

Anna Dominke\*

## Die SUP als Konzernbaustein und die fehlenden Organpflichten der Tochtergeschäftsführer

### Abstract

Am 9.4.2014 hat die Kommission einen Richtlinienvorschlag für eine *Societas Unius Personae* (SUP) veröffentlicht. Leitgedanke des Vorhabens ist es, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen die Etablierung und Leitung einer grenzüberschreitenden Konzernstruktur zu ermöglichen. Zentrale Aspekte wie die Organpflichten der Tochtergeschäftsführer wurden jedoch bislang keiner Regelung zugeführt.

Der folgende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, inwiefern die SUP den Anforderungen an einen europaweit einheitlich einsetzbaren Konzernbaustein gerecht wird. Zudem werden einzelne Gestaltungsmöglichkeiten für eine Normierung der Organpflichten der Tochtergeschäftsführer diskutiert, insbesondere die Pflicht zur Befolgung von Weisungen der Konzernleitung.

On 4 September 2014, the Commission published a proposal for a Directive on a *Societas Unius Personae* (SUP). The guiding principle of the draft is to enable small and mid-sized companies to establish and manage transborder group structures. However, fundamental aspects such as the duties of subsidiaries' directors have not been subject to regulation yet. This paper examines whether the SUP meets the requirements of a corporate group building block that is applicable Europe-wide. Moreover, various possibilities of regulating subsidiaries' directors' duties are discussed, especially the duty to comply with instructions of the parent company.

---

\* Die Verfasserin ist cand. iur. und studiert seit dem Wintersemester 2011/2012 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag wurde als Studienarbeit im Schwerpunktbereich Gesellschafts- und Unternehmensrecht bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff verfasst.

## I. Einleitung

Aufgrund des vorläufigen Scheiterns der Europäischen Privatgesellschaft (*Societas Privata Europaea* – SPE) stellte die Europäische Kommission am 9.4.2014 den Richtlinienentwurf für eine *Societas Unius Personae* (SUP-RL)<sup>1</sup> vor. Mit diesem Konzept zur Reform der Einpersonengesellschaftsrichtlinie<sup>2</sup> soll eine in Kernbereichen europaweit harmonisierte Sonderform der geschlossenen Kapitalgesellschaft im Alleinbesitz geschaffen werden. Ziel der Harmonisierung ist es, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen eine flexible und einheitliche Organisation ihrer ausländischen Tochtergesellschaften zu ermöglichen. Neben einer vereinfachten Gründung soll den Unternehmen hierfür ein europaweit einheitliches Rechtskleid zur Verfügung gestellt werden.<sup>3</sup>

Im Folgenden werden daher zunächst die praktische Notwendigkeit eines europaweit einheitlich einsetzbaren Konzernbausteins und die Anforderungen an eine konzernindividuelle Einheitlichkeit<sup>4</sup> aufgezeigt. Anschließend erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern der SUP-Richtlinienentwurf diese Anforderungen an Tochtergesellschaften eines grenzüberschreitenden Konzerns zu erfüllen vermag.

Angesichts der weitgehenden Verweise des Richtlinienentwurfs auf nationales Recht, vgl. Art. 7 Abs. 4 SUP-RL, scheint jedoch fraglich, ob die SUP lediglich als „Dampfer mit 28 verschiedenen Farbanstrichen“<sup>5</sup> zu qualifizieren ist und ob es nicht insbesondere einer einheitlichen Regelung von Organpflichten der Tochtergeschäftsführer bedurft hätte. Aus diesem Grund werden sodann verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten einer Normierung von Organpflichten diskutiert, wobei sich der Beitrag insbesondere mit der Pflicht der Tochtergeschäftsführer zur Befolgung von Weisungen der Konzernmutter auseinandersetzt.

---

<sup>1</sup> COM(2014) 212 final v. 9.4.2014, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1&format=PDF) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>2</sup> Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009, ABl. EU L 258 v. 1.10.2009, 20 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Erwägungsgründe 7 f. des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1).

<sup>4</sup> Vgl. zu diesem Begriff noch im Kontext der SPE: *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2014, 177 (181).

<sup>5</sup> Vgl. zur SPE: *Helms*, Die Societas Privata Europaea (SPE). Zur Weiterentwicklung des Ursprungskonzepts im Wandel der Zeit, in: FS Hommelhoff, 2012, 369 (373); *Hommelhoff/Helms*, Weiter auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft, GmbHR 1999, 53 (55).

## II. Praktische Notwendigkeit eines europäischen Konzernbausteins

Die ca. 20 Mio. kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)<sup>6</sup> in der Europäischen Union bilden das Rückgrat der Wirtschaft im europäischen Binnenmarkt.<sup>7</sup> Sie sind die Hauptantriebskraft für wirtschaftliches Wachstum, Beschäftigung und Innovation.<sup>8</sup> Deshalb ruhen auf ihnen zurzeit die größten Hoffnungen hinsichtlich des Abbaus der Arbeitslosigkeit in den Mitgliedstaaten.<sup>9</sup>

Nachdem sich die Harmonisierungsbemühungen der Europäischen Kommission jahrzehntelang vornehmlich auf die großen, kapitalmarktorientierten Unternehmen fokussierten,<sup>10</sup> rücken nunmehr die KMU in den Mittelpunkt des Interesses.<sup>11</sup> Diese weisen zumeist einen hohen Spezialisierungsgrad auf, um sich dank ihrer Beweglichkeit und Qualitätsorientierung auch gegenüber Großunternehmen behaupten zu können.<sup>12</sup> Ihr wirtschaftlicher Erfolg ist aus diesem Grunde maßgeblich von der Erschließung zusätzlicher Absatzmärkte im Ausland abhängig.<sup>13</sup> Bislang bestehen für die exportorientierten KMU bei einer

---

<sup>6</sup> Kleine und mittlere Unternehmen werden für die Zwecke dieser Arbeit entsprechend Art. 2 Abs. 1 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission 2003/361/EG v.

6.5.2003, ABl. EU L 124 v. 20.5.2003, 39, definiert als Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. EUR beläuft.

<sup>7</sup> Vgl. *Helms*, Die Europäische Privatgesellschaft. Rechtliche Strukturen und Regelungsprobleme einer supranationalen Gesellschaft des Gemeinschaftsrechts, 1998, 67; *Kuck/Weiss*, Der Initiativbericht des Europäischen Parlaments für eine Europäische Privatgesellschaft, Der Konzern 2007, 498 (498); *Steinberger*, Die Europäische Privatgesellschaft – Schaffung einer europaweiten Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen im Binnenmarkt, BB 2006 (BB-Spezial 7), 27 (27).

<sup>8</sup> [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/index_de.htm) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015); vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2.; *Steinberger* (Fn. 7), 27.

<sup>9</sup> Vgl. Erwägungsgrund 4 des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1); *Ehricke*, Anforderungsprofil an eine Europäische Privatgesellschaft, die Einsatzmöglichkeiten und ihre gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung nach dem Statut, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, 17 (32 f.); *Hommelhoff/Helms* (Fn. 5), 54; *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 498.

<sup>10</sup> *Gutsche*, Ein Plädoyer für die „Euro-GmbH“, in: FS Hommelhoff, 2012, 285 (286).

<sup>11</sup> Vgl. bereits das Lissabon Programm COM (2005) 330 final v. 20.7.2005, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0330&from=DE> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015); sowie der Small Business Act COM (2008) 394 final v. 25.6.2008, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=EN> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>12</sup> *Münch/Franz*, Die passende Rechtsform für deutsche Unternehmen im Ausland, BB 2010, 2707 (2707); *Teichmann*, Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft, RIW 2010, 120 (120).

<sup>13</sup> Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 12), 2707; *Steinberger* (Fn. 7), 28; *Teichmann*, Europäische GmbH am Scheideweg:

solchen grenzüberschreitenden Tätigkeit die im Folgenden näher behandelten Gestaltungsmöglichkeiten.

### 1. Europäische Rechtsformen

Als supranationale Rechtsformen stehen den KMU zur Gründung ihrer Tochtergesellschaften die SE, EWIV und die SCE zur Verfügung. Es ist indes fraglich, ob diese Rechtsformen eine adäquate Konzerngründung und -leitung ermöglichen.

Die SE beispielsweise ist aufgrund ihres hohen Mindeststammkapitals (120.000 €, vgl. Art. 4 Abs. 2 SE-VO<sup>14</sup>) und des komplexen Ineinandergreifens von Verordnung, nationalem Recht und Satzung (vgl. Art. 9 SE-VO) ihrem normativen Typus nach auf kapitalmarktorientierte Großunternehmen ausgerichtet.<sup>15</sup> Zudem folgt die SE-Verordnung dem Grundsatz der Satzungsstrenge<sup>16</sup> und steht dem Bedürfnis der KMU nach größtmöglicher Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis mithin diametral entgegen.<sup>17</sup> Auch die EWIV stellt aufgrund der unbeschränkten persönlichen Haftung (Art. 24 Abs. 1 EWIV-VO<sup>18</sup>), des Erfordernisses einer Zusammenarbeit mit wenigstens einer weiteren ausländischen Gesellschaft (Art. 4 Abs. 2 EWIV-VO) und des Verbots der Ausrichtung auf eigene Gewinnerzielung (Art. 3 Abs. 1 EWIV-VO) keine passende Gestaltungsvariante dar.<sup>19</sup> Die SCE ist zur Bedarfsdeckung und Förde-

---

Supranationale Rechtsform oder harmonisierte Einpersonengesellschaft?, ZRP 2013, 169 (170).

<sup>14</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001, ABl. EG L 294 v. 10.11.2001, 1 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Drury*, in: Hirte/Teichmann, The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), 2013, 33 (44); *Gutsche*, Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland, 1994, 239 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, Auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft (SPE), DStR 2008, 925 (926); *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2012, 1672; *Oplustil*, Ausgestaltung und Einsatzmöglichkeiten der Europäischen Privatgesellschaft aus Sicht der in den neuen Mitgliedstaaten ansässigen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), in: Teichmann, Europa und der Mittelstand, 2010, 109 (124); *Steinberger* (Fn. 7), 31.

<sup>16</sup> Vgl. *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, 2008, Art. 9 SE-VO Rn. 41; *dies.* (Fn. 15), 926; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, 273.

<sup>17</sup> *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 926; *Oplustil* (Fn. 15), 124; *Salomon*, Regelungsaufträge in der Societas Privata Europaea. Einführung in eine neue Rechtsform unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzgebungsinstruments des Regelungsauftrages, 2010, 18.

<sup>18</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates v. 25.7.1985, ABl. EG L 199 v. 31.7.1985, 1 ff.

<sup>19</sup> *Drury* (Fn. 15), 43 f.; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 926; *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1672; *Salomon* (Fn. 17), 18; *Steinberger* (Fn. 7), 31.

zung ihrer Mitglieder konzipiert (Art. 1 Abs. 3 SCE-VO<sup>20</sup>) und folgt ebenfalls dem Prinzip der Satzungsstrenge (vgl. Art. 8 SCE-VO). Diese Rechtsform ist als Konzernbaustein für Unternehmen somit ebenfalls unattraktiv.<sup>21</sup> Auf europäischer Ebene steht den KMU daher im Ergebnis bislang keine adäquate Möglichkeit zur Errichtung und Leitung eines international operierenden Konzerns zur Verfügung.

## 2. Mitgliedstaatliche Rechtsformen

Allerdings könnten auf nationaler Ebene bereits passende Gestaltungswege existieren:

### a) Zweigniederlassung

Eine Möglichkeit stellt die Etablierung von Zweigniederlassungen dar. Diese unterliegen als unselbstständige Einheiten dem Recht der Muttergesellschaft, was eine einheitliche Leitung aller Niederlassungen ermöglicht.<sup>22</sup> Allerdings kann trotz zahlreicher bilateraler Abkommen eine Doppelbesteuerung drohen.<sup>23</sup> Außerdem ist die Erfüllung der Anforderungen der Zweigniederlassungsrichtlinie<sup>24</sup> bzw. der jeweiligen einzelstaatlichen Umsetzungsnormen teilweise sehr zeit- und kostenintensiv.<sup>25</sup> Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass die fremde Rechtsform der Muttergesellschaft die Reputation der Gesellschaft im Ausland negativ beeinflusst; signalisiert diese Gestaltungsform doch eine mangelnde Identifikation mit dem Zielmarkt.<sup>26</sup> Zu beachten ist des Weiteren, dass mangels eigener Rechtspersönlichkeit der Zweigniederlassung stets die Hauptniederlassung selbst Vertragspartnerin wird.<sup>27</sup> Entscheidender Nachteil dieser Gestaltungsvariante ist demzufolge die Unmöglichkeit einer Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der lokalen Handlungseinheit, so wie es in einem Konzern grundsätzlich möglich wäre (konzerninterne Haftungssegmentierung<sup>28</sup>).<sup>29</sup>

---

<sup>20</sup> Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22.7.2003, ABl. EU L 207 v. 18.8.2003, S. 1 ff.

<sup>21</sup> *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1672; *Oplustil* (Fn. 15), 124.

<sup>22</sup> *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710.

<sup>23</sup> *Brems/Cannivé*, Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) als Baustein des internationalen Konzerns, *Der Konzern* 2008, 629 (629); *Hommelhoff/Teichmann*, in: *Hirte/Teichmann*, *The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE)*, 2013, 1 (10); *dies.* (Fn. 15), 925; *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710.

<sup>24</sup> Elfte Richtlinie 89/667/EWG des Rates v. 12.1989, ABl. EG L 395 v. 30.12.1998, 36 ff.

<sup>25</sup> *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710.

<sup>26</sup> *Gutsche* (Fn. 10), 287; *Oplustil* (Fn. 15), 117.

<sup>27</sup> Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710.

<sup>28</sup> Vgl. zur Haftungssegmentierung im Konzern allgemein: *Drygala/Staake/Szalai*, *Kapitalgesellschaftsrecht mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts*, 2012, § 29 Rn. 4.

Eine Zweigniederlassung ist im Ergebnis daher lediglich für kleine, zeitlich befristete und übersichtliche Auslandsaktivitäten geeignet, nicht hingegen für den Aufbau eines dauerhaften internationalen Produktions- und Vertriebsnetzes.<sup>30</sup>

*b) (Schein-) Auslandsgesellschaft*

Auch bei der Gründung von selbstständigen deutschen Tochtergesellschaften im Ausland wäre der gesamte Konzern einem einheitlichen Gesellschaftsrecht unterworfen.<sup>31</sup> Zudem bestünde bei dieser Gestaltungsform die Möglichkeit einer territorialen Haftungssegmentierung: Geschäftspartner erhielten aufgrund eines Rechtsgeschäfts mit einer Konzerntochter auch nur eine Rechtsposition gegenüber dieser einzelnen Gesellschaft, ohne auf die Haftungsmassen anderer Konzerngesellschaften, insbesondere der Konzernmutter, zugreifen zu können. Nach der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs (EuGH)*<sup>32</sup> gewährt die primärrechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) europäischen Gesellschaften das Recht, ihren Verwaltungssitz identitäts- und rechtsformwährend in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, sofern der Gründungsstaat den Wegzug gestattet.<sup>33</sup> Durch die Neufassung der §§ 5 AktG, 4a GmbHG durch das MoMiG 2008<sup>34</sup> ist es deutschen Gesellschaften ermöglicht worden, den Verwaltungssitz identitätswährend ins Ausland zu verlegen.<sup>35</sup> Die Implementierung einer einheitlichen Organisationsstruktur durch die Entscheidung für eine deutsche Tochter-GmbH in sämtlichen Zielstaaten erscheint

---

<sup>29</sup> Vgl. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, 194; *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 629; *Hommelhoff/Helms*, Grundlagen und konzeptionelle Fragen in der Europäischen Privatgesellschaft, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, 3 (5 f.); *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 925; *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710; *Oplustil* (Fn. 15), 118.

<sup>30</sup> Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 12), 2714; *Oplustil* (Fn. 15), 117.

<sup>31</sup> *Bicker*, Gläubigerschutz in der grenzüberschreitenden Konzerngesellschaft. Eine internationalprivatrechtliche Untersuchung am Beispiel der abhängigen englischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007, 23; *Tholen*, Europäisches Konzernrecht. Eine Untersuchung auf der Grundlage eines Vergleichs des deutschen und englischen Rechts, 2014, 169.

<sup>32</sup> Siehe nur *EuGH*, C-212/97, Slg. 1999, I-1459 ff. – *Centros*; C-208/00, Slg. 2002, I-9919 ff. – *Überseering*; C-167/01, Slg. 2003, I-10155 ff. – *Inspire Art*; C-210/06, Slg. 2008, I-9641 ff. – *Cartesio*.

<sup>33</sup> Vgl. *Bicker* (Fn. 31), 21, 35 ff.; *Teichmann*, *Cartesio*: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug. Zugleich Besprechung *EuGH* v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, ZIP 2009, 24 – *Cartesio*, ZIP 2009, 393 (393); *Tholen* (Fn. 31), 169.

<sup>34</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I 2026.

<sup>35</sup> Vgl. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 4a Rn. 11; *Michalski/Funke*, in: Michalski, GmbHG I, 2. Aufl. 2010, § 4a Rn. 9, 17; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 4a Rn. 11.

mithin möglich.<sup>36</sup> Allerdings muss für die Anerkennung einer Tochter als deutsche GmbH der Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgen.<sup>37</sup> Bereits bei § 4a GmbHG ist jedoch nicht hinreichend klar, ob diese Vorschrift tatsächlich eine Abkehr von der Sitztheorie statuiert.<sup>38</sup> Zudem folgen, veranlasst durch eine unterschiedliche Interpretation der Rechtsprechung des *EuGH*, noch zahlreiche Mitgliedstaaten der Sitztheorie.<sup>39</sup> Auch die komplexe sach- und kollisionsrechtliche Verzahnung der fremden Rechtsform mit dem Recht des Sitzstaates kann zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen und die Rechtsunsicherheit dadurch noch weiter verstärken.<sup>40</sup> Darüber hinaus ist selbst bei einer Anerkennung der Gesellschaft durch ausländische Behörden und Gerichte nicht zwingend gewährleistet, dass diese das Heimatrecht der Gesellschaft auch richtig interpretieren.<sup>41</sup> Eine einheitliche und sichere Anwendung des vertrauten Heimatrechts im Ausland ist somit nicht zwingend gewährleistet.

Ein gewichtiges Argument gegen die Gründung nationaler Tochtergesellschaften ergibt sich ferner aus der Perspektive potentieller Geschäftspartner im Ausland: Dort vermag die Verwendung einer ausländischen Rechtsform als „Briefkastengesellschaft“ (*Pseudo Foreign Company*) Reputationsprobleme zu verursachen und ist geeignet, Misstrauen zu erregen.<sup>42</sup> Zu beachten ist zudem, dass auch diese selbstständigen Niederlassungen unter den Begriff der „Zweigniederlassung“ der elften Richtlinie<sup>43</sup> fallen.<sup>44</sup> So unterliegt die Tochtergesellschaft zwar demselben Rechtssystem wie die Konzernmutter. Allerdings sind zusätzlich die Anforderungen des ausländischen Registerrechts zu beachten,<sup>45</sup> weshalb

---

<sup>36</sup> Vgl. *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630.

<sup>37</sup> *Kneisel*, Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) im Konzern, 2012, 11.

<sup>38</sup> Vgl. *Michalski/Funke* (Fn. 35), § 4a Rn. 34 ff.; *Teichmann* (Fn. 12), 121; *Wicke* (Fn. 35), § 4a Rn. 13.

<sup>39</sup> *Kneisel* (Fn. 37), 11; *Teichmann* (Fn. 12), 121; *Tbolen* (Fn. 31), 170.

<sup>40</sup> *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (Fn. 29), 194; *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 927; *Oplustil* (Fn. 15), 121 f.; *Teichmann*, Die SPE als Europa-GmbH – Eine Einführung, in: *Teichmann*, Europa und der Mittelstand, 2010, 61 (61 f.); *Tbolen* (Fn. 31), 170.

<sup>41</sup> Vgl. *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 928.

<sup>42</sup> Vgl. *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Gutsche* (Fn. 10), 288; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 927; *Hügel*, Zur Europäischen Privatgesellschaft: Internationale Aspekte, Sitzverlegung, Satzungsgestaltung und Satzungslücken, *ZHR* 173 (2009), 309 (319); *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 500; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1672 f.; *Oplustil* (Fn. 15), 121; *Salomon* (Fn. 17), 18; *Schumacher/Stadtmüller*, Quo vadis, SPE? – Auf dem Weg zu einer europäischen Gesellschaft nationalen Rechts?, *GmbHR* 2012, 682 (682); *Steinberger* (Fn. 7), 31; *Tbolen* (Fn. 31), 171; *van den Braak*, The European Private Company, its shareholders and its creditors, 6 *Utrecht L. Rev.* 1 2010, 1 (7).

<sup>43</sup> Elfte Richtlinie des Rates 89/667/EWG v. 12.1989, *ABl. EG L* 395 v. 30.12.1998, 36 ff.

<sup>44</sup> *Münch/Franz* (Fn. 12), 2709.

<sup>45</sup> *Ebd.*

auch an dieser Stelle Rechtsberatungskosten entstehen können. Nicht eingegangen werden kann an dieser Stelle auf die Gefahren einer möglichen Doppelbesteuerung.<sup>46</sup>

Des Weiteren ist eine Vielzahl von nationalen Gesellschaftsformen in den Mitgliedstaaten weitgehend unbekannt.<sup>47</sup> Freilich sind beispielsweise die englische *Limited* oder die deutsche *GmbH* im europäischen Ausland verbreitet. Anders zu beurteilen ist dies hingegen z.B. für die *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością* (*Sp. z o.o.*, Polen) oder die *Společnost s ručením omezeným* (*s.r.o.*, Tschechien),<sup>48</sup> was sich auch auf sprachliche Barrieren zurückführen lässt.<sup>49</sup> Gerade die Gesellschaften der neuen Mitgliedstaaten können dadurch erhebliche Wettbewerbsnachteile erleiden, die in einem gemeinsamen europäischen Binnenmarkt jedoch nicht hinnehmbar sind.<sup>50</sup> Auch die Gründung selbstständiger deutscher Tochtergesellschaften im Ausland birgt demzufolge zahlreiche Nachteile, insbesondere eine erhebliche Rechtsunsicherheit in sich.

### c) Ausländische Tochtergesellschaft

Eine weitere Möglichkeit besteht in der Wahl einer lokalen ausländischen Rechtsform für die jeweilige Tochtergesellschaft. Die Einpersonengesellschaft mbH gilt hierbei als ideale Konzerntochter,<sup>51</sup> weshalb die Konzerne bei der Gründung ihrer Töchter primär auf die zweite Kapitalgesellschaftsform des Zielstaates zurückgreifen.<sup>52</sup> Diese Gestaltungsvariante vermeidet Wettbewerbsnachteile gegenüber inländischen Gesellschaften und ermöglicht eine territoriale Haftungssegmentierung.<sup>53</sup>

---

<sup>46</sup> Zu den vielfältigen steuerrechtlichen Schwierigkeiten vgl. *Kaminski/Strunk*, Ansässigkeit und Vermeidung der Doppelbesteuerung nach Abkommensrecht, IStR 2007, 189 ff.; *Kollruss*, Hinzurechnungsbesteuerung bei doppelt ansässigen Kapitalgesellschaften, IStR 2008, 316 ff.; *Teichmann* (Fn. 12), 121 f.

<sup>47</sup> *Oplustil* (Fn. 15), 117 f.; *Teichmann*, in: Leible/Reichert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts VI, 2013, § 50 Rn. 1.

<sup>48</sup> *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 182; *Kneisel* (Fn. 37), 33.

<sup>49</sup> *Teichmann* (Fn. 12), 122.

<sup>50</sup> Vgl. *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 927; *Hügel* (Fn. 42), 319; *Oplustil* (Fn. 15), 109; *Radwan*, European Private Company and the Regulatory Landscape in the EU – An Introductory Note, EBLR 2007, 769, 771; *Steinberger* (Fn. 7), 31.

<sup>51</sup> *Ochs*, Die Einpersonengesellschaft in Europa. Eine rechtsvergleichende Studie zum Recht der Einpersonen-GmbH in Deutschland, Frankreich, Italien und England, 1997, 252; zur Bedeutung der GmbH als Konzernbaustein vgl. auch *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, Die GmbH als Konzernbaustein, 2006, Rn. 5 ff.

<sup>52</sup> *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Teichmann* (Fn. 13), 170.

<sup>53</sup> Vgl. *Gutsche* (Fn. 10), 288; *Oplustil* (Fn. 15), 118.



Zu berücksichtigen ist indes, dass sich die jeweiligen nationalen GmbH-Äquivalente mangels umfassender Harmonisierung auf europäischer Ebene<sup>54</sup> zumeist erheblich voneinander unterscheiden.<sup>55</sup> Die zweite Kapitalgesellschaftsform ist vielmehr eine Domäne des nationalen Rechts und wird aus diesem Grund auch als nationales Kulturgut bezeichnet.<sup>56</sup> Bereits die Gesellschaftsgründung, der Entwurf einer einheitlichen Satzung für alle Töchter, insbesondere jedoch das alltägliche *corporate housekeeping* gestalten sich für die Konzernmutter daher als sehr kostenintensiv und zeitaufwendig – insbesondere wenn die Tochtergesellschaften in jeweils unterschiedlichen Mitgliedstaaten beheimatet sind.<sup>57</sup> Für jede betroffene Rechtsordnung müssen aktuelle Rechtsentwicklungen verfolgt und für jede gesellschaftsrechtliche Maßnahme gegebenenfalls Rechtsrat eingeholt werden. Die KMU sind indes typischerweise nicht finanzstark genug, um eine eigene Rechtsabteilung zu unterhalten.<sup>58</sup> Demzufolge steht der Kosten- und Beratungsaufwand oftmals außer Verhältnis zu dem Geschäftsumfang der Tochtergesellschaft. Im Ergebnis kann diese starke finanzielle Belastung bereits eine prohibitive Wirkung für die grenzüberschreitende Tätigkeit der KMU entfalten.<sup>59</sup> Darüber hinaus steht die Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsordnungen der notwendigen Vereinheitlichung von Strukturen innerhalb eines Konzerns entgegen.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Es finden sich lediglich vereinzelte Regelungen wie bspw. in der Publizitätsrichtlinie (Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009, ABl. EU L 258 v. 1.10.2009, 11 ff.) oder der Einpersonengesellschaftsrichtlinie (Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009, ABl. EU L 258 v. 1.10.2009, 20 ff.).

<sup>55</sup> *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 23), 10 f.; *dies.* (Fn. 15), 925; *dies.*, Eine GmbH für Europa: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Societas Privata Europaea (SPE), GmbHR 2008, 897 (898); *Oplustil* (Fn. 15), 119; *Teichmann*, The Law Applicable to the European Private Company, in: Hirte/Teichmann, The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), 2013, 71 (76); *dies.* (Fn. 13), 169.

<sup>56</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 156 ff.; *Hommelhoff*, Die „Société fermée européenne“ – eine supranationale Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt –, WM 1997, 2101 (2103); *dies./Teichmann* (Fn. 4), 186; *Teichmann* (Fn. 13), 169; *Wicke*, Societas Unius Personae – SUP: eine äußerst wackelige Angelegenheit, ZIP 2014, 1414 (1417).

<sup>57</sup> Vgl. *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281 (283); *Drury* (Fn. 15), 38; *Ebricke* (Fn. 9), 32; *Hommelhoff* (Fn. 56), 2103; *Kneisel* (Fn. 37), 33; *Oplustil* (Fn. 15), 119; *Steinberger* (Fn. 7), 28; *Teichmann* (Fn. 40), 61; *dies.* (Fn. 12), 120; *dies.* (Fn. 13), 170; *van den Braak* (Fn. 42), 6; *Vossius*, Die Europäische Privatgesellschaft – Societas Europaea Privata (SEP), in: Teichmann, Europa und der Mittelstand, 2010, 65 (66).

<sup>58</sup> Vgl. *Hommelhoff/Helms* (Fn. 5), 54; *Salomon* (Fn. 17), 15 f.; *Steinberger* (Fn. 7), 28; *Teichmann* (Fn. 12), 120.

<sup>59</sup> Vgl. *Ebricke* (Fn. 9), 32; *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Oplustil* (Fn. 15), 119; *Teichmann* (Fn. 16), 274; *dies.* (Fn. 40), 61; *dies.* (Fn. 55), 76 f.; *dies.* (Fn. 12), 120 f.

<sup>60</sup> *Gutsche* (Fn. 10), 288.

Entscheidender Nachteil dieser Gestaltungsmöglichkeit ist es jedoch, dass nicht in allen ausländischen Gesellschaftsformen wie bei der deutschen GmbH (§ 37 Abs. 1 GmbHG) der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern weisungsgebunden ist.<sup>61</sup> Eine einheitliche, effektive Konzernleitung ist somit oftmals nicht gewährleistet.

### 3. Grenzüberschreitende Verschmelzung

Auf Grundlage der zehnten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie<sup>62</sup> können Kapitalgesellschaften im europäischen Binnenmarkt eine Verschmelzung über die Grenze vollziehen. Die Richtlinie erleichtert jedoch primär Unternehmenskonzentrationen, nicht aber die Etablierung einer europaweiten Konzernstruktur durch die Gründung eigenständiger Tochtergesellschaften. Auch eine grenzüberschreitende Verschmelzung vermag den KMU mithin keine adäquate Möglichkeit zum Aufbau einer internationalen Konzernstruktur zu bieten, führt eine solche doch zudem stets in das nationale Recht der aufnehmenden Gesellschaft.<sup>63</sup> Auch hier würden folglich erhebliche Beratungskosten für die Konzernmutter entstehen.<sup>64</sup>

### 4. Anforderungsprofil eines Konzernbausteins

Eine Auswertung der derzeit bestehenden Gestaltungsvarianten zeigt, dass bei der Gründung und Leitung ausländischer Tochtergesellschaften folgende praktischen Anforderungen erfüllt sein müssen, um die Effizienz einer internationalen Konzernstruktur zu gewährleisten:

Von Bedeutung sind zunächst eine rechtssichere und einheitliche Gründung der einzelnen Tochtergesellschaften sowie die Minimierung der hierbei entstehenden Kosten. Auch die Reputation der Rechtsform im Ausland ist im Hinblick auf künftige Geschäftspartner zu berücksichtigen. Letztlich entscheidend ist jedoch, inwiefern ein konzernweit einheitliches Rechtssystem geschaffen werden kann, das hinreichend Raum für individuelle Gestaltungen lässt und eine effektive Leitung durch die Muttergesellschaft zu gewährleisten vermag.<sup>65</sup> Die Bedürfnisse der KMU liegen mithin in schlanken, flexiblen und transparen-

---

<sup>61</sup> *Münch/Franz* (Fn. 12), 2709.

<sup>62</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EU L 310 v. 25.11.2005, 1 ff.; geändert durch: Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009, ABl. EU L v. 2.10.2009, 14 ff.

<sup>63</sup> *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 927.

<sup>64</sup> Siehe dazu oben Abschnitt II. 2. c).

<sup>65</sup> Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 12), 2707; *Teichmann* (Fn. 12), 123; *Vossius* (Fn. 57), 68.

ten Strukturen, die sich europaweit ohne großen Verwaltungsaufwand rechtssicher umsetzen lassen.<sup>66</sup>

## 5. Zwischenergebnis

Im Ausgangspunkt ist die Niederlassungsfreiheit zwar unmittelbar in Art. 54, 49 AEUV verankert; in der Praxis verursacht ihre Verwirklichung für KMU jedoch noch immer einen unverhältnismäßig hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand.<sup>67</sup> Das skizzierte Anforderungsprofil eines international flexibel einsetzbaren Konzernbausteins ist somit bislang noch nicht erfüllt worden.

### III. Die SUP als Konzernbaustein

#### 1. Richtlinienvorschlag der Kommission

Aus diesem Grund hat die EU-Kommission am 9.4.2014 einen Vorschlag für die Neufassung der Einpersonengesellschafts-Richtlinie vorgelegt,<sup>68</sup> mit der – in Anknüpfung an eine im Sommer 2013 durchgeführte Konsultation<sup>69</sup> – eine *Societas Unius Personae* (SUP) geschaffen werden soll. Mit diesem Projekt sollen die mitgliedstaatlichen Regelungen für die geschlossene Kapitalgesellschaft im Alleinbesitz europaweit harmonisiert und flexibilisiert werden. Die SUP ist als Binnenmarkt-weit einheitlich einsetzbarer Konzernbaustein konzipiert, der die Bedürfnisse der KMU<sup>70</sup> befriedigen und zugleich deren Wettbewerbsfähigkeit fördern soll.<sup>71</sup> Das Projekt dient dabei der Umsetzung der Wachstumsstrategie *Europa 2020*<sup>72,73</sup>

Ursprünglich hatte die Europäische Kommission zur Förderung der KMU bereits im Jahre 2008 das Statut einer *Societas Privata Europaea* (SPE) vorgeschla-

---

<sup>66</sup> Vgl. *Gutsche* (Fn. 10), 286; *Vossius* (Fn. 57), 68.

<sup>67</sup> *Teichmann* (Fn. 13), 169.

<sup>68</sup> COM(2014) 212 final v. 9.4.2014 (Fn. 1).

<sup>69</sup> Konsultation zu Kapitalgesellschaften mit einem einzigen Gesellschafter, Ergebnisse abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/single-member-private-companies/docs/contributions/ipm-results\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/single-member-private-companies/docs/contributions/ipm-results_en.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>70</sup> Siehe dazu oben Abschnitt II. 4.

<sup>71</sup> Vgl. *Hommelhoff*, Gesetzgebungsprojekte im Gesellschafts- und Unternehmensrecht für die kommende Legislaturperiode, ZIP 2013, 2177 (2182); *Lanfermann/Maul*, Maßnahmenpaket der Europäischen Kommission zum Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, BB 2014, 1283 (1283).

<sup>72</sup> COM (2010) 2020 final. v. 3.3.2010, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=en> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>73</sup> Vgl. Erwägungsgründe 5 f. des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1); *Lanfermann/Maul* (Fn. 71), 1290.

gen.<sup>74</sup> Die Idee einer Europäischen Privatgesellschaft lässt sich indes bis in die Siebzigerjahre des vergangenen Jahrhunderts zurückverfolgen.<sup>75</sup> Unter Leitung des französischen Unternehmerverbandes MEDEF und des Forschungsinstituts der Pariser Industrie- und Handelskammer CREDA entstand schließlich ein erster wissenschaftlicher Entwurf, der 1998 veröffentlicht wurde.<sup>76</sup> Die Einführung einer speziell auf die Bedürfnisse der KMU zugeschnittenen, supranationalen Rechtsform stieß nicht nur in der Wissenschaft, sondern insbesondere auch in der Wirtschaft auf breite Unterstützung und großes Interesse.<sup>77</sup> Dennoch hat das Vorhaben aufgrund verschiedener Streitpunkte – u.a. der Mitbestimmung - auch nach mehrmaliger Überarbeitung des Verordnungsentwurfs<sup>78</sup> nicht die erforderliche Zustimmung finden können. Bereits 2012 ließ der *Action Plan on European company law and corporate governance*<sup>79</sup> erkennen, dass die Europäische Kommission aus diesem Grund daran zweifelte, noch eine Einigung herbeiführen zu können. Deshalb kündigte sie an, Alternativen zur SPE zu suchen, und erklärte schließlich Anfang Oktober 2013 im Rahmen des REFIT-Programms,<sup>80</sup> weitere Arbeiten am SPE-Statut bis auf Weiteres einzustellen. Aufbauend auf einem Vorschlag der *Reflection Group on the Future of EU Company Law*<sup>81</sup> wurde daraufhin am 9.4.2014 die SUP als neue Regelungsoption

---

<sup>74</sup> COM(2008) 396 final v. 25.6.2008, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0396:FIN:DE:PDF> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>75</sup> Vgl. hierzu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 15 Rn. 1; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1668 ff.; *Teichmann* (Fn. 47), § 50 Rn. 2 ff.

<sup>76</sup> Abgedruckt in: *Boucourechlieu/Hommelhoff*, Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft, Strukturelemente einer kapitalmarktfernen europäischen Gesellschaftsform nebst Entwurf für eine EPG-Verordnung der Europäischen Gemeinschaft; eine Studie des Centre de Recherche sur le Droit des Affaires der Industrie- und Handelskammer Paris, 1999, 281 ff.

<sup>77</sup> Vgl. die Umfrage des Verbands Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA) 2002, dazu *Steinberger* (Fn. 7), 28 f.; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1669.

<sup>78</sup> Vgl. z.B. die Kompromissvorschläge vom 27.4.2009, abrufbar unter: [www.europeanprivatecompany.eu/legal\\_texts/download/Council-April2009.pdf](http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Council-April2009.pdf), (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015); vom 27.11.2009, abrufbar unter: [http://www.europeanprivatecompany.eu/legal\\_texts/download/Rat-November09-de.pdf](http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Rat-November09-de.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015) und vom 23.5.2011, abrufbar unter: [http://www.europeanprivatecompany.eu/legal\\_texts/download/Hungarian-presidency-Mai2011.pdf](http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Hungarian-presidency-Mai2011.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>79</sup> COM(2012) 740 final v. 12.12.2012, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:DE:PDF> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>80</sup> COM(2013) 685 final v. 2.10.2013, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/docs/20131002-refit\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/docs/20131002-refit_de.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>81</sup> Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law v. 5.4.2011, 66 f., abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

vorgestellt. Intendierter Nebeneffekt des Richtlinienvorschlags ist, dass im Gegensatz zur Einführung einer supranationalen Rechtsform, die nur mit Hilfe einer Verordnung möglich wäre, nicht mehr auf Art. 352 Abs. 1 AEUV als Rechtsgrundlage rekurriert werden muss, der eine einstimmige Entscheidung erfordert.<sup>82</sup> Die SUP-Richtlinie könnte vielmehr auf Grundlage des nur zum Erlass von Richtlinien ermächtigenden Art. 50 Abs. 1, 2 lit. f AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden, für das gemäß Art. 294 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 16 Abs. 3 EUV eine qualifizierte Mehrheit genügt. Das Vorhaben erscheint der Kommission demzufolge leichter realisierbar.

## 2. Strukturmerkmale

Im Unterschied zur SPE ist die SUP keine supranationale Rechtsform, die weitgehend unabhängig vom Recht der Mitgliedstaaten etabliert wäre. Sie ist vielmehr als Unterform der nationalen zweiten Kapitalgesellschaftsform konzipiert, für die ergänzend zu den harmonisierten Rechtsnormen das jeweilige nationale Recht treten soll (vgl. Art. 7 Abs. 4 SUP-RL). Hierbei steht es den Mitgliedstaaten frei, ob sie die Harmonisierung auf alle geschlossenen Kapitalgesellschaften im Alleinbesitz erstrecken oder ob die SUP nur als zusätzliche Untervariante der nationalen Einpersonengesellschaft mbH konzipiert wird.<sup>83</sup> Die SUP ist eine rechtsfähige Kapitalgesellschaft (Art. 7 Abs. 1 SUP-RL) mit nur einem unteilbaren Geschäftsanteil, der allerdings auch im Miteigentum mehrerer natürlicher oder juristischer Personen stehen kann (Art. 15, 8 SUP-RL). Die Gründung kann sowohl *ex nihilo* als auch durch Umwandlung erfolgen (Art. 8 f. SUP-RL). Satzungs- und Verwaltungssitz müssen hierbei nicht identisch sein (Art. 10 SUP-RL). Als Mindeststammkapital ist lediglich der Betrag von 1 € vorgesehen (Art. 16 Abs. 1 SUP-RL). Die Gesellschaftsorgane der SUP sind der auf das gezeichnete Stammkapital begrenzt haftende (Art. 7 Abs. 2 SUP-RL) Gesellschafter und das Leitungsorgan, das aus einem oder mehreren Geschäftsführern bestehen kann (Art. 22 SUP-RL). Die Geschäftsführer sind weisungsabhängig (Art. 23 SUP-RL) und können jederzeit durch Beschluss abberufen werden (Art. 22 Abs. 5 SUP-RL). Auch der Alleingesellschafter selbst kann Geschäftsführer sein (Art. 22 Abs. 4 SUP-RL).

## 3. Eignung der SUP als Konzernbaustein

Ob und inwieweit die SUP jedoch auch als europaweit einheitlicher Konzernbaustein eingesetzt werden kann und die an sie gestellten Erwartungen zu erfüllen vermag, soll im Folgenden analysiert werden. Hierbei wird zwischen der Gruppengründung und dem Gruppenbetrieb differenziert. Einen Schwerpunkt

---

<sup>82</sup> *Wicke* (Fn. 56), 1414.

<sup>83</sup> Vgl. Erwägungsgrund 10 des Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

der Darstellung bildet die fehlende Normierung der Organpflichten des Geschäftsführers.

a) *Gruppengründung*

Vorrangiges Ziel der Vorschriften zur Gründung der SUP ist es, ein vollständig elektronisches, möglichst einfaches, kostengünstiges und wenig zeitintensives Eintragungsverfahren zu implementieren.<sup>84</sup> Die in Art. 11 Abs. 2, 3 SUP-RL vorgesehene einheitliche Mustersatzung dient dabei der Verfahrensbeschleunigung<sup>85</sup> und gewährt der Gesellschaft ein hohes Maß an Rechtssicherheit.<sup>86</sup> Zudem ist eine einheitliche Ausgestaltung der Satzungen aller Tochtergesellschaften gewährleistet. Auch die Beschränkung der Eintragungsformalitäten in Art. 13 SUP-RL ermöglicht den KMU eine zügige Gründung von Tochtergesellschaften. Entscheidend zur Verfahrensbeschleunigung trägt ferner die Möglichkeit der Online-Gründung in Art. 14 Abs. 3 SUP-RL bei, sowie die in Art. 14 Abs. 4 SUP-RL statuierte Eintragungshöchstfrist von lediglich drei Tagen.<sup>87</sup> Die Tatsache, dass der Gründer gem. Art. 14 Abs. 3 SUP-RL nicht mehr persönlich vor einer Behörde des Registerstaates erscheinen muss, sondern eine Gründung auch aus dem Ausland erfolgen kann, gestaltet die Gruppengründung für Konzerne besonders attraktiv.<sup>88</sup> Auch die vorgesehenen Gründungsalternativen orientieren sich an der Einsatzmöglichkeit der SUP als Konzernbaustein: Eine Gründung kann zum einen durch Umwandlung (bereits bestehender Tochtergesellschaften) gem. Art. 9 SUP-RL sowie zum anderen *ex nihilo* durch die Konzernmutter als juristische Person erfolgen, vgl. Art. 8 SUP-RL.<sup>89</sup> Auch der Verzicht auf ein 1 € übersteigendes Mindestkapital in Art. 16 Abs. 1 SUP-RL sowie die Möglichkeit einer Haftungssegmentierung durch die gem. Art. 7 Abs. 2 SUP-RL auf das Stammkapital begrenzte Haftung gestalten eine Gruppengründung unter Verwendung von SUP als Tochtergesellschaften

---

<sup>84</sup> Vgl. Erwägungsgrund 13 des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1); *Jung*, *Societas Unius Personae* (SUP) – Der neue Konzernbaustein, *GmbHHR* 2014, 579 (585 f.).

<sup>85</sup> *Beurskens*, „Societas Unius Personae“ – der Wolf im Schafspelz? – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter – , *GmbHHR* 2014, 738 (740); vgl. zur SPE bereits *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 930.

<sup>86</sup> Vgl. zur SPE bereits *Ebricke* (Fn. 9), 71 f.; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 930.

<sup>87</sup> Die Gefahr eines potentiellen *Company Hijacking/ Corporate Identity Fraud* bleibt an dieser Stelle außer Betracht.

<sup>88</sup> Vgl. Erwägungsgrund 13 des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1); Die Frage, inwiefern eine notarielle Beurkundung in dieses System integriert werden kann, bleibt an dieser Stelle außer Betracht; vgl. hierzu *Jung* (Fn. 84), 587; *Seibert*, SUP – Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen-Gesellschaft, *GmbHHR* 2014, R209 (R210).

<sup>89</sup> Vgl. zur SPE bereits *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 55), 900.

insbesondere für KMU vorteilhaft. Im Ergebnis ist eine zügige und einfache Gruppengründung auf Grundlage des Richtlinienentwurfs somit möglich.

*b) Gruppenbetrieb*

Auch wenn die Kommission in ihren Erwägungsgründen der Gründung maßgebliche Bedeutung zuspricht,<sup>90</sup> so erschöpft sich die Gründung einer Tochtergesellschaft doch in einem einmaligen Akt. Von entscheidender Bedeutung für die Eignung der SUP als Konzernbaustein ist vielmehr ein verlässlicher Rechtsrahmen, der die auf Dauer angelegte, europaweit einheitliche, flexible Konzernleitung in der alltäglichen Praxis zu gewährleisten vermag (Gruppenbetrieb).<sup>91</sup>

*aa) Gestaltungsfreiheit*

Gemäß Art. 11 SUP-RL können für alle Tochtergesellschaften identische, speziell auf die Belange des Konzerns ausgerichtete Satzungen erarbeitet und dadurch eine einheitliche *corporate governance* geschaffen werden.<sup>92</sup> Die im Binnenverhältnis erforderliche Gestaltungsfreiheit<sup>93</sup> wird somit gewährleistet.

*bb) Einfache Beschlussfassung*

Zudem ermöglicht Art. 21 Abs. 3 SUP-RL, bei Berücksichtigung von Art. 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 S. 1 SUP-RL, der Muttergesellschaft eine schnelle Beschlussfassung, die für eine effektive Konzernleitung von essentieller Bedeutung ist.

*cc) Europäisches Label, corporate identity*

Ein weiterer Vorteil der einheitlichen Verwendung von SUP als Tochtergesellschaften ist die auf diese Weise erzielbare *corporate identity*, die es Mitarbeitern

---

<sup>90</sup> Vgl. z.B. Erwägungsgründe 3, 8, 13, 28 des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

<sup>91</sup> Die SMC-Konsultation hat ergeben, dass den Unternehmen die laufende Verwaltung einer Auslands-Tochter noch wesentlich mehr Schwierigkeiten bereitet als deren Errichtung, Ergebnisse abrufbar unter:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/single-member-private-companies/docs/contributions/ipm-results\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/single-member-private-companies/docs/contributions/ipm-results_en.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015); vgl. auch Hommelhoff/Teichmann (Fn. 4), 184.

<sup>92</sup> Vgl. zur SPE: Kallmeyer, Einsatzmöglichkeiten einer EPG im Konzern, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, 83 (84, 87); Salomon (Fn. 17), 17; Vossius (Fn. 57), 67; Wirtz, Die Lückenfüllung im Recht der SE und der SPE. Eine Untersuchung am Beispiel der Holz Müller-Rechtsprechung des BGH, 2012, 233.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu Hommelhoff/Teichmann (Fn. 4), 182; Navez, The Internal Organisation of the European Private Company: Freedom of Contract under National Constraints?, in: Hirte/Teichmann, The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), 2013, 147 (152 ff.).

erleichtert, sich auch im Ausland mit der Gesellschaft zu identifizieren.<sup>94</sup> Zudem muss die Firma der SUP den Mitgliedstaat der Registereintragung nicht erkennen lassen (vgl. Art. 7 Abs. 3 SUP-RL). Durch dieses europaweit einheitliche Label können Wettbewerbsnachteile, wie sie bei unbekanntem Rechtsformen zu konstatieren sind,<sup>95</sup> vermieden werden. Auf diese Weise wird grenzüberschreitend tätigen Konzernen ein europäischer Auftritt mit potentiell erhöhter internationaler Akzeptanz eröffnet (*european label*).<sup>96</sup> Einschränkend sei jedoch erwähnt, dass sich diese erhöhte nationale Akzeptanz erst und nur dann einzustellen vermag, wenn der Wirtschaftsverkehr die SUP auch als eine vertrauenswürdige und Seriosität verkörpernde Rechtsform erachtet und nicht als ein die wahre Nationalität der Gesellschaft verschleierns Rechtskleid.<sup>97</sup>

dd) Sitzaufspaltung<sup>98</sup>

Die durch Art. 10 SUP-RL ermöglichte Sitzaufspaltung über die Grenze erlaubt es, den Gedanken der Binnenmarkt-weiten Einheitlichkeit noch weiter fortzuführen. Werden alle Tochterunternehmen im selben Mitgliedstaat registriert, gelangt für alle Konzerntöchter dieselbe nationale Rechtsordnung als subsidiär geltendes Recht gem. Art. 7 Abs. 4 SUP-RL zur Anwendung.<sup>99</sup> Der Konzern kann demzufolge in seiner Leitung noch stärker nach einheitlichen Grundsätzen organisiert und zentralisiert werden. Eine weitere Erleichterung gewährt die Sitzaufspaltung zudem hinsichtlich der Registrierungsverfahren, die wegen ihrer Gleichförmigkeit noch weiter vereinfacht und beschleunigt werden können. Auch eine konzerneinheitliche Rechnungslegung wird ermöglicht, wodurch die

---

<sup>94</sup> Vgl. zur SPE: *Brandes*, Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft. Zugleich eine rechtsvergleichende Analyse unter Berücksichtigung des englischen, des französischen und des deutschen Gesellschaftsrechts, 2003, 40; *Brandi*, Diskussionsbeitrag Einsatzmöglichkeiten einer EPG und ihre Akzeptanz in der mittelständischen Wirtschaft, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, 79 (80); *Kallmeyer* (Fn. 92), 84.

<sup>95</sup> Siehe dazu oben Abschnitt II. 2. b).

<sup>96</sup> Vgl. *Jung* (Fn. 84), 582; zur SPE: *Hügel* (Fn. 42), 319; *Münch/Franz* (Fn. 12), 2713; *Oplustil* (Fn. 15), 120, 123; *van den Braak* (Fn. 42), 7; *Wicke*, Grundelemente einer Europäischen Privatgesellschaft, GmbHR 2011, 566 (574); *Wirtz* (Fn. 92), 233.

<sup>97</sup> Vgl. *Jung* (Fn. 84), 583; hierzu kritisch *Wicke* (Fn. 56), 1417.

<sup>98</sup> Die Problematik, die sich hinsichtlich einer möglichen Umgehung der Mitbestimmungsanforderungen stellt, bleibt an dieser Stelle außer Betracht; vgl. hierzu z.B. *Beurskens* (Fn. 85), 746 f.; *Wicke* (Fn. 56), 1417; zur SPE bereits: *Bormann/König*, Der Weg zur Europäischen Privatgesellschaft, RIW 2010, 111 (118); *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, Arbeitnehmer-Beteiligung in der Europäischen Privatgesellschaft (SPE) nach dem Verordnungsvorschlag, GmbHR 2008, 1195 f.; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 933.

<sup>99</sup> Vgl. *Jung* (Fn. 84), 582; zur SPE: *Münch/Franz* (Fn. 12), 2712.



Konsolidierung der Einzelabschlüsse zum Konzernabschluss erleichtert wird.<sup>100</sup> Zu beachten ist indes die Gefahr einer potentiellen Doppelbesteuerung<sup>101</sup> bzw. das Erfordernis, gegebenenfalls eine Steuerbilanz nach ausländischem Recht aufstellen zu müssen.

#### ee) Begrenzung auf einen Geschäftsanteil

Ein Nachteil könnte darin bestehen, dass die SUP nur einen einzigen Geschäftsanteil ausgeben kann, Art. 15 Abs. 1 SUP-RL. Mitarbeitermodelle,<sup>102</sup> in denen dem Geschäftsführer ein Geschäftsanteil übertragen wird, um dessen Identifikation mit dem Unternehmen zu stärken und seine Motivation zu steigern, scheinen folglich nicht möglich. Allerdings kann an dem SUP-Geschäftsanteil Miteigentum begründet werden, soweit das anwendbare nationale Recht dies vorsieht, Art. 15 Abs. 3 SUP-RL. § 18 GmbHG beispielsweise geht von einer derartigen Mitberechtigung aus.<sup>103</sup> Ferner ist der Begriff der juristischen Person in Art. 8 SUP-RL europarechtlich autonom auszulegen<sup>104</sup> und würde somit z.B. auch eine zum Zweck eines Managermodells gegründete Personengesellschaft zwischen der Konzernmutter und einem Tochtergeschäftsführer erfassen. Ebenso wäre es denkbar, dass die Muttergesellschaft die SUP über eine Zweckgesellschaft hält und den Geschäftsführer an dieser Zweckgesellschaft beteiligt. Ferner könnte zumindest im deutschen Recht eine stille Beteiligung erfolgen.<sup>105</sup> Ein Mitarbeitermodell ist mithin auch in einer SUP nicht von vorneherein ausgeschlossen. Allerdings würde sich das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Konzernmutter mangels Regelung in der Richtlinie nach nationalem Recht beurteilen. Dies kann ebenso wie das Erfordernis eines gemeinsamen Vertreters (Art. 15 Abs. 3 SUP-RL) zu schwierigen Abgrenzungsfragen und einem möglicherweise nicht intendierten Einfluss des Geschäftsführers auf Entscheidungen der Muttergesellschaft führen. Eine einheitliche Beteiligung aller Tochtergeschäftsführer ist jedenfalls aufgrund der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen nicht möglich. Die SUP ist für ein Mitarbeitermodell im Ergebnis daher denkbar ungeeignet.

#### ff) Weisungsrecht

Einen Vorteil des Richtlinienvorschlags könnte hingegen die ausdrückliche Normierung eines Weisungsrechts in Art. 23 Abs. 1 SUP-RL darstellen. Erst

---

<sup>100</sup> Vgl. zur SPE: *Hommelhoff/Teichmann*, Die SPE vor dem Gipfelsturm. Zum Kompromissvorschlag der schwedischen EU-Ratspräsidentschaft, *GmbHR* 2010, 337 (346); *Münch/Franz* (Fn. 12), 2712.

<sup>101</sup> Vgl. zur SPE: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 100), 346.

<sup>102</sup> Vgl. hierzu *Kneisel* (Fn. 37), 130 ff.

<sup>103</sup> Vgl. *Lanfermann/Maul* (Fn. 71), 1292.

<sup>104</sup> Vgl. *Beurskens* (Fn. 85), 739.

<sup>105</sup> Vgl. *Ebd.*, 740.

diese durch das deutsche GmbH-Recht bereits bekannte Organisationsstruktur ermöglicht es der Konzernmutter, unmittelbaren Einfluss auf ihre Tochtergesellschaften auszuüben und ist für die Eignung der SUP als Konzernbaustein somit von essentieller Bedeutung.<sup>106</sup> Problematisch ist indes, dass das Weisungsrecht unter dem Vorbehalt einer Übereinstimmung mit den Vorgaben des anwendbaren nationalen Rechts steht, Art. 23 Abs. 2 SUP-RL. Nicht in allen nationalen Rechtsordnungen besteht jedoch die Möglichkeit, dass das Konzerninteresse das konfligierende Tochtereigeninteresse überlagern kann.<sup>107</sup> So fordern etwa das britische<sup>108</sup> oder das niederländische<sup>109</sup> Gesellschaftsrecht eine statutarische Ermächtigung für die Gesellschafterweisung, die in den Niederlanden überdies bloß beschränkt erteilt werden kann.<sup>110</sup> In Mitgliedstaaten, in denen der Geschäftsführer hingegen allein dem Tochtereigeninteresse verpflichtet ist, vermag die Weisung keinerlei Folgepflichten zu begründen. Ein einheitliches europäisches Konzernweisungsrecht ist in Art. 23 Abs. 1 SUP-RL somit nicht begründet worden.<sup>111</sup> Die Konzernmutter kann jedoch nur dann von ihrer Niederlassungsfreiheit hinreichenden Gebrauch machen, wenn ihr eine effektive Möglichkeit an die Hand gegeben wird, unternehmerischen Einfluss auf alle Tochterunternehmen auszuüben.<sup>112</sup> Entfaltet die Weisung indes nur für einzelne Tochtergesellschaften eine Bindungswirkung, ist eine einheitliche Konzernleitung unmöglich. Die Etablierung eines Weisungsrechts ist ohne eine Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene demzufolge faktisch bedeutungslos.<sup>113</sup> Das in Erwägungsgrund 23 des Richtlinienentwurfs dargelegte Ziel, die Tätigkeit von Unternehmensgruppen zu erleichtern, wird durch Art. 23 SUP-RL somit jedenfalls dann nicht erreicht, wenn die Tochter-

---

<sup>106</sup> *Lanfermann/Maul* (Fn. 71), 1293.

<sup>107</sup> Vgl. hierzu *Hommelhoff*, Konzernrecht für den europäischen Binnenmarkt, ZGR 1992, 121 (136 f.).

<sup>108</sup> In der Mustersatzung ist in Art. 4 Abs. 1 ein Weisungsrecht vorgesehen, vgl. *Ebert/Levedag*, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2. Aufl. 2011, 770.

<sup>109</sup> Vgl. Art. 239 Abs. 4 S. 1 des niederländischen Burgerlijk Wetboek, Boek 2.

<sup>110</sup> *Hommelhoff*, Die vereinfachte Einmann-Gesellschaft (SMC): Eine Alternative zur SPE?, AG 2013, 211 (217).

<sup>111</sup> *Lanfermann/Maul* (Fn. 71), 1293.

<sup>112</sup> *Lübking*, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 2000, 312.

<sup>113</sup> Vgl. *Schmidt*, Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?, GmbHR 2014, R129 (R130); Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final von BDA, BDI und DIHK, S. 10, abrufbar unter: [http://www.bdi.eu/images\\_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/Gemeinsame\\_Stellungnahme\\_zum\\_Vorschlag\\_fuer\\_eine\\_SUP.pdf](http://www.bdi.eu/images_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/Gemeinsame_Stellungnahme_zum_Vorschlag_fuer_eine_SUP.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

gesellschaften einem nationalen Recht unterliegen, das den Geschäftsführer zur strikten Wahrung des Tochterinteresses verpflichtet.<sup>114</sup>

gg) *Shadow director*

Problematisch erscheint des Weiteren, dass gem. Art. 22 Abs. 7 SUP-RL bereits derjenige als faktischer Geschäftsführer qualifiziert wird, dessen Anordnungen und Weisungen die Geschäftsführer für gewöhnlich befolgen; es sei denn, es werde lediglich fachlicher Rat erteilt. Art. 22 Abs. 7 SUP-RL geht über die deutsche Definition des faktischen Geschäftsführers hinaus, für die nach überwiegender Ansicht ein erkennbares Auftreten der Person nach außen erforderlich ist.<sup>115</sup> Der Entwurf hingegen stellt vielmehr allein auf das Innenverhältnis ab und folgt somit dem englischen Begriffsverständnis, vgl. sec. 251 CA 2006. Dadurch besteht in der Konzerngruppe jedoch die Gefahr, die Muttergesellschaft bei hinreichend dichter Einflussnahme, gerade aufgrund ihres in Art. 23 Abs. 1 SUP-RL begründeten Weisungsrechts, als faktischen Geschäftsführer zu qualifizieren. Die Konzernmutter würde somit den Pflichten eines Geschäftsführers unterstellt und müsste gegebenenfalls haftungsrechtlich für ihr Handeln einstehen. Als Konsequenz würde die in einem Konzern essentielle Haftungssegmentierung durchbrochen. Das Leitmotiv des Richtlinienentwurfs, die europaweite Konzernertätigkeit zu fördern,<sup>116</sup> wird durch Art. 22 Abs. 7 SUP-RL somit konterkariert. Empfehlenswert wäre aus diesem Grund eine an das englische Recht angelehnte, eindeutige Klarstellung, dass der Alleingesellschafter nicht bereits aufgrund seines Weisungsrechts als faktischer Geschäftsführer anzusehen ist, vgl. sec. 251 Abs. 3 CA 2006.<sup>117</sup> Andernfalls würde das Weisungsrecht weitgehend entwertet.<sup>118</sup> In der gegenwärtigen Fassung ist Art. 22 Abs. 7 SUP-RL jedenfalls eine Quelle der Rechtsunsicherheit, die für den Einsatz der SUP als Konzernbaustein eine prohibitive Wirkung entfalten kann.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Zur Möglichkeit der Sitzaufspaltung siehe oben Abschnitt **III. 3. b) dd)** sowie **IV. 5. a)**.

<sup>115</sup> BGHZ 150, 61 ff.; BGH, NZG 2005, 755 (755); *Schneider/Schneider*, in: Scholz, GmbHG I, 11. Aufl. 2012, § 6 Rn. 114; *Tebben*, in: Michalski, GmbHG I, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 96; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35 Rn. 9; einschränkend *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 18. Aufl. 2012, vor § 35 Rn. 11, § 43 Rn. 4.

<sup>116</sup> Vgl. Erwägungsgründe 4 ff. des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

<sup>117</sup> *Drygala*, What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP), EuZW 2014, 491 (495).

<sup>118</sup> *Dreher*, Der Richtlinienentwurf über die Societas Unius Personae und seine Regelungen zur faktischen Geschäftsführung, NZG 2014, 967 (971).

<sup>119</sup> *Dreher* (Fn. 118), 970; *Drygala* (Fn. 117), 495.

hh) *Cash-Pool*

Weitere Rechtsunsicherheit könnte im Hinblick auf die Verwendung eines Cash-Pool-Systems im Konzern bestehen. Cash-Pooling bezeichnet einen konzerninternen Liquiditätsausgleich, der durch ein zentrales Finanzmanagement vorgenommen wird.<sup>120</sup> Solche Cash-Management-Systeme ermöglichen es Konzernunternehmen, verbundintern vorhandene Liquidität effizient zu nutzen und dadurch die Kosten einer Fremdkapitalaufnahme zu vermeiden.<sup>121</sup> Derartige Liquiditätsbewegungen unterfallen jedoch dem weiten Ausschüttungsbegriff des Art. 2 Abs. 3 SUP-RL und müssen folglich mit den Vorgaben des Art. 18 SUP-RL in Einklang gebracht werden. Im Interesse eines umfassenden Gläubigerschutzes mag dieses weite Begriffsverständnis zwar zu begrüßen sein. In der Unternehmensgruppe wirft sie indes die Frage auf, ob und inwiefern auch konzerninterne Transaktionen, denen ein vollwertiger und deckender Gegenleistungsanspruch gegenübersteht, dem Ausschüttungsbegriff unterfallen.<sup>122</sup> Um internationalen Konzernen das Cash-Pooling rechtssicher zu ermöglichen und beispielsweise klarzustellen, ob tatsächlich vor jedem Liquiditätstransfer von der SUP an die Konzernmutter eine Solvenzbescheinigung gem. Art 18 Abs. 3 SUP-RL auszustellen ist, sollten Cash-Pool-spezifische Regelungen in die Richtlinie implementiert werden. Ein Cash-Pool-System könnte z.B. unter der Prämisse rechtlich legitimiert werden, dass die Konzernmutter die Liquiditätsanfordernisse der Töchter sicher zu erfüllen vermag. Hier würde es sich beispielsweise anbieten, die Muttergesellschaft zu verpflichten, einen Liquiditätsfond einzurichten, der die externen Verbindlichkeiten der Töchter absichert und so deren Liquidität garantiert. Zudem sollten Vorkehrungen getroffen werden, die einen hinreichenden Informationsaustausch bezüglich der jeweiligen finanziellen Situation zwischen Mutter- und Tochterunternehmen sicherzustellen vermögen.<sup>123</sup> Im Ergebnis ist eine rechtssichere Fundamentierung des konzerninternen Cash-Pooling jedenfalls zwingend erforderlich, um die SUP als Konzernbaustein attraktiv zu gestalten.<sup>124</sup>

#### IV. Fehlende Normierung der Organpflichten

Der Richtlinienvorschlag der Kommission spart die Normierung von Organpflichten der Geschäftsführer weitgehend aus. Während sich hinsichtlich der Geschäftsführerbefugnisse in Art. 21 Abs. 2 S. 2 und Art. 22 Abs. 3 SUP-RL

---

<sup>120</sup> *Kneisel* (Fn. 37), 258.

<sup>121</sup> *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1289 (1289); *Kneisel* (Fn. 37), 258; zur SPE bereits: *Hommelhoff*, Unternehmensfinanzierung in der Europäischen Privatgesellschaft (SPE), ZHR 173 (2009), 255 (273).

<sup>122</sup> Vgl. zur SPE: *Teichmann* (Fn. 12), 126.

<sup>123</sup> Vgl. zur SPE bereits *Hommelhoff* (Fn. 121), 274 ff.

<sup>124</sup> Vgl. auch *Hommelhoff* (Fn. 110), 216.

Negativabgrenzungen finden sowie eine Regelung der Geschäftsleitung in Art. 22 Abs. 1 SUP-RL und der Vertretungsmacht in Art. 24 SUP-RL, trifft der Entwurf hinsichtlich der Pflichten des Geschäftsführers lediglich eine Aussage in Art. 18 Abs. 3 S. 2, 3 SUP-RL sowie in Art. 23 SUP-RL bezüglich der Befolgung von Weisungen.<sup>125</sup> Einzelheiten der gemäß Art. 18 Abs. 5 S. 1 SUP-RL haftungsbewehrten Pflicht zur Erteilung einer Solvenzbescheinigung werden indes nicht harmonisiert. Insbesondere bleibt offen, inwieweit andere nationale Haftungstatbestände durch Art. 18 Abs. 5 S. 1 SUP-RL ergänzt oder verdrängt werden (etwa Fehler bei der Aufstellung der Bilanz, etc.).<sup>126</sup> Zudem wird die Frage, inwieweit dem Geschäftsführer bezüglich der Solvenzprognose unternehmerisches Ermessen zuzugestehen ist, innerhalb Europas sehr unterschiedlich beurteilt.<sup>127</sup> Dies kann zu divergierenden Gerichtsentscheidungen führen und dadurch eine einheitliche Konzernleitung erschweren. Im Ergebnis stellt Art. 18 Abs. 3, 5 S. 1 SUP-RL in seiner derzeitigen Fassung für die Geschäftsführer somit einen erheblichen Unsicherheitsfaktor dar.<sup>128</sup>

Bezüglich sonstiger Pflichten des Geschäftsführers schweigt der Richtlinienentwurf hingegen vollständig. Diese richten sich gem. Art. 7 Abs. 4 SUP-RL demzufolge nach nationalem Recht. Eine nähere Ausgestaltung könnte lediglich noch in der gem. Art. 11 Abs. 3 SUP-RL von der Kommission zu erlassenden Mustersatzung erfolgen.<sup>129</sup>

### 1. Keine Regelung auf europäischer Ebene

Auch außerhalb des Richtlinienentwurfs findet sich auf europäischer Ebene bislang keine Regelung der Organpflichten von Tochtergeschäftsführern in Konzerngesellschaften. Zwar bemühte sich der europäische Gesetzgeber in den Siebziger- und Achtzigerjahren um eine Kodifikation des Konzernrechts. Die 1974/75<sup>130</sup> und 1984<sup>131</sup> erarbeiteten Entwürfe einer neunten Konzernrichtlinie scheiterten indes an ihrer fehlenden Konsensfähigkeit. Das Vorhaben einer Vollharmonisierung des Konzernrechts wird aus diesem Grund heute

---

<sup>125</sup> Vgl. hierzu oben Abschnitt III. 3. b) ff).

<sup>126</sup> *Beurskens* (Fn. 85), 743.

<sup>127</sup> *Drygala* (Fn. 117), 496.

<sup>128</sup> Vgl. *Drygala* (Fn. 117), 496; Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final von BDA, BDI und DIHK (Fn. 113), 9; vgl. zur SPE ebenso *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 932.

<sup>129</sup> *Beurskens* (Fn. 85), 744.

<sup>130</sup> Vorentwurf einer Neunten Richtlinie DOK Nr. XI/32874-D und XI/593/75-D.

<sup>131</sup> Vorentwurf einer Neunten Richtlinie DOK Nr. III/1639/84, abgedruckt in: ZGR 1985, 446; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 10. Aufl. 2013, § 1 Rn. 44; dazu auch *Hommelhoff*, Zum revidierten Vorschlag für eine EGKonzernrichtlinie, in: FS Fleck, 1988, 125 (125 ff.).

nicht mehr verfolgt.<sup>132</sup> Derzeit finden sich lediglich Teilregelungen des Konzernrechts in einzelnen europäischen Rechtsakten wie beispielsweise der Kapitalrichtlinie (2. Richtlinie),<sup>133</sup> der Konzernbilanzrichtlinie (7. Richtlinie)<sup>134</sup> oder der Übernahmerichtlinie (13. Richtlinie).<sup>135</sup>

Der Konzern ist für die transnationale Wirtschaftstätigkeit im Binnenmarkt indessen von überragender Bedeutung,<sup>136</sup> wird er doch auch als modernste und wichtigste Organisationsform von Unternehmen bezeichnet.<sup>137</sup> Um dieser wirtschaftlichen Einheit ihre Entsprechung in einer juristischen Einheit folgen zu lassen,<sup>138</sup> widmet sich der europäische Gesetzgeber nun erneut der Konzernfrage, was eine Reihe konzernrelevanter Einzelvorhaben im *EU-Aktionsplan Gesellschaftsrecht 2012*<sup>139</sup> verdeutlichen (Anerkennung des Konzerninteresses, Konzernstruktur- und –transaktionstransparenz, *related party transactions* und insbesondere auch die SUP als Konzernbaustein). Statt einer Vollharmonisierung bemüht sich die Kommission nunmehr um punktuelle Angleichungen (Kernbereichsharmonisierung),<sup>140</sup> was 1998 bereits vom *Forum Europaeum Konzernrecht*<sup>141</sup> und 2003 von der *High Level Group* angeregt wurde.<sup>142</sup> Hierbei ist im Hinblick auf die zu regelnde Rechtsform jedoch ein Paradigmenwechsel vonnöten: Nicht die Aktiengesellschaft, die bislang im Mittelpunkt der Harmonisierungsbemühungen stand, sondern die zweite Kapitalgesellschaft ist die typische Rechts-

---

<sup>132</sup> Vgl. *Emmerich/Habersack* (Fn. 131), § 1 Rn. 44; *Tholen* (Fn. 31), 155 f.

<sup>133</sup> Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012, ABl. EU L 315 v. 14.11.2012, 74 ff.

<sup>134</sup> Siebte Richtlinie 83/349/EWG des Rates v. 13.6.1983, ABl. EG L 193 v. 18.7.1983, 1 ff.

<sup>135</sup> Dreizehnte Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 21.4.2004, ABl. EU L 142 v. 30.4.2004, 12 ff.

<sup>136</sup> *Lübking* (Fn. 112), 311, 341.

<sup>137</sup> Vgl. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 1006; *Hommelhoff* (Fn. 71), 2183; *ders./Lächler*, Förder- und Schutzrecht für den SE-Konzern, AG 2014, 257 (258); *ders./Teichmann* (Fn. 4), 183.

<sup>138</sup> Vgl. hierzu *Ehrlicke*, Die Überwindung von Akzeptanzdefiziten als Grundlage zur Schaffung neuer supranationaler Gesellschaftsformen in der EU. Ein Beitrag zur Entwicklung einer sog. *Société Fermée Européenne* (Europäische Privatgesellschaft), *RabelsZ* 64 (2000), 497 (501); *Salomon* (Fn. 17), 16.

<sup>139</sup> COM(2012) 740 final v. 12.12.2012 (Fn. 79).

<sup>140</sup> *Drygala*, Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions, AG 2013, 198 (201); *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 184.

<sup>141</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (687).

<sup>142</sup> Vgl. Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne Rahmenbedingungen in Europa, 102; abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

form für Tochtergesellschaften.<sup>143</sup> Eine Normierung der Organpflichten eines Tochtergeschäftsführers ist jedoch bislang noch nicht erfolgt.

## 2. Unterschiedliche nationale Regelungen

a) *Loyalitätspflichten* (duties of loyalty), insbesondere Pflicht zur Wahrung des Tochterinteresses

Vergleicht man die verschiedenen mitgliedstaatlichen Ausformungen der Loyalitätspflichten eines Geschäftsführers, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass die meisten, wenn nicht alle in der EU vertretenen Rechtssysteme, von dem Grundsatz ausgehen, dass eine Gesellschaft ein Eigeninteresse besitzt und die Geschäftsleiter verpflichtet sind, dieses Interesse zu wahren.<sup>144</sup> Bei der Frage, ob die Unterordnung des Eigeninteresses unter das Konzerninteresse eine Verletzung der Loyalitätspflicht des Geschäftsführers darstellt, bestehen indes erhebliche Divergenzen. Auch hinsichtlich der Notwendigkeit und der Ausgestaltung konzernrechtlicher Normen herrscht keine Übereinstimmung.<sup>145</sup> Neben Deutschland weisen nur einzelne Staaten wie beispielsweise Portugal, Tschechien, Ungarn, Kroatien, Italien und Slowenien ein zumindest teilweise kodifiziertes Konzernrecht auf.<sup>146</sup> In anderen Mitgliedstaaten wie Großbritannien, Belgien oder Frankreich hingegen wird der Schutz Dritter durch allgemeine, teilweise durch die Rechtsprechung konkretisierte Rechtsinstitute gewährleistet.<sup>147</sup> In einem grenzüberschreitenden Konzern besteht demzufolge bis heute Unklarheit, inwiefern die Geschäftsführer einer beherrschten Gesellschaft ihre Geschäftspolitik am Konzerninteresse ausrichten dürfen.<sup>148</sup> Dieses unterschiedliche Verständnis von den Loyalitätspflichten eines Geschäftsführers erhöht die Schwierigkeit einer einheitlichen Konzernleitung im Binnenmarkt.<sup>149</sup> Weitere Differenzen resultieren daraus, dass einige Mitgliedstaaten das Gesellschaftsinteresse primär nach dem *stakeholder*-Modell bestimmen, wohingegen andere dem *shareholder*-Ansatz folgen.<sup>150</sup> Während der *shareholder value*-Ansatz grundsätzlich

<sup>143</sup> Teichmann, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184 (189 ff.).

<sup>144</sup> Ebd., 191 ff.

<sup>145</sup> Vgl. Conac, Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level, ECFR 2013, 194 (199 ff.); Hommelhoff, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, 279 (282); Kneisel (Fn. 37), 56 ff.; Wicke (Fn. 56), 1416.

<sup>146</sup> Lutter/Bayer/Schmidt (Fn. 15), 144; Altmeyen, in: MüKo AktG V, 3. Aufl. 2010, Einl. §§ 291 ff. Rn. 31.

<sup>147</sup> Vgl. Hommelhoff (Fn. 107), 134 f.

<sup>148</sup> Teichmann (Fn. 143), 184.

<sup>149</sup> Vgl. Lübkjng (Fn. 112), 312 f.

<sup>150</sup> Vgl. z.B. bzgl. der Differenzen zwischen englischem und deutschem Recht: Bedkowsky, Die Geschäftsleiterpflichten. Eine rechtsvergleichende Abhandlung zum deutschen und englischen Kapitalgesellschaftsrecht, 2006, 110 ff.

eine ausschließliche Ausrichtung der Geschäftsführung an den (finanziellen) Interessen der Anteilseigner fordert, betrachtet das *stakeholder*-Modell die Gesellschaft als ein Zusammentreffen konfligierender Interessen unterschiedlicher Anspruchsgruppen (Anteilseigner, Arbeitnehmer, die allgemeine Öffentlichkeit,...), die die Geschäftsführung in einen schonenden Ausgleich zu bringen verpflichtet ist.<sup>151</sup> Eine europaweit einheitliche Normierung der Loyalitätspflichten würde aufgrund der dargelegten Divergenzen folglich ein besonders hohes Konfliktpotential in sich bergen.<sup>152</sup>

*b) Sorgfaltspflichten (duties of care)*

Hinsichtlich der Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung hingegen gelangen die mitgliedstaatlichen Regelungssysteme zu weithin übereinstimmenden Ergebnissen.<sup>153</sup> Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die jeweiligen Tochtergeschäftsführer in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen mit sehr unterschiedlich ausgestalteten Pflichtenkanons und Handlungsvorgaben konfrontiert werden.<sup>154</sup> Wie sehr sich die jeweiligen Anforderungen unterscheiden, verdeutlicht ein Vergleich der Pflichten und der daraus resultierenden Geschäftsleiterhaftung im Rahmen einer Insolvenz: So droht einem Geschäftsführer in Frankreich schon wegen einfacher Geschäftsleitungsfehler eine Ausfallhaftung (*action en comblement du passif*), während er in England einer Haftung wegen Insolvenzverschleppung ausgesetzt ist, wenn er die Geschäfte der Gesellschaft trotz absehbaren Eintritts der Insolvenz weiterführt (*wrongful trading*). In Deutschland wiederum haftet der Geschäftsführer, wenn er bei Insolvenzureife nicht rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt.<sup>155</sup>

Auch bezüglich der normativen Ausgestaltung der Organpflichten bestehen erhebliche Divergenzen. Hierbei stehen sich das Konzept einer großen Generalklausel, wie es das deutsche GmbH-Gesetz in § 43 Abs. 1 verfolgt, auf der einen Seite und das einer Auflistung von Einzelpflichten oder einzelnen Generalklauseln auf der anderen Seite gegenüber, wie es etwa im britischen Companies Act 2006 (sec. 170 ff.) seinen Niederschlag gefunden hat.<sup>156</sup> Diese unterschiedlichen Grundkonzeptionen haben bereits bei den Verhandlungen im Rahmen der SPE-Verordnung verdeutlicht, dass ein Konsens bezüglich der

---

<sup>151</sup> Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG I, 2. Aufl. 2010, § 76 Rn. 29.

<sup>152</sup> Vgl. im Ergebnis ebenso zur SPE: *Peters/Wülrich*, Gesellschaftsrechtliche Einigung Europas durch die Societas Privata Europaea (SPE), DB 2008, 2179 (2184).

<sup>153</sup> *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 185.

<sup>154</sup> *Ebd.*

<sup>155</sup> Vgl. *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 933; *Maul/Röhrich*, Die Europäische Privatgesellschaft – Überblick über eine neue supranationale Rechtsform, BB 2008, 1574 (1577).

<sup>156</sup> *Hommelhoff* (Fn. 110), 218.



Normierung von Organpflichten auf europäischer Ebene sehr schwer zu erzielen ist: Während der erste Entwurf noch Vorschriften über die Pflichten und die Haftung der Geschäftsleitung enthalten hatte (Art. 31 mit Konkretisierungen z.B. in Art. 15 Abs. 1, 25 Abs. 2),<sup>157</sup> rückten die Kommissionsvorschläge der verschiedenen Ratspräsidentenschaften im Folgenden nach und nach hiervon ab,<sup>158</sup> um die Organpflichten schließlich vollständig dem nationalen Recht zu überantworten.<sup>159</sup> Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die SUP in direkte Konkurrenz zu den nationalen Rechtsformen tritt, wird jeder Mitgliedstaat bemüht sein, alle Regelungen seiner eignen Rechtsordnung, die er für bedeutsam erachtet, in die Richtlinie zu implementieren.<sup>160</sup> Hinzu tritt die Unerfahrenheit mit den Normen anderer Mitgliedstaaten und die Angst, bei einer von der nationalen Rechtsordnung abweichenden Normierung, bildlich gesprochen, *a pig in a poke*<sup>161</sup> zu kaufen.

### 3. Bedürfnis nach einer Normierung

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Grundkonzeptionen stellt sich die Frage, ob die Verhandlungen über die Verabschiedung der SUP-Richtlinie zusätzlich mit einem weiteren umstrittenen Aspekt belastet werden sollten. Ist eine europaweit einheitliche Normierung der Organpflichten überhaupt zwingend vonnöten?

So ließe sich gegen eine Harmonisierung doch anführen, dass die Flexibilität der Gesetzgebung auf nationaler Ebene eine leichtere Korrigierbarkeit von Fehlern sowie eine schnellere Reaktion auf veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen ermögliche. Bei einer zentralen Rechtsangleichung indes könnte die Gefahr einer Petrifizierung des Rechts bestehen.<sup>162</sup> Der Verzicht auf eine

---

<sup>157</sup> COM(2008) 396 final v. 25.6.2008 (Fn. 74).

<sup>158</sup> Vgl. z.B. Kompromissvorschlag v. 27.4.2009 (Fn. 78), Art. 32; vgl. hierzu: *Schmidt*, Der Vorschlag für eine Verordnung über die europäische Privatgesellschaft (SPE) – eine europäische Rechtsform speziell für KMU, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2008*, EWS 2008, 455 (461).

<sup>159</sup> Kompromissvorschlag v. 27.11.2009 (Fn. 78) sowie v. 23.5.2011 (Fn. 78), jeweils Erwägungsgrund 14a; vgl. hierzu: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 178 f.; *Jung*, Die „schwedische“ Societas Privata Europaea, BB 2010, 1233 (1236); *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1721; *Schumacher/Stadtmüller* (Fn. 42), 684.

<sup>160</sup> Vgl. zur SPE: *Davies*, The European Private Company, in: FS Hopt I, 2010, 479 (498).

<sup>161</sup> *Ebd.*

<sup>162</sup> Vgl. *Groß*, Komponenten und Lücken bei der Gesellschaftsrechtsharmonisierung aus Sicht der Praxis, in: Grundmann, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, 189 (201); *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 1986, 1 (11); *Möllers*, Europäische Methoden- und Gesetzgebungslehre im Kapitalmarktrecht. Vollharmonisierung, Generalklauseln und soft law im Rahmen des Lamfalussy-Verfahrens als Mittel zur Etablierung von Stan-

Angleichung würde den Mitgliedstaaten zudem die Möglichkeit eröffnen, nationale Präferenzen angemessen zu berücksichtigen.<sup>163</sup>

Folgte man dieser Ansicht, wäre eine einheitliche Konzernleitung ob der vielfältigen divergierenden nationalen Geschäftsführerplichten jedoch unmöglich. Zwar ist die Gründung von Tochtergesellschaften durch Art. 49, 54 AEUV unmittelbar primärrechtlich geschützt. Das Konzernrecht ist indes zu komplex, um sich bei der Konzeption grenzüberschreitender Gruppenstrukturen allein auf den Abwehrmaßstab der Niederlassungsfreiheit zu verlassen.<sup>164</sup> Die Grundfreiheiten alleine sind nicht geeignet, die gebotene filigrane Feinabstimmung von Leitungsmacht und Tochtereigeninteresse vorzunehmen.<sup>165</sup> Wer eine grenzüberschreitende Unternehmensgruppe organisieren möchte, benötigt demzufolge einen klaren rechtlichen Rahmen, um Gesellschaften aus verschiedenen Staaten in die Gruppe integrieren zu können.<sup>166</sup> Auf der europäischen Ebene gewinnt die Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts neben ihrer Schutzfunktion somit an besonderer Bedeutung (*enabling law*).<sup>167</sup>

Hierin kommt ein Perspektivenwechsel zum Ausdruck; wird doch Konzernrecht nicht mehr alleine als Schutzrecht sondern vielmehr als verlässlicher Rechtsrahmen erachtet, der praktische Gestaltungen erst zu ermöglichen vermag.<sup>168</sup> Insbesondere weil sich die Gerichte in den Mitgliedstaaten der schutzbedürftigen Personengruppen (z.B. Minderheitsgesellschafter und Gläubiger) bereits annehmen,<sup>169</sup> wird dem Konzernrecht nunmehr die Funktion zugesprochen, den Geschäftsführern einen *safe harbour* zu gewähren, einen rechtssicheren Raum, um sie vor einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme zu schützen.<sup>170</sup> Ziel ist es folglich, den Gedanken einer sinnvollen Konzernorganisation auch aus der Perspektive der Tochtergesellschaften weiterzuentwickeln und die grenzüberschreitende Aktivität der Konzerne zu unterstützen, indem den

---

dards, ZEuP 2008, 480 (502); Schön, Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 160 (1996), 221 (236 f.).

<sup>163</sup> Vgl. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt. Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, 2002, 350 f.; Teichmann (Fn. 16), 389.

<sup>164</sup> Teichmann, Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit. Zugleich Rezension der Entscheidung EuGH, Rs. 186/12 (Impacto Azul), ZGR 2014, 45 (70).

<sup>165</sup> Ebd.

<sup>166</sup> Hommelhoff (Fn. 110), 213; Teichmann (Fn. 164), 64 f.

<sup>167</sup> Hierzu: Teichmann (Fn. 143), 189 f.; ders. (Fn. 164), 65.

<sup>168</sup> Hommelhoff, Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern, ZGR 2012, 535 (538); Teichmann (Fn. 143), 189.

<sup>169</sup> Vgl. Teichmann (Fn. 143), 190.

<sup>170</sup> Vgl. Ebd.

Tochtergeschäftsführern einheitliche, d.h. gemeinschaftsrechtlich geprägte Verhaltensmaßstäbe an die Hand gegeben werden.<sup>171</sup>

Dem stehen indes die unterschiedlichen Handlungspflichten entgegen, welche die nationalen Gesellschaftsrechte den Tochtergeschäftsführern auferlegen.<sup>172</sup> Ein Tochtergeschäftsführer muss jedoch stets in der Lage sein, zu erkennen, welche Pflichten er zu erfüllen hat, um nicht mit dem geltenden Recht in Widerspruch zu geraten. Darf er beispielsweise das Tochtereigeninteresse dem Konzerninteresse unterordnen und falls ja: unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Grenzen?

Allerdings erschließen sich die Organpflichten in den meisten Mitgliedstaaten nicht bereits durch schlichte Gesetzeslektüre. Generalklauseln wie § 43 Abs. 1 GmbHG sind vielmehr Einfallstore für die Rechtsprechung. Einem Geschäftsführer kann jedoch nicht zugemutet werden, sich mit der Analyse von Gerichtsentscheidungen und der Kommentarliteratur zu befassen, um die an ihn gestellten Anforderungen und die von ihm zu erfüllenden Pflichten zunächst einmal zu ermitteln. Die daraus resultierenden Rechtsberatungskosten stehen der Intention des Richtlinienentwurfs, eine Kostensenkung zu erzielen,<sup>173</sup> zudem diametral entgegen. Auch wenn die Rechtsordnungen hinsichtlich der Sorgfaltspflichten oftmals zu den gleichen Ergebnissen gelangen,<sup>174</sup> so lässt bereits die unterschiedliche Ausgestaltung der Pflichtenkanons divergierende Gerichtsentscheidungen befürchten. Bereits diese Rechtsunsicherheit beeinträchtigt die einheitliche Leitung in einem Binnenmarkt-weit operierenden Konzern.<sup>175</sup> Umso bedeutsamer sind klare und zweifelsfreie Rechtsgrundlagen, die auf eindeutigen Grundwertungen und -entscheidungen des europäischen Gesetzgebers aufbauen.<sup>176</sup>

Zu welchen Rechtsunsicherheiten bereits eine fehlende Normierung der Organpflichten bei rein innerstaatlichen Sachverhalten führen kann, verdeutlicht zudem der Entschluss des englischen Gesetzgebers, im Companies Act 2006 die bislang nicht kodifizierten Geschäftsleiterpflichten ausdrücklich zu normie-

---

<sup>171</sup> Vgl. *Ekkenga*, Neue Pläne der Europäischen Kommission für ein Europäisches Konzernrecht: Erste Eindrücke, AG 2013, 181 (183).

<sup>172</sup> Vgl. *Drygala* (Fn. 140), 202; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 183.

<sup>173</sup> Vgl. z.B. Erwägungsgründe 3, 5, 7 f. des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1).

<sup>174</sup> Siehe hierzu oben Abschnitt **IV. 2. b)**.

<sup>175</sup> Vgl. den Bericht von *Francesco Chiappetta*, General Counsel der Pirelli Group, abrufbar unter:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/conference201105/chiappetta\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/chiappetta_en.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015), 4 ff.; sowie: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 185 Fn. 83.

<sup>176</sup> *Hommelhoff/Lächler* (Fn. 137), 258.

ren, um den Geschäftsführern einen transparenten, verlässlichen Pflichtenkatalog zur Verfügung zu stellen und die bestehenden Rechtsunsicherheiten auf diese Weise zu beseitigen.<sup>177</sup> In einem internationalen Konzern gelangen zahlreiche unterschiedliche nationale Rechtsordnungen zur Anwendung. Die Rechtsunsicherheit wird folglich noch einmal potenziert.

Ist der betreffende Geschäftsleiter in einer Rechtsordnung tätig, die von ihm die strikte Beachtung des Tochterereigeninteresses verlangt, droht zudem ein Konflikt zwischen Konzernleitung und Tochtergeschäftsführer. Es besteht einerseits die Gefahr, dass sich der Tochtergeschäftsführer dem Druck der Konzernmutter unterwirft und das geltende Recht unter Inkaufnahme einer möglichen persönlichen Haftung ignoriert.<sup>178</sup> Andererseits bieten die national unterschiedlichen Handlungs- und Pflichtenprogramme der Tochtergeschäftsführung jedoch auch eine von der Konzernmutter allenfalls begrenzt nachprüf- bare Handhabe, um deren Führungsimpulsen Widerstand zu leisten.<sup>179</sup> Die unterschiedlichen Organpflichten wirken sich somit zugleich auf die Möglichkeit der Mutter aus, die Geschäftsleitungen in den nachgeordneten Tochtergesellschaften durch Weisungen in ihrem Handeln zu beeinflussen.<sup>180</sup> Dies führt zu Intransparenz und Beratungsbedarf, generiert Kosten und erfordert Durchsetzungsanstrengungen, die sich als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und Marktzutrittsschranke auswirken können.<sup>181</sup>

Zwar ließe sich erwägen, dass eine weitgehende Normierung der Organpflichten der in einer Konzernstruktur erforderlichen Gestaltungsfreiheit und der im Wettbewerb notwendigen Flexibilität entgegensteht. Allerdings hat das Recht auch die Aufgabe, die konfligierenden Interessen zu schützen und in einen schonenden Ausgleich zu bringen.<sup>182</sup> Neben der im Bereich der Binnenorganisation erforderlichen Gestaltungsfreiheit ist mithin ein einheitliches europäisches Regelwerk für den Aufbau einer internationalen Konzernstruktur vonnöten.<sup>183</sup> Erst ein solches Regelwerk schafft die vom Binnenmarkt gebotenen einheitlichen Wettbewerbsbedingungen, ein *level playing field* und die Möglichkeit effektiver Leitung und klarer Einschätzung der Risiken transnationaler Konzerne.<sup>184</sup>

---

<sup>177</sup> Vgl. hierzu: *Bedkowski*, Gesetzlicher Pflichtenkatalog für Geschäftsleiter versus Generalklausel, RIW 2003, 105 (105 ff.).

<sup>178</sup> Bericht der Reflection Group (Fn. 81), 62; *Drygala* (Fn. 140), 202.

<sup>179</sup> *Hommelhoff*, Zur SPE-Sitzaufspaltung, in: FS Roth, 2011, 269 (270).

<sup>180</sup> Vgl. *Hommelhoff/Lächler* (Fn. 137), 258; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 183.

<sup>181</sup> *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 185.

<sup>182</sup> *Hommelhoff* (Fn. 107), 138.

<sup>183</sup> Vgl. *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 929; *Maul/Röbriicht* (Fn. 155), 1574.

<sup>184</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 107), 130; *Lübking* (Fn. 112), 314.

#### 4. Zwischenergebnis

Die fehlende Normierung der Organpflichten führt mithin zu Intransparenz und Rechtsunsicherheit sowie in der Folge zu höheren Transaktionskosten und einer geringeren Leistungsfähigkeit europäischer Unternehmen im internationalen Wettbewerb – der zentrale Leitgedanke des Richtlinienentwurfs, die Wettbewerbsfähigkeit der KMU zu fördern,<sup>185</sup> wird somit konterkariert.<sup>186</sup>

#### 5. Gestaltungsvorschläge

Um das Kernziel der Binnenmarkt-weiten Einheitlichkeit<sup>187</sup> verwirklichen zu können, sind mithin einheitliche Organpflichten für alle Tochtergeschäftsführer eines international operierenden Konzerns vonnöten. Im Folgenden sollen nun verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten dargestellt werden, die eine solche Einheitlichkeit gewährleisten könnten.

##### a) Sitzaufspaltung als Option?

Es stellt die Frage, ob angesichts der Möglichkeit der Sitzaufspaltung bei allen Tochtergesellschaften<sup>188</sup> die Normierung von Organpflichten tatsächlich erforderlich ist. Dem könnte entgegenstehen, dass sich bereits durch die Konzentration aller Registersitze am Ort der Konzernspitze eine schlanke, einheitliche Struktur realisieren lässt.<sup>189</sup> Im Ergebnis würde bereits eine Sitzaufspaltung zu transparenten Führungsstrukturen führen und das Widerstandspotential der Tochtergeschäftsführer beschränken,<sup>190</sup> ohne dass es einer Normierung von Organpflichten bedürfte.

Als Konsequenz einer solchen Sitzaufspaltung begegnet dem jeweiligen Vertragspartner der Tochtergesellschaft indes keine europaweit einheitlich ausgestaltete Rechtsform, sondern vielmehr eine Gesellschaft nationaler Prägung im Rechtskleid einer SUP. Dem Rechtsverkehr ist es aufgrund der einheitlichen Firmierung folglich unmöglich, zu erkennen, welchem nationalen Recht die SUP unterliegt. Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, die geeignet ist, Misstrauen zu erwecken und die Reputation der SUP in entscheidendem Maße zu beeinträchtigen. Das Ziel des Richtlinienentwurfs, mangelndes Vertrauen zu beseitigen,<sup>191</sup> wird dadurch in sein Gegenteil verkehrt. Zudem könnten die nationalen Divergenzen dazu führen, dass diese selbst als positive oder negative

---

<sup>185</sup> Vgl. Erwägungsgründe 4 ff. des Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

<sup>186</sup> Für eine Normierung auch Dreher (Fn. 118), 972; Hommelhoff (Fn. 110), 218.

<sup>187</sup> Vgl. zur SPE: Hommelhoff/Teichmann (Fn. 4), 183.

<sup>188</sup> Siehe hierzu oben Abschnitt III. 3. b) dd).

<sup>189</sup> Vgl. zur SPE: Helms (Fn. 5), 373 f.

<sup>190</sup> Hommelhoff (Fn. 179), 271.

<sup>191</sup> Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2.

Standortfaktoren bei der Wahl des Registersitzes gewertet werden. Dies würde im Ergebnis wiederum zu einem Wettbewerb der Systeme führen, der durch eine Harmonisierung gerade vermieden werden soll. Die Option einer Sitzaufspaltung vermag die Normierung der Organpflichten somit nicht zu ersetzen, ohne mit entscheidenden Leitgedanken des Richtlinienentwurfes in Widerspruch zu geraten.

*b) Regelungsauftrag<sup>192</sup> als Option?*

Eine weitere Möglichkeit könnte darin bestehen, durch die Formulierung eines Regelungsauftrags in der Richtlinie die Konkretisierung der Organpflichten der Konzernmutter im Rahmen der Satzungsgestaltung zu überantworten. Zwar ist die interne Gestaltungsfreiheit ein typischer Wesenszug der Privatgesellschaften im europäischen Rechtsraum.<sup>193</sup> Allerdings ist der Geschäftsführer auch Adressat bestimmter Pflichten im Interesse der Gläubiger und der Allgemeinheit.<sup>194</sup> Insbesondere die Geschäftsleiterhaftung stellt ein Instrument zum Schutze des Gesellschaftsvermögens und somit zugleich zum Schutze der Gläubiger dar.<sup>195</sup> Die Ausformung derartiger Pflichten kann demzufolge nicht zur Disposition des Gesellschafters gestellt werden. Zudem würde die Verpflichtung zur Normierung sämtlicher Organpflichten leicht zu einer Überforderung der KMU führen. Auch an dieser Stelle würden wiederum Rechtsberatungskosten entstehen, die durch die Einführung der SUP gerade vermieden werden sollen.<sup>196</sup> Die Überantwortung der Regelung sämtlicher Organpflichten an den Gesellschafter steht der Intention des Richtlinienentwurfs, zu Vereinfachungen und Erleichterungen zu führen,<sup>197</sup> folglich entgegen. Ein bloßer Regelungsauftrag stellt mithin keine adäquate Gestaltungsoption dar.

*c) Zwischenergebnis*

Im Ergebnis ist somit eine Normierung der Organpflichten in der Richtlinie selbst vonnöten. Im Folgenden soll aus diesem Grund analysiert werden, welche normative Ausgestaltung den Leitgedanken der konzernindividuellen Einheitlichkeit am besten verwirklichen würde.

---

<sup>192</sup> Vgl. hierzu *Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002, passim; *Salomon* (Fn. 17), passim.

<sup>193</sup> *Hommelhoff* (Fn. 56), 2105 f.; *ders./Teichmann* (Fn. 15), 929.

<sup>194</sup> Vgl. *Helms* (Fn. 7), 145; *Hommelhoff* (Fn. 110), 216 f.

<sup>195</sup> *de Erice/Gaude*, Societas Privata Europaea – Unternehmensleitung und Haftung, DStR 2009, 857 (860).

<sup>196</sup> Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 4.

<sup>197</sup> Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2, 4, 6; Erwägungsgrund 13.

*d) Generalklausel*

Eine Gestaltungsmöglichkeit wäre die Normierung einer allgemeinen Generalklausel nach deutschem Vorbild gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG.<sup>198</sup> Die einzelnen Pflichten ließen sich dem Gesetz so lediglich punktuell entnehmen. Die eigentliche Ausfüllung und Konkretisierung der Norm bliebe vielmehr der Rechtsprechung überlassen.<sup>199</sup>

*e) Pflichtenkanon*

Eine andere Gestaltungsoption bietet die Aufstellung eines Kanons an Einzelpflichten und einzelnen Generalklauseln, wie sie beispielsweise das englische Recht in sec. 170 ff. CA 2006<sup>200</sup> oder das spanische Recht in Art. 227-232 LSC<sup>201</sup> vorsieht. Im Rahmen des Pflichtenkanons könnte dabei nach englischem Vorbild zwischen Loyalitäts- und Treuepflichten (*duties of loyalty*, sec. 171-173, 175-177 CA 2006) und der Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung (*duty of care*, sec. 174 CA 2006) differenziert werden.<sup>202</sup> Einem konkret ausgeformten Pflichtenkanon steht auch nicht entgegen, dass es sich vorliegend um eine noch in nationales Recht umzusetzende Richtlinie und nicht um eine unmittelbar geltende Verordnung handelt; kann doch auch eine Richtlinie eine Regelungsdichte aufweisen, die zu einer wörtlichen Übernahme zwingt.<sup>203</sup>

*f) Stellungnahme*

Es stellt sich mithin die Frage, welche der beiden Gestaltungsmöglichkeiten einem international operierenden Konzern die Ausübung seiner Niederlassungsfreiheit am besten zu gewährleisten vermag.

Gegen einen Pflichtenkanon lässt sich einwenden, dass sich die umfangreichen Pflichten und unternehmerischen Ermessensspielräume der Geschäftsführer der Möglichkeit einer Detailregelung weitestgehend entziehen.<sup>204</sup> Für die Formulierung einer abstrakten Generalklausel spricht mithin, dass diese die Vielgestaltigkeit der Konzernwirklichkeit besser abzubilden vermag. An dieser Stelle ist jedoch zu berücksichtigen, dass zwar selbst ein diffizil ausgearbeiteter Pflicht-

<sup>198</sup> Vgl. hierzu *Kleindiek* (Fn. 115), § 43 Rn. 1 ff.

<sup>199</sup> Vgl. *Bedkowski* (Fn. 150), 35 f.; *dies.* (Fn. 177), 105.

<sup>200</sup> Vgl. hierzu *Ebert/Levedag* (Fn. 108), 769 ff.; *Heinz/Hartung*, Die englische Limited, 3. Aufl. 2012, Kap. 7 Rn. 51 f.; *Steinfeld/Mann/Ritchie u.a.*, Blackstone's Guide to the Companies Act 2006, 2007, Rn. 13.11 ff.

<sup>201</sup> Vgl. *Latorre*, Directors' Duties and Liability, in: Hirte/Teichmann, The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), 2013, 243 (252 Fn. 25).

<sup>202</sup> Vgl. *Ebert/Levedag* (Fn. 108), 771 ff.

<sup>203</sup> Vgl. *Beurskens* (Fn. 85), 738; *Jung* (Fn. 84), 582; *Zuleeg*, Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 466 (471 ff.).

<sup>204</sup> Vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 28 II 4a.

tenkanon der Vielgestaltigkeit der Konzernwirklichkeit nicht gerecht werden würde; eine derart nuancierte Normierung jedoch auch nicht zwingend vonnöten ist: Ziel des Konzernrechts in seiner Funktion als *enabling law* ist es, den Gesellschaftsorganen einen konkreten, sicheren und überschaubaren Leitfaden für ein rechtmäßiges Verhalten zu gewähren, einen einheitlichen Rechtsrahmen, an dem sie sich orientieren können. Ausreichend wäre es daher bereits, die elementaren Geschäftsführerplichten in einem Kanon zusammenzufassen. Bereits ein derartig begrenzter Pflichtenkatalog würde dem Geschäftsführer die erforderliche Orientierungshilfe gewähren, ohne dass es einer diffizilen Ausformung bedürfte. Mit einer solch disziplinierten Zurückhaltung<sup>205</sup> bei der Ausgestaltung könnte ferner zugleich dem Einwand entgegen getreten werden, dass allein eine Generalklausel dem Vereinfachungspostulat<sup>206</sup> der Richtlinie entsprechen würde. Voraussetzung für die Normierung eines Pflichtenkanons wäre es demzufolge, durch rechtsvergleichende Analyse auf europäischer Ebene einen Mindestkonsens an Organpflichten als *ius commune* zu ermitteln und diesen in einen Rechtsrahmen zu gießen. Ein somit in seinem Umfang begrenzter Pflichtenkatalog würde dem Vereinfachungsgebot bereits hinreichend Rechnung tragen.

Vor dem Hintergrund unterschiedlicher nationaler Auslegungsmethoden und Rechtstraditionen (*path dependency*) innerhalb Europas wäre bei der Entscheidung für eine Generalklausel zudem zu befürchten, dass die nationalen Gerichte bei ihrer Auslegung zu divergierenden Ergebnissen gelangen,<sup>207</sup> was eine einheitliche Konzernleitung erheblich erschweren würde.<sup>208</sup> Bereits die Antwort auf die Frage, wann ein Geschäftsführer im besten Interesse der Gesellschaft handelt, variiert erheblich abhängig davon, ob der jeweilige Mitgliedstaat dem *shareholder*- oder dem *stakeholder*-Modell folgt.<sup>209</sup> Die Überlegung, eine gewisse Einheitlichkeit bei der Auslegung könne durch den Rückgriff auf europäische Rechtstraditionen erzielt werden, vermag hierbei nicht zu überzeugen; ist doch bislang nicht hinreichend geklärt, welche Grundsätze überhaupt zu den allgemeinen Prinzipien des europäischen Gesellschaftsrechts zu zählen sind.<sup>210</sup>

Zu beachten ist ferner, dass diese unterschiedlichen prozessualen Rahmenbedingungen nicht nur zu Rechtsunsicherheiten und Divergenzen bezüglich der

---

<sup>205</sup> Vgl. Hommelhoff (Fn. 110), 218.

<sup>206</sup> Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2.

<sup>207</sup> Dies wohl nicht als Gefahr erachtend: SPE-Verordnungsentwurf v. 25.6.2008 (Fn. 74), 10.

<sup>208</sup> Vgl. zur SPE bereits: *de Erice/Gaude* (Fn. 195), 860; *van den Braak* (Fn. 42), 16 f.

<sup>209</sup> *Navez* (Fn. 93), 172 Fn. 88; vgl. z.B. bzgl. der Differenzen zwischen englischem und deutschem Recht: *Bedkowski* (Fn. 150), 110 ff.

<sup>210</sup> Vgl. *Ebricke* (Fn. 9), 75; *Hommelhoff* (Fn. 56), 2108.



Auslegung und konkreten Anwendung der Generalklausel führen würden, sondern dass diese Divergenzen von den Unternehmen vielmehr auch als positive und negative Standortfaktoren gewertet werden könnten.<sup>211</sup> Dies wiederum würde im Ergebnis zu dem von der Harmonisierung gerade nicht gewollten Wettbewerb der Systeme führen und die Zielsetzung der Richtlinie konterkarieren.

Gegen eine Generalklausel spricht zudem, dass es einem Geschäftsführer nicht zumutbar ist, zur Ermittlung seines Pflichtenprogramms zunächst eine Auswertung der jeweiligen Rechtsprechung vorzunehmen. Hierfür müssten gerade kleine und mittlere Unternehmen auf kostenintensive Rechtsberatung zurückgreifen. Die durch die Richtlinie erstrebte Kostensenkung<sup>212</sup> kann durch eine Generalklausel folglich nicht erreicht werden.<sup>213</sup>

Die Normierung einer Generalklausel könnte jedoch deswegen vorzugswürdig sein, weil sich auf europäischer Ebene hierfür leichter ein Konsens finden ließe als für einen Pflichtenkatalog, bei dem jede einzelne Pflicht zunächst zur Diskussion gestellt werden müsste. Auch wenn sich die Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten insbesondere in Bezug auf die Loyalitätspflichten eines Geschäftsführers rechtspolitisch als schwierig erweisen würden, sind jedoch die Kernziele der SUP-Richtlinie nicht aus dem Blick zu verlieren – die Zurverfügungstellung eines Binnenmarkt-weit einheitlichen Konzernbausteins und die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmensgruppen. Diese Leitgedanken lassen sich aufgrund der Gefahr einer national divergierenden Auslegung durch die Gerichte mit der alleinigen Normierung einer Generalklausel indessen nicht verwirklichen. Zudem können oftmals auch national unterschiedlich ausgeformte Pflichten auf gemeinsame Fallgruppen und Rechtsprinzipien zurückgeführt werden.<sup>214</sup> Angelehnt an die mathematische Bedeutung der Abkürzung SUP, *Supremum* (kleinste obere Schranke einer Menge<sup>215</sup>), erscheint es mithin möglich, bei den Verhandlungen auf europäischer Ebene einen solchen Mindestkonsens an Organpflichten zu ermitteln, ohne dass eine Einigung bereits von vorneherein ausgeschlossen wäre. Nur durch die Festsetzung eines konkreten Pflichtenkatalogs kann die konzernindividuelle, Binnenmarkt-weite Einheitlichkeit erreicht werden. Eine möglicherweise dadurch entstehende Ausdehnung der Verhandlungsdauer sollte aus diesem Grund als geringeres Übel in Kauf genommen werden.

---

<sup>211</sup> Vgl. zur EPG: *Ebricke* (Fn. 9), 51.

<sup>212</sup> Vgl. Erwägungsgründe 3, 7 f., 13, 25 des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1).

<sup>213</sup> Vgl. zur EPG: *Ebricke* (Fn. 9), 75.

<sup>214</sup> Vgl. z.B. *Bedkowski* (Fn. 150), 499 bzgl. eines Vergleichs des deutschen mit dem englischen Recht.

<sup>215</sup> *Beurskens* (Fn. 85), 747.

Gegen einen Pflichtenkatalog ließe sich jedoch einwenden, dass die im Konzern erforderliche Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis durch die Auferlegung konkreter Pflichten zu weit beschränkt würde. Jedoch könnte es der Konzernmutter angelehnt an den SPE-Verordnungsentwurf von 2008<sup>216</sup> auch bei einem ausformulierten Pflichtenkatalog ermöglicht werden, in der Satzung weitere, über das in der Richtlinie normierte Mindestmaß hinausgehende und auf den jeweiligen Konzern individuell zugeschnittene Pflichten festzuschreiben. Die Kodifizierung eines konkreten Pflichtenkanons würde demzufolge auch keine zu weitgehende Einschränkung der Gestaltungsfreiheit im Binnenverhältnis bedeuten.

Im Ergebnis vermag ein Pflichtenkanon den Leitgedanken der konzernindividuellen Einheitlichkeit somit besser zu verwirklichen und ist einer Generalklausel aus diesem Grund vorzuziehen. Bei der Konkretisierung der einzelnen Pflichten sollte hierbei insbesondere Wert auf eine präzise Formulierung gelegt werden, um den Auslegungsspielraum weitestgehend zu verkürzen und auf diese Weise einer national divergierenden Interpretation vorzubeugen.

Ausgangspunkt der Diskussion über die konkrete Ausgestaltung des Kanons auf europäischer Ebene könnte hierbei zum einen der Pflichtenkatalog in Art. 170 ff. CA 2006 sein. Zum anderen könnte auf die einst formulierten „10 Gebote an den Geschäftsführer“ zurückgegriffen werden:<sup>217</sup>

1. Einhaltung der Gesetze, insbesondere der öffentlichen Pflichten wie Steuerabgaben
2. Einhaltung von Satzung und Geschäftsordnung (vgl. sec. 171 CA 2006)
3. Einhaltung der sich aus einem gegebenenfalls bestehenden Anstellungsvertrag ergebenden Pflichten
4. Befolgung von Weisungen des Gesellschafters<sup>218</sup> (vgl. *e contrario* Art. 23 Abs. 2 SUP-RL)
5. Ordnungsgemäße Organisation der Gesellschaft
6. Kontrolle der Organisation
7. Regelmäßige Kontrolle der Liquidität und Finanzlage der Gesellschaft
8. Vermeidung unverhältnismäßig hoher Risiken (bzw. sec. 174 CA 2006: Führung der Geschäfte mit angemessener Sorgfalt und nach besten Kenntnissen)

---

<sup>216</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 4 S. 1 des SPE-Verordnungsentwurfs sowie dessen Begründung COM(2008) 396 final v. 25.6.2008 (Fn. 74), 10.

<sup>217</sup> Nach *Lutter*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers. 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301 (302 ff.).

<sup>218</sup> Siehe hierzu unten Abschnitt **IV. 6.**

9. Vermeidung, zumindest aber Offenlegung aller Interessenkonflikte zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft (vgl. sec. 175 CA 2006)
10. Sorgfältige Vorbereitung geschäftlicher und unternehmerischer Entscheidungen

Zudem böte es sich an, auch die gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführerpflichten im öffentlichen Interesse (insbesondere im Bereich der Rechnungslegung) in die Richtlinie zu implementieren, selbst wenn sich diese bereits aus anderen nationalen Bestimmungen ergeben sollten.<sup>219</sup> Ihre Aufnahme in die Richtlinie würde dem Geschäftsführer alle von ihm zu erfüllenden Pflichten innerhalb eines Regelungskomplexes zusammengefasst vor Augen führen und ihm seine Geschäftsführertätigkeit dadurch erleichtern.<sup>220</sup> Auch dies würde dem Vereinfachungspostulat des Richtlinienentwurfs<sup>221</sup> entsprechen und die Rechtsberatungskosten weiter reduzieren helfen.

Unterschiede in der Haftung hingegen stehen einer einheitlichen Konzernleitung nicht unbedingt entgegen.<sup>222</sup> Eine Vereinheitlichung der Organhaftung, beispielsweise der Durchsetz- und Verzichtbarkeit des Haftungsanspruchs und seiner Verjährung, ist folglich nicht zwingend erforderlich.<sup>223</sup> Primäres Ziel sollte zunächst vielmehr die Ausarbeitung eines konkreten Pflichtenkanons sein.

#### *g) Zwischenergebnis*

Um eine transparente und einheitliche Konzernleitung zu ermöglichen, ist eine Normierung der Organpflichten erforderlich. Ein konkreter Pflichtenkanon ist einer Generalklausel aus Gründen der Rechtsklarheit vorzuziehen, bietet dieser doch weniger Raum für divergierende nationale Auslegungen durch die Gerichte. Zwar enthält auch ein Pflichtenkatalog auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe, allerdings wird die Möglichkeit einander widersprechender Interpretationen so zumindest weitgehend begrenzt. Im Ergebnis würde mit einem Pflichtenkanon somit ein Rechtsrahmen geschaffen, der eine in allen Mitgliedstaaten einheitliche Konzernleitung erleichtert und den Tochtergeschäftsführern einen rechtssicheren, leicht verständlichen Leitfaden für rechtmäßiges Verhalten zur Verfügung stellt.

### **6. Insbesondere: Pflicht zur Befolgung von Weisungen**

---

<sup>219</sup> Hommelhoff (Fn. 110), 218.

<sup>220</sup> Vgl. *Ebd.*

<sup>221</sup> Vgl. Erwägungsgrund 7 des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

<sup>222</sup> Hommelhoff/Teichmann (Fn. 4), 185.

<sup>223</sup> *Ebd.*

Für einen Tochtergeschäftsführer ist es insbesondere von grundlegender Bedeutung, ob er allein dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet ist oder aber auch Weisungen des Alleingeschafters befolgen muss, die ausschließlich dem Gruppeninteresse dienen. Wie bereits dargelegt, finden sich in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hierzu divergierende Auffassungen.<sup>224</sup> In einem international operierenden Konzern ist es mithin vonnöten, europaweit einheitlich festzulegen, dass alle Tochtergeschäftsführer auch dem Gruppeninteresse verpflichtet sind. Um den Geschäftsführern einen *safe harbour* zu gewähren, bietet es sich an, die Anerkennung des Gruppeninteresses im Rahmen der Geschäftsleiterpflichten vorzunehmen.<sup>225</sup> Die Unterordnung des Tochtereigeninteresses unter das Gruppeninteresse würde so bereits keine Pflichtverletzung darstellen. Auch aus Sicht der Konzernmutter besteht ein Bedürfnis für die Anerkennung des Konzerninteresses auf europäischer Ebene. Erst eine solche Legitimation kann ihr eine effektive Konzernleitung ermöglichen und Rechtsberatungskosten ersparen, die andernfalls aufgewendet werden müssen, um die jeweilige nationale Rechtsordnung daraufhin zu analysieren, ob sie eine Berücksichtigung des Gruppeninteresses ermöglicht.<sup>226</sup>

*a) Anerkennung des Gruppeninteresses (zunächst) nur bei Einpersonengesellschaften*

Fraglich ist jedoch, ob die SUP-Richtlinie der adäquate Ort für eine Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene ist. Einerseits wären die Verhandlungen, die sich auch bei dem Erfordernis nur einer qualifizierten Mehrheit als schwierig erweisen dürften,<sup>227</sup> mit einem neuen Regelungskomplex belastet. Dies würde für einen separaten Rechtsakt sprechen. Andererseits hat die Kommission in ihrem *Action Plan 2012* ohnehin eine Anerkennung des Gruppeninteresses für 2014 angekündigt.<sup>228</sup> Zudem wäre die SUP als Konzernbaustein ohne die Legitimation des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene aufgrund des Verweises auf nationales Recht in Art. 23 Abs. 2 SUP-RL weitgehend wertlos.<sup>229</sup> Insbesondere weil die SUP nach ihrem regulatorischen Leitbild auch, wenn nicht gar primär, als Konzernbaustein fungieren soll, muss der

---

<sup>224</sup> Siehe hierzu oben Abschnitt **IV. 2. a)** sowie *Teichmann* (Fn. 143), 191.

<sup>225</sup> Vgl. Bericht der Reflection Group (Fn. 81), 60; vgl. hierzu auch *Drygala* (Fn. 140), 203.

<sup>226</sup> Vgl. Bericht der Reflection Group (Fn. 81), 61.

<sup>227</sup> Vgl. *Bayer/Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2013/14, BB 2014, 1219 (1223); *Hommelhoff* (Fn. 110), 211, 213, 219 f.

<sup>228</sup> COM(2012) 740 final v. 12.12.2012 (Fn. 79), 17.

<sup>229</sup> Siehe dazu oben Abschnitt **III. 3. b) ff)**.

Unionsgesetzgeber die Frage nach der Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene daher nun zwingend beantworten.<sup>230</sup>

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Legitimation des Konzerninteresses bei einer Regelung in der Richtlinie auf Einpersonengesellschaften begrenzt wäre. Zwar wäre eine Normierung vorzugswürdig, die sich auch auf Mehrpersonengesellschaften erstrecken lässt. Eine Beschränkung zunächst auf Gesellschaften im Alleinbesitz würde indes das Bedürfnis der Konzerne nach einer europaweit einheitlichen Leitung der Tochtergesellschaften bereits befriedigen. Zudem müssten keinerlei Regelungen zu dem in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ausgeformten Minderheitenschutz getroffen werden. Eine Einigung auf europäischer Ebene wäre dadurch leichter erzielbar.<sup>231</sup> Ist die Anerkennung des Gruppeninteresses im Rahmen von Einpersonengesellschaften erst legitimiert, könnte dies im Folgenden zudem als Ausgangspunkt für weitere Arbeiten an einer Erstreckung auch auf Mehrpersonengesellschaften dienen. Im Ergebnis erscheint die SUP-RL somit als adäquate Gelegenheit, das Gruppeninteresse auf europäischer Ebene anzuerkennen und dadurch zugleich das Versprechen aus dem *Action Plan 2012* zu erfüllen.<sup>232</sup>

#### b) Gestaltungsvorschläge

Zu beantworten bleibt die Frage, wie eine solche Anerkennung des Gruppeninteresses normativ ausgestaltet sein könnte.

##### aa) Rozenblum-Doktrin

Eine Gestaltungsmöglichkeit böte, wie bereits vom *Forum Europaeum Konzernrecht*<sup>233</sup> und der *High Level Group* angeregt,<sup>234</sup> die Kodifikation der französischen *Rozenblum-Doktrin* des Cour de Cassation.<sup>235</sup> Diese Formel besagt, dass eine Prävalenz des Gruppeninteresses möglich ist, wenn folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Die Maßnahme muss dem gemeinsamen Konzerninteresse einer strukturell verfestigten Gruppe dienen,
- das auf der Grundlage einer kohärenten Konzernpolitik zu bewerten ist.
- Sie muss ein ausgewogenes Verhältnis von Vor- und Nachteilen zwischen den Gesellschaften beachten und

---

<sup>230</sup> Vgl. zur SPE bereits: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 183 f.

<sup>231</sup> Vgl. *Conac* (Fn. 145), 215 ff.

<sup>232</sup> Ebenso *Drygala* (Fn. 117), 495.

<sup>233</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 141), 704 ff.

<sup>234</sup> Vgl. Bericht der High Level Group (Fn. 142), 105 f.

<sup>235</sup> Cass. Crim. v. 4.2.1985, JCP 1986, II, No 20585.

- darf die Leistungsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft nicht übersteigen.<sup>236</sup>

In diesem durch die *Rozenblum*-Doktrin vorgenommenen Ausgleich verliert das Tochtereigeninteresse zwar einerseits seine absolute Integrität, ohne jedoch andererseits dem Gruppeninteresse vollständig aufgeopfert zu werden.<sup>237</sup>

#### bb) Kritik

Für eine Normierung der *Rozenblum*-Formel spricht, dass diese in unterschiedlichen Ausprägungen bereits in einigen Mitgliedstaaten wie beispielsweise in Italien (*teoria dei vantaggi compensative*, Article 2497 Codice Civile) anerkannt ist.<sup>238</sup> Ein Konsens der Mitgliedstaaten scheint daher möglich. Ein weiterer Vorteil könnte darin bestehen, dass Ausgangspunkt der Doktrin die Gruppe als Ganze und nicht die einzelne Gesellschaft ist. Eine solche Bewertung vermeidet eine isolierte und verkürzte Betrachtung der Konzernstruktur und könnte der wirtschaftlichen Realität mithin besser gerecht werden als ein auf den Einzelausgleich ausgerichtetes Konzept wie in §§ 311 ff. AktG.<sup>239</sup> Gegen eine Kodifizierung der *Rozenblum*-Doktrin spricht indes, dass diese aufgrund einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe den Tochtergeschäftsführern nicht die erforderliche Rechtssicherheit zu bieten vermag.<sup>240</sup> Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Formel wegen ihrer Komplexität<sup>241</sup> zu erheblichen praktischen Anwendungsschwierigkeiten gerade für KMU führen würde. Intention des SUP-Richtlinienentwurfs ist es jedoch, zu Vereinfachungen und Flexibilität beizutragen.<sup>242</sup> Müsste der Geschäftsführer vor jedem Handeln die vier kumulativ erforderlichen Voraussetzungen der *Rozenblum*-Doktrin prüfen, würde dies zu einer Beschränkung und Behinderung seiner unternehmerischen Tätigkeit führen. Ein schnelles, flexibles Handeln wäre ihm nicht mehr möglich. Die *Rozenblum*-Formel ist aufgrund ihrer Komplexität somit jedenfalls aus der Perspektive der KMU keine adäquate Möglichkeit zur Legitimation des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene.

---

<sup>236</sup> Teichmann (Fn. 143), 193.

<sup>237</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 141), 704.

<sup>238</sup> Vgl. Bericht der Reflection Group (Fn. 81), 62.

<sup>239</sup> *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 141), 708 ff.; a.A. Habersack, *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*, NZG 2004, 1 (8).

<sup>240</sup> Vgl. Conac (Fn. 145), 218; Teichmann (Fn. 143), 195.

<sup>241</sup> Vgl. hierzu Tholen (Fn. 31), 223.

<sup>242</sup> Vgl. SUP-Richtlinienentwurf (Fn. 1), 2.

cc) *Business judgement rule*

Eine andere Gestaltungsvariante wäre die Normierung einer *business judgement rule*, die dem Geschäftsführer ein unternehmerisches Ermessen eröffnet, innerhalb dessen es ihm ermöglicht wird, das Gruppeninteresse miteinzubeziehen. Das Konzerninteresse wäre hierbei nicht die alleinige Leitungsmaxime, sondern ein berücksichtigungsfähiger Aspekt unter vielen.<sup>243</sup>

## dd) Kritik

Für die Etablierung einer *business judgement rule* spricht, dass sich die Voraussetzungen, nach denen sich die Grenze zwischen dem zwingend zu beachtenden Eigeninteresse und dem zulässigerweise einzubeziehenden Konzerninteresse bestimmt, nicht abstrakt-generell bezeichnen lassen.<sup>244</sup> Inwiefern eine Prävalenz des Gruppeninteresses möglich ist, ist vielmehr eine einzelfallabhängige unternehmerische Entscheidung.<sup>245</sup> Ferner ist die *business judgement rule* in ihren Grundzügen den meisten Rechtsordnungen vertraut, was eine Einigung der Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene erleichtern dürfte.<sup>246</sup>

Gegen die Normierung einer *business judgement rule* lässt sich jedoch einwenden, dass der Geschäftsführer der Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit und Konzern-weiten Einheitlichkeit klar entnehmen können muss, unter welchen Voraussetzungen er das Gruppeninteresse berücksichtigen darf. Eine Generalklausel könnte hingegen wiederum zu einer divergierenden Auslegung durch die nationalen Gerichte führen. Zwar bestehen zwischen den einzelnen Rechtsordnungen hinsichtlich der Grundwertungen keine fundamentalen Unterschiede. Zu beachten ist indes, dass viele Mitgliedstaaten eine Unterordnung des Tochterinteresses unter das Konzerninteresse bislang noch vollständig ablehnen. Es bestünde folglich die Gefahr, dass die dortigen Gerichte zu einer viel restriktiveren Auslegung der Generalklausel gelangen würden als die Gerichte der Staaten, die das Gruppeninteresse bereits anerkannt haben. Die Divergenzen zwischen dem *stakeholder*- und dem *shareholder*-Ansatz<sup>247</sup> bei der Bestimmung des Gesellschaftsinteresses selbst würden diese Rechtsunsicherheiten und Auslegungsdifferenzen noch weiter verstärken. Ziel einer konzernrechtlichen Regelung ist es jedoch, den Gesellschaftsorganen einen *safe harbour* bei ihren Ent-

---

<sup>243</sup> Drygala (Fn. 140), 203.

<sup>244</sup> Teichmann (Fn. 143), 196.

<sup>245</sup> Ebd.

<sup>246</sup> Vgl. ebd.

<sup>247</sup> Siehe hierzu oben Abschnitt IV. 2. a), 5. f).

scheidungen zu gewähren.<sup>248</sup> Diese Sicherheit lässt sich mit der Wertungs Offenheit und Konturlosigkeit einer *business judgement rule* indes nicht erreichen.

ee) Simplifizierte Rozenblum-Formel, EMCA-Vorschlag

Im Ergebnis ist die *Rozenblum*-Formel für KMU daher einerseits zu komplex. Andererseits ist die Möglichkeit einer Unterordnung des Tochtereigeninteresses zwar eine einzelfallabhängige unternehmerische Entscheidung, deren einzig klare Grenze bei einer Existenzgefährdung der Tochtergesellschaft überschritten sein dürfte.<sup>249</sup> Eine *business judgement rule* lässt jedoch zu weiten Raum für divergierende nationale Auslegungen. Keine der beiden Gestaltungsmöglichkeiten erscheint somit vorzugswürdig.

Eine adäquate Lösung könnte indessen der Vorschlag der Arbeitsgruppe des Projekts *European Model Company Act* (EMCA)<sup>250</sup> darstellen. Diese internationale Forschergruppe hat es sich zum Ziel gesetzt, ein Modellkapitalgesellschaftsgesetz zu entwerfen, das als Vorbild für die nationale Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten dienen soll. In dem bereits veröffentlichten Kapitel 16 (Der Konzern) wird eine vereinfachte *Rozenblum*-Formel empfohlen, bei der eine Entscheidung des Tochtergeschäftsführers dann keine Pflichtverletzung darstellt, wenn

- die Entscheidung im Sinne des Gruppeninteresses getroffen wurde und
- der dadurch erlittene Nachteil nicht zu einer Existenzgefährdung der Tochter führt.<sup>251</sup>

Die Pflicht zur Prüfung, ob die erlittenen Nachteile in angemessener Zeit von der Konzernmutter ausgeglichen werden können, würde dem Geschäftsführer einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft folglich nicht auferlegt. Eine solche Normierung würde somit zum einen die Komplexität der *Rozenblum*-Formel vermeiden und zum anderen den Tochtergeschäftsführer nicht in einer vergleichbaren Rechtsunsicherheit wie eine *business judgement rule* belassen. Zugleich bietet dieser Ansatz weniger Einfallstore für eine divergierende Auslegung durch die nationalen Gerichte und entspricht mithin besser dem Leitgedanken der konzernindividuellen Einheitlichkeit. Zwar kann auch der Entwurf der EMCA-Gruppe keine absolute Rechtssicherheit in dem Sinne gewährleis-

---

<sup>248</sup> Siehe hierzu oben Abschnitt **IV. 3.**

<sup>249</sup> *Teichmann* (Fn. 143), 196.

<sup>250</sup> Vgl. zum Projekt die Webseite der Arbeitsgruppe:

<http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

<sup>251</sup> Vgl. Chapter 16, sec. 16 EMCA, abrufbar unter:

[http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER\\_16\\_GROUPS\\_OF\\_COMPANIES.pdf](http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_16_GROUPS_OF_COMPANIES.pdf) (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).



ten, dass die nationalen Gerichte stets zu einem übereinstimmenden Ergebnis gelangen; ist doch gerade der unbestimmte Rechtsbegriff des Gruppeninteresses auslegungs- und konkretisierungsbedürftig. Ein solches Maß an Rechtssicherheit ist jedoch im Bereich der Konzernleitung, die sehr vielfältig und unterschiedlich ausgestaltet sein kann, ohnehin nicht zu erzielen. Der Entwurf der EMCA-Gruppe stellt im Ergebnis somit eine adäquate Möglichkeit zur Anerkennung des Gruppeninteresses auch auf europäischer Ebene dar und vermag der Geschäftsleitung einer SUP einen *safe harbour* bei der Berücksichtigung des Gruppeninteresses zu gewähren.

Ergänzt werden könnte der Vorschlag allerdings noch um die Obliegenheit des Geschäftsführers, die Entscheidung nur auf Grundlage hinreichender Informationen zu treffen. Zwar beinhaltet auch diese Ergänzung einen unbestimmten, auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff. Der Geschäftsführer hat es an dieser Stelle indessen selbst in der Hand, sich gegen künftige Rechtsstreitigkeiten zu sichern, indem er seine Entscheidungen sorgfältig dokumentiert.<sup>252</sup>

### **7. Gewährleistung der Einheitlichkeit durch vorgegebenes Auslegungsprogramm**

Das Ziel, durch Rechtsvereinheitlichung Rechtssicherheit zu bewirken, kann jedoch nicht allein durch die Vereinbarung gleichlautender Normen verwirklicht werden.<sup>253</sup> Auch bei der Kodifikation eines Pflichtenkanons wird mit unbestimmten Rechtsbegriffen und einzelnen Generalklauseln gearbeitet werden müssen, um der Vielfalt der Lebenssachverhalte gebührend Rechnung zu tragen. Somit besteht auch hier die Gefahr, dass die einzelnen Pflichten durch nationale Gerichte in divergierender Weise ausgelegt werden könnten. Einer solchen Tendenz wird man demzufolge zusätzlich mit Verfahrensbestimmungen begegnen müssen, die auf eine Angleichung der Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten angelegt ist.<sup>254</sup> Zielführend könnte hier ein in der Richtlinie vorgegebenes, vierstufiges Auslegungsprogramm sein:<sup>255</sup>

- Zunächst sollte die jeweilige Norm aus den Leitgedanken der SUP-Richtlinie heraus unter besonderer Berücksichtigung der Erwägungsgründe ausgelegt werden.

---

<sup>252</sup> Vgl. *Teichmann* (Fn. 143), 196.

<sup>253</sup> *Ebricke* (Fn. 9), 75; *Helms* (Fn. 7), 162.

<sup>254</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 110), 218.

<sup>255</sup> Angelehnt an *Helms* (Fn. 7), 171 ff.; *Hommelhoff* (Fn. 56), 2108.

- Sodann sollten allgemeine Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts heranzuziehen sein, sofern sich solche bei dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts bereits feststellen lassen.<sup>256</sup>
- Kann die Auslegungsfrage nach diesem Vorgehen noch immer nicht gelöst werden, so sollte dem Interpreten auf einer nächsten Stufe aufgegeben werden, die Regelungen der einzelnen mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte rechtsvergleichend heranzuziehen.
- Erst auf der letzten Ebene wären die Gerichte schließlich angehalten, auf das nationale Recht am Registersitz der SUP zurückzugreifen.

Diese verbindliche Vorgehensweise würde eine europaweit einheitliche Auslegung zumindest fördern und die Einheitlichkeit des auf alle Tochtergeschäftsführer anwendbaren Pflichtenkanons weiter zu verwirklichen helfen.

## V. Fazit und Ausblick

*Die Einigung Europas mit den bisherigen Methoden gleicht dem Versuch, ein Omelett zu backen, ohne die Eier zu zerschlagen.*

*Paul Lacroix*

Insbesondere aufgrund der fehlenden Normierung der Organpflichten der Tochtergeschäftsführer und des weitgehenden Verweises auf nationales Recht vermag der Richtlinienvorschlag im Ergebnis den zentralen Leitgedanken der konzernindividuellen Einheitlichkeit<sup>257</sup> nicht zu verwirklichen. Ohne einen europaweit einheitlichen Pflichtenkanon stellt der Entwurf in den Worten Lacroix' vielmehr den Versuch dar, ein Omelett zu backen, ohne Eier zu zerschlagen. Ein flexibel und rechtssicher einheitlich einsetzbarer Konzernbaustein kann so nicht geschaffen werden. Die SUP ist in ihrer derzeitigen Konzeption vielmehr als „Dampfer mit 28 verschiedenen Farbanstrichen“<sup>258</sup> zu qualifizieren und vermag somit die Tätigkeit von Unternehmensgruppen nicht zu erleichtern.

Dadurch, dass sich hinter der einheitlichen Bezeichnung in Wahrheit 28 verschiedene Gesellschaften mit höchst unterschiedlicher Prägung verbergen, verleiht die SUP in ihrer derzeitigen Ausformung den Unternehmen auch kein europäisches Label, das Seriosität und ein identitätsstiftendes Gemeinschaftssymbol verkörpert und somit zur Überwindung bestehender psychologischer

---

<sup>256</sup> Vgl. zur Problematik oben Abschnitt IV. 5. f).

<sup>257</sup> Vgl. zur SPE: Hommelhoff, Zum Formwechsel bei der Europäischen Privatgesellschaft (SPE), in: FS Loewenheim, 2009, 591 (592); ders. (Fn. 179), 269; ders. (Fn. 121), 257; ders./Teichmann, Der SPE-Formwechsel nach dem schwedischen Kompromissvorschlag, in: FS Hopt I, 2010, 849 (850).

<sup>258</sup> Vgl. zur SPE: Helms (Fn. 5), 373; Hommelhoff/Helms (Fn. 5), 55.

Handelshemmnisse beitragen kann. Aufgrund des „Etikettenschwindels“<sup>259</sup> ist es dem Rechtsverkehr unmöglich zu erkennen, welchem nationalen Recht die jeweilige SUP unterliegt. Der Entwurf ist somit entgegen seiner Intention, mangelndes Vertrauen im Wirtschaftsverkehr zu überwinden,<sup>260</sup> vielmehr dazu geeignet, bestehendes Misstrauen noch weiter zu verstärken.

Zudem würde die SUP durch den weitreichenden Verweis auf nationales Recht und das fehlende Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements insbesondere hinsichtlich der fehlenden Thesaurierungspflicht (vgl. Art. 16 Abs. 4 S. 1 SUP-RL gegenüber § 5a Abs. 3 GmbHG)<sup>261</sup> in unmittelbare Konkurrenz zu nationalen Rechtsformen treten.<sup>262</sup> Folglich ist zu befürchten, dass beispielsweise der deutsche Gesetzgeber einen Dualismus zwischen GmbH und SUP auf Dauer nicht durchzuhalten vermag.<sup>263</sup> Die Reichweite, die einer Harmonisierung der Einpersonengesellschaft mbH in Deutschland zukommen würde, lässt sich bereits daran erkennen, dass derzeit ca. 60 % aller deutschen GmbH als Kapitalgesellschaften im Alleinbesitz organisiert sind<sup>264</sup> und somit von einer Unitarisierung betroffen wären. Die Richtlinie hätte demzufolge das Potential eines „trojanischen Pferdes“.<sup>265</sup>

Eine Harmonisierung zugunsten von Einzelunternehmen ist indes nicht erforderlich, weil die Mitgliedstaaten sich selbst in den letzten Jahren erfolgreich bemüht haben, ihr Recht der Privatgesellschaft an die besonderen Belange kleiner und mittlerer Unternehmen anzupassen.<sup>266</sup> Beispielhaft sei an dieser Stelle Griechenland genannt, das zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Landes die neue Rechtsform *Ιδιωτική Κεφαλαιουχική Εταιρία* (Idiotiki Kefalaïouchiki Etairia, dt.: Privatkapitalgesellschaft) etablierte, die auf jegliches Mindestkapital verzichtet und hinsichtlich etwaiger Auslandstätigkeiten eine englische Firmierung als „Private Company“ (P.C.) ermöglicht.<sup>267</sup> Eine Harmonisie-

---

<sup>259</sup> *Wicke* (Fn. 56), 1417.

<sup>260</sup> Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2.

<sup>261</sup> Vgl. die gesetzliche Rücklagenbildung in anderen Rechtsordnungen: in der italienischen s.r.l., u.a. gem. Art. 2478 i.V.m. Art. 2430 c.c. und in der französischen SAS gem. Art. L. 232-10 C.com.

<sup>262</sup> Vgl. *Drygala* (Fn. 117), 496; zur SPE bereits: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 100), 344.

<sup>263</sup> Vgl. *Beurskens* (Fn. 85), 747; *Bayer/Schmidt* (Fn. 227), 1223.

<sup>264</sup> Vgl. *Bayer/Hoffmann*, *Gesellschafterstrukturen deutscher GmbH*, GmbHR 2014, 12 (13).

<sup>265</sup> Vgl. *Beurskens* (Fn. 85), 747.

<sup>266</sup> *Hommelhoff* (Fn. 110), 220.

<sup>267</sup> Vgl. hierzu *Tzakas*, *Die neue griechische Gesellschaftsform für KMUs – Alternative Ausformungen von Stammeinlagen als Ersatz für das fehlende Kapital –*, GmbHR 2014, 243 ff.; auch zahlreiche andere Mitgliedstaaten haben ihr Kapitalgesellschaftsrecht modernisiert, bspw. Deutschland mit Einführung der UG durch das MoMiG 2008; die

nung durch die SUP-RL würde einen starken Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen bedeuten und den kreativen Wettbewerb der Gesetzgeber<sup>268</sup> weitgehend unterbinden. Die SUP in ihrer derzeitigen Prägung stellt demzufolge keine systemkonforme Ergänzung im Wettbewerb der Rechtsordnungen dar. Angesichts der Tatsache, dass im Ergebnis weder ein Bedürfnis nach einer Unitarisierung der nationalen Rechtsformen besteht, noch das Bedürfnis der KMU nach einem europaweit einheitlich einsetzbaren Konzernbaustein erfüllt wird, ist zweifelhaft, inwiefern der Richtlinienentwurf mit dem primärrechtlich in Art. 5 Abs. 3 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip zu vereinbaren ist.<sup>269</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es nicht vorzugswürdig wäre, anstelle der SUP das Projekt der SPE wiederzubeleben. Das nationale Recht würde so in all seiner gewachsenen Vielfalt belassen.<sup>270</sup> Stattdessen würde für Binnenmarkt-weite Aktivitäten auf der Ebene des Unionsrechts eine weitere supranationale Rechtsform zur Verfügung gestellt.<sup>271</sup> Dies wäre ein weitaus weniger invasiver Weg, um den KMU die Gründung und Leitung von grenzüberschreitenden Konzernen zu ermöglichen.<sup>272</sup> Bezeichnenderweise erachtet auch die *Reflection Group* selbst, auf deren Anregung doch das SUP-Projekt zurückzuführen ist, die SUP lediglich als „zweitbeste Lösung“ hinter der SPE.<sup>273</sup> Auch die große Koalition hat angekündigt, sich in Brüssel künftig wieder für die SPE einzusetzen.<sup>274</sup> Zu hoffen bleibt, dass der europäische Gesetzgeber dann endlich Eier zerschlägt und den KMU das Omelett serviert, auf das sie bereits seit Jahrzehnten warten: Einen europaweit einheitlich und flexibel einsetzbaren Konzernbaustein.

---

Niederlande durch Schaffung der flex bv sowie Ungarn durch Einführung einer „kleinen“ kft; vgl. hierzu *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 182.

<sup>268</sup> *Teichmann* (Fn. 13), 169.

<sup>269</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 110), 220.

<sup>270</sup> *Ebd.*, 221.

<sup>271</sup> *Ebd.*

<sup>272</sup> Vgl. *Dreber* (Fn. 118), 972; *Hommelhoff* (Fn. 110), 221.

<sup>273</sup> *Reflection Group*, Response to the European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance, ECFR 2013, 304 (321); vgl. auch *Verse/Wirsch*, Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2013, *EuZW* 2014, 375 (381).

<sup>274</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 27.11.2013, 19; abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).