

# I. Thesen und Empfehlungen

## I. Grundlagen

1. Jede Konzernregulierung muss Konzernrealität und Konzernrecht miteinander versöhnen. Sie tut weiter gut daran, den enormen Einfluss der Unternehmens- und Vertragspraxis auf das Konzernwesen zu berücksichtigen, erst recht in grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen. Zugleich darf sie nicht vor der Macht des Faktischen kapitulieren, sondern muss Auswüchsen entschlossen entgegentreten.
2. Bei alledem können Konzernrechtler den Paradoxien ihres Untersuchungsgegenstands nicht entkommen: Das ständige Oszillieren des Konzerns zwischen Einheit und Vielheit, Hierarchie und Markt lässt sich nicht abstellen, ohne den enormen Erfolg der Organisationsform zu gefährden.
3. Der Kernbefund dieses Gutachtens lautet: Eine Großreform des Konzernrechts ist nicht angezeigt, wohl aber ein behutsames Konzernrechts-Aggiornamento.
4. Für die Ausarbeitung eines rechtsformübergreifenden „Gruppengesetzbuchs“ nach dem Muster des Umwandlungsgesetzes fehlen derzeit die wissenschaftlichen Grundlagen. Auch künftig dürfte es dafür kein starkes rechtspolitisches Bedürfnis geben.
5. Ebenso wenig ist es ratsam, das kodifizierte Aktienkonzernrecht abzuschaffen und durch Regelungen des allgemeinen Gesellschaftsrechts aufzufangen, wie dies viele andere Rechtsordnungen handhaben.
6. Neben dem Gesetzgeber ist und bleibt die Rechtsprechung ein Schlüsselakteur zur Fortentwicklung des Konzernrechts. Außerdem sollte sich die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex des Konzernphänomens stärker als bisher annehmen.

## II. Allgemeine Vorschriften

7. Im Rahmen der §§ 15ff. AktG sollte der Gesetzgeber fortan auf die systemprägende Unterscheidung zwischen Unternehmens- und Privataktionär verzichten.
8. Weitere Einzelkorrekturen, etwa die Einführung einer bestimmten Mindestschwelle für die Beherrschung in § 17 Abs. 1 AktG

nach dem Vorbild des jüngst reformierten Delaware General Corporation Law, sind nicht veranlasst.

### III. Außenseiterschutz

9. Zur Verbesserung des Außenseiterschutzes im faktischen Aktienkonzern empfiehlt sich ein Bündel systemimmanenter Einzelmaßnahmen: (a) die Möglichkeit des gestreckten Nachteilsausgleichs gemäß § 311 Abs. 2 AktG ist zu streichen; (b) der Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG muss unter Beachtung eines angemessenen Vertraulichkeitsschutzes zwingend veröffentlicht werden; (c) kleine Aktiengesellschaften sind wieder in die Regelungen zur Prüfung des Abhängigkeitsberichts nach § 313 AktG einzubeziehen; (d) im Rahmen des § 316 AktG sollten auch §§ 311, 317 AktG bei Bestehen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags für unanwendbar erklärt werden; (e) § 317 AktG und § 311 AktG sollten reaktionell in einer einzigen Vorschrift zusammengeführt werden.
10. Hingegen ist es nicht ratsam, die *cleansing*-Mechanismen des Gesellschaftsrechts von Delaware im deutschen Aktienkonzernrecht nachzubilden. Weder empfiehlt sich eine verbindliche Billigung konfliktbefangener Transaktionen durch einen Außenseitervertreter im Aufsichtsrat noch durch eine Mehrheit der Minderheitsaktionäre. Überwiegende Gründe sprechen auch gegen eine Erstreckung der §§ 111aff. AktG auf nicht börsennotierte Gesellschaften.

### IV. Konzernleitung und Konzerninteresse

11. Es ist prinzipiell nicht empfehlenswert, die Figur des Gruppeninteresses nach französischem, italienischem oder spanischem Vorbild in das deutsche Aktienkonzernrecht einzuführen.
12. Vorstandsmitglieder der abhängigen AG sind allein dem Interesse ihrer Gesellschaft verpflichtet. Im konkreten Zugriff dürfen sie allerdings berücksichtigen, dass Tochter- und Mutterinteressen vielfach miteinander verwoben sind. Eine Kodifizierung dieses national und international anerkannten Verhaltensmaßstabs verspricht rechtspraktisch wenig Gewinn.
13. Für abhängige Aktiengesellschaften in 100-prozentigem Anteilsbesitz ist es bedenkenswert, dem herrschenden Unternehmen ein Weisungsrecht zu Zwecken der Konzernleitung und -kontrolle zu gewähren und dem Tochtervorstand eine entsprechende Folgepflicht aufzuerlegen. Den Interessen der Gesellschaftsgläubiger ist gesondert Rechnung zu tragen.

## V. Konzernorganisation

14. In puncto Konzernorganisation sollte der Gesetzgeber privatautonome Steuerungsinstrumente (Konzernrichtlinien, Konzernkoordinationsverträge, Konzernordnungen) wohlwollend beobachten, ohne voreilig einzugreifen.
15. Eine weitere gesetzliche Vorstrukturierung erscheint einstweilen nicht empfehlenswert. Erwägen mag man eine Anregungsnorm für eine Konzernordnung in Gesetz oder Corporate Governance Kodex.

## VI. Konzern-Compliance

16. Die Pflicht des Muttervorstands zur Konzern-Compliance ist auch künftig ein unverrückbares Datum. Hiervon unberührt bleibt die originäre Compliance-Pflicht der Tochtergeschäftsführer für ihren eigenen Verantwortungsbereich.
17. Hinsichtlich der Arbeitsaufteilung verfügen Mutter und Tochter über ein breites Ermessen („System kommunizierender Röhren“). Stets verbleibt beim Muttervorstand eine delegationsfeste Organisations- und Systemverantwortung, die sich im Einzelfall zu konkreten Handlungs- und Überwachungspflichten verdichten kann. Umgekehrt obliegt den Tochtergeschäftsführern eine nicht delegierbare Residualverantwortung.
18. *De lege ferenda* empfiehlt sich weder eine Kodifizierung der konzernweiten Compliance-Pflicht des Muttervorstands noch eine Konkretisierung der konzerninternen Aufgabenverteilung. Wohl aber sollte die Informationsbasis des herrschenden Unternehmens verbessert werden (→ Nr. 19).

## VII. Informationsversorgung im Konzern

19. Es ist ratsam, im faktischen Aktienkonzern einen gesetzlichen Informationsanspruch des herrschenden Unternehmens zu Zwecken der Konzernleitung und -kontrolle einzuführen. Hinsichtlich seiner Ausgestaltung kann man sich an § 276 Abs. 2 VAG orientieren.

## VIII. Haftung im Konzern

20. Im Konzernhaftungsrecht entfaltet das konzernrechtliche Trennungsprinzip aus dogmatischer, rechtsvergleichender und ökonomischer

mischer Sicht unverändert Überzeugungskraft. Gesetzgeber und Gerichte, die hiervon abweichen wollen, tragen dafür die Begründungslast. Ausnahmen sind insbesondere angezeigt, wenn opportunistisch gewählte Konzernstrukturen zu übermäßiger Risikoexternalisierung und Unter-Compliance führen (Tochtergesellschaft „judgment proof“).

21. Bei der Wahl der rechtlichen Instrumente empfehlen sich möglichst behutsame Eingriffe durch genau umrissene und gegebenenfalls erst in der Insolvenz eingreifende Haftungstatbestände („Skalpelle statt Buschmesser“).
22. Sanktionsdurchgriffe in Spezialbereichen des Wirtschaftsrechts zum Schutz öffentlicher Interessen sind opportun, sofern ihr präventiver Mehrwert die Nachteile übersteigt, die sich aus einer bereichsspezifischen Relativierung des Trennungsprinzips ergeben.
23. Vorschläge *de lege ferenda*, die über die Zuweisung der rechtspolitischen Begründungslast und das rechtsdogmatische Design hinausgehen, versprechen keinen praktischen Gewinn. Allerdings sollte der (Gesellschaftsrechts-)Gesetzgeber dafür sorgen, dass die Konzernmutter über hinreichende Instrumente zur Steuerung des gestiegenen Haftungs- und Sanktionsrisikos verfügt (→ Nr. 19).

## IX. Konzernbildungskontrolle

24. Die Einführung einer gesetzlichen Hauptversammlungskompetenz für den Beteiligungserwerb („Say on Acquisitions“) ist derzeit ebenso wenig ratsam wie die Kodifizierung einer general-klauselartigen Hauptversammlungskompetenz für Strukturänderungen oder die Gewährung von Satzungsautonomie.
25. Jedoch empfiehlt sich eine rechtspolitische Neubewertung des gesamten Fragenkreises, sobald die bekannten Defizite des Beschlussmängelrechts beseitigt sind und praktikable Lösungen auch für nicht eintragungsfähige Hauptversammlungsbeschlüsse zur Verfügung stehen.

## X. Konzerntransaktionsrecht

26. Das hiesige Konzerntransaktionsrecht bietet in zweierlei Hinsicht Optimierungspotenzial: (a) Zum einen empfiehlt sich die Einführung eines Aktientauschs in loser Anlehnung an ausländische Regelungsvorbilder. (b) Erwägenswert ist zum anderen eine vorsichtige Liberalisierung des Verschmelzungsrechts, um Dreiecksverschmelzungen zu ermöglichen.

27. Die Regelung über den Aktientausch könnte unmittelbar hinter jene über den faktischen Aktienkonzern eingestellt werden. Die dort bislang angesiedelten Vorschriften über die Eingliederung (§§ 319–323 AktG) sind praktisch bedeutungslos und sollten gestrichen werden.

## XI. GmbH-Konzernrecht

28. Das Recht des faktischen GmbH-Konzerns ist mit seinem strengen Schädigungsverbot konzeptionell zutreffend angelegt. Gesetzliche Auflockerungen sind ebenso wenig angezeigt wie eine Kodifizierung der sog. ITT-Doktrin.

## XII. Internationales Konzernrecht und unionsrechtlicher Konzernbaustein

29. Die im In- und Ausland nahezu einhellig anerkannte Grundregel, dass im Unterordnungskonzern das Personalstatut der abhängigen Gesellschaft maßgebend ist, stellt grenzüberschreitende Unternehmensgruppen vor enorme Schwierigkeiten. Ob in der kollisionsrechtlichen Berufung einer Vielzahl unterschiedlicher Tochtergesellschaftsstatute eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Konzernmutter liegt, harrt noch einer Entscheidung durch den EuGH.
30. *De lege lata* lässt sich die Effizienz der Konzernleitung teilweise durch eine sachgerechte Ausübung der Rechtswahlfreiheit verbessern. *De lege ferenda* könnten sich weitere Erleichterungen ergeben, wenn sich die Pläne für die Schaffung eines 28. Regimes auf Unionsebene verwirklichen sollten.