

Gesellschaftsrechtliche Herausforderungen im internationalen Konzern

Ein Überblick über Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen in sechs Staaten

Gerhard Manz und Dr. Barbara Mayer*

Der „internationale Konzern“ ist schon begrifflich eine Herausforderung: Während das Konzernrecht in Deutschland Gegenstand einer speziellen und in sich geschlossenen Gesetzgebung ist, gibt es in den meisten Staaten weder den Begriff „Konzern“ (gebräuchlich ist international die Bezeichnung „corporate group“) noch konzernrechtliche Regelungen. Neben Deutschland verfügen in der EU nur Portugal, Italien, Slowenien und Tschechien über ein kodifiziertes Konzernrecht; außerhalb der EU kennen Brasilien und Taiwan zumindest Teilkodifikationen. Die Schweiz (Art. 663e OR) und Österreich (z. B. § 228 Abs. 3 UGB) verwenden den Begriff Konzern und als dessen zentrales Wesensmerkmal die Legaldefinition „einheitliche Leitung“. Die EU hat bis heute das Konzernrecht nicht harmonisiert. Der Beitrag gibt einen Überblick über die Grundsätze in Deutschland – im Vergleich zu den Vorgaben in Großbritannien, in den USA, in Frankreich, in China und in Indien.

Inhaltsübersicht

- I. Begrifflichkeit und Grundsätze des deutschen Konzernrechts
- II. Herausforderungen bei der Implementierung einer Konzernorganisation
- III. Vereinbarungen zwischen Konzernmutter und Tochtergesellschaft(en)
- IV. Personenidentität der Leitungsorgane in den Konzerngesellschaften
- V. Regelungen in den Anstellungsverträgen der Leitungsorgane der Töchter
- VI. Durchgriffshaftung im Konzern

I. Begrifflichkeit und Grundsätze des deutschen Konzernrechts



1. Verhältnis der Konzernunternehmen im Konzern

Nach deutschem Verständnis (§ 18 AktG) liegt ein Konzern vor, wenn „ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst“ sind. Von einem Unternehmen („abhängiges Unternehmen“), dessen Anteile oder bei dem die Stimmrechte mehrheitlich einem anderen Unternehmen („herrschendes Unternehmen“) gehören, wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet (§ 18 Abs. 1 Satz 3 AktG), also unter „einheitlicher Leitung“ steht.

In Deutschland besteht über § 18 AktG die Vermutung der einheitlichen Leitung

* Gerhard Manz ist Rechtsanwalt und Dr. Barbara Mayer, Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht, ist Rechtsanwältin bei Friedrich Graf von Westphalen & Partner, Freiburg.

Es bestehen hier klare Vorstellungen zur Wertschöpfung und Compliance

 Zu Haftungsrisiken für Mitarbeiter im Rechnungswesen s. Ehlers, BBK 7/2015 S. 330
 UAAAE-87284]

EuGH vermutet Konzernleitung über Gesellschaften, an denen die Obergesellschaft zumindest mittelbar „alle oder fast alle“ Anteile hält

Gegenbeweis ist in der Praxis kaum zu erbringen

In Großbritannien drohen der Muttergesellschaft hohe Geldstrafen bei Fehlverhalten von Mitarbeitern im Konzern

2. Zwang zur Konzernorganisation

Aus deutscher Sicht ist die Geschäftsführung der Konzernobergesellschaft dafür verantwortlich (und ggf. haftbar), dass der Konzern als Ganzes und seine Konzerngesellschaften als Teile des Konzerns so organisiert sind, dass (1.) der Konzern in seiner Gesamtheit die bestmögliche Wertschöpfung, Leistungserstellung und Profitabilität gewährleistet, (2.) konzernweit die gesetzlichen, unternehmensinternen und vertraglichen Regelungen eingehalten werden (Compliance Management) und (3.) die erforderlichen Maßnahmen zur systematischen Erkennung, Analyse, Bewertung, Überwachung und Kontrolle von Risiken getroffen werden (Risiko Management).

Der Fall des Ex-Siemens-Vorstands Neubürger, den das LG München I wegen eines unzureichenden konzernweiten Compliance Management-Systems zu 15 Mio. € Schadensersatz verurteilte, hat deutlich vor Augen geführt, dass an einer den gesamten Konzern umfassenden Organisation kein Weg vorbei führt.¹

3. Pflichten der Konzernobergesellschaft

Der Zwang zur Konzernorganisation sei beispielhaft am Kartellrecht, an Anti-Korruptionsgesetzen und an Tendenzen in den USA und Großbritannien, Muttergesellschaften für Fehlverhalten ihrer Töchter in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt sowie bei Verletzungen von Eigentum und Leben in Anspruch zu nehmen (direct liability in negligence and battery), verdeutlicht: Im Kartellrecht wird nach ständiger Rechtsprechung des EuGH vermutet, dass Gesellschaften, bei denen „alle oder fast alle“ Anteile unmittelbar (Tochtergesellschaft) oder mittelbar (Enkelgesellschaft) einer Konzernobergesellschaft gehören, ihr Verhalten am Markt nicht autonom festlegen und deshalb als Einheit anzusehen sind.² Die Konzernobergesellschaft wird deshalb – auch ohne eigenen Tatbeitrag – zusammen mit den an einem Kartellrechtsverstoß unmittelbar beteiligten Untergesellschaften als „gesamtschuldnerisch“ verantwortlich angesehen und zum Mitadressaten der Bußgeldentscheidung gemacht. Bei Festlegung der Höhe des Bußgeldes wird auch die Finanzkraft der Konzernspitze (neben derjenigen der unmittelbar beteiligten Untergesellschaften) in vollem Umfang miteinbezogen.

Um diese Vermutung zu widerlegen, müsste der Nachweis erbracht werden, dass „zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft trotz der Beteiligungsverhältnisse dauerhaft eine erhebliche Distanz gewahrt wurde, sowohl im Hinblick auf strategische Entscheidungen als auch bezüglich des Marktverhaltens“³. Der Nachweis dürfte in der Praxis – von Beteiligungen reiner Finanzinvestoren abgesehen⁴ – kaum zu erbringen sein.

Auch im Bereich der Korruption wird verstärkt die Konzernmutter für Fehlverhalten von Untergesellschaften und deren Mitarbeiter verantwortlich gemacht (und zwar auch dann, wenn die Konzernmutter gar nicht am eigentlichen Vergehen beteiligt war und noch nicht einmal davon Kenntnis hatte oder dieses billigte). So können deutsche Mütter nach dem UK Bribery Act 2010 (Bribery Act) für Bestechungshandlungen ihrer Tochter- und Enkelgesellschaften und diesen nahestehenden Personen (associated persons, z. B. Geschäftspartner, Berater und Handelsvertreter) bestraft werden, wenn sie in Großbritannien eine Konzerngesellschaft, eine unselbständige Betriebsstätte oder Zweigniederlassung haben oder wenn sonstige geschäftliche Verbindungen nach Großbritannien bestehen. Dafür können schon umfangreiche Warenlieferungen ausreichen. Hat die Konzernmutter keine adäquaten Vorkehrungen (adequate procedures) getroffen, um

¹ LG München I, Urteil vom 10. 12. 2013 - 5 HK O 1387/10.

² EuGH-Rs. C-97/08 P, Akzo Nobel, Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 23. 4. 2009.

³ Kokott/Dittert, WuW 2012 S. 670, 678.

⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 20. 10. 2004 - 2007/236/EG, ABl EU L 102 S. 14.

Bestechung durch ihre Tochter- und Enkelgesellschaften oder diesen nahestehende Personen zu verhindern, können Geldstrafen in unbegrenzter Höhe verhängt werden.

Britische Gerichte haben in mehreren Fällen eine „direct duty of care“ und damit eine Haftung der Muttergesellschaft gegenüber an Leib und Leben geschädigten Mitarbeitern einer Tochtergesellschaft bejaht, wenn die Muttergesellschaft nicht für einen ordnungsgemäßen Arbeits- und Gesundheitsschutz bei der Tochtergesellschaft gesorgt hatte.⁵ Ähnliche Tendenzen gibt es in den USA und Kanada bei Menschenrechts- und Umweltschutzverletzungen.

Zwischenergebnis: Die Geschäftsleitung der Konzernobergesellschaft muss den Konzern so organisieren, dass (auch) aus den Tochter- und Enkelgesellschaften heraus keine Gesetzesverstöße und keine Straftaten begangen werden (Durchsetzung des Legalitätsprinzips). Sonst drohen Schäden bei der Konzernmutter und infolgedessen Haftungsrisiken für deren Vorstände und Geschäftsführer.

4. Pflichten der Geschäftsführung auf Konzernebene

Hinzu kommt die Verpflichtung der Geschäftsführung auf Konzernebene, dafür zu sorgen, dass der Konzern in seiner Gesamtheit den bestmöglichen wirtschaftlichen Erfolg erzielt. Sie muss zu diesem Zweck konzernweit strategische Ziele definieren und die zu deren Umsetzung erforderlichen Leitungs- und Kontrollstrukturen ausgestalten und implementieren. Im Konzerninteresse müssen im Bedarfsfall auch Entscheidungen getroffen und durchgesetzt werden, bei denen das Interesse der einzelnen Konzerngesellschaft dem Gruppeninteresse untergeordnet wird, z. B. bei der Verlagerung von Produktionsstandorten oder der konzernweiten Konzentration von Stabsfunktionen.

Ihrer so verstandenen Verantwortung kann die Geschäftsführung der Konzernobergesellschaft nur dann gerecht werden, wenn sie Folgendes sicherstellt:

- ▶ Die Konzernspitze muss wissen, was im Konzern gut oder schlecht läuft. Dies erfordert Auskunfts- und Einsichtsrechte der Konzernspitze und Reportingpflichten aller Konzerneinheiten, und zwar auf der Grundlage von Vorgaben der Konzernleitung hinsichtlich Inhalt, Detaillierungsgrad, Berichtsintervallen und Art der Aufbereitung der Berichte.
- ▶ Die Konzernspitze muss Standards und Systeme installieren, um die konzernweite Durchsetzung des Legalitätsprinzips (Compliance) und die Vermeidung von wirtschaftlich nicht vertretbaren Risiken (Risikomanagement-System) sicherzustellen.
- ▶ Die Konzernspitze benötigt Weisungsbefugnisse gegenüber den Konzerngesellschaften, um konzernweit festgelegte Standards und Entscheidungen durchzusetzen.
- ▶ Teil des Risikomanagements ist auch die Festlegung eines Katalogs solcher (strategisch wichtiger oder wirtschaftlich riskanter) Maßnahmen, die der Zustimmung der Konzernspitze (oder eines von ihr dafür eingerichteten Gremiums) bedürfen.
- ▶ Die Konzernspitze muss berechtigt sein, Zuwiderhandlungen gegen konzernweit festgelegte Standards und Systeme, aber auch von Zuwiderhandlungen gegen Weisungen, zu sanktionieren (z. B. durch Abberufung von Personen).

Leitungsorgan muss neben strategischen Zielen auch Leitungs- und Kontrollstrukturen vorgeben


Konkrete Aufgaben der Geschäftsführung der Obergesellschaft

II. Herausforderungen bei der Implementierung einer Konzernorganisation

Die genannten Anforderungen an die Konzernorganisation erscheinen auf den ersten Blick selbstverständlich. Insbesondere bei ausländischen Tochtergesellschaften muss jedoch nach dem jeweils anwendbaren Recht geprüft werden, ob die zuvor postulierten Rechte kraft Gesetzes bestehen oder ob der erforderliche Konzerneinfluss auf andere Weise sichergestellt werden kann, sei es durch entsprechende Vereinbarungen im

Wie der erforderliche Konzerneinfluss gesichert wird, ist nicht trivial

⁵ Court of Appeal of England and Wales, Urteil vom 25. 4. 2012 - Case No. B3/2011/1272, Chandler v. Cape plc, [2012] EWCA Civ 525.

 In der NWB Datenbank können Sie hier eine Übersicht aufrufen

Die GmbH ist der AG eindeutig vorzuziehen

Die Limited ist Rechtsform der ersten Wahl in Großbritannien

In Frankreich bietet sich die SARL an

In China ist zwischen nationalen Gesellschaften und den sog. WFOE zu unterscheiden

Gesellschaftsvertrag, durch Verträge zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft oder durch entsprechende Regelungen im Anstellungsvertrag mit dem lokalen Management.

Die Herausforderungen, die sich im Zusammenhang mit diesen Fragen für den internationalen Konzern stellen, sollen im Folgenden an den Beispielen Deutschland, Großbritannien (einheitlich für England, Wales, Schottland und Nordirland), die USA, Frankreich, Indien und China verdeutlicht werden.

1. Überlegungen zur Wahl der „richtigen“ Rechtsform für Konzerngesellschaften

In **Deutschland** eignet sich die GmbH unter Konzernleitungs- und -organisationsaspekten am besten als abhängige Konzerngesellschaft. Hier ist die Gesellschafterversammlung (im Konzern i. d. R. mit der Muttergesellschaft als alleiniger Gesellschafterin) das „oberste Willensorgan“. Sie hat gegenüber der GmbH-Geschäftsführung umfassende Einsichts-, Auskunfts- und Weisungsrechte. Demgegenüber sind bei einer deutschen Tochter-AG die Einwirkungsmöglichkeiten beschränkt: Der Vorstand kann nur aus wichtigem Grund abberufen werden, er unterliegt keinen Weisungen und ist nur den Interessen der AG (und ggf. ihrer Tochtergesellschaften) verpflichtet. Eine deutsche AG eignet sich nur bei Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit der Muttergesellschaft als abhängige Konzerngesellschaft.

In **Großbritannien** bietet sich als Rechtsform für Tochtergesellschaften innerhalb eines Konzerns die „Company Limited by Shares“ (kurz Limited) an. Die Public Limited Company (PLC) unterliegt schärferen Kontrollen und Berichterstattungspflichten und ist daher wenig attraktiv. Bei der Limited ist das Board of Directors Geschäftsführungs- und Kontrollorgan; es vereinigt in sich die Kompetenzen von Vorstand und Aufsichtsrat der deutschen Aktiengesellschaft. Anders als bei der deutschen GmbH ist nicht die Gesellschafterversammlung, sondern das Board das zentrale Entscheidungsorgan der Limited.

In den **USA** bietet die Rechtsform der Limited Liability Company (LLC) die größtmögliche organisatorische Flexibilität: Eine LLC kann entweder direkt von ihren Gesellschaftern (members/owners) oder von ernannten Geschäftsführern (managers) geleitet werden; bei der Ausgestaltung besteht große Gestaltungsfreiheit. Bei einer Corporation (Inc.) werden neben den Gesellschaftern (1.) ein Board of Directors und (2.) officers (i. S. von President, CFO und Secretary) benötigt.

Die am weitesten verbreitete Rechtsform für Tochtergesellschaften in **Frankreich** ist die SARL (Société à Responsabilité Limitée), das französische Pendant zur GmbH, als Ein-Personen-Gesellschaft in der Sonderform des Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL). SARL und EURL werden durch einen oder mehrere Geschäftsführer (gérant) geführt, die von der Gesellschafterversammlung bestellt sowie abberufen werden und zwingend natürliche Personen sein müssen. Größeren Spielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung bietet die Société par Actions Simplifiée (SAS). Zwingend ist lediglich, dass die SAS im Außenverhältnis durch einen Vorsitzenden (président) vertreten wird, der eine natürliche oder eine juristische Person sein kann. Eine SA (Société Anonyme) kommt als abhängige Konzerngesellschaft eher nicht in Betracht, weil ihre Gründung mindestens sieben Gesellschafter voraussetzt.

Die bei Weitem häufigste Gesellschaftsform in **Indien** ist die im Companies Act geregelte „Private Company Limited by Shares“ (Limited). Die indische Limited muss mindestens zwei Gesellschafter haben; dies können auch zwei miteinander verbundene Konzerngesellschaften sein; nur in wenigen Wirtschaftszweigen ist ein indischer Mitgesellschafter zwingend vorgeschrieben. Die indische Limited folgt dem englischen Board System, d. h. das Board of Directors ist das zentrale Entscheidungsorgan.

China: Bei chinesischen Konzerngesellschaften ist zwischen deutsch-chinesischen Gemeinschaftsunternehmen (die in bestimmten Wirtschaftszweigen nach chinesischem Recht zwingend sind) einerseits und vollständig in ausländischem Besitz befind-

lichen Unternehmen (wholly foreign-owned enterprises – WFOE) andererseits zu differenzieren. Anders als in Indien ist in China die Ein-Personen-WFOE zulässig. Höchstes willensbildendes Organ bei der WFOE ist die Gesellschafterversammlung. Danach folgt das Board of Directors, das von einem Aufsichtsrat überwacht wird.

2. Auskunftsrechte und Reportingpflichten

Voraussetzung für jede effiziente Konzernführung ist, dass die Konzernspitze weiß, was im Konzern – und damit bei den einzelnen Tochtergesellschaften – gut oder schlecht läuft. Dies setzt entsprechende Auskunftsrechte voraus.

In **Deutschland** hat die Muttergesellschaft bei einer GmbH gegenüber der Geschäftsführung der Tochter-GmbH ein umfassendes Recht, Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen und Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu nehmen (§ 51a GmbHG) – und zwar nicht nur in Bezug auf die Tochter-GmbH, an der sie unmittelbar beteiligt ist, sondern auch in Bezug auf deren Tochter- und Enkelgesellschaften. Die Gesellschafterversammlung kann darüber hinaus jederzeit Vorgaben für ein regelmäßiges Reporting der Geschäftsführung machen. Schwieriger ist die Lage bei einer Tochtergesellschaft in Form einer Aktiengesellschaft: hier hat der Aktionär nur Anspruch darauf, in der Hauptversammlung Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist (§ 131 AktG). Nur der Aufsichtsrat der AG hat das Recht, die Bücher und Schriften der AG einzusehen und zu prüfen (§ 111 Abs. 2 Satz 1 AktG); dies umfasst jedoch nicht ein Einsichts- und Prüfungsrecht bei Tochter- und Enkelgesellschaften der AG.

In **Großbritannien**, in den **USA**, in **Frankreich**, **China** und **Indien** sind die gesetzlichen Auskunftsrechte vergleichsweise begrenzt: In der Regel gibt es nur einen Anspruch in Bezug auf den Jahresabschluss und die dazugehörigen Unterlagen (Annual Accounts Directors' and Auditors' Reports). Einen gesetzlichen Anspruch auf Information über alle Geschäftsvorfälle und Aktivitäten gibt es nicht. In den **USA** unterscheiden sich die gesetzlichen Auskunftsrechte zudem von Bundesstaat zu Bundesstaat. Generell haben Gesellschafter einer LLC oder einer Corporation nur das Recht, die „books and records“ der Gesellschaft einzusehen und sich davon Kopien zu machen. Ein generelles und umfassendes Auskunftsrecht ist gesetzlich nicht vorgesehen. In **Frankreich** hat jeder Gesellschafter das Recht, zweimal pro Geschäftsjahr Fragen an die Geschäftsleitung zu richten. Eine **chinesische WFOE** ist verpflichtet, den Gesellschaftern auf Anfrage den Gesellschaftsvertrag, Protokolle von Geschäftsführer- und Gesellschafterversammlungen, Steuererklärungen und Finanz-/Rechnungslegungsberichte zur Verfügung zu stellen. In **Indien** ist die Geschäftsführung verpflichtet, die Gesellschafter der Limited über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu informieren.

Bei der GmbH ist für die Mutter vollständige Transparenz gewahrt

Vielfach bestehen nur eingeschränkte Einsichts- und Auskunftsrechte

Hinweis: Im Gesellschaftsvertrag aller hier untersuchten Jurisdiktionen können und sollten zusätzliche Informations- und Einsichtsrechte der Gesellschafter und entsprechende Reportingpflichten festgelegt werden.

3. Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen

In **Deutschland** kann die Gesellschafterversammlung einer Tochter-GmbH (also insbesondere die Konzernmutter als Alleingesellschafterin) jederzeit einen Katalog von Maßnahmen erlassen, die die Geschäftsführung nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung (oder der Konzernmutter als Alleingesellschafterin) durchführen darf. Bei einer Tochter-AG kann (und muss der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG) einen Katalog solcher Maßnahmen erlassen, bei denen die Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich ist.

Hier sind zustimmungspflichtige Akte leicht über den Gesellschaftsvertrag zu fixieren

Das gilt auch in den anderen Staaten

Auch in **Großbritannien**, in den **USA**, in **Frankreich**, **Indien** und **China** kann im Gesellschaftsvertrag ein Katalog von Maßnahmen festgelegt werden, bei denen die Geschäftsführung der Zustimmung des Gesellschafters bedarf. In **Frankreich** besteht der Zustimmungsvorbehalt bei der SARL immer zugunsten der Gesellschafterversammlung. Bei der SAS kann auch ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten eines anderen Organs oder eines Dritten eingeräumt werden.

Gegenüber der deutschen AG bestehen solche Rechte nie

Umfang der faktischen Weisungsrechte ist oft höher als ihre gesetzliche Absicherung

4. Weisungsrechte der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft

In **Deutschland** besteht bei einer Tochter-GmbH ein umfassendes Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung. Demgegenüber gibt es bei einer Tochter-AG keinerlei Weisungsrechte gegenüber Vorstand oder Aufsichtsrat.

In **Großbritannien** und **Indien** kann der Gesellschafter einer Limited dem lokalen Management Weisungen erteilen (shareholder directions). In den **USA** besitzen die Gesellschafter einer Limited gegenüber den Mitgliedern des Board bzw. gegenüber den Geschäftsführern grundsätzlich keine Weisungsrechte. Die Mitglieder des Board können allerdings jederzeit von ihren Ämtern abberufen werden, woraus sich eine faktische Weisungsabhängigkeit ergibt. In **Frankreich** besteht bei der SARL ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung; bei der SAS kann im Gesellschaftsvertrag darüber hinaus ein unmittelbares Weisungsrecht eines (einzelnen) Gesellschafters gegenüber dem Président vereinbart werden. In **China** kann ein Weisungsrecht des Gesellschafters gegenüber der Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag einer WFOE vorgesehen werden.

AG bietet besseren Schutz gegenüber Kapitalentzug als die GmbH

5. Nachteilszufügung zulasten der Tochtergesellschaft

In **Deutschland** ist eine Tochter-GmbH vor Nachteilszufügungen ihres Alleingesellschafters nur insoweit geschützt, als das Stammkapital der GmbH nicht angetastet werden darf. Bis zu dieser Grenze kann die Konzernobergesellschaft der GmbH Vermögen entziehen. Bei der AG hat der Aktionär nur Anspruch auf den Bilanzgewinn (§ 57 Abs. 3 AktG); darüber hinausgehende Vermögenszuwendungen sind unzulässig, z. B. auch in Form von Verträgen und Verfügungen zu für die AG nachteiligen, marktunüblichen Konditionen.

In **Großbritannien** und **Indien** sind die Geschäftsführer einer Limited verpflichtet, etwaigen Weisungen des Gesellschafters (shareholder directions) zu folgen, selbst wenn die Weisung für die Limited nachteilig wäre. In **Großbritannien** gilt dies nicht, wenn die Limited insolvent ist; in diesem Fall haben die Directors eine übergeordnete Pflicht, die Interessen der Gläubiger der Limited denen der Gesellschafter voranzustellen. In **Indien** gelten vergleichbare Beschränkungen im Companies Act.

In den **USA** sind die Leitungsorgane von LLC und Inc. allein dem Interesse der eigenen Gesellschaft verpflichtet; handeln sie diesem Interesse zuwider, riskieren sie im Fall der Insolvenz eine persönliche Haftung gegenüber dem Insolvenzverwalter.

Geschäftsführer einer **französischen** SARL oder SAS sind grundsätzlich nicht berechtigt, Nachteile für ihre eigene Gesellschaft im übergeordneten Konzerninteresse in Kauf zu nehmen. Das französische Recht bedroht den Geschäftsleiter, der die Interessen „seiner“ französischen Gesellschaft den Interessen der Unternehmensgruppe unterordnet und dabei Nachteile „seiner“ Gesellschaft in Kauf nimmt, sogar mit einem Straftatbestand („abus de biens sociaux“). Eine Unterordnung des einzelnen Gesellschaftersinteresses unter das Konzerninteresse und ein dadurch bedingter Vermögensnachteil sind allerdings dann zulässig, wenn die Maßnahme einem gemeinsamen Konzerninteresse dient, ein ausgewogenes Verhältnis von Vor- und Nachteilen besteht und die Maßnahme die Leistungsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft nicht übersteigt (sog. Rozenblum-Formel).

Strenge Vorschriften in den USA zum Schutz des Gesellschaftersinteresses

Eine (deutsche) Muttergesellschaft kann ihrer **chinesischen** Tochtergesellschaft – auch nachteilige – Weisungen erteilen. Solange Mitglieder der chinesischen Geschäftsführung bei der Umsetzung einer nachteiligen Weisung noch ihren im Gesellschaftsvertrag der WFOE enthaltenen Verpflichtungen und den gesetzlichen Vorschriften nachkommen, besteht für sie kein Risiko einer persönlichen Haftung.

6. Recht auf Abberufung der Leitungsorgane

In **Deutschland** können die Geschäftsführer einer Tochter-GmbH jederzeit abberufen werden. Eine konzernweite Geschäftspolitik lässt sich daher gegenüber GmbH-Tochtergesellschaften leicht durchsetzen. Demgegenüber kann der Aufsichtsrat einer Tochter-AG den Vorstand nur aus wichtigem Grund abberufen (§ 83 Abs. 3 AktG).

In **Großbritannien**, in den **USA** und in **China** haben die Gesellschafter die Möglichkeit, die Geschäftsführer bzw. die Mitglieder des Board jederzeit durch Gesellschafterbeschluss abberufen zu lassen. In **Frankreich** kann der „Gérant“ einer SARL nur mit einem „juste motif“ abberufen werden kann. Die Weigerung, rechtmäßige Anweisungen des alleinigen Gesellschafters zu befolgen, ist jedoch ein derartiges „juste motif“. Für den „Président“ einer SAS kann im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass er auch ohne wichtigen Grund abberufen werden darf. Die Gesellschafter einer Limited in **Indien** können die Directors jederzeit mit den entsprechenden Mehrheiten abberufen. Ausnahme sind (1.) Directors, die von einem indischen „Tribunal“ zur Verhinderung von Unterdrückung und Missmanagement gem. Sec. 242 Companies Act 2013 bestellt wurden, und (2.) Directors, die nach dem Grundsatz der proportionalen Vertretung gem. Sec. 163 Companies Act 2013 bestellt wurden.

Abberufung des Leitungspersonals der Tochtergesellschaft ist allgemein unproblematisch

7. Regelungen im Gesellschaftsvertrag

Soweit die erforderlichen Eingriffsmöglichkeiten nicht bereits kraft Gesetzes bestehen, sollten bei der Gründung einer Tochtergesellschaft in deren Gesellschaftsvertrag/Articles of Association diejenigen Befugnisse und Kompetenzen festgeschrieben werden, die von den Gesellschaftern ausgeübt bzw. von den Directors nicht (ohne Zustimmung der Gesellschafter) ausgeübt werden können.

Bei einer **deutschen** GmbH können Berichtspflichten, Weisungsrechte und Zustimmungsvorbehalte jederzeit durch Gesellschafterbeschluss begründet werden. Zusätzliche Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind nicht erforderlich. Bei einer Tochtergesellschaft in der Rechtsform der AG scheitern derartige Satzungsregelungen regelmäßig am Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG): danach sind die Regelungen des Aktiengesetzes insoweit zwingend, als Abweichungen nicht ausdrücklich zugelassen sind. Zwingend sind insbesondere die Regelungen über die Zuständigkeiten, die Zusammensetzung und die innere Organisation der Organe.

In der AG ist Grundsatz der Satzungsstrenge zu beachten und vielfach für zusätzliche Vorgaben ein Hindernis

In **Großbritannien**, in den **USA**, in **Frankreich**, **China** und **Indien** können im Gesellschaftsvertrag Informationsrechte und Berichtspflichten erweitert sowie Zustimmungsvorbehalte vorgesehen werden. Bei einer Corporation in den USA können die Befugnisse des Board durch die ausschließlich im Innenverhältnis geltenden „bylaws“ konkretisiert werden. Auch in Indien besteht die Satzung einer Limited aus zwei Dokumenten: dem „Memorandum of Association“, das Regelungen für das Außenverhältnis enthält, und den „Articles of Association“, die das Innenverhältnis unter den Gesellschaftern betreffen. Inhaltlich besteht in beiden Fällen große Flexibilität.

Unterscheidung von Regelungen im Innen- und im Außenverhältnis – insgesamt große Flexibilität

III. Vereinbarungen zwischen Konzernmutter und Tochtergesellschaft(en)

Um konzernweit einheitliche Standards und Systeme durchzusetzen, kann die Konzernmuttergesellschaft mit ihren jeweiligen Tochtergesellschaften auch vertragliche Ver-

einbarungen treffen, die die Tochter verpflichten, Konzernvorgaben einzuhalten, z. B. einen konzernweiten Verhaltenskodex (Code of Conduct) oder ein Risiko-Management-System, Standards für Buchhaltung und Rechnungslegung oder ein konzernweites Cash Pooling-System. Auch andere Vorgaben, wie sie üblicherweise zwischen Wirtschaftsunternehmen, z. B. gegenüber Lieferanten, vereinbart werden, sind mittels vertraglicher Vereinbarung konzernweit durchsetzbar (z. B. Regelungen zur Nutzung von Marken, Patenten und Lizenzen, Maßnahmen zur Qualitätssicherung und Produktsicherheit sowie Anforderungen an Arbeitssicherheit und Datenschutz bei einem konzerninternen Transfer von Daten und Informationen).

IV. Personenidentität der Leitungsorgane in den Konzerngesellschaften

Eine organisatorisch einfache und sehr verbreitete Art, Kontrolle über das Tochterunternehmen auszuüben, besteht darin, auf Tochterebene dieselben Geschäftsführer einzusetzen wie im Mutterkonzern. Allein die Tatsache einer derartigen Personenidentität führt nicht dazu, dass ein Haftungsdurchgriff auf die Konzernobergesellschaft zu befürchten wäre. Zusammen mit anderen problematischen Faktoren (s. unten VI) kann ein lokales Gericht allerdings zu einer Durchgriffshaftung auf die Muttergesellschaft oder einer Haftung wegen faktischer Geschäftsführung der Muttergesellschaft kommen.

Das **deutsche** Recht erlaubt die Personenidentität der Leitungsorgane in verbundenen Unternehmen. Einschränkungen enthält § 100 Abs. 2 Nr. 2 AktG: danach kann dem Aufsichtsrat einer AG nicht angehören, wer zugleich gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist. Schwierigkeiten können sich auch unter dem Gesichtspunkt der Beschränkungen des § 181 BGB (Insichgeschäfte) ergeben. Zudem unterliegt der Vertreter der Konzernmuttergesellschaft gem. § 136 Abs. 1 AktG bzw. § 47 Abs. 4 GmbHG einem Stimmverbot, wenn es um seine Entlastung als Vorstand, Aufsichtsrat oder Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft geht.

In **Großbritannien**, in den **USA**, in **Frankreich** und **China** ist es uneingeschränkt möglich, die Vorstände oder Geschäftsführer des Mutterkonzerns auch als Geschäftsführer/Directors der Tochtergesellschaft einzusetzen, um so Kontrolle über die Tochtergesellschaft auszuüben.

Besonderheiten gelten in **Indien**: Dort darf ein Director der indischen Limited nicht an einem Beschluss mitwirken, der einen Vertrag mit einer anderen Gesellschaft betrifft, bei der er selbst Director, Gründer, Manager oder CEO ist (Sec. 184 Abs. 2 Companies Act 2013). Außerdem darf eine indische Limited nur mit Zustimmung des Board of Directors in „related party transactions“ eintreten (Sec. 188 Companies Act 2013), wobei unter bestimmten Voraussetzungen die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich ist; bei der Beschlussfassung dazu darf der Gesellschafter (member), der „related party“ in Bezug auf die beabsichtigte Transaktion ist, nicht mitstimmen. „Related party“ ist auch eine Holding-, eine Tochter- oder eine sonst verbundene Gesellschaft.

V. Regelungen in den Anstellungsverträgen der Leitungsorgane der Töchter

Eine weitere Möglichkeit, um konzernweit einheitliche Standards und Systeme durchzusetzen, besteht darin, dass die Konzernmuttergesellschaft entsprechende Vereinbarungen mit den Geschäftsführern ihrer Tochtergesellschaften schließt. Beispielsweise können die Geschäftsführer der Tochtergesellschaften in ihren Anstellungsverträgen verpflichtet werden, die konzernweit geltenden Standards in ihrer jeweiligen Fassung vor Ort zu implementieren, regelmäßig Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu erstatten oder vor Durchführung bestimmter Maßnahmen die Zustimmung der Konzernobergesellschaft einzuholen. Verstoßen sie gegen diese Vereinbarung im

Personenidentische Organe von Mutter und Tochter sind oft ein geeignetes Mittel

Allerdings gelten dann in Indien Ausschlüsse und Einschränkungen beim Stimmrecht

Vorgabe von Standards im Geschäftsführervertrag kann Mitsprache der Obergesellschaft absichern

Anstellungsvertrag, begehen sie eine Pflichtverletzung, die wiederum Schadensersatzansprüche auslösen und zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen kann.

VI. Durchgriffshaftung im Konzern

Je enger eine Tochtergesellschaft von ihrer Konzernmutter geführt wird, desto eher stellt sich die Frage nach daraus resultierenden Haftungsrisiken für die Konzernobergesellschaft. Spätestens dann, wenn eine Konzernuntergesellschaft ihre Gläubiger nicht mehr befriedigen kann, werden diese prüfen, ob sie auch die Konzernmutter in Anspruch nehmen können.

In allen hier zu untersuchenden Staaten gilt für Kapitalgesellschaften das Trennungsprinzip, also der Grundsatz der Trennung des Vermögens des Gesellschafters (Konzernobergesellschaft) vom Vermögen der einzelnen Konzern(-unter-)gesellschaft. Nach dem Trennungsprinzip haftet den Gläubigern der einzelnen Konzernuntergesellschaft nur deren Vermögen und nicht auch dasjenige der Konzernobergesellschaft. Von diesem Grundsatz werden in allen untersuchten Jurisdiktionen Ausnahmen gemacht, wenn die Trennung der juristischen Personen als Missbrauch anzusehen ist, etwa bei einer Vermischung des Vermögens von Konzernober- und -untergesellschaft(en). Die Tatsache allein, dass die Konzernobergesellschaft über ihre in- und ausländischen Tochter- und Enkelgesellschaften Leitungs-, Kontroll- und Organisationsrechte ausübt, begründet in keinem der untersuchten Staaten eine Durchgriffshaftung.


Deutschland: Der BGH hat eine Durchgriffshaftung im Fall eines existenzvernichtenden Eingriffs seitens der Muttergesellschaft bejaht, wenn also die Muttergesellschaft „missbräuchliche, zur Insolvenz führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen“ der Tochtergesellschaft vorgenommen hat.⁶


In **Großbritannien** wird das „corporate veil“ einer Limited durchstoßen, wenn die Muttergesellschaft in einer Weise Kontrolle über ihre englische Tochtergesellschaft ausgeübt hat, die zu einem Fehlverhalten (wrongdoing/impropriety) der Tochter und dadurch zu einer Schädigung Dritter führt. Daneben kommt eine Haftung der Gesellschafterin (oder einzelner ihrer Entscheidungsträger) als Shadow Director in Betracht, wenn sie regelmäßig Entscheidungen für ihre Tochtergesellschaft trifft; dann kann sie so zur Verantwortung gezogen werden wie ein Director der Limited.

Auch in den **USA** wird eine Durchgriffshaftung nur ausnahmsweise bejaht, und zwar für vertragliche Ansprüche i. d. R. nur, (1.) wenn die Muttergesellschaft beim Gläubiger der Tochtergesellschaft über diese falsche Vorstellungen (z. B. über deren Kapitalausstattung, Bereitschaft der Mutter für das Entstehen für Verbindlichkeiten der Tochter) erweckt und der Gläubiger im Vertrauen darauf fehlgeschlagene Vermögensdispositionen getroffen hat, (2.) wenn die Tochtergesellschaft auf Veranlassung der Muttergesellschaft in einer ungewöhnlichen Weise, mit der der Gläubiger nicht rechnen musste, betrieben wird, (3.) in Fällen benachteiligender und betrügerischer Übertragung von Vermögenswerten von der Tochter- auf die Muttergesellschaft (fraudulent conveyance) sowie (4.) in Fällen sonstiger betrügerischer Handlungen zum Nachteil von Gläubigern. Für deliktische Ansprüche wird auch dann eine Durchgriffshaftung bejaht, wenn die Gesellschaft bereits bei Gründung materiell unterkapitalisiert ist. Nichts anderes gilt nach der „Alter Ego“-Doktrin: Danach kommt es zur Durchgriffshaftung, wenn kumulativ (1.) „unity of control“ vorliegt; das ist der Fall, wenn die Muttergesellschaft das Management und die Aktivitäten der Tochtergesellschaft völlig kontrolliert („exercises substantial total control over the management and activities of the entity“), und wenn

Bei Insolvenz werden Gläubiger immer eine Haftung der Muttergesellschaft anstreben

Im Grundsatz schirmt das Trennungsprinzip die Muttergesellschaft in allen genannten Staaten ab

 Zur Konzernhaftung s. Gehrman, infoCenter unter [EAAAAB-41366](#)

 Zur Durchgriffshaftung bei amerikanischen Kapitalgesellschaften s. Reinsdorf, IWB 10/2013 S. 350 [EIAAAE-35820](#)

⁶ BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 [EBAAC-52500](#); BGH, Urteil vom 17. 9. 2001 - II ZR 178/99 [EGAAAAB-97787](#)] m. w. N.

 Zur französischen Rechtsprechung zur „Mitarbeitergesellschaft“ s. Soulas/Peyre/Froger-Michon, IWB 16/2014 S. 613  YAAAE-71728]

Durchgriffshaftung ist im Allgemeinen auf qualifizierte Verstöße und klare Missbrauchsfälle beschränkt

(2.) die Beachtung des Trennungsprinzips unter Berücksichtigung aller Umstände Betrug sanktionieren oder zu nicht akzeptablen Ungerechtigkeiten führen würde.

In **Frankreich** besteht ein Haftungsrisiko der Muttergesellschaft als „de facto gérant“, wenn die Tochtergesellschaft aufgrund von Eingriffen der Muttergesellschaft zahlungsunfähig ist. In ähnlicher Weise kann die Muttergesellschaft im Einzelfall als sog. „co-employeur“ der Arbeitnehmer angesehen werden. Die bloße Ausübung von Kontrollrechten und Weisungen im Einzelfall rechtfertigen jedoch auch in Frankreich keine Durchgriffshaftung auf die Konzernmutter.

In **Indien** gelten im Wesentlichen die in Großbritannien zum Piercing of the corporate veil entwickelten Grundsätze. Das Risiko einer Durchgriffshaftung besteht nicht, solange zur Ausübung von Kontrolle durch die Konzernspitze nicht betrügerische Machenschaften, ein existenzvernichtender Entzug von Vermögenswerten, Vermischung der Vermögen von Mutter- und Tochtergesellschaft oder ähnliche rechtswidrige Missbrauchstatbestände hinzukommen.

Die Gesellschafter einer Tochtergesellschaft in **China** sind verpflichtet, ihre Gesellschafterrechte in Übereinstimmung mit anwendbarem Recht und dem Gesellschaftsvertrag der chinesischen Gesellschaft auszuüben und die unabhängige Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft nicht zu eigenen Zwecken zu missbrauchen. Bei Verstößen gegen diese Vorgaben haften die Gesellschafter persönlich.

FAZIT

Aus deutscher Sicht ist das Management der Konzernmutter dem Interesse des Gesamtkonzerns verpflichtet. Dazu gehört die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass innerhalb des Konzerns Synergien genutzt und (auch) auf Ebene der (ausländischen) Tochtergesellschaften keine Gesetzesverstöße begangen und keine Schäden verursacht werden. Dies setzt voraus, dass sich die Konzernobergesellschaft durch geeignete Maßnahmen die notwendigen Informations-, Kontroll- und Einflussmöglichkeiten verschafft. Die Tatsache allein, dass die Konzernobergesellschaft über ihre in- und ausländischen Tochter- und Enkelgesellschaften Leitungs- und Kontrollrechte ausübt, begründet in keinem der untersuchten Staaten eine Durchgriffshaftung. Führen Weisungen oder direkte Eingriffe der Konzernspitze allerdings zur Zahlungsunfähigkeit einer Tochtergesellschaft, sind Ansprüche von Gläubigern gegen die Konzernobergesellschaft denkbar.

AUTOREN



Gerhard Manz

ist Rechtsanwalt und Partner bei Friedrich Graf von Westphalen & Partner, Freiburg. Er ist Mitglied des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Handels- und Gesellschaftsrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV). Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind M&A/Unternehmenskauf, Unternehmensfinanzierungen, das Gesellschaftsrecht und das internationale Wirtschaftsrecht.



Dr. Barbara Mayer

ist Rechtsanwältin, Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht und Partnerin bei Friedrich Graf von Westphalen & Partner, Freiburg. Sie ist Mitglied im Ausschuss Gesellschaftsrecht der Bundesrechtsanwaltskammer. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist die Beratung von mittelständischen Unternehmen und Konzernen im Gesellschaftsrecht sowie bei Unternehmenskäufen im In- und Ausland.