

11. Kapitel

Konzernrecht

I. Einleitung

1. Grundriss des deutschen Konzernrechts

Das deutsche Konzernrecht verfolgt organisations- und schutzrechtliche Zwecke. **1** Einem (herrschenden) Unternehmen werden in den §§ 291 ff. AktG diverse Gestaltungsinstrumente zur Verfügung gestellt, um eine konzernweite Unternehmenspolitik durchzusetzen und auf das Vermögen der abhängigen Gesellschaft zuzugreifen. Die gewichtigsten Eingriffe in die Organisations- und Finanzverfassung einer AG verbinden sich mit dem Abschluss eines **Beherrschungsvertrags**. Bei Bestehen eines solchen Vertrags wird die Unternehmenspolitik vom herrschenden Unternehmen bestimmt (§ 291 Abs. 1 AktG), das dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft Weisungen erteilen kann, die für die Gesellschaft auch nachteilig sein können (§ 308 Abs. 1 AktG). Das herrschende Unternehmen ist in der Lage, offene Entnahmen und Vermögensverlagerungen zugunsten anderer Konzernglieder durchzusetzen (§ 291 Abs. 3 AktG). Bei Bestehen eines **Gewinnabführungsvertrags** hat der andere Vertragsteil einen Anspruch auf den gesamten Jahresüberschuss, ohne zu einer angemessenen Gegenleistung verpflichtet zu sein (§§ 291, 301 AktG). Zum Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger sind bei beiden Vertragsarten besondere Sicherungsinstrumente vorgesehen. Das herrschende Unternehmen ist zum Verlustausgleich verpflichtet (§ 302 Abs. 1 AktG) und hat den außenstehenden Aktionären einen Ausgleich und eine Abfindung anzubieten (§§ 304, 305 AktG). Die Gläubiger können bei Vertragsende vom herrschenden Unternehmen Sicherheit verlangen (§ 303 AktG).

Im **faktischen Konzern** bestehen keine vergleichbaren Einflussrechte. Das herrschende Unternehmen hat insbesondere kein Weisungsrecht gegenüber der abhängigen Gesellschaft. **2** Es darf aber auf deren Vermögen zugreifen, wenn spätestens am Ende des Geschäftsjahres, in dem der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt wird, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll (§ 311 Abs. 2 AktG). Der Vorstand bleibt aber das eigenverantwortlich agierende Leitungsorgan der Gesellschaft (§ 76 Abs. 1 AktG). Deshalb ist der Vorstand nicht verpflichtet, eine vom herrschenden Unternehmen veranlasste nachteilige Maßnahme umzusetzen. Die einzige Besonderheit bei faktischer Abhängigkeit besteht darin, dass der Vorstand eine nachteilige Maßnahme ergreifen darf, wenn bestimmt wird, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. In der Möglichkeit des herrschenden Unternehmens, Vermögensverschiebungen um den Preis eines zeitlich gestreckten Nachteilsausgleichs zu veranlassen, artikuliert sich aber eine partielle Befreiung von den an sich zwingenden Vorschriften über die Kapitalerhaltung (§§ 57 ff. AktG).

2. Anwendbarkeit des deutschen Konzernrechts auf eine SE

- 3 Eine SE wird in der Regel entweder herrschendes oder abhängiges Unternehmen in einem Konzernverbund sein.¹ Die SE-VO enthält allerdings keine konzernrechtlichen Vorschriften. Grund hierfür ist, dass lediglich in Deutschland, Portugal² und mittlerweile in Italien³ ein gesetzlich geregeltes Konzernrecht anzutreffen ist. Die typischen Konzernkonflikte werden in den Gesellschaftsrechten der anderen Mitgliedstaaten durch allgemeine, von der Rechtsprechung entwickelte gesellschafts-, insolvenz- oder strafrechtliche Regeln gewährleistet.⁴ In den verschiedenen Lösungen artikulieren sich unterschiedliche Traditionen. Es verwundert nicht, dass eine Angleichung der nationalen Konzernrechte durch EU-Richtlinien bislang nicht gelungen ist.⁵ Der europäische Gesetzgeber war daher gut beraten, für die SE kein eigenständiges Konzernrecht zu schaffen.⁶ Stattdessen hat er davon abgesehen, konzernrechtliche Fragen in der SE-VO zu regeln. Sowohl für den Fall, dass die SE die Kontrolle ausübt, als auch für den Fall, dass die SE das kontrollierte Unternehmen ist, ist somit auf die allgemeinen Vorschriften und Grundsätze zurückzugreifen.⁷ Gemeint ist damit in erster Linie das **nationale Konzernrecht**, das nach der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers nach den Vorschriften und allgemeinen **Grundsätzen des Internationalen Privatrechts** anzuwenden ist.⁸ Das Konzernrecht wird mithin als ein Regelungsbereich verstanden, der wie das Steuer-, Insolvenz- und Wettbewerbsrecht außerhalb der SE-VO liegt.⁹
- 4 Die Rechtsverhältnisse einer konzernrechtlichen Verbindung bestimmen sich nach dem **Personalstatut der Gesellschaft**, bei der der „**Gefahrenschwerpunkt**“ liegt bzw. die „hauptbetroffen“ ist.¹⁰ Dies ist im faktischen Konzern¹¹ und im Vertragskonzern die abhängige Gesellschaft.¹² Demnach sind die **konzernrechtlichen Verhältnisse** einer

1 Vgl. *Waclawik* DB 2006, 1827 ff. mit Gestaltungsüberlegungen zu organisationsrechtlichen Fragen und den Rechtsformkosten.

2 Vgl. zur Rechtslage in Portugal *Gause* S. 58 ff. Er berichtet, dass das Vertragskonzernrecht in Portugal praktisch bedeutungslos ist; bis 1998 sei kein einziger Unterordnungsvertrag geschlossen worden (*Gause* S. 152).

3 Vgl. *Hartl* NZG 2003, 667, 668.

4 Vgl. hierzu die Beiträge von *Geens* (Belgien), *Guyon* (Frankreich), *Prentice* (Großbritannien), *Slagter* (Niederlande), *Doralt* (Österreich) und *Irujo* (Spanien) in: Lutter (Hrsg.), Konzernrecht im Ausland; vgl. außerdem *Lübking* S. 143 ff. zum französischen Recht und S. 161 ff. zum britischen Recht.

5 Vgl. den Entwurf einer neunten RL von 1984 (Konzernrechtsrichtlinie) abgedr. bei *Lutter* Europäisches Unternehmensrecht, S. 244 ff.

6 Vgl. MünchKomm AktG/*Altmeyen* Anh. Art. 9 SE-VO Rn. 23. Anders die in den Jahren 1970 und 1975 vorgelegten Entwürfe einer SE-VO. Vgl. hierzu *Lutter/Gebler* Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 275 ff.; a. A. s. im 1. Kap. Rn. 29.

7 Vgl. 16. Erwägungsgrund zur SE-VO.

8 Vgl. *Jaecks/Schönborn* RIW 2003, 254, 256 f.; *Habersack* ZGR 2003, 724, 727 f.; *Casper* FS Ulmer, S. 51, 67; *Spindler/Stilz/Casper* Art. 9 SE-VO Rn. 12; MünchKommAktG/*Schäfer* Art. 9 SE-VO Rn. 4; wohl auch *Teichmann* ZGR 2002, 383, 397, 445; noch offengelassen in *Veil* WM 2003, 2169, 2172; nach a. A. soll Rechtsgrundlage für eine Anwendung des nationalen Konzernrechts Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO sein, der auf das nationale Sachrecht verweise; vgl. *Hommelhoff* AG 2003, 179, 180; *Wagner* NZG 2002, 985, 988; KölnKomm SE/*Paefgen* Schlussanh. II Rn. 15; kritisch zu dieser bereits im Entwurf von 1991 verwirklichten Lösung *Raiser* FS Semler, S. 277, 295.

9 Vgl. *Casper* FS Ulmer, S. 51, 67; *Habersack* ZGR 2003, 724, 728; *Veil* WM 2003, 2169, 2172.

10 Vgl. *Staudinger/Großfeld* IntGesR, Rn. 556.

11 MünchKomm BGB IntGesR/*Kindler* Rn. 788; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, Rn. 557.

12 Vgl. zur Zulässigkeit der einzelnen Unternehmensverträge im grenzüberschreitenden Verkehr Rn. 25.

abhängigen SE, die in **Deutschland** ihren **Sitz** und ihre **Verwaltung** hat, nach den nationalen Regeln (§§ 15 ff., 291 ff. AktG) zu beurteilen. Dagegen ist das deutsche Konzernrecht auf eine **abhängige SE** mit **Sitz** und **Verwaltung** im **Ausland** nicht anwendbar. Insoweit ist die entsprechende ausländische Rechtsordnung maßgeblich.

Auf eine **herrschende SE** mit Sitz in Deutschland finden nur diejenigen konzernrechtlichen Vorschriften Anwendung, die **Entscheidungsprozesse** in der **herrschenden Gesellschaft** betreffen. Die wichtigsten Fälle sind das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens (§ 293 Abs. 2 AktG) und das Recht des Aufsichtsrats, konzernleitende Maßnahmen des Vorstands gegenüber dem abhängigen Unternehmen durchzusetzen (§ 308 Abs. 3 AktG). Die Vorschriften sind zum einen anzuwenden, wenn die abhängige Gesellschaft deutschem Recht unterliegt. Zum anderen kann ein Beschluss der Hauptversammlung einer herrschenden SE mit Sitz in Deutschland (§ 293 Abs. 2 AktG) erforderlich sein, wenn sich erstens eine ausländische Gesellschaft nach ihrer Rechtsordnung beherrschungsvertraglich binden kann und zweitens sich aus dem Vertrag oder dem ausländischen Konzernrecht eine Verpflichtung des herrschenden Unternehmens (der SE) ergibt, die Verluste der Gesellschaft zu übernehmen. Diese Voraussetzungen dürften selten erfüllt sein. Eine Zustimmung der Hauptversammlung kann nur bei einer deutsch-portugiesischen und unter Umständen bei einer deutsch-italienischen Konzernbeziehung einzuholen sein.¹³

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Konzeption des SEAG zu Recht angenommen, dass das deutsche **Aktienkonzernrecht** mit den **Vorgaben** des **Gemeinschaftsrechts vereinbar** ist. Einer „klarstellenden“ Regelung, dass das deutsche Konzernrecht soweit nicht zur Anwendung kommt, soweit es eine Konzernherrschaft ermöglicht oder auch nur erleichtert,¹⁴ bedurfte es nicht.¹⁵ Die nationalen Vorschriften sind erstens mit der Kapitalrichtlinie vereinbar.¹⁶ Zweitens erschließt sich aus der Historie der SE-VO und den Erwägungsgründen, dass der europäische Gesetzgeber von einer generellen Anwendbarkeit der in den Mitgliedstaaten bestehenden Konzernrechte auf eine SE ausgegangen ist. Dies spricht gegen die These, die nationalen Vorschriften würden gegen das in Art. 39 Abs. 1 S. 1 SE-VO verankerte Prinzip eigenverantwortlicher Unternehmensleitung verstoßen.¹⁷

Im **SEAG** sind keine abweichenden oder ergänzenden Regelungen vorgesehen. Einen gewissen Anpassungsbedarf hat der nationale Gesetzgeber lediglich für eine **SE mit monistischem System** gesehen und für diese eine **Sonderregelung** geschaffen. So bestimmt § 49 SEAG, dass für die Anwendung der §§ 308–318 und der §§ 319–327 AktG an die Stelle des Vorstandes der Gesellschaft bzw. der eingegliederten Gesellschaft die geschäftsführenden Direktoren treten.

13 Vgl. zur Verlustausgleichspflicht aus einem portugiesischen „Unterordnungsvertrag“ *Gause* S. 98; zur Zulässigkeit einer vertraglichen „Leitung und Steuerung“ einer italienischen Gesellschaft *Harit* NZG 2003, 667, 668.

14 In diesem Sinne *Hommelhoff* AG 2003, 179, 182 f.; kritisch auch *Merkt* ZGR 2003, 650, 675.

15 Vgl. *Habersack* ZGR 2003, 724, 731 ff.; *Veil* WM 2003, 2169, 2172 f.; KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. II Rn. 7; MünchKommAktG/*Altmeyen* Anh. Art. 9 SE-VO Rn. 27 ff.

16 Vgl. *Veil* WM 2003, 2169, 2171; eingehend *ders.* Unternehmensverträge, S. 166 ff.; KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. II Rn. 10.

17 Vgl. *Habersack* ZGR 2003, 724, 740 f.; *Veil* WM 2003, 2169, 2172 f.; KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. II Rn. 8.

II. Faktische Unternehmensverbindungen

- 8 Die gesetzliche Regelung des faktischen Konzerns beruht auf dem Gedanken, dass die unternehmerische Eigenständigkeit der abhängigen Gesellschaft grundsätzlich unberührt bleiben soll. Dies wird zum einen durch ein allgemeines Schädigungsverbot erreicht. So darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen (§ 311 Abs. 1 AktG). Etwas anderes gilt nur, wenn die Nachteile ausgeglichen werden (§ 311 Abs. 1 a.E. AktG) oder spätestens am Ende des Geschäftsjahrs, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt wird, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll (§ 311 Abs. 2 S. 1 AktG). Das Schädigungsverbot wird flankiert durch die Pflicht des Vorstands, jährlich über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen zu berichten (§ 312 Abs. 1 AktG). Ob und in welcher Weise die Regeln über die Konzernleitung, den Abhängigkeitsbericht und die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens, seiner gesetzlichen Vertreter und der gesetzlichen Vertreter der abhängigen Gesellschaft auf eine SE anwendbar sind, wird im Folgenden danach beurteilt, ob eine SE dualistisch (Vorstand/Aufsichtsrat) oder monistisch (Verwaltungsrat) organisiert ist. Die Ausführungen gelten für eine SE, die von einem **anderen Unternehmen abhängig** ist und **ihren Sitz sowie ihre Verwaltung in Deutschland** hat.

1. Dualistisches System

- 9 Der europäische Gesetzgeber hat das dualistische System einer SE in Übereinstimmung mit dem deutschen Aktienrecht ausgestaltet. Das Leitungsorgan – also der **Vorstand** – **führt die Geschäfte in eigener Verantwortung** (Art. 39 Abs. 1 S. 1 SE-VO) und wird durch den Aufsichtsrat überwacht. Dieser ist nicht berechtigt, die Geschäfte der SE zu führen (Art. 40 Abs. 1 SE-VO). Die Hauptversammlung beschließt über die ihr zugewiesenen Angelegenheiten (Art. 52 SE-VO). Ihr kommt hinsichtlich der Besetzung des Vorstands keine Personalkompetenz zu. Die Mitglieder des Vorstands werden vielmehr vom Aufsichtsrat bestellt und abberufen (Art. 39 Abs. 2 SE-VO). Sie können weder vom Aufsichtsrat noch von der Hauptversammlung angewiesen werden. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der SE-VO. Der Vorstand wird als „Leitungsorgan“ bezeichnet, das „in eigener Verantwortung“ tätig wird.¹⁸
- 10 Weiteren Aufschluss über die Rechtsstellung des Vorstands erlangt man, wenn man die nationalen Vorschriften berücksichtigt, denen eine SE gem. Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO unterliegt. Herauszustellen ist insbesondere, dass über diese Generalverweisungsnorm nach h.M. auch § 84 Abs. 3 S. 1 AktG anzuwenden ist.¹⁹ Der Aufsichtsrat kann daher die Bestellung zum Vorstandsmitglied nur widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.²⁰

18 Spindler/Stilz/Casper/Eberspächer Art. 39 SE-VO Rn. 4; MünchKomm AktG/Reichert/Brandes Art. 39 SE-VO Rn. 9; i.e. ebenso KölnKomm AktG/Paefgen SE Art. 39 SE-VO Rn. 22 f. (aus Eigenverantwortlichkeit folge lediglich, dass der Vorstand eine eigenständige Organstellung innehat, Weisungsfreiheit ergebe sich aber aus Art. 40 Abs. 1 S. 2 SE-VO).

19 Vgl. Spindler/Stilz/Casper/Eberspächer Art. 39 SE-VO Rn. 9; KölnKomm AktG/Paefgen SE Art. 39 SE-VO Rn. 69; a. A. Lange EuZW 2003, 301, 306 mit dem nicht überzeugenden Argument, Art. 39 Abs. 2 S. 1 SE-VO knüpfe keine weiteren Bedingungen an die Abberufung. Damit ist noch nicht belegt, dass die SE-VO den Vorgang abschließend regelt.

20 Ausf. 5. Kap. Rn. 23 ff.

Vor diesem Hintergrund bereitet es keine Probleme, die §§ 311–318 AktG auf eine abhängige SE mit dualistischem System zu übertragen. Der Vorstand hat einen **Abhängigkeitsbericht** aufzustellen (§ 312 AktG), in dem alle konzerninternen Rechtsgeschäfte und Maßnahmen unter Angabe ihrer Vor- und Nachteile aufzuführen sind. Der Bericht ist vom Aufsichtsrat (§ 313 AktG) und in der Regel vom Abschlussprüfer (§ 314 AktG) zu prüfen. Die **Leitungskompetenz** des Vorstands bleibt unverändert. Seine Entscheidungen trifft er nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen. Seine Pflichten werden allein durch § 311 AktG modifiziert: Der Vorstand darf ein vom herrschenden Unternehmen veranlasstes nachteiliges Rechtsgeschäft schließen bzw. eine nachteilige Maßnahme treffen, wenn eine Kompensation entweder gleichzeitig gewährt oder zum Ende eines Geschäftsjahres zugesagt wird. 11

Ein Weisungsrecht hat das herrschende Unternehmen nicht, wenn kein Beherrschungsvertrag besteht. Es ist auch nicht gesichert, dass ein herrschendes Unternehmen sein aus der Bestellungs- und Abberufungskompetenz des Aufsichtsrats resultierendes Einflusspotenzial erfolgreich nutzen kann, um eigene unternehmenspolitische Ziele in die abhängige SE hineinzutragen. Als Quintessenz lässt sich somit festhalten: Es ist zulässig, eine dualistisch verfasste SE mit Sitz in Deutschland in den Konzernverbund eines herrschenden Unternehmens zu integrieren und sie einheitlich zu leiten. Diese **Konzernleitung** ist aber in der SE **nicht rechtlich durchsetzbar**. 12

2. Monistisches System

2.1 Konzernleitung

In einer monistisch strukturierten SE leitet der **Verwaltungsrat** die **Gesellschaft**, 13 bestimmt die **Grundlinien** ihrer **Tätigkeit** und überwacht deren Umsetzung (§ 22 Abs. 1 SEAG). Es ist weder in der SE-VO noch im SEAG die Rede davon, dass er in eigener Verantwortung tätig wird.²¹ Nicht anders verhält es sich mit den geschäftsführenden Direktoren.²² § 40 Abs. 2 S. 1 SEAG begnügt sich damit, ihnen die Aufgabe zuzuweisen, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Damit sollte klargestellt werden, dass die Aufgaben der laufenden Geschäftsführung zwingend von den geschäftsführenden Direktoren wahrgenommen werden.²³

Mit dieser Ausgestaltung des Verwaltungsorgans wurde der Grundstein gelegt für 14 facettenreiche Einflusspotenziale. So ist **erstens** der **Verwaltungsrat** gegenüber den geschäftsführenden Direktoren weisungsbefugt (§ 44 Abs. 2 SEAG).²⁴ Er kann sowohl generelle als auch individuelle Weisungen erteilen. Die geschäftsführenden Direktoren sind verpflichtet, die Weisungen zu befolgen. Dies gilt allerdings nur für rechtmäßige, eine Haftung nach § 93 AktG ausschließende, Weisungen. Darüber hinaus kann der Verwaltungsrat sowohl für bestimmte Arten als auch für konkrete Geschäfte Zustimmungsvorbehalte begründen.²⁵ Die geschäftsführenden Direktoren dürfen

21 Vgl. Art. 43 Abs. 1 S. 1 SE-VO.

22 Zwar kann ein Mitgliedstaat vorsehen, dass ein oder mehrere Geschäftsführer die laufenden Geschäfte in eigener Verantwortung unter denselben Voraussetzungen, wie sie für AG mit Sitz im Hoheitsgebiet des betr. Mitgliedstaats gelten, führt bzw. führen (Art. 43 Abs. 1 S. 2 SE-VO). Die Ermächtigung gilt aber nur für solche Mitgliedstaaten, die ein monistisches System bereits kennen.

23 Vgl. Begr. RegE § 40 SEAG, BT-Drucks. 15/3405, S. 39.

24 Vgl. *Kallmeyer* ZIP 2003, 1531, 1533; *Neye/Teichmann AG* 2003, 169, 179; *Merkt ZGR* 2003, 650, 663.

25 *Spindler/Stilz/Casper/Eberspächer* Art. 43 SE-VO Rn. 15.

dann ein vom Zustimmungsvorbehalt umfasstes Geschäft nicht ohne Zustimmung des Verwaltungsrats tätigen. **Zweitens** ist die **Hauptversammlung** grundsätzlich berechtigt, den Verwaltungsrat in der Unternehmenspolitik zu binden.²⁶ Die monistisch organisierte SE weist eine flexible Organisationsverfassung auf. Sie ist nicht konzernresistent, sondern kann in ähnlicher Weise wie eine nationale GmbH auch atypischen Zwecken dienstbar gemacht werden.²⁷ Bei einer konzernabhängigen SE wird daher in der Regel das monistische Leitungssystem gewählt.²⁸

- 15 Welche Grenzen für eine Konzernleitung bestehen, ist noch nicht abschließend geklärt. Herauszustellen ist aber zweierlei: Erstens, dass eine SE keinem Konzerninteresse verpflichtet ist, sondern eigene unternehmerische Zwecke verfolgt,²⁹ und zweitens, dass auch einem herrschenden Unternehmen ein Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen verwehrt ist. Die Vorschriften über die Kapitalerhaltung (§§ 57 ff. AktG)³⁰ und die in § 311 AktG verankerten Schranken des Einflusses sind in einer monistisch organisierten SE ebenso wie in einer dualistisch verfassten SE anzuwenden.³¹
- 16 Problematisch ist, dass nicht in gleicher Weise wie bei einer dualistisch organisierten SE davon ausgegangen werden kann, dass die gesetzlichen **Grenzen** einer **Konzernherrschaft** tatsächlich **durchgesetzt** werden. Die geschäftsführenden Direktoren sind vom Verwaltungsrat abhängig und können im Extremfall wie „Marionetten“ behandelt werden. Grund hierfür ist zum einen, dass die geschäftsführenden Direktoren weisungsabhängig sind. Zum anderen können sie jederzeit durch Beschluss des Verwaltungsrats abberufen werden, sofern die Satzung nichts anderes regelt (§ 40 Abs. 5 S. 1 SEEG); hierfür genügt eine einfache Mehrheit. Es drängt sich daher die Frage auf, ob die schwache Rechtsstellung der geschäftsführenden Direktoren durch den Gesetzgeber aufgewertet werden sollte. So ist erstens daran zu denken, einen Kernbereich festzulegen, der von den geschäftsführenden Direktoren weisungsfrei wahrgenommen wird. Zumindest könnte so sichergestellt werden, dass der Verwaltungsrat in die Geschäftsführung nicht willkürlich eingreift.³² Ferner ist zu überlegen, eine Abberufung der geschäftsführenden Direktoren nur unter qualifizierten Voraussetzungen zuzulassen.³³
- 17 Beide Vorschläge sind bereits in der rechtspolitischen Diskussion zum SEAG unterbreitet und vom deutschen Gesetzgeber nicht aufgegriffen worden. So bleibt als Lösung der Probleme nur der Weg, Extremfälle einer Einflussnahme, die von § 311 AktG nicht erfasst werden können, mit den beweglichen Schranken mitgliederschaftlicher Herrschaftsmacht und der organschaftlichen Treuebindung zu bewältigen. In jedem Fall kommt in Betracht, für die Abberufung der geschäftsführenden Direkto-

26 Es ist str., ob die Hauptversammlung ein Weisungsrecht gegenüber dem Verwaltungsrat hat (vgl. hierzu KölnKomm AktG/*Siems* Art. 43 SE-VO Rn. 37 ff.). Zulässig ist es in jedem Fall, wenn in der Satzung Anweisungen und Beschränkungen für die Geschäftsführungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren begründet werden (§ 44 Abs. 2 SEAG). Auf diesem Wege erlangen die Satzungsgeber einen gewissen Einfluss auch auf strategische Führungsentscheidungen.

27 Vgl. auch *Neye/Teichmann* ZIP 2003, 169, 177, 179.

28 Vgl. *Waclawik* DB 2006, 1827, 1830.

29 Vgl. *Hommelhoff* AG 2003, 179, 182; KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. Rn. 42.

30 Nach Art. 5 SE-VO bestimmt sich die Erhaltung des Kapitals nach den für eine nationale AG geltenden Vorschriften.

31 Vgl. KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. Rn. 42.

32 Vgl. *Theisen/Wenz/Maul* S. 421.

33 Vgl. *Theisen/Wenz/Maul* S. 422; *Veil* WM 2003, 2169, 2174.

ren in der Satzung der SE eine qualifizierte Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats vorauszusetzen.

2.2 Nachteilsausgleich und Schadensersatzpflicht der Verwaltungsmitglieder und Direktoren

Der Schutz der abhängigen SE wird durch eine entsprechende Anwendung der §§ 311–318 AktG gewährleistet. Auf das für die GmbH von der Rechtsprechung entwickelte treuepflichtgesteuerte Schutzkonzept kann wegen der von Art. 10 SE-VO angeordneten Gleichbehandlung einer AG und einer SE nicht zurückgegriffen werden.³⁴ Ein herrschendes Unternehmen, das die von § 311 AktG gezogenen Schranken seines Einflusses missachtet, ist der SE zum Schadensersatz verpflichtet (§ 317 Abs. 1 S. 1 AktG). Es ist auch gegenüber den Aktionären verantwortlich, soweit diese einen eigenen Schaden erlitten haben (§ 317 Abs. 1 S. 2 AktG). Neben dem herrschenden Unternehmen haften dessen gesetzliche Vertreter (§ 317 Abs. 3 AktG). 18

Im Zentrum des Schutzes der abhängigen Gesellschaft steht das **Verbot** einer **Nachteilszufügung** (§ 311 AktG). In einer dualistisch organisierten SE ist der Vorstand gem. §§ 311, 93 AktG verpflichtet, eine vom herrschenden Unternehmen veranlasste Maßnahme bzw. ein veranlasstes Rechtsgeschäft zu prüfen. Diese haftungsbewährte Pflicht trifft in einer monistischen SE den Verwaltungsrat (vgl. § 39 SEAG i.V.m. § 93 AktG) und die geschäftsführenden Direktoren (vgl. § 40 Abs. 8 SEAG i.V.m. § 93 AktG).³⁵ Der Verwaltungsrat kann und darf eine vom herrschenden Unternehmen nachteilige Maßnahme gegenüber den geschäftsführenden Direktoren durchsetzen, sofern das herrschende Unternehmen die Voraussetzungen nach § 311 AktG erfüllt (Ausgleich oder Zusage eines Ausgleichs), denn er ist diesen gegenüber weisungsbehaftet. Eine Haftung der geschäftsführenden Direktoren ist dann ausgeschlossen. Anders verhält es sich, wenn die Weisung durch den Verwaltungsrat pflichtwidrig ist. Dies kann der Fall sein, wenn das nachteilige Rechtsgeschäft nicht im Interesse des herrschenden Unternehmens ist.³⁶ Die geschäftsführenden Direktoren müssen daher in jedem Fall eine veranlasste Maßnahme bzw. ein veranlasstes Rechtsgeschäft eigenständig prüfen.³⁷ 19

Die geschäftsführenden Direktoren der abhängigen SE unterliegen ferner der aktienkonzernrechtlichen **Schadensersatzpflicht** wegen **Verletzung** von **Berichts- und Prüfungspflichten** gem. § 318 Abs. 1 AktG (§ 49 Abs. 1 SEAG). Es kann sie nicht entlasten, dass sie auf Weisung des Verwaltungsrats ein nachteiliges Rechtsgeschäft oder eine nachteilige Maßnahme nicht im Abhängigkeitsbericht aufgenommen haben. Bei der Aufstellung des Berichts haben die geschäftsführenden Direktoren die Grundsätze einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft einzuhalten. Sie müssen insbesondere wahrheitsgemäß und vollständig berichten. Insoweit verfügen sie über kein unternehmerisches Ermessen. Der Verwaltungsrat ist folglich nicht berechtigt, den geschäftsführenden Direktoren insoweit rechtlich verbindliche Vorgaben zu machen. 20

34 So aber *Jaecks/Schönborn* RIW 2003, 254, 265; vgl. auch *Maul* ZGR 2003, 743, 756 ff.; wie hier KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. II Rn. 49.

35 KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. II Rn. 42 f.

36 KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. II Rn. 46.

37 *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil/Ihrig* Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 17, 24 f.; KölnKomm AktG/*Paefgen* SE Schlussanh. II Rn. 46.