke*, DStR 2021, 621 (622).

<sup>1374</sup> *Ristelhuber*, NZI 2021, 417 (419).

Regierungsentwurfs des StaRUG sahen einen *shift of fiduciary duties* vor, der den Geschäftsführer verpflichtete, ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit bei der Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben die Interessen der Gläubigergesamtheit zu wahren.<sup>1375</sup> Schuldhafte Verstöße gegen diese Verpflichtung sollten zu einer Innenhaftung des Geschäftsführers führen, die im Insolvenzfall vom Verwalter geltend gemacht werden sollte.<sup>1376</sup> Diese Regelungen sind aber nach Verhandlungen im Rechtsausschuss gestrichen worden.<sup>1377</sup> Dies geschah in der Annahme, dass die Streichung keinesfalls zu einer Haftungslücke führen würde, sondern durch gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen aufgefangen würde.<sup>1378</sup> So wird vertreten, dass die Wahrung der Gläubigerinteressen insbesondere bei der Auslegung von § 43 Abs. 2 GmbHG zu berücksichtigen sei.<sup>1379</sup> Dem tritt *Scholz* entschieden entgegen und spricht sich gegen den Versuch aus, einen *shift of fiduciary duties* in den § 43 Abs. 2 GmbHG hineinzuinterpretieren.<sup>1380</sup> Der Gesetzgeber habe mit der Streichung von §§ 2, 3 StaRUG-E ganz bewusst Abstand vom Konzept des *shift of fiduciary duties* genommen, welches nun eine rechtsfortbildende Auslegung der Geschäftsleiterpflichten prinzipiell verbiete.<sup>1381</sup> Dem ist zuzustimmen. Denn auch die Richtlinie, deren Umsetzung das StaRUG dient, sieht eine solche einseitige Interessenberücksichtigung nicht vor. Nach Art. 19 lit. a) RRL sind die Gläubiger nur eine von drei Gruppen, deren Interessen bei wahrscheinlicher Insolvenz zu berücksichtigen sind.

Frankreich hat die Vorgaben der RRL bisher noch nicht umgesetzt, sodass hierauf kein Bezug genommen werden kann. Da das französische Recht aber bereits über ein umfassendes Sanierungsrecht verfügt und dieses keine vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen vorgibt, sind hier angesichts der Anforderungen der Richtlinie auch keine Änderungen zu erwarten.<sup>1382</sup>

---

<sup>1375</sup> BR-Drs. 619/20, 116 ff.

<sup>1376</sup> BR-Drs. 619/20, 120.

<sup>1377</sup> Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zum RegE SanInsFOG, BT-Drs. 19/25303, 15 f.

<sup>1378</sup> BT-Drs. 19/25353, 6; *Bitter*, ZIP 2021, 321 (322); *Gehrlein*, BB 2021, 66 (67).

<sup>1379</sup> *Bitter*, ZIP 2021, 321 (322); *Gehrlein*, BB 2021, 66 (67).

<sup>1380</sup> *Scholz*, ZIP 2021, 219 (220).

<sup>1381</sup> *Scholz*, ZIP 2021, 219 (220), spricht sogar von „rechtsfortbildenden Abenteuern“.

<sup>1382</sup> *Dammann/Malaveille*, D. 2021, 293, die Umsetzung spielt sich im Bereich der Reform des beschleunigten Sicherungsverfahrens ab (*procédure de sauvegarde accélérée*).

### 3. Mitberücksichtigung von Gläubigerinteressen in der effizienzorientierten Betrachtungsweise?

Zwar sind die Gläubigerinteressen wohl nicht vorrangig zu berücksichtigen, sie dürfen jedoch auch nicht gänzlich ignoriert werden, sondern müssen mindestens mitberücksichtigt werden. Erwägungsgrund 71 der RRL ist hier zur Auslegung heranzuziehen, welcher lediglich vorgibt, dass die Interessen der verschiedenen Akteure überhaupt berücksichtigt werden müssen, nicht hingegen in welchem Rahmen und in welcher Reihenfolge. Eine ausgewogene Berücksichtigung aller betroffenen Interessen im Sinne eines interessenpluralistischen Ansatzes ist nicht verlangt.<sup>1383</sup> Diesen Vorgaben vermag auch der effizienzorientierte Ansatz zu genügen. Denn eine Steigerung des Gesamtwerts des Konzerns liegt auch im Interesse der Gläubiger, negiert jedenfalls nicht deren Interesse, ihre Ansprüche gegen die Tochter nicht in einer kalten Liquidation zu verlieren.

#### III. Keine Existenzvernichtung

Der wirtschaftliche Mehrwert für den Gesamtkonzern schützt nicht davor, dass einzelne Gesellschaften zum Wohle der Gruppe gewissermaßen „geopfert“ werden. Geschieht dies, ließe sich die Maßnahme ohne dieses einschränkende Tatbestandsmerkmal trotzdem rechtfertigen, da der Konzern als Ganzes eine Effizienzsteigerung generiert. Zwar ist diese Effizienzsteigerung im Interesse der Gläubiger und übrigen Minderheitsgesellschafter. Mit der geopferten Tochter ist den Gläubigern und Gesellschaftern dieser Gesellschaft jedoch das Rechtssubjekt entzogen worden, auf das sich ihre Interessen bezogen. Ein solchen vollständigen Entzug müssen sie nicht hinnehmen.

Grenze der nachteiligen Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Töchter muss also die Existenzvernichtung der Tochter im Sinne der BGH-Rechtsprechung (s.o. Teil 5 § 1 B. III. 1.) sein. Diese ist nach nationalem Insolvenzrecht zu bestimmen. In Deutschland ist Anknüpfungszeitpunkt für die Insolvenz insbesondere die Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO, sowie die Überschuldung, § 19 InsO. Bei Eigenantrag kann sie sogar bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit gegeben sein, § 18 InsO. Das französische Insolvenzrecht bestimmt den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung (*état de cessation des paiements*) als Insolvenzzeitpunkt, art. L. 631-1 al. 1 CCom. Dieser entspricht weitestgehend der Zahlungsunfähigkeit im deutschen Recht.

---

<sup>1383</sup> Korch, ZGR 2019, 1050 (1059).

Den einzelnen Mitgliedstaaten den Gläubiger- und Minderheitenschutz weitreichend zu überlassen und nur Vorgaben zur Leitungsmacht der Muttergesellschaft zu machen, ist im Interesse eines besonders schonenden Eingriffs in das nationale Recht. Nichtsdestotrotz ist problematisch, dass der Insolvenzzeitpunkt in der EU nicht einheitlich beurteilt wird und so das negative Tatbestandsmerkmal der Existenzvernichtungshaftung nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, wobei zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass es nicht bei jeder Insolvenz zu einer haftungsauslösenden Existenzvernichtung kommt. Einen neuen, einheitlichen Zeitpunkt nur für den Anwendungsfall nachteiliger Weisungen im Gruppeninteresse zu schaffen, der neben denen zur Insolvenz der Gesellschaft besteht, erscheint nicht praktikabel und widerspricht dem Konzept der Kernbereichsharmonisierung. Dass eine solche einheitliche Zeitbestimmung gegebenenfalls nicht notwendig ist, zeigt die RRL. Sie knüpft für die Frage nach dem zeitlichen Rahmen der Restrukturierung an die „wahrscheinliche Insolvenz“ an, die im Sinne des nationalen Rechts zu verstehen ist, Art. 2 Abs. 2 lit. b) RRL. Der deutsche Gesetzgeber hat den Zeitpunkt der wahrscheinlichen Insolvenz auf den der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 18 InsO bestimmt, § 29 Abs. 1 StaRUG. Das bedeutet, dass eine Richtlinie für ihre Effektivität nicht an einen konkreten, autonom unionsrechtlich verstandenen Zeitpunkt anknüpfen muss, sondern sich der ausgereiften langjährigen Spruchpraxis und Gesetzgebung der Mitgliedstaaten bedienen kann.

Grenze der einheitlichen Leitungsmacht der Muttergesellschaft ist die Existenzvernichtung der Tochter, wobei der Geschäftsleiter der Tochter ab dem Zeitpunkt, zu dem er nach nationalem Recht einen Insolvenzantrag stellt oder stellen muss, die Existenz der Tochter besonders beobachten muss. Da dies die weisungsfesten Pflichten der Geschäftsleiter der Tochter betrifft und diese den Zeitpunkt in ihren nationalen Rechtsordnungen kennen bzw. kennen können, schadet auch der von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variierende Zeitpunkt nicht. Es besteht keine Konzernleitungspflicht der Muttergesellschaft. Den Zeitpunkt der Existenzvernichtung im Blick zu behalten ist Pflicht der Geschäftsleiter der Tochter, die die Befolgung einer entsprechenden existenzvernichtenden Weisung sodann verweigern können.

#### IV. Gegenleistung: Teilhabe an Verbundvorteilen

Als Gegenleistung bzw. Ausgleich ist eine qualitative Kompensation ausreichend. Diese kann sich in der Teilhabe an Verbundvorteilen, beispielsweise in der Konzernzugehörigkeit an sich erschöpfen. Ein summenmäßiger Ausgleich könnte die Muttergesellschaft davon abhalten,

das grundsätzlich gesamtwertpositive Geschäft anzuweisen, weil sie nicht in gleichem Maße die Gewinne der Transaktion einstreichen kann, sondern diese mit der betreffenden Tochter teilen muss. Hier kommt der Ermöglichungsfunktion großes Gewicht zu. Aus der Perspektive der Minderheitsgesellschafter ist ein Teilhabesystem ebenfalls vorzugswürdig, weil sich deren Interesse nicht nur auf die unterbliebene Schädigung der Tochtergesellschaft erstreckt, sondern darüber hinaus auch darauf gerichtet ist, an gruppeninternen Gewinnen und Vorteilen zu partizipieren.<sup>1384</sup>

## B. Rechtsfolge

### I. Grundsatz

Im Grundsatz ist die angewiesene Maßnahme zulässig und nicht ausgleichspflichtig. Weder die anweisende Muttergesellschaft noch die ausführenden Geschäftsführer der Tochter haften für die Verluste der Tochtergesellschaft. Die Mutter verfügt somit über ein umfassendes Konzernleitungsrecht.

### II. Ausnahme

Ausnahmsweise trifft die Muttergesellschaft eine summenmäßige Ausgleichspflicht. In diesen Fällen ist der Nachteil der Tochtergesellschaft in Anlehnung an § 311 AktG voll zu kompensieren. Dabei ist wie folgt zu differenzieren:

#### 1. Organisatorische Maßnahmen

Bei organisatorischen Maßnahmen muss aus *ex ante* Perspektive eine symmetrische Zuweisung von Vor- und Nachteilen erfolgen. Dies entspricht auch der Rechtslage im faktischen AG-Konzern und der Rechtsprechung des BGH zu §§ 311, 317 AktG,<sup>1385</sup> welche eigentlich nicht auf den faktischen GmbH-Konzern anwendbar sind. Allerdings erscheint eine Anlehnung an ein bekanntes System in Kombination mit der hier vertretenen Ablehnung des strikten Schädigungsverbots des faktischen GmbH-Konzerns realisierbar zu sein. Die Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft entfällt, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft zu denselben Konditionen vorgenommen hätte, § 317 Abs. 2 AktG. Ihm

---

<sup>1384</sup> So auch Ziegler, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 153, vgl. zum von ihr vorgeschlagenen Teilhabesystem S. 153 ff; interessant hierzu auch Tröger, Treupflicht im Konzernrecht, 2000, S. 297 f., der aus der Treuepflicht der Gesellschafter nicht nur ein Schädigungsverbot, sondern darüber hinaus ein positives Teilhabegebot ableitet, welches die „angemessene Teilhabe“ der Minderheitsgesellschafter an den Verbundvorteilen zum Gegenstand habe. Im Bezug auf die konzernierte AG führt er aus: „(...) aus Sicht der Aktionäre besteht ein erhebliches Interesse an der gerechten Verteilung der Konzerneffekte, weil ihnen nur hierdurch eine marktentsprechende Kapitalrendite gewährt wird.“

<sup>1385</sup> BGH, Urt. v. 03.03.2008 - II ZR 124/06, NZG 2008, 389 - Telekom-UMTS.

kommt hierbei der Spielraum der *Business Judgment Rule* zugute.<sup>1386</sup> Allein maßgeblich ist die *ex ante* Perspektive.<sup>1387</sup> Dies ist auch sinnvoll, um *hindsight bias*, also Rückschaufehler, zu verhindern. Solche Rückschaufehler entstehen, weil Gerichte und Experten in nachträglich hergestellter Kenntnis des schädigenden Verlaufs leicht dazu neigen, vom Schaden auf ein vorheriges Fehlverhalten zurückzuschließen.<sup>1388</sup> Auch ist es nicht sachgerecht, der Mutter sämtliche unternehmerischen Risiken der Tochter aufzubürden.<sup>1389</sup> Die Tochter trägt also bei *ex ante* symmetrischer Zuweisung von Vor- und Nachteilen, die sie auch als unabhängige Gesellschaft vorgenommen hätte, das allgemeine Geschäftsrisiko. Stellt sich diese Zuweisung *ex post* als unvorteilhaft heraus, ist dies unerheblich. Erfolgt jedoch keine solche symmetrische Zuweisung, verwirklicht sich nicht nur das allgemeine Geschäftsrisiko im Nachteil der Tochter, welcher dann summenmäßig von der Mutter auszugleichen ist.

## 2. Vermögensmäßige Maßnahmen

Bei vermögensmäßigen Maßnahmen, wie beispielsweise Finanzierungsentscheidungen, besteht eine summenmäßige Ausgleichspflicht, sofern keine Aussicht auf zukünftige Kompensation durch Verbundvorteile innerhalb des nächsten Geschäftsjahrs besteht. Eine qualitative Kompensation für die Nachteile der Tochter ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Tochter auch ernsthafte Hoffnungen auf eine Teilnahme an Verbundvorteilen machen kann. Dabei kommt es nicht auf den Erwartungshorizont der Tochtergesellschaft, sondern auf deren wirtschaftliche Entwicklung in den nächsten 12 Monaten an. Hier ist eine Prognose zu erstellen, denn der Anspruch auf summenmäßigen Ausgleich entsteht nicht nachträglich, wenn zwar *ex ante* eine Kompensation zu erwarten war, diese nach 12 Monaten aber tatsächlich nicht eintritt.

Die Frist ist angelehnt an die Ausgleichspflicht des § 311 AktG und dem Vorschlag des *Forum Europaeum on Company Groups* für eine Folgepflicht von Servicegesellschaften, wenn die Gläubiger innerhalb der nächsten 12 Monate befriedigt werden können.<sup>1390</sup> Der Zeitraum von 12 Monaten scheint sehr gut operationalisierbar und überschaubar zu sein. Er entspricht auch der Wertung des faktischen Konzerns, wonach zumindest innerhalb eines Geschäftsjahres

---

<sup>1386</sup> BGH, Urt. v. 03.03.2008 - II ZR 124/06, NZG 2008, 389 Rn. 11 - *Telekom-UMTS*.

<sup>1387</sup> BGH, Urt. v. 03.03.2008 - II ZR 124/06, NZG 2008, 389 Rn. 19 - *Telekom-UMTS*.

<sup>1388</sup> Speziell zur Geschäftsleiterhaftung *Arkes/Schipani*, 73 Or. L. Rev. 1994, 587.

<sup>1389</sup> *Fleischer*, NZG 2008, 371 (372).

<sup>1390</sup> *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015, 507 (512).

keine quantitative Kompensation geleistet werden muss, sondern erst zum Ende des Geschäftsjahres.

### C. Flankierende Maßnahmen

Dieses funktionale Konzept zur Anerkennung des Gruppeninteresses mit all seinen Rechtsfolgen ist nur dann einsatzfähig, wenn die Tochtergesellschaften Kontroll- und Informationsrechte gegenüber der Muttergesellschaft geltend machen können, um die Werthaltigkeit ihrer gegenseitigen Ansprüche permanent überwachen zu können.<sup>1391</sup> Nur so ist die zeitweilige Benachteiligung einzelner Gesellschaften innerhalb des Konzernverbunds gerechtfertigt. Auf diese flankierenden Maßnahmen soll aber nur in der gebotenen Kürze eingegangen werden. Die weitere Ausgestaltung kann nicht Gegenstand dieser Arbeit sein und wird der fortführenden Rechtswissenschaft und Forschung überantwortet.

#### I. Transparenz- und Informationspflicht

Notwendig ist, dass der Muttergesellschaft eine Transparenz- und Informationspflicht gegenüber der Tochter auferlegt wird, sofern sich beide in einem gemeinsamen Cash-Pool befinden. Denn nur so kann die Überwachung der Bonität der Mutter durch die Geschäftsführung der Tochter gewährleistet werden und diese den Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG genügen. Da die Muttergesellschaft über die Personalkompetenz in der Tochter verfügt, kann sie vertrauenswürdige Führungspersonal in den Töchtern einsetzen, denen sie mit dem Umgang der geschäftlichen Informationen vertraut. Bei dieser Transparenz- und Informationspflicht handelt es sich um eine permanente Verpflichtung der Muttergesellschaft gegenüber der Tochter.

#### II. Ad-hoc Informationspflicht

Es kann darüber hinaus notwendig sein, die Tochtergesellschaften ad-hoc über gravierende Bonitätsverschlechterungen zu informieren, damit diese ihren eigenen Geschäftsleiterpflichten nachkommen können. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn im Fall der Insolvenz der Mutter sogar deren Existenzgefährdung droht. Die Bewertung bestimmt sich abermals nach nationalem Insolvenzrecht. Da für die Muttergesellschaften das Recht des sog. *center of main interest* (COMI) Anwendung findet, ist es ihnen auch möglich, diesen Zeitpunkt unzweideutig zu bestimmen, da sie im jeweiligen Mitgliedstaat ohnehin daran gehalten sind, dem Zustand der Insolvenz Taten folgen zu lassen.

---

<sup>1391</sup> Ähnlich auch Ziegler, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 155 f.

### III. Geltendmachung dieser Informationspflichten

Diese Informationspflichten werden grundsätzlich durch den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft geltend gemacht. Allerdings unterliegt dieser der Personalkompetenz der Mutter und kann unter Umständen geneigt sein, die Informationspflicht nicht mit der nötigen Gewissenhaftigkeit zu überwachen, insbesondere wenn die Mutter befürchtet, mit der Weitergabe der Information dafür zu sorgen, dass die Tochter Darlehen oder Sicherheiten zurückfordert. So könnte sich die Liquiditätskrise der Mutter noch verschlechtern.

Daher kann es in eng umgrenzten Ausnahmefällen angezeigt sein, die Geltendmachung der Informationspflichten den Minderheitsgesellschaftern der Töchter zu überlassen. In 100%igen Tochtergesellschaften kann es angezeigt sein, dieses sekundäre Recht zur Geltendmachung den Gläubigern zukommen zu lassen. Da es sich nicht um ein mitgliedschaftliches Informationsrecht handelt, sondern um eine Informationspflicht der Mutter, deren Begünstigte die Tochtergesellschaft ist, könnte dies zu erwägen sein. Im französischen Recht ist die externe Einmischung durch Gläubiger gängig (vgl. o. Teil 3 § 5 A. I. sowie B. I.). Das deutsche Recht kennt sie nicht und eigene Verfolgungsrechte der Gläubiger bestehen lediglich bei vermögensmäßigen Ansprüchen und sind von der Rechtsprechung auch nur dort anerkannt, wo sie gesetzlich verankert sind (bspw. §§ 309 Abs. 4 S. 3, 317 Abs. 4 AktG). Da es sich hier aber gerade nicht um einen vermögensmäßigen Anspruch handelt, dessen Geltendmachung durch die Gläubiger zudem gesetzlich verankert werden würde, stehen dieser Überlegung ersichtlich keine Hürden entgegen.

Ein Ausnahmefall kann entweder vorliegen, wenn die Gesellschaft im Sinne von § 15a Abs. 3 InsO führungslos ist oder wenn die Geschäftsführer trotz mehrmaligen Aufforderns durch die Gesellschafter oder Gläubiger untätig bleiben und die Ansprüche nicht durchsetzen. Die Wartefrist der Gesellschafter sowie Gläubiger richtet sich nach der finanziellen Situation der Tochter selbst. Befindet diese sich in Insolvenznähe, liegt die zumutbare Wartefrist unterhalb der Frist zur Insolvenzantragsstellung. Ist die Tochter hingegen finanziell gut aufgestellt und handelt es sich lediglich um die Geltendmachung dauernder Informationspflichten, kann eine Frist von mindestens zwei Monaten angezeigt sein. Diese orientiert sich an den Wartefristen zur Einmischung eines *contrôleurs*, wenn trotz mehrmaligen Aufforderns der Insolvenzverwalter die Ansprüche der Gesellschaft nicht geltend macht, vgl. artt. L. 622-20, R. 622-18 CCom.

#### *§ 4 Konzernspezifische Anwendungsbeispiele*

In aller Kürze sollen die Auswirkungen der effizienzorientierten *Rozenblum*-Formel auf drei klassische Anwendungsbeispiele im Konzern dargestellt werden. Ihnen gegenübergestellt wird die rechtliche Handhabe dieser Praxisbeispiele im deutschen und französischen Recht ohne Anwendung der europäischen Lösung. Sie stehen repräsentativ für drei unterschiedliche Grenzen der Leitungsmacht der Muttergesellschaft. Das Kapitalerhaltungsrecht wird am Beispiel des zentralen Cash-Managements erläutert, die insolvenzrechtliche Haftung anhand der Umlenkung von Geschäftschancen und schließlich die zivilrechtliche Haftung – ausgestaltet entweder als Organhaftung oder Treuepflichtverletzung – illustriert durch die Funktionszuweisung im Konzern.

##### A. Zentrales Cash-Management

Hierzu ein kleines Beispiel: Die M-GmbH ist Mehrheitsgesellschafterin von vier verschiedenen T-GmbHs und vier T-SARLs. Zentrale Buchhaltung und das Liquidationsbüro sind Stabsabteilungen, die bei der M-GmbH angesiedelt sind. Durch ein effizientes Programm konnte der Konzern im letzten Jahr seine Fremdfinanzierungskosten erheblich senken. Unter anderem wurden überschüssige Gelder bei T1 zeitweise bei T2 verwendet, ohne eine teurere Außenfinanzierung vornehmen zu müssen. Über ein sog. Informations- und Frühwarnsystem verfügt der Konzern nicht.

##### I. Lösung mit Anerkennung des Gruppeninteresses nach nationalem Recht

Im französischen Recht kann die Kreditgewährung von T1 an die M-GmbH den Straftatbestand des *abus de biens sociaux* erfüllen, art. L. 241-3 CCom (vgl. o. Teil 3 § 3 A. II. 2. b) und d)). Die *Rozenblum*-Formel in der Auslegung der Cour de cassation ginge davon aus, dass die Einbindung in den Cash-Pool mit der damit einhergehenden Kreditgewährung zulässig und im Gruppeninteresse gerechtfertigt wäre. Folgende Voraussetzungen müssten dafür vorliegen (zu den Einzelheiten s.o. Teil 3 § 3 A. II. 2. d)): Der Konzern weist eine verfestigte Gruppenstruktur auf und die Vermögensverschiebung erfolgte aufgrund einer kohärenten Gruppenpolitik. Der Cash-Pool liegt im gemeinsamen finanziellen und wirtschaftlichen Interesse der Gruppe und ist somit vom Gruppeninteresse erfasst. Sofern durch die Teilnahme am Cash-Pool keine krasse finanzielle Überforderung der Tochtergesellschaft eintritt, ist die Maßnahme gerechtfertigt. Sie ist ausgleichspflichtig. Dieser Ausgleich kann aber auch in der Konzernzugehörigkeit als solcher liegen, sofern sie dazu führt, dass innerhalb der Gruppe keine Störung des Gleichgewichts besteht.

Das deutsche Recht des faktischen GmbH-Konzerns lässt die Einbindung von T1 in den Cash-Pool zwar gem. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG zu, wenn T1 einen werthaltigen Rückzahlungsanspruch erhält und das Darlehen nicht aus dem freien Vermögen gewährt wird. Diese Vollwertigkeit kann sie aber wegen unzureichender Informationsrechte nicht adäquat überwachen, sodass es doch zu Haftungsrisiken kommen kann (s.o. Teil 3 § 3 B. II. 2. b)). Auch kann sich eine Haftung aus § 43a GmbHG ergeben, sofern es sich um eine Kreditgewährung an einen (faktischen) Geschäftsführer der T1 handelt. Zu guter Letzt steht der Einbindung in ein Cash-Management System im äußersten Fall das Schädigungsverbot als Ausdruck der mitgliedschaftlichen Treuepflicht der Muttergesellschaft entgegen, welches jegliche schädigende Einflussnahme verbietet (Einzelheiten zum Schädigungsverbot s.o. Teil 3 § 4 B. II. 1.). Ein legitimierendes Konzerninteresse wie in der französischen Rechtsprechung hat sich in Deutschland bisher nicht etabliert. Geht man von einer Balance der Einzelinteressen aus, kommt es auf die Ausgestaltung des Cash-Pool an, inwieweit T1 erwarten kann, im Bedarfsfall selbst mit Liquidität versorgt zu werden und zu welchen Konditionen sie konzernextern Liquidität erhalten hätte. Nach diesem Gradmesser bestimmt sich auch, ob die Maßnahme gerechtfertigt ist. Grenze des Konzerninteresses ist dabei immer das Eigeninteresse der Gesellschaft (s.o. Teil 4 § 3 B.). Ist diese Grenze überschritten und das Bestandsinteresse der Tochter negiert, besteht eine Ausgleichspflicht nach § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs (Einzelheiten zur Existenzvernichtungshaftung s.o. Teil 5 § 1 B. III. I. d)). Liegt die Maßnahme hingegen noch im Eigeninteresse der Tochtergesellschaft, besteht keine Ausgleichspflicht.

## II. Lösung nach effizienzorientierter *Rozenblum*-Formel

Die Beteiligung am Cash-Pool liegt im Gruppeninteresse, sofern es sich um eine verfestigte Gruppenstruktur handelt und die Vermögensverschiebung zwischen T1 und T2 bzw. mit Zwischenstation bei der Muttergesellschaft aufgrund einer kohärenten Gruppenpolitik erfolgte. Das Pooling wirkt nämlich effizienzsteigernd und ist somit vom Gruppeninteresse umfasst. Die Maßnahme ist auch gerechtfertigt, vorausgesetzt die Existenz der T1 ist nicht gefährdet und sie nimmt an Verbundvorteilen teil. Letzteres ist der Fall, wenn sie selbst damit rechnen kann, bei Bedarf ebenfalls Mittel aus dem Cash-Pool zu erhalten. Grundsätzlich besteht keine Ausgleichspflicht. Eine Ausnahme besteht dann, wenn keine Aussicht auf zukünftige Kompensation innerhalb des nächsten Geschäftsjahres besteht, da es sich um eine vermögensmäßige Maßnahme handelt. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur

nationalen Lösung. Die Muttergesellschaft kann grundsätzlich auch im Gruppeninteresse in das Vermögen der Tochtergesellschaften eingreifen, ohne einen etwaigen Nachteil ausgleichen zu müssen. Dies ist insbesondere für die Einbindung deutscher Tochtergesellschaften in den Cash-Pool interessant, weil sich die Mutter aufgrund der Rechtfertigung im Gruppeninteresse so über ein etwaiges Veto der Minderheitsgesellschafter hinwegsetzen kann.

### B. Umlenkung von Geschäftschancen

Die Grenzen dieser erweiterten Leitungsmacht der Muttergesellschaft soll folgender Beispielsfall verdeutlichen. Die E-SARL betreibt ein Autohaus, so auch die Z-GmbH. Beide sind Vertragshändler von B. Nun erwirbt E alle Geschäftsanteile der Z und beendet die Vertragshändlervereinbarung mit B. Auch den Bestand an Neu- und Gebrauchtwagen übernimmt E, ebenso wie die Mitarbeiter von Z und betreibt somit das Geschäft der Z ohne eine Gegenleistung zu erbringen. Die E ist seit dem Anteilserwerb Muttergesellschaft der Z. Der Geschäftsbetrieb der Z musste infolge der Übernahme von Personal- und Sachmitteln eingestellt werden.

#### I. Lösung mit Anerkennung des Gruppeninteresses nach nationalem Recht

Es ist nicht gesichert, ob die Kriterien der *Rozenblum*-Rechtsprechung auch auf die insolvenzrechtliche Haftung anwendbar sind, oder nur auf die Haftung für Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen (s.o. Teil 4 § 3 A. I.). Selbst wenn man eine Anwendung bejahte, läge die Maßnahme nicht im Gruppeninteresse, denn die vollständige Umlenkung von Geschäftschancen liegt nicht im *gemeinsamen* wirtschaftlichen, sozialen oder finanziellen Interesse der Gesellschaften. Auch führt die Maßnahme zu einer krassen finanziellen Überforderung der Z, insbesondere, weil keine Gegenleistung für die Z besteht und dies eine Störung des Gleichgewichts innerhalb der Gruppe zur Folge hat. Eine Rechtfertigung der vollständigen Umlenkung von Geschäftschancen, die zu einer Insolvenz der Tochter führt, ist nicht möglich.

So ist auch die Lösung nach deutschem GmbH-Konzernrecht. Das Konzerninteresse ist hier nicht einschlägig, da das Einzelinteresse der Z bei einer Balance so ausgeprägt gegen die Maßnahme ausschlagen müsste, dass sie nicht im Konzerninteresse liegen kann. Da das Einzelinteresse der Tochter die Grenze jeglicher Rechtfertigung bildet, haftet die E für existenzvernichtenden Eingriff nach § 826 BGB. Zwar haben die Gläubiger keinen Anspruch darauf, dass ein Unternehmen weiter betrieben wird und dessen Ertragskraft durch

Investitionen erhalten bleibt. Wenn die Tätigkeit aber wie hier bei der Z eingestellt wird, muss die E sich des dafür vorgesehenen Verfahrens bedienen (Verwertung des Vermögens und daraus erfolgende Befriedigung der Gläubiger, §§ 60 ff. GmbHG). Überträgt sie hingegen die Vermögenswerte auf sich selbst, ohne dafür eine marktgerechte Gegenleistung zu erbringen, verhält sie sich unredlich und beraubt die Z der Möglichkeit, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen.<sup>1392</sup>

## II. Lösung nach effizienzorientierter *Rozenblum*-Formel

Die Umlenkung von Geschäftschancen ist zunächst nicht problematisch, wenn sie zum Abbau von Kapazitätsüberschüssen dient und eine konzerninterne Konkurrenz ausschalten oder minimieren kann. Sofern es sich also um eine gefestigte Gruppenstruktur und eine kohärente Gruppenpolitik handelt, liegt die Maßnahme im Gruppeninteresse. Sie ist indes nicht gerechtfertigt, weil die Existenz der Z gefährdet ist. Der Entzug der Geschäftschancen ist also summenmäßig auszugleichen.

Im Ergebnis ergeben die nationale und die europäische Lösung dasselbe Resultat. Es sind jedoch auch Fälle vorstellbar, in denen die Umlenkung nicht so drastisch erfolgt und der Gesellschaft eigene Geschäftschancen verbleiben, die dann im Gruppeninteresse gerechtfertigt sein kann. Die effizienzorientierte *Rozenblum*-Formel gestattet eine nuancierte Betrachtung. Die nationalen Lösungen sind hier zu eng und greifen nicht erst bei der Existenzvernichtung, sondern bereits bei der Frage der Übereinstimmung mit dem Gruppeninteresse, bzw. lassen erst keine nachteilige Einflussnahme zu, weil eine begriffliche Konturierung des Konzerninteresses nicht etabliert ist. Dies kann zu einer ineffizienten Begrenzung von Leitungsmacht im grenzüberschreitenden Konzern führen.

## C. Funktionszuweisung innerhalb des Konzerns

Ein weiteres klassisches Beispiel aus der Konzernpraxis ist die Funktionszuweisung innerhalb des Konzerns. Auch hier soll ein kleines Fallbeispiel die Illustration erleichtern. Der ABC-Konzern ist auf die Herstellung von Autoreifen spezialisiert und liefert diese an diverse Autohersteller in Deutschland und Frankreich. Für den Vertrieb der Reifen hat die Muttergesellschaft, die A-GmbH, in den Ländern Tochtergesellschaften gegründet, die sie mehrheitlich hält: die B-GmbH und die C-SARL. Ihnen ist jeweils ein konkretes Landesgeschäft zugewiesen – im anderen Staat dürfen sie nicht betrieblich tätig werden. Diese Zuweisung

---

<sup>1392</sup> Siehe die Ausführungen zum beispielgebenden Fall BGH, Urt. v. 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117 (118) - *Autohaus*.

erfolgte durch die A-GmbH und bedurfte bei der B-GmbH einer entsprechenden Satzungsänderung. Mit der Zeit erweist sich das Geschäft in Frankreich unvorhersehbar als sehr unlukrativ und die C-SARL gerät in finanzielle Schieflage.

#### I. Lösung mit Anerkennung des Gruppeninteresses nach nationalem Recht

Zunächst stellt sich die Frage, ob die *Rozenblum*-Formel auch auf die Geschäftsführerhaftung für *faute de gestion* anwendbar ist (s.o. Teil 4 § 3 A. I.). Die Anwendung unterstellt rechtfertigt sie die Maßnahme der A-GmbH. Der ABC-Konzern verfügt über eine kohärente Gruppenpolitik und eine verfestigte Gruppenstruktur. Die Funktionszuweisung liegt im gemeinsamen wirtschaftlichen Interesse, ist also vom Gruppeninteresse erfasst. Bei der Frage der Rechtfertigung kommt es entscheidend darauf an, auf welchen Zeitpunkt man abstellt. Zum Zeitpunkt der Maßnahme war diese vorteilhaft, überforderte die C-SARL nicht und enthielt eine Gegenleistung, namentlich den Vertrieb auf dem gesamten französischen Markt. Jedenfalls wurde das Gleichgewicht innerhalb der Gruppe nicht gestört. Zum Zeitpunkt der Beurteilung ist diese Maßnahme aber offensichtlich nicht mehr vorteilhaft und stört das Gleichgewicht innerhalb der Gruppe, da der zugewiesene Markt nicht die erwarteten Erträge erbrachte. Im Rahmen der *Rozenblum*-Formel ist eine *ex ante* Beurteilung vorzunehmen, sodass keine Ausgleichspflicht besteht (s.o. Teil 3 § 3 A. II. 2. d) aa) (1)).

Die Frage nach der Rechtfertigung im Gruppeninteresse ist für das deutsche Recht ebenfalls eindeutig. Da sich das Konzerninteresse aus einer Balance der Einzelinteressen ergeben soll, sind diese herauszuarbeiten. Die Interessen der Muttergesellschaft A sowie der Tochtergesellschaft, keiner Konkurrenz beim Landesgeschäft ausgesetzt zu sein und so spezialisiert einen Markt zu bespielen liegen *ex ante* vor. In der Krise der C-SARL verwirklicht sich ihr allgemeines wirtschaftliches Risiko. Die Muttergesellschaft trifft keine Ausgleichspflicht, da sie Vor- und Nachteile bei ihrer konzernintegrativen Maßnahme symmetrisch abgewogen und entsprechend zugewiesen hat. Es fehlt somit an einem Nachteil, welches dem Konzept des § 317 Abs. 2 AktG entspricht (s.o. Teil 4 § 2 C. II.).

#### II. Lösung nach effizienzorientierter *Rozenblum*-Formel

In diesem Fallbeispiel zeigt sich, dass die nationalen Lösungen teilweise bereits Möglichkeiten für die Muttergesellschaft bereithalten, den Konzern optimal zu strukturieren. Die *ex ante* Perspektive ist entscheidend und soll mit der effizienzorientierten *Rozenblum*-Formel nochmals bekräftigt werden. Sofern eine kohärente Gruppenpolitik und eine verfestigte Gruppenstruktur vorliegen, ist Raum für die Berücksichtigung des Gruppeninteresses. Die

Effizienzsteigerung durch Zuweisung einzelner Regionen, Ausschaltung der Konkurrenz und Spezialisierung auf einen Markt ist gegeben. Diese Lösung gleicht der nach nationalem Recht und illustriert, dass die begutachteten Rechtsordnungen durchaus offen dafür sind, den Handlungsspielraum der Muttergesellschaft groß zu halten. So lässt sich das vorgeschlagene Konzept mehr oder minder friktionslos in die nationalen Systeme einfügen.

Entscheidender Vorteil und somit auch Legitimation der effizienzorientierten *Rozenblum*-Formel ist, dass jegliche Haftung der Geschäftsführer ausgeschlossen wird, unabhängig davon, auf welcher rechtlichen Grundlage sie basiert; sei sie kapitalerhaltungsrechtlich oder allgemeinen Haftungsregeln entsprungen. Die Haftungsbefreiung ist in den tatbestandlichen Grenzen des Insolvenzrechts allumfassend und kann so die rechtstechnischen Rahmen aufsprengen, die das nationale Recht den jeweiligen Haftungstatbeständen zuweist. Dies ist angesichts der erheblichen Unterschiede in den Rechtsordnungen auch dringend geboten.

#### Teil 7 Kritische Würdigung der Ergebnisse und Ausblick

Das Europäische Konzernrecht ist seit über 50 Jahren Gegenstand rechtspolitischer, rechtswissenschaftlicher und rechtspraktischer Erwägungen und Ausführungen. Eine allumfassende Regelung aller angeschlossenen Rechtsbereiche ist bisher nicht erfolgt und scheint auch nicht gewünscht. Es ist abzuschichten und jede Sphäre für sich genommen zu sezieren, zu analysieren und in die gewünschte europäische Form zu gießen. Diese Arbeit leistet einen Beitrag nach eben dieser Vorgehensweise für den Regelungskreis des Konzernleitungsrechts.

Die Schutzfunktion des Konzernrechts ist viele Jahrzehnte genauestens unter die Lupe genommen worden. Auch in den nationalen Rechtsordnungen abseits von konzernspezifischen Konstellationen sind die Rechtspositionen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter bzw. der Gesellschaft selbst kontinuierlich aufgewertet worden (vgl. Teil 3 § 3-5, Teil 5 § 1). Dies geschah in dem Wunsch, nachteilige Einflussnahmen und deren Auswirkungen einzudämmen. Dabei sind jedoch die im Ergebnis vorteilhaften Einflussnahmen in den Hintergrund gerückt. Ein weitreichendes Konzernleitungsrecht der Muttergesellschaft sucht man im Recht der

Mitgliedstaaten vergeblich. Auch im Europäischen Recht haben derartige Erwägungen noch keinen Einzug gefunden, sodass Effizienzgewinne im Binnenmarkt bisher ungenutzt blieben.

Der Regelungsvorschlag soll diesem nicht hinnehmbaren Zustand Abhilfe schaffen. Jedoch bleiben flankierende Maßnahmen der weiteren rechtswissenschaftlichen und richterrechtlichen Diskussion und Fortentwicklung überantwortet. Hierbei wird zu analysieren sein, wie sich der Regelungsvorschlag in praxi auswirkt und welche ergänzenden Schutzmaßnahmen nötig sind. Auch zukünftige Anpassungen insbesondere bei der Frage, ob der Anwendungsbereich der Regelung zu erweitern ist, wird erst nach einer empirischen Bewertung der Folgen des Vorschlags möglich sein. Es sollen keine Gestaltungen abgewürgt werden, sondern der Effizienz der grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe zur vollen Entfaltung verholfen werden. Der Vorschlag gibt Wertungen an die Hand, die Raum für eine teleologische Auslegung bieten und so adäquat auf verschiedene Interessenskonflikte innerhalb des Konzerns reagieren. Die Leitungsmacht der Mutter und deren Auswirkungen auf die Tochtergesellschaften sollen *ex ante* handhabbar sein. Das bedeutet, dass ein austariertes System aus Flexibilität und Rechtssicherheit entstehen muss, welches mit dem Regelungsvorschlag hergestellt wird. Dabei muss auch der dynamischen Entwicklung im Konzern Rechnung getragen werden. Dessen Zusammensetzung kann fluktuieren. Diese Fluktuation darf sich aber nicht auf die Voraussetzungen der Ausübung von Leitungsmacht auswirken, sodass eine Bestimmung des gemeinsamen Interesses unabhängig von den einzelnen Gesellschaften auf einer Metaebene stattfinden muss. Hierbei geht der Vorschlag von der Praxistauglichkeit einer binnenmarktorientierten Effizienzerwägung aus. Denn die Nutzung von Verbundvorteilen und Synergieeffekten im Europäischen Binnenmarkt ist allen konzernierten Gesellschaften gemein und eignet sich somit als einziger für einen rechtssicheren Verhaltensmaßstab.

Da sich diese Arbeit vor allem mit Konzernleitungsrecht und ihren Grenzen befasst, konnte auf die ökonomische Sinnhaftigkeit der Haftungsregeln nur cursorisch eingegangen werden. Es bleibt weiterhin zu bedenken, ob durch das Regime des nationalen Gläubiger- und Minderheitenschutzes tatsächlich die richtigen Anreize gesetzt werden, um die Effizienzgewinne der Konzernierung vollumfänglich auszuschöpfen und dabei zugleich opportunistisches Verhalten der Mutter zu unterbinden. In der vorliegenden Arbeit war relevant zu erkennen, dass die optimale Konzernstruktur eine zentrale Leitungsmacht der

Mutter erfordert. Diese Leitungsmacht darf nicht durch Gläubiger- und Minderheitenschutz begrenzt werden es sei denn, die Tochter gerät in die Insolvenz oder befindet sich bereits in insolvenzreifem Zustand und die Maßnahme dient nicht der Hebung von Verbundvorteilen.

## Teil 8 Zusammenfassung des wesentlichen Ergebnisses in Thesen

### Teil 1: Einführung in den Untersuchungsgegenstand

1. Es bestehen in großem Umfang internationale Konzernverflechtungen nicht nur von großen Unternehmen, sondern auch von KMU. Letztere bedienen sich hauptsächlich der Rechtsform kleiner geschlossener Kapitalgesellschaften wie der GmbH, SARL oder SAS. In Deutschland ist dabei der faktische Konzern vorherrschend, da seine Begründung gegenüber dem Vertragskonzern erheblich erleichtert ist.
2. Grenzüberschreitende KMU tragen erheblich zum Wirtschaftswachstum des Europäischen Binnenmarktes bei, sind aber bisher unzureichend rechtssicher geregelt, sodass viele KMU den Weg über die Grenze aus Gründen der Rechtsunsicherheit und Höhe der Beratungskosten scheuen. Hier bleibt volkswirtschaftliches Potential ungenutzt und es besteht eine Marktzutrittsschranke. Diese Rechtsunsicherheit besteht in zweierlei Hinsicht: Zum einen für die Muttergesellschaft, die ihre Leitungsbefugnisse und deren Grenzen in fremden Rechtsordnungen nicht kennt und so nicht sicher sein kann, die ausländische Tochtergesellschaft so führen zu können wie eine inländische. Zum anderen für die Geschäftsführer der Tochtergesellschaft, die sich bei nachteiliger Weisungserteilung durch die Mutter zwischen Sanktionen ihres Leitungshandelns und Abberufung durch die Mutter bei Weigerung der Weisungsumsetzung befinden. Hier besteht ein unüberwindbarer Interessenskonflikt. Sollte die Muttergesellschaft selbst als formelle oder faktische Geschäftsführerin anerkannt sein, trifft sie die Sanktionierung sogar selbst.
3. Der Regelungszweck des Konzernrechts besteht in einer schützenden Funktion und einer ermöglichenden Funktion. Zu letzterer enthält das europäische Konzernrecht bisher keine Regelungen und auch der EuGH hat sich bisher nicht zur Ermöglichungsfunktion im Hinblick auf ihre Implikationen auf die Niederlassungsfreiheit geäußert.
4. Was nationale Regelungen zum Konzern angeht so ist zu konstatieren, dass das französische Recht keine speziellen Regeln zum Konzern (*groupe de sociétés*) bereithält, sondern der Auffassung ist, dem Konzernphänomen und dem -konflikt mit

gruppenspezifischer Auslegung bestehenden Straf-, Zivil-, Gesellschafts- und Insolvenzrechts Herr zu werden. Das deutsche Recht verfügt zwar über ein ausgefeiltes System für Vertrag- und faktischen Konzern mit einer abhängigen AG oder KGaA. Den faktischen GmbH-Konzern betreffend ergibt sich aber ein gleiches Bild wie in der französischen Rechtssetzung; auch im deutschen Recht behilft man sich mit allgemeinem Zivil-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht. Darüber hinaus ist die Begründung eines faktischen Konzernverhältnisses in beiden Rechtsordnungen vergleichbar.

5. Durch Bestrebungen eines einheitlichen europäischen Konzernrechts soll die grenzüberschreitende Betätigung über Tochtergesellschaften in den jeweiligen Mitgliedstaaten erleichtert und gefördert werden. Seit über 50 Jahren sind hierzu Regelungsvorschläge erarbeitet worden, die eine Konzernleitung im Gruppeninteresse ermöglichen wollen. Dabei lässt sich insgesamt eine Neuorientierung der Konzernrechtsdiskussion feststellen; weg von der Schutzfunktion hin zur Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts. Die Vorschläge weisen eine übereinstimmende Tendenz zur Anerkennung des Gruppeninteresses auf, bleiben aber eine inhaltliche Konkretisierung des Begriffs schuldig. Dies liegt darin begründet, dass zunächst überhaupt das Konzept etabliert werden sollte, in einer Gesellschaft ein anderes als das Eigeninteresse berücksichtigen zu dürfen.
6. Die Vielzahl der Vorschläge und wissenschaftlichen Auseinandersetzungen lassen eine Notwendigkeit europäischer Harmonisierung von Konzernleitungsmacht erkennen. Grund hierfür ist auch das europäische Primärrecht, welches durch die Niederlassungsfreiheit in Art. 49, 54 AEUV ein Wahlrecht in Bezug auf die Konzernorganisation verbürgt. Die Muttergesellschaft muss in die Lage versetzt werden, im europäischen Binnenmarkt gleichberechtigt Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften zu gründen. Aufgrund der bisher fehlenden rechtssicheren grenzüberschreitenden Konzernleitung ist dieses Wahlrecht eingeschränkt und so die Niederlassungsfreiheit verletzt. Diesem Problem kann auch nicht die Gründung von Scheinauslandsgesellschaften oder SE als Tochtergesellschaften abhelfen. Auch der Umstand, dass schon grenzüberschreitende Konzernverflechtungen bestehen, negiert nicht die Notwendigkeit einer Harmonisierung, denn die Unternehmensgruppe schafft wirtschaftliche Realität trotz fehlender rechtlicher Regelungsdichte, nicht wegen. Darüber hinaus stabilisiert die rechtliche Absicherung der

Leistungsmaßnahmen der Muttergesellschaft und die damit korrespondierende Ausleuchtung von Haftungsrisiken ihre Leitungsmacht im Konzern.

7. In der Praxis und auch in der Rechtsprechung des EuGH ist der Konzern längst angekommen. Im Kartellrecht wird er als wirtschaftliche Einheit betrachtet – ungeachtet der rechtlichen Eigenständigkeit der einzelnen Gesellschaften. Hieran sind insbesondere haftungsrechtliche Konsequenzen geknüpft. Problematisch ist hierbei, dass durch die Haftung vermittelte konzernweite Aufsichtspflichten der Mutter nicht mit ihren gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen korrespondieren, solange ihr kein ausdrückliches Weisungsrecht zusteht.

### **Teil 2: Ökonomische Analyse des grenzüberschreitenden Konzerns**

8. Die wirtschaftliche Realität der Gesellschaftsgruppe stellt die hergebrachten Grundsätze des Gesellschaftsrechts vor entscheidende Probleme, da die Autonomie der Konzerngesellschaft zwar rechtlich, nicht jedoch wirtschaftlich-tatsächlich bestehen bleibt.
9. Trotz der Gefahren der Konzernierung insbesondere für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter ist der Konzern nicht verboten. Seine ökonomischen Vorteile sind auch dem Gesetzgeber bekannt.
10. Diese ökonomischen Vorteile spiegeln sich hauptsächlich in einer Effizienzsteigerung wider, die durch die Ausnutzung von Skaleneffekten und Verbundvorteilen sowie durch eine Minderung von Transaktionskosten generiert wird. Vor allem bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit können nicht nur absolute, sondern auch komparative Kostenvorteile ausgenutzt werden.
11. Die Organisationsform des Konzerns ist in der Lage, nicht nur positive Effizienzgewinne zu erzielen, sondern auch unerwünschte Nebeneffekte und Marktversagen zu kompensieren. So kann durch die Konzernierung das sog. *Hold-up* Problem vermieden werden. Auch Externalitäten können durch Integration in eine Unternehmensgruppe internalisiert werden, indem innerhalb der Gruppe Rechte direkt zugewiesen werden.
12. Vorteil für die Muttergesellschaft ist die Haftungsbeschränkung und mit einhergehend die Haftungssegmentierung. Dies vereinfacht ihre Risikobeherrschung und schafft Wagnisanreize. Auch verschafft ihr die Abschichtung in verschiedene Risikoprofile und Geschäftszweige einen überschaubaren Führungs-, Verantwortungs- und Abrechnungsbereich.

13. Ebenfalls bedingt durch die Haftungsbeschränkung kann die Muttergesellschaft durch die Konzernierung ihre Kapitalkosten senken, indem einerseits in pyramidalen Strukturen ein Hebeleffekt eintritt und andererseits verschiedene Risikoprofile abgebildet werden können, welches besonders attraktiv für Eigen- und Fremdkapitalgeber und deren Risikodiversifizierung ist.
14. Die Haftungsbeschränkung kommt aber nicht nur der Muttergesellschaft, sondern auch den Gläubigern zugute, die aufgrund des *asset partitioning* ihr Risiko aufteilen und das Vermögen der einzelnen Gesellschaften besser überwachen können. Die Informationskosten können somit gesenkt werden.
15. Allerdings ergeben sich aus der Haftungsbeschränkung auch Risiken für die Gläubiger, die Opfer opportunistischen Verhaltens seitens der Muttergesellschaft werden können. Insbesondere die Gefahr des *Ex-post*-Opportunismus durch Vermögensverwässerung und -ersetzung ist hervorzuheben. Außerdem verschärft sich der Agenturkonflikt zwischen Muttergesellschaft als Agentin und Gläubiger als Prinzipal.
16. Besonders hervorzuheben sind die Risiken für unfreiwillige Gläubiger, die die Gefahren der Konzernierung nicht wegverhandeln können, wie freiwillige Gläubiger mit entsprechender Verhandlungsmacht. Dieses erhöhte Risiko kann aber nicht durch eine Durchgriffshaftung kompensiert werden, weil sonst die Muttergesellschaft zu weitreichend in Anspruch genommen wird und Risikoaversion eintritt.
17. Bei allen ökonomischen Erwägungen geht es immer um eine Abwägung von Kosten und Nutzen einer Maßnahme. Konzerninterne Vermögensverschiebungen beispielsweise sind effizienzsteigernd und somit im Interesse der Konzerngesellschaften. Allerdings besteht gleichzeitig die Gefahr für Minderheitsgesellschafter und Gläubiger, dass notwendige Vermögenswerte aus den einzelnen Gesellschaften abgezogen werden und die ursprünglich vorgenommene Risikoallokation annulliert wird. Es stehen sich sodann zwei Anreize gegenüber, die in Ausgleich zu bringen sind. Einerseits müssen die Eigen- und Fremdkapitalgeber incentiviert werden, weiterhin in Gesellschaften zu investieren, auch in kleine geschlossene Kapitalgesellschaften. Andererseits darf die Haftungsbeschränkung nicht zu stark durchbrochen werden, sodass deren Vorteile verloren gehen und eine unwirtschaftliche Risikoaversion seitens der Entscheidungsträger innerhalb der Gesellschaft eintritt.

18. Die Grenze der Rücksichtnahme der Interessen der Muttergesellschaft ist dann erreicht, wenn das Eigentumsrecht der Minderheitsgesellschafter gefährdet wird, indem ihre Gewinnerwartung nicht mehr mit ihrer Beteiligungsquote korrespondieren kann, weil die Mutter die Gewinne aus der Tochter auf sich selbst verlagert.
19. Um die Vorteile der Konzernierung optimal zu nutzen ist eine Kombination aus zentraler und dezentraler Leitungsmacht entscheidend. Die dezentrale Leitung, das operationelle Geschäft, sollte weiterhin den Tochtergesellschaften obliegen. Die strategische und finanzielle Leitung hingegen sollte zentral der Muttergesellschaft zugewiesen sein, um konzernweite Synergieeffekte auszuschöpfen.
20. Die ökonomische Analyse gebietet es, aufkommende Konflikte zwischen dem Interesse der Tochter und dem der Gruppe zugunsten der Gruppe zu lösen.
21. Die Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts besteht darin, dass Nachteile nicht umgehend durch die generierten Vorteile ausgeglichen werden müssen, sondern eine bloße Ausgleichsmöglichkeit ausreichend ist. Zielgröße ist demgemäß eine Kaldor-Hicks-Effizienz und keine Pareto-Effizienz, wie sie im deutschen Recht des faktischen Konzerns in § 311 AktG gefordert wird. Solange die Vorteile die Nachteile überwiegen, besteht keine Ausgleichspflicht – so kann beispielsweise auch eine bloße Konzernzugehörigkeit als Vorteil genügen, ohne dass es einer vermögensmäßigen Kompensation bedürfte. Dies entspricht der Leitidee der französischen *Rozenblum*-Formel.

### **Teil 3: Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Konzernleitung im grenzüberschreitenden Konzern**

22. Während das französische Recht kein ausdrückliches Weisungsrecht der Gesellschafter vorsieht und so der Unabhängigkeit der Organe einen großen Stellenwert einräumt, ist die Mehrheitsmacht in der GmbH sehr ausgeprägt und verstärkt sich noch, wenn die Muttergesellschaft Alleingesellschafterin der Tochtergesellschaft ist. In der GmbH steuert also die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft, bei der SARL und SAS kommt diese Funktion dem Geschäftsführer zu.
23. Die Lücke des Gesellschaftsrechts, das in Frankreich kein Weisungsrecht vorsieht, wird durch das arbeitsrechtliche Direktionsrecht geschlossen.
24. Die Kompetenz zur Nominierung und Abberufung der Geschäftsführer ermöglicht den Muttergesellschaften als Mehrheitsgesellschafterinnen die faktische Durchsetzung ihrer Leitungsmacht. Dabei kann insbesondere bei der Abberufung die Weigerung zur

Umsetzung gruppendienlicher Anweisungen als wichtiger Grund ausgelegt werden und so die Durchsetzung einer Gruppenpolitik erleichtern.

25. Eine weitere Erleichterung der Durchsetzung von Gruppenpolitik bietet die von der Cour de cassation ausgeweitete Treuepflicht der Mitglieder der Geschäftsführung der Muttergesellschaft, die ebenfalls ein Mandat in der Tochter ausüben. Diese müssen in der Geschäftsführung der Tochter in gleicher Weise abstimmen, wie in der Muttergesellschaft. Die sonst so geachtete Unabhängigkeit der Geschäftsführungsorgane wird hier erheblich aufgeweicht und erleichtert somit eine einheitliche Gruppenleitung.
26. Das deutsche Recht steht Doppelmandaten im Konzern im Hinblick auf Interessenskonflikte kritisch gegenüber und versucht, die einzelnen Sphären exakt voneinander abzugrenzen. Die französische Rechtsprechung hingegen verbindet mit ihrer Rechtsprechung zur kohärenten Abstimmung in Mutter und Tochter aus Ausfluss der Treuepflicht diese Interessenkreise.
27. Weiteren Möglichkeiten indirekter Einflussnahme der Mutter auf die Tochter (finanzielle Beteiligung, Gesprächskreise und gemeinsame Ausschüsse, Konzernrichtlinien) fehlt es an juristischer Durchsetzbarkeit, sodass hier keine effiziente zentrale Konzernleitung durch die Muttergesellschaft gewährleistet ist.
28. Die Qualifizierung als faktischer Geschäftsführer ist eine Sanktion kompetenzwidriger Ausübung von Leitungsmacht. Diese kann im französischen Recht auch juristische Personen treffen. Im deutschen Recht bestehen überzeugende Argumente, juristische Personen ebenfalls in den Kreis der faktischen Geschäftsführer aufzunehmen, sodass in beiden Rechtsordnungen ein beträchtliches Haftungsrisiko für die jeweiligen Muttergesellschaften besteht. Geht man hingegen mit der Rechtsprechung davon aus, dass nur natürliche Personen als faktische Geschäftsführer haften können, besteht eine erhebliche Haftungsprivilegierung für die französische Muttergesellschaft einer deutschen Tochter. Allerdings besteht diese nur, sofern die gesellschaftsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Grenzen auch an die Stellung als Geschäftsführerin anknüpfen. Das ist im französischen Recht weit überwiegend der Fall, sodass hier eine beträchtliche Haftung der deutschen Mutter entstehen kann. Die meisten deutschen haftungsrechtlichen Institute, insbesondere der existenzvernichtende Eingriff sowie das Schädigungsverbot als Ausdruck mitgliedschaftlicher Treuepflicht, knüpfen an die Stellung der Muttergesellschaft als Mehrheitsgesellschafterin an. Diese Position kommt auch der

französischen Mutter in der deutschen Tochtergesellschaft zu. Für sie besteht somit auch ein signifikantes Haftungsrisiko, sodass nicht von einer Haftungsprivilegierung ausgegangen werden kann.

29. Die einzelnen gesellschaftsrechtlichen Grenzen der einheitlichen Leitung durch die Muttergesellschaft müssen insbesondere daran gemessen werden, ob sie die ökonomischen Gefahren für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter überhaupt angemessen beseitigen können. In einem zweiten Schritt ist dann zu prüfen, ob bei grundsätzlicher Bejahung der ersten Frage, ein angemessener Ausgleich zwischen Effizienzsteigerung durch zentrale Leitungsmacht und Effizienzminderung durch eben diese Grenzen erfolgt, oder ob eine andere Gewichtung vorzunehmen ist.
30. Den schwachen Grundsätzen des französischen Kapitalerhaltungsrechts stehen überproportional weitreichende Sanktionen gegenüber, die insbesondere eine strafrechtliche Haftung des formellen sowie rechtlichen Geschäftsführers begründen. Hierdurch soll der Einhaltung kapitalerhaltungsrechtlicher Vorschriften Nachdruck verliehen werden.
31. Die Haftung für *abus de biens sociaux* setzt eine missbräuchliche Nutzung des Gesellschaftsvermögens voraus, welche Verhaltensweisen der Muttergesellschaft umfasst, die ökonomisch Gefahren für die Gläubiger und Minderheitsgesellschafter zeitigt und so effizienzmindernd wirkt. Namentlich handelt es sich um Vermögensverwässerung und -ersetzung sowie die Gewinnverlagerung von der Tochter auf andere Konzerngesellschaften respektive die Muttergesellschaft selbst. Das französische Kapitalerhaltungsrecht ist somit zunächst in der Lage, auf Effizienzverluste zu reagieren. Durch die Rechtfertigungsmöglichkeit der *Rozenblum*-Rechtsprechung wird die Haftung der Mutter auch auf die Fälle beschränkt, in denen sie nicht gemeinschaftsdienliche Zielsetzungen verfolgt (*intérêt économique, social ou financier commun*). Grenze dieser Haftungsfreistellung ist die vermögensrechtliche Eigenständigkeit der Tochtergesellschaft, die bei der Krise der Gesellschaft verletzt wird und so zu größeren Effizienzverlusten führen würde, als durch die Effizienzgewinne einheitlicher Gruppenleitung (potentiell) ausgeglichen werden könnte. Es besteht folglich ein angemessener Ausgleich zwischen den betroffenen Akteuren. Problematisch ist jedoch, dass die Voraussetzungen eben dieser *Rozenblum*-Formel von den Gerichten nur äußerst zurückhaltend angenommen werden, sodass die Privilegierungswirkung in Frage gestellt werden muss. Der theoretisch

geglückte Ausgleich findet in praxi nicht statt. Allerdings zeichnet sich eine Öffnung der Rechtsprechung dahingehend ab, dass die Gruppenstruktur auch ökonomisch zu qualifizieren und dann zu bejahen ist, wenn die korrespondierenden Aktivitäten der Gruppenmitglieder darauf ausgelegt sind, Synergieeffekte zu erzielen.

32. Die Haftungsnormen im französischen Recht sind nicht unempfänglich für das Vorliegen einer Gruppe, jedoch orientiert die Berücksichtigung der Konzernzugehörigkeit am Grad der gegenseitigen wirtschaftlichen Abhängigkeit der Gesellschaften: Je stärker die Mitglieder der Gruppe miteinander verflochten und in ihrem wirtschaftlichen Fortkommen voneinander abhängig sind, desto großzügiger ist die Rechtsprechung mit Geschäftsführern oder Mehrheitsgesellschaftern, die eine Konzernsolidarität einfordern und Maßnahme zum Wohle des Gruppeninteresses aber entgegen dem Einzelinteresse treffen.
33. Auch die Anforderungen, die an einen Ausgleich gestellt werden, berücksichtigen die Gruppenzugehörigkeit, da es hier nur auf konzerninterne Preise und keinen Ausgleich zu Marktkonditionen ankommt.
34. Bei der Verletzung kapitalerhaltungsrechtlicher Vorschriften kommt auch den Gläubigern einer französischen Tochtergesellschaft ein eigenes Verfolgungsrecht zu (*abus de biens sociaux*, Organhaftung für Gesetzesverstoß, *répétition des dividendes fictifs*). Damit wird einerseits ein erhöhtes Gläubigerschutzniveau gewährleistet und andererseits auch ein Vermögensschutz in 100%igen Tochtergesellschaften sichergestellt. Der französische Gesetzgeber scheint den Gläubiger durchaus als tauglichen Schiedsrichter im Streit der Gesellschafter über die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zu sehen und setzt ihn gewissermaßen als Garant seiner eigenen Garantiemasse ein. Hierbei wird von außen in die Gesellschaft und die Konzernstruktur eingegriffen. Spiegelbildlich zu den Verfolgungsrechten verfügen die Gläubiger über Informations- und Kontrollrechte, um Einblicke in die Tochtergesellschaft zu erhalten und entsprechende Haftungsprozesse anstrengen zu können.
35. Im deutschen Kapitalerhaltungsrecht ist den Gläubigern eine eigene Verfolgung häufig gänzlich verwehrt. Die Gesellschafter und Geschäftsführer trifft eine reine Binnenhaftung, sodass entsprechende Haftungsklagen erst in der Insolvenz der Gesellschaft vom Insolvenzverwalter erhoben werden. Bei frühzeitiger Geltendmachung hätte eine Insolvenz unter Umständen vorgebeugt werden können. Grund hierfür ist ein

Anreizproblem der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft, die den Weisungen und/oder der Personalkompetenz der Muttergesellschaft unterliegen, einen Anspruch aus § 31 GmbHG geltend zu machen. Auch setzen sie sich bei entsprechender gerichtlicher Bestätigung des Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot selbst dem Risiko der Haftung aus § 43 Abs. 3 GmbHG aus. Ein eigenes Verfolgungsrecht für die Gläubiger ist aber nur dann von Vorteil, wenn diese sich schnell koordinieren können und Zugriff auf entsprechende Informationen haben, um Haftungsprozesse adäquat vorbereiten zu können. Andernfalls werden sie entweder die Gesellschafter und Geschäftsführer nicht in die Haftung nehmen, sodass die Steuerungsfunktion leerläuft; oder sie müssen unter Aufwendung hoher Informations- und Kontrollkosten den Konzern permanent überwachen, welches wiederum die Kapitalkosten der Mutter erhöht. Denn diese Agenturkosten werden die Gläubiger bei der Vergabe von Fremdkapital an den Konzern einpreisen.

36. Das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG entspricht funktional der *interdiction des dividendes*. Sein Anwendungsbereich ist jedoch deutlich weiter gefasst, weil der Zahlungsbegriff im deutschen Recht extensiver ist als der Begriff der *dividende fictif*. So fällt in den Anwendungsbereich des Auszahlungsverbots auch der konzerninterne Cash-Pool, der trotz seiner ausdrücklichen Genehmigung in § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG und der Rechtsprechung des BGH weiter vielen Unsicherheiten ausgesetzt ist. Vor allem das von der Tochter zu installierende Frühwarnsystem, basierend auf einem Informationsanspruch ihrerseits gegenüber der Muttergesellschaft, entbehren bisher einer gesetzlichen Verankerung. Behelfsmäßig rekuriert die Rechtsprechung auf die mitgliedschaftliche Treuepflicht der Mutter iVm § 242 BGB. Eine gesetzliche Transparenzpflicht der Muttergesellschaft wäre hier jedoch wünschenswert, um auch die letzten Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit dem hochgradig praxisrelevanten Cash-Pool auszuräumen.

37. Die Haftung des Geschäftsführers für *faute de gestion* ist als Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet. Will ein Gläubiger hingegen den Geschäftsführer in Anspruch nehmen, verschärft die Cour de cassation die Voraussetzungen zu einem *faute séparable des fonctions*. Dies dient der ökonomisch gebotenen Haftungsbeschränkung, ohne die der Geschäftsführer, müsste er eine jederzeitige Inanspruchnahme besorgen, keine wirtschaftlich wünschenswerten Risiken mehr einginge. Allerdings relativiert die

Handelskammer ihre eigene Rechtsprechung durch die Annahme, dass im Falle eines strafrechtlich relevanten Verhaltens des Geschäftsführers immer darauf zu schließen sei, dass dieses von den gesellschaftlichen Funktionen der Geschäftsführung abtrennbar ist. Darüber hinaus wird diese Rechtsprechung der Handelskammer durch die Spruchpraxis der Strafgerichte torpediert, die das Konzept des *faute séparable* nicht anerkennen und bei strafrechtlichem Verhalten stets von einem haftungsauslösenden *faute de gestion* ausgehen. Dies ist zunächst einleuchtend. Jedoch werden im französischen Recht viele Verhaltensweisen des Geschäftsführers mit Mitteln des Strafrechts sanktioniert, sodass die Haftungsprivilegierung bei Inanspruchnahme durch Dritte geringer ausfällt, als ökonomisch geboten. Dies zeigt sich insbesondere in der missbräuchlichen Nutzung des Adhäsionsverfahrens (*action civile*). Eine Eindämmung durch die erhöhte Voraussetzung eines persönlichen Schadens (*préjudice personnel distinct*) bei der *action individuelle* wird versucht.

38. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen für *faute de gestion* im gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Weg ist hingegen praktisch wirkungslos. Die Mitgeschäftsführer strengen meist keine Haftungsklagen gegen ihre Leitungskollegen an und die *action sociale ut singuli* schafft aufgrund der Kostenlast bzw. des Kostenrisikos der Gesellschafter zu wenig Anreize zur Klage. Denn im Fall des Obsiegens profitiert der Gesellschafter nur indirekt von der Schadensersatzleistung des Geschäftsführers an die Gesellschaft. Im Fall der Niederlage hat er hingegen die volle Kostenlast zu tragen.
39. Die Entscheidungen zur Organhaftung im Konzern gehen in verschiedene Richtungen, betreffend ihre Berücksichtigung der wirtschaftlichen Abhängigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften. Teilweise wird eine Aufopferung der Tochter zugunsten der Mutter und der Gesamtgruppe zugelassen, teilweise wird sie haftungsrechtlich sanktioniert. Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Erschwerend kommt hinzu, dass die französischen Obergerichte die Haftung des Geschäftsführers teilweise sogar auf schädigende Handlungen ausweiten, die eigentlich von den Gesellschaftern selbst hätten verhindert oder nivelliert werden können, weil sie der Kompetenz der Gesellschafterversammlung entsprangen.
40. Die Haftungsinstitute wie der *abus de majorité*, die direkt auf das Gesellschaftsinteresse abstellen, bieten ein Einfallstor für die Berücksichtigung bzw. Ausrichtung der

Treuepflichten der Konzernakteure am Gruppeninteresse. Von dieser Möglichkeit macht die Cour de cassation bisher nicht ausreichend Gebrauch.

41. Stattdessen wird die Haftung der Muttergesellschaft ausgeweitet auf ihr Verhalten als Mehrheitsgesellschafterin der Tochter. Eine Treuepflicht, vergleichbar mit der im deutschen Recht des faktischen GmbH-Konzerns wird erwogen. Es besteht angesichts dieser weitreichenden Haftungsrisiken für die Muttergesellschaft die Gefahr der Überregulierung ihres Leistungsverhaltens, welches die durch die Haftungsbeschränkungen vermittelten Wagnisanreize zunichtemachen könnte. Im deutschen Recht ist eine mitgliedschaftliche Treuepflicht leichter vor dem Hintergrund zu rechtfertigen, dass daneben kein feingliedriges System der Haftung als faktische Geschäftsführerin besteht. Die Mutter trifft hauptsächlich und nicht zusätzlich eine Verantwortlichkeit für ihr Verhalten als Mehrheitsgesellschafterin.
42. Das Schädigungsverbot aus Ausfluss der mitgliedschaftlichen Treuepflicht der Muttergesellschaft ist geeignet, den Gefahren opportunistischen Verhaltens gegenüber den Minderheitsgesellschaften entgegenzutreten. Zweckentfremdung der Einlagen oder auch eine Gewinnverlagerung auf andere Gesellschaften sind unzulässig. Seine Steuerungswirkung wird durch die Klagebefugnis der Gesellschaften gewährleistet, könnte aber durch ein Verfolgungsrecht der Gläubiger noch verstärkt werden. Ein solches schließt der BGH bisher aus. Die Schutzfunktion des Konzernrechts kann gleichwohl als erfüllt betrachtet werden. Anders ist das Schicksal der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts zu bewerten. Durch das weitreichende Verbot nachteiliger Einflussnahme ist der faktische GmbH-Konzern für die Muttergesellschaft schwer zu leiten, es sei denn, es handelt sich lediglich um 100%ige Tochtergesellschaften. Sind hingegen auch Minderheitsgesellschafter an der Tochter beteiligt, wirkt die erleichterte Begründung eines faktischen Konzernverhältnisses fast wie ein Danaergeschenk. Zwar ist der faktische GmbH-Konzern nahezu aufwandslos gegründet, allerdings ist die Leitungsmacht massiv eingeschränkt, sodass die Begründung eines Vertragskonzerns gegebenenfalls doch vorzugswürdig gewesen wäre. Denn in einem solchen Fall ist die einheitliche Leitung der Muttergesellschaft gesetzlich gewährleistet, § 308 AktG.
43. Informations- und Kontrollrechte dienen der Abmilderung des Prinzipal-Agenten-Konflikts zwischen Minderheits- und Mehrheitsgesellschaftern. Die Reichweite und Durchschlagskraft der Informationsrechte im französischen sowie im deutschen Recht ist

jedoch zu gering, um eine durchgreifende eigenständige Kontrolle zu ermöglichen und so die Kontrollkosten (*monitoring costs*) der Prinzipale – Minderheitsgesellschafter – so gering wie möglich zu halten. Effektiver ist die externe Kontrolle durch Sachverständige, die im französischen Recht flexibel einsetzbar sind und so eine immerhin punktuelle Kontrolle gewährleisten können. Dies vor dem Hintergrund, dass jedenfalls die *expertise in futurum* auch Gläubigern offensteht, welche somit auch ihrem Agenturkonflikt vorbeugen können. Im deutschen Recht ist insbesondere das Stimmverbot eine effektive Kontrolle von Mehrheitsmacht im Konzern und darauf ausgelegt, Interessenskonflikten und Missbrauch abzuwehren. Allerdings begünstigt das Stimmverbot einen Missbrauch von Minderheitenrechten und kann so zu einem sog. bilateralen Monopol führen. Folgen hiervon sind Effizienzverluste. Auch kann bei der Ausübung von Minderheitenrechten durch die außenstehenden Gesellschafter nicht verhindert werden, dass zwar mit Mehrheitsmacht durchgesetzte, aber wirtschaftlich sinnvolle und rentable Entscheidungen und Geschäfte unterbunden werden. Diese Balance kann ein außenstehender Sachverständiger im Zweifel besser bewerten und herstellen.

#### **Teil 4: Anerkennung des Gruppeninteresses**

44. Im französischen Gesellschaftsrecht gilt für kleine geschlossene Kapitalgesellschaften der *shareholder value* Ansatz, die Geschäftsleitung ist also wie im Recht der GmbH am Interesse der Gesellschafter auszurichten.
45. Das Gruppeninteresse ist bisher in seiner Anwendung explizit nur in der strafrechtlichen Rechtsprechung zum *abus de biens sociaux* anerkannt. Die Leitideen prägen aber auch andere Rechtsgebiete, ohne dass die Gerichte auf den Begriff ausdrücklich Bezug nehmen. Dies ist ein Integrationshemmnis. Insbesondere, weil er in der steuerrechtlichen Rechtsprechung explizit abgelehnt wird. Zahlreiche Umgehungsversuche der Unternehmen zeigen jedoch, dass es ein grundsätzliches Bedürfnis nach eben dieser Anerkennung besteht, und dass die finanzgerichtliche Rechtsprechung zu eng ist. Festzuhalten bleibt, dass es sich beim Gruppeninteresse im französischen Rechtskreis um ein bekanntes Konzept handelt, jedoch die Konturierung noch erhebliche Schwierigkeiten bereitet, die es auszuräumen gilt.
46. Das Konzerninteresse spielt im deutschen Recht nur im Vertragskonzern eine Rolle und ist auch dort ein irreführender Begriff, weil hiermit nicht das Interesse der Gesamtgruppe gemeint ist, sondern das Einzelinteresse anderer Konzerngesellschaften. Sofern die

Anerkennung des Konzerninteresses erwogen wird, ist absolute Grenze jedweder begrifflichen Ausgestaltung des Eigeninteresses der betroffenen Tochtergesellschaft, sodass keine legitimierende Wirkung für die Konzernleitungsmacht der Mutter eintreten kann. Die einzelnen Versuche, den Begriff inhaltlich zu konturieren reichen von einer Negierung jedweden Eigeninteresses der Tochtergesellschaft, über eine quantitativ pluralistische, eine qualitativ pluralistische bis hin zu einer monistischen Betrachtungsweise. Alle diese Definitionsbestrebungen laufen in unterschiedlicher Ausprägung auf eine Balance von Einzelinteressen hinaus, welche jedoch nicht zielführend ist, da nicht rechtssicher *ex ante* sowie *ex post* bei einer Überprüfung der genaue Inhalt des Gruppeninteresses festgestellt werden kann. Er eignet sich so nicht für einen haftungsfreistellenden Maßstab.

47. Angesichts der Schwierigkeiten nationaler Definitionsbemühung, ist ein neuer Weg einzuschlagen und das Gruppeninteresse autonom zu bestimmen. Da es bei seiner Anerkennung insbesondere um die Förderung des Binnenmarkts und den Abbau von Marktzutrittsschranken und Verletzungen der Niederlassungsfreiheit geht, sollte die genaue Begriffsbestimmung von binnenmarktorientierten Effizienzerwägungen getragen sein. Demgemäß definiert den Inhalt des Gruppeninteresses das Interesse aller Konzernglieder an einer konzernweiten Wertmaximierung durch effiziente Ressourcenallokation. So kann die nationale Sichtweise der Balance der Einzelinteressen umgangen und eine rechtssichere Basis grenzüberschreitender Konzernleitung geschaffen werden. Die Hebung von Verbundvorteilen wird nach betriebswirtschaftlichen Bewertungsmaßstäben beurteilt und ist somit ein verlässlicher Standard, der sich für eine Haftungsfreistellung eignet.
48. Die *Rozenblum*-Formel eignet sich aufgrund ihrer Flexibilität und Bekanntheit in vielen Rechtsordnungen der Europäischen Union am besten für eine Anerkennung des Gruppeninteresses bei Konzernleitungsmaßnahmen. Sie muss aber um einen effizienzorientierten Ansatz ergänzt werden, um ihr mehr Kontur zu verleihen. Ohne diese Kontur ist der Maßstab zu schwammig, welches aufgrund unvorhersehbarer *ex post* Beurteilung durch die Gerichte zu Risikoaversion der Muttergesellschaft führen könnte.
49. Eine konzerndimensionale *Business Judgment Rule* ist auf den ersten Blick ebenfalls erwägenswert, kann aber für sich genommen nur eine geringe Privilegierungswirkung entfalten. Denn geht man davon aus, dass den Tochtergeschäftsführern keine eigene

Kompetenz bei der Berücksichtigung des Gruppeninteresses zukommen soll, sondern sie nur auf Weisung der Mutter im Gruppeninteresse tätig werden können, knüpft dieser Ermessensspielraum am untauglichen Konzernakteur an. Der fehlende Ermessensspielraum der Tochtergeschäftsführer erstreckt sich dabei gleichfalls auf die Umsetzung der Weisung der Mutter. Aber auch wenn man bei der Muttergesellschaft selbst ansetzt, bestehen die Schranken ihrer Leitungsmacht nicht lediglich in der Haftung als (faktische) Geschäftsführerin der Tochter, sondern auch als Mehrheitsgesellschafterin derselben. Die *Business Judgment Rule* greift aber ausschließlich bei Geschäftsführungsmaßnahmen, sodass die Anerkennung des Gruppeninteresses unvollständig bliebe.

50. Die Anerkennung des Gruppeninteresses ist erfolgsversprechend, wenn man der Muttergesellschaft ein Weisungsrecht mit entsprechender Folgepflicht der Tochter einräumt und nur ersterer einen Ermessensspielraum zubilligt zu entscheiden, ob die angewiesene Maßnahme im Gruppeninteresse liegt.

#### **Teil 5: Grenzen der Anerkennung des Gruppeninteresses**

51. Das Insolvenzrecht begrenzt auf zwei Ebenen die Anerkennung des Gruppeninteresses: zum einen durch den ausschließlichen Fokus auf Gläubigerinteressen in der Insolvenz der Gesellschaft (*shift of fiduciary duties*), zum anderen durch den Entzug der Verfügungsbefugnis der Schuldnerin.

52. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat im französischen Recht zunächst keine einschneidenden Konsequenzen für die Muttergesellschaft, da sie die laufenden Geschäfte weiterhin kontrollieren kann. Im französischen Insolvenzrecht stehen nämlich die Schuldner selbst und nicht die Gläubiger im Fokus, sodass die Geschäfte der Gesellschaft so umfangreich wie möglich weitergeführt werden sollen. Die haftungsrechtliche Konsequenz der Ausfalldeckungsklage (*action pour insuffisance d'actif*) hingegen sollte die Muttergesellschaft im Blick behalten, da hier die Haftung für den gesamten Ausfall der Aktiva drohen kann. Die Höhe der Verurteilung liegt dabei im Ermessen des Gerichts und ist somit schwer für die Mutter zu antizipieren; ein nicht zu kalkulierendes Risiko. Die Höhe der Ausfalldeckungshaftung ist dabei unabhängig von den Folgen des Geschäftsführungsfehlers. Der haftungsauslösende *faute de gestion* ist weit gefasst, sodass der Tatbestand der Ausfalldeckungshaftung denkbar umfangreich ist. In Kombination mit einer vollständig arbiträren Rechtsfolge kann es zu massiven

Fehlanreizen kommen, die die Geschäftsführung der Tochter (ob nun veranlasst durch oder ausgeübt von der Mutter selbst) risikoavers werden lassen können. Die Gesetzgebung versucht hier gegenzusteuern und hat eine Haftung für einfache Fahrlässigkeit (*simple négligence*) ausgeschlossen.

53. Was das Risiko der Verfahrenserweiterung auf die Mutter betrifft (*extension de la procédure*) ist die Rechtsprechung der Cour de cassation im Konzern großzügiger und gestattet enge finanzielle Bindungen, sodass diese nicht als Vermögensvermischung (*confusion des patrimoines*) bewertet werden. Hier besteht eine Privilegierung zentraler finanzieller Konzernleitung.
54. Der Insolvenzbeschlagnahme im deutschen Recht führt dazu, dass die Muttergesellschaft keinen Einfluss mehr auf das Geschehen in der Tochtergesellschaft nehmen kann und so ihre Leitungsmacht vollständig erlischt. Die juristische Selbstständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften äußert sich auch darin, dass über das Vermögen jeder ein eigenes Insolvenzverfahren eröffnet werden muss. Auch haftungsrechtlich spiegelt sich diese Autonomie wider: besonders plastisch in der Existenzvernichtungshaftung in der 100%igen Tochter, die trotz Konzernierung weiterhin über ein geschütztes Bestandsinteresse verfügt.
55. Die Geschäftsführung kann sich darüber hinaus gegenüber den Gläubigern iRd Insolvenzverschleppungshaftung sowie gegenüber der Gesellschaft selbst iRd Zahlungen nach Insolvenzreife haftbar machen. Dabei ist vor allem der Fall des konzerninternen Cash-Pool relevant, der in den Anwendungsbereich der Insolvenzverursachungshaftung fallen kann und so die grundsätzliche Haftungsfreistellung aus § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG umgeht.
56. Die Grenzen einheitlicher Konzernleitung im Gruppeninteresse sind sowohl rechtlich als auch ökonomisch geboten. Die Vermögensvermischung reagiert auf die fehlende Vermögensstrennung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft. Die Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung durchbricht auch nicht über Gebühr die Haftungsbeschränkung und kann so einerseits opportunistischem Verhalten sowie andererseits risikoaversen Verhalten vorbeugen.
57. Die Haftung der Mutter als Geschäftsleiterin der Tochter ist ebenfalls Ausdruck eines angemessenen Ausgleichs der widerstreitenden Anreize, denn hier wird die Muttergesellschaft als *cheapest cost avoider* in Anspruch genommen werden. Denn sie ist aufgrund ihrer Überlegenheit an Informationen in der Lage, gewisse Risiken besser und

effizienter zu tragen. Im französischen Haftungsregime der *action pour insuffisance d'actif* steht auf der einen Seite ein weiter Tatbestand, der eine effektive Gegenwehr zu opportunistischem Verhalten der Mutter ermöglicht. Auf der anderen Seite ist dem Risiko einer uferlosen und ineffizienten Haftung mit einer Einhegung des Tatbestands begegnet worden, der nun Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschließt. Die Insolvenzverschleppungshaftung hat mit dem gegenteiligen Problem zu kämpfen, namentlich der zu seltenen Inanspruchnahme des Geschäftsführers aufgrund hoher prozessualer Hürden (insbesondere Beweisschwierigkeiten aufgrund fehlender Einblicke in die Abläufe innerhalb der Tochtergesellschaft). Sie wird flankiert von der Insolvenzverursachungshaftung, die ein Ausplündern der Gesellschaft vor Insolvenzreife verhindern soll, jedoch wirtschaftlich vertretbare Entscheidungen privilegiert. Diese Haftung sorgt mit Augenmaß für einen angemessenen Ausgleich der Interessen.

58. Die Umsetzung der insolvenzrechtlichen Grenzen der Anerkennung des Gruppeninteresses erfolgen durch ein Weigerungsrecht der Tochtergesellschaft.
59. Eine Durchgriffshaftung wird zwar mit guten Argumenten diskutiert, insbesondere für nicht anpassungsfähige Gläubiger (*non-adjusting creditors*) muss aber mit Blick auf die Interessenlage in der Gesellschaft verneint werden. Das Risiko der direkten Inanspruchnahme durch eben diese Gläubiger müsste von anpassungsfähigen Gläubigern (*adjusting creditors*) bei ihrer Bewertung miteingepreist werden. Dies ist jedoch nicht möglich, da dieses Risiko nicht kalkulierbar ist. Die hätte zur Folge, dass die Gesellschaft entweder überhaupt nicht oder nur zu sehr hohen Risikoprämien Fremdkapital erhalten könnte. Um der als prekär empfundenen Lage der *non-adjusting creditors* anderweitig Abhilfe schaffen zu können, wird eine Pflichtversicherung diskutiert, die dann anstelle der Gesellschafter (Muttergesellschaft) die Gläubiger entschädigt. Eine solche Pflichtversicherung kann aber noch höhere Opportunismusrisiken auslösen, da die Versicherungen die Gesellschaft meist nicht gut überwachen können und somit das unternehmerische Risiko auf diese abgewälzt wird. Preisten die Versicherungen dieses Risiko ein, wären die Policen prohibitiv teuer, sodass die Pflichtversicherung in praxi ebenfalls keine gangbare Alternative wäre.

## **Teil 6: Regelungsvorschlag**

60. Das geeignete Instrument zur Rechtsangleichung im europäischen Konzernleitungsrecht ist die Richtlinie, gestützt auf Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV. Mit ihr soll eine Kernbereichsharmonisierung erreicht werden.
61. Diese Richtlinie richtet sich an Konzerne, die über eine verfestigte Gruppenstruktur verfügen, weil diese ein höheres Schutzniveau für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter der Tochtergesellschaft vermittelt, als reine Konglomerate. Mit einer strategischen Einbindung in den Konzern kann eine Regelung zum europäischen Konzernleitungsrecht auch in Tochtergesellschaften gelten, die nicht im Alleinbesitz der Mutter stehen. Konkrete Kompetenzen kann sie aber nur der Mutter selbst bei Ausübung eines Weisungsrechts verleihen. Sie hat durch die zentrale strategische Gruppenleitung auch den besten Einblick in mögliche Effizienzsteigerungen durch gewisse Maßnahmen. Die Tochter kann nicht eigenmächtig Maßnahmen treffen, die nach ihrer Auslegung vom Gruppeninteresse erfasst sind. So werden die einheitliche Bewertung und Ermessensausübung innerhalb der Gruppe gewährleistet und es kann nicht zu ambivalenten Ergebnissen führen. Hinzu kommt der fehlende Anreiz eines Geschäftsführers der Tochter, ohne Legitimierung durch die Mutter in Form der Weisung eine Maßnahme durchzuführen, die erkennbar nicht im Eigeninteresse der Gesellschaft liegt. Das Weisungsrecht mit korrespondierender Folgepflicht muss jedoch von einem Weigerungsrecht flankiert werden, wenn die Voraussetzungen der Ausübung des Weisungsrechts nicht vorliegen. Auch haben sich viele Expertengremien bereits für die Anwendung der Kriterien der *Rozenblum*-Rechtsprechung auf europäisches Konzernrecht ausgesprochen. Sie stößt seit vielen Jahrzehnten auf ein breites Echo und ist bei der Erarbeitung einer harmonisierenden Regelung unumgänglich.
62. Minderheitenschutz vermittelt auch reflexartigen Gläubigerschutz, sodass die Einbeziehung von Tochtergesellschaften mit außenstehenden Gesellschaftern auch vor diesem Hintergrund überzeugend ist. Dabei erstreckt sich die gläubigerschützende Wirkung nicht nur auf den Vermögensschutz, sondern auch auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft im Wege der *action sociale ut singuli* bzw. der *actio pro socio*. Eigene Verfolgungsrechte kommen den Gläubigern nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen zu. Die Beteiligungshöhe der Mutter in der Tochtergesellschaft ist somit nicht ausschlaggebend für das Schutzniveau in den Gesellschaften.

63. Die Regelung selbst sollte nicht als *safe harbour* Verhaltensstandard ausgestaltet werden, die eine Haftungsfreistellung bei *ex post* Kontrolle durch Gerichte gestattet, sondern eine verbindliche Rechtsregel aufstellen, die bereits *ex ante* ein entsprechendes Ergebnis vorgibt. So werden hohe Kosten bei der nachträglichen Bewertung konzernleitender Maßnahmen der Muttergesellschaft vermieden und ein höheres Maß an Rechtssicherheit erzielt. Dadurch kann zugleich der Annihilation der effizienzsteigernden Wirkung der Haftungsbeschränkung vorgebeugt werden.
64. Um der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts größtmöglich gerecht zu werden, muss eine nachteilige Einflussnahme gestattet werden, die „nur“ qualitativ durch die Teilhabe an Verbundvorteilen ausgeglichen wird. Ein summenmäßiger Ausgleich nach dem Vorbild des § 311 AktG ist hingegen abzulehnen. Als Blaupause für eine Regelung im europäischen Konzernleitungsrecht dient hingegen die *Rozenblum*-Formel, welche aber um einen effizienzorientierten Ansatz zu ergänzen ist: vorgeschlagen wird eine effizienzorientierte *Rozenblum*-Formel.
65. Der Muttergesellschaft wird demgemäß ein Weisungsrecht eingeräumt, welches sie unter den folgenden Voraussetzungen ausüben darf: Zunächst müssen eine kohärente Gruppenpolitik und eine verfestigte Gruppenstruktur vorliegen. Dieses Erfordernis dient insbesondere dem Gläubiger und Minderheitenschutz. Sodann muss die angewiesene Maßnahme im Gruppeninteresse liegen, welches nach binnenmarktorientierten Effizienzerwägungen zu bemessen ist. Die Maßnahme liegt im Gruppeninteresse, wenn sie den Gesamtwert der Gruppe hebt. Dabei erfordern weder die RRL noch das StaRUG eine vorzugsweise Beachtung der Gläubigerinteressen. Denn durch die betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise des Gruppeninteresses besteht für die Gläubiger Rechts- und Investitionssicherheit, welches auch in ihrem Interesse liegen dürfte. Des Weiteren darf die Maßnahme nicht zu einer Existenzvernichtung der Tochter führen. Dies ist nach nationalem Insolvenzrecht zu bestimmen. Schließlich ist ein etwaiger Nachteil der Maßnahme durch die Teilhabe an Verbundvorteilen auszugleichen. Ein summenmäßiger Ausgleich ist dabei nicht erforderlich, weil er die Muttergesellschaft davon abhalten könnte, grundsätzlich gesamtwertpositive Geschäfte anzuweisen, wenn sie nicht in gleichem Maße die Gewinne der Transaktion einstreichen kann.
66. Ausnahmsweise trifft die Muttergesellschaft doch eine summenmäßige Ausgleichspflicht, wenn bei organisatorischen Maßnahmen *ex ante* keine symmetrische Zuweisung von Vor-

und Nachteilen erfolgt ist. Das gleiche gilt auch, wenn im Rahmen von vermögensmäßigen Maßnahmen im Konzern innerhalb von 12 Monaten prognostisch nicht zu erwarten ist, dass die Tochter an Verbundvorteilen partizipieren wird.

67. Das Konzept der effizienzorientierten *Rozenblum*-Formel ist mit Transparenz- und Informationspflichten der Muttergesellschaft zu komplettieren.

## Teil 9 Résumé substantiel

### **Partie 1 : Introduction à l'objet d'étude**

#### ***§ 1 Introduction***

Le groupe de sociétés joue un rôle majeur dans la vie économique de l'Union européenne. La doctrine allemande, en particulier, a largement traité du phénomène de groupe. Il demeure toutefois déconcertant qu'aucune législation européenne sur les groupes de sociétés n'ait été élaborée : trois raisons peuvent l'expliquer.

Tout d'abord, la problématique concernant le groupe trouve son origine dans le modèle de l'entreprise indépendante, présent dans presque tous les systèmes européens de droit des sociétés.<sup>1393</sup> Selon ce principe, chaque entreprise, qu'elle soit intégrée à un groupe de sociétés ou non, est juridiquement indépendante. En pratique, il existe cependant sur le plan économique une majorité de petites et moyennes entreprises (PME) organisées en groupes.<sup>1394</sup> L'avantage pour la société mère est la possibilité de séparer la responsabilité par le biais de filiales juridiquement indépendantes (Partie 2 § 1 A. I.). D'autres avantages de la création ou de l'acquisition de filiales par rapport à la création de succursales sont l'indépendance juridique de l'entreprise étrangère et l'attrait de la forme juridique nationale (Partie 2 § 1 A. II.).<sup>1395</sup>

En outre, les avis sur la manière de traiter la réalité économique du groupe en termes de législation sont partagés au sein des États membres de l'Union européenne. Alors que des pays comme l'Allemagne et le Portugal ont créé leur propre droit des groupes, des pays comme la France et l'Angleterre tentent de traiter le groupe par le biais du droit des sociétés,

---

<sup>1393</sup> *Conac*, ECFR 2016, 301 (309); *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 66; *Falcke*, Konzernrecht in Frankreich, 1997, p. 35.

<sup>1394</sup> Cf. sur la „réalité du groupe“ *Conac*, ECFR 2013, 194 (195); *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 9; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (672, 674 s.); *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, n° 13; *Teichmann*, AG 2013, 184 (195).

<sup>1395</sup> De la littérature française *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 2013; *Gauthier*, Les dirigeants et les groupes de sociétés, 2000, n° 733; *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, n° 156; de la littérature allemande *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535 (536 s.); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (8).

du droit de l'insolvabilité ou de la réglementation pénale.<sup>1396</sup> Ces divergences d'opinions au sein de l'Union européenne ont, entre autres, empêché jusqu'à présent de parvenir à un consensus politique sur la création d'un droit européen unique des groupes de sociétés.<sup>1397</sup>

Enfin, l'absence de reconnaissance de l'intérêt de groupe constitue un obstacle au développement du droit européen des groupes. L'intérêt de groupe découle de la doctrine selon laquelle une personne morale peut avoir un intérêt indépendant (*shareholder/stakeholder value*). Les actions du dirigeant de chaque entreprise doivent être orientées et déterminées exclusivement par l'intérêt de la société autonome. Dans un groupe de sociétés, en revanche, il n'y a pas d'intérêt commun. Au contraire, les intérêts des différentes sociétés du groupe peuvent s'opposer, par exemple lorsqu'il s'agit d'exploiter des opportunités commerciales ou d'intégrer un groupe dans un cash pool. Cela donne lieu à une tension entre l'intérêt personnel de la filiale et l'intérêt du groupe. Il est reconnu que l'intérêt de la société mère en tant qu'associée majoritaire est déjà inclus dans l'intérêt personnel de la société dépendante. Toutefois, les intérêts de la société mère et ceux du groupe dans son ensemble peuvent diverger des intérêts propres de la filiale.<sup>1398</sup>

## **§ 2 Question de recherche et objet de l'étude**

Cette thèse vise à répondre à la question délicate de la gestion d'un groupe transfrontalier à travers l'exemple d'un groupe franco-allemand. Ce faisant, elle aborde notamment la question de l'harmonisation centrale du droit européen de la gestion des groupes sur la base du concept d'intérêt du groupe. À cette fin, il convient de préciser et de délimiter la notion. Les difficultés de définition de la notion d'intérêt du groupe, à partir des intérêts propres des sociétés, rendent nécessaire une nouvelle orientation de la définition de l'intérêt du groupe: autonome et économique (Partie 4 § 2 C. II. ). L'intérêt du groupe ainsi défini peut permettre à la société mère de gérer le groupe de manière uniforme.

L'étude porte sur les groupes transnationaux de petites et moyennes entreprises (PME), qui contribuent de manière significative à la croissance économique des États membres de l'UE. La forme organisationnelle du groupe d'entreprises est caractéristique du

---

<sup>1396</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 1970 s.; *Lutter*, in: FS Kellermann, 1991, 257 (257 s.); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (9 s.).

<sup>1397</sup> *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (50): de nombreux États membres résistent encore à la codification en droit de groupe.

<sup>1398</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 66 s.; *Gauthier*, Les dirigeants et les groupes de sociétés, 2000, n° 650; *Gräbener*, Schutz außenstehender Gesellschafter, 2010, p. 201; *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8e éd. 2019, n° 1553; *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, n° 238.

marché intérieur européen.<sup>1399</sup> Faciliter sa mise en œuvre est l'une des principales priorités de l'agenda politique de la Commission européenne pour réaliser la liberté d'établissement.<sup>1400</sup> Toutefois, de nombreuses PME hésitent à franchir le pas en raison de l'incertitude juridique et du niveau des frais de conseil.

Cette insécurité juridique existe à deux égards : d'une part, la société mère ne sait pas dans quelle mesure elle peut gérer la filiale étrangère de la même manière que la filiale nationale. Or, la direction du groupe transfrontalier a besoin de cette certitude pour pouvoir intégrer des entreprises de différents États membres dans le groupe.<sup>1401</sup> D'autre part, les gérants de la filiale se retrouvent « entre le marteau et l'enclume », c'est-à-dire entre les sanctions civiles et pénales en cas d'exécution d'une instruction néfaste pour la filiale, et la révocation immédiate en cas de désaccord.<sup>1402</sup> Le droit français des sociétés permettant à la société mère d'être le gérant de droit et de fait de la filiale, elle est également exposée aux risques de responsabilité. En droit allemand, ce risque n'existe que si l'on part de la doctrine qu'une personne morale peut également être gérante de fait, ce que la jurisprudence rejette jusqu'à présent. L'examen porte ici sur la responsabilité de la société mère en matière de maintien du capital, d'insolvabilité, de droit pénal et de droit général des sociétés et de la responsabilité civile, celle-ci limitant son pouvoir de gestion dans le groupe transfrontalier. La situation précaire des dirigeants de la filiale, qui ne sont pas la même personne que la société mère, est soulignée de manière réflexive.

L'étude du droit allemand se concentre sur le groupe GmbH, car il s'agit de la forme d'organisation la plus fréquente pour les groupes de PME. S'agissant du droit français, l'étude s'intéressera à la SAS et la SARL en tant que sociétés de capitaux.

### **§ 3 Objectif réglementaire du droit des groupes**

Le droit des groupes poursuit deux objectifs réglementaires, qui sont appréhendés à des degrés divers par les acteurs concernés. Tout d'abord, il vise à protéger les créanciers et les minorités de la société dépendante. Enfin, le droit des groupes joue un rôle de facilitation,

---

<sup>1399</sup> *Conac*, ECFR 2013, 194 (195); *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 9; *Lübking*, *Ein einheitliches Konzernrecht für Europa*, 2000, p. 311; *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (70); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (7, 29).

<sup>1400</sup> Plan d'action droit européen des sociétés et gouvernement d'entreprise, 12.12.2012, COM(2012)740 final, p. 13.

<sup>1401</sup> *Conac*, ECFR 2016, 301 (309); *Fleischer*, ZGR 2017, 1 (21); *Hommelhoff*, in: FS Stilz, 2014, 287 (291); *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (65).

<sup>1402</sup> Cf. *Drygala*, AG 2013, 198 (202); de même explicitement *Fleischer*, ZGR 2017, 1 (22 s.); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (24) décrivent la situation du gérant de la filiale comme un „saut dans le noir“.

également appelé droit d'organisation. C'est là que demeure la simplification de l'organisation du groupe par la reconnaissance de l'intérêt du groupe.<sup>1403</sup> «Promouvoir et protéger sont les deux faces d'une même pièce»<sup>1404</sup> est l'illustration de ce changement dans la compréhension du droit des sociétés.

#### **§ 4 Genèse et l'état de l'harmonisation**

##### **A. État de l'harmonisation**

Le législateur européen s'est jusqu'à présent contenté d'harmoniser au minimum certains domaines du droit des groupes, notamment en ce qui concerne le droit des sociétés par actions et des marchés de capitaux.<sup>1405</sup> Les petites sociétés fermées, telles que la GmbH et la SARL, n'ont pas été prises en compte, si bien que le groupe transfrontalier de PME représente un vide réglementaire considérable.

##### **B. L'état de la diversité du droit français des groupes**

###### **I. Introduction**

En droit français, on cherche en vain des normes codifiées spécifiques aux groupes. Il n'y a cependant pas de vide juridique, mais des principes qui qualifient le groupe en tant que tel et auxquels sont attachées des conséquences juridiques. Il s'agit d'un contrôle uniforme, c'est-à-dire une influence déterminante sur la gestion de la filiale,<sup>1406</sup> au cours duquel chaque membre du groupe conserve son autonomie juridique.<sup>1407</sup>

###### **II. Création d'un groupe en droit français**

Le groupe naît dès qu'une société détient une participation majoritaire dans une autre société, faisant ainsi de la première la société mère et de la seconde la filiale, artt. L. 233-1, 233-3, 233-16 CCom. Le Code de commerce définit la notion du contrôle en fonction de droits de vote dont dispose la société mère dans la filiale et distingue entre la quantité des droit de vote pour laquelle le contrôle est considéré ou bien présumé.

---

<sup>1403</sup> *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535 (538, 563); *Teichmann*, ZGR 2017, 485 (488); *id.*, ZGR 2014, 45, qui souhaite une déclaration uniforme sur les conditions préalables à une exercice légitime du pouvoir de gestion en droit des groupes.

<sup>1404</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 3 s., 44; *Drygala*, AG 2013, 198 (203 s.); *Hommelhoff*, in: FS Stilz, 2014, 287 (291 s.); *id.*, GmbHR 2014, 1065 (1071); *id.*, ZGR 2012, 535 (537 s.); *Teichmann*, ZGR 2014, 45 (68); *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6 (22); de même *Lübking*, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 2000, p. 20: les deux côtés sont interdépendants; *Tholen*, Europäisches Konzernrecht, 2014, p. 133, qui décrit la fonction habilitante du droit de groupe comme l'envers de la fonction protectrice.

<sup>1405</sup> Par exemple le plus récent: Directive (UE) 2017/828 du Parlement Européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, JO UE L 132 du 20.5.2017, p. 1.

<sup>1406</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 55.

<sup>1407</sup> *Foyer*, RJC 1996, 165 (167).

Une autre possibilité est l'influence dominante. Le groupe ne peut être établi en France que sur la base d'un contrôle et d'une dépendance économiques. En effet, comme il n'est pas possible de fonder un groupe sur une base contractuelle, l'établissement de celui-ci ne peut être établi sur base d'un contrôle et d'une dépendance juridiques. Toutefois, l'influence dominante peut s'exprimer par le droit de donner des instructions ou par des méthodes de gestion indirectes (Partie 3 § 1 B.).

En outre, un groupe peut être créé en « filialisant » des parties d'une entreprise (*filialisation*).<sup>1408</sup>

### **III. Structure du groupe**

En France, la majorité des entreprises d'une certaine taille sont organisées en groupes, les petites et moyennes entreprises représentant le plus grand pourcentage. Ces groupes d'entreprises sont principalement structurés sur une base purement nationale et n'ont aucun lien avec l'étranger. Lorsque les entreprises françaises sont sous contrôle étranger, c'est le plus souvent de l'Allemagne.<sup>1409</sup> Le groupe transfrontalier est donc une réalité, mais les PME pourraient recourir plus fréquemment à cette forme d'organisation.

### **IV. Résumé**

La doctrine française est sceptique quant à la codification du droit des groupes. La législation basée sur le modèle allemand, autrefois souhaitée, n'a plus de partisans aujourd'hui. Les réglementations correspondantes sont perçues comme lourdes et onéreuses. La doctrine considère que la structure des groupes fonctionne bien<sup>1410</sup> et que les règles et la juridiction existantes suffisent.<sup>1411</sup>

## **C. L'état du droit allemand des groupes**

### **I. Introduction**

Le droit allemand des groupes est codifié aux artt. 291 et suivants AktG et se concentre sur la maîtrise des « risques de groupe ». L'intérêt réglementaire légal vise principalement les conflits découlant du contrôle d'une ou de plusieurs sociétés par des associés individuels ayant une activité entrepreneuriale.<sup>1412</sup> La réglementation du groupe GmbH se fonde en partie sur une application analogue du droit du groupe contractuel, qui ne s'applique toutefois pas au groupe de fait. Les règles générales du droit de la GmbH et les principes jurisprudentiels

---

<sup>1408</sup> Cf. sur l'ensemble *De Rongé*, in: *Filialisation*, 1992, 34 (35).

<sup>1409</sup> Cf. la description dans *INSEE*, *Les entreprises en France*, 2020, p. 66 s., 94 s.

<sup>1410</sup> *Pariente*, ECFR 2007, 317 (343).

<sup>1411</sup> *Foyer*, RJC 1996, 165 (172 s.).

<sup>1412</sup> *Engert*, in: *FS Baums I*, 2017, 385.

s'appliquent au groupe de la GmbH de fait. Ainsi, le droit de protection dans le groupement de GmbH de fait est essentiellement alimenté par l'interdiction de nuire découlant du devoir de loyauté de ses membres.<sup>1413</sup>

## **II. Création du groupe en droit allemand**

L'existence d'un groupe entre deux ou plusieurs sociétés est déterminée par les artt. 15 et suivants AktG, qui s'appliquent également au groupe GmbH de fait. Ici aussi, une participation majoritaire au sens de l'art. 16 AktG peut être pertinente dans la détermination de l'existence d'un groupe. En outre, l'influence dominante au sens de l'art 17 AktG et l'exercice d'une direction unique au sens de l'art 18 AktG constituent un groupe. Cela signifie que les possibilités de constituer un groupe en droit allemand et en droit français sont largement les mêmes et que, dans les deux systèmes juridiques, il importe peu qu'un accord interentreprises soit conclu entre les sociétés.

En l'absence d'une structure légalement prescrite du groupe formé par contrat, l'exercice du pouvoir de gestion du groupe est également possible dans le groupe de fait. Par l'intermédiaire de l'assemblée des associés, la société mère peut exercer le droit de donner des instructions prévu à l'art. 37 (1) GmbHG et révoquer le gérant conformément à l'art. 38 GmbHG.

## **III. Structure du groupe**

La GmbH est particulièrement appréciée en tant que filiale de groupe.

La structure organisationnelle flexible ainsi que le droit de la majorité des associés de donner des instructions à la direction conformément à l'art. 37 (1) GmbHG rendent la GmbH particulièrement appréciée en tant que filiale de groupe. On estime qu'environ 40 % des GmbH sont intégrées à un groupe, notamment dans les entreprises de taille moyenne.<sup>1414</sup> Par ailleurs, le groupe de fait est plus répandu que le groupe formé contractuellement.<sup>1415</sup>

## **D. Comparaison**

Le droit allemand des groupes est perçu en France comme trop rigide et pas assez flexible, c'est pourquoi toutes les tentatives pour l'introduire dans la législation française ont échoué.<sup>1416</sup> Il est intéressant de noter qu'il n'existe ni en droit allemand ni en droit français de

---

<sup>1413</sup> Constitutif BGH, 05.05.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 - *ITT*; confirmatif BGH, 16.09.1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (340) - *Autokran*; sur l'ensemble *Drygala*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3e éd. 2020, § 41 n° 9; cf. également *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, 5e éd. 2021, Anhang § 13 n° 7 s.

<sup>1414</sup> *Drygala*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3e éd. 2020, § 41 n° 7.

<sup>1415</sup> Cf. *Vogt*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 6e éd. 2021, § 21 n° 271.

<sup>1416</sup> *Foyer*, RJC 1996, 165 (173).

lois propres régissant uniquement les groupes de sociétés à responsabilité limitée de fait. Les deux systèmes juridiques se contentent du droit général des sociétés pour encadrer légalement ces groupes. Cela suggère qu'il n'est pas nécessaire d'édicter un nouveau cadre avec un niveau élevé de réglementation législative. En effet, ces groupes, qui ne font pas l'objet d'une réglementation particulière, sont de la plus grande importance d'un point de vue empirique.

### **E. Efforts en vue d'un droit européen des groupes uniforme**

Depuis près de 40 ans, des propositions concrètes de réglementation ont été formulées dans le domaine du droit des groupes, ne serait-ce que dans des domaines partiels. Aucune de ces propositions n'a encore pu faire l'objet d'un consensus politique. La densité et l'intensité de la réglementation varient considérablement et font l'objet d'un travail continu. L'évolution peut être retracée depuis la tentative de réglementer de manière exhaustive le droit des groupes, en passant par l'établissement du concept d'intérêt du groupe, jusqu'aux propositions concrètes de mise en œuvre du droit de la gestion des groupes en passant par l'harmonisation des domaines essentiels.

Les panels d'experts, qui ont été mis en place en partie par la Commission Européenne et en partie par la Fondation Thyssen, se sont également félicités de la volonté du législateur européen de tenir compte de la réalité économique des groupes. La reconnaissance de l'intérêt du groupe devrait se faire selon la jurisprudence Rozenblum.<sup>1417</sup>

Dans l'ensemble, on peut observer une réorientation de la discussion sur le droit des groupes. La perspective du droit européen des groupes aujourd'hui n'est plus la protection des créanciers et des associés minoritaires, mais la légitimation de la gestion du groupe par la société mère. L'objectif est de permettre à celle-ci d'associer utilement des sociétés du groupe d'États membres différents sans pour autant commettre une infraction au niveau des filiales.<sup>1418</sup> Les propositions montrent une tendance commune à reconnaître l'intérêt des groupes, ce qui s'explique notamment par le fait que la composition des groupes d'experts ne varie souvent pas de manière significative.<sup>1419</sup>

---

<sup>1417</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (712 s.); *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Report, p. 60, 65; *Le Club des Juristes*, Vers une reconnaissance de l'intérêt du groupe dans l'Union Européenne?, p. 10; *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015, 507 (511); *The Informal Company Law Expert Group*, Report on the recognition of the interest of the group, p. 5 s.; *European Company Law Experts*, EBOR 2017, 1 (13 s.); *European Model Company Act*, p. 412.

<sup>1418</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (347 s.); Teichmann, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (6).

<sup>1419</sup> De même Schön, ZGR 2019, 343 (349).

## **F. Nécessité d'une harmonisation**

Le droit européen exige que la société mère ait le droit de choisir comment elle exerce ses activités transfrontalières. Ce droit de choix, garanti par la liberté d'établissement en vertu des art. 49 et 54 TFUE, est limité par l'absence d'un droit de la société mère de donner des instructions. Selon l'état actuel du droit, elle ne peut en donner qu'aux succursales et non aux filiales.<sup>1420</sup>

### **I. Possibilité d'établir des succursales**

La possibilité de créer des succursales comme alternative à la gestion transfrontalière d'un groupe ne doit pas faire obstacle à une harmonisation nécessaire. La liberté d'établissement exige que les deux formes d'organisation, à savoir la succursale et la filiale, se trouvent côte à côte sur un pied d'égalité.<sup>1421</sup> La société mère ne peut donc pas être limitée à l'option d'une succursale. En outre, il existe également des raisons économiques importantes pour établir une filiale (Partie 2 § 1).

### **II. Société de groupe transfrontalière en tant que société étrangère fictive dépendante**

Une autre possibilité serait de créer une filiale indépendante en vertu du droit de la société mère et de l'implanter à l'étranger. Dans la mesure où le droit de la mère prévoit un droit d'instruction, elle pourrait diriger la fille à l'étranger de la même manière qu'une fille nationale. Toutefois, pour que cette construction aboutisse, il est essentiel que l'État où la filiale a été créée et l'État où elle va être implantée suivent la théorie de la constitution, c'est-à-dire qu'après son implantation, la fille devrait rester soumise au droit de l'État d'origine, donc au droit de la mère. Or, ce n'est pas le cas.<sup>1422</sup> En outre, le marché étranger se méfie plus souvent des formes juridiques étrangères, pour éviter qu'une société étrangère fictive ne rende superflue l'harmonisation du droit des groupes.

### **III. Pas d'harmonisation possible par le biais du règlement SE**

---

<sup>1420</sup> Cf. sur l'ensemble *Schön*, ZGR 2019, 343 (349 s.), il doit être possible, en vertu du droit primaire, de choisir la forme juridique de la filiale pour les activités transfrontalières et de continuer à l'exploiter comme une seule entreprise unique.

<sup>1421</sup> CJUE, 28.01.1986, Aff. C-270/83, ECR 1986, 273, n° 22 - *Commission c./ France; Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 20; *Wernert*, *Das Gruppeninteresse*, 2020, p. 180.

<sup>1422</sup> *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 24; *Teichmann*, *RIW* 2010, 120 (121); *Tholen*, *Europäisches Konzernrecht*, 2014, p. 170; *Wernert*, *Das Gruppeninteresse*, 2020, p. 182.

Le règlement SE n'harmonise pas le droit européen des groupes, car il applique le droit national des groupes et ne contient pas lui-même de dispositions spécifiques sur le droit des groupes.<sup>1423</sup>

#### **IV. Perte de flexibilité créée par des faits juridiques ?**

Le groupe transfrontalier joue un rôle prépondérant dans le marché intérieur, si bien que l'absence de sa codification n'enlève rien à la réalité juridique. Au contraire, on pourrait faire valoir qu'une intervention du législateur européen inhiberait, voire empêcherait, la diversité et la flexibilité du groupe.<sup>1424</sup> Il faut toutefois préciser que le groupe d'entreprises crée une réalité économique *malgré* l'absence de réglementation juridique, et non *à cause de celle-ci*. En outre, une protection juridique des mesures de gestion de la société mère et une clarification correspondante des risques de responsabilité pourraient stabiliser son pouvoir de gestion dans le groupe.

#### **V. Intervention du législateur européen**

Le législateur européen est appelé à créer un cadre juridique pour les activités transfrontalières des entreprises. Ce n'est pas seulement l'avis unanime de nombreux comités d'experts, mais également une nécessité qui découle de la réalité des groupes de sociétés, notamment dans le contexte de la liberté d'établissement de la société mère et des risques de responsabilité des dirigeants de la filiale.

Les grandes entreprises ayant un chiffre d'affaires important et disposant de leur propre département juridique ou de mandats spécialisés peuvent pallier l'insécurité juridique lorsqu'elles envisagent la formation d'un groupe. Les petites et moyennes entreprises n'en ont souvent pas la possibilité, et l'insécurité juridique qu'elles ne peuvent pallier crée une barrière à l'entrée sur le marché.<sup>1425</sup>

L'harmonisation du droit du groupe pourrait également optimiser les possibilités de contrôle au sein du groupe, notamment s'agissant de la conformité et de la gestion des risques.<sup>1426</sup> Ces éléments deviennent primordiaux puisque le groupe de sociétés est considéré

---

<sup>1423</sup> Sur l'ensemble *Tholen*, *Europäisches Konzernrecht*, 2014, p. 167.

<sup>1424</sup> *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 27; *Wernert*, *Das Gruppeninteresse*, 2020, p. 185.

<sup>1425</sup> *Teichmann*, *ZGR* 2014, 45 (65); *Weller/Bauer*, *ZEuP* 2015, 6 (24); *Wernert*, *Das Gruppeninteresse*, 2020, p. 188; en détail sur la situation des PME *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 36 s.

<sup>1426</sup> Cf. sur l'ensemble *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 29 s.; *Mülbert*, *ZHR* 179 (2015), 645 (662 s.); *Teichmann*, *ZGR* 2017, 485 (498 s.); *Wernert*, *Das Gruppeninteresse*, 2020, p. 189 s.

comme une entité unique tant dans la jurisprudence antitrust de la CJUE que dans la pratique juridique internationale de diverses autorités de contrôle et de poursuite.<sup>1427</sup> La CJUE considère le groupe comme une unité économique et présume de manière réfutable l'influence déterminante de la société mère sur la filiale si la société mère détient 100 % du capital de la filiale.<sup>1428</sup> Cependant, les obligations de surveillance de la société mère à l'échelle du groupe qui découlent de la responsabilité ne correspondent pas à ses pouvoirs en vertu du droit des sociétés. Plus les droit pénal et civil transcendent les frontières et le droit des sociétés, plus la société de contrôle est confrontée à la nécessité de pouvoir exercer une influence de contrôle sur ses filiales.<sup>1429</sup> En l'absence d'une loi européenne sur la gestion des groupes, les sociétés sont liées par les pouvoirs que leur confèrent les systèmes juridiques nationaux, qui ne prévoient souvent pas de droit de donner des instructions et obligent la filiale à agir dans son propre intérêt. La reconnaissance de l'intérêt du groupe et la possibilité associée d'étendre le champ d'action des dirigeants de la société mère et de la filiale permettraient de créer la structure de conformité nécessaire et de gérer adéquatement le risque au sein du groupe.

## **Partie 2 : Analyse économique du groupe transfrontalier**

### ***§ 1 Raisons économiques du regroupement***

La loi doit prendre en compte et promouvoir les conditions et avantages économiques de la formation de groupes. Les règles du droit des groupes poursuivent donc également des objectifs économiques, et visent à préserver la position économique de certains groupes d'acteurs, tels que les associés minoritaires et les créanciers.<sup>1430</sup>

Le groupement de sociétés génère des gains d'efficacité. Ses ressources sont réparties de manière coordonnée et efficace au sein du groupe, permettant ainsi d'identifier les besoins optimaux afin d'obtenir des ressources externes efficacement.

Des économies d'échelle et des économies de réseau seraient également réalisées. En outre, les coûts de transaction sont moindres -du moins, plus faibles que les transactions sur le marché- en raison de l'absence de coûts d'information et de suivi pour les transactions

---

<sup>1427</sup> *Teichmann*, ZGR 2017, 485 (499); *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, p. 189.

<sup>1428</sup> CJUE, 10.09.2009, Aff. C-97/08 P, Rec. 2009 I-08237 - *Akzo Nobel*.

<sup>1429</sup> *Teichmann*, ZGR 2017, 485 (500).

<sup>1430</sup> *Kirchner*, ZGR 1985, 214 (215).

intragroupe. Les faibles coûts de transaction favorisent les interactions entre les entreprises et résolvent ainsi le problème du *hold-up*.<sup>1431</sup>

De plus, le groupe économise des coûts administratifs grâce au droit de la société mère de donner des instructions et à l'échange d'informations au sein du groupe.<sup>1432</sup>

## **A. Avantages pour la société mère**

### **I. Limitation de responsabilité**

#### **1. Segmentation du passif**

La segmentation de la responsabilité divise le risque global du groupe en différentes parties: ce processus en simplifie la maîtrise. Toutefois, cette limitation du risque le stimule également. En effet, cette dernière amoindrit la crainte du risque.<sup>1433</sup> Elle permet également à la société mère de s'assurer que les secteurs non lucratifs ne menacent pas la rentabilité de sa société.<sup>1434</sup> Mais ce n'est pas seulement dans les cas où une activité entrepreneuriale n'est pas performante qu'une séparation des responsabilités peut être intéressante. Pour la société mère, cela crée un domaine de gestion, de responsabilité et de comptabilité plus facile à gérer, et les sociétés bénéficient d'une plus grande autonomie organisationnelle.<sup>1435</sup>

#### **2. Le coût du capital**

Le coût du capital (*cost of capital*) de la société mère est réduit car les profils de risque peuvent être déterminés grâce à la segmentation du passif, ce qui crée des incitations à l'investissement pour les investisseurs étrangers et les investisseurs en fonds propres. De plus, comme chaque filiale individuelle peut obtenir des prêts, le potentiel d'endettement du groupe augmente par rapport à la société unitaire. Au niveau des filiales, les programmes d'investissement peuvent être mis en œuvre séparément de la société mère.<sup>1436</sup> Dans les structures de groupe pyramidales, il existe également un effet de levier. Cela signifie que la société mère, qui détient 51 actions sur 100 dans la filiale, et qui en détient à son tour 51 dans la petite-fille, n'a besoin que d'une participation de 26 actions pour exercer une influence sur la petite-fille.<sup>1437</sup>

---

<sup>1431</sup> Kräkel, *Organisation und Management*, 5e éd. 2012, p. 11 avec références.

<sup>1432</sup> Cf. sur l'ensemble Lotz, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 11 s.; en détail sur les coûts de transaction Kräkel, *Organisation und Management*, 5e éd. 2012, p. 7 renvoyant à Coase, *Economica* 4 (1937), 386 et Williamson, *AJS* 87 (1981), 548; sur les économies d'échelle et les économies de gamme Kräkel, *Organisation und Management*, 5e éd. 2012, p. 59 s.; Schön, *ZGR* 2019, 343 (351, 354 s.).

<sup>1433</sup> Lotz, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 17.

<sup>1434</sup> De Rongé, in: *Filialisation*, 1992, 34 (43 s.).

<sup>1435</sup> Everling, *BFuP* 1977, 281 (286).

<sup>1436</sup> Lotz, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 19.

<sup>1437</sup> Sur l'ensemble De Rongé, in: *Filialisation*, 1992, 34 (45 s.).

## **II. Conquête de marchés étrangers dans des systèmes juridiques étrangers**

Les marchés, dans différents systèmes juridiques, font le plus confiance aux formes juridiques nationales de sociétés puisque celles-ci leur sont connues et familières. Il est donc logique que la société mère devienne économiquement active dans les différents systèmes juridiques avec la forme juridique correspondante. Certaines aides sont également liées à la forme juridique ou à sa nationalité.

## **III. Subdivision et transfert des actions**

La subdivision et le transfert des parts d'entreprise permettent d'accroître la flexibilité de l'activité du marché. Les branches d'activité non rentables peuvent être abandonnées par simple transfert de parts. Il est également plus facile d'acquérir de nouveaux secteurs d'activité, que ce soit en rachetant une entreprise existante ou en créant simplement une nouvelle entreprise.<sup>1438</sup>

## **IV. Transactions intra-groupe**

Les transactions intra-groupe peuvent réduire les coûts administratifs. En effet, les filiales ayant leur propre domaine de responsabilité nécessitent moins de surveillance que les succursales. Il suffit de fixer des objectifs stratégiques et de laisser aux filiales le soin de les mettre en œuvre.<sup>1439</sup>

## **B. Avantages pour les créanciers**

Les avantages du groupement pour les créanciers sont mieux décrits par le terme de cloisonnement des actifs, ou *asset partitioning*.

### **I. Répartition des risques**

Comme nous l'avons déjà décrit, la segmentation du passif permet de définir différents profils de risque pour lesquels les investisseurs peuvent opter. Ils ne doivent pas examiner et évaluer le risque de l'ensemble de l'entreprise, mais peuvent se concentrer sur un domaine d'activité et superviser une gestion claire de l'entreprise.<sup>1440</sup>

### **II. Réduction des coûts d'information**

Cela s'accompagne d'une réduction des coûts d'information, car les créanciers ne doivent plus vérifier la solvabilité de l'ensemble du groupe, mais seulement celle de la filiale.

---

<sup>1438</sup> Cf. *Engert*, ZGR 2020, 59 (62 s.); *Lotz*, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, p. 19.

<sup>1439</sup> *Lotz*, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, p. 11; en détail également *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3e éd. 2017, p. 146.

<sup>1440</sup> *Engert*, ZGR 2020, 59 (62); *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3e éd. 2017, p. 115.

Cela leur permet également de se spécialiser dans une activité commerciale particulière où ils peuvent, en tant qu'investisseurs, mieux évaluer le risque entrepreneurial.<sup>1441</sup>

### **III. Fin de la concurrence avec les créanciers de la société mère**

Si des actifs individuels sont transférés à une filiale afin de lui fournir les liquidités nécessaires, ils ne font plus partie des actifs de la société mère et ne sont donc plus accessibles aux créanciers de la société mère. Ils servent désormais à satisfaire les créanciers de la filiale. Dans le cas du *asset partitioning*, les créanciers ne sont plus en concurrence les uns avec les autres, mais chaque groupe dispose de sa propre zone d'accès, limitée par les actifs sociaux de la société correspondante dont ils sont les créanciers.<sup>1442</sup>

## **§ 2 Risques pour les créanciers et les associés minoritaires**

### **A. Risques pour les créanciers**

#### **I. Renforcement du conflit d'agence entre la société mère et le créancier**

Un problème central est le conflit d'agence entre la société mère et les créanciers. Un tel conflit naît, lorsque les incitations des parties s'écartent. Une relation principal-agent est une relation dans laquelle une personne (agent) s'engage à prendre des décisions pour une autre personne (principal). Dans ce cas, les créanciers prennent la position du principal et le parent celle de l'agent. Le lien existe parce que les créanciers, en tant que prêteurs de capital extérieur, confient l'investissement de ce capital à la société mère, en tant qu'actionnaire majoritaire de contrôle.

Le conflit d'agence entraîne des coûts d'agence, qui se composent de trois éléments. Premièrement, le principal supporte des coûts de surveillance, qu'il doit dépenser pour contrôler l'agent. En outre, l'agent doit supporter des frais de cautionnement afin de garantir au mandant qu'il agit dans son intérêt. Enfin, le principal subit une perte résiduelle.<sup>1443</sup>

La façon dont le parent utilise le capital n'est souvent pas visible pour le créancier. Ainsi, les investissements risqués peuvent être confiés à des membres de groupes juridiquement autonomes, permettant à la société mère d'éviter une évolution défavorable de l'investissement. Les créanciers qui ont apporté le capital en subissent le désavantage.<sup>1444</sup>

#### **II. Risque de dilution et de substitution des actifs**

---

<sup>1441</sup> Cf. sur l'ensemble *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3e éd. 2017, p. 110.

<sup>1442</sup> *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3e éd. 2017, p. 110 note de bas de page 5.

<sup>1443</sup> *Jensen/Meckling*, 3 *J. Fin. Econ.* 305 (308) (1976).

<sup>1444</sup> *Kraakman u. a.*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3e éd. 2017, p. 115; *Lotz*, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 30.

Le risque de dilution et de substitution des actifs va dans le même sens, bien qu'il s'agisse de deux phénomènes distincts.

La dilution des actifs ou *tunneling* correspond au processus de transfert des liquidités de la filiale vers la société mère.<sup>1445</sup> La substitution d'actifs peut parfois présenter des inconvénients encore plus graves pour les créanciers. Dans ce cas, le capital d'emprunt est fourni pour une activité commerciale à faible risque, mais la société la substitue ensuite à un investissement ou une activité à haut risque. Les risques de non-recouvrement de la dette sont accrus, mais uniquement pour les créanciers de la filiale et non pour ceux de la société mère. En effet, la société mère bénéficie de la réussite d'une activité commerciale risquée en raison de sa participation dans la filiale, mais n'a pas à supporter les pertes puisque sa responsabilité est limitée.<sup>1446</sup>

### **III. L'externalisation du risque, en particulier dans le cas de créanciers involontaires**

Le plus grand danger pour les créanciers est l'externalisation des risques. La société mère se décharge de sa responsabilité entrepreneuriale par la segmentation de la responsabilité et la limitation de la responsabilité qui en découle. Un exemple classique est celui d'une compagnie de taxis dont chaque véhicule est exploité par une société distincte, qui n'est toutefois financée que de manière insuffisante. Si ce taxi est maintenant impliqué dans un accident, les parties lésées échouent souvent dans leur demande de dommages-intérêts délictuels parce que les filiales ne sont pas suffisamment capitalisées et que la demande ne peut donc pas être exécutée dans la totalité de son montant. Cependant, la segmentation du passif signifie également que seule la filiale est responsable et non la société mère. Cette dernière peut entièrement transférer le risque que les véhicules de la société de taxis soient impliqués dans des accidents aux parties lésées en tant que créanciers involontaires. Afin de remédier à cette situation, une levée du voile social est discutée, ce qui aboutirait à une responsabilité personnelle de la société mère (Cf. Partie 5 § 3).

Il convient de noter que dans l'exemple de taxi, le risque d'un accident est normalement assuré donc les créanciers involontaires peuvent réaliser leur dommages-intérêts. Mais lorsqu'il s'agit des risques non assurés, le problème d'externalisation du risque devient virulent.

### **IV. Conclusion**

---

<sup>1445</sup> Lotz, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, p. 30.

<sup>1446</sup> Sur l'ensemble *Kraakman u. a.*, The Anatomy of Corporate Law, 3e éd. 2017, p. 111.

L'inconvénient de la limitation de la responsabilité demeure l'externalisation des risques, dont souffrent en particulier les créanciers. Il est important d'amortir ou du moins d'atténuer ces risques afin de ne pas décourager les investisseurs de participer aux activités économiques des sociétés à l'avenir.

## **B. Risques pour les associés minoritaires**

### **I. Conflit d'agence entre associés minoritaires et associés majoritaires**

Le plus grand risque pour les associés minoritaires de la filiale et le conflit d'agence entre eux (principal) et la société mère en tant qu'associé majoritaire (agent). La société mère, peut vider la position patrimoniale des associés minoritaires de sa substance de nombreuses façons, notamment par des mesures de gestion et des résolutions d'associés. Dans ce contexte, il est particulièrement problématique qu'en raison de l'absence de marchés secondaires liquides, que les associés minoritaires ne disposent d'aucune option de sortie, de sorte qu'ils sont plus ou moins sans protection contre le comportement opportuniste de la majorité. Ils sont considérablement exposés au risque d'opportunisme *ex post* de la part de la société mère.<sup>1447</sup>

### **II. Détournement d'apports**

Les associés minoritaires sont également exposés aux risques de la société mère. Par exemple, leurs contributions peuvent être détournées au profit du groupe dans son ensemble et ne plus être utilisées exclusivement pour des activités sociales dans la filiale. Ce risque existe notamment si la société était indépendante lors de sa création et qu'elle est reprise ultérieurement par la société mère en tant qu'associé majoritaire. L'allocation des ressources faite par les investisseurs en capital à l'entrée dans la société peut devenir moins attractive pour eux.<sup>1448</sup> Du fait de leur influence limitée sur la stratégie commerciale de l'entreprise en tant qu'associés minoritaires, le conflit d'agence entre eux et la société mère s'intensifie. Dans ce contexte, les associés minoritaires sont le principal et l'associé majoritaire doit à nouveau être qualifié d'agent.

### **III. Transfert de bénéfices à d'autres sociétés**

L'objectif de la participation dans la filiale est d'augmenter les bénéfices personnels via les dividendes de la société et d'augmenter la valeur des parts. Toutefois, les associés minoritaires ne participent qu'aux bénéfices de la filiale et la société mère peut augmenter

---

<sup>1447</sup> Fleischer, in: MüKoGmbHG, 3e éd. 2018, Einleitung n° 276, 291.

<sup>1448</sup> Cf. Lotz, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, p. 29.

ses propres bénéfices en cas de transfert de bénéfices vers d'autres sociétés. Leurs bénéfices escomptés ne correspondent donc plus à leur taux de participation.<sup>1449</sup>

#### **IV. Conclusion**

En particulier, le transfert de bénéfices et l'absence de correspondance entre les bénéfices escomptés et le taux de participation menacent le droit de propriété des associés minoritaires. Or, sans cette protection, les investisseurs ne seraient plus incités à participer à une société. Il en résulterait une détérioration des conditions de financement, ce qu'il convient d'éviter d'un point de vue macroéconomique.<sup>1450</sup>

#### **§ 3 Fonction régulatrice de la loi sur la structuration des groupes**

Le droit des groupes doit donc équilibrer les avantages et les inconvénients économiques et créer une structure de groupe optimale, dans laquelle les considérations d'efficacité et les exigences de protection se conjuguent.

La structure optimale du groupe nécessite une coordination entre la gestion décentralisée et la gestion centralisée du groupe.

Une structure organisationnelle décentralisée au sein d'un groupe est efficace lorsqu'elle accroît la capacité d'innovation des secteurs du groupe. Ceux-ci peuvent réagir rapidement au marché et se spécialiser avec leur propre pouvoir de décision et une hiérarchie horizontale. En outre, en raison de leur autonomie juridique, les filiales peuvent s'engager dans des coopérations simples et des *joint ventures*. Cela peut même générer des effets de synergie en dehors de l'entreprise.<sup>1451</sup>

Cependant, il existe également des domaines qui bénéficient considérablement d'une gestion uniforme, car ce n'est que de cette manière que l'on peut obtenir des effets de synergie intra-groupe et exploiter les économies de gamme. La tâche de la gestion du groupe est d'augmenter la valeur globale du groupe: ce n'est que si cet objectif est atteint que tout désavantage pour la filiale est justifié. Une telle augmentation globale de la valeur ne peut, bien entendu, être contrôlée que par la société mère, car le dirigeant de la filiale n'a probablement en tête que l'augmentation de la valeur de sa société.

En outre, il est nécessaire de disposer d'une gestion stratégique globale capable de coordonner une coopération efficace au sein du groupe sur la base de la division du travail.

---

<sup>1449</sup> Lotz, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 29.

<sup>1450</sup> Lotz, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 30.

<sup>1451</sup> Lotz, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 22; plus de détails dans *Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law*, 1994, p. 27 s.

De cette manière, les conflits au sein du groupe peuvent également être évités, ce qui se traduit par des avantages en termes de coûts de suivi par rapport aux transactions sur le marché en dehors du groupe.<sup>1452</sup>

On peut donc affirmer qu'une structure de groupe optimale doit décentraliser la gestion opérationnelle vers les filiales. Toutefois, la gestion stratégique et financière doit rester centralisée au sein de la société mère.

La gestion centrale stratégique et financière de la société mère est optimisée par un droit d'émission d'instructions et un échange d'informations au sein du groupe.

#### **§ 4 Fonction du droit des groupes: la facilitation d'établissement du groupe**

Afin de prendre en compte les avantages économiques du groupe par rapport à la société unique en droit, la réglementation du droit des groupes doit faciliter le regroupement mais aussi l'exercice du pouvoir de gestion. Le droit des groupes doit avoir une fonction d'habilitation dans le cadre de la gestion des groupes, en ce sens que les mesures d'intégration des groupes sont légitimées et trouvent leurs limites lorsque les avantages économiques ne l'emportent plus sur les inconvénients. Il s'agit donc d'une sorte d'efficacité Kaldor-Hicks plutôt que d'une efficacité Pareto. La valeur globale du groupe doit être augmentée et les inconvénients doivent être compensés, bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'il n'y ait pas d'inconvénients en premier lieu.

Cependant, il faut mettre à la disposition de la direction davantage que ce qui est déjà possible et autorisé par le droit des sociétés. Les limites légales doivent être pleinement exploitées. La société mère doit être habilitée à aligner le comportement de la filiale sur les objectifs du groupe afin d'éviter un déséquilibre voire une distorsion dans le groupe causée par la diversité des filiales.

La tâche de la direction centrale du groupe consiste également à garantir les avantages obtenus grâce au regroupement. Il s'agit notamment des effets de synergie, des économies d'échelle et des économies de gamme. Dès que les avantages identifiés auront été obtenus et garantis, la question se pose de savoir comment les gains d'efficacité intragroupe pourront être réalisés. C'est l'intérêt du groupe, dont le contenu reste à définir (Partie 3, § 2). Il convient de noter que la société mère peut ordonner des mesures désavantageuses pour autant

---

<sup>1452</sup> Lotz, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern, 2020, p. 23 s.; Lübking, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, p. 74 s.

qu'elles augmentent la valeur globale du groupe et suivent une politique de groupe équilibrée *ex ante*.

### **Partie 3 : Limites du droit des sociétés de la gestion de groupe dans les groupes transfrontaliers**

#### ***§ 1 Possibilité de gestion centralisée du groupe***

Il est économiquement logique d'avoir une gestion stratégique et financière centralisée au niveau de la société mère et une gestion opérationnelle au niveau de la filiale. Il faut ici tenir compte de la gestion centrale par la société mère et de sa structure en droit français et allemand. Les deux systèmes juridiques prévoient des mécanismes permettant à la société mère d'exercer son pouvoir de gestion. Ce pouvoir de gestion peut soit être structuré par une loi spéciale et entraîner des droits et obligations directs pour toutes les parties concernées, soit être exercé indirectement par l'organisation même du groupe.

#### **A. Gestion directe du groupe de la société mère**

La société mère exerce son pouvoir de gestion directement par le biais du droit d'émettre des instructions. Cependant, elle peut aussi exercer son influence en fait.

##### **I. Mise en œuvre des prérogatives accordées par la loi**

###### **1. La gestion de droit**

Dans la SAS, les personnes morales peuvent être *présidentes* ou *dirigeantes* et gérer la société, art. L. 227-7 CCom. Dans la SARL, en revanche, le *dirigeant* doit être une personne physique, art. L. 223-18 al. 1 CCom. Il en va de même pour la GmbH, art. 6 (2) phrase 1 GmbHG.

###### **2. Le droit de donner des instructions**

###### ***a) Fondé sur le droit des sociétés***

Le droit français des sociétés ne prévoit pas de droit explicite de donner des instructions. Les organes de l'entreprise sont indépendants.

La loi allemande sur les GmbH confère à la société mère un droit complet de donner des instructions. Elle est à la disposition conjointe des associés de la GmbH et est exercée par résolution de l'assemblée des associés, art. 37 (1) GmbHG. Toutefois, comme la société mère détient la majorité des voix à l'assemblée des associés de la filiale, elle peut faire adopter les résolutions correspondantes sur instruction.

###### ***b) Conféré par le droit du travail : Contrat de travail du dirigeant de la filiale avec la société mère***

Dans la pratique des groupes, il est courant que des employés de la société mère soient nommés par celle-ci comme dirigeants de la filiale. La société mère exerce alors le pouvoir de gestion grâce au droit de direction que lui confère le droit du travail.

#### aa) Droit français

En cas de contrat de travail avec la société mère ayant pour objet l'exercice d'un mandat dans la filiale, le droit du travail s'applique en plus du droit des sociétés, qui continue à s'appliquer au dirigeant.<sup>1453</sup> L'objectif est de garantir un niveau de protection plus élevé aux dirigeants. Il faut toujours vérifier si le contrat de travail existe également en parallèle au mandat social ou s'il est suspendu pendant l'exercice du mandat.

Outre les conditions de rémunération par la société mère et d'exercice des fonctions pour lesquelles le salarié a été engagé, le critère le plus important pour l'existence d'un contrat de travail est le lien de subordination.<sup>1454</sup> Cela peut entrer en conflit avec l'exercice indépendant d'un mandat. S'il existe une atteinte à l'autonomie décisionnelle du dirigeant, le mandat social n'a qu'un caractère fictif, avec pour conséquence que la société mère pourrait être considérée comme le dirigeant de fait, voire l'employeur des salariés de la filiale.<sup>1455</sup> Si le contrat de travail a été conclu dans l'intention d'empêcher la libre révocabilité du gérant, le contrat est nul. Le principe selon lequel le gérant peut être révoqué à tout moment est un principe d'ordre public.<sup>1456</sup>

Chaque relation doit prendre fin selon ses règles spécifiques. La jurisprudence reconnaît toutefois que le comportement dans l'exercice du mandat peut, dans certaines circonstances, justifier un licenciement.<sup>1457</sup> Inversement, on discute également de l'absence de fondement du mandat social en cas de cessation de la relation de travail, lorsque cette dernière a été conclue exclusivement pour l'exercice du mandat. En effet, la société mère est incitée à conclure un tel contrat avec le dirigeant de la filiale en raison de l'influence qu'elle peut ainsi exercer.<sup>1458</sup> En cas de désaccord avec la société mère et de licenciement par cette dernière, cela peut être considéré comme un juste motif pour la révocation de la fonction de gérant de la filiale.<sup>1459</sup>

---

<sup>1453</sup> Sur les dits cadres dirigeants *Vatinet*, in: Mél. Germain, 2015, 841.

<sup>1454</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 65950; Mémento pratique Sociétés commerciales, 2019, n° 80331 s.

<sup>1455</sup> *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, n° 136.

<sup>1456</sup> CA Paris, 26.01.1994, n° 6630/91.

<sup>1457</sup> Cass.soc., 04.03.1997, n° 93-44.805, Bull. Joly 1997, 661, note *J.-Ph. Dom.*

<sup>1458</sup> *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, n° 157 s.

<sup>1459</sup> Cass.com., 12.06.2007, n° 06-13.900, RJDA 12/07, n° 1242.

## bb) Droit allemand

Le cumul d'un contrat de travail et de l'exercice d'un mandat pour les personnes morales ne pose pas non plus de problème en droit allemand. Dans un groupe, les gérants peuvent exercer des fonctions de direction dans une ou plusieurs sociétés du groupe (dites sociétés tierces) et être employés par la société mère du groupe. La jurisprudence<sup>1460</sup> et la doctrine reconnaissent l'emploi de tiers comme admissible pour la GmbH qui n'est pas soumise à la co-détermination. La seule controverse est de savoir si cela nécessite une disposition spéciale dans les statuts ou le consentement de l'assemblée des associés,<sup>1461</sup> ou si l'emploi d'un tiers au sein du groupe ne nécessite aucune protection en vertu du droit des sociétés.<sup>1462</sup> Indépendamment de la conclusion du contrat de travail, le dirigeant doit également être nommé en tant qu'organe de direction de la filiale en question.<sup>1463</sup>

La société mère peut alors exercer son pouvoir de gestion dans la filiale grâce au droit de direction que lui confère le droit du travail. Elle peut également exercer une pression sur le gérant en le menaçant non seulement de le révoquer mais aussi de le mettre à pied.<sup>1464</sup>

### **II. Pratique des sociétés mères ayant une influence sur la filiale**

Le gérant est nommé et révoqué par l'assemblée des associés, art. L. 223-19 CCom. (SARL), art. 38 GmbHG. La mère, en tant qu'associée majoritaire de la filiale, peut donc aider les personnes qui lui sont associées à accéder au poste de gérant et les démettre ensuite de ce poste par les mêmes moyens.

Par conséquent, quel que soit le cadre juridique régissant l'émission et l'exécution des instructions, l'applicabilité pratique des instructions transfrontalières émises par une société mère allemande à l'intention de filiales étrangères pose rarement des problèmes dans la pratique. En cas de refus d'exécuter l'instruction pour des raisons autres que des raisons juridiques impérieuses (par exemple, pour des raisons d'opportunité ou d'affaires), la relation de confiance sera gravement perturbée et constituera donc une base pour la révocation d'un gérant obstiné.<sup>1465</sup>

---

<sup>1460</sup> BAG, 25.10.2007 - 6 AZR 1045/06, DB 2008, 355; BGH, 25.06.1979 - II ZR 219/78, BGHZ 75, 209 (210).

<sup>1461</sup> *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20e éd., 2020, Anhang zu § 6 n° 9; *Jaeger/Steinbrück*, in: *MüKoGmbHG*, 3e éd., 2019, § 35 n° 252; *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23e éd., 2022, § 6 n° 65; suivant *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201 (204).

<sup>1462</sup> Sur l'ensemble *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201 (204).

<sup>1463</sup> *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201 (205).

<sup>1464</sup> *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 175.

<sup>1465</sup> *Drygala*, AG 2013, 198 (202); *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4e éd., 2022, Anhang zu § 13 n° 383; *Ott*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 433 (443).

Toutefois, ce dernier cas ne peut être envisagé que si le gérant de la filiale est librement révocable. Dans la SARL, la révocation ne peut être que motivée, art. L. 223-25 al. 1 CCom. Le gérant peut demander une indemnisation en cas de révocation abusive.<sup>1466</sup> Dans la SAS, les actionnaires sont libres de prendre leurs propres dispositions, art. L. 227-5 CCom. Dans le silence des statuts, les dirigeants de la SAS sont révocables ad nutum.<sup>1467</sup> Si la loi ou les statuts exigent un motif important pour la révocation, celui-ci peut également découler de l'intérêt de l'entreprise.<sup>1468</sup> En outre, la gestion de la filiale doit être alignée sur les intérêts des associés majoritaire,<sup>1469</sup> donc le juste motif peut résulter d'un conflit avec l'associé majoritaire, alors la société mère.

Dans le cas de la GmbH, l'art. 38 (1) GmbHG dispose que les gérants sont en principe librement révocables. Les statuts peuvent prévoir l'exigence d'un motif valable, art. 38 (2) GmbHG.

## **B. Gestion indirecte du groupe de la société mère**

La société mère dispose d'importants moyens de gestion directe du groupe mais il existe aussi des possibilités d'action indirectes.

### **I. Interdépendance du personnel et double mandat**

L'application transfrontalière des mesures de gestion du groupe se fait également par le biais de ce que l'on appelle la « voie du personnel », c'est-à-dire en particulier par le biais des doubles mandats et d'autres relations entre les membres du personnel.<sup>1470</sup> L'avantage est également de permettre la transmission des valeurs et du savoir-faire aux différentes sociétés et de faciliter la communication entre les membres du groupe.<sup>1471</sup>

#### **1. Droit français : cumul des mandats sociaux**

Le droit français des sociétés régit l'émission de doubles mandats en fonction de la forme de la société. Il n'existe pas de règles sur le cumul des mandats sociaux pour les SARL. Il en va de même pour le SAS.

---

<sup>1466</sup> *Monsérié-Bon/Grosclaude*, Droit des sociétés et des groupements, 2016, n° 186.

<sup>1467</sup> Cass.com., 09.03.2022, n° 19-25.795, Bull. Joly 2022, n° BJS200y7, note *Barbière*.

<sup>1468</sup> *Germain/Mangier*, Les sociétés commerciales, 22e éd. 2017, n° 1827; *Monsérié-Bon/Grosclaude*, Droit des sociétés et des groupements, 2016, n° 187.

<sup>1469</sup> CA Versailles, 19.01.2016, n° 14/00470, Bull. Joly 2016, 342, note *Favario*; CA Paris, 20.05.2010, Dr. sociétés 2010, n° 229.

<sup>1470</sup> Voir par exemple *Hommelhoff*, GmbHR 2014, 1065 (1070); *Ott*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, 433 (440).

<sup>1471</sup> Cf. *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 177 s.

Cette tolérance du législateur français est fondée sur la volonté de renforcer la structure interne du groupe et de créer des liens de personnel entre les sociétés du groupe.<sup>1472</sup> A cet égard, la pratique décisionnelle française offre une possibilité d'exercer indirectement le pouvoir de gestion du groupe. Le dirigeant de la filiale, qui fait également partie de l'organe de direction de la société mère, est soumis à une obligation de loyauté envers cette dernière. Cela signifie qu'il doit appliquer la décision de la société mère à la filiale, puis voter au conseil d'administration de la même manière que la décision du conseil d'administration de la société mère.<sup>1473</sup> Et ce même si l'administrateur commun a voté contre la décision majoritaire de la société mère. Ainsi, le tribunal étend l'obligation de loyauté au-delà des limites de la société mère à la filiale.<sup>1474</sup>

Cette obligation du gérant n'existe pas si la décision est contraire à l'intérêt propre de la filiale.<sup>1475</sup> Cette « discipline de groupe », bienvenue dans l'intérêt de ce dernier, est limitée par l'intérêt propre de la filiale. Il convient également de noter que la Cour n'utilise pas la formulation de l'intérêt de groupe.<sup>1476</sup> Il faut donc s'interroger sur la sécurité de la direction du groupe grâce à l'obligation de loyauté.

## 2. Droit allemand

Le double mandat est possible en principe, mais il est critiqué du fait des conflits d'intérêts. L'imbrication de la gestion de la société mère et de la filiale peut conduire à un manque de séparation des intérêts de la filiale de ceux de la société mère ou à une prédominance des intérêts de la société mère.<sup>1477</sup> Ce serait notamment le cas si l'organe de direction de la filiale était incité à voter de manière cohérente dans la société mère et dans la filiale, comme l'autorise la jurisprudence française sur la base d'une obligation de loyauté. Il est vrai que l'obligation en droit français est également limitée par l'intérêt propre de la filiale. Cependant, la capacité de la société mère à influencer la conduite du dirigeant de la filiale est considérablement accrue et la résolution du conflit d'intérêts tend à être prédéterminée dans

---

<sup>1472</sup> *Didier/Didier*, Les sociétés commerciales, 2011, n° 1395.

<sup>1473</sup> Cass.com., 22.05.2019, n° 17-17.565, D. 2019, 1316, note *Schmidt; Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015, n° 119-1.

<sup>1474</sup> *Moury*, RTD com. 2019, 689 (691).

<sup>1475</sup> Cass.com., 22.05.2019, n° 17-17.565, D. 2019, 1316, note *Schmidt; Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015, n° 119-1; *Moulin*, Droit des sociétés et des groupes, 13e éd. 2019, p. 242.

<sup>1476</sup> *Moury*, RTD com. 2019, 689 (690 s.); *Parachkévova-Racine*, Bull. Joly 2019, n° 119t0, 1; *Schmidt*, D. 2019, 1316 (1317 s.).

<sup>1477</sup> Cf. *Lübking*, The Group of Companies, Efficiency and the Law, 1994, p. 120 s.

une direction. Une tendance à une pondération plus forte de l'intérêt de la société mère, voire de l'intérêt du groupe, ne peut être déduite du droit allemand.

Si ce conflit ne peut être résolu, un mandat doit être révoqué. Une interdiction de voter conformément à l'art. 47 (4) GmbHG est également envisagée.<sup>1478</sup> Par conséquent, ces doubles mandats ne constituent pas un moyen juridiquement sûr et fiable d'assurer une gestion efficace et efficiente des groupes transfrontaliers.

## **II. Participation financière des gérants à la réussite de la société mère**

Du point de vue de la gestion d'entreprise, une gestion efficace et réussie des groupes nécessite l'influence continue du personnel sur le comportement des dirigeants de la filiale.<sup>1479</sup> Dans la pratique, la possibilité pour les gérants de participer au capital de « leur » entreprise s'est avérée particulièrement motivante.<sup>1480</sup> Grâce aux programmes de participation, il est possible d'aligner les intérêts des dirigeants et des associés, et d'éliminer ainsi le conflit entre principal et agent. Outre les programmes de participation, des primes liées aux performances peuvent également être versées aux gérants.<sup>1481</sup> Une rémunération proportionnelle, sous forme d'une participation aux bénéfices, permet à la mère d'exercer son influence au niveau de la direction de sa fille.<sup>1482</sup>

En dépit de quelques problèmes pratiques, l'intérêt pour la réussite de la mère ne peut pas non plus fournir un outil de gouvernance complet et sûr sur le plan juridique. Il ne s'agit que d'une motivation et non d'une obligation pour le gérant.

## **III. Groupes de discussion, comités et commissions mixtes**

Le groupe lui-même n'est pas une personne morale et ne dispose pas d'organes propres. L'idée est donc de remplacer ou d'accompagner les organes de gestion manquants par des comités ou des comités informels. Les associés majoritaires de la société mère sont libres de créer des « organes de groupe ».<sup>1483</sup> Un style coopératif de direction peut également être maintenu par des groupes de discussion, des comités et des comités mixtes. Cependant, l'effet des décisions prises n'a pas de valeur légale : elles n'ont pas d'applicabilité juridique.

## **IV. Recommandation interne au groupe**

---

<sup>1478</sup> En détail *Ebenroth/Müller*, GmbHR 1991, 237.

<sup>1479</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 181; *Keller*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6e éd. 2020, § 4 n° 4.113.

<sup>1480</sup> *Keller*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6e éd. 2020, § 4 n° 4.117.

<sup>1481</sup> Cf. *Keller*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6e éd. 2020, § 4 n° 4.118.

<sup>1482</sup> Sur la rémunération incitative dans la SARL autonome *Gibirila*, Le dirigeant de société, 1995, p. 142; *Mémento SARL*, 14e éd. 2018, n° 427.

<sup>1483</sup> *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015, n° 120.

La société mère peut - si nécessaire en coopération avec les filiales - émettre des recommandations internes au groupe dans lesquelles elle définit des règles de conduite et des normes de gestion. Là encore, le problème réside dans le fait que ces instruments juridiques non contraignants manquent de force exécutoire et ne sont pas adaptés à une direction uniforme du groupe. Ceci notamment parce qu'ils ne peuvent définir que des cadres et des principes d'action qui ne se fondent pas sur des cas concrets.<sup>1484</sup>

### **C. Exemples d'application en droit du groupe**

La société mère peut déjà exercer sa fonction de gestion centrale du groupe dans une large mesure grâce au droit de donner des instructions en vertu du droit des sociétés et au droit de donner des directives en vertu du droit du travail. Toutefois, cette fonction n'est pas illimitée. Les limites du pouvoir de gestion de la société mère, qui seront montrées dans ce qui suit, peuvent faire obstacle à une structure de groupe efficace. On soulignera ici les limites de la gestion directe du groupe, celles de la gestion indirecte du groupe ayant déjà été présentées : l'absence d'opposabilité juridique.

Deux scénarios de cas spécifiques aux groupes éligibles sont destinés à illustrer ces limites. Tout d'abord, la mesure organisationnelle de la répartition des fonctions dans le groupe, qui illustre la gestion stratégique de la société mère. Deuxièmement, la participation au pool de trésorerie, qui est attribuable à la gestion financière de la société mère.

#### **§ 2 Direction de fait**

Une limite importante au pouvoir de gestion est la qualification de dirigeant de fait, car celui n'est soumise qu'aux devoirs et dans une certaine mesure à la responsabilité d'un dirigeant de droit, mais ne se voit attribuer aucun droit. La qualification de dirigeant de fait est en soi une sanction de l'exercice d'un pouvoir de gestion contraire à la compétence.

L'existence d'une telle gestion de fait est évaluée de manière divergente en droit français et allemand.

Le dirigeant de fait est défini comme la personne qui dirige la société sans avoir été dûment investie des pouvoirs de gestion par les organes sociaux.<sup>1485</sup> L'art. L. 241-9 CCom précise à propos du dirigeant de fait : « ... toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal. » Le dirigeant de fait doit exercer une activité de

---

<sup>1484</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 184; *Keller*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch, 6e éd. 2020, § 4 n° 4.45 s.

<sup>1485</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (500).

direction de fait ; la direction de fait ne peut donc être établie que par une action positive, mais pas par omission.<sup>1486</sup> Une autre condition préalable est qu'il s'agisse d'une activité de direction exercée de façon indépendante. Selon la jurisprudence, cela dépend notamment de la durée et de la stabilité de l'immixtion de la personne dans la gestion de la société.<sup>1487</sup> En outre, le dirigeant de fait doit avoir un réel pouvoir de décision ; un simple contrôle de la gestion n'est pas suffisant.<sup>1488</sup> Les tribunaux se contentent de preuves circonstanciées qui, si elles sont présentes, les amènent à présumer la gestion de fait.<sup>1489</sup> Par exemple, l'associé majoritaire peut également être considéré comme dirigeant de fait. Toutefois, il ne suffit pas que l'associé majoritaire exerce simplement ses droits de contrôle et d'intervention résultant de sa participation.<sup>1490</sup> Enfin, les personnes physiques comme les personnes morales peuvent être gérant de fait.<sup>1491</sup>

En droit allemand, le dirigeant de fait est la personne qui, sans jamais avoir été formellement nommée, assume purement factuel la position de dirigeant.<sup>1492</sup> La jurisprudence des juridictions civiles exige que « l'intéressé, selon l'apparence globale, ait pris en main de manière décisive le sort de la société - au-delà de l'influence interne sur la gestion selon les statuts - par ses propres actes dans la relation externe, qui influencent durablement l'activité de l'organe légal de gestion »<sup>1493</sup>.

Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire de faire évincer le gérant de droit.<sup>1494</sup> On peut se demander si une action caractéristique du gérant dans les relations extérieures est nécessaire ou si une influence purement interne est suffisante. La doctrine admet qu'une activité dans la relation interne est suffisante, alors que la jurisprudence exige « une action propre, extérieure, habituellement imputable à la gestion. »<sup>1495</sup> Car ce n'est qu'à cette condition que l'ordre des compétences du droit des sociétés, dans lequel seul le gérant de droit agit à l'extérieur, est remis en cause. Cela permet également de tracer la limite des

---

<sup>1486</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (502 s.).

<sup>1487</sup> CA Paris, 11.06.1987, n° JBS-1987-299, Bull. Joly 1987, 719: "... immixtion dans des fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause".

<sup>1488</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (503) avec références.

<sup>1489</sup> *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997, 499 (507).

<sup>1490</sup> CA Paris, 07.05.1975, D. 1975, somm. 121: "l'associé qui se borne à exercer le droit de contrôle et d'intervention attaché à ses titres ne saurait être considéré comme un dirigeant de fait".

<sup>1491</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, n° 30.

<sup>1492</sup> *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, p. 34 avec références.

<sup>1493</sup> BGH, 11.07.2005 - II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550.

<sup>1494</sup> *Strohn*, DB 2011, 158 (160) avec des références de la jurisprudence.

<sup>1495</sup> Jurisprudence constante depuis BGH, 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (48).

instructions admissibles dans la relation interne.<sup>1496</sup> Un autre point litigieux dans la qualification de gérant de fait est l'aptitude à la fonction selon l'art. 6 (2) GmbHG. Selon ce principe, seules les personnes physiques peuvent être des gérants formels, ce qui explique que la jurisprudence suppose que cette restriction doit également s'appliquer aux gérants de fait.<sup>1497</sup> En outre, le dirigeant de fait doit exercer une influence durable sur la gestion générale. Le BGH exige régulièrement la prise en charge de tâches de gestion dans une « mesure significative ».<sup>1498</sup> Dans ce contexte, la durée de l'influence est particulièrement importante, mais dans le cas d'interventions ciblées de haute intensité, elle n'est qu'un facteur parmi d'autres dans la caractérisation globale de la gestion de fait.<sup>1499</sup>

Si l'on part du principe, contrairement à la jurisprudence, que les personnes morales peuvent également être des gérants de fait, la société mère peut être considérée comme telle si elle donne des instructions contraires à sa compétence et exerce ainsi son pouvoir de gestion du groupe.<sup>1500</sup> La différence essentielle est donc l'aptitude à la fonction ainsi que la pertinence de la caractéristique de la durée de l'influence.

### **§ 3 Règles relatives au maintien du capital**

Les règles de maintien du capital jouent un rôle crucial dans la fonction protectrice du droit des groupes, car elles limitent l'influence que la société mère peut exercer sur sa filiale. La législation sur la conservation du capital vise à protéger les créanciers de l'avidité des associés.<sup>1501</sup>

#### **A. Règles françaises de maintien du capital et protection patrimonial**

Il est donc d'autant plus intéressant que le droit français du maintien du capital soit orienté vers le capital social, bien que celui-ci n'ait plus de contenu matériel.

Le capital social doit être stipulé dans les statuts, art. L. 210-2 CCom. Toutefois, pour la SAS<sup>1502</sup> et la SARL<sup>1503</sup>, un montant minimum pour ce capital a été supprimé. Les principes de préservation du capital social s'appliquent toujours, mais celui-ci peut être aussi bas que 1

---

<sup>1496</sup> Cf. le compte rendu dans *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, p. 106.

<sup>1497</sup> BGH, 25.02.2002 - II ZR 196/00, NZG 2002, 520 (522).

<sup>1498</sup> BGH, 21.03.1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44 (48).

<sup>1499</sup> *Strohn*, DB 2011, 158 (162).

<sup>1500</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 (345); *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, 2012, p. 148; *Strohn*, DB 2011, 158 (161).

<sup>1501</sup> *Mortier*, Opérations sur capital social, 2e éd. 2016, n° 45.

<sup>1502</sup> Aboli par la Loi n° 2008-776 du 04.08.2008 pour la modernisation de l'économie, JORF n° 0181 du 05.08.2008.

<sup>1503</sup> Aboli par la Loi n° 2003-721 du 01.08.2003 pour l'initiative économique, JORF n° 179 du 05.08.2003.

€ et perdre ainsi considérablement sa fonction protectrice. Ces principes sont le principe d'intangibilité et le principe de fixité des actifs de l'entreprise.<sup>1504</sup>

## **I. Principes**

### 1. Principe d'intangibilité

Le principe d'intangibilité interdit aux associés de récupérer leur apport jusqu'à la dissolution de la société. En outre, ils ne peuvent pas distribuer de dividendes « illégaux ».<sup>1505</sup>

### 2. Principe de fixité

Le principe de fixité prévoit que le capital ne peut être modifié que dans le respect de certaines règles.<sup>1506</sup> L'augmentation du capital s'effectue conformément aux dispositions de l'art. L. 223-30 et suivants, 225-127 et suivants. CCom. La réduction du capital est régie par l'art. L. 223-34 et suivants, 225-204 et suivants. CCom. L'exception à ce principe est le capital variable, art. L. 231-1 CCom.

### 3. Appréciation des principes

La possibilité de fixer le capital social à 1 € assouplit considérablement le principe d'intangibilité, puisque les distributions ne sont pas autorisées si les capitaux propres sont inférieurs au montant du capital social augmenté des réserves ou si la distribution les rendrait moins importants. En cas de fonds propres négatifs, d'autres règles de protection s'appliquent déjà, de sorte que le droit de maintien du capital n'a pas ici de fonction protectrice particulière. De même, la possibilité pour les associés d'utiliser le capital variable limite considérablement le principe d'intangibilité du capital. Les principes du droit du maintien du capital ne semblent pas limiter sérieusement la gestion financière de la société mère.

## **II. Sanctions**

Par-delà la faiblesse des principes, le droit français prévoit des mécanismes de sanction qui s'étendent à tous les domaines juridiques et limitent ainsi la gestion du groupe.

### 1. Droit pénal des affaires : interdiction des dividendes, art. L. 241-3 2° CCom. et art. L. 242-6 1° en liaison avec L. 224-1 CCom.

Les principes de maintien du capital sont sanctionnés, entre autres, par le biais du droit pénal des affaires. Cela montre la technique réglementaire du législateur qui consiste à faire d'une violation de la loi une infraction pénale afin de mieux garantir la mise en œuvre d'une

---

<sup>1504</sup> Dana-Démaret, Le capital social, 1989, n° 254.

<sup>1505</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 518.

<sup>1506</sup> Velardocchio, in: Répertoire des sociétés, 1996, n° 45.

norme. Ce faisant, le législateur détermine la pénalité en fonction de l'importance du respect de cette norme de conduite.<sup>1507</sup>

La distribution de dividendes fictifs est interdite, art. L. 232-12 al. 3 CCom. Un dividende est fictif s'il est distribué contrairement aux dispositions de l'art. L. 232-12 CCom. Cela signifie qu'il est distribué à partir d'un bénéfice qui n'a pas été effectivement réalisé donc qu'il n'est pas distribuable.<sup>1508</sup> Il en va de même pour un dividende généré par des sommes indisponibles : Capital social, réserves légales ou statutaires.<sup>1509</sup> L'infraction d'interdiction de distribution découle pour la SARL de l'art. L. 241-3 2° CCom. et pour la SAS des artt. L. 242-6 1° en liaison avec L. 224-1 CCom. La personne ayant commis l'infraction est le gérant ou le gérant de fait de la société.

L'infraction est réputée constituée dès que l'associé acquiert un droit de créance sur la société. Cela se fait par la décision de payer les dividendes. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le dividende soit effectivement versé ; le fait qu'il soit mis à la disposition des associés est suffisant. La responsabilité pénale est ainsi mise en avant. La distribution n'est pas justifiée par la confirmation par l'assemblée générale.<sup>1510</sup> En outre, il doit y avoir un bilan frauduleux et une mauvaise foi ou intention du gérant.

En cas d'infraction, le gérant risque jusqu'à cinq ans d'emprisonnement ou une amende pouvant atteindre 375 000 euros.

Dans le cas du groupe, toutefois, la question se pose de savoir si la société mère, en tant que personne morale, peut également commettre cette infraction. Elle peut être nommée président ou dirigeant de la SAS, mais ses dirigeants seront responsables, art. L. 227-7 CCom. Le pouvoir de gestion est donc également limité, indépendamment du fait que la société mère elle-même ou ses gérants puissent être tenus pour responsables. Dans le cas de la SARL, la société mère peut être responsable en tant que dirigeant de fait.

2. Droit pénal des affaires : abus des biens sociaux, art. L. 241-3 4° CCom. et artt. L. 242-6 3° en liaison avec L. 224-1 CCom.

Au-delà du maintien du capital social, certaines dispositions servent à la protection patrimoniale de la filiale. Elles concernent soit la responsabilité pénale, soit la responsabilité civile du dirigeant. En matière de responsabilité pénale, l'abus de biens sociaux est puni d'une

---

<sup>1507</sup> *Voutsis*, La distribution des dividendes fictifs, 1965, p. 9.

<sup>1508</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, n° 172.

<sup>1509</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, n° 172; plus de détails dans *Velardocchio*, in: Répertoire des sociétés, 1996, n° 88.

<sup>1510</sup> Sur l'ensemble *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, n° 172.

amende pouvant aller jusqu'à 375 000 euros et/ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans, artt. L. 241-3 4° (SARL) et L. 242-6 3° en liaison avec L. 244-1 CCom (SAS).

*a) Auteur : dirigeant de droit et de fait*

L'auteur de l'abus de biens sociaux est le dirigeant de droit de la SAS ou le gérant de la SARL qui, de mauvaise foi, a utilisé les biens ou le crédit de la société dans un intérêt contraire à celui de la société afin de s'enrichir ou d'enrichir une société dans laquelle il a un intérêt direct ou indirect. Les règles s'appliquent également au dirigeant de fait, artt. L. 241-9 (SARL), L. 244-4 (SAS) CCom.

La responsabilité pénale de la société mère découle de l'art. 121-2 CPén qui prévoit que les personnes morales sont pénalement responsables des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. Notons toutefois que les dirigeants d'une société étrangère ne sont pas soumis à la responsabilité pour abus de biens sociaux ; ils ne peuvent commettre qu'un abus de confiance, art. 314-1 CPén.<sup>1511</sup> La sanction est la même.

*b) Élément matériel*

L'élément matériel est constitué quand deux conditions sont satisfaites. Tout d'abord, il doit y avoir un usage abusif d'un des actifs de l'entreprise.<sup>1512</sup> Cette utilisation comprend tout acte qui affecte les actifs de l'entreprise. Il est notamment abusif que le gérant mélange ses biens avec ceux de la société et déplace les différents biens à sa guise.<sup>1513</sup>

Deuxièmement, cet usage doit être contraire à l'intérêt social. Il importe peu que l'entreprise subisse effectivement une perte. Il suffit que la société ait été exposée à un risque anormal du fait de cet acte.<sup>1514</sup> Ce risque est évalué au moment de l'acte et non au moment où les effets négatifs se produisent effectivement.<sup>1515</sup> Le gérant doit donc faire une évaluation des conséquences au moment de l'acte. Il n'est pas possible de laisser au hasard le soin de déterminer si le risque est effectivement réalisé ou si d'autres circonstances favorables permettent un allègement de la gravité de l'acte du gérant du fait que, exceptionnellement, le risque n'a pas été réalisé.

---

<sup>1511</sup> Cass.crim., 03.06.2004, n° 03-80.593, JCP G 2004, II, 10151, note *Raimon*; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 762.

<sup>1512</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, n° 120.

<sup>1513</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 767 s.

<sup>1514</sup> *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, n° 125; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 774.

<sup>1515</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 774.

Ces conditions sont souvent remplies lorsque l'entreprise est intégrée dans un groupe d'entreprises lors de la mise en œuvre des mesures de gestion.<sup>1516</sup> Par exemple, lors de la conclusion de contrats à des conditions de dépendance qui sont préjudiciables à l'entreprise ou dans le cas de prêts intragroupes accordés sans contrepartie.<sup>1517</sup> Ici, l'exemple très pratique du cash pool intra-groupe devient également pertinent.

#### *c) Élément intentionnel de l'infraction*

L'élément intentionnel de l'infraction est satisfait si le gérant avait connaissance que l'utilisation des actifs était contraire aux intérêts de la société ; l'intention de causer un dommage n'est pas requise.<sup>1518</sup>

Une autre condition de l'élément intentionnel de l'infraction est l'intention de s'enrichir, ou l'intention d'obtenir un avantage pour lui-même ou pour une entreprise dans laquelle il a un intérêt direct ou indirect: c'est la condition liée à « l'usage dans un but personnel ». Cet avantage propre ne doit pas nécessairement être de nature financière, mais peut aussi résulter, par exemple, du maintien de bonnes relations avec un tiers.<sup>1519</sup> L'intention de s'enrichir est présumée si le gérant veut dissimuler le retrait des actifs de la société.<sup>1520</sup>

#### *d) Justification - jurisprudence Rozenblum*

Il n'est pas rare au sein du groupe que la direction souhaite optimiser les ressources des sociétés du groupe. À cette fin, les entreprises s'accordent des prêts ou la direction prend en charge la gestion de la trésorerie. Les prêts intragroupes peuvent également prendre la forme d'une injection de capital en convenant d'un report ou d'un abandon de créances.<sup>1521</sup>

La jurisprudence<sup>1522</sup> a autorisé de telles pratiques au sein du groupe à condition qu'elles soient dans l'intérêt économique, social ou financier commun des sociétés concernées. La mesure doit découler d'une politique de groupe réfléchie et contenir une contrepartie ou assurer l'équilibre des obligations mutuelles. En outre, la mesure ne doit pas dépasser les moyens financiers de l'entreprise assujettie.<sup>1523</sup>

---

<sup>1516</sup> Médina, Abus de biens sociaux, 2001, p. 144.

<sup>1517</sup> Médina, Abus de biens sociaux, 2001, p. 144.

<sup>1518</sup> Gibirila, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, 2018, n° 127; *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 777.

<sup>1519</sup> Cass.crim., 14.11.2007, n° 06-87.378, RJDA 3708, n° 290; Cass.crim., 08.12.1971, n° 70-93.020, Bull.crim. n° 346.

<sup>1520</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 1047.

<sup>1521</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 12435.

<sup>1522</sup> Cass.crim., 04.02.1985, n° 84-91.581, Rev. sociétés 1985, 648 – *Rozenblum*, note *Boulloc*.

<sup>1523</sup> En résumé *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 775; *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, p. 153 s.; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 12440.

aa) Structure de groupe consolidée et politique de groupe cohérente

La jurisprudence Rozenblum exige une complémentarité des activités des différentes sociétés du groupe. Le groupe doit être fortement structuré.<sup>1524</sup> Cela exclut les purs conglomérats et exige davantage de la structure du groupe que le droit des sociétés, où un groupe peut exister même avec une pure participation financière. Cependant, plus les membres du groupe sont étroitement liés et interdépendants dans leur développement économique, plus la jurisprudence est tolérante à l'égard des dirigeants qui sollicitent la solidarité du groupe et prennent des mesures contraires à l'intérêt individuel de leur société dans l'intérêt du groupe.

Les mesures doivent également être le résultat d'une stratégie de groupe cohérente. Le respect de ce critère sera évalué au cas par cas.

bb) Contrepartie ou absence de rupture de l'équilibre

On peut se demander s'il s'agit de critères alternatifs ou cumulatifs. Ceci est pertinent pour la densité de contrôle des juridictions. Dans le cas d'un examen strict, les conditions préalables seraient cumulatives ; le critère de la contrepartie se réduit à la juste contrepartie qui ne rompt pas l'équilibre au sein du groupe.<sup>1525</sup> D'autres auteurs, quant à eux, plaident en faveur d'une autre application des conditions.<sup>1526</sup> La mesure n'est pas soumise à compensation si elle ne perturbe pas l'équilibre au sein du groupe.<sup>1527</sup> Cette vision libérale permet de mieux prendre en compte les avantages ultérieurs pour les différentes entreprises et tient également compte du fait que tout désavantage pour l'entreprise concernée qui fait l'objet d'une compensation ne peut pas encore être quantifié au moment de la mesure. La formulation de l'arrêt Rozenblum va également dans ce sens.

La jurisprudence évalue la justification dans l'intérêt du groupe uniquement en fonction de l'existence d'une contrepartie. La Cour déduit de l'absence de contrepartie une perturbation de l'équilibre au sein du groupe.<sup>1528</sup>

---

<sup>1524</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 775: "les sociétés du groupe doivent avoir une complémentarité ou une cohérence globale"; autre avis *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, p. 155.

<sup>1525</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (304); *Lasserre Capdeville*, Abus de biens sociaux et banqueroute, 2010, n° 135, préconise également l'application cumulative.

<sup>1526</sup> *Jeandidier*, JCP 1986, n° 20585; *Médina*, Abus de biens sociaux, 2001, p. 159; *Rebut*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2010, n° 101.

<sup>1527</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (304).

<sup>1528</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (304).

Cette contrepartie consiste en un avantage matériel ou immatériel qui doit être distinct de l'avantage inhérent au groupe.<sup>1529</sup>

Dans le cas d'un avantage matériel, les juges examinent si celui-ci est quantitativement suffisant. Il est évalué sur la base de l'appartenance au groupe. Il ne s'agit pas d'une évaluation se fondant sur une indemnisation aux conditions du marché, car cela ne satisferait pas les conditions du délit d'abus de biens sociaux. Ici, seul un prix intra-groupe doit être vérifié, qui ne peut être fictif.<sup>1530</sup> D'autre part, la contrepartie immatérielle réside dans la préservation des activités commerciales de tous les membres du groupe.<sup>1531</sup>

Le moment de l'évaluation du caractère adéquat de la contrepartie est le moment de la mise en œuvre de la mesure néfaste pour la filiale. Les dommages causés par la contrepartie sont supportés par la filiale.<sup>1532</sup>

#### cc) Aucun dépassement des possibilités financières

Les possibilités financières de l'entreprise concernée sont dépassées lorsqu'elle est en crise et qu'il est nécessaire de prendre des mesures en matière d'insolvabilité. La justification de l'intérêt du groupe est limitée par le principe d'autonomie patrimoniale de la personne morale.<sup>1533</sup> Les capacités financières de la filiale sont évaluées sur la base de critères objectifs au moment de la mise en œuvre de la mesure.<sup>1534</sup>

#### e) *Complicité*

La complicité au sens de l'art. 121-7 CPén. pourrait être présente en ce que la société mère donne des instructions au dirigeant de la filiale.<sup>1535</sup> Toutefois, cette question fait l'objet d'un débat animé dans la doctrine et ne sera pas développée ici.

#### f) *Action civile*

Dans le cadre de l'action civile, les associés peuvent faire valoir leurs droits civils à l'encontre du gérant dans le cadre d'une procédure pénale. Ces demandes d'indemnisation sont toutefois limitées aux dommages qui diffèrent de ceux subis par la société. Ainsi, les associés ne peuvent pas obtenir d'indemnisation pour la perte de valeur de leur participation

---

<sup>1529</sup> Boursier, Rev. sociétés 2005, 273 (305).

<sup>1530</sup> Boursier, Rev. sociétés 2005, 273 (305 s.).

<sup>1531</sup> Cass.crim., 19.12.1995, n° 94-85.299, Dr. sociétés 1996, n° 108, note Vidal.

<sup>1532</sup> Boursier, Rev. sociétés 2005, 273 (306).

<sup>1533</sup> Boursier, Rev. sociétés 2005, 273 (309); voir aussi Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, n° 58; Pariente, Les groupes de sociétés, 1993, n° 106.

<sup>1534</sup> Boursier, Rev. sociétés 2005, 273 (310).

<sup>1535</sup> Stasiak, Dr. sociétés 2017, 36 (38).

causée par l'infraction détournement de fonds.<sup>1536</sup> Il en va de même pour les créanciers et l'État qui sont des parties indirectement lésées.<sup>1537</sup>

Selon la conception traditionnelle, seule la société elle-même subit un préjudice, qu'elle peut faire valoir à l'encontre du gérant. Toutefois, les associés peuvent également demander réparation pour ce préjudice par le biais de l'action sociale ut singuli.<sup>1538</sup> Ce faisant, la société mère peut faire valoir son droit à des dommages et intérêts auprès de la filiale.<sup>1539</sup>

Sur la base de la jurisprudence Rozenblum, l'abus de biens sociaux ne constitue pas, à première vue, une restriction menaçante du droit de gestion de la société mère. Toutefois, jusqu'à présent, la jurisprudence n'a appliqué ces conditions que de manière très restrictive. Même l'affaire au principal s'est terminée par une condamnation du gérant pour non-respect des conditions.

### 3. Droit des sociétés : responsabilité pour violation de la loi, art. L. 223-22 CCom. et artt. L. 225-251 en liaison avec L. 227-8 CCom.

Conformément aux artt. L. 223-22 et L. 225-251 en liaison avec L. 227-8 CCom. les gérants sont responsables des violations de la loi ou des statuts ainsi que des fautes de gestion. Si le gérant verse des dividendes en violation de l'interdiction de l'art. L. 232-12 al. 3 CCom., il viole des dispositions légales impératives.

L'action en dommages et intérêts contre le gérant peut être intentée soit par la société elle-même (action sociale), soit par les associés (action sociale ut singuli et action individuelle). Les créanciers peuvent également réclamer leurs dommages par le biais d'une action individuelle.

### 4. Droit civil : répétition des dividendes fictifs, art. L. 232-17 CCom.

La société peut récupérer les dividendes fictifs auprès des associés si deux conditions sont réunies, art. L. 232-17 CCom. Cela peut donc affecter la mère en tant qu'associée de la filiale. Premièrement, des dividendes ont été versés à l'associé en violation d'une interdiction de distribution prévue à l'art. L. 232-12 CCom. Deuxièmement, l'associé en question était au

---

<sup>1536</sup> Jurisprudence constante depuis Cass.crim., 09.03.2005, n° 04-85.825, Rev. sociétés 2005, 886, note *Bouloc; Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 801; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 12465.

<sup>1537</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 12465 s.

<sup>1538</sup> *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires, 5e éd. 2018, n° 800; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 12465.

<sup>1539</sup> Cass.crim., 13.12.2000, n° 99-82.875, Bull. Joly 2001, 380, note *Barbièri*; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 12465.

courant ou aurait dû être au courant de cette irrégularité. La charge de la preuve en la matière incombe à la société (« ... *si la société établit que...* »).

Bien que la lettre de l'art. n'évoque que la société, il est reconnu que les créanciers de la société ont un droit d'action et peuvent également intenter une action contre l'associé. Toute personne ayant un intérêt dans le recouvrement des actifs de la société a qualité pour agir.<sup>1540</sup>

Ce droit d'action étendu augmente la probabilité que les associés se voient effectivement réclamer le remboursement des dividendes fictifs. Cela permet de protéger les minorités et les créanciers, mais également de limiter la liberté d'action de la société mère au sein de la filiale.

## 5. Conclusion

Les infractions pénales et les normes en matière de responsabilité civile décrites ci-dessus existent initialement sans aucune référence au droit des groupes. Cependant, elles prennent une dimension de groupe si elles limitent le pouvoir de la société mère de gérer la filiale. C'est le cas lorsque la société mère agit en tant que gérant de droit ou de fait de la filiale. Elle est soumise à l'interdiction de la distribution de dividendes fictifs ainsi que du détournement de biens sociaux. En droit civil, elle peut être tenue responsable des violations de la loi dans la gestion de l'entreprise. En outre, sa position d'associé majoritaire de la filiale déclenche une responsabilité civile si elle doit rembourser les dividendes fictifs qui lui ont été distribués.

## **B. Règles allemandes de maintien du capital**

### **I. Principes**

#### 1. Protection du capital social, art. 30 (1) phrase 2 GmbHG

##### *a) Interdiction de versement des actifs nécessaires au maintien du capital social*

Dans le droit de la GmbH, le capital social tel qu'il est indiqué dans les statuts et inscrit au registre du commerce est protégé, art. 3 (1) n° 3, art. 10 (1) GmbHG. Il correspond au capital souscrit à faire figurer au bilan, art. 42 (1) GmbHG. L'étendue est déterminée par le montant nominal - le capital social est donc un capital nominal.<sup>1541</sup>

---

<sup>1540</sup> *Velardocchio*, in: Répertoire des sociétés, 1996, n° 136.

<sup>1541</sup> Sur l'ensemble *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 30 n° 62 avec références.

La protection du capital social interdit de distribuer aux associés les actifs nécessaires au maintien du capital social et correspond donc, sur le plan fonctionnel, à l'interdiction des dividendes. L'engagement de capital est donc soumis à deux restrictions : d'une part, il n'y a pas d'interdiction de distribution pour l'ensemble des actifs nets et, d'autre part, il n'est interdit que de rétrocéder des fonds aux associés, appelés également retraits.<sup>1542</sup> L'interdiction des retraits est limitée aux opérations qui sont liées à la participation à la société et non liées au marché et destinées à réduire le capital de la GmbH (opérations dites d'associés par opposition aux opérations de marché).<sup>1543</sup> Le terme « retrait » doit être interprété de manière large.

L'art. 30 (1) phrase 2 GmbHG accorde un privilège de groupe en ce sens que les paiements à la société mère dans le cadre d'un groupe contractuellement formé sont exclus de l'interdiction de retrait. Toutefois, cette exemption n'existe pas pour les groupes de fait, qui bénéficient toutefois de la possibilité d'échanges avec des associés couverts par un droit de contrepartie ou de remboursement à part entière. Ainsi, le financement en amont (*upstream financing*) doit être réalisé grâce à l'octroi de crédits par les associés.<sup>1544</sup>

Une autre limitation à l'interdiction est prévue à l'art. 30 (1) phrase 3 GmbHG: l'interdiction de paiement ne s'étend pas au remboursement d'un prêt d'associés ou à des actes juridiques économiquement comparables. Cela vise à permettre un financement en aval (*downstream financing*).<sup>1545</sup> Une distribution d'actifs à l'échelle du groupe est autorisée, même pour les montants nécessaires à la couverture du capital social.

Cet encadrement législatif est également nécessaire, car le BGH a également sanctionné les modifications du capital social pourtant sans incidence sur le bilan et les associés ne pouvaient généralement pas se voir accorder de prêts sur les actifs de couverture du capital social.<sup>1546</sup> Le BGH a désormais abandonné cette jurisprudence. En effet, il statue en application de la loi nouvelle y compris pour les affaires dont les faits se sont déroulés avant l'entrée en vigueur de ladite loi.<sup>1547</sup>

#### *b) Caractéristiques spécifiques au groupe*

---

<sup>1542</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 30 n° 1.

<sup>1543</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 30 n° 2.

<sup>1544</sup> Sur l'ensemble *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 30 n° 5.

<sup>1545</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 30 n° 6.

<sup>1546</sup> BGH, 24.11.2003 - II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 (75 s.) - *November*.

<sup>1547</sup> BGH, 01.12.2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 - *MPS*

La protection du capital est plus stricte dans le groupe de fait que dans le groupe contractuel, puisque dans le groupe de fait, les prêts intragroupe et les opérations d'échange doivent toujours satisfaire au critère du remboursement intégral ou de la contrepartie, alors que dans le groupe contractuel, toutes les opérations sont privilégiées sur la seule base du contrat d'entreprise existant.

Cela devient particulièrement intéressant dans le cadre du cash pooling si les filiales transfèrent continuellement des liquidités excédentaires à la société mère et sont en mesure d'y récupérer à tout moment les liquidités dont elle a besoin. De tels prêts intragroupe, s'ils affectent le capital social, ne sont autorisés en vertu de l'art. 30 GmbHG que si la filiale a le droit à tout moment de se faire rembourser intégralement par la société mère.

Le problème en droit des groupes se traduit par le fait que la filiale perd le contrôle de ses liquidités et se voit généralement imposer le risque des liquidités d'autres sociétés du groupe. Il existe donc un risque dit de « concentration ».<sup>1548</sup> Leur risque n'est réparti que par la politique d'investissement de la société mère, c'est-à-dire sur une base de groupe.<sup>1549</sup> En outre, les prêts intragroupes ne sont souvent pas garantis, tandis que la solvabilité de la société mère est rarement équivalente à celle d'une banque.<sup>1550</sup>

Il n'a pas encore été clarifié de manière concluante si non seulement la demande de restitution doit être pleinement valable, mais s'il doit également y avoir une demande d'intérêts conformes au marché.

La filiale doit contrôler la validité de la créance en contrôlant en permanence toute modification du risque de crédit et réagir en cas de détérioration de la solvabilité en mettant fin au cash pool ou en demandant une garantie.<sup>1551</sup>

La représentation d'un système d'alerte précoce et un droit d'information de la filiale vis-à-vis de sa mère dans le cash-pool ne peut découler que de l'accord sur celui-ci. Parallèlement, on peut se contenter d'un droit à l'information sur le devoir de loyauté du membre en relation avec l'art. 242 BGB. Une obligation légale de transparence de la part de la société mère vis-à-vis de la filiale peut conférer au cash pool une plus grande sécurité juridique.

---

<sup>1548</sup> *Mühlhaus/Wenzel*, GmbH-StB 2013, 184; *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1018); *Schneider*, in: Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, n° 25.52.

<sup>1549</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, Anhang zu § 13 n° 446.

<sup>1550</sup> *Neumann*, GmbHR 2016, 1016 (1018).

<sup>1551</sup> BGH, 01.12.2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 - *MPS*.

En fonction de la structure de la trésorerie commune du groupe, il peut donc y avoir une violation de la réglementation sur le maintien du capital, ce qui restreint le pouvoir de gestion de la société mère. Une justification comme en droit français n'est pas possible, puisque le privilège de groupe commence déjà au niveau des faits et se concentre - implicitement- sur l'intérêt du groupe à ce niveau. La jurisprudence Rozenblum, quant à elle, ne s'applique qu'au niveau de la conséquence juridique, lorsque l'abus de biens sociaux a déjà été commis.

## 2. Interdiction d'accorder des prêts, art. 43a GmbHG

Une autre interdiction de versement des actifs est contenue dans l'art. 43a GmbHG, qui interdit à la GmbH d'accorder à son personnel de direction un crédit sur les actifs nécessaires au maintien du capital social. L'intérêt particulier de cette disposition réside dans le fait que les associés sont expressément autorisés à contracter des prêts de ce type en vertu de l'art. 30 (1) phrase 2 GmbHG, mais que le personnel de direction en a l'interdiction expresse. Ici aussi, il s'agit d'un simple échange d'actifs « argent contre créance ».<sup>1552</sup>

Cela a également un impact sur la trésorerie commune du groupe. Comme on l'a vu, les règles relatives au maintien du capital ont été assouplies en faveur du cash pool, de sorte que les prêts au sein du groupe sont autorisés à condition qu'il y ait un droit de retour intégral. Dans le cas de l'art. 43a GmbHG, cependant, ce privilège n'existe pas. La société mère doit surveiller de près l'insuffisance du capital social.

En effet, l'art. 43a GmbHG ne s'applique pas seulement aux représentants légaux, aux signataires autorisés ou aux mandataires de plein droit, mais aussi aux gérants de fait.<sup>1553</sup> Si l'on part du principe que les personnes morales peuvent également être des gérants de fait, la société mère fait partie du groupe de personnes visées par l'art. 43a GmbHG. En raison de l'octroi d'un prêt, la filiale est obligée de refuser l'exécution, ce qui se traduit par une interdiction de versement et une interdiction d'exécution.<sup>1554</sup>

### **III. Sanctions**

#### 1. Demande de restitution de la société, art. 31 GmbHG

Les paiements contraires aux dispositions de l'art. 30 GmbHG doivent être remboursés à la société, art. 31 GmbHG. La GmbH acquiert une créance de restitution contre l'associé et

---

<sup>1552</sup> Par conséquent critiquant *Ekkenga*, in: *MüKoGmbHG*, 4e éd. 2022, § 30 n° 19.

<sup>1553</sup> *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*, 20e éd. 2020, § 43a n° 4 (gérants nommés incorrectement); *Löwisch*, in: *MüKoGmbHG*, 3e éd. 2019, § 43a n° 41; *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, *GmbHG*, 23e éd. 2022, § 43a n° 6.

<sup>1554</sup> *Löwisch*, in: *MüKoGmbHG*, 3e éd. 2019, § 43a n° 60.

la fait valoir dans une fonction de représentation dans l'intérêt des créanciers de la société.<sup>1555</sup> Toutefois, la créance n'acquiert généralement une importance pratique qu'en cas d'insolvabilité de la GmbH, étant donné qu'en dehors de l'insolvabilité, les gérants ne sont souvent pas incités à intenter une action en justice pour des infractions qu'ils ont eux-mêmes commises et dont ils peuvent être personnellement responsables, art. 43 (3) phrase 1 GmbHG.<sup>1556</sup>

Outre les gérants, les associés ont le droit d'agir par voie d'*actio pro socio*.

La partie défenderesse est l'associé ou les personnes équivalentes. Si l'associé bénéficiaire est en même temps gérant, il est responsable en tant que gérant en cette qualité conformément à l'art. 43 (3) phrase 1 GmbHG.<sup>1557</sup>

## 2. Responsabilité des organes de gestion, art. 43 GmbHG

Le gérant de la GmbH, s'il a négligé les obligations de diligence qui lui sont imposées, est responsable des désavantages patrimoniaux neutres sur le plan de la distribution, art. 43 (1), (2) GmbHG. La responsabilité d'organe incombe au gérant en cas de manquement au devoir de diligence, sans qu'il soit nécessaire d'intervenir dans le capital de la société.

### *a) Art. 43 (3) GmbHG*

L'art. 43 (3) GmbHG, cependant, est spécifiquement conçu pour la protection du capital et prévoit une responsabilité en dommages-intérêts pour le gérant s'il distribue des fonds de la société aux associés en violation des dispositions de l'art. 30 GmbHG. Toutefois, les dommages indirects, c'est-à-dire les conséquences d'un retrait licite de fonds propres, ne constituent pas un motif de responsabilité. Si le gérant provoque l'insolvabilité en effectuant des dépenses qui ne violent pas l'art. 30 GmbHG, la responsabilité des organes de direction en vertu de l'art. 43 (3) GmbHG est étendue, art. 15b (5) InsO (voir partie 5 § 1 B. III.).

La créance de la société à l'encontre de l'associé bénéficiaire de l'art. 31 GmbHG n'est pas prise en compte pour réduire la créance.<sup>1558</sup> Toutefois, la créance de la GmbH sur le gérant s'éteint si l'associé rembourse effectivement le montant.<sup>1559</sup>

---

<sup>1555</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 31 n° 1.

<sup>1556</sup> À cet égard *Thiessen*, ZIP 2007, 253 (254).

<sup>1557</sup> *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20e éd. 2020, § 31 n° 33; *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 31 n° 38.

<sup>1558</sup> *Ekkenga*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 30 n° 29 avec références.

<sup>1559</sup> BGH, 29.09.2008 - II ZR 234/07, WM 2008, 2215 n° 17: Le préjudice de l'entreprise réside ici déjà dans la sortie de liquidités - sans tenir compte des droits à remboursement contre le bénéficiaire découlant en même temps du § 31 I GmbHG (...). Leur recouvrement réussi peut faire en sorte que les dommages de paiement susmentionnés ne s'appliquent plus (...).

### *b) Art. 43 (2) GmbHG*

En outre, le gérant peut également être responsable si, en cas d'octroi d'un prêt à partir du fonds de couverture du capital social et de la valeur initiale de la créance de remboursement à la société mère, il y a une détérioration ultérieure de la solvabilité. Cette responsabilité est régie par l'art. 43 (2) GmbHG.<sup>1560</sup> La direction d'une société participant à la trésorerie commune (cash pool) est tenue de mettre en place un système lui permettant de contrôler la recouvrabilité des créances de remboursement. Cela relève de l'obligation générale de diligence.<sup>1561</sup>

### 3. Conclusion

Les règles de maintien du capital dans la GmbH ont été assouplies en faveur de transactions intragroupe et ont donc également entraîné une modification de jurisprudence. Cependant, de graves risques de responsabilité subsistent, en particulier dans le cadre de l'art. 43a GmbHG, mais aussi dans le cadre de la responsabilité générale des organes de gestion conformément à l'art. 43 (2) GmbHG, lorsqu'il s'agit de la réalisation pratique du cash pool. Le pouvoir de gestion de la société mère est donc limité malgré le privilège spécifique au groupe de l'art. 30 (1) phrase 2 GmbHG.

### **§ 4 Responsabilité propre de la société mère**

La société mère peut également engager sa propre responsabilité, ce qui limite l'exercice de son pouvoir de gestion dans le groupe. Sa responsabilité peut être engagée au pénal et au civil. Ce risque existe parce que les institutions juridiques sont orientées vers l'intérêt individuel de la filiale et ne tiennent pas suffisamment compte du groupe. Même si des privilèges spécifiques à un groupe existent, ils ne sont pas suffisants (responsabilité au titre des artt. 43 (2) et 43a GmbHG) ou leurs conditions ne sont presque jamais remplies (jurisprudence Rozenblum).

### A. Responsabilité pénale

#### **I. Recel, art. 321-1 CPén.**

Outre le délit d'abus de biens sociaux, la société mère peut également être poursuivie pour recel si elle tire un avantage de l'abus de biens sociaux commis par le dirigeant de la filiale. Dans ce cas, ce n'est pas la société mère qui a commis le détournement elle-même,

---

<sup>1560</sup> BGH, 21.03.2017 - II ZR 93/16, NZG 2017, 658 (661); *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, p. 201.

<sup>1561</sup> Monographie *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, p. 203 s.

mais elle est néanmoins responsable au titre de l'infraction ultérieure et une action peut être intentée contre elle par les associés minoritaires de la filiale par voie d'action civile.<sup>1562</sup>

Les personnes morales ne peuvent être tenues responsables que si la norme juridique leur est également applicable et que cela est expressément prévu par le code pénal. L'auteur d'un recel est selon l'art. 321-1 CPén., toute personne qui détient une chose résultant d'un acte illicite principal antérieur ou qui en tire d'une autre manière un avantage quelconque. En outre, une personne qui, en connaissance de cause, bénéficie de quelque manière que ce soit de l'infraction principale peut être un receleur. L'art. 321-12 CPén. prévoit expressément l'application aux personnes morales.

## **II. Abus de confiance, art. 266 StGB**

En tant qu'associé unique, la société mère peut également être soumise à un devoir de diligence à l'égard des biens en vertu de l'art. 266 (1) alternative 2 StGB vis-à-vis de la filiale. La question de savoir qui est le porteur de cette obligation de veiller sur les biens est jugée de manière incohérente dans la jurisprudence de droit civil et de droit pénal.<sup>1563</sup>

Ces considérations ont été précisées par la chambre pénale du BGH en ce qui concerne la gestion de la trésorerie à l'échelle du groupe. Dans ce contexte, la Cour n'a pas fondé l'obligation de sauvegarde des actifs sur le lien de contrôle de la société mère avec la filiale, mais sur le fait que les fonds entrant dans le champ d'application du système de gestion de trésorerie se trouvaient « dans la sphère d'influence exclusive du groupe », <sup>1564</sup> entraînant une augmentation des obligations en matière de sécurité. Si la filiale n'est plus en mesure de faire face à ses propres engagements en raison du retrait de liquidités dans le cash pool, la société mère est soumise à une obligation de gestion des actifs. Celle-ci a pour objet de garantir le remboursement des fonds, par exemple au moyen d'une garantie suffisante. Cette jurisprudence a été confirmée par la deuxième chambre criminelle.<sup>1565</sup>

La société mère en tant que personne morale n'étant pas responsable elle-même, la responsabilité pénale de ses gérants découle de l'art. 14 (1) n° 1 StGB.

La société mère ne peut pas donner son consentement à une cession d'actif qui met en danger concrètement et immédiatement l'existence de la société ou est susceptible de

---

<sup>1562</sup> Introduisant *Gräbener*, *Schutz außenstehender Gesellschafter*, 2010, p. 137.

<sup>1563</sup> BGH, 17.09.2001 - II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 - *Bremer Vulkan*; BGH, 10.07.1996 - 3 StR 50/96, NJW 1997, 66 (67) - *Sachsenbau*, le 2e Sénat civil et le 3e Sénat pénal du BGH étaient donc sur la même ligne.

<sup>1564</sup> BGH, 13.05.2004 - 5 StR 73/03, NSTZ 2004, 559 (561) - *Bremer Vulkan*; *Dierlamm*, in: *MüKoStGB*, 3e éd. 2019, § 266 n° 279.

<sup>1565</sup> BGH, 31.07.2009 - 2 StR 95/09, BGHSt 54, 52.

porter atteinte au capital social de la société.<sup>1566</sup> Il existe donc un risque considérable de responsabilité pour la société mère, du moins si elle est l'unique associé de la filiale. L'abandon de l'exigence de domination de fait au profit du critère de la sphère d'influence du groupe suggère que le niveau de participation de la mère au sein de la filiale n'est pas déterminant, de sorte que même une participation majoritaire peut donner lieu à une responsabilité pénale de la part du gérant de la société mère. Cette sanction pénale intervient lorsque l'existence ou le capital social de la filiale est menacé et que l'intérêt du groupe ne peut plus être pris en considération. L'intérêt propre de la filiale à la survie, qui cristallise les intérêts des créanciers et des associés minoritaires, est alors protégé: c'est une limite du pouvoir de direction de la société mère.

## **B. Responsabilité civile**

Le droit d'émettre des instructions trouve sa limite lorsque les gérants sont tenus de respecter les obligations légales qui existent dans l'intérêt général et celui des créanciers.<sup>1567</sup> Une autre limitation importante est l'obligation de loyauté prévue par le droit des sociétés, qui interdit strictement à l'associé majoritaire de porter atteinte aux intérêts de la société au détriment de l'associé minoritaire.<sup>1568</sup>

### **I. Droit français**

#### **1. Responsabilité en tant que dirigeant de la filiale**

Contrairement au droit allemand, la responsabilité civile des dirigeants d'une société est beaucoup plus élaborée que celle de l'associé. Par conséquent, les juges tentent souvent d'engager la responsabilité du gérant et sont très réticents à retenir la responsabilité de l'associé.

*a) Responsabilité pour faute de gestion, art. L. 223-22 CCom. et artt. L. 225-251 en liaison avec L. 227-8 CCom.*

Il s'agit d'une responsabilité interne qui ne vise pas les dirigeants de fait. Pourtant l'action en responsabilité est une arme efficace entre les mains des associés minoritaires.<sup>1569</sup> Comme ils ne peuvent pas révoquer les dirigeants, faute de majorité, ils peuvent leur intenter un procès.

---

<sup>1566</sup> BGH, 13.05.2004 - 5 StR 73/03, NStZ 2004, 559 (561); *Fleischer*, NJW 2004, 2867 (2869).

<sup>1567</sup> *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 166; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, p. 121.

<sup>1568</sup> BGH, 16.09.1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (340) - *Autokran*; BGH, 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (18 s.) - *ITT*.

<sup>1569</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 437.

La faute consiste en un manquement aux dispositions légales et réglementaires, une violation des statuts et une faute de gestion, ce qui peut résider dans la méconnaissance de l'intérêt social.<sup>1570</sup> Il est relativement facile de déterminer s'il y a eu violation des lois, ou si les dispositions des statuts ont été ignorées. En revanche, il est difficile de prouver une faute de gestion. En particulier, parce que la jurisprudence lui impose des exigences différentes selon l'acteur qui demande réparation pour une telle faute de gestion. La raison en est que la marge de manœuvre des dirigeants doit être protégée. La gestion efficace de l'entreprise doit assurer une répartition optimisée des risques et est, de ce chef, l'objectif premier de la législation et de la jurisprudence. Elle doit être créée par un système équilibré de responsabilité et d'exonération de responsabilité.

Une responsabilité trop laxiste des dirigeants fait fuir les investisseurs potentiels ; une responsabilité trop étendue fait fuir les candidats potentiels à ce poste dans l'entreprise.<sup>1571</sup>

#### *b) Faute séparable des fonctions*

Ainsi, les exigences posées par la Cour de cassation relatives à la faute de gestion sont élevées si un tiers à la société, le plus souvent les créanciers, veut engager la responsabilité du dirigeant et que la responsabilité interne s'intensifie en responsabilité externe. Cela s'applique en tout cas tant que l'entreprise est solvable.<sup>1572</sup>

La condition de la faute de gestion est renforcée à la faute séparable des fonctions. Il en est ainsi, si le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions sociales.<sup>1573</sup> La faute intentionnelle devrait être caractérisée chaque fois qu'un dirigeant aura accompli un fait délictueux en ayant conscience, ou en ayant dû avoir conscience, de causer un dommage à autrui. Elle revêt d'une particulière gravité lorsqu'elle est une faute lourde.<sup>1574</sup> Le critère retenu n'est donc pas tiré de la conformité ou non de l'acte à l'objet social ou à l'intérêt social. C'est un critère subjectif qui est avancé, sans qu'il soit besoin de prouver que l'auteur a été animé par les mobiles personnels.<sup>1575</sup>

---

<sup>1570</sup> Par exemple Cass.com., 05.04.2018, n° 16-23.365, Bull. Joly 2018, 402, note *Messai-Bahri*; *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 437.

<sup>1571</sup> *Schiller*, in: Mél. Germain, 2015, 753 (765): „... un équilibre a été atteint...“.

<sup>1572</sup> Cf. *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 441; *Poracchia*, in: Mél. Le Cannu, 2014, 377 (378).

<sup>1573</sup> Arrêt de principe Cass.com., 20.05.2003, n° 99-17.092, D. 2003, 2623, note *Dondero*.

<sup>1574</sup> Sur l'ensemble *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 444.

<sup>1575</sup> *Merle/Fauchon*, Droit commercial, 24e éd. 2020, n° 493.

La jurisprudence a été fortement critiquée d'avoir créé une ambiance de large irresponsabilité. Force est de constater qu'une exonération ne peut jouer qu'envers les tiers et seulement si la faute n'est pas constitutive d'une infraction pénale. L'infraction pénale intentionnelle constitue en elle-même une faute séparable, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les faits reprochés au dirigeant sont d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normale de ses fonctions.<sup>1576</sup> Au premier regard, cette solution semble compréhensible : comment la commission d'une infraction pénale, pourrait-elle être compatible avec l'exercice normal des fonctions dirigeantes ?<sup>1577</sup> Ceci est d'abord plausible. Cependant, en droit français, de nombreux comportements du dirigeant sont sanctionnés par le droit pénal, de sorte que le privilège de responsabilité en cas de mise en œuvre par des tiers est inférieur à ce qui est économiquement nécessaire.

#### *c) Mise en œuvre*

La responsabilité du dirigeant peut être mise en œuvre par les associés, la société elle-même ou bien par les tiers. Action en responsabilité civile intentée par les associés contre les dirigeants visant à allouer des dommages-intérêts à la société est dénommée action social ut singuli.<sup>1578</sup> La société doit être mise en cause au procès par l'intermédiaire de ses représentants.<sup>1579</sup> Cette action reste rare comme l'associé supporte de poids de la procédure sans en retirer de bénéfice direct.

Si les associés et tiers subissent un préjudice personnel distinct, qui n'est pas le simple corollaire de celui subi par la société, une action individuelle peut être intentée, artt. 2 CPP, L. 223-22 al. 3 CCom.

#### *d) Responsabilité des personnes morales dans le groupe*

La configuration du groupe n'affecte pas les conditions de la responsabilité de l'organe pour faute de gestion.<sup>1580</sup> Cependant, les demandeurs réussissent moins bien à faire valoir leur responsabilité dans un groupe que dans une entreprise isolée.<sup>1581</sup> Une décision de la chambre commerciale suggère que la réalité économique du groupe soit prise en compte pour examiner si les conditions de la faute de gestion sont réunies. En l'espèce, les juges ont exclu

---

<sup>1576</sup> Cass.com., 28.09.2010, n° 09-66.255, Rev. sociétés 2011, 97, note *Dondero*; la jurisprudence de la 3e chambre civile s'y est alignée Cass.civ. 3e, 10.03.2016, n° 14-15.326, D. 2016 Actu, 656, obs. *Lienhard*.

<sup>1577</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 499.

<sup>1578</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 440.

<sup>1579</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 442.

<sup>1580</sup> *Schmidt*, in: Groupes de sociétés: contrats et responsabilités, 1993, 73.

<sup>1581</sup> *Schiller*, in: Mél. Germain, 2015, 753 (757): „Dans un groupe, la faute de gestion serait ainsi plus difficile à caractériser que dans une société isolée.“.

une faute de gestion car la « politique commune du groupe » justifiait l'action.<sup>1582</sup> Certes, l'affaire concernait une responsabilité pour insuffisance d'actif au titre de l'art. L. 651-2 CCom, mais les conditions pour une faute de gestion sont les mêmes.

La jurisprudence fournit d'autres exemples de « sacrifices » autorisés de la filiale pour les sociétés sœurs<sup>1583</sup> ou mères.<sup>1584</sup> Même si l'intérêt du groupe n'est pas explicitement mentionné, l'idée est clairement reconnaissable.

Une problématique réside dans le fait qu'il est souvent difficile de définir clairement les limites du sacrifice illicite, en particulier du fait de la reconnaissance implicite de l'intérêt du groupe. Ainsi, en cas de comportement illégal du gérant, l'invocation de l'intérêt du groupe peut être empêchée. La société est considérée isolément et les activités intragroupe perdent toute légitimité: la portée de la notion d'intérêt du groupe est alors réduite.<sup>1585</sup>

En dehors de l'application explicite de la notion et de l'application de l'intérêt du groupe comme motif de justification dans le cadre de l'abus de biens sociaux, la jurisprudence s'est débattue avec le concept et l'application de l'intérêt de groupe. Les décisions et les transactions au sein du groupe sont souvent évaluées en fonction de cet intérêt et les juges tentent de trouver un équilibre qui corresponde à la réalité économique du groupe. D'autre part, l'utilisation peu conséquente et uniquement implicite de cette notion menace la sécurité juridique dans le domaine des transactions intragroupe. En effet, les gérants de droit et de fait de la filiale courent le risque de l'engagement de leur responsabilité civile. L'intérêt de groupe n'est pas une notion uniforme et fiable dans le système juridique français.

#### *e) Responsabilité des dirigeants au-delà des mesures de gestion*

Ce problème de responsabilité est d'autant plus considérable que les gérants doivent non seulement craindre d'être tenus responsables de fautes commises dans le cadre d'activités de gestion, mais aussi d'être tenus responsables au-delà de celles-ci.

Ainsi, les gérants sont condamnés pour *faute de gestion*, alors que les décisions en cause relèvent de la compétence de l'assemblée des associés et non de ceux-ci.<sup>1586</sup>

---

<sup>1582</sup> Cass.com., 03.12.2013, n° 12-22.213, Bull. Joly 2014, 186, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>1583</sup> Cass.com., 03.12.2013, n° 12-22.213, Bull. Joly 2014, 186, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>1584</sup> Cass.com., 19.11.2013, n° 12-23.020, Bull. Joly 2014, 44, note *Mouial-Bassilana*.

<sup>1585</sup> *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 467: „ L'arrêt semble donner un coup de frein à l'idée d'intérêt du groupe et pose ainsi une sérieuse limite aux stratégies visant à avantager la société mère en cas de difficultés du groupe.“.

<sup>1586</sup> Par exemple CA Bordeaux, 23.04.2007, Juris-Data n° 2007-338404, Dr. sociétés 2007, comm. 182, obs. *Monnet*: rémunération du gérant; CA Paris, 15.12.1995, Rev. sociétés 1996, 357, obs. *Guyon*: non-distribution des bénéfices; en profondeur *Vicente*, Cah. dr. entr. 2013, Dossier 12.

## 2. Violation de l'obligation de loyauté en tant que gérant de la filiale

Un autre risque de responsabilité de la société mère dans l'exercice de son pouvoir de gestion est la responsabilité pour violation de l'obligation de loyauté, qui existe en plus de la responsabilité pour faute de gestion. L'obligation de loyauté est une obligation dans la relation interne à la société et n'existe pas vis-à-vis des tiers.<sup>1587</sup> Elle est issue de décisions de la Cour de cassation et n'est pas encadrée par légalement. Cette obligation consiste en une clause de non-concurrence pendant l'exercice des fonctions de direction et de concurrence loyale après la fin de la fonction de direction. La pertinence de cette responsabilité résulte de l'observation pratique de la diminution de l'engagement de la responsabilité pour faute de gestion ces dernières années, alors que la Cour de cassation a durci sa jurisprudence sur l'obligation de loyauté.<sup>1588</sup>

Nous ne pouvons que spéculer sur la cause de cette tendance, mais les obligations de loyauté issues de la jurisprudence sont plus flexibles dans leur application et sont probablement une réponse au fait que les concepts juridiques rigides du droit des sociétés ne peuvent plus refléter de manière adéquate les configurations de responsabilité dans l'entreprise. Elles permettent de rendre compte de manière adéquate des situations de responsabilité dans la société. Ce constat doit s'appliquer davantage pour les groupes de sociétés auquel le droit français des sociétés n'apporte pas de réponse satisfaisante.

Les cas dans lesquels un comportement anticoncurrentiel pourrait être constaté, par exemple dans les transactions intragroupe, ne sont pas à négliger. L'obligation de loyauté implique principalement que les gérants réservent les opportunités d'entreprise à la société et à ses associés et à ce qu'ils ne les utilisent pas eux-mêmes. Or, c'est précisément ce qui peut se produire dans un groupe d'entreprises. Comme décrit précédemment, cela n'est pas non plus néfaste en soi, puisque l'on peut ainsi utiliser les effets de synergie au sein du groupe. Il faut espérer que la jurisprudence en tiendra compte.

## 3. La responsabilité délictuelle du fait d'autrui, art. 1242 CCiv.

La société mère ne commettra souvent pas elle-même l'acte qui cause la perte de la filiale. Toutefois, elle peut lui avoir donné des instructions en ce sens. La société mère est alors responsable du dommage causé à la filiale si le gérant de la filiale doit être qualifié de préposé

---

<sup>1587</sup> *Schiller*, in: Mél. Germain, 2015, 753 (757 s.).

<sup>1588</sup> Sur l'ensemble *Schiller*, in: Mél. Germain, 2015, 753 (758).

de la société mère et qu'il existe un lien entre le fait reproché et les fonctions du gérant (responsabilité du fait d'autrui), art. 1242 CCiv.

Comme ce dernier utilise toujours les pouvoirs qui lui sont délégués lorsqu'il commet l'acte de gestion, le lien entre l'acte et la fonction est établi.<sup>1589</sup>

Le gérant est qualifié de préposé de la société mère s'il existe un lien de subordination entre eux. Celui-ci se caractérise par un droit pour la société mère d'émettre des instructions. Ce droit doit exister réellement et être indépendant des influences de tiers dans une certaine mesure. Le seul facteur décisif est que la mère puisse donner l'instruction, et non qu'elle l'ait donné une en l'espèce.<sup>1590</sup> La mère doit être indépendante dans l'exercice de son droit de donner des instructions de manière à ce que l'activité du gérant de la filiale apparaisse comme un acte de la mère. Comme il est souvent difficile de le prouver et que les sociétés mères s'abstiennent généralement d'exercer une influence aussi évidente, le lien de subordination peut également se manifester par un contrat de travail entre la mère et le gérant de la filiale.<sup>1591</sup>

#### 4. Abus de majorité

L'abus de majorité est un abus de droit. Elle se produit lorsqu'une décision est prise contrairement aux intérêts de l'entreprise et vise uniquement à favoriser la majorité au détriment de la minorité. Les juges vérifient alors si la décision vise à détruire l'égalité entre les associés.<sup>1592</sup> L'abus de majorité est sanctionné par la responsabilité de l'associé en matière de dommages et intérêts et la nullité de la décision.<sup>1593</sup>

La société mère voudra souvent utiliser son pouvoir majoritaire dans la filiale afin d'exercer une influence sur les activités commerciales de celle-ci. Comme on l'a vu, elle ne peut donner des instructions en vertu du droit des sociétés, c'est pourquoi elle peut être d'autant plus tentée d'utiliser son influence dans l'assemblée des associés. Certainement, elle ne peut qu'agir ainsi si la décision relève de la compétence des associés, ce qui englobe seulement les décisions de base et non pas des mesures de gestion. L'assemblée générale n'a pas de pouvoir de gestion. Cependant, puisqu'il s'agit de décisions fondamentales, ses mesures peuvent avoir des conséquences très importantes pour les associés minoritaires.

---

<sup>1589</sup> En résumé *Gräbener*, Schutz außenstehender Gesellschafter, 2010, p. 139 avec références.

<sup>1590</sup> *Gräbener*, Schutz außenstehender Gesellschafter, 2010, p. 140 avec références.

<sup>1591</sup> Sur l'ensemble *Gräbener*, Schutz außenstehender Gesellschafter, 2010, p. 140 s.

<sup>1592</sup> Cass.com., 18.04.1961, JCP 1961, 12164, note *Bastian*; *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 646.

<sup>1593</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 650 s.

La mère est tenue d'agir dans l'intérêt de la société. Toutefois, certains auteurs soulignent que l'intérêt du groupe pourrait être pris en compte et justifier la décision. Il n'existe pas encore de confirmation expresse en jurisprudence de cette opinion.<sup>1594</sup>

## II. Droit allemand

### 1. Violation de l'obligation de loyauté en tant qu'associé majoritaire de la filiale

La société mère, en tant qu'associée majoritaire de la filiale, est soumise à une obligation de loyauté dite renforcée en vertu de la loi sur les GmbH, qui interdit toute influence néfaste sur la filiale.<sup>1595</sup> Cette obligation de loyauté se manifeste par l'interdiction des dommages, qui peut également empêcher la société mère d'exercer une influence sur la filiale.<sup>1596</sup> Il convient de noter que l'interdiction s'étend aussi bien à l'influence dans le cadre de l'ordre légal de compétence qu'en dehors de cet ordre. Toutefois, l'interdiction du dommage est dispositive, c'est-à-dire qu'elle est limitée par le consentement des coassociés à la mesure dommageable. Si la société mère est l'unique associée, elle cesse même complètement de s'appliquer.<sup>1597</sup> La limite de l'influence de la société mère n'est alors que la cause de l'insolvabilité (cf. Partie 5 § 1 B III.).

Si la mère commet un manquement à son obligation de loyauté, elle est tenue d'indemniser la filiale pour le préjudice qui en résulte, à moins qu'elle ne soit pas responsable du manquement. La mère peut également être tenue pour responsable de son inaction.<sup>1598</sup> Si le préjudice de la filiale ne peut faire l'objet d'une réparation individuelle par le biais d'une demande de dommages-intérêts, il s'agit d'un cas de préjudice qualifié qui doit être indemnisé en vertu de l'art. 826 BGB.<sup>1599</sup>

L'obligation de loyauté sert à protéger les minorités. La protection des créanciers est ainsi une répercussion de celle-ci, se manifestant également par le fait que les créanciers ne disposent pas d'un droit de poursuite propre.<sup>1600</sup> L'interdiction du préjudice véhiculée par l'obligation de loyauté n'a donc un effet restrictif sur la direction que si les associés minoritaires ne consentent pas au préjudice. Si tel est le cas, une influence négative sur la

---

<sup>1594</sup> Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, n° 129; Pariente, Les groupes de sociétés, 1993, n° 236.

<sup>1595</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 30 n° 3.

<sup>1596</sup> BGH, 16.09.1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 (340) - Autokran; BGH, 05.06.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (18 s.) - ITT; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 30 n° 7 avec références.

<sup>1597</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 30 n° 10.

<sup>1598</sup> Sur l'ensemble Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 30 n° 15 s. avec références.

<sup>1599</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 30 n° 20.

<sup>1600</sup> Autre avis Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 30 n° 19, qui tirent un droit de poursuite propre des artt. 317 (4), 309 (4) phrase 3 AktG.

filiale est ainsi totalement interdite. Il convient de noter que, dans le droit des groupes de GmbH de fait, la possibilité d'une indemnisation individuelle en vertu de l'art. 311 AktG n'existe pas. Il faut donc s'abstenir de toute influence préjudiciable, sauf si les associés y consentent. Par conséquent, le pouvoir de gestion de la société mère en résulte est considérablement restreint. Une justification dans l'intérêt du groupe n'est pas envisageable car, selon la conception allemande, la société mère doit toujours tenir compte de l'intérêt individuel de la filiale et ne peut pas faire primer celui du groupe sur celle-ci. Par conséquent, la fonction de facilitation de gestion que le droit des groupes devrait garantir échoue.

## 2. Le principe d'égalité de traitement

Le principe d'égalité de traitement, qui est indépendant du groupe, interdit tout traitement privilégié d'un associé qui ne serait pas objectivement justifié.<sup>1601</sup> Toutefois, le destinataire du principe d'égalité de traitement est uniquement la société, c'est-à-dire la filiale. Les associés n'ont pas de droit d'action contre la mère sur la base de ce principe.<sup>1602</sup> Par conséquent, son pouvoir de gestion n'est pas limité.

### **§ 5 Autres droits des minorités**

Le pouvoir de gestion de la société mère n'est pas toujours limité uniquement par sa propre responsabilité. Les associés minoritaires ont également d'autres droits qui limitent la gestion du groupe. Notamment, les droits d'information et de contrôle ainsi que de l'interdiction pour la société mère de voter à l'assemblée des associés de la filiale. En outre, il convient d'envisager de limiter l'influence dominante de la société mère en prévoyant la possibilité d'un droit de retrait pour les associés minoritaires.

#### **A. Droits d'information**

##### **I. Droit français**

Le droit français permet aux associés d'avoir accès aux rapports de gestion et aux comptes annuels (art. L. 223-26 CCom) et de consulter le gérant. Les questions au gérant sont régies par l'art L. 223-36 CCom. L'information permanente à laquelle les associés ont accès est régie par les art. L. 223-26 al. 4 et R. 223-15 CCom.<sup>1603</sup> En outre, les artt. L. 223-27, R. 223-20-2, 3 CCom leur permettent de demander l'inscription de questions méritant d'être débattues à l'ordre du jour de l'assemblée des associés. De cette façon, les associés peuvent obtenir des

---

<sup>1601</sup> *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 30 n° 4.

<sup>1602</sup> *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10e éd. 2022, Anh. § 318 n° 25.

<sup>1603</sup> Sur l'ensemble *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 1628; *Merle/Fauchon*, Droit commercial, 24e éd. 2020, n° 248, 250.

informations, au moins à petite échelle, sur l'influence de la société mère sur la filiale. Toutefois, cela ne limite pas le pouvoir de gestion de cette dernière. En ce qui concerne la SAS, il n'y a pas des règles légales sur ce droit à l'information comme les artt. L. 227-1 et s. CCom. demeurent silencieux quant aux modalités d'exercice de ce droit, mais il est généralement développé dans les statuts. Donc il existe ici une plus grande liberté de la société mère pour introduire des règles favorables lors de la rédaction des statuts de la filiale sous forme de SAS.

## **II. Droit allemand**

Le droit d'information et d'inspection prévu par les artt. 51a, b GmbHG permet aux associés minoritaires d'obtenir toute information de la part de la direction, notamment sur les transactions juridiques avec la société mère et sur les mesures prises par cette dernière.<sup>1604</sup> Ce droit à l'information s'applique pour la filiale, mais pas à la société mère, même en tant qu'associée. En ce qui concerne la société mère, la demande peut tout au plus découler de l'obligation de loyauté en tant que membre en relation avec l'art. 242 BGB.<sup>1605</sup> Dans ce contexte, le besoin d'information des associés minoritaires doit être mis en balance avec l'intérêt au secret des affaires de la société mère. Cette mise en balance des intérêts est en faveur d'un droit à l'information dès lors que les intérêts patrimoniaux de l'associé sont en jeu. Si, en revanche, il n'y a pas de rapport avec la qualité d'associé, la confidentialité prévaut généralement.<sup>1606</sup>

Il n'y a donc en pas de garantie au droit à l'information vis-à-vis de la société mère. Certes, les associés peuvent indirectement obtenir des informations sur la gestion grâce à leur droit à l'information. Toutefois, cela ne leur donne pas accès à des informations compromettantes permettant d'appuyer une action en responsabilité. Le pouvoir de gestion de la société mère n'est pas restreint ou mis en péril par une obligation de divulguer des informations qu'elle préférerait garder secrètes.

## **B. Droits de contrôle**

### **I. Droit français**

Les droits de contrôle des associés minoritaires et des créanciers servent principalement à faire examiner les actions de la direction par des tiers afin d'obtenir des éléments pour des actions en responsabilité.<sup>1607</sup>

---

<sup>1604</sup> *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4e éd. 2022, Anhang zu § 13 n° 396.

<sup>1605</sup> *Liebscher*, in: *MüKoGmbHG*, 4e éd. 2022, Anhang zu § 13 n° 398; *Pöschke*, *ZGR* 2015, 550 (568 s.).

<sup>1606</sup> Sur l'ensemble *Pöschke*, *ZGR* 2015, 550 (579 s.).

<sup>1607</sup> *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 33e éd. 2020, n° 685; *Pariente*, *Les groupes de sociétés*, 1993, n° 228.

1. Expertise de gestion, art. L. 223-37 CCom. et artt. 225-231 en liaison avec L. 227-1 al. 3 CCom.

Dans les SARL, l'expertise de gestion est accessible aux associés minoritaires qui détiennent au moins 10% du capital et concerne une activité de gestion spécifique. Dans la SAS la procédure est régie par les artt. L. 225-231 en liaison avec L. 227-1 al. 3 CCom. Les associés requérants doivent établir une présomption d'irrégularité ou au moins démontrer que la mesure en question est contraire aux intérêts de la société.<sup>1608</sup>

En particulier dans un groupe, l'expertise de gestion est d'une grande importance car elle permet aux associés extérieurs de contrôler la gestion de manière précise et chiffrée et d'assurer le bon fonctionnement du groupe.<sup>1609</sup> Cela vaut d'autant si l'expert se prononce également sur l'opportunité de la mesure de gestion, ce qui lui est permis par la jurisprudence de la Cour de cassation.<sup>1610</sup>

2. Expertise in futurum, art. 145 CPC

L'expertise in futurum est un moyen de conservation des preuves prévu par le Code de procédure civile et est ouverte à tout associé, quelle que soit l'importance de sa participation. Même les créanciers de la société peuvent intenter une telle action. Elle n'est pas limitée à une mesure de gestion spécifique, mais ne peut pas donner lieu à une enquête générale. L'*expertise* sert à obtenir et à conserver des preuves en vue d'une procédure judiciaire.

3. Les autres agents pouvant contrôler la gestion de la société

Les experts ne sont pas les seuls à pouvoir contrôler la gestion à la demande des associés. Le droit français prévoit d'autres agents en mesure de contrôler la gestion de la société, comme le séquestre, art. 1961 CCiv. ou le contrôleur ou observateur de gestion. Enfin, il y a le mandataire ad hoc, art. 872 CPC.

Ces agents interviennent principalement en cas de perturbation fonctionnelle de l'organisation de l'entreprise. En particulier, lorsqu'il existe des conflits d'intérêts entre les associés. Comme nous l'avons vu, de tels conflits ne sont pas inhabituels dans le cas d'un groupement. Ces outils permettent alors un contrôle efficace et nécessaire de l'influence de la société mère au sein de la filiale. Le contrôle est consolidé par le fait que les créanciers

---

<sup>1608</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 681 s.

<sup>1609</sup> Pariente, Les groupes de sociétés, 1993, n° 228.

<sup>1610</sup> Cass.com., 06.07.1982, Rev. sociétés 1983, 357, note *Le Cannu*; Pariente, Les groupes de sociétés, 1993, n° 229.

peuvent également demander la nomination de ces contrôleurs et que ceux-ci représentent leurs intérêts au sein de la société.

#### 4. Administrateur provisoire

Le droit de contrôle le plus étendu des associés minoritaires et des créanciers est probablement la nomination d'un administrateur provisoire. Il s'agit d'une création originale de la jurisprudence, qui ne s'applique que dans des cas exceptionnels étroitement définis. L'administrateur remplace l'organe social paralysé d'où émane un danger immédiat pour l'intérêt de la société.<sup>1611</sup>

Dès sa nomination, le tribunal de commerce détermine librement l'étendue de la mission de l'administrateur. Il est intéressant de noter que sa mission peut également être étendue à l'ensemble du groupe.<sup>1612</sup> Cela signifie que l'administrateur peut prendre en compte les activités de l'ensemble du groupe et, dans l'intérêt de la société, exercer les fonctions de l'organe qu'il remplace.

Toutefois, les différentes filiales sont censées préserver l'intérêt du groupe en s'appuyant sur la société mère, qui gère de façon centralisée le groupe. Or, l'administrateur est tenu de sauvegarder les intérêts de la société uniquement, c'est-à-dire la filiale. Dans ce contexte, les effets de synergie au sein du groupe ne sont pas pris en compte. La filiale est ici considérée comme une entreprise indépendante. Ainsi, la gestion du groupe de la société mère est fortement entravée.

#### 5. Conclusion

Il est problématique que la possibilité d'exercer des droits de contrôle soit généralement orientée vers l'intérêt social de la filiale et ne comporte pas de considération du groupe. Pallier le besoin d'information est crucial et permet d'éliminer l'asymétrie d'information entre les associés minoritaires et la société mère, celle-ci ayant également une influence sur le conflit d'agence. Les droits de contrôle des associés de la SARL constituent une revendication conflictuelle qui permet aux associés d'obtenir ponctuellement des informations sur des activités de gestion qui leur paraissent contestables. Toutefois, leur besoin permanent d'information, qui peut résulter, par exemple, de la participation à un fonds commun de trésorerie (cash-pool) à l'échelle du groupe, n'est pas satisfait. Le pouvoir de gestion de la mère est cependant limité.

---

<sup>1611</sup> Sur l'ensemble *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 664 s.

<sup>1612</sup> Cass.com., 05.02.1985, n° 82-15.119, JCP E II 1985, n° 20492, note *Viandier; Pariante*, Les groupes de sociétés, 1993, n° 231.

## **II. Droit allemand**

### 1. Convocation de l'assemblée des associés – contrôle des résolutions

La possibilité pour la minorité de convoquer l'assemblée des associés et d'empêcher ainsi la société mère de gouverner est un droit de contrôle puissant. Lors de cette assemblée, les associés minoritaires peuvent donner des instructions au gérant contraires à celles de la société mère et, dans le cadre d'une procédure de contestation en vertu de l'art. 243 AktG, obtenir une « résolution judiciaire » des litiges. La minorité peut adopter une décision contraire à la majorité, puisque la société mère est exclue de l'exercice de son droit de vote conformément à l'art. 47 (4) GmbHG.<sup>1613</sup>

### 2. La révocation des gérants

La zone de tension entre les actionnaires minoritaires et la mère au sein de la filiale est la direction. S'ils mettent en œuvre une instruction de la mère à laquelle la minorité s'oppose et qu'il s'avère par la suite que l'exercice de l'influence était illégal, les gérants courent le risque d'être révoqués. Ce faisant, ils ne peuvent espérer le soutien ou la protection de la mère, car cette dernière peut être soumise à une interdiction de vote en vertu de l'art. 47 (4) GmbHG en cas de décision de révocation ou peut être obligée de consentir en vertu d'une obligation de loyauté.<sup>1614</sup>

### 3. Conclusion

Il est extrêmement intéressant de noter que les droits de contrôle en droit allemand sont exercés uniquement par les associés minoritaires: les contrôleurs tiers en sont également exclus. Une immixtion extérieure peut avoir lieu en cas de contrôle judiciaire des résolutions selon l'art. 243 AktG. Toutefois, il ne s'agit que d'un recours sélectif et ponctuel, et non d'un recours à durée déterminée comme celui des *experts* et des *administrateurs*.

## **C. Interdiction de vote**

Dans la GmbH en particulier, les principales décisions concernant la société sont prises dans l'assemblée des associés. Il s'agit de l'organe central de la GmbH. En tant qu'associée majoritaire, la société mère dispose d'un droit de vote qu'elle utilise pour le contrôle centralisé de la filiale. Elle exerce par exemple son droit de donner des instructions conformément à l'art. 37 (1) GmbHG ou peut nommer ou révoquer le dirigeant, art. 46 (5) GmbHG.

---

<sup>1613</sup> Sur l'ensemble *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, Anhang zu § 13 n° 400 s.

<sup>1614</sup> *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, Anhang zu § 13 n° 406.

Une interdiction de voter conformément à l'art. 47 (4) GmbHG peut être envisagée si l'associé a un intérêt personnel dans le résultat du vote. Ainsi, en cas de décisions structurelles importantes de la filiale qui servent l'intérêt de la société mère, celle-ci peut être exclue de l'exercice de son droit de vote et privée de l'exercice de son pouvoir de gestion.

Le droit français des sociétés ne prévoit pas d'interdiction de vote dans cette hypothèse. L'art. L. 223-28 CCom. est silencieux sur la question de la suspension du droit de vote pour les décisions individuelles. Une telle suspension est reconnue pour le vote sur les conventions réglementées, car un conflit d'intérêts peut survenir, art. L. 223-19 CCom.

#### **D. Droit de retrait**

Un droit de retrait des associés leur permettrait de retirer de la société leur capital investi et de réduire ainsi les actifs de la société. Les capitaux propres, comme les capitaux d'emprunt, sont nécessaires pour financer l'activité sociale. Cela concerne également la société mère. En particulier, en tant qu'associé des filiales, elle bénéficie également de leur solvabilité. Si les actifs de l'entreprise sont maintenant exposés à des demandes de remboursement d'apports en capital en raison du retrait des associés minoritaires, cela peut déstabiliser sa planification stratégique à long terme. Les créanciers de la filiale n'apprécieront pas non plus le fait que des associés et donc des actifs quittent la société.

D'autre part, il existe un intérêt indéniable de ces associés à quitter l'entreprise si sa stratégie commerciale change si gravement qu'il n'est plus raisonnable pour eux de rester. Cela peut toujours arriver si l'entreprise initialement indépendante est rachetée et intégrée dans un groupe d'entreprises.

Les droits français et allemand des sociétés ne prévoient pas de droit statutaire de retrait. Toutefois, il est reconnu dans le droit allemand des GmbH qu'un droit de retrait pour motif valable peut exister si l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que l'associé reste dans la société.<sup>1615</sup>

#### **§ 6 Évaluation**

La limitation de la responsabilité est économiquement nécessaire pour la société mère ainsi que pour les investisseurs des fonds propres ainsi qu'extérieurs. Son maintien doit donc être l'objectif premier de toute législation. Elle ne peut être rompue que si les inconvénients pour les créanciers et les associés minoritaires l'emportent, notamment parce que la

---

<sup>1615</sup> Liebscher, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, Anhang zu § 13 n° 416 s., qui parle d'un droit de retrait comme *ultima ratio*.

limitation de la responsabilité crée de mauvaises incitations. C'est notamment le cas si la limitation de la responsabilité encourage ou du moins permet un comportement opportuniste de la part de la société mère.

#### **A. Droit de maintien du capital et protection patrimoniale**

La droit du maintien du capital interdit les transferts d'actifs vers la société mère, empêchant ainsi que la filiale ne soit utilisée comme une coquille vide servant de véhicule à la spéculation aux dépens des créanciers. Elle interdit ainsi expressément une partie du comportement opportuniste - le transfert d'actifs - dans la crise de la filiale.<sup>1616</sup>

Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur le fait que les actifs de la filiale peuvent être consommés non seulement par un transfert d'actifs à la société mère, mais déjà dans le cours normal des affaires. La situation d'aléa moral (*moral hazard*), c'est-à-dire le fait que la société mère a tout à gagner et rien à perdre dans la filiale, peut donc également se produire malgré les réglementations sur le maintien du capital. Dans certains cas, l'interdiction de distribution peut même renforcer les incitations inopportunes si la société mère est obligée de réinvestir ses fonds au sein du groupe et est donc incitée à sous-investir et/ou à jouer pour la résurrection (*gamble for resurrection*) en l'absence de projets prometteurs.

Le droit de maintien du capital ne peut donc protéger les créanciers et les minorités que dans une mesure limitée, mais comme on l'a vu plus haut (voir Partie 3 § 3 D.), il interfère considérablement avec le pouvoir de gestion centrale de la société mère.

#### **B. Responsabilité propre de la société mère**

La responsabilité propre de la société mère, fondée sur les normes pénales et civiles, conduit à deux conclusions. Premièrement, l'accent est mis de manière excessive sur l'intérêt propre de la filiale. Son intégration dans la structure du groupe n'est pas prise en compte. Ceci est particulièrement évident dans l'interdiction stricte des dommages dans le groupe de GmbH de fait ainsi que dans la responsabilité pénale de la société mère en tant que gérant de droit et de fait en droit français. Bien que la prise en compte de l'appartenance à un groupe soit autorisée par la jurisprudence, elle ne l'est pas dans la mesure souhaitée. En outre, elle permet de s'affranchir dans une large mesure de la limitation de la responsabilité.

#### **C. Droits des minoritaires**

Le plus grand risque pour les associés minoritaires et les créanciers est l'opportunisme de la société mère, que ce soit en tant que dirigeant (de fait) de la filiale ou en tant qu'associé

---

<sup>1616</sup> Expressément *Jaspers*, Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft, 2014, p. 204.

majoritaire de celle-ci. Les droit des minorités décrits ci-dessus permettent la prévention ou la limitation de ce comportement. En droit français, même les créanciers peuvent se prévaloir de ces droits de contrôle. Grâce à l'exercice des droits de contrôle et d'information, la limitation de la responsabilité est également maintenue, de sorte qu'une réduction du bien-être global ne devrait se produire.

## **Partie 4 : Reconnaissance de l'intérêt du groupe**

### ***§ 1 Dépasser ces limites en reconnaissant l'intérêt du groupe***

#### **A. Intérêt de l'entreprise**

L'intérêt de la société ou de l'entreprise découle de la conception selon laquelle une personne morale peut avoir un intérêt propre.

##### **I. Intérêt social en France**

###### **1. Notion**

La notion d'intérêt social est décrite à l'art. 1833 CCiv. et a été complétée en mai 2019 par la Loi PACTE. La définition exacte de cette notion pose des difficultés et dépend de la conception dogmatique de la société.<sup>1617</sup>

Selon la conception contractuelle de la société, l'intérêt de la société est d'enrichir les associés par la réalisation de l'objet social.<sup>1618</sup> Elle est comparable à l'approche de la *shareholder value*. Aucune distinction n'est faite entre les différents associés. Cependant, ils n'ont pas nécessairement les mêmes intérêts : les associés entrepreneurs ont un intérêt dans la croissance à long terme de l'entreprise ; les associés investisseurs, quant à eux, préfèrent une performance financière particulièrement rapide de leur investissement.<sup>1619</sup> Le point de vue véhiculé par la doctrine de l'entreprise est que l'intérêt de l'entreprise ne peut se limiter à l'intérêt des associés, mais inclut l'intérêt de l'entreprise, qui est la réalité économique, humaine et financière pour laquelle l'entreprise sert d'enveloppe.<sup>1620</sup> Ceci est conforme à l'approche de la valeur des parties prenantes ou *stakeholder value* et est adopté en particulier pour les sociétés cotées.<sup>1621</sup>

---

<sup>1617</sup> Pirovano, D. 1997, 189.

<sup>1618</sup> Cette conception correspond à la formulation de l'art. 1833 CCiv. Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 614.

<sup>1619</sup> Pirovano, D. 1997, 189 (194).

<sup>1620</sup> Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 614; Heinrich, in: L'intérêt social dans la loi Pacte, 2019, 182 (183).

<sup>1621</sup> Cf. Viénot, Le conseil d'administration des sociétés cotées - rapport du groupe de travail de l'AFEP et du CNPF.

L'importance de savoir quelle approche prévaut aujourd'hui en droit français des sociétés résulte du contenu de la politique de gestion, axée elle-même sur le contenu de l'intérêt social. Les décisions d'investissement, la distribution de dividendes, la reprise d'une entreprise, etc. seront considérées différemment selon que l'on tient compte uniquement de l'intérêt des associés ou que l'on tient également compte d'autres intérêts.<sup>1622</sup> L'autonomie et les pouvoirs de la direction dépendent également de l'orientation fondamentale de l'intérêt social. Si l'on adopte une approche fondée sur la valeur pour les associés (*shareholder value*), la direction est tenue d'accroître la valeur des parts. A cet égard, il ne dispose que d'un choix de moyens, mais l'exercice de son pouvoir est strictement limité.<sup>1623</sup> Si, en revanche, les gérants sont attachés à la valeur des parties prenantes, il leur appartient d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. Ce faisant, ils disposent d'une large marge d'action et de jugement, soumise à un contrôle interne et externe très limité, à condition que l'entreprise soit in bonis.<sup>1624</sup> En dehors de la référence expresse à l'application de l'approche par les *parties prenantes* pour les sociétés cotées, la formulation de l'art. 1833 CCiv., basée sur la valeur pour les associés, s'applique aux autres sociétés. Cela s'applique donc aux formes juridiques de la SARL et de la SAS examinées ici.

## 2. Conséquences juridiques

En cas de violation de l'intérêt social, le droit français des sociétés connaît une variété de réactions (Cf. Partie 3).<sup>1625</sup> Depuis la Loi PACTE, les décisions collectives ne peuvent être annulées pour violation de l'intérêt social, art. 1844-10 CCiv et art. L. 235-1 CCom. Néanmoins la responsabilité civile du dirigeant peut être engagée. Les décisions des associés contraires à l'intérêt social peuvent être considérées comme un abus de majorité, un abus de minorité ou un abus d'égalité. En outre, la révocation du dirigeant pour juste motif doit être dans l'intérêt de la société.

### **II. Intérêt social en Allemagne**

En Allemagne également, la question du contenu de l'intérêt social fait l'objet d'un débat animé. Ici aussi, l'approche des associés et celle des parties prenantes s'opposent. Toutefois, comme on peut le constater, le débat ne repose pas uniquement sur des

---

<sup>1622</sup> Schmidt, JCP E 1995, 488 n° 4.

<sup>1623</sup> Schmidt, JCP E 1995, 488 n° 11.

<sup>1624</sup> Schmidt, JCP E 1995, 488 n° 11.

<sup>1625</sup> Ci-après Cozian/Viandier/Deboissy, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 608; voir également Germain, Sociétés dominantes et sociétés dominées, 1974, n° 19; Heinrich, in: L'intérêt social dans la loi Pacte, 2019, 182 (187).

considérations dogmatiques relatives à la nature juridique de la société, mais est également guidé par des considérations économiques.

Les considérations relatives au *stakeholder values* jouent un rôle principalement pour la société par actions. Pour la GmbH, il existe un consensus sur le fait que seul l'intérêt de l'associé est déterminant pour l'intérêt social.<sup>1626</sup>

## **B. Surmonter les limites de la gestion du groupe posées par le droit des sociétés**

Les règles de responsabilité, les droits des minorités et les règles de maintien du capital sont largement orientées vers la compatibilité des actes des gérants et des associés avec les intérêts de la société. Si ces règles étaient orientées vers l'intérêt du groupe et pouvaient ainsi justifier des mesures préjudiciables, les limites de la gestion de groupe en droit des sociétés pourraient être dépassées.

Le fait que cela soit possible en principe a déjà été envisagé dans la doctrine française. La définition d'un intérêt commun est importante pour mesurer les atteintes aux droits des minorités et la responsabilité des différents organes fonctionnels.<sup>1627</sup> Or, au sein du groupe, les décisions ne sont pas prises dans l'intérêt des associés de la filiale, mais en fonction de l'intérêt du groupe. En conséquence, il y a un changement dans la notion même d'intérêt.<sup>1628</sup>

### **§ 2 Concept consolidé d'intérêt du groupe**

#### **A. Intérêt du groupe en France**

La notion d'intérêt du groupe apparaît de temps à autre dans la jurisprudence, la doctrine ainsi que dans la législation sans être définie de manière plus détaillée.<sup>1629</sup>

L'intérêt de groupe a été développé par la jurisprudence, notamment par l'arrêt Rozenblum de la Cour de cassation. Selon cette disposition, entre autres conditions, un acte nuisible à la filiale est justifié dans l'intérêt du groupe s'il vise à l'intérêt économique, social ou financier commun (plus de détails Partie 3 § 3 A. II. 2. d)). Cette notion est mentionnée par le législateur dans la recevabilité d'une expertise de groupe de gestion, art. L. 225-231 CCom. qui ne s'applique toutefois qu'à la SA. Enfin, l'intérêt du groupe est également pertinent en

---

<sup>1626</sup> BGH, 07.04.2003 - II ZR 193/02, NZG 2003, 528; BGH, 31.01.2000 - II ZR 189/99, NJW 2000, 1571; BGH, 28.09.1992 - II ZR 299/91, BGHZ 119, 257 (262); *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, p. 52; *Fleischer*, in: MÜKoGmbHG, 3e éd. 2019, § 43 n° 16 s.; *Wernert*, Das Gruppeninteresse, 2020, p. 126.

<sup>1627</sup> *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, n° 50.

<sup>1628</sup> *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, n° 50.

<sup>1629</sup> Sur l'ensemble voir *Pariente*, ECFR 2007, 317 (322).

cas de conflits d'intérêts avec l'intérêt propre des sociétés du groupe lorsque la société mère exerce un pouvoir de gestion (par exemple, abus de majorité<sup>1630</sup>).

L'intérêt du groupe a également un effet justificatif dans le cas de la révocation des gérants de filiales, car l'appréciation de la cause de révocation est influencée par l'existence du groupe.<sup>1631</sup> Certes, la jurisprudence n'a pas encore traité explicitement de l'intérêt de groupe dans ce contexte. Cependant, il joue un rôle indirect si la direction de la filiale a perdu la confiance de la société mère ou s'il y a des désaccords sur la politique de l'entreprise.<sup>1632</sup>

En cas de nomination d'un administrateur provisoire, l'intérêt du groupe joue également un rôle ; si celui-ci est mis en danger, le mandat de l'administrateur peut être étendu à l'ensemble du groupe (détails Partie 3 § 5 B. I. 4.).<sup>1633</sup>

### **I. Intérêt du groupe dans la jurisprudence**

La jurisprudence pénale sur la justification de l'abus de biens sociaux est particulièrement importante (voir Partie 3 § 3 A. II. 2. d)). L'intérêt du groupe est également pris en compte dans la jurisprudence en matière de droit commercial. L'idée ici est que l'appartenance à une unité économique peut dans certains cas justifier une acte contraire à l'intérêt propre de la filiale.<sup>1634</sup> Les exigences sont similaires : il doit y avoir une structure de groupe établie entre les entreprises, dans laquelle les activités des membres du groupe sont coordonnées. Si, en revanche, il n'y a qu'un lien financier, l'action ne peut être justifiée dans l'intérêt du groupe.<sup>1635</sup> A titre d'exemple, la décision de la Cour de cassation, où était en cause un abus de majorité de la part de la société mère, qui, selon le commentateur, n'aurait probablement pas été accepté si les sociétés avaient eu un lien plus fort entre elles.<sup>1636</sup>

---

<sup>1630</sup> *Urbain-Parleani*, in: Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, 2010, 91 (97).

<sup>1631</sup> *Gauthier*, Les dirigeants et les groupes de sociétés, 2000, n° 111 s.

<sup>1632</sup> *Gauthier*, Les dirigeants et les groupes de sociétés, 2000, n° 116 s.

<sup>1633</sup> Cass.com., 05.02.1985, n° 82-15.119, JCP E II 1985, n° 20492, note *Viandier*; Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 16560.

<sup>1634</sup> *Atiback*, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, n° 318.

<sup>1635</sup> *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, n° 129.

<sup>1636</sup> Cass.com., 29.05.1972, JCP 1973 II, 17337, note *Guyon*: l'assemblée générale d'une société mère avait spontanément décidé de reprendre les dettes de la filiale. Cette décision a été contestée par les associés minoritaires pour abus de majorité. Ils ont obtenu gain de cause devant la Cour d'appel ainsi que devant la Cour de cassation. Les tribunaux ont annulé la résolution car elle était contraire à l'intérêt de la société mère et servait l'intérêt exclusif de l'associé majoritaire, qui était le gérant de la filiale. Légalement, la société mère n'était pas obligée d'assumer les dettes de la filiale. Les juges n'ont pas non plus admis que des raisons opportunistes puissent s'appliquer. *Guyon* a commenté, „la solution aurait été sans doute différente si l'on s'était trouvé en présence d'un groupe non pas uniquement financier comme dans l'espèce, mais réalisant une concentration économique. La société mère pourrait alors un intérêt à renflouer une filiale nécessaire à la production ou à la vente des produits fabriqués par le groupe, ou bien encore à payer les dettes de la filiale pur sauvegarder la bonne réputation commerciale du groupe tout entier.”

L'intérêt du groupe est défini par la jurisprudence au cas par cas - il n'y a pas de délimitation *in abstracto*.<sup>1637</sup> Chaque mesure doit servir l'une des trois manifestations de l'intérêt du groupe définies par la jurisprudence : un intérêt commun économique, social ou financier.

L'intérêt économique est le plus facile à déterminer puisqu'il réside dans les raisons économiques du regroupement (Partie 2 § 1). Cela inclut également une gouvernance d'entreprise responsable, la diversification des risques, la mise en place de structures flexibles et adaptables, l'augmentation des bénéfices, les avantages fiscaux, l'établissement de succursales sur de nouveaux marchés à l'étranger, etc.<sup>1638</sup>

L'intérêt social correspond à celui des salariés.<sup>1639</sup> L'intérêt financier s'exprime principalement dans la gestion uniforme du patrimoine des entreprises, permettant de réaliser des économies d'échelle.<sup>1640</sup>

Alors que les jurisprudences pénale et commerciale présentent des similarités concernant l'intérêt du groupe, et font preuve d'une certaine tolérance à l'égard des structures de groupes, la jurisprudence fiscale est beaucoup plus rigide. La décision Sofige de 1995 est particulièrement importante ici, car elle illustre l'aversion des tribunaux fiscaux pour le concept d'intérêt de groupe.<sup>1641</sup>

Les opérations de sauvetage verticales ou entre sœurs sont considérées comme un acte anormal de gestion. En d'autres termes, ces mesures de gestion qui sont contraires à l'intérêt social et, par conséquent, non déductibles fiscalement.

Ainsi, l'intérêt du groupe est apprécié différemment dans la jurisprudence. Les progrès des jurisprudences pénale et commerciale ne se reflètent pas dans le droit fiscal et empêchent une évaluation d'impact juridiquement sûre pour les gérants nationaux et étrangers en cas d'activité transfrontalière.

## **II. Intérêt du groupe dans la doctrine**

La doctrine a également du mal à définir l'intérêt de groupe. Dans certains cas, il est considéré qu'il s'agit d'un concept qui complète l'intérêt social et permet d'examiner de manière exhaustive l'efficacité des mesures prises au sein du groupe. Il sert de base à la

---

<sup>1637</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (300); *Pariente*, ECFR 2007, 317 (323).

<sup>1638</sup> *Pariente*, ECFR 2007, 317 (326).

<sup>1639</sup> *Pariente*, ECFR 2007, 317 (326).

<sup>1640</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (301 s.); *Pariente*, ECFR 2007, 317 (326).

<sup>1641</sup> CE, 21.06.1995, n° 132531, JCP E 1995, 747 - *Sofige*; *Cozian*, JCP E 1996, 45.

prévision de la rentabilité de la mesure pour l'ensemble du groupe.<sup>1642</sup> Il ne se prête toutefois pas à une systématisation.<sup>1643</sup> La seule garantie est qu'il ne peut s'agir d'un simple résumé des intérêts individuels des membres du groupe.<sup>1644</sup> De même, la détermination du contenu en fonction de l'intérêt de la société mère doit être rejetée, même si les filiales sont entièrement détenues par la société mère.<sup>1645</sup>

En outre, il est largement admis que le contenu de l'intérêt de groupe développé jusqu'à présent n'est pas en mesure de l'emporter sur l'intérêt individuel des sociétés du groupe.<sup>1646</sup>

Le point de vue le plus unanime est probablement celui qui veut déterminer l'intérêt du groupe de manière autonome, afin qu'il puisse primer sur l'intérêt propre.<sup>1647</sup> Cet alignement de l'intérêt propre sur l'intérêt du groupe n'est que temporairement autorisé par la jurisprudence.<sup>1648</sup> Le sacrifice complet d'une société ne peut être justifié dans l'intérêt du groupe.<sup>1649</sup>

### **III. Intérêt du groupe dans la législation**

Le droit commercial tente d'établir une cohérence avec le droit pénal économique en imposant des exigences similaires pour la légalité de l'expertise de gestion de second degré, comme le fait la jurisprudence Rozenblum pour la justification de l'abus de biens sociaux. Sans autre précision, la notion d'intérêt de groupe est mentionnée et par extension reconnue dans l'art. L. 225-231 CCom.<sup>1650</sup>

## **B. Intérêt du groupe en Allemagne**

---

<sup>1642</sup> *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8e éd. 2019, n° 1565

<sup>1643</sup> *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8e éd. 2019, n° 1565.

<sup>1644</sup> *Barthélémy*, Le droit des groupes de sociétés, 1991, p. 196 s.; *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 8e éd. 2019, n° 1565; *Schmidt*, Les droits de la minorité dans la société anonyme, 1970, n° 82: „l'intérêt auquel doit se conformer la majorité est distinct de la somme des intérêts individuels et de la représentation des intérêts du capital dirigeant.”

<sup>1645</sup> *Atiback*, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, n° 161, 163; *Schmidt*, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, nouvelle éd. 2004, n° 426: „ceci permettrait à la société mère de s'approprier les biens de la personne morale”.

<sup>1646</sup> *Urbain-Parleani*, in: Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, 2010, 91 (96).

<sup>1647</sup> Cf. *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, n° 129; *Pariente*, Les groupes de sociétés, 1993, n° 41 s.; *Petitpierre-Sauvain*, Droit des sociétés et groupe de sociétés, 1972, n° 37, 44.

<sup>1648</sup> Cass.crim., 11.05.2000, n° 99-84.958: „l'intérêt du groupe peut être provisoirement substitué à l'intérêt des sociétés membres”.

<sup>1649</sup> *Boursier*, Rev. sociétés 2005, 273 (300); *Urbain-Parleani*, in: Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, 2010, 91 (97).

<sup>1650</sup> Voir *Pariente*, ECFR 2007, 317 (327).

La notion d'intérêt de groupe se trouve à l'art. 308 AktG et concerne le groupe contractuel. La société mère peut donner des instructions à la filiale qui sont désavantageuses pour cette dernière si elles servent les intérêts de la société mère ou des sociétés qui lui sont liées, art. 308 (1) phrase 2 AktG. L'intérêt individuel d'une autre société du groupe prime sur l'intérêt de la filiale concernée. La notion d'intérêt de groupe est donc trompeuse en Allemagne, car elle ne fait pas référence à un intérêt global, mais uniquement à l'intérêt des différentes sociétés du groupe, en particulier celui de la société mère.

Dans le droit du groupe de fait, des instructions désavantageuses peuvent être données sans que cela soit dans l'intérêt du groupe ; il y a seulement une obligation de compensation, art. 311 (1) AktG. L'intérêt de groupe ne joue donc un rôle que pour la loi du groupe contractuel. Dans le groupe de GmbH de fait, auquel la loi spécifique sur les groupes ne s'applique pas, la notion d'intérêt de groupe n'a aucune signification, car l'influence défavorable n'est généralement pas autorisée.

Néanmoins, un débat animé similaire à celui de la doctrine française s'est développé dans la doctrine allemande sur la question du contenu de l'intérêt de groupe. Il peut donc s'agir d'une addition d'intérêts individuels ou de l'intérêt de la société mère elle-même. Dans certains cas, il est question d'un intérêt général de l'entreprise. Il convient également de souligner le point de vue qui nie complètement l'intérêt personnel des sociétés du groupe.<sup>1651</sup> Étant donné que les sociétés du groupe n'ont qu'une tâche limitée à remplir dans leur spécialisation au sein du groupe, elles n'auraient pas l'idée de poursuivre un intérêt autonome et indépendant de l'appartenance au groupe.<sup>1652</sup> Ce point de vue est problématique dans le cas de l'intégration d'une société dans le groupe, car les associés minoritaires restants poursuivaient à l'origine une orientation entrepreneuriale différente et leurs intérêts ne s'éteignent pas automatiquement lors de l'intégration dans le groupe.

Si, en revanche, on suppose que les différentes sociétés du groupe conservent leur intérêt, la question se pose de savoir comment et dans quelle mesure elles deviennent partie intégrante de l'intérêt du groupe. Ici, une approche quantitative et une approche qualitative se sont imposées. L'approche quantitative détermine le contenu de l'intérêt du groupe sur la base de l'intérêt de la société mère, auquel s'ajoutent les intérêts des filiales avec leur pondération partielle spécifique à la société.<sup>1653</sup> Elle est basée sur le niveau de participation

---

<sup>1651</sup> *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (7).

<sup>1652</sup> *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (7).

<sup>1653</sup> *v. Werder*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (301).

de la société mère dans les filiales correspondantes.<sup>1654</sup> Ce point de vue fait l'objet d'importantes réserves: il conduit à un désavantage structurel pour les associés minoritaires de la filiale. Plus l'influence de la société mère sur la filiale est faible en raison de sa faible participation, moins l'intérêt de la filiale est inclus dans l'intérêt du groupe. En revanche, les intérêts protecteurs de la filiale sont plus importants. Il est nécessaire d'en tenir compte puisque la reconnaissance de l'intérêt du groupe accroît le pouvoir de gestion de la mère.

L'approche qualitative repose sur un équilibre entre les intérêts individuels, qui tient compte des intérêts individuels des membres du groupe, non seulement en fonction de leur taille, mais aussi en fonction de leur rentabilité, de leur intérêt pour la pérennité du groupe, des intérêts de leurs salariés et des autres intéressés.<sup>1655</sup> La difficulté de cette approche est qu'elle ne peut être concrétisée et qu'elle est inconsistante en fonction de l'entreprise qui procède à l'évaluation. En outre, l'évaluation de la partie intéressée d'un groupe particulier est difficile à examiner devant un tribunal. Cela pourrait être une des raisons pour lesquelles l'intérêt du groupe ne peut pas primer sur l'intérêt propre de la filiale en droit allemand.

Afin d'éviter une telle implication des différents intérêts de manière quantitative ou qualitative, il serait judicieux de laisser la détermination de l'intérêt du groupe à la seule société mère.<sup>1656</sup> Toutefois, si tel était le cas, il n'y aurait aucune différence entre un groupe et une entreprise unitaire avec des succursales.

Il s'avère que le droit allemand ne dispose pas d'un accès approprié au contenu de l'intérêt du groupe et ne lui confère donc qu'une faible légitimité. Cela pourrait changer si le terme était défini avec une certaine sécurité juridique.

### **C. Intérêt du groupe au niveau européen**

En raison de la faiblesse des tentatives nationales de définition de la notion, il semble nécessaire d'établir une définition juridique supranationale de l'intérêt du groupe.<sup>1657</sup> Dans ce contexte, il convient de ne pas adopter une approche basée sur les associés ou les parties intéressées, comme tel était le cas jusqu'à présent, mais de s'intéresser à l'intérêt économique du groupe.

#### **I. Propositions des groupes d'experts sur le contenu de l'intérêt collectif**

---

<sup>1654</sup> v. *Werder*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 291 (303 s.).

<sup>1655</sup> *Hoffmann-Becking*, in: *FS Hommelhoff*, 2012, 433 (436).

<sup>1656</sup> Par exemple *Hommelhoff*, *Die Konzernleitungspflicht*, 1982, p. 247 s.

<sup>1657</sup> *Parachkévova-Racine*, *Bull. Joly* 2019, n° 119t0, 1.

Toutes les propositions renoncent à préciser le contenu de la notion d'intérêt du groupe, mais visent plutôt une orientation équilibrée de l'intérêt du groupe (Partie 1, § 4 E).<sup>1658</sup>

## II. Considérations sur l'efficacité du marché intérieur

Afin de déterminer l'intérêt du groupe au niveau européen, il est presque impératif d'adopter une approche axée sur le marché intérieur, qui vise à une répartition efficace des ressources du groupe.<sup>1659</sup>

L'intérêt du groupe est défini comme l'intérêt économique général à développer des synergies et, partant, à utiliser efficacement les ressources du groupe dans le cadre d'un réseau intégré de sociétés.<sup>1660</sup>

Les règles statutaires ou jurisprudentielles relatives à la responsabilité des gérants ne s'appliquent pas si l'intérêt du groupe est reconnu, à condition que ceux-ci aient participé à des mesures visant à renforcer l'efficacité.<sup>1661</sup> Cela n'est possible que si l'on nie l'existence d'intérêts individuels des différentes sociétés au sein du groupe et que l'on comprend l'intérêt du groupe comme un intérêt commun à maximiser la valeur du groupe.<sup>1662</sup>

La gestion légitime du groupe vise différents moments. D'une part, *ex ante* à l'organisation de la structure du groupe et à l'établissement de chaînes de valeur. D'autre part, *ex post* dans l'utilisation des prérogatives de gestion par le biais d'instructions. *Schön* le décrit ainsi: « Ce sont précisément les économies d'échelle résultant de cette domination organisationnelle qui contribuent à la rentabilité du groupe dans son ensemble. Sa valorisation est dans l'intérêt de celui-ci. »<sup>1663</sup>

Toutefois, l'intérêt du groupe ne peut permettre une gestion illimitée du groupe et atteint ses limites lorsque des mesures ne maximisent manifestement pas sa valeur. Afin de mieux clarifier ces limites, il convient de faire une distinction entre les mesures organisationnelles et la répartition des bénéfices. La simple répartition des bénéfices et des pertes entre les sociétés du groupe n'a aucun effet sur la valeur globale du groupe et n'est donc pas comprise dans la notion d'intérêt du groupe.<sup>1664</sup> Les mesures organisationnelles le

---

<sup>1658</sup> Refusant *Schön*, ZGR 2019, 343 (367).

<sup>1659</sup> À ce sujet dans la suite *Schön*, ZGR 2019, 343 (354 s.): L'intérêt collectif - une vision orientée vers l'efficacité.

<sup>1660</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (354 s.).

<sup>1661</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (355).

<sup>1662</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (355) parle d'abréviation heuristique.

<sup>1663</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (356).

<sup>1664</sup> *Schön*, ZGR 2019, 343 (356).

sont, lorsqu'elles procèdent *ex ante* à une répartition symétrique des avantages et des inconvénients et si le désavantage que subit la société est dû au seul risque entrepreneurial propre à celle-ci.<sup>1665</sup> Cela correspond à la règle de l'art. 317 (2) AktG, qui exclut la responsabilité de la société mère envers la filiale si les mesures instruites l'aurait également été par un gérant prudent et consciencieux dans une société autonome. Il n'est pas approprié d'imposer à la société mère tous les risques entrepreneuriaux de la filiale.<sup>1666</sup> Dans le cas d'une répartition symétrique des avantages et des inconvénients d'une mesure organisationnelle, celle-ci doit également être considérée comme ayant été effectuée par un gérant consciencieux d'une société non-groupée et doit donc être exonérée de toute responsabilité de la société mère.

Toutefois, même les mesures d'organisation incluses dans l'intérêt du groupe en principe peuvent, dans certains cas, comporter des inconvénients tels qu'ils doivent être compensés afin de ne pas décourager les investisseurs extérieurs ou les inciter à conclure des contrats de sûreté onéreux.<sup>1667</sup> Cela supprimerait les avantages décrits ci-dessus liés au faible coût du capital de la mère. En outre, l'exercice d'une position dominante sans compensation incite à des mesures inefficaces qui n'augmentent pas la valeur globale du groupe, et ne font que déplacer la valeur au détriment des associés minoritaires et en faveur des associés de la société mère.<sup>1668</sup>

Cette approche normative est nouvelle et innovante. Elle permet d'établir des règles d'efficacité concrètes et de définir ainsi la notion d'intérêt du groupe. Elle s'éloigne de l'« équilibre » illimité des intérêts individuels pour se diriger vers une norme basée sur une action quantifiable. Dans ce domaine, il est également possible de s'inspirer de l'économie juridique (partie 2). Cette prise en compte de l'intérêt du groupe a également l'avantage d'intervenir modérément dans les systèmes existants des États membres. La protection des créanciers et des minorités reste du domaine de leur réglementation. En revanche, le pouvoir de gestion de la mère est déterminé de manière à l'échelle européenne.

Toutefois, la principale lacune de l'approche est qu'elle ne permet pas de légitimer la gestion centralisée des liquidités ou *cash-pooling* au sein du groupe, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une mesure organisationnelle mais d'une mesure patrimoniale. Cette dernière est

---

<sup>1665</sup> Cf. Schön, ZGR 2019, 343 (360).

<sup>1666</sup> Cf. Fleischer, NZG 2008, 371 (372).

<sup>1667</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (358 s.).

<sup>1668</sup> Schön, ZGR 2019, 343 (359).

toutefois en mesure d'augmenter la valeur globale du groupe en améliorant sa solvabilité et sa capacité de financement. Le concept doit encore être complété (partie 6).

### ***§ 3 Prise en compte de l'intérêt du groupe dans l'évaluation des mesures de gestion dans la filiale***

Le droit français des sociétés ne prévoit pas de mécanismes spécifiques pour traiter les questions de groupe. Toutefois, la jurisprudence a utilisé la réglementation existante pour fixer des normes de conduite. Ce système semble fonctionner, de sorte que la reconnaissance de l'intérêt du groupe ne nécessite probablement pas un système entièrement nouveau, mais peut être intégré au droit existant.

Certains auteurs et groupes d'experts ont déjà fait des propositions à cet égard, qui seront évaluées ci-dessous.

#### **A. Jurisprudence Rozenblum**

La jurisprudence Rozenblum est très populaire dans le débat du droit européen des sociétés.<sup>1669</sup> Elle constitue un motif de justification pour l'abus de biens sociaux. Pour l'uniformiser, elle devrait constituer une justification générale et être transposable,<sup>1670</sup> avec ses hypothèses de base, au droit européen de la gestion des groupes.

##### **I. Justification générale**

###### **1. Le droit pénal des affaires**

En droit pénal des affaires, il n'existe pas de consensus sur la question de savoir si la jurisprudence de Rozenblum est applicable à d'autres infractions, ou si elle se limite uniquement à l'abus de biens sociaux et aux infractions connexes.<sup>1671</sup> Afin de dissiper ces doutes, certains demandent que la jurisprudence Rozenblum soit consacrée légalement.<sup>1672</sup>

###### **2. Droit commercial et droit des sociétés**

L'arrêt Rozenblum est une décision fondamentale qui ne peut rester sans influence sur le droit français des groupes de sociétés, même en dehors du droit pénal.<sup>1673</sup> Jusqu'à présent, c'est la jurisprudence sociale qui l'a principalement appliquée.<sup>1674</sup>

---

<sup>1669</sup> Par exemple *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 89 s., p. 96 s.; *Teichmann*, AG 2013, 184 (195).

<sup>1670</sup> *Bouloc*, *Rev. sociétés* 1988, 181 (192).

<sup>1671</sup> Pour un motif général de justification *Léauté*, JCP 1973, 2551; contre un transfert de la formule en dehors des infractions voisines *Bouloc*, *Rev. sociétés* 1988, 181 (192 s.).

<sup>1672</sup> *Lasserre Capdeville*, *Abus de biens sociaux et banqueroute*, 2010, n° 139.

<sup>1673</sup> Ainsi la conclusion de *Falcke*, *Konzernrecht in Frankreich*, 1996, p. 39.

<sup>1674</sup> Cass.soc., 03.04.1990, *Rev. sociétés* 1990, 625, note *Guyon*.

Un transfert fondamental vers le droit commercial et le droit des sociétés est donc également envisageable, notamment parce que les obligations d'agir, qui sont couvertes par la responsabilité pour dommages et intérêts en droit des sociétés allemand, sont souvent pertinentes en droit pénal français. Il ne s'agit donc pas d'une différence de fond, mais d'une simple différence de forme.

## **II. Transfert au droit européen de la gestion des groupes**

L'application de la jurisprudence Rozenblum au droit de gestion des groupes à harmoniser est justifiée par le fait que la formule est déjà connue et transposée dans le droit national dans de nombreux États membres.<sup>1675</sup> Elle s'intègre sans heurts dans les systèmes nationaux en raison de sa flexibilité. Elle décrit avec une force de persuasion intuitive les éléments constitutifs d'une bonne gestion d'entreprise.<sup>1676</sup> Dans la doctrine allemande, elle est également critiquée.<sup>1677</sup> Ces préoccupations doivent être dissipées lors de l'application de la jurisprudence Rozenblum aux groupes transfrontaliers (Partie 6 § 3).

### **B. Règle d'appréciation commerciale (*business Judgment rule*) à l'échelle du groupe**

Les limites de la gestion uniforme du groupe par la société mère en droit des sociétés résultent en grande partie de sa responsabilité soit en tant que gérant de droit ou de fait, soit en tant qu'associé majoritaire de la filiale (partie 3). La responsabilité des gérants existe notamment lorsque les devoirs de diligence n'ont pas été respectés dans les activités entrepreneuriales. Il est toutefois difficile d'établir une règle de diligence raisonnable clairement définie, donc de déterminer une limite nette entre l'intérêt personnel qui doit être impérativement respecté et l'intérêt collectif qu'il est permis d'inclure dans les activités.<sup>1678</sup> Étant donné que l'inclusion des intérêts du groupe est une décision d'entreprise dont la seule limite claire est la survie de la filiale (voir Partie 5 § 1), la démarcation précise des notions s'avère difficile.<sup>1679</sup>

Une disposition devrait être prévue pour permettre aux gérants d'inclure l'intérêt du groupe dans les décisions commerciales dans les limites de leur pouvoir discrétionnaire. La

---

<sup>1675</sup> *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa*, 2017, p. 99; *Drygala*, AG 2013, 198 (203); *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (709) avec références.

<sup>1676</sup> *Teichmann*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, 3 (9).

<sup>1677</sup> Notamment *Engert*, ZGR Sonderheft 2020, 59 (72); sceptique également *Schön*, ZGR 2019, 343 (367 s.), qui soulignent que les tribunaux doivent procéder à une analyse d'impact complète lorsqu'ils appliquent la formule Rozenblum, ce qui est coûteux et source d'erreurs.

<sup>1678</sup> *Teichmann*, AG 2013, 184 (196).

<sup>1679</sup> *Teichmann*, AG 2013, 184 (196).

prise en compte des intérêts du groupe est une décision d'entreprise soumise à la *business Judgment rule*.<sup>1680</sup>

L'avantage est qu'elle est issue du droit des sociétés et qu'elle est familière ou du moins partagé dans la plupart des États membres. Dans le droit allemand des actions, elle est ancrée à l'art. 93 (1) phrase 2 AktG, mais elle est également reconnue pour la GmbH.<sup>1681</sup> Bien que le droit français ne reconnaisse pas expressément une telle exonération de responsabilité, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité laisse au gérant une marge de manœuvre plus large, comparable à la *Business Judgment Rule* (Partie 3 § 4 B. I.). Il s'agit essentiellement d'une disposition selon laquelle le gérant qui, sur la base d'informations suffisantes, aurait pu estimer qu'une mesure sert l'intérêt de la société ne commet pas de manquement à ses obligations.<sup>1682</sup>

Elle est étendue à la dimension du groupe puisque le gérant peut apprécier les mesures pour la prospérité de la société en incluant ses liens avec le groupe.<sup>1683</sup>

En raison de sa flexibilité et de ses origines dans le droit des sociétés, la règle de l'appréciation commerciale à l'échelle du groupe doit être accueillie favorablement et peut être utilisée comme une *safe harbour* ou une exemption/exonération de responsabilité. Elle présente toutefois l'inconvénient de devoir agir sur la base d'informations adéquates. Il n'est pas évident de savoir comment la filiale est censée obtenir les informations de la société mère, et encore moins des sociétés sœurs. En tout cas, en droit français et allemand, le droit à l'information n'existe entre sociétés que dans le cas de la mère vis-à-vis de la fille. À elle seule, la prise en compte de l'intérêt du groupe pour la prospérité de la société ne permettrait pas de rendre la règle de jugement d'entreprise efficace. Elle devrait s'accompagner d'une transparence intragroupe et d'une obligation réciproque d'information.

Après tout, la règle de l'appréciation commerciale ne saurait exonérer la société mère agissant en tant qu'associé majoritaire, mais uniquement en tant que dirigeant de droit ou de fait de la filiale.

### **C. Liste blanche/Liste noire**

L'ICLEG et le Club des juristes ont proposé d'énumérer les différentes mesures de gestion du groupe afin d'assurer la sécurité juridique dans la gestion des instructions

---

<sup>1680</sup> Teichmann, AG 2013, 184 (196).

<sup>1681</sup> Fleischer, in: MÜKoGmbHG, 3e éd. 2019, § 43 n° 71 s. avec références.

<sup>1682</sup> Fleischer, in: MÜKoGmbHG, 3e éd. 2019, § 43 n° 80 s.

<sup>1683</sup> Teichmann, AG 2013, 184 (196).

défavorables de la mère à l'égard de sa fille.<sup>1684</sup> D'un point de vue critique, cette proposition se base sur l'idée erronée que l'alignement de la politique commerciale sur l'intérêt du groupe consiste à équilibrer les intérêts individuels au sein du groupe. En réalité, il s'agit d'accroître les synergies, qui peuvent être si variées qu'une liste énumérative n'est pas possible.<sup>1685</sup>

#### **§ 4 Formation de la reconnaissance de l'intérêt du groupe (comment)**

Afin d'assurer la sécurité juridique de la reconnaissance de l'intérêt du groupe, il convient de recourir à l'instrument du droit d'instruction. La fille doit se conformer à cette instruction. Les cas dans lesquels cette obligation de suivi n'est pas applicable sont expliqués plus loin (Partie 5 § 2).

### **Partie 5 : Limites à la reconnaissance de l'intérêt du groupe**

#### **§ 1 Limites de la reconnaissance de l'intérêt du groupe (champ d'application)**

Si l'intérêt de groupe est reconnu par un droit d'émettre des instructions de la part de la société mère (Partie 4 § 4), son champ d'application doit être déterminé et délimité avec précision. La détermination de la portée du droit de donner des instructions est encore plus importante ici que la reconnaissance de l'existence d'un tel droit en soi. Car, comme étudié précédemment, la société mère peut exercer son pouvoir de gestion même sans droit d'émettre des instructions explicitement consacré (Partie 3 § 1 B.), de sorte qu'une délimitation de son pouvoir d'influence devient nécessaire.

La limite absolue de l'influence de la société mère est la survie de la filiale, qui est garantie par la loi sur l'insolvabilité. La protection de l'existence de la filiale n'est pas le seul critère déterminant. En effet, la prise en compte de l'intérêt du groupe cesse de s'appliquer, étant donné que les intérêts des créanciers doivent être considérés en cas d'insolvabilité d'une société. La portée et le moment de ce déplacement des obligations de loyauté ou « shift of fiduciary duties » restent à être précisés.

### **A. Réglementation du droit français de l'insolvabilité**

#### **I. Introduction**

La loi sur l'insolvabilité se concentre sur les sociétés et les créanciers ; les associés et les gérants deviennent des acteurs secondaires. Les créanciers deviennent les véritables

---

<sup>1684</sup> *The Informal Company Law Expert Group*, Report on the recognition of the interest of the group, p. 27 s., p. 43 n° 3.1.1, n° 4.1.

<sup>1685</sup> De même Schön, ZGR 2019, 343 (367); en faveur de la Liste Blanche Schmidt, DK 2017, 1 (8); Schüßler, NZG 2017, 1046 (1051).

propriétaires de l'entreprise puisque les intérêts des associés sont mis de côté,<sup>1686</sup> au profit des intérêts désormais prioritaires des créanciers. Ces intérêts doivent désormais subordonner au but de la continuation et le maintien de l'entreprise.

Le droit de l'insolvabilité ne reconnaît pas le groupe. Chaque société mène sa propre procédure d'insolvabilité en tant que personne morale distincte. Des efforts plus récents tentent de se concentrer sur le groupe dans son ensemble.<sup>1687</sup> Le problème ici est que le groupe lui-même n'a pas de personnalité juridique, donc qu'il n'existe pas de débiteur susceptible d'ouvrir une procédure d'insolvabilité. Il serait possible d'y remédier en conférant des droits et des obligations à l'unité d'entreprise. Cela permettrait d'éviter que les dettes soient réparties de manière arbitraire entre la société mère, la filiale et/ou les sociétés sœurs.<sup>1688</sup> D'un point de vue économique, les dettes existent pour l'ensemble du groupe et leur imputation aux sociétés individuelles, avec pour conséquence que seuls leurs actifs peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ne correspond pas à la réalité économique. Toutefois, il semble que ces considérations n'aient pas encore été prises en compte dans le système français.

## **II. État de cessation des paiements, art. L. 631-1 CCom.**

Le point de départ en droit de l'insolvabilité est l'état de cessation des paiements, c'est-à-dire lorsque le débiteur n'est pas en mesure de faire face au passif exigible avec son actif disponible, art. L. 631-1 al. 1 CCom: c'est un cas d'incapacité de payer.<sup>1689</sup>

Le fait que le débiteur soit en état de cessation des paiements est déterminant pour savoir quelle procédure d'insolvabilité peut ou doit être appliquée. Le législateur français a réformé la loi sur l'insolvabilité en 2005 et a avancé le moment où les mesures prévues par la loi sur l'insolvabilité peuvent être prises, l'idée étant qu' « *il vaut mieux prévenir que guérir.* »<sup>1690</sup>

La cessation des paiements doit être déterminée de manière autonome et objective pour chaque entreprise dans le contexte du groupe.<sup>1691</sup> La capacité financière de la mère ne

---

<sup>1686</sup> *Monsérié-Bon*, in: *Droit des sociétés et procédures collectives*, 2018, 119.

<sup>1687</sup> *Roussel Galle/Bourbouloux*, in: *Droit des sociétés et procédures collectives*, 2018, 137.

<sup>1688</sup> Sur l'ensemble *Pelletier*, La responsabilité au sein des groupes des sociétés en cas de procédure collective, 2013, n° 291.

<sup>1689</sup> *Antonini-Cochin/Henry*, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 8e éd. 2019, p. 13.

<sup>1690</sup> *Antonini-Cochin/Henry*, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 8e éd. 2019, p. 13.

<sup>1691</sup> Cass.com., 03.07.2012, n° 11-18.026, Bull. Joly 2012, 631, note *Pelletier; Jacquemont/Borga/Mastrullo*, *Droit des entreprises en difficulté*, 11e éd. 2019, n° 167.

doit pas non plus être prise en considération dans le cas de la constatation de l'état de cessation des paiements d'une filiale.<sup>1692</sup>

### **III. Conséquences juridiques en vertu de la loi sur l'insolvabilité**

Le droit français de l'insolvabilité prévoit différentes procédures pour répondre de manière appropriée à la situation économique de l'entreprise. Avant l'état de cessation des paiements, le débiteur a la possibilité de recourir à une procédure de sauvegarde, artt. L. 620-1 et suivants CCom. Après la cessation des paiements, seule la procédure de redressement judiciaire, artt. L. 631-1 et suivants CCom. ainsi que la procédure de liquidation judiciaire, artt. L. 640-1 et suivants CCom. sont envisageables.

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut être demandée par le débiteur lui-même, le créancier ou le ministère public. Le débiteur doit déposer la requête au plus tard 45 jours après la cessation des paiements, à moins qu'il ne demande une procédure de conciliation, art. L. 631-4 CCom. S'il dépasse les 45 jours, une procédure de conciliation n'est plus possible pour des raisons d'efficacité. Il s'agit d'une obligation de déposer une demande, car le fait de ne pas le faire dans le délai imparti peut entraîner la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif et interdiction de gérer (voir Partie 5 § 1 A. IV. 1.). L'absence de dépôt d'une demande est en fait une faute de gestion.

### **IV. Conséquences juridiques en matière de responsabilité**

#### **1. Action pour insuffisance d'actif, art. L. 651-2 CCom.**

La responsabilité pour insuffisance d'actifs incombe au dirigeant de droit ainsi qu'au dirigeant de fait, art. L. 651-2 CCom. Les représentants des personnes morales qui assurent la gestion et les gérants étrangers sont également soumis à la responsabilité.<sup>1693</sup>

Le gérant qui a contribué à une insuffisance d'actif de la société par une faute de gestion peut être condamné à supporter tout ou partie de cette insuffisance. Il peut également être interdit de gérer, art. L. 653-1 CCom.

La société mère en tant que personne morale peut être responsable en tant que dirigeant de fait d'une insuffisance d'actifs si une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre de la filiale.<sup>1694</sup> Quatre conditions doivent être réunies pour que cela se produise. Tout d'abord, l'entreprise doit être en phase de liquidation, ce qui met en évidence

---

<sup>1692</sup> Cass.com., 15.11.2017, n° 16-19.690, Bull. Joly 2018, 115, note *Mouial-Bassilana; Henry*, Rev. sociétés 2012, 527, expressément sur l'exemple d'une société mère allemande et d'une filiale française (Sodimédical).

<sup>1693</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 13140.

<sup>1694</sup> Mémento pratique groupes de sociétés, 2019, n° 13155, avec des exemples et contre-exemples tirés de la jurisprudence.

l'insuffisance d'actifs. Ensuite, il doit y avoir une faute de gestion qui a contribué à celle-ci. A cet égard, toute faute est suffisante ; toutefois une simple négligence dans la gestion ne peut être qualifiée de faute de gestion, art. L. 651-2 al. 2 CCom. En outre, la faute doit avoir été commise avant la décision d'ouverture de la procédure. Elle peut, par exemple, résulter d'une omission de déclaration de cessation de paiement.<sup>1695</sup> En outre, la société doit avoir subi un préjudice. Celui-ci est démontré lorsque le passif de la société est supérieur à son actif et qu'il lui est donc impossible de satisfaire ses créanciers. Enfin, il doit y avoir un lien de causalité entre le dommage et la faute de gestion, cette dernière ne devant pas nécessairement être la seule cause de l'insuffisance d'actifs.<sup>1696</sup>

Le principal cas d'application de l'action pour insuffisance d'actif est celui dans lequel la société mère laisse sa liberté d'action au sein du groupe et s'enrichit sur le plan opérationnel mais aussi financièrement aux dépens de la filiale.<sup>1697</sup>

Le liquidateur, le procureur de la République ou la majorité des créanciers désignés comme contrôleur, si le liquidateur n'a pas donné suite à une demande en ce sens après un préavis de deux mois, ont le droit d'intenter une action, art. L. 651-3 CCom.

Le tribunal est libre dans sa décision et peut ne pas retenir la responsabilité du gérant ou seulement partiellement, même si les conditions sont satisfaites.

Les exigences en matière de responsabilité ne permettent pas de prendre en compte l'intérêt du groupe. Il n'y a pas de facteur de rattachement, car le seul intérêt du liquidateur est de satisfaire les créanciers. De plus, la jurisprudence Rozenblum ne permettrait aucune justification, car elle ne permet pas de surcharger financièrement la filiale. L'action pour insuffisance d'actif est donc une limite à la reconnaissance de l'intérêt du groupe.

## 2. Extension de la procédure

En principe, la procédure d'insolvabilité n'est ouverte qu'à l'égard du débiteur. Dans deux cas exceptionnels, cependant, une extension de la procédure est possible et le créancier a accès aux actifs d'autres entreprises. Soit il s'agit d'une confusion des patrimoines, soit la filiale est fictive. Ces exceptions sont exhaustives.<sup>1698</sup> Il n'est pas nécessaire que l'entreprise à

---

<sup>1695</sup> Cass.com., 30.11.1993, n° 91-20.554, Bull. Joly 1994, 410, note *Pétel*.

<sup>1696</sup> *Antonini-Cochin/Henry*, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, 8e éd. 2019, p. 149; *Farhi*, Les procédures collectives après la loi PACTE, 2019, p. 73.

<sup>1697</sup> Cf. les exemples dans *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, n° 13220.

<sup>1698</sup> Cass.com., 20.10.1992, n° 90-21.070, Rev. sociétés 1993, 449, obs. *Guyon*.

laquelle la procédure est étendue soit en état de cessation des paiements.<sup>1699</sup> L'extension de la procédure peut être demandée par le gérant du débiteur, le mandataire judiciaire, le ministère public, etc., artt. L. 621-2 al. 2, 631-7 al. 1, 641-1 I CCom. Ce droit est également disponible pour le contrôleur, mais pas pour les créanciers eux-mêmes.<sup>1700</sup>

#### a) confusion des patrimoines

La confusion des patrimoines se produit lorsqu'il existe soit des relations financières anormales, soit une imbrication des patrimoines.<sup>1701</sup>

Il convient toutefois de noter que la jurisprudence est plus tolérante dans le cas de relations financières intragroupe et laisse une plus grande marge de manœuvre au groupe. Les sociétés du groupe peuvent être plus étroitement liées en termes d'actifs sans avoir à craindre une confusion des patrimoines. Dans l'arrêt *Métaleurop* de 2005, la Cour de cassation a défini la confusion de patrimoine dans un contexte de groupe.<sup>1702</sup> Ainsi, la dépendance économique et commerciale de la filiale ne sont pas déterminantes. Cependant, il doit y avoir un certain degré d'équilibre dans la relation entre les sociétés.<sup>1703</sup> La filiale ne doit pas être complètement exclue et servir uniquement de réserve de biens pour la mère.<sup>1704</sup> La jurisprudence s'est également prononcée sur le cas particulièrement important en pratique du cash pool, en précisant qu'il ne constitue pas une relation financière anormale et ne conduit donc pas à une confusion des patrimoines.<sup>1705</sup>

#### b) Fictivité de la filiale

Il manque à la société fictive un élément constitutif de l'art. 1832 CCiv. Dans la plupart des cas, il s'agit de l'*affectio societatis*, c'est-à-dire de la volonté de plusieurs personnes physiques ou morales de s'unir pour former une société.<sup>1706</sup> La responsabilité incombe alors à la personne qui agit réellement et non à la société existant en apparence. Par conséquent,

---

<sup>1699</sup> Cass.com., 11.10.1994, n° 90-14.457, RJDA 2/95, n° 200; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, n° 24530.

<sup>1700</sup> Cass.com., 15.05.2001, n° 98-14.560 P, Bull. Joly 2001, 979, note *Pétel*; *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10e éd. 2018, n° 213.021; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, n° 24340.

<sup>1701</sup> *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10e éd. 2018, n° 213.021; *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 33e éd. 2020, n° 2182; *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, n° 703; *Jacquemont/Borga/Mastrullo*, Droit des entreprises en difficulté, 11e éd. 2019, n° 176.

<sup>1702</sup> Cass.com., 19.04.2005, n° 05-10.094, Bull. Joly 2005, 690 - *Métaleurop*, note *Saint-Alary-Houin*.

<sup>1703</sup> *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, n° 705.

<sup>1704</sup> Cass.com., 02.05.2007, n° 06-12.378, Bull. Joly 2007, 941, note *Senechal*.

<sup>1705</sup> Cass.com., 16.12.2014, n° 13-24.161, Rev. sociétés 2015, 202, obs. *Henry*; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, n° 24325.

<sup>1706</sup> *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives, 10e éd. 2018, n° 213.111; *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, 2011, n° 699; *Jacquemont/Borga/Mastrullo*, Droit des entreprises en difficulté, 11e éd. 2019, n° 175.

dans le cas d'une filialisation, il est nécessaire de prêter une attention particulière au fait que la filiale dispose de ses propres actifs et compétences et exerce sa propre activité économique. Elle ne doit pas dépendre de la mère au point que cette dernière se déleste sur ses filiales des risques de l'activité entrepreneuriale.<sup>1707</sup>

### *c) Conséquences juridiques*

Si l'une des deux situations d'extension existe, la procédure est étendue à la société mère et est gérée par les mêmes organes. Elle couvre tous les actifs et passifs des sociétés et est conçue pour atteindre un résultat commun (on peut aussi imaginer que la première procédure concerne la société mère et qu'elle soit étendue aux filiales).<sup>1708</sup> Cela peut avoir des conséquences importantes pour la société mère, puisque ses actifs font l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire alors qu'elle n'est pas insolvable. Dans le cadre de la procédure, ses actifs seront utilisés et de manière moins rentable que dans les conditions du marché libre. Mais ce n'est pas seulement la perte de valeur qui est problématique. Des biens indispensables à la mère pour poursuivre ses activités commerciales peuvent également être utilisés, ce qui peut entraîner des réelles difficultés qu'elle n'avait pas au moment de l'extension. Même sa propre faillite est envisageable. Un tel effet devrait en fait être évité avec la segmentation de la responsabilité. Certes, dans le cas de l'extension de la procédure, la société mère n'a pas respecté la limite légale des actifs de la filiale. Néanmoins, il semble disproportionné de mettre l'ensemble des actifs de la société mère à la disposition des créanciers de la filiale. Tant que les tribunaux n'en viennent pas à des conclusions différentes, il y a un danger pour l'idée de l'intérêt du groupe. Cependant, il ne faut pas oublier de mentionner que l'extension ne semble pas poser autant de problème en pratique.

## **B. Réglementation allemande en matière de droit de l'insolvabilité**

### **I. Les faits de l'insolvabilité**

Contrairement au droit français, le droit allemand de l'insolvabilité reconnaît trois faits d'insolvabilité différents qui autorisent ou obligent différents groupes de personnes à déposer une demande d'insolvabilité.

---

<sup>1707</sup> CA Paris, 28.09.1993, n° 92011601 et n° 92012020, Bull. Joly 1994, 68.

<sup>1708</sup> *Jacquemont/Borga/Mastrullo*, Droit des entreprises en difficulté, 11e éd. 2019, n° 179; *Mémento pratique groupes de sociétés*, 2019, n° 24355; *Pétel*, Procédures collectives, 9e éd. 2017, n° 86.

Le débiteur est insolvable s'il n'est plus en mesure de faire face aux obligations de paiement dûes, art. 17 (2) InsO. Le début de l'insolvabilité est déterminée au moyen d'un « bilan de solvabilité ».

Souvent, l'insolvabilité est difficile à déterminer et n'est pas apparente pour les créanciers, de sorte que le débiteur continue à se voir accorder des crédits et que le moment de l'insolvabilité définitive n'est que repoussé. Il est donc logique d'avancer le motif de l'insolvabilité à l'incapacité de recouvrement des dettes imminente, conformément à l'art. 18 InsO.<sup>1709</sup>

L'insolvabilité est imminente si l'on s'attend à ce que le débiteur ne soit pas en mesure de faire face aux obligations de paiement existantes lorsqu'elles arrivent à échéance, art. 18 (1), (2) InsO. Contrairement à l'insolvabilité qui s'est déjà produite, il s'agit d'une période d'insolvabilité qui peut être déterminée par un plan financier qui compare les paiements entrants et sortants pour la période prévue. Cette période est généralement de 24 mois, art. 18 (2) phrase 2 InsO.

Ce motif d'insolvabilité ne devient effectif que si le débiteur en fait la demande lui-même et vise, en anticipant l'insolvabilité, à inciter le débiteur à déposer sa demande plus tôt, de manière à ne pas réduire davantage l'économie de l'entreprise, donc à ne pas réduire davantage son actif.<sup>1710</sup>

Une procédure d'insolvabilité est également ouverte à l'encontre des personnes morales en cas de surendettement, art. 19 (1) InsO. C'est le cas si l'actif du débiteur ne couvre plus le passif existant, art. 19 (2) phrase 1 InsO. En plus du bilan de surendettement, dans lequel il est décisif d'appliquer des valeurs de liquidation ou de continuation, il faut établir une prévision de continuation. La période de prévision est de 12 mois, art. 19 (2) phrase 1 2ème partie de la phrase InsO. Il s'agit donc d'une appréciation du surendettement effectuée en deux étapes.

## **II. Conséquences juridiques en vertu de la loi sur l'insolvabilité**

Si l'un des motifs d'insolvabilité décrits existe, le débiteur ou les créanciers peuvent déposer une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, art. 13 InsO. Sous certaines conditions, le ministère public peut également déposer une demande d'insolvabilité, art. 111i

---

<sup>1709</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 8e éd. 2022, § 12 n° 126.

<sup>1710</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 8e éd. 2022, § 12 n° 128.

(2) StPO.<sup>1711</sup> Il existe une obligation de déposer une demande d'insolvabilité pour les sociétés de capitaux, art. 15a InsO.

La demande doit être déposée par l'organe de représentation au plus tard dans les trois semaines suivant la survenance de l'insolvabilité et dans les six semaines suivant la survenance du surendettement, art. 15a (1) phrase 2 InsO. À l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le tribunal nomme un administrateur judiciaire qui, à partir de ce moment, a le pouvoir de disposer des actifs du débiteur, artt. 80 et suivants InsO.

En principe, des procédures d'insolvabilité distinctes sont ouvertes à l'encontre de chaque entreprise, car il s'agit d'entités juridiques distinctes. Cependant, les sociétés d'un groupe forment souvent une unité économique, de sorte qu'une procédure d'insolvabilité séparée peut être défavorable. Pour cette raison, le législateur a réagi et facilité les insolvabilités de groupe par le biais de juridictions communes et de mécanismes de coopération, cf. artt. 3a et suivants et 269a et suivants InsO. Cela existe aussi en droit français, art. L. 662-8 CCom.

Le dessaisissement, qui prive le débiteur de son pouvoir de disposition, signifie que la société mère ne peut plus exercer d'influence sur la filiale, car elle n'a pas le droit de donner des instructions à l'administrateur judiciaire, non plus par le biais d'une influence indirecte. Son pouvoir de gestion est ainsi limité.

### **III. Conséquences juridiques en matière de responsabilité**

Une difficulté plus importante survient pour la société mère concernant sa responsabilité vis-à-vis de l'insolvabilité de la filiale. En effet, elle peut être tenue responsable en tant qu'associé majoritaire ou unique (responsabilité interne de l'associé vis-à-vis de la société s'il provoque l'insolvabilité ou l'aggrave), mais aussi en tant que gérant de fait (responsabilité pour avoir retardé l'insolvabilité et responsabilité pour l'avoir provoquée).

#### 1. Responsabilité interne de l'associé vis-à-vis de la société (Existenzvernichtungshaftung)

*a) Point de départ : la prise en compte de l'intérêt de la filiale à la poursuite de l'existence de la société*

Le fondement de la responsabilité de l'associé envers la société est l'intérêt de la filiale à survivre. Il en est de même si d'autres mécanismes de protection ne sont pas efficaces ou toléreraient l'intervention de la société mère. C'est la limite absolue de l'influence de la

---

<sup>1711</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 8e éd. 2022, § 10 n° 93.

société mère, car l'intérêt de la filiale à survivre continue d'exister lorsqu'elle est intégrée au groupe. Il n'y a alors plus de place pour la prise en compte de l'intérêt du groupe.

*b) Les éléments et les destinataires de la responsabilité*

La base juridique de la responsabilité pour faillite a été fixée par le BGH dans sa décision *Trihotel* sur la base de l'art. 826 BGB.<sup>1712</sup> Il s'agit d'une responsabilité interne de l'associé envers la société. Celle-ci repose sur intervention sans compensation qui entraîne l'insolvabilité de la société ou du moins l'aggrave. Ce faisant, l'associé manque à l'obligation de respecter l'affectation des actifs de la société au désintéressement prioritaire des créanciers.

Le destinataire de la responsabilité est principalement l'associé unique, mais aussi l'associé majoritaire agissant d'un commun accord.

*c) Intervention et conséquences de l'intervention*

L'intervention qui provoque ou aggrave l'insolvabilité peut prendre des formes différentes. En particulier, la déduction non comptabilisable des liquidités nécessaires à l'exploitation pose problème, de même que les retraits qui conduisent à la faillite de la GmbH, puisqu'ils ne sont pas couverts par les règles de maintien du capital. À titre d'exemple, le retrait d'opportunités d'affaires ou de personnel de gestion ainsi que l'incitation à des transactions spéculatives et à celles impliquant des risques déraisonnables peuvent être cités.<sup>1713</sup>

En outre, il existe des mesures nuisibles liées à l'intégration au groupe, telles que le retrait du marché ou de marchés partiels, l'intégration dans une gestion centralisée de trésorerie, la délocalisation d'activités vers d'autres entités du groupe et l'entrave procédurière à l'exercice des droits de la société à l'encontre de l'associé.<sup>1714</sup>

Il doit y avoir une causalité entre l'intervention et le non paiement des créanciers.

*d) Conséquences juridiques*

L'associé est responsable envers la GmbH au titre de la responsabilité interne.<sup>1715</sup> Cela conduit à une concentration de la responsabilité sur les actifs de la société avec pour

---

<sup>1712</sup> Jurisprudence confirmée depuis BGH, 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 - *Trihotel*; cf. sur l'ensemble *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 31 n° 6 s.

<sup>1713</sup> BGH, 31.01.2000 - II ZR 189/99, NZI 2000, 212; cf. sur l'ensemble *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 31 n° 13.

<sup>1714</sup> BGH, 09.02.2009 - II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 n° 17 s. - *Sanitary*.

<sup>1715</sup> BGH, 16.07.2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 n° 23 - *Trihotel*.

conséquence que le dommage est indemnisé là où il s'est produit. Cela permet également d'éviter une concurrence entre les créanciers.<sup>1716</sup>

La détermination du dommage dépend de la situation dans laquelle se serait trouvé le créancier sans l'intervention de l'associé : si la créance n'avait plus sa pleine valeur au moment de l'intervention, seule la détérioration de la quote-part doit être indemnisée. Si, en revanche, la créance était de pleine valeur, l'associé doit l'indemniser pour sa valeur nominale moins la quote-part attribuable au créancier.<sup>1717</sup>

#### *e) Appréciation*

La responsabilité pour les difficultés économiques de la filiale du fait d'une instruction de la mère complète la protection du capital et compense les dommages collatéraux qui ne sont pas couverts par l'art. 30 GmbHG. Le BGH a déjà eu à se prononcer sur de nombreuses situations d'importance pratique en droit des groupes et a affirmé la responsabilité de la société mère. Dans ce contexte, il n'y avait pas de place pour l'examen d'un éventuel intérêt du groupe.

#### 2. Responsabilité en cas de retard de dépôt de demande d'insolvabilité (*Insolvenzverschleppungshaftung*)

Dans le cas de l'insolvabilité de personnes morales, l'obligation de déposer une demande d'insolvabilité en temps requis est généralement violée. En conséquence, la société est inutilement affaiblie, de sorte que les créanciers qui auraient eu la perspective d'un certain quota de distribution si la demande avait été déposée à temps reçoivent nettement moins (également appelés les anciens créanciers). Ces dommages dits de quota doivent être indemnisés par le gérant conformément aux artt. 823 (2) BGB en liaison avec 15a InsO.<sup>1718</sup> Elle est revendiquée par l'administrateur judiciaire.

En raison d'une demande tardive, il peut également arriver que les créanciers continuent à contracter avec l'entreprise en ignorant sa situation économique et subissent un préjudice du fait de l'insolvabilité de celle-ci. Toutefois, le préjudice subi par ces nouveaux créanciers est un préjudice de confiance qui doit être entièrement compensé par le gérant fautif et réclamé par les créanciers eux-mêmes. En effet, si les nouveaux créanciers avaient eu connaissance de l'insolvabilité de la société parce que celle-ci avait introduit en temps utile

---

<sup>1716</sup> Favorable *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 31 n° 21.

<sup>1717</sup> Sur l'ensemble *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11e éd. 2020, § 31 n° 21.

<sup>1718</sup> BGH, 06.06.1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 (190 s.); BGH, 16.12.1958 - II ZR 254/57, BGHZ 29, 100 (102 s.); *Foerste*, Insolvenzrecht, 8e éd. 2022, § 21 n° 309.

une demande au tribunal à cet effet, aucun crédit ne lui aurait été accordé. Cette demande est également fondée sur les artt. 823 (2) BGB en liaison avec 15a InsO. Il n'y a pas de déduction du règlement au prorata présumé ; toutefois, le gérant peut exiger du nouveau créancier la cession de la créance d'insolvabilité à l'encontre de la société, conformément à l'art. 255 BGB.<sup>1719</sup>

La responsabilité pour retard dans la déclaration d'insolvabilité s'applique au gérant de droit et gérant de fait.<sup>1720</sup> Par conséquent, si la littérature considère que la société mère, en tant que personne morale, peut également être le gérant de fait de la filiale, elle assume également cette responsabilité. Si l'on rejette cette possibilité par la jurisprudence, la mère peut quand même être tenue pour responsable en tant qu'instigatrice lorsqu'elle donne des instructions, art. 830 (2) BGB. Toutefois, le risque pour la société mère d'être reconnue responsable est relativement faible dans la pratique, car la jurisprudence exige une double intention: le fait de retarder la déclaration d'insolvabilité et d'inciter à celle-ci doit être intentionnel.<sup>1721</sup>

Cela signifie que la mère doit avoir connaissance de l'insolvabilité de sa fille et continuer néanmoins à ordonner des mesures de réduction des actifs. Il importe en fait de savoir si son pouvoir central de gestion financière permet d'établir sa connaissance de la situation financière de la filiale.

### 3. Obligation de paiement après l'échéance de l'insolvabilité (*Haftung für Zahlung nach Insolvenzreife*)

#### *a) Obligation de remboursement des paiements*

L'art. 15b (1) phrase 1 InsO prévoit une interdiction de paiement par les membres de l'organe de représentation de la personne morale au stade de l'insolvabilité ou du surendettement. La période à prendre en compte s'étend de la survenance de l'insolvabilité jusqu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Le terme paiement doit être compris au sens large et inclut également les sorties d'actifs qui ne prennent pas la forme d'un paiement en espèces.<sup>1722</sup> Les exceptions à cette règle sont les paiements effectués par le gérant agissant de manière correcte et

---

<sup>1719</sup> BGH, 05.02.2007 - II ZR 234/05, BGHZ 171, 46 (54 s.); *Foerste*, Insolvenzrecht, 8e éd. 2022, § 21 n° 310.

<sup>1720</sup> *H.-F. Müller*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 275.

<sup>1721</sup> BGH, 25.07.2005 - II ZR 390/03, BGHZ 164, 50 (57); *H.-F. Müller*, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 276; *Klöhn*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 15a n° 276.

<sup>1722</sup> *Wolfer*, in: BeckOKInsO, 27e éd. 2022, § 15b n° 11.

consciencieuse, art. 15b (1) phrase 2 InsO. Cette norme est précisée par l'art. 15b (2) et (3) InsO.

En vertu de l'art. 15b (2) InsO, les paiements qui servent à maintenir l'activité de l'entreprise n'engagent pas de responsabilité. Ce privilège s'applique à la période allant de la survenance de l'échéance de l'insolvabilité jusqu'au dépôt en temps voulu d'une demande d'insolvabilité, art. 15b (2) phrase 2 InsO. Si, en revanche, l'entreprise se trouve déjà au stade du report de l'insolvabilité, le privilège ne s'applique pas, art. 15b (3) InsO. Dès l'entrée en vigueur de l'obligation de déposer une demande, le législateur considère l'obligation de garantie d'actifs comme l'exigence principale du demandeur.<sup>1723</sup>

Si des paiements sont effectués en violation de l'interdiction de paiement, l'art. 15b (4) InsO prévoit une obligation de remboursement de la part du dirigeant. La demande d'indemnisation est dirigée contre le dirigeant de droit et de fait.<sup>1724</sup> Elle vise le remboursement du paiement effectivement effectué, en prenant en compte la contrepartie. Les circonstances du paiement ne sont pas considérées si la contrepartie et celui-ci sont équivalents, puisque dans ce cas, seul un échange de biens a eu lieu.<sup>1725</sup> Ceci est particulièrement intéressant pour les transactions intra-groupe, puisqu'il y a une contrepartie ici. Toutefois, on peut se demander si elle est équivalente. Elle devrait être considérée comme telle seulement en cas de gains d'efficacité. Sinon, l'allocation intragroupe des ressources serait un pur gaspillage si la simple contrepartie intragroupe était automatiquement considérée comme équivalente et qu'une prime devrait être payée pendant la période où les sociétés du groupe étaient insolubles pour empêcher l'engagement de la responsabilité du gérant de la filiale en vertu de l'art. 15b (4) InsO. Il serait possible ici de prendre en compte l'intérêt du groupe.

#### *b) Paiement aux associés*

L'art. 15b (5) phrase 1 InsO interdit les paiements aux associés qui doivent conduire à l'insolvabilité. Une exception s'applique si l'insolvabilité n'était pas prévisible, même en appliquant la diligence raisonnable d'un gérant prudent et consciencieux. Il s'agit de la responsabilité pour avoir causé l'insolvabilité. Elle a pour effet d'avancer l'interdiction de

---

<sup>1723</sup> *Wolfer*, in: BeckOKInsO, 27e éd. 2022, § 15b n° 25.

<sup>1724</sup> BGH, Urt. v. 11.07.2005 - II ZR 235/05, ZIP 2005, 1550; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20e éd. 2020, § 64 n° 6; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 163; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 19 s.

<sup>1725</sup> *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20e éd. 2020, § 64 n° 17; *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, 4e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 174; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 156 s.

paiement et de renforcer ainsi la protection des créanciers.<sup>1726</sup> La même définition du paiement que celle de l'art. 15b (4) InsO s'applique, de sorte que la question de l'équivalence de la contrepartie, qui exclurait d'emblée un paiement, se pose à nouveau.

La constitution de garanties mais aussi l'octroi de crédits aux associés peuvent constituer un paiement au sens de l'art. 15b (5) InsO et être inadmissibles. L'actualisation de la valeur du prêt peut violer l'interdiction de paiement si cela prive l'entreprise des liquidités nécessaires pendant la durée du prêt.<sup>1727</sup> Ceci est particulièrement pertinent dans le cash pool, dans lequel les prêts intragroupe sont évalués et reçus sur une base quotidienne et, où des garanties sont fournies, si nécessaire. Par conséquent, si, malgré la menace pesant sur sa propre liquidité, les fonds de la société sont toujours débités, la responsabilité du gérant est engagée.<sup>1728</sup> Le traitement privilégié du cash pool résultant de l'art. 30 (1) phrase 2 GmbHG est ici atténué. Toutefois, si l'on peut s'attendre de manière fiable à ce que la filiale soit approvisionnée par la société mère du groupe en liquidités nécessaires à son fonctionnement, il n'y aura régulièrement pas d'insolvabilité, de sorte qu'aucune responsabilité au titre de l'art. 15b (5) phrase 1 InsO ne peut être engagée.<sup>1729</sup> Là encore, un système d'alerte précoce est nécessaire, comme c'est déjà le cas pour le contrôle de la recouvrabilité de la créance de remboursement au sens de l'art. 30 (1) phrase 2 GmbHG.

Le paiement doit conduire à l'insolvabilité avec une probabilité au moins écrasante. L'appréciation des exigences relatives à cette condition est inconsistante.

Il convient toutefois de noter qu'il est possible de tenir compte de l'intérêt du groupe dans l'interprétation de la notion de paiement. Bien que cette norme, très pertinente pour la pratique de groupe, présente un risque élevé de responsabilité, elle peut potentiellement être orientée vers l'appréciation de l'augmentation des effets de synergie au sein du groupe.

### **C. Appréciation**

---

<sup>1726</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 236.

<sup>1727</sup> H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 243, il est intéressant de noter ici que, en raison de l'art. 30 (1) phrase 2, GmbHG, il n'y a pas de limitation en vertu du droit de maintien du capital social, car, du point de vue du bilan, il n'y a pas de sortie d'actifs si le droit de remboursement est de pleine valeur. Toutefois, ces paiements peuvent être problématiques en cas d'échéance d'insolvabilité.

<sup>1728</sup> Greulich/Rau, NZG 2008, 284 (287); Klein, ZIP 2017, 258 (268 s.); H.-F. Müller, in: MüKoGmbHG, 4e éd. 2022, § 64 (abrogé) n° 244; monographique Nolting, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, 294 s.

<sup>1729</sup> Kültling/Eichenlaub, GmbHR 2014, 169 (174); Nolting, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, 2017, p. 297.

Les limites de la gestion centralisée dans l'intérêt du groupe posées par le droit d'insolvabilité s'imposent non seulement sur le plan juridique mais aussi sur le plan économique.

### **I. Responsabilité en tant qu'associé**

La société mère est notamment visée par la confusion des patrimoines et la responsabilité interne pour faillite (*Existenzvernichtungshaftung*). La confusion répond à l'absence de séparation des actifs entre la société mère et la filiale. La responsabilité pour faillite, en tant que responsabilité interne, ne perce pas non plus indûment la limitation de la responsabilité et peut ainsi prévenir les comportements opportunistes, d'une part, et les comportements résultant d'une aversion au risque, d'autre part.

### **II. Responsabilité en tant que dirigeant**

La responsabilité de la société mère en tant que dirigeant de la filiale est également l'expression d'un équilibre approprié entre les incitations contradictoires, car ici la société mère sera poursuivie selon le principe de prévention des dommages au moindre coût pour la collectivité (*cheapest cost avoider*). En effet, elle est en mesure de supporter certains risques mieux et plus efficacement grâce à sa supériorité en matière d'information.

Concernant l'action pour insuffisance d'actif, d'une part, il existe un large énoncé des faits qui mettent efficacement un terme au comportement opportuniste de la mère. D'autre part, le risque d'une responsabilité illimitée et inefficace a été mitigé comme la responsabilité pour simple négligence ne peut être établie.

La responsabilité en cas de retard de dépôt de demande d'insolvabilité (*Insolvenzverschleppungshaftung*) doit faire face au problème inverse, à savoir le recours peu fréquent au dirigeant en raison d'obstacles procéduraux élevés (en particulier les difficultés à fournir des preuves en raison d'un manque d'aperçu des processus au sein de la filiale). Elle est complétée par la responsabilité pour avoir causé l'insolvabilité, qui vise à empêcher que l'entreprise soit pillée avant l'échéance de l'insolvabilité, mais qui privilégie les décisions économiquement justifiables. Cette responsabilité garantit un équilibre approprié des intérêts.

### **§ 2 Droit de refus de la filiale**

La délimitation de la reconnaissance de la notion de l'intérêt du groupe par le droit de l'insolvabilité peut être mise en œuvre par un droit de refus de la filiale. Dans certains cas, elle doit refuser d'exécuter l'instruction: le droit de refus devient une obligation de refus. Il en est

ainsi chaque fois que le gérant de la filiale est responsable de l'exécution d'une instruction illégale.

En droit français, la mère du groupe n'a pas de droit explicite de donner des instructions, de sorte que la question se pose de savoir si un droit de refus est même conceptuellement concevable ici. Cette affirmation s'applique en tout cas à un droit d'émettre des instructions en vertu du droit des sociétés. Toutefois, le gérant de la filiale peut aussi être lié par un contrat de travail avec la mère, cumulant ainsi un contrat de travail avec un mandat social. Le droit de la société mère de donner des instructions découle alors du droit de donner des instructions en vertu du droit du travail (Partie 3 § 1 A. I. 2 b)). Toutefois, comme le contrat de travail ne reste en vigueur qu'en cas de lien de subordination, le gérant, en tant que salarié, ne dispose d'aucun droit de refus: son refus peut même constituer un motif de licenciement. Cependant, le gérant n'est pas seulement un employé de la société mère, mais aussi un organe de la filiale. Ainsi, si les instructions s'avèrent contraires à l'intérêt social ou à l'objet social de la filiale, le gérant se trouve en situation de conflit. Dans ce cas, les devoirs de l'organe exécutif doivent primer sur les devoirs du salarié, de sorte que le gérant dispose néanmoins d'un droit de refus à l'égard des instructions dont l'exécution le rendrait passible d'un détournement ou dépassement de pouvoir. Lors de la conclusion du contrat de travail avec la société mère, dont le contenu est l'exercice de la fonction d'organe dans la filiale, les parties conviennent de manière implicite que les instructions de l'employeur sont limitées par les exigences de l'organe de la société. Ces exigences incluent la prise en compte de l'intérêt de la société.<sup>1730</sup>

En droit allemand, la filiale a toujours le droit de refuser les instructions de la mère si une instruction est illégale et donc non pertinentes. Dans certains cas, la loi indique déjà quand une telle instruction est illégale, quand elle n'a aucun effet légitime sur le comportement du dirigeant d'entreprise. On peut citer à titre d'exemple l'art. 43 (3) GmbHG ou encore l'art. 15b (4) phrase 3 InsO. Cependant, le législateur n'est pas le seul à s'exprimer sur la non-pertinence des instructions. La jurisprudence a créé le concept d'une instruction qui entraîne la faillite de la société, ce qui donne à la filiale un droit de refus.

Le concept du droit de refus est donc bien connu. Il doit être possible de refuser une instruction lorsque cela est requis par la loi ou par le droit de la responsabilité.

### **§ 3 Levée du voile social**

---

<sup>1730</sup> Sur l'ensemble *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010, n° 162; *Malecki*, Rev. sociétés 2000, 453 (478 s.): „Devoir de résistance“.

Une responsabilité personnelle de l'associé est discutée lorsque la société mère abuse de la limitation de responsabilité au détriment des créanciers, en particulier des créanciers dites non redresseurs (*non-adjusting creditors*), qui encourent le risque d'externalisation des risques (Cf. Partie 2 § 2 A. III.). Ce sont souvent les créanciers délictuels ou extra-contractuels.

En principe, le risque lié à cette externalisation existe également dans le cas des créanciers qui ont contracté avec la société : ils ne peuvent accéder qu'aux actifs de la société avec laquelle ils ont passé un contrat. Si les actifs de celle-ci sont insuffisants, il se peut que leur créance ne puisse pas être entièrement remboursée ou qu'elle ne le soit pas du tout. Toutefois, il leur est possible d'exiger de la filiale des garanties supplémentaires, un certain niveau de ressources financières, ou d'exiger des primes de risque appropriées, voire de s'abstenir complètement de tout lien contractuel, si le risque est trop élevé. Ils sont donc moins affectés par l'externalisation car ils peuvent internaliser le risque de manière adéquate et le récupérer sous la forme de primes de risque telles que les intérêts. Pour eux, il n'est pas nécessaire de redistribuer les risques par le biais de la responsabilité personnelle des associés de la société.<sup>1731</sup>

Si l'on compare le risque et les intérêts des créanciers délictuels à ceux des associés et de la société, le tableau est identique. Les créanciers contractuels analysent la société et concluent des contrats avec elle sur la base de leurs prévisions de risques. Toutefois, une telle appréciation n'est pas possible s'il existe un risque de recours illimité pour les créanciers extra-contractuels, dont les créanciers contractuels devraient tenir compte : ce risque ne peut être calculé. Il en résulte que les investissements sont soit assortis de primes de risque exorbitantes ou complètement absents. En outre, il est souvent impossible d'obtenir une couverture d'assurance ou de l'obtenir entièrement pour des finalités à risques élevés, bien qu'éligibles au recouvrement.<sup>1732</sup>

Il serait donc déconseillé de lever le voile social en utilisant la responsabilité personnelle de l'associé, même pour le cas de créanciers extra-contractuels.<sup>1733</sup>

La pratique du droit du travail et du droit antitrust ne sera pas abordée plus avant ici. Le devoir de vigilance (art. L. 225-102-4 CCom), nouvellement introduit, ne sera pas non plus

---

<sup>1731</sup> Cf. *Lotz*, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 33 s.; voir aussi *Klöhn*, *ZGR* 2008, 110 (151 s.).

<sup>1732</sup> En détail *Lotz*, *Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern*, 2020, p. 34.

<sup>1733</sup> C'est également la conclusion de *Klöhn*, *ZGR* 2008, 110 (154), qui, cependant, soutient que l'opportunisme des associés est moins dangereux que l'opportunisme des administrateurs.

abordé. En tout état de cause, cela ne s'applique qu'aux grandes entreprises, qui ne sont pas visées ici.

#### **§ 4 Conclusion**

La limite absolue à la reconnaissance de l'intérêt du groupe est l'existence de la filiale, qui est protégée en droit français et allemand à des moments différents, notamment en terme d'échéance de l'insolvabilité et avec une portée différente (responsabilité en droit de l'insolvabilité). Il existe un consensus sur la nécessité de tenir compte de l'intérêt du créancier lorsqu'il n'y a plus de marge de manœuvre pour l'intérêt du groupe. Afin d'éviter les conflits au niveau de la filiale et de ne pas engager la responsabilité de celle-ci ou de la société mère, la direction de la filiale devrait disposer d'un droit de refus. En revanche, la société mère ne devrait pas être tenue responsable.

#### **Partie 6 : Proposition de réglementation**

Il ressort de ce qui précède qu'il est nécessaire de réglementer le pouvoir de gestion de groupe de la société mère au sein du groupe transfrontalier. Celle-ci doit nécessairement être prise au niveau européen et doit établir un juste équilibre entre la fonction de facilitation de l'établissement d'un groupe et la fonction de protection du droit des groupes.

Une telle réglementation ne peut pas affecter le droit des groupes de manière exhaustive et n'est pas non plus nécessaire, étant donné qu'il n'est pas clairement séparable d'autres domaines du droit. Il ne s'agit pas d'interférer par le biais d'un «débordement réglementaire» dans d'autres domaines déjà bien définis dans les États membres tels que le droit de l'insolvabilité ou le droit au maintien du capital. Bien que la question de savoir s'il est possible d'obtenir un consensus au niveau européen pour une réglementation globale relève de la politique juridique, on ne peut l'ignorer. Le fait qu'il s'agit là du cœur du problème est démontré par l'histoire mouvementée des 50 ans d'efforts d'harmonisation en droit des groupes (voir Partie 1 § 4 A.).

Par conséquent, conformément aux comités d'experts qui se sont déjà penchés sur l'harmonisation et le développement du droit européen des groupes, il ne peut s'agir que d'une harmonisation des domaines essentiels, et non d'une harmonisation complète (Cf. Partie 1 § 4 E.).

#### **§ 1 Choix de l'instrument réglementaire**

##### **A. Options pour le législateur européen**

Le législateur européen dispose d'une multitude de possibilités d'action. Elles vont du règlement directement contraignant dans les États membres, art. 288 (1), (2) TFUE, à la reconnaissance du concept de réglementation comme étant le droit commun européen. On pourrait également envisager un code de conduite, qui serait mis en œuvre grâce à un mécanisme de type « se conformer ou s'expliquer ».

Les autres possibilités du législateur européen sont la directive, art. 288 (1), (3) TFUE, les recommandations, art. 288 (1), (5) TFUE, ainsi que la procédure de coopération renforcée selon l'art. 20 TUE. Cette dernière n'est pas une forme spéciale de législation, mais une procédure spéciale dans laquelle les États membres individuels décident de créer des faits juridiques sans qu'il soit nécessaire de trouver un consensus à l'échelle de l'Union. Toutefois, les actes adoptés dans le cadre de cette procédure ne sont applicables que dans les États membres concernés, art 20 (4) TUE.

Les instruments réglementaires présentés ont tous une force juridique contraignante et une profondeur d'immixtion différentes dans le droit national. Pour l'harmonisation du domaine central proposée ici, c'est-à-dire une norme juridique minimale uniforme, l'instrument le plus approprié est la directive, qui lie chaque État membre quant à l'objectif à atteindre, mais laisse à l'État membre le choix de la forme et des moyens, art. 288 (3) TFUE. En effet, elle intervient dans le droit national d'une manière particulièrement douce mais néanmoins contraignante.

## **B. Base juridique**

Lorsqu'il adopte une directive, le législateur européen doit tenir compte du principe d'attribution, art. 5 (1), (2) TUE. Selon cette disposition, l'UE n'agit que « dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent ». La compétence spéciale pour le droit des sociétés se trouve à l'art. 50 (2) point g TFUE. Cela sert à coordonner les garanties imposées dans les États membres pour les sociétés au sens de l'art. 54 (2), du TFUE dans l'intérêt des associés ainsi que des tiers, afin de rendre ces dispositions équivalentes.

L'expression « garantie » doit être comprise dans un sens large, car en principe, toute disposition du droit des sociétés peut avoir au moins un caractère protecteur indirect.<sup>1734</sup> Les sociétés visées par l'art. 54 (2) TFUE sont, entre autres, les sociétés à capitaux. La

---

<sup>1734</sup> Cf. les références dans *Tholen*, *Europäisches Konzernrecht*, 2014, p. 173.

reconnaissance de l'intérêt du groupe sert également l'intérêt des associés ainsi que des tiers. Le critère de nécessité serait également satisfait.

### **C. Principe de subsidiarité**

Conformément à l'art. 5 (1), phrase 2 TUE, l'exercice des compétences de l'Union est soumis aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. Selon l'art. 5 (3) TUE, le principe de subsidiarité prévoit que, dans le cas de compétences non exclusives, l'Union n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres, tant au niveau national qu'au niveau régional et local, mais peuvent au contraire, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau de l'Union.

L'art. 50 (2) point g TFUE est lié au marché intérieur et constitue donc, conformément à l'art. 4 (1), point a TFUE, une compétence partagée à laquelle s'applique en principe le principe de subsidiarité. Il est également garanti parce que les États membres ne sont pas en mesure de réaliser une harmonisation du droit de groupe par leurs propres mesures.<sup>1735</sup>

### **D. Principe de proportionnalité**

Selon l'art. 5 (4) TFUE, les mesures de l'Union ne peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire, quant au fond ou à la forme, pour atteindre les objectifs des traités. Toutefois, cela ne joue aucun rôle dans le cas d'une compétence d'harmonisation des lois.<sup>1736</sup>

## ***§ 2 Destinataires de la norme***

Il faut alors répondre à la question de la portée d'une directive européenne sur le droit de la gestion des groupes.

### **A. Structure du groupe**

Une variété de structures de groupe peut être trouvée dans la pratique du droit de groupe (Cf. la description dans la Partie 1 § 1). Ils se distinguent surtout par l'étroitesse des liens qui les unissent. Ce n'est pas seulement le niveau de participation de la société mère dans les filiales qui est pertinent: l'orientation des différentes activités commerciales et le degré d'intervention de la société mère sont déterminants. Les activités des filiales sont-elles alignées et complémentaires ? Des filiales individuelles prennent-elles le contrôle de secteurs d'activité ou de régions entières ? Ou sont-ils liés uniquement par la participation majoritaire de la société mère, mais par ailleurs largement libres et diversifiés ?

---

<sup>1735</sup> En détail *Tholen*, *Europäisches Konzernrecht*, 2014, p. 177 s.

<sup>1736</sup> Cf. *Tholen*, *Europäisches Konzernrecht*, 2014, p. 178.

Selon l'état du droit en France et en Allemagne, un groupe existe déjà si la société mère peut exercer une influence déterminante. En outre, il n'est initialement pas nécessaire qu'elle le fasse effectivement, art. 17 AktG. Cependant, les institutions juridiques individuelles sont liées à une structure de groupe plus solide. Ainsi, la formule de Rozenblum exige une structure de groupe fixe et cohérente (voir Partie 3 § 2 B. II. 2. d) aa)). C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation est souvent structurée : plus les membres du groupe sont liés les uns aux autres et plus ils sont interdépendants dans leur progression économique, plus la jurisprudence est tolérante avec les gérants qui revendiquent la solidarité du groupe et prennent des mesures au profit de l'intérêt du groupe mais contre l'intérêt individuel de la filiale. Cela a également des conséquences : plus le groupe est inclusif et plus les entreprises individuelles tirent profit les unes des autres, plus les actions dirigées dans l'intérêt du groupe sont susceptibles de bénéficier également à la filiale et à ses associés minoritaires. Une structure de groupe solide et cohérente offre une meilleure protection des minorités par rapport à un simple regroupement. Cette structure devrait donc être la seule et unique destinataire de la réglementation européenne de reconnaissance de l'intérêt du groupe.

### **B. Nature de la filiale**

Dans leurs propositions, la plupart des groupes d'experts opèrent une distinction entre les différents types de filiales. L'accent est mis en particulier sur le niveau de participation de la mère dans les filles correspondantes. Cette distinction n'est pas une coïncidence : dans les filiales où la société mère est associée unique, elle n'a qu'à assurer la protection des créanciers et non celle des minorités. Si des associés minoritaires s'y ajoutent, la situation se complique à première vue.

Au second coup d'œil, cependant, cette distinction ne s'avère plus aussi convaincante : comme il a été démontré, c'est avant tout la structure du groupe qui est déterminante pour le niveau de protection au sein du groupe (Partie 6 § 2 A.). La protection des minorités est également assurée par le fait que l'objet social de la société n'est pas contourné. Toutefois, cela risque moins d'être le cas si l'objet de la filiale s'intègre parfaitement dans la structure et est crucial pour la capacité du groupe à exploiter efficacement ses synergies. Les intérêts de la société mère du groupe et des associés minoritaires de la filiale ne divergent pas autant qu'ils le feraient dans des sociétés plus indépendantes et moins intégrées. Les intérêts minoritaires ne sont pas affectés lorsque les activités de la filiale font partie du groupe de telle manière qu'elle en est plus rentable qu'en dehors du groupe en tant qu'entité indépendante.

Si ces derniers devaient néanmoins être affectés, la protection des minorités a souvent aussi l'effet d'une protection réflexe des créanciers, en ce sens que les actifs de l'entreprise doivent être préservés ou sont remboursés. L'*actio pro socio* ou l'action sociale ut singuli permettent également aux minorités de faire valoir les droits de la société. En revanche, les créanciers n'ont des droits de poursuite que dans des cas très exceptionnels.

Le règlement proposé ne devrait donc pas se limiter aux filiales dont la société mère est l'associée unique, étant donné que le niveau de participation de la société mère n'est pas révélateur du niveau de protection au sein des sociétés. C'est plutôt la structure des groupes qui est déterminante.

### **C. Échelle d'application de la réglementation dans les sociétés**

Il convient de répondre à la question de savoir à quel niveau la réglementation doit s'appliquer dans les sociétés. Le niveau le plus évident est celui de la direction de la société mère, qui exerce le pouvoir de gestion du groupe et dont les droits et obligations doivent être harmonisés au niveau européen. Toutefois, il serait également concevable que les gérants des filiales soient autorisés à tenir compte de l'intérêt du groupe dans leurs décisions et qu'ils disposent d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard.

Un tel pouvoir discrétionnaire de la part des filiales doit être rejeté. Elles ne devraient être autorisées à prendre en compte l'intérêt du groupe que si elles exécutent une instruction de la mère, et ne devraient pas pouvoir en tenir compte sans une telle instruction.<sup>1737</sup>

### **D. Exonération globale de responsabilité par un contrôle de gestion *ex ante***

Afin de rendre la réglementation aussi efficace que possible, il est nécessaire qu'elle soit applicable de manière globale en tant qu'exonération de responsabilité. Elle ne peut et ne doit pas dépendre de la nature juridique de la responsabilité ou des exonérations nationales dans le système juridique respectif, qui, comme on l'a vu, peuvent diverger considérablement dans certains cas.

Le législateur européen peut choisir entre deux concepts réglementaires qu'il utilisera à cette fin. D'une part, il peut établir une règle de droit qui contient déjà un programme entièrement formulé de conditions préalables et de conséquences juridiques, ou, d'autre part, il peut établir des normes de conduite qui n'acquièrent leur contenu opérationnel que sur la base d'un cas individuel concret.<sup>1738</sup> Dans le premier cas, on procède à une évaluation *ex ante*

---

<sup>1737</sup> Cf. les références dans Schön, ZGR 2019, 343 (370).

<sup>1738</sup> Cf. Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, p. 518.

coûteuse ; dans le second, on procède à une évaluation *ex post* initialement moins coûteuse. Cependant, les normes de conduite entraînent des coûts plus élevés lorsqu'elles sont appliquées par les tribunaux.

Pour la société mère, un contrôle judiciaire *ex post* de ses décisions est toujours problématique car la décision *ex ante* peut difficilement être reconstituée de manière authentique. Conséquemment, elle encourt un risque de responsabilité immense, ce qui peut annuler l'effet d'efficacité de la limitation de responsabilité : les décideurs du groupe redeviennent averses au risque.<sup>1739</sup>

Le législateur européen devrait donc opter pour une règle de droit qui contient déjà un programme d'obligations et de droits entièrement formulé et qui permet donc de procéder à une évaluation *ex ante*.

### **§ 3 Forme juridique du règlement européen sur la reconnaissance de l'intérêt du groupe – Formule Rozenblum visant l'efficacité**

Les considérations qui précèdent s'attachent en particulier à la fonction protectrice du droit des groupes et concernent les créanciers et les associés minoritaires de la filiale. Toutefois, la réglementation européenne doit impérativement tenir compte de sa fonction facilitatrice pour l'établissement de groupes. L'apport de la législation ne peut être circonscrit à l'uniformisation du droit national, même si le gain en sécurité juridique ne doit pas être sous-estimé. Il doit également se traduire par un accroissement des possibilités d'action pour la société mère, ce qui permettra de stimuler davantage les transactions juridiques transfrontalières.

Cette progression est façonnée par la question de l'obligation de compenser les instructions préjudiciables aux filiales dans l'intérêt du groupe. Les systèmes juridiques examinés apportent des réponses opposées à cette question. Alors que la jurisprudence Rozenblum permet une compensation qualitative suffisante, le droit allemand du groupe de fait exige une compensation quantitative sous la forme d'une compensation basée sur le total de la somme, art. 311 AktG. En revanche, le droit allemand sur les groupes de GmbH de fait interdit déjà l'influence néfaste et ne prévoit aucune possibilité de compensation. La compensation qualitative en droit français permet de satisfaire à l'appartenance au groupe et à la participation aux avantages de groupe.

---

<sup>1739</sup> Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, p. 519 s.

Afin d'uniformiser cette multitude de situations et d'utiliser tout particulièrement la fonction d'habilitation du droit de l'organisation des groupes, il est nécessaire de permettre que l'indemnisation qualitative soit suffisante en principe. En effet, comme démontré précédemment, l'appartenance à un groupe en tant que telle, dans des structures de groupe bien établies, avec des attributions complémentaires, procure des avantages considérables aux sociétés du groupe concernées qui ne pourraient pas exercer leurs activités de manière rentable sans le groupe.

Ceci étant dit, l'approche suivante s'inspire des considérations d'efficacité européenne et de la jurisprudence Rozenblum. Elle devrait être désignée comme la formule Rozenblum visant l'efficience.

## **A. Faits et chiffres**

### **I. Une politique de groupe cohérente et une structure de groupe bien établie**

Comme déjà expliqué, une structure de groupe établie est une condition préalable nécessaire à l'application des dispositions de la législation européenne à élaborer sur la gestion des groupes (Partie 6 § 2 A.). Cela signifie que les regroupements purs, qui ne sont liés entre eux que par une participation majoritaire de la société mère dans les différentes filiales, sont exclus.

En outre, l'acte à justifier doit s'inscrire dans le cadre d'une politique de groupe cohérente. La principale préoccupation ici est de veiller à ce que des normes de gestion appropriées et consciencieuses soient établies. L'acte doit s'inscrire dans une stratégie commerciale à long terme. Toutefois, cette situation ne peut être contrôlée par les tribunaux que dans une portée limitée et doit être couverte autant que possible par les pouvoirs discrétionnaires de la direction du groupe. Seules les décisions manifestement exorbitantes, qui ne sont pas conformes à la politique commerciale précédente et ne peuvent être justifiées par un changement de stratégie à court terme, sont exclues ici. De cette façon, l'équilibre des intérêts conflictuels des créanciers et associés peut être maintenu :

D'une part, les investisseurs de fonds étrangers et les investisseurs de fonds propres doivent disposer d'une base d'investissement fiable, qui consiste notamment en une politique de groupe cohérente. D'autre part, la direction doit conserver une marge de manœuvre pour réagir de manière flexible et opérationnelle aux événements du marché. Un tel équilibre est le meilleur moyen d'inciter les créanciers et les associés minoritaires à prendre des décisions

d'investissement. La nécessité d'une politique de groupe cohérente et d'une structure de groupe solide sert avant tout à les protéger.

## **II. Intérêts reconnus**

Le problème des doctrines traditionnelles de l'intérêt de groupe résidait dans le fait qu'elles ne cherchaient qu'à expliquer le phénomène économique du groupe en termes juridiques. Les conflits sur la notion d'intérêt de la société, à savoir si celui-ci doit désormais prendre en compte uniquement l'intérêt de l'associé (*shareholder value*) ou également l'intérêt des autres participants (*stakeholder value*) s'intensifient si les intérêts des personnes physiques ne doivent être pris en compte qu'indirectement dans le groupe. En effet, le groupe de sociétés implique avant tout des personnes morales dont les « intérêts » doivent être pris en compte. A cet égard, différents courants prévalent, que l'on peut grossièrement diviser en approches qualitatives et quantitatives (dans le détail, voir Partie 4 § 2). Jusqu'à présent, aucune approche n'a été dominante, et encore moins efficace.

Il est donc conseillé de changer de perspective et de ne pas considérer le groupe d'un point de vue juridique, mais d'essayer de l'appréhender du point de vue de la gestion d'entreprise. Schön parle ici de manière convaincante de « considérations d'efficacité orientées vers le marché intérieur » (détails Partie 4 § 2 C. ).

Une mesure est donc dans l'intérêt du groupe si elle correspond aux raisons économiques du regroupement (Partie 2 § 1), c'est-à-dire si elle augmente la valeur globale du groupe. Cela se fait principalement en tirant profit des synergies, en exploitant les économies de gamme et en augmentant généralement l'efficacité.

L'avantage de cette approche est qu'il n'est pas nécessaire d'identifier les intérêts propres des sociétés individuelles pour ensuite déterminer la manière dont ils doivent être équilibrés. La valeur totale d'un groupe et son accroissement peuvent être déterminés sans aucun doute grâce à des paramètres économiques fixes. De cette manière, on obtient des résultats plus clairs et plus prévisibles, qui ne dépendent pas de l'appréciation des gérants de la société mère ou même des tribunaux. Cela crée une sécurité juridique et, ce qui est peut-être plus important dans ce contexte, une sécurité d'investissement. Ainsi, ce critère sert les créanciers et les minorités, mais aussi la prospérité générale, car il garantit que les dispositions prises de manière déséquilibrée sont celles qui ont une valeur ajoutée économique globale.

## **III. Pas de faillite d'une société**

Cette valeur ajoutée économique pour l'ensemble du groupe ne protège pas les sociétés individuelles d'être « sacrifiées » au profit du groupe. Dans ce cas, la mesure pourrait encore être justifiée sans cet élément restrictif, puisque le groupe dans son ensemble génère une augmentation de l'efficacité. Certes, cette augmentation de l'efficacité est dans l'intérêt des créanciers et des autres associés minoritaires. Cependant, avec la filiale sacrifiée, les créanciers et les associés de ces derniers ont été privés de la personne morale à laquelle leurs intérêts étaient liés. Ils n'ont pas à accepter une privation aussi totale.

La limite de l'influence néfaste de la société mère sur les filiales doit donc être la faillite de la filiale. Cela doit être déterminé selon la loi nationale sur l'insolvabilité. En Allemagne, il s'agit notamment de l'insolvabilité, art. 17 InsO, ainsi que du surendettement, art. 19 InsO. Dans le cas d'une demande propre, elle peut même être accordée en cas d'insolvabilité imminente, art. 18 InsO. Le droit français de l'insolvabilité détermine l'état de cessation des paiements comme étant le moment de l'insolvabilité, art. L. 631-1 al. 1 CCom. Cela correspond à l'insolvabilité en droit allemand.

Le fait de laisser aux différents États membres le soin de protéger les créanciers et les minorités dans une large mesure et de ne fixer que des règles concernant le pouvoir de gestion de la société mère va dans le sens d'une intervention particulièrement douce dans le droit national. Néanmoins, il est problématique que le moment de l'insolvabilité ne soit pas apprécié de manière uniforme dans l'UE et que, par conséquent, l'élément négatif de la responsabilité pour faillite d'une société ne puisse être déterminé de manière incontestable. La création d'un nouveau moment uniforme uniquement pour le cas d'application des instructions défavorables dans l'intérêt du groupe, qui existe à côté de ceux de l'insolvabilité de la société, ne semble pas réalisable et va à l'encontre du concept d'harmonisation minimale.

La directive sur les restructurations (ci-après la «RRL») de 2019<sup>1740</sup> montre qu'une uniformité sur le moment de l'insolvabilité n'est peut-être pas nécessaire. S'agissant du point de départ de la restructuration, la directive fait référence à la «probabilité d'insolvabilité» au sens du droit national, art. 2 (2) litter. b) RRL . Le législateur allemand s'est conformé à la mise en œuvre de la RRL avec le SanInsFOG ainsi que le StaRUG, qui est

---

<sup>1740</sup> Directive (UE) 2019/1023 du Parlement Européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise des dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), JO UE n° L 172 du 26.06.2019, p. 18.

entré en vigueur le 01.01.2021 et a déterminé le moment de l'insolvabilité probable à celui de l'insolvabilité imminente au sens de l'art. 18 InsO, 29 (1) StaRUG. La France n'a pas encore mis en œuvre la directive, mais elle dispose déjà d'un cadre de redressement et de restructuration, de sorte qu'il ne faut pas s'attendre à des changements profonds ici.

#### **IV. Considération : participation aux économies de gamme**

En contrepartie ou compensation, une compensation qualitative suffit. Il peut s'agir d'une participation aux avantages du groupe, par exemple l'adhésion au groupe lui-même. Une compensation totale pourrait dissuader la société mère de donner des instructions concernant la transaction -en principe avec une valeur totale positive- car elle n'est pas en mesure de récupérer les bénéfices de la transaction dans la même mesure, mais doit les partager avec la filiale concernée. La fonction d'habilitation revêt ici une grande importance.

### **B. Conséquence juridique**

#### **I. Principe**

En principe, la mesure est admissible et non soumise à compensation. Ni la société mère donneuse d'ordre, ni les responsables de l'exécution de la filiale ne sont responsables des pertes de la filiale. La société mère dispose ainsi de droits complets de gestion du groupe.

#### **II. Exception**

Par exception, la société mère est soumise à une obligation de compensation totale. Une distinction doit être faite entre les mesures organisationnelles et les mesures financières.

##### **1. Mesures organisationnelles**

Dans le cas des mesures organisationnelles, une répartition symétrique des avantages et des inconvénients doit être effectuée dans une perspective *ex ante*. Cela correspond également à la situation juridique du groupe de fait et à la jurisprudence du BGH sur les artt. 311, 317 AktG.<sup>1741</sup> La responsabilité en dommages-intérêts du gérant de la filiale ne s'applique pas si un gérant raisonnable et consciencieux d'une société indépendante aurait également effectué l'opération légale dans les mêmes conditions, art. 317 (2) AktG. À cet égard, il bénéficie de la marge de manœuvre de la règle de l'appréciation commerciale.<sup>1742</sup> La perspective *ex ante* est à elle seule décisive.<sup>1743</sup> Cela est également logique afin d'éviter le biais de rétrospection. Les tribunaux et les experts ont tendance à conclure facilement que le

---

<sup>1741</sup> BGH, 03.03.2008 - II ZR 124/06, NZG 2008, 389 - *Telekom-UMTS*.

<sup>1742</sup> BGH, 03.03.2008 - II ZR 124/06, NZG 2008, 389 n° 11 - *Telekom-UMTS*.

<sup>1743</sup> BGH, 03.03.2008 - II ZR 124/09, NZG 2008, 389 n° 19 - *Telekom-UMTS*.

dommage est dû à une faute antérieure, en se basant sur une connaissance a posteriori de l'évolution du dommage.<sup>1744</sup> Il n'est pas non plus approprié de faire peser sur la mère tous les risques entrepreneuriaux de la fille.<sup>1745</sup> Ainsi, si la répartition des avantages et des inconvénients est *ex ante* symétrique, la filiale supporte le risque commercial général, ce qu'elle aurait également fait en tant que société indépendante. Si cette allocation s'avère désavantageuse *ex post*, cela n'a aucune importance.

Si, en revanche, une telle répartition symétrique n'est pas effectuée, non seulement le risque commercial général est réalisé au détriment de la filiale, et doit alors être compensée en totalité par la société mère.

## 2. Mesures financières

Les mesures financières sont soumises à une obligation de compensation globale, à moins qu'il n'y ait aucune perspective de compensation future au moyen d'avantages mutuels au cours de l'exercice suivant.

Une compensation qualitative des désavantages de la filiale n'est justifiée que si la filiale peut également avoir de sérieux espoirs de participer aux avantages du groupe. Le délai est conforme à l'obligation de compensation prévue à l'art. 311 AktG et à la proposition de la FECC d'imposer une obligation de suivi aux sociétés de services si les créanciers peuvent être satisfaits dans les 12 mois à venir. La période de 12 mois semble opérable et réalisable. Elle est également conforme à l'appréciation en droit du groupe de fait, selon laquelle une compensation quantitative ne doit pas être versée au cours d'un exercice, mais seulement à la fin de l'exercice.

## C. Mesures d'accompagnement

Ce concept fonctionnel pour la reconnaissance de l'intérêt du groupe avec toutes ses conséquences juridiques n'est opérationnel que si les filiales peuvent faire valoir des droits de contrôle et d'information vis-à-vis de la société mère afin de pouvoir contrôler en permanence la valeur de leurs créances mutuelles. C'est la seule façon de justifier le désavantage temporaire des sociétés individuelles au sein du groupe. Ces mesures d'accompagnement ne seront toutefois abordées que brièvement. Un approfondissement de la notion est laissé à d'autres études et recherches juridiques.

### **I. Exigences en matière de transparence et d'information**

---

<sup>1744</sup> Plus précisément sur la responsabilité des gérants *Arkes/Schipani*, 73 Or. L. Rev. 1994, 587.

<sup>1745</sup> *Fleischer*, NZG 2008, 371 (372).

Il est nécessaire qu'un devoir de transparence et d'information soit imposé à la société mère vis-à-vis de la filiale si les deux sont dans un cash pool commun. Ce n'est que de cette manière que la surveillance de la solvabilité de la société mère par la direction de la filiale peut être assurée et que cette dernière satisfait aux exigences de l'art. 30 (1) phrase 2 GmbHG.

Puisque la société mère dispose de l'expertise en matière de ressources humaines dans la filiale, elle peut déployer dans les filiales un personnel de gestion en qui elle a confiance pour traiter les informations commerciales.

Cette obligation de transparence et d'information est une obligation permanente de la société mère envers la filiale.

## **II. Obligation d'information ad hoc**

En outre, il peut s'avérer nécessaire d'informer ponctuellement les filiales de graves détériorations de la solvabilité afin qu'elles puissent remplir leurs propres obligations de gestion. C'est notamment le cas si la société mère devient insolvable alors que sa survie est menacée. Cette appréciation est déterminée par la loi nationale sur l'insolvabilité. Comme c'est le droit de l'État membre dans lequel la société mère a son siège social qui s'applique, il leur est également possible de déterminer ce moment sans équivoque, car elles sont de toute façon tenues, dans l'État membre concerné, de donner suite à l'état d'insolvabilité par des mesures.

## **III. Mise en œuvre de ces obligations d'information**

En principe, ces obligations d'information sont mises en œuvre par le gérant de la filiale. Toutefois, cette dernière est soumise à l'autorité personnelle de la société mère et peut, dans certaines circonstances, être encline à ne pas contrôler le devoir d'information avec la diligence nécessaire, notamment si la société mère craint qu'en transmettant l'information, elle fasse en sorte que la filiale récupère les prêts ou les garanties. Cela pourrait aggraver la crise d'insolvabilité de la mère.

Par conséquent, dans des cas exceptionnels étroitement définis, il peut être approprié de laisser l'application des obligations d'information aux associés minoritaires des filiales. Dans les filiales à 100 %, il peut être approprié d'attribuer ce droit secondaire d'exécution aux créanciers.

Un tel cas peut exister soit lorsque la société est sans direction au sens de l'art. 15a (3) InsO soit lorsque les gérants restent inactifs malgré les demandes multiples des associés et ne font pas valoir les droits. Le délai d'attente des associés dépend de la situation financière de

la filiale elle-même. Si celle-ci est proche de l'insolvabilité, le délai d'attente raisonnable pour les associés est inférieur au délai de dépôt de la demande d'insolvabilité. Si, en revanche, la filiale est dans une bonne situation financière et qu'il s'agit uniquement de faire valoir des devoirs d'information permanents, un délai d'au moins deux mois peut être indiqué. Celle-ci s'inspire des délais d'attente pour l'intervention d'un contrôleur lorsque, malgré plusieurs demandes, le mandataire judiciaire ne fait pas valoir les droits de la société, art. L. 622-20, R. 622-18 CCom.

## Literaturverzeichnis

- Altmeyden, Holger* Was bleibt von den masseschmälernden Zahlungen? - Zugleich Besprechung BGH v. 18.11.2014 - II ZR 231/13, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, S. 949-956 (zitiert: *Altmeyden*, ZIP 2015)
- Altmeyden, Holger*  
(Hrsg.) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 10. Auflage, München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Altmeyden*, GmbHG)
- Ambroise-Castérot, Coralie* Présomption d'innocence, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Paris, Oktober 2019 (zitiert: *Ambroise-Castérot*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2019)
- Antonini-Cochin, Laetitia/  
Henry, Laurence  
Caroline* L'essentiel du droit des entreprises en difficulté 8. Auflage, Issy-les-Moulineaux 2019 (zitiert: *Antonini-Cochin/Henry*, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté)
- Arkes, Hal/  
Schipani, Cindy* Medical Malpractice v. the Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias, in: Oregon Law Review, Band 73, 1994, S. 587-638 (zitiert: *Arkes/Schipani*, 73 Or. L. Rev.)
- Armand, Claude/  
Viandier, Alain* Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés: transparence des personnalités et opacité des responsabilités?, in: Revue des sociétés 1986, S. 557-564 (zitiert: *Armand/Viandier*, Rev. sociétés 1986)
- Atiback, Aline* L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, Paris 2007, zugl.: Paris, Univ. Paris II, Diss., 1996 (zitiert: *Atiback*, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés)
- Auzero, Gilles/  
Ferrier, Nicolas* Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social – Cumul au sein d'un groupe, in: Répertoire des sociétés, Paris, Januar 2010 (Aktualisierung April 2021) (zitiert: *Auzero/Ferrier*, in: Répertoire des sociétés, 2010)
- Bachmann, Gregor/  
Eidenmüller, Horst/  
Engert, Andreas/  
Fleischer, Holger/* Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, in: ZGR Sonderheft, Berlin 2012 (zitiert: *Bachmann et al.*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft)

*Schön, Wolfgang*

*Bälz, Ulrich*

Einheit und Vielheit im Konzern,  
in: Baur, Fritz/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst  
(Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift  
für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 287-338  
(zitiert: *Bälz*, in: FS Raiser)

*Bainbridge, Stephen/  
Henderson, Todd*

Limited Liability: A Legal and Economic Analysis,  
Cheltenham/Northampton 2016  
(zitiert: *Bainbridge/Henderson*, Limited Liability: A Legal and  
Economic Analysis)

*Barbièri, Jean-  
François*

Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses  
dirigeants,  
in: Aspects actuels du droit des affaires - Mélanges en l'honneur du  
Yves Guyon, Paris 2003, S. 41-57  
(zitiert: *Barbièri*, in: Mél. Guyon)

*Barthélémy, Jacques*

Le droit des groupes de sociétés,  
Paris 1991  
(zitiert: *Barthélémy*, Le droit des groupes de sociétés)

*Baumbach, Adolf/  
Hueck, Alfred (Hrsg.)*

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung,  
21. Auflage, München 2017  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG)

*Besnard Goudet,  
Raphaëlle*

Groupe de sociétés – Dirigeants: Statuts, Conventions  
réglementées,  
in: Terré, François/Germain, Michel (Hrsg.), JurisClasseur Sociétés  
Traité, Fasc. 165-40, Paris Mai 2021  
(zitiert: *Besnard Goudet*, in: JurisClasseur Sociétés Traité, 2021)

*Blaurock, Uwe*

Bemerkungen zu einem Europäischen Recht der  
Unternehmensgruppe,  
in: Berger, Klaus Peter/Ebke, Werner F./Elsing, Siegfried/Großfeld,  
Bernhard/Kühne, Gunther (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock  
zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 79-93  
(zitiert: *Blaurock*, in: FS Sandrock)

*Behrens, Peter*

The Firm as a Complex Institution,  
in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of  
Institutional and Theoretical Economics, Band 141, 1985, S. 62-75  
(zitiert: *Behrens*, ZgS 1985)

*Béjot, Michel*

La protection des actionnaires externes dans les groupes de  
sociétés en France et en Allemagne, Préface de Mme Jauffret-  
Spinosi,

- Brüssel 1976, zugl.: Dijon, Univ., Diss., 1974  
(zitiert: *Béjot*, La protection des actionnaires externes)
- Berle, Adolf/  
Means, Gardiner* The Modern Corporation and Private Property,  
New York 1932  
(zitiert: *Berle/Means*, The Modern Corporation and Private  
Property)
- Bezenberger,  
Tilman* Das Kapital der Aktiengesellschaft: Kapitalerhaltung -  
Vermögensbindung – Konzernrecht,  
Köln 2005  
(zitiert: *Bezenberger*, Kapital der Aktiengesellschaft)
- Bitter, Georg* Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz - Alles neu durch SanInsFoG  
und StaRUG?,  
in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2021, S. 321-336  
(zitiert: *Bitter*, ZIP 2021)
- Böckli, Peter* Kritische Würdigung des Vorschlags des Forum Europaeum on  
Company Groups aus schweizerischer Perspektive,  
in: Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Teichmann, Christoph  
(Hrsg.), Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern,  
ZGR Sonderheft, Berlin 2017, S. 361-392  
(zitiert: *Böckli*, in: Corporate Governance im  
grenzüberschreitenden Konzern)
- Bohata, Petr* Tschechische Republik: Gesetz über Korporationen - Teil 2,  
in: Wirtschaft und Recht in Osteuropa 2012, S. 274-281  
(zitiert: *Bohata*, WiRO 2012)
- Bouloc, Bernard* Droit pénal et groupes d'entreprises,  
in: Revue des sociétés 1988, S. 181-198  
(zitiert: *Bouloc*, Rev. sociétés 1998)
- Boursier, Marie-  
Emma* Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux: entre  
efficacité et clandestinité,  
in: Revue des sociétés 2005, S. 273-314  
(zitiert: *Boursier*, Rev. sociétés 2005)
- Boursier, Marie-  
Emma* Reconnaissance du fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus  
de biens sociaux: vers un assouplissement de la jurisprudence  
Rozenblum?,  
in: Revue des sociétés 2016, S. 539-542  
(zitiert: *Boursier*, Rev. sociétés 2016)
- Braun, Eberhard  
(Hrsg.)* Insolvenzordnung, Kommentar,  
9. Auflage, München 2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Braun*, InsO)

- Brinkmann, Moritz* Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2020, S. 2361-2369 (zitiert: *Brinkmann*, ZIP 2020)
- Caffin-Moi, Marie* La responsabilité pour faute de l'associé: une évolution à front renversé, in: Ansault, Jean-Jacques/d'Avout, Louis/Binctin, Nicolas/Cochet, Dorothee/Trémeau, Isabelle (Hrsg.), Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain, Paris 2015, S. 201-222 (zitiert: *Caffin-Moi*, in: Mél. Germain)
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)* EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Auflage, München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AUEV)
- Cerf-Hollender, Agnès* Droit pénal du travail – Responsabilités, in: Répertoire de droit du travail, Paris, Oktober 2018 (zitiert: *Cerf-Hollender*, in: Répertoire de droit du travail, 2018)
- Champaud, Claude/Danet, Didier* Associé ou actionnaire. Vote d'une décision sociale constitutive d'un abus de droit. révocation du gérant. Responsabilité personnelle de chaque associé majoritaire (oui). Application de l'article 1382 du code civil (oui), in: Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique 2001, S. 443-445 (zitiert: *Champaud/Danet*, RTD com. 2001, 443)
- Champaud, Claude/Danet, Didier* Groupe de sociétés. Ouverture d'une procédure collective. Etat de cessation de paiement. Appréciation individuelle indispensable (oui), in: Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique 2001, S. 921 (zitiert: *Champaud/Danet*, RTD com. 2001, 921)
- Chiappetta, Francesco/Tombari, Umberto* Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law, in: European Company and Financial Law Review 2012, S. 261-274 (zitiert: *Chiappetta/Tombari*, ECFR 2012)
- Coase, Ronald* The Nature of the Firm, in: *Economica*, Vol. 4, 1937, S. 386-405 (zitiert: *Coase*, *Economica* 4 (1937))
- Coase, Ronald* The Problem of Social Cost, in: *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, S. 1-44

- (zitiert: *Coase*, 3 J. L. & Econ. (1960))
- Conac, Pierre-Henri* Director's Duties in Groups of Companies - Legalizing the Interest of the Group at the European Level,  
in: *European Company and Financial Law Review* 2013, S. 194-226  
(zitiert: *Conac*, ECFR 2013)
- Conac, Pierre-Henri* The Chapter on Groups of Companies of the European Model Company Act (EMCA),  
in: *European Company and Financial Law Review* 2016, S. 301-321  
(zitiert: *Conac*, ECFR 2016)
- Cozian, Maurice* Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe? - L'arrêt Sofige du 21 juin 1995,  
in: *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, Études et croniques* 1996, S. 45-48  
(zitiert: *Cozian*, JCP E 1996)
- Cozian, Maurice/  
Viandier, Alain/  
Deboissy, Florence* Droit des sociétés,  
33. Auflage, Paris 2020  
(zitiert: *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés)
- Dalloz* Fiches d'orientation – Abus de majorité,  
Paris, Juli 2020  
(zitiert: Fiches d'orientation Abus de majorité)
- Dammann,  
Reinhard/  
Malaveille, Keyvan* Nouvelle sauvegarde accélérée fusionnée: une procédure à la carte?,  
in: *Recueil Dalloz* 2021, S. 293-294  
(zitiert: *Dammann/Malaveille*, D. 2021)
- Dana-Démaret,  
Sabine* Le capital social, Préface de Yves Reinhart,  
Paris 1989, zugl.: Lyon, Univ. Lyon III, Diss., 1988  
(zitiert: *Dana-Démaret*, Le capital social)
- De Rongé, Yves* La filialisation dans le contexte de la restructuration de l'entreprise,  
in: Quintard, Aimable/De Rongé, Yves (Hrsg.), *Filialisation d'activités d'entreprises – Stratégie et Gestion*, Brüssel 1992, S. 34  
(zitiert: *De Rongé*, in: *Filialisation*)
- Dedessus-Le-  
Moustier, Nathalie* La responsabilité du dirigeant de fait,  
in: *Revue des sociétés* 1997, S. 499-521  
(zitiert: *Dedessus-Le-Moustier*, Rev. sociétés 1997)
- Deilmann, Barbara/  
Dornbusch, Gregor* Drittanstellung im Konzern,  
in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2016, S. 201-208  
(zitiert: *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016)

- Desoutter, Vanessa* La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale - Comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes,  
Augsburg 2011, zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2011  
(zitiert: *Desoutter*, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale)
- Didier, Paul/  
Didier, Philippe* Droit commercial, Tome 2 – Les sociétés commerciales,  
Paris 2011  
(zitiert: *Didier/Didier*, Les sociétés commerciales)
- Dominke, Anna* Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa - Regelungselemente für das Gesetzgebungsprojekt "Anerkennung des Gruppeninteresses",  
Köln 2017, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2016  
(zitiert: *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa)
- Dondero, Bruno* Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social,  
in: Recueil Dalloz 2003, S. 2623-2627  
(zitiert: *Dondero*, D. 2003)
- Dondero, Bruno* La loi PACTE du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité?,  
in: Recueil Dalloz 2019, S. 1349-1350  
(zitiert: *Dondero*, D. 2019)
- Drygala, Tim* Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions,  
in: Die Aktiengesellschaft 2013, S. 198-210  
(zitiert: *Drygala*, AG 2013)
- Dubois, Léon* Les raisons stratégiques de la filialisation,  
in: Quintard, Aimable/De Rongé, Yves (Hrsg.), Filialisation d'activités d'entreprises – Stratégie et Gestion, Brüssel 1992, S. 51  
(zitiert: *Dubois*, in: Filialisation)
- Easterbrook, Frank/  
Fischel, Daniel* The Economic Structure of Corporate Law,  
Cambridge 1991  
(zitiert: *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law)
- Ebenroth, Carsten  
Thomas/  
Müller, Andreas* Das Doppelmandat des Geschäftsführers im GmbH-Konzern und seine Auswirkungen auf das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG,  
in: GmbH-Rundschau 1991, S. 237-242  
(zitiert: *Ebenroth/Müller*, GmbHHR 1991)

- Éditions Francis Lefebvre* Protections des minoritaires – Sociétés commerciales ne faisant pas appel public à l'épargne, Levallois-Perret 2001, (zitiert: Protection des minoritaires)
- Éditions Francis Lefebvre* Mémento pratique – Groupes de sociétés 19-20, Levallois-Perret 2019 (zitiert: Mémento pratique groupe de sociétés)
- Éditions Francis Lefebvre* Mémento pratique – sociétés commerciales 20, Levallois-Perret 2019 (zitiert: Mémento pratique Sociétés commerciales)
- Ehricke, Ulrich* Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, Tübingen 1998, zugl.: Berlin, Humboldt Univ., Habil., 1998 (zitiert: *Ehricke*, Das anhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz)
- Eidenmüller, Horst* Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Auflage, München 2015, zugl. München, Univ., Diss., 1994 (zitiert: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip)
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias* Konzernrecht, 11. Auflage, München 2020 (zitiert: *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht)
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias/Schürnband, Jan (Hrsg.)* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, 10. Auflage, München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht)
- Engelhardt, Clemens/Wagenseil, Andreas (Hrsg.)* Der mittelständische Konzern: Organisation – Recht – Steuern – Rechnungslegung, Berlin 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Engelhardt/Wagenseil*, Der mittelständische Konzern)
- Engert, Andreas* Wozu Konzerne?, in: Siekmann, Helmut/Cahn, Andreas/Florstedt, Tim/Langenbucher, Katja/Redenius-Hövermann, Julia/Tröger, Tobias/Segna, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag, Band I, Tübingen 2017, S. 385-399 (zitiert: *Engert*, in: FS Baums I)
- Engert, Andreas* Vom Schutzrecht zum schützenden Organisationsrecht, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen – Aktuelle Entwicklungsperspektiven des deutschen und europäischen

- Konzernrechts, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft Band 22, 2020, S. 59-80  
(zitiert: *Engert*, ZGR Sonderheft 2020)
- Europäische Kommission* Der Vorschlag der EG-Kommission für eine neunte Richtlinie zur Angleichung des Konzernrechts,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1985, S. 446-465  
(zitiert: ZGR 1985)
- Europäische Kommission* Study on the law applicable to companies, Final Report, 2016,  
abrufbar unter: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1>  
(Abrufdatum: 18.09.2022)  
(zitiert: Europäische Kommission, Study on the law applicable to companies)
- European Company Law Experts* A Proposal for the Reform of Group Law in Europe,  
in: European Business Organization Law Review 2017, S. 1-49  
(zitiert: *European Company Law Experts*, EBOR 2017)
- Everling, Wolfgang* Betriebsabteilung oder Beteiligungsgesellschaft?,  
in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 1977, S. 281-287  
(zitiert: *Everling*, BFuP 1977)
- Fahri, Sarah* Les procédures collectives après la loi PACTE,  
Issy-les-Moulineaux 2019  
(zitiert: *Fahri*, Les procédures collectives après la loi PACTE)
- Falcke, Günther* Konzernrecht in Frankreich: Abhängigkeit und einheitliche Leitung im französischen Recht der Gesellschaftsgruppen,  
Baden-Baden 1996, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1993  
(zitiert: *Falcke*, Konzernrecht in Frankreich)
- Fama, Eugene/Jensen, Michael* Separation of Ownership and Control,  
in: Journal of Law and Economics, Vol. 26, 1983, S. 301-325  
(zitiert: *Fama/Jensen*, 26 J. L. & Econ. (1983))
- Fleischer, Holger* Konzernuntreue zwischen Straf- und Gesellschaftsrecht: das Bremer Vulkan-Urteil,  
in: Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 2867-2870  
(zitiert: *Fleischer*, NJW 2004)
- Fleischer, Holger* Haftung des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern und unternehmerisches Ermessen (§§ 317 II, 93 I AktG) - Das UMTS-Urteil des BGH -,  
in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2008, S. 371-373  
(zitiert: *Fleischer*, NZG 2008)

- Fleischer, Holger* Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers,  
in: GmbH-Rundschau 2011, S. 337-346  
(zitiert: *Fleischer*, GmbHR 2011)
- Fleischer, Holger* Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen,  
in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2011, S. 521-527  
(zitiert: *Fleischer*, NZG 2011)
- Fleischer, Holger* Europäisches Konzernrecht: eine akteurzentrierte Annäherung,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2017, S. 1-37  
(zitiert: *Fleischer*, ZGR 2017)
- Fleischer, Holger/ Goette, Wulf (Hrsg.)* Münchner Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 1: §§ 1-34 GmbHG,  
4. Auflage, München 2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoGmbHG)
- Fleischer, Holger/ Goette, Wulf (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 2: §§ 35-52 GmbHG,  
3. Auflage, München 2019  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoGmbHG)
- Fleischer, Holger/ Goette, Wulf (Hrsg.)* Münchener Kommentar zu GmbH-Gesetz, Band 3: §§ 53-88 GmbHG,  
4. Auflage, München 2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoGmbHG)
- Foerste, Ulrich* Insolvenzrecht,  
8. Auflage, München 2022  
(zitiert: *Foerste*, Insolvenzrecht)
- Forum Europaeum Konzernrecht* Konzernrecht für Europa,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1998, S. 672-772  
(zitiert: *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998)
- Forum Europaeum on Company Groups* Eckpunkte für einen Rechtsrahmen zur erleichterten Führung von grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen in Europa,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2015, S. 507-515  
(zitiert: *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015)
- Foyer, Jean* Faut-il un droit des groupes de sociétés,  
in: Revue de Jurisprudence commerciale 1996, S. 165-174

- (zitiert: *Foyer*, RJC 1996)
- Freyria, Charles/  
Clara, Jean* De l'abus de biens sociaux et de crédit en groupe de sociétés,  
in: La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 19, 1993, Nr. 247  
(zitiert: *Freyria/Clara*, JCP E 1993)
- Fridgen, Alexander/  
Geiwitz, Arndt/  
Göpfert, Burkard  
(Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar InsO, mit COVInsAG, InsVV, EuInsVO  
und Spezialthemen,  
27. Edition, München, Stand: 15.04.2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOKInsO)
- Gauthier, Thierry* Les dirigeants et les groupes de sociétés, Préface Yves Reinhard,  
Paris 2000, zugl.: Lyon, Univ. Lyon III, Diss., 1998  
(zitiert: *Gauthier*, Les dirigeants et les groupes de sociétés)
- Gehrlein, Markus* Das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen  
für Unternehmen (StaRUG) - ein Überblick,  
in: Betriebs-Berater 2021, S. 66-81  
(zitiert: *Gehrlein*, BB 2021)
- Gehrlein,  
Markus/Born,  
Manfred/Simon,  
Stefan (Hrsg.)* GmbHG, Kommentar,  
5. Auflage, Hürth 2021  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG)
- Geißler, Markus* Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers,  
in: GmbH-Rundschau 2003, S. 1106-1114  
(zitiert: *Geißler*, GmbHR 2003)
- Germain, Michel* Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en  
droit allemand,  
1974, zugl.: Nancy, Univ. Nancy II, Diss., 1974  
(zitiert: *Germain*, Sociétés dominantes et sociétés dominées)
- Germain, Michel/  
Mangier, Véronique* Traité de droit des affaires Tome 2 - Les sociétés commerciales,  
22. Auflage, Issy-les-Moulineaux 2017  
(zitiert: *Germain/Mangier*, Les sociétés commerciales)
- Germain, Michel/  
Périn, Pierre-Louis* SAS – La société par actions simplifiée,  
5. Auflage, Paris 2013  
(zitiert: *Germain/Périn*, SAS)
- Geßler, Ernst* Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im  
Vertragskonzern?,  
in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht,  
Band 140, 1976, S. 433-441  
(zitiert: *Geßler*, ZHR 140 (1976))

- Gibirila, Deen* Le dirigeant de société - statut juridique, social et fiscal, Préface Jean-Pierre Marty, Paris 1995  
(zitiert: *Gibirila*, Le dirigeant de société)
- Gibirila, Deen* La faute personnelle détachable des fonctions de gérant, in: Recueil Dalloz 1998, S. 605-608  
(zitiert: *Gibirila*, D. 1998)
- Gibirila, Deen* Dossier pratique - Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, Levallois-Perret 2018  
(zitiert: *Gibirila*, Responsabilité pénale des dirigeants sociaux)
- Godon, Laurent* Expertise de gestion - Conditions de recevabilité de la demande d'expertise, in: Répertoire des sociétés, Paris, März 2003 (Aktualisierung Mai 2019)  
(zitiert: *Godon*, in: Répertoire des sociétés, 2003)
- Goette, Wulf/  
Habersack, Mathias/  
Kalss, Susanne  
(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1: §§ 1-75 AktG, 5. Auflage, München 2019  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MükoAktG)
- Goette, Wulf/  
Habersack, Mathias/  
Kalss, Susanne  
(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5: §§ 278-328, SpruchG, 5. Auflage, München 2020  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoAktG)
- Goette, Wulf/  
Habersack, Mathias/  
Kalss, Susanne  
(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7: Europäisches Aktienrecht, 5. Auflage, München 2021  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoAktG)
- Goffraux-Callebaut, Géraldine* La définition de l'intérêt social - Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, in: Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique 2004, S. 35-45  
(zitiert: *Goffraux-Callebaut*, RTD com. 2004)
- Gräbener, Tobias* Der Schutz außenstehender Gesellschafter im deutschen und französischen Kapitalgesellschaftsrecht, Baden-Baden 2010, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2009  
(zitiert: *Gräbener*, Schutz außenstehender Gesellschafter)
- Grabitz, Eberhard/  
Hilf, Meinard/* Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 75. Ergänzungslieferung, München, Januar 2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU)

*Nettesheim, Martin*  
(Hrsg.)

*Greulich, Sven/  
Rau, Thomas*

Zur partiellen Insolvenzverursachungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG-RegE,  
in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2008, S. 284-289  
(zitiert: *Greulich/Rau*, NZG 2008)

*Grossman, Sanford/  
Hart, Oliver*

The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration,  
in: Journal of Political Economy, Vol. 94, 1986, S. 691-719  
(zitiert: *Grossman/Hart*, 94 J. Pol. Econ. (1986))

*Haas, Ulrich*

Die Disziplinierung des GmbH-Geschäftsführers im Interesse der Gesellschaftsgläubiger - Teil II -,  
in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen 2006, S. 1417-1464  
(zitiert: *Haas*, WM 2006)

*Haas, Ulrich*

Die Rechtsfigur des "faktischen GmbH-Geschäftsführers",  
in: Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2006, S. 494-499  
(zitiert: *Haas*, NZI 2006)

*Habersack, Mathias*

Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel - Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union,  
in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2004, S. 1-9  
(zitiert: *Habersack*, NZG 2004)

*Habersack, Mathias*

Trihotel - Das Ende der Debatte? Überlegungen zur Haftung für schädigende Einflussnahme im Aktien- und GmbH-Recht,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2008, S. 533-559  
(zitiert: *Habersack*, ZGR 2008)

*Habersack, Mathias/  
Verse, Dirk*

Europäisches Gesellschaftsrecht,  
5. Auflage München, 2019  
(zitiert: *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht)

*Habersack,  
Mathias/Casper,  
Matthias/  
Löbbe, Marc (Hrsg.)*

GmbHG Großkommentar, Band I: Einleitung, §§ 1-28 GmbHG,  
3. Auflage, Tübingen 2019  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *H/C/L*, GmbHG)

- Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbbe, Marc (Hrsg.)* GmbHG Großkommentar, Band II: §§ 29-52 GmbHG, 3. Auflage, Tübingen 2020  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *H/C/L*, GmbHG)
- Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbbe, Marc (Hrsg.)* GmbHG Großkommentar, Band III: §§ 53-88 GmbHG, EGGmbHG, 3. Auflage, Tübingen 2021  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *H/C/L*, GmbHG)
- Hadeler, Thorsten/Arentzen, Ute (Hrsg.)* Gabler Wirtschaftslexikon, Die ganze Welt der Wirtschaft: Betriebswirtschaft, Volkswirtschaft, Recht und Steuern, 15. Aufl., Wiesbaden 2000  
(zitiert: Gabler Wirtschaftslexikon)
- Hannoun, Charley* Le droit et les groupes de sociétés, Préface de Antoine Lyon-Caen, Paris 1991, zugl.: Paris, Univ., Diss., 1988  
(zitiert: *Hannoun*, Le droit et les groupes de sociétés)
- Harbarth, Stephan* SPE 2.0 - Die rechtspolitische Perspektive, in: GmbH-Rundschau 2018, S. 657-662  
(zitiert: *Harbarth*, GmbHHR 2018)
- Heinrich, Julia* Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social, in: Chevrier, Éric/Royer, Erwan (Hrsg.), L'intérêt social dans la loi Pacte, Paris 2019, S. 182-191  
(zitiert: *Heinrich*, in: L'intérêt social dans la loi Pacte)
- Hémard, Jean/Terré, François/Mabilat, Pierre* Sociétés commerciales III - Valeurs mobilières, comptes sociaux, filiales et participations, nullités, fusions et scissions, liquidation, publicité, Paris 1978  
(zitiert: *Hémard/Terré/Mabilat*, Sociétés commerciales, t. III)
- Henry, Laurence Caroline* Ouverture de la procédure collective: de la rectitude des textes à leur instrumentalisation, in: Revue des sociétés 2012, S. 527-528  
(zitiert: *Henry*, Rev. sociétés 2012)
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.)* Gesellschaftsrecht, 5. Auflage München, 2021  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Henssler/Strohn*, GesR)
- Hicks, John* The Foundations of Welfare Economics, in: The Economic Journal, Vol. 49, No. 196, 1939, S. 696-712  
(zitiert: *Hicks*, Economic Journal (1939))

- High Level Group of Company Law Experts* A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brüssel 2002, abrufbar unter: [https://ecgi.global/sites/default/files/report\\_en.pdf](https://ecgi.global/sites/default/files/report_en.pdf) (Abrufdatum: 28.06.2021)  
(zitiert: *High Level Group of Company Law Experts*, A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe)
- Hirte, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth, Markus (Hrsg.)* Aktiengesetz Großkommentar, Band 1: §§ 1-22, 5. Auflage, Berlin 2017  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: AktG Großkommentar)
- Hoffmann-Becking, Michael* Gibt es das Konzerninteresse?, in: Erle, Bernd/Goette, Wulf/Kleindiek, Detlef/Krieger, Gerd/Priester, Hans-Joachim/Schubel, Christian/Schwab, Martin/Teichmann, Christoph/Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff: zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 433-446  
(zitiert: *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff)
- Hölters, Wolfgang/Weber, Markus (Hrsg.)* Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, München 2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Hölters/Weber*, AktG)
- Hommelhoff, Peter* Die Konzernleitungspflicht: zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln 1982, zugl.: Bochum, Univ., Habil., 1980-1981  
(zitiert: *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht)
- Hommelhoff, Peter* Produkthaftung im Konzern, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1990, S. 761-771  
(zitiert: *Hommelhoff*, ZIP 1990)
- Hommelhoff, Peter* Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2012, S. 535-565  
(zitiert: *Hommelhoff*, ZGR 2012)
- Hommelhoff, Peter* Die Unternehmensgruppe im Europäischen Binnenmarkt, in: Habersack, Mathias/Huber, Karl,/Spindler, Gerald (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Stilz zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 287-300  
(zitiert: *Hommelhoff*, in: FS Stilz)
- Hommelhoff, Peter* Die Societas Unius Personae: als Konzernbaustein momentan noch unbrauchbar, in: GmbH-Rundschau 2014, S. 1065-1075  
(zitiert: *Hommelhoff*, GmbHR 2014)

- Hopt, Klaus/  
Wiedemann, Herbert  
(Hrsg.)* Aktiengesetz Großkommentar, Band 1: Einleitung; §§ 1-53,  
4. Auflage, Berlin 2004  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: AktG Großkommentar)
- Hopt, Klaus/  
Wiedemann, Herbert  
(Hrsg.)* Aktiengesetz Großkommentar, Band 8: §§ 278-310,  
4. Auflage, Berlin 2013  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: AktG Großkommentar)
- Hopt, Klaus/  
Wiedemann, Herbert  
(Hrsg.)* Aktiengesetz Großkommentar, 42. Lieferung § 311 AktG,  
4. neubearbeitete Auflage, Berlin 2020  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: AktG Großkommentar)
- Immenga, Ulrich* Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im  
Vertragskonzern?,  
in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht  
Band 140, 1976, S. 301-316  
(zitiert: *Immenga*, ZHR 140 (1976))
- Institut national de  
la statistique et des  
études économiques* Les entreprises en France,  
10.12.2020, abrufbar unter:  
<https://www.insee.fr/fr/statistiques/4987235> (Abrufdatum:  
30.06.2021)  
(zitiert: *INSEE*, Les entreprises en France)
- Jacquemont, André/  
Borga, Nicolas/  
Mastrullo, Thomas* Droit des entreprises en difficulté,  
11. Auflage, Paris 2019  
(zitiert: *Jacquemont/Borga/Mastrullo*, Droit des entreprises en  
difficulté)
- Jaspers, Philipp* Opportunistisches Verhalten in der Krise der Kapitalgesellschaft -  
Rechtsökonomik von action en comblement du passif,  
Insolvenzverschleppungshaftung und wrongful trading,  
Berlin 2014, zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2013  
(zitiert: *Jaspers*, Opportunistisches Verhalten in der Krise der  
Kapitalgesellschaft)
- Jeandidier, Wilfrid* Note sous Cass.crim. 4 février 1985,  
in: La Semaine Juridique, Band II, 1986, n° 20585  
(zitiert: *Jeandidier*, JCP 1986)
- Jensen, Michael/  
Meckling, William* Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and  
ownership structure,  
in: Journal of Financial Economics, Vol. 3, 1976, S. 305-360  
(zitiert: *Jensen/Meckling*, 3 J. Fin. Econ. (1976))
- Joecks, Wolfgang/  
Miebach, Klaus  
(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1: §§ 1-37  
StGB,  
4. Auflage, München 2020

- (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoStGB)
- Joecks, Wolfgang/  
Miebach, Klaus  
(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5: §§ 263-358 StGB,  
3. Auflage, München 2019  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoStGB)
- Julien, Jérôme* Responsabilité du fait d'autrui – Responsabilité générale du fait d'autrui,  
in: Répertoire de droit civil, Paris, Juli 2019 (Aktualisierung Januar 2020)  
(zitiert: *Julien*, in: Répertoire de droit civil, 2019)
- Jung, Stefanie/Krebs,  
Peter/Stiegler,  
Sascha (Hrsg.)* Gesellschaftsrecht in Europa, Handbuch,  
Baden-Baden 2019  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Jung/Krebs/Stiegler*, Gesellschaftsrecht in Europa)
- Kaldor, Nicholas* Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility,  
in: The Economic Journal, Vol. 49, No. 195, 1939, S. 549-552  
(zitiert: *Kaldor*, Economic Journal 1939)
- Kieninger, Eva-Maria* Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt – Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts,  
Tübingen 2002, zugl.: Hamburg, Univ., Habil., 2002  
(zitiert: *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt)
- Kirchner, Christian* Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1985, S. 214-234  
(zitiert: *Kirchner*, ZGR 1985)
- Klein, Sebastian* Pflichten und Haftungsrisiken der Geschäftsleitung im Cash-Pooling - Aktuelle Entwicklungen hinsichtlich des Kapitalschutzes und der Insolvenzverursachungshaftung,  
in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2017, S. 258-270  
(zitiert: *Klein*, ZIP 2017)
- Klöhn, Lars* Interessenkonflikte zwischen Aktionären und Gläubigern der Aktiengesellschaft im Spiegel der Vorstandspflichten - Ein Beitrag zur Leitungsaufgabe des Vorstands gemäß § 76 AktG,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2008, S. 110-158  
(zitiert: *Klöhn*, ZGR 2008)

- Koch, Jens (Hrsg.)* Aktiengesetz,  
16. Auflage, München 2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Koch*, AktG)
- Korch, Stefan* Sanierungsverantwortung von Geschäftsleitern - Krisenpflichten im  
Lichte des Art. 19 der Restrukturierungsrichtlinie,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2019. S.  
1050-1081  
(zitiert: *Korch*, ZGR 2019)
- Kraakman, Reinier/  
Armour, John/  
Davies, Paul (Hrsg.)* The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional  
Approach,  
3. Auflage, Oxford 2017  
(zitiert: *Kraakman et al.*, The Anatomy of Corporate Law)
- Krafft, Anne Kristin* Die Rozenblum-Doktrin, ihre Fortschreibung bis zur Gegenwart und  
ihr Vergleich zur Treuepflicht im faktischen GmbH-Konzern,  
Baden-Baden 2020, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2019  
(zitiert: *Krafft*, Die Rozenblum-Doktrin)
- Kräkel, Matthias* Organisation und Management,  
6. Auflage, Tübingen 2015  
(zitiert: *Kräkel*, Organisation und Management)
- Külting, Peter/  
Eichenlaub, Raphael* Cash-Pool-Zahlungen in der insolvenzrechtlichen  
Fortbestehensprognose - zur faktischen Notwendigkeit einer  
konsolidierten Betrachtung,  
in: GmbH-Rundschau 2014, S. 169-176  
(zitiert: *Külting/Eichenlaub*, GmbHR 2014)
- Lasserre Capdeville,  
Jérôme* Abus de biens sociaux et banqueroute,  
Paris 2010  
(zitiert: *Lasserre Capdeville*, Abus de biens sociaux et banqueroute)
- Le Cannu, Paul/  
Dondero, Bruno* Droit des sociétés,  
8. Auflage, Paris 2019  
(zitiert: *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés)
- Le Club des Juristes* Vers une reconnaissance de l'intérêt du groupe dans l'Union  
Européenne?,  
Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, Juni 2015,  
abrufbar unter: [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/CDJ\\_Rapports\\_Intérêt-de-groupe\\_FR\\_Juin-2015\\_web-1.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/CDJ_Rapports_Intérêt-de-groupe_FR_Juin-2015_web-1.pdf) (Abrufdatum: 28.06.2021)  
(zitiert: *Le Club des Juristes*, Vers une reconnaissance de l'intérêt du  
groupe dans l'Union Européenne?)

- Le Corre, Pierre-Michel* Droit et pratique des procédures collectives, 10. Auflage, Paris 2018  
(zitiert: *Le Corre*, Droit et pratique des procédures collectives)
- Léauté, Jacques* Reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires, in: La Semaine Juridique Édition générale, Band I, 1973, Nr. 2551  
(zitiert: *Léauté*, JCP 1973)
- Lecourt, Arnaud* Groupe de sociétés - Modes de constitution du groupe de sociétés, in: Répertoire des sociétés, Paris, März 2015 (Aktualisierung Februar 2021)  
(zitiert: *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2015)
- Lecourt, Benoît* Questions autour de l'administrateur, in: La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 26, 2016, Étude 1364, S. 17-25  
(zitiert: *Lecourt*, JCP E 2016)
- Lecourt, Benoît* Administrateur provisoire, in: Répertoire des sociétés, Paris, Juni 2018 (Aktualisierung Januar 2019)  
(zitiert: *Lecourt*, in: Répertoire des sociétés, 2018)
- Lepage, Agathe/Maistre du Chambon, Patrick/Salomon, Renaud* Droit pénal des affaires, 5. Auflage, Paris 2018  
(zitiert: *Lepage/Maistre du Chambon/Salomon*, Droit pénal des affaires)
- Lotz, Maximilian* Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern - Konzernleitung. Kontrolle. Haftung - Auf Grundlage des deutschen, französischen und US-amerikanischen Rechts -, Tübingen 2020, zugl.: München, Univ., Diss., 2019  
(zitiert: *Lotz*, Grenzüberschreitende Einflussnahme im Konzern)
- Lübking, Johannes* The Group of Companies, Efficiency and the Law, LL.M. Thesis European University Institute Department of Law, Florenz 1994  
(zitiert: *Lübking*, The Group of Companies, Efficiency and the Law)
- Lübking, Johannes* Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, Baden-Baden 2010, zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1999  
(zitiert: *Lübking*, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa)
- Lutter, Marcus* Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-)Recht, in: Goerdeler, Reinhard/Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Odersky, Walter/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift

- für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 1991, S. 257-270  
(zitiert: *Lutter*, in: FS Kellermann)
- Lutter, Marcus* Konzernrecht: Schutzrecht oder Organisationsrecht?,  
in: Reichert, Klaus/Schiedermaier, Manfred/Stockburger,  
Albrecht/Weber, Dolf (Hrsg.), Recht, Geist und Kunst, liber  
amicorum für Rüdiger Volhard, Baden-Baden 1996, S. 105-113  
(zitiert: *Lutter*, in: liber amicorum Volhard)
- Lutter, Marcus/  
Bayer, Walter (Hrsg.)* Holding-Handbuch: Konzernrecht – Konzernsteuerrecht –  
Konzernarbeitsrecht – Betriebswirtschaft,  
6. Auflage, Köln 2020  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Lutter/Bayer*, Holding-Handbuch)
- Lutter, Marcus/  
Bayer, Walter/  
Schmidt, Jessica  
(Hrsg.)* Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, ZGR  
Sonderheft 1,  
6. Auflage, Berlin 2017  
(zitiert: *Lutter/Bayer/Schmidt*, in: Europäisches Unternehmens-  
und Kapitalmarktrecht)
- Lutter, Marcus/  
Scheffler, Eberhard/  
Schneider, Uwe  
(Hrsg.)* Handbuch der Konzernfinanzierung,  
Köln 1998  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Handbuch der Konzernfinanzierung)
- Lutter, Marcus/  
Krieger, Gerd/Verse,  
Dirk (Hrsg.)* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats,  
7. Auflage, Köln 2020  
(zitiert: *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des  
Aufsichtsrats)
- Lutter, Marcus/  
Hommelhoff, Peter  
(Hrsg.)* GmbH-Gesetz Kommentar,  
20. Auflage, Köln 2020  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG)
- Mader, Florian* Der Informationsfluss im Unternehmensverbund,  
Tübingen 2016, zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2016  
(zitiert: *Mader*, Der Informationsfluss im Unternehmensverbund)
- Malecki, Catherine* Les dirigeants des filiales,  
in: Revue des sociétés 2000, S. 453-490  
(zitiert: *Malecki*, Rev. sociétés 2000)
- Marciano, Alain/  
Ramello, Giovanni  
Battista (Hrsg.)* Encyclopedia of Law and Economics,  
New York 2019  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Encyclopedia of Law and Economics)

- Maul, Silja* Haftungsprobleme im Rahmen von deutsch-französischen Unternehmensverbindungen,  
in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 1998, S. 965-973  
(zitiert: *Maul*, NZG 1998)
- Médina, Annie* Abus de biens sociaux - Prévention - Détection – Poursuite,  
Paris 2001  
(zitiert: *Médina*, Abus de biens sociaux)
- Merle, Philippe/  
Fauchon, Anne* Droit commercial - sociétés commerciales,  
24. Auflage, Paris 2020/2021  
(zitiert: *Merle/Fauchon*, Droit commercial)
- Michalski, Lutz/  
Heidinger, Andreas/  
Leible, Stefan/  
Schmidt, Jessica  
(Hrsg.)* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit  
beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I: Systematische  
Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG,  
3. Auflage, München 2017  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Michalski u.a.*, GmbHG)
- Michelfeit, Paul* Kapitalaufbringung und -erhaltung nach dem MoMiG - Welche  
Grenzen zieht § 43a GmbHG?,  
in: Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins 2009, S. 435-442  
(zitiert: *Michelfeit*, MittBayNot 2009)
- Möslein, Florian* Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen  
Verband – Aktien- und Übernahmerecht, Rechtsvergleich und  
europäischer Rahmen –,  
Berlin 2007, zugl.: Hamburg, Univ., Diss. 2007  
(zitiert: *Möslein*, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im  
marktoffenen Verband)
- Monsèrié-Bon,  
Marie-Hélène* Entreprise en difficulté: période d'observation - Gestion de  
l'entreprise,  
in: Répertoire de droit commercial, Paris, Oktober 2014  
(Aktualisierung Oktober 2020)  
(zitiert: *Monsèrié-Bon*, in: Répertoire de droit commercial, 2014)
- Monsèrié-Bon,  
Marie-Hélène* Les risques de l'ouverture d'une procédure collective pour les  
associés et les dirigeants,  
in: Henry, Laurence Caroline (Hrsg.), Droit des sociétés et  
procédures collectives, Paris 2018, S. 119-128  
(zitiert: *Monsèrié-Bon*, in: Droit des sociétés et procédures  
collectives)
- Monsèrié-Bon,  
Marie-Hélène/  
Grosclaude, Laurent* Droit des sociétés et des groupements,  
Issy-les-Moulineaux 2016  
(zitiert: *Monsèrié-Bon/Grosclaude*, Droit des sociétés et des  
groupements)

- Mortier, Renaud* Opérations sur capital social,  
2. Auflage, Paris 2016  
(zitiert: *Mortier*, Opérations sur capital social)
- Mouial-Bassilana, Eva* Le cautionnement réel de la société mère par sa filiale a une  
contrepartie,  
in: Bulletin Joly Sociétés 2014, S. 44-46  
(zitiert: *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 44)
- Mouial-Bassilana, Eva* Le sacrifice de la filiale sur l'autel de la mère est une faute  
séparable des fonctions du dirigeant,  
in: Bulletin Joly Sociétés 2014, S. 467-470  
(zitiert: *Mouial-Bassilana*, Bull. Joly 2014, 467)
- Moulin, Jena-Marc* Droit des sociétés et des groupes - Mementos 2019/20,  
13. Auflage, Issy-les-Moulineaux 2019  
(zitiert: *Moulin*, Droit des sociétés et des groupes)
- Moury, Jacques* Le devoir de loyauté de l'administrateur appartenant aux conseils  
d'administration de la société mère et de sa filiale,  
in: Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique  
2019, S. 689-695  
(zitiert: *Moury*, RTD com. 2019)
- Mühlhaus, Gunter/Wenzel, Peter* Cash-Pooling als sinnvolles Instrument der Konzernfinanzierung,  
in: GmbH-Steuerberater 2013, S. 184-188  
(zitiert: *Mühlhaus/Wenzel*, GmbH-StB 2013)
- Mülbert, Peter* Auf dem Weg zu einem europäischen Konzernrecht?,  
in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht,  
Band 179, 2015, S. 645-667  
(zitiert: *Mülbert*, ZHR 179 (2015))
- Neumann, Lorenz* Cash-Pooling bei einer konzernangehörigen GmbH,  
in: GmbH-Rundschau 2016, S. 1016-1022  
(zitiert: *Neumann*, GmbHR 2016)
- Nicolas, Emeric* La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à  
la lumière de la jurisprudence récente,  
in: Revue des sociétés 2013, S. 535-544  
(zitiert: *Nicolas*, Rev. sociétés 2013)
- Noack, Ulrich/Servatius, Wolfgang/Haas, Ulrich (Hrsg.)* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung,  
23. Auflage, München 2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG)

- Nolting, Andre* Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling, Baden-Baden 2017, zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2017  
(zitiert: *Nolting*, Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash-Pooling)
- Nurit-Pontier, Laure* Les groupes de sociétés, Paris 1998  
(zitiert: *Nurit-Pontier*, Les groupes de sociétés)
- O'Sullivan, Mary* The innovative enterprise and corporate governance, in: Cambridge Journal of Economics, Vol. 24, 2000, S. 393-416  
(zitiert: *O'Sullivan*, Cambridge Journal of Economics 2000)
- Oppenländer, Frank/  
Trölitisch, Thomas  
(Hrsg.)* Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Auflage, München 2020  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung)
- Ott, Nicolas* Grenzüberschreitende Gruppenführung und ihr rechtliches Instrumentarium - Kritische Gegenlese der Vorschläge des Forum Europaeum zur europaweiten Anerkennung eines einheitlichen Gruppeninteresses, in: Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Teichmann, Christoph (Hrsg.), Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, ZGR Sonderheft, Berlin 2017, S. 433-460  
(zitiert: *Ott*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern)
- Parachkévova-Racine, Irina* Intérêt du groupe, où es-tu?, in: Bulletin Joly Sociétés 2019, n° 05, S. 1  
(zitiert: *Parachkévova-Racine*, Bull. Joly 2019)
- Pareto, Vilfredo* Manuel d'économie politique, Paris 1909  
(zitiert: *Pareto*, Manuel d'économie politique)
- Pariante, Maggy* Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal, Préface de Yves Guyon, Paris 1993  
(zitiert: *Pariante*, Les groupes de sociétés)
- Pariante, Maggy* The Evolution of the Concept of "Corporate Group" in France, in: European Company and Financial Law Review 2007, S. 317-345  
(zitiert: *Pariante*, ECFR 2007)
- Pelletier, Nicolas* La responsabilité au sein des groupes des sociétés en cas de procédure collective, Paris 2013, zugl.: Paris, Univ. Paris I, Diss., 2011

- (zitiert: *Pelletier*, La responsabilité au sein des groupes des sociétés en cas de procédure collective)
- Pétel, Philippe* Procédures collectives,  
9. Auflage, Paris 2017  
(zitiert: *Pétel*, Procédures collectives)
- Petitpierre-Sauvain, Anne* Droit des sociétés et groupe de sociétés - Responsabilité de l'actionnaire dominant, Retrait des actionnaires minoritaires, Genf 1972, zugl.: Genf, Univ., Diss., 1972  
(zitiert: *Petitpierre-Sauvain*, Droit des sociétés et groupe de sociétés)
- Piette, Gaël* Cautionnement commercial,  
in: Répertoire de droit commercial, Paris, Januar 2020  
(Aktualisierung Mai 2021)  
(zitiert: *Piette*, Répertoire de droit commercial, 2020)
- Pirovano, Antoine* La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise?,  
in: Recueil Dalloz 1997, S. 189-196  
(zitiert: *Pirovano*, D. 1997)
- Poracchia, Didier* Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant "séparable de ses fonctions" commise à l'occasion des fonctions,  
in: Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique - Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, Paris 2014, S. 377-389  
(zitiert: *Poracchia*, in: Mél. Le Cannu)
- Pöschke, Moritz* Auskunftsrechte der abhängigen Kapitalgesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2015, S. 550-590  
(zitiert: *Pöschke*, ZGR 2015)
- Prinz, Ulrich/  
Winkeljohann,  
Norbert* Beck'sches Handbuch der GmbH,  
6. Auflage, München 2021  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH)
- Raiser, Thomas/  
Veil, Rüdiger* Recht der Kapitalgesellschaften,  
6. Auflage, München 2015  
(zitiert: *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften)
- Rebut, Didier* Abus de biens sociaux - Éléments constitutifs,  
in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Paris, Januar 2010 (Aktualisierung April 2018)

- (zitiert: *Rebut*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2010)
- Rebut, Didier* Abus de biens sociaux – Répression,  
in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Paris, April 2021  
(zitiert: *Rebut*, in: Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2021)
- Reflection Group on the Future of EU Company Law* Report,  
Brüssel 2011, abrufbar unter:  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1851654](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654)  
(Abrufdatum: 28.06.2021)  
(zitiert: *Reflection Group on the Future of EU Company Law, Report*)
- Revue fiduciaire* Le mémento de la SARL et de l'EURL,  
14. Auflage, Paris 2018  
(zitiert: Mémento SARL)
- Ringe, Wolf-Georg* Corporate Mobility in the European Union –  
a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking  
and regulatory competition,  
in: European Company and Financial Law Review 2013, S. 230-267  
(zitiert: *Ringe*, ECFR 2013)
- Ristelhuber, Johannes* Gläubigerinteresse versus Gesellschafterweisung - Das  
Weisungsrecht der Gesellschafter nach § 37 I GmbHG im Lichte der  
Regelungen des StaRUG,  
in: Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2021, S.  
417-420  
(zitiert: *Ristelhuber*, NZI 2021)
- Rodewald, Jörg/  
Paulat, Sarah* Führung von Gruppengesellschaften durch  
Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern - Möglichkeiten  
und Grenzen in Deutschland und ausgewählten EU-Staaten,  
in: GmbH-Rundschau 2013, S. 519-529  
(zitiert: *Rodewald/Paulat*, GmbHR 2013)
- Rolland, Blandine* Considérations sur la fictivité d'une filiale dans le cadre d'une  
action en extension de procédure de redressement judiciaire,  
in: Les Petites Affiches 2005, S. 13-20  
(zitiert: *Rolland*, LPA 2005)
- Roussel Galle,  
Philippe/  
Bourbouloux, Hélène* Traitement des groupes en droit interne,  
in: Henry, Laurence Caroline (Hrsg.), Droit des sociétés et  
procédures collectives, Paris 2018, S. 137-144

- (zitiert: *Roussel Galle/Bourbouloux*, in: Droit des sociétés et procédures collectives)
- Rowedder, Heinz/Pentz, Andreas (Hrsg.)* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 7. Auflage, München 2022  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Rowedder/Pentz*, GmbHG)
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Harmut/Limperg, Bettina (Hrsg.)* Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: §§ 705-853 BGB, PartGG, ProdHaftG, 8. Auflage, München 2020  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB)
- Saint-Pau, Jean-Christophe* La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale, in: Les droit et le Droit - Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Paris 2007, S. 1011-1023  
(zitiert: *Saint-Pau*, in: Mél. Bouloc)
- Saintourens, Bernard/Valierque, Julien* Notion et utilité de la cessation des paiements, in: Zennaki, Dalia/Saintourens, Bernard (Hrsg.), Droit des entreprises en difficulté - perfectionnement juridique et efficacité économique, Bordeaux 2015, S. 33-48  
(zitiert: *Saintourens/Valierque*, in: Droit des entreprises en difficulté - perfectionnement juridique et efficacité économique)
- Schiller, Sophie* Les fautes des dirigeants sociaux, in: Ansault, Jean-Jacques/d'Avout, Louis/Binctin, Nicolas/Cochet, Dorothee/Trémeau, Isabelle (Hrsg.), Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain, Paris 2015, S. 753-765  
(zitiert: *Schiller*, in: Mél. Germain)
- Schmidt, Dominique* Les droits de la minorité dans la société anonyme, Straßburg 1970, zugl.: Straßburg, Univ., Diss., 1968  
(zitiert: *Schmidt*, Les droits de la minorité dans la société anonyme)
- Schmidt, Dominique* Les responsabilités civile dans les groupes de sociétés, in: Groupes de sociétés: contrats et responsabilités, Lille 1993, S. 73-76  
(zitiert: *Schmidt*, in: Groupes de sociétés: contrats et responsabilités)
- Schmidt, Dominique* De l'intérêt social, in: La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 38, 1995, Nr. 488  
(zitiert: *Schmidt*, JCP E 1995)
- Schmidt, Dominique* Les conflits d'intérêts dans la société anonyme,

- neue Auflage, Paris 2004  
(zitiert: *Schmidt*, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme)
- Schmidt, Dominique* Abus de majorité et intérêt social,  
in: Revue des sociétés 2019, S. 513-515  
(zitiert: *Schmidt*, Rev. sociétés 2019)
- Schmidt, Dominique* Le vote contraint de l'administrateur d'une société e de sa filiale,  
in: Recueil Dalloz 2019, S. 1316-1319  
(zitiert: *Schmidt*, D. 2019)
- Schmidt, Jessica* Europäisches Konzernrecht - Retrospektive und Perspektive,  
in: Der Konzern 2017, S. 1-12  
(zitiert: *Schmidt*, DK 2017)
- Scholz, Franz (Hrsg.)* Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band I: §§ 1-34, Konzernrecht,  
12. Auflage, Köln 2018  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Scholz*, GmbHG)
- Scholz, Franz (Hrsg.)* Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band II: §§ 35-52,  
12. Auflage, Köln 2021  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Scholz*, GmbHG)
- Scholz, Franz (Hrsg.)* Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band III: §§ 53-88,  
12. Auflage, Köln 2021  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Scholz*, GmbHG)
- Scholz, Philipp* Die Krisenpflichten von Geschäftsleitern nach Inkrafttreten des  
StaRUG,  
in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2021, S. 219-231  
(zitiert: *Scholz*, ZIP 2021)
- Schön, Wolfgang* Freie Wahl zwischen Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft –  
ein Grundsatz des Europäischen Unternehmensrechts,  
in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2000, S. 281-291  
(zitiert: *Schön*, EWS 2000)
- Schön, Wolfgang* Vorstandspflichten und Steuerplanung,  
in: Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten (Hrsg.),  
Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag,  
München 2013, S. 1085-1100  
(zitiert: *Schön*, in: FS Hoffmann-Becking)
- Schön, Wolfgang* Organisationsfreiheit und Gruppeninteresse im Europäischen  
Konzernrecht,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2019, S.  
343-378  
(zitiert: *Schön*, ZGR 2019)

- Schülke, Thilo*                    Überwindung der Krise: Die Restrukturierung mit dem neuen StaRUG - ein Überblick,  
in: Deutsches Steuerrecht 2021, S. 621-626  
(zitiert: *Schülke*, DStR 2021)
- Schüßler, Thomas*                Europäisches Konzernrecht: Welche Wege führen nach Brüssel? - Ein Vergleich der Vorschläge von FECG und ICLEG,  
in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2017, S. 1046-1051  
(zitiert: *Schüßler*, NZG 2017)
- Seibt, Christoph/  
Wollenschläger,  
Bernward*                        Trennungs-Matrixstrukturen im Konzern,  
in: Die Aktiengesellschaft 2013, S. 229-243  
(zitiert: *Seibt/Wollenschläger*, AG 2013)
- Semler, Johannes*                Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft – die Leitungsaufgabe des Vorstands und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, 2. Auflage, Köln/Berlin/München/Bonn 1996, zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1980  
(zitiert: *Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft)
- Sorge, Jan*                        Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft, Baden-Baden 2012, zugl.: Münster, Univ., Diss., 2011  
(zitiert: *Sorge*, Die Haftung faktischer Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft)
- Statista*                            Europäische Union: Bruttoinlandsprodukt (BIP) in den Mitgliedsstaaten der EU im Jahr 2020, 29.04.2021, abrufbar unter:  
<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/188776/umfrage/bruttoinlandsprodukt-bip-in-den-eu-laendern/> (Abrufdatum: 25.05.2021)  
(zitiert: *Statista*, Europäische Union: Bruttoinlandsprodukt (BIP) in den Mitgliedsstaaten der EU im Jahr 2020)
- Stasiak, Frédéric*                Groupe de sociétés et responsabilité pénale: de l'esquive à l'esquisse,  
in: Droit des sociétés 2017, S. 36-39  
(zitiert: *Stasiak*, Dr. sociétés 2017)
- Streinz, Rudolf  
(Hrsg.)*                            EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union,  
3. Auflage, München 2018  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: *Streinz*, EUV/AEUV)
- Strohn, Lutz*                        Faktische Organe - Rechte, Pflichten, Haftung,  
in: Der Betrieb 2011, S. 158-167

- (zitiert: *Strohn*, DB 2011)
- Stürner, Rolf/  
Eidenmüller, Horst/  
Schoppmeyer,  
Heinrich (Hrsg.)* Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1: §§ 1-79  
InsO, InsVV,  
4. Auflage, München 2019  
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKInsO)
- Teichmann,  
Christoph* Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht,  
Berlin 2006, zugl.: Heidelberg, Univ., Habil., 2004  
(zitiert: *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht)
- Teichmann,  
Christoph* Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische  
Tochtergesellschaft,  
in: Recht der internationalen Wirtschaft 2010, S. 120-127  
(zitiert: *Teichmann*, RIW 2010)
- Teichmann,  
Christoph* Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law,  
in: Die Aktiengesellschaft 2013, S. 184-197  
(zitiert: *Teichmann*, AG 2013)
- Teichmann,  
Christoph* Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit - Zugleich Rezension der  
Entscheidung EuGH, Rs. 186/12 (Impacto Azul),  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2014, S.  
45-75  
(zitiert: *Teichmann*, ZGR 2014)
- Teichmann,  
Christoph* Corporate Groups within the Legal Framework of the European  
Union: The Group-Related Aspects of the SUP Proposal and the EU  
Freedom of Establishment,  
in: European Company and Financial Law Review 2015, S. 202-229  
(zitiert: *Teichmann*, ECFR 2015)
- Teichmann,  
Christoph* Grenzüberschreitende Konzernführung: Status Quo und  
rechtspolitische Agenda,  
in: Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Teichmann, Christoph  
(Hrsg.), Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern,  
ZGR Sonderheft, Berlin 2017, S. 3-16  
(zitiert: *Teichmann*, in: Corporate Governance im  
grenzüberschreitenden Konzern)
- Teichmann,  
Christoph* Die grenzüberschreitende Unternehmensgruppe im Compliance-  
Zeitalter - Plädoyer für einen supranationalen Konzernbaustein,  
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2017, S.  
485-508  
(zitiert: *Teichmann*, ZGR 2017)

- The Informal Company Law Expert Group* Report on the recognition of the interest of the group, 2016, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg\\_recommendations\\_interest\\_group\\_final\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg_recommendations_interest_group_final_en_0.pdf) (Abrufdatum: 28.06.2021) (zitiert: *The Informal Company Law Expert Group*, Report on the recognition of the interest of the group)
- Thiessen, Jan* Eigenkapitalersatz ohne Analogieverbot - eine Alternativlösung zum MoMiG-Entwurf, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 253-260 (zitiert: *Thiessen*, ZIP 2007)
- Thole, Christoph* Der Entwurf des Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetzes (StaRUG-RefE), in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2020, S. 1985-2000 (zitiert: *Thole*, ZIP 2020)
- Tholen, Laurenz* Europäisches Konzernrecht - Eine Untersuchung auf der Grundlage eines Vergleichs des deutschen und englischen Rechts, Berlin 2014, zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2013 (zitiert: *Tholen*, Europäisches Konzernrecht)
- Thomas, Vincent* La responsabilité de la société mère pour faute dans l'exercice du pouvoir de contrôle de la filiale, in: Revue des procédures collectives 2003, S. 55-58 (zitiert: *Thomas*, Rev. proc. coll. 2003)
- Trochu, Michel/Jeantin, Michel/Langé, Daniel* De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés - À propos de l'affaire Agache-Willot - Saint Frères, Le Bon Marché, La Belle Jardinière, in: Recueil Dalloz, Cronique, 1975, S. 7-18 (zitiert: *Trochu/Jeantin/Langé*, D. 1975)
- Tröger, Tobias* Treupflicht im Konzernrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, zugl.: Tübingen, Univ., Diss. 1999 (zitiert: *Tröger*, Treupflicht im Konzernrecht)
- Tröger, Tobias/Dangelmayer, Stephan* Eigenhaftung der Organe für die Veranlassung existenzvernichtender Leitungsmaßnahmen im Konzern, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2011, S. 558-588 (zitiert: *Tröger/Dangelmayer*, ZGR 2011)
- Ulmer, Peter* Von "TBB" zu "Bremer Vulkan" - Revolution oder Evolution?, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, S. 2021-2029 (zitiert: *Ulmer*, ZIP 2001)

- Urbain-Parleani, Isabelle* Regards croisés français et allemands sur le droit applicable aux groupes des sociétés,  
in: Menjucq, Michel (Hrsg.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, Paris 2010, S. 91-106  
(zitiert: *Urbain-Parleani*, in: *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*)
- Vatinet, Raymonde* Les cadres dirigeants,  
in: Ansault, Jean-Jacques/d'Avout, Louis/Binctin, Nicolas/Cochet, Dorothee/Trémeau, Isabelle (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, Paris 2015, S. 841-854  
(zitiert: *Vatinet*, in: *Mél. Germain*)
- Velardocchio, Dominique* Dividendes - Décision de distribution,  
in: *Répertoire des sociétés*, Paris, August 1996 (Aktualisierung Februar 2019)  
(zitiert: *Velardocchio*, in: *Répertoire des sociétés*, 1996)
- Vetter, Jochen* Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung,  
in: *Betriebs-Berater* 2007, S. 1965-1970  
(zitiert: *Vetter*, BB 2007)
- Vincente, Serge* Responsabilité - Quelles responsabilités pour les dirigeants et les associés?,  
in: *Cahiers de droit de l'entreprise* 2013, Dossier 12  
(zitiert: *Vincente*, Cah. dr. entr. 2013)
- Voutsis, Constantin* La distribution des dividendes fictifs, conséquens pénales et civiles,  
Paris 1965, zugl.: Paris, Univ., Diss., 1963  
(zitiert: *Voutsis*, La distribution des dividendes fictifs)
- Wagner, Gerhard* Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung - Skizze eines Haftungsregimes,  
in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Band 178, 2014, S. 227-281  
(zitiert: *Wagner*, ZHR 178 (2014))
- Weller, Marc-Philippe* Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis - Zugleich Besprechung BGH v. 16.7.2007 - II ZR 3/04, ZIP 2007, 1552 ("Trihotel"),  
in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, S. 1681-1689  
(zitiert: *Weller*, ZIP 2007)
- Weller, Marc-Philippe/  
Bauer, Johanna* Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae,  
in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2015, S. 6-31

- (zitiert: *Weller/Bauer*, ZEuP 2015)
- Werder, Axel von* Corporate Governance and Stakeholder Opportunism,  
in: *Organization Science*, Vol. 22, 2011, S. 1345-1358  
(zitiert: v. *Werder*, *Organization Science* 2011)
- Werder, Axel von* Gruppeninteresse und Stakeholderbelange im Konzern,  
in: Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Teichmann, Christoph  
(Hrsg.), *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*,  
ZGR Sonderheft, Berlin 2017, S. 291-311  
(zitiert: v. *Werder*, in: *Corporate Governance im  
grenzüberschreitenden Konzern*)
- Wernert, Lukas* Das Gruppeninteresse - Eine Untersuchung zum deutschen,  
ausländischen, europäischen und internationalen Recht,  
Berlin 2020, zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2019  
(zitiert: *Wernert*, *Das Gruppeninteresse*)
- Williamson, Oliver* The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach,  
in: *American Journal of Sociology*, Vol. 87, 1981, S. 548-577  
(zitiert: *Williamson*, *AJS* 87 (1981))
- Williamson, Oliver* The Economic institutions of capitalism: firms, marktes, relational  
contracting,  
New York 1985  
(zitiert: *Williamson*, *The Economic institutions of capitalism*)
- Williamson, Oliver/  
Streissler, Monika  
(Übers.)* Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus: Unternehmen,  
Märkte, Kooperationen,  
Übersetzte und gekürzte Fassung, Tübingen 1990  
(zitiert: *Williamson*, *Die ökonomischen Insitutionen des  
Kapitalismus*)
- Windbichler,  
Christine* Konzernrecht: Gibt es das?,  
in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2018, S. 1241-1246  
(zitiert: *Windbichler*, *NZG* 2018)
- Ziegler, Velina* Konzernleitung im Binnenmarkt – Eine vergleichende  
Untersuchung zum Recht der zweiten Kapitalgesellschaftsform in  
Deutschland, Frankreich und Bulgarien,  
Köln 2016, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2016  
(zitiert: *Ziegler*, *Konzernleitung im Binnenmarkt*)