

Stefan J. Geibel | Christian Heinze | Dirk A. Verse (Hrsg.)

Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748937814>

Generiert durch Universitätsbibliothek Heidelberg, am 14.03.2024, 10:44:09.

Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

**Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Aix/Marseille)

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford)

Band 100

Stefan J. Geibel | Christian Heinze | Dirk A. Verse (Hrsg.)

Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-0258-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-3781-4 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Reihe der Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht darf auf eine stattliche Zahl herausragender Bände zurückblicken, die seit dem Jahr 2000 am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg entstanden sind.

Mit dem vorliegenden hundertsten Band feiert die Schriftenreihe ein Jubiläum. Der Band enthält insgesamt sechs Beiträge, die sich aus verschiedenen Perspektiven mit dem Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem befassen. *Peter-Christian Müller-Graff* entfaltet die systemkonzeptionellen Anforderungen des Binnenmarktrechts an die Verantwortung der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten und systemstimmige Lösungen für ausgewählte derartige judikative Herausforderungen. *Stephan Harbarth* lotet neue Perspektiven einer Europäischen Privatgesellschaft in Gestalt des aktuellen Vorstoßes zur Schaffung einer Société Européenne Simplifiée (SES) aus. *Peter Hommelhoff* legt die Fundamente eines neuen ebenenübergreifenden europäischen Rechts der grenzüberschreitenden Konzerne als den maßgeblichen Trägern des Binnenmarktes. Der Beitrag von *Dirk A. Verse* behandelt mit dem Austrittsrecht der Gesellschafter bei einer grenzüberschreitenden Spaltung eine Frage aus dem europäischen Umwandlungsrecht, die sich im Zuge der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie stellt. *Stefan J. Geibel* widmet sich der neuerdings vieldiskutierten Rechtsfigur der Datentreuhand auf den verschiedenen Ebenen des Unionsrechts und der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Hinblick auf ihren Einsatz für Forschungs- und andere gemeinwohlnützige Zwecke. *Christian Heinze* stellt in seiner kollisionsrechtlichen Betrachtung des Einheitspatentrechts die Frage, ob es einem Unionsrechtsprimat oder der Staatsvertragsautonomie unterliegt.

Alle diese Themen liegen im Schnittpunkt von einerseits dem materiellen Europäischen Unionsrecht, das von seinem Schwerpunkt wirtschaftsrechtlich geprägt ist, und andererseits dem in den Mitgliedstaaten geltenden nationalen Wirtschaftsrecht, das seinerseits maßgeblich durch das Europäische Unionsrecht bestimmt wird. Die Beiträge zu diesem hundertsten Jubiläumsband spiegeln damit in besonderer Weise das proprium der Reihe, die nunmehr auf dem Weg zum zweihundertsten Band ist.

Heidelberg, im November 2022

Stefan J. Geibel, Christian Heinze, Dirk A. Verse

Inhalt

I.	<i>Grundlagen des Binnenmarktrechts</i>	9
	Binnenmarktrecht vor mitgliedstaatlichen Gerichten	11
	<i>Peter-Christian Müller-Graff</i>	
II.	<i>Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Umwandlungsrecht</i>	71
	Neue Perspektiven für eine Europäische Privatgesellschaft	73
	<i>Stephan Harbarth</i>	
	Ein europäisches Gruppenrecht für den Binnenmarkt	107
	<i>Peter Hommelhoff</i>	
	Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung	191
	<i>Dirk A. Verse</i>	
III.	<i>Europäisches Forschungs- und Patentrecht</i>	231
	Die Datentreuhand zu Forschungs- und anderen gemeinwohlnützigen Zwecken im Mehrebenensystem des Unionsrechts	233
	<i>Stefan J. Geibel</i>	
	Unionsrechtsprimat oder Staatsvertragsautonomie? – Eine kollisionsrechtliche Betrachtung des Einheitspatentrechts	283
	<i>Christian Heinze</i>	

I.
Grundlagen des Binnenmarktrechts

Binnenmarktrecht vor mitgliedstaatlichen Gerichten

Peter-Christian Müller-Graff

Inhaltsübersicht

A. Das primärrechtliche Konzept des Binnenmarktes	14
I. Binnenmarktverbundene wirtschafts-, gesellschafts- und integrations- theoretische Hypothesen	14
II. Die binnenmarktrechtliche Grundprägung des ebenenübergreifenden wirtschaftsordnungsrechtlichen Systems der Europäischen Union	15
B. Die allgemeine Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen für die Verwirklichung des Unionsrechts	18
I. Die institutionellen und individuellen Voraussetzungen	19
II. Die Verbindung zwischen mitgliedstaatlicher und unionaler Gerichts- barkeit	20
III. Das unionsrechtliche Verantwortungsspektrum mitgliedstaatlicher Gerichte	21
C. Herausforderungen der speziellen binnenmarktrechtlichen Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen	23
I. Unmittelbare Anwendbarkeit und individuelle Rechte des Binnenmarkt- rechts	23
1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis.	23
2. Erfordernis der prozessualen Geltendmachung der binnenmarktrecht- lichen Grundfreiheiten?	25
a. „Iura novit curia“?	25
b. Die Konstitutivfunktion der binnenmarktlichen Grundfreiheiten für das Unionskonzept	26
3. Erfordernis der Geltendmachung von Ausnahmebestimmungen?	30
4. Unmittelbare Anwendung von Sekundärrecht, namentlich von Richt- linienbestimmungen?	30
5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und Grundrechte-Charta?	34
II. Anwendungsvorrang des Binnenmarktrechts	36
1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis	37
2. Die judikative Verpflichtung zur Nichtanwendung binnen- marktinkompatiblen nationalen Rechts	38
3. Die judikative Pflicht zur Nichtanwendung binnenmarktinkompati- blen nationalen Verfassungsrechts	39

III.	Das Gebot der binnenmarktrechtskonformen Auslegung und judikativen „Rechtsfortbildung“ des mitgliedstaatlichen Rechts	41
1.	Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis	42
2.	Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts?	43
3.	Beurteilung der Auslegungsfähigkeit bzw. judikativen „Rechtsfortbildungs“fähigkeit nationalen Rechts?	43
4.	Binnenmarktrechtskonforme Auslegung des Rechts anderer Mitgliedstaaten?	47
5.	Auslegung „überschießender“ nationaler Umsetzungsformen des Binnenmarktrechts?	47
IV.	Rechtsschutz, insbesondere Zuerkennung von Schadensersatz bei Verletzung des Binnenmarktrechts?	48
1.	Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis	48
2.	Die prozedurale Bedeutung des Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips im Binnenmarktrecht	49
3.	Einstweiliger Rechtsschutz bei behaupteter Rechtswidrigkeit einer binnenmarktrelevanten Norm	50
4.	Schadensersatzzuerkennung bei Verletzung von Binnenmarktrecht?	51
a.	Staatshaftung wegen Verletzung binnenmarktlicher Grundfreiheiten?	53
b.	Schadensersatzhaftung privater Akteure bei Verletzung binnenmarktlicher Grundfreiheiten?	56
c.	Unternehmenshaftung wegen Verletzung binnenmarktlicher Wettbewerbsregeln?	56
d.	Prävention und Sanktion bei Verletzung des Beihilfedurchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV?	60
V.	Die Handhabung des Vorlageverfahrens im Binnenmarktrecht	62
1.	Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis	63
2.	Erkenntnis und Vorlageerläuterung entscheidungsrelevanter Fragen	64
3.	Unionsrechtliche Irrelevanz mitgliedstaatlicher Vorlagehindernisse?	65
4.	Die kardinale Befolgungspflicht der Regeln des Vorlageverfahrens	66

Binnenmarktrecht vor mitgliedstaatlichen Gerichten richtet sich als Frage auf die „Mehrebenen“verantwortlichkeit im transnationalen Gemeinwesen der Europäischen Union¹ bei der Verwirklichung deren ersten operativen Hauptziels, der Errichtung eines Binnenmarktes, zur Erreichung ihrer Leitzieltrias der Förderung von Frieden, ihrer Werte und des Wohlergehens

1 Zu dieser Qualifikation Müller-Graff, Verfassungsziele der Europäischen Union, in: Dausen/Ludwig (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 49 (November 2019), A I, Rn. 58ff. und 61ff.

ihrer Völker.² Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte entspringt der grundlegenden gesellschaftsvertragsartigen Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, wonach sich die Union und die Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben, gegenseitig achten und unterstützen (Art. 4 Abs. 3 EUV). Die als Daueraufgabe zu verstehende³ Errichtung eines Binnenmarktes (im definierten Sinne des Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 2 AEUV) figuriert im operativen Zielquartett der Union⁴ als Ursprungs- und Grundaufgabe, um die Leitzieltrias der Union umzusetzen.⁵ Das dem Binnenmarktziel dienende Binnenmarktrecht⁶ als (mit einem der Politikwissenschaft entlehnten Begriff⁷) „Mehrebenensystem“ zu verstehen, bezeichnet die laufende Verantwortung der unionalen und mitgliedstaatlichen Hoheitsträger, die rechtlichen Ermöglichungsbedingungen für binnenmarktliches Geschehen, mithin für den transnationalen Freiverkehr aller Produktionsfaktoren (Personen, Kapital) und Produkte (Waren, Dienstleistungen) gemäß den Bestimmungen der Verträge zu gewährleisten. Der Beginn des (bei Einbeziehung des gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl) achten Jahrzehnts des europäischen Marktintegrationsrechts gibt Anlass, nach dem Bewältigungsstand der strukturellen Herausforderungen der Verantwortung der mitgliedstaatlichen Gerichte zu fragen. Zur Beantwortung dieser Frage sind einleitend das primärrechtliche Konzept des Binnenmarktes zu erinnern (A) und die allgemeine Verantwortung der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten für die Verwirklichung des Unionsrechts zu skizzieren (B), um sodann ausgewählten Herausforderungen der mitgliedstaatlichen Judikativen in der Anwendung des Binnenmarktrechts nachzugehen (C).

2 Art. 3 EUV.

3 Hatje (Hrsg.), *Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe*, Europarecht Beiheft 1/2002.

4 Müller-Graff, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV-GRC-AEUV*, Band I, 2017, Art. 3 AEUV, Rn. 4ff.

5 Müller-Graff, *Die Vertragsziele der Europäischen Union*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (Enzyklopädie Europarecht, Band 1), 2. Aufl., 2022, § 8, Rn. 30ff.

6 Zum Begriff Müller-Graff, *Binnenmarktziel und Rechtsordnung – Binnenmarktrecht*, 1989.

7 Marks/Hooghe/Blank, *European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-Level Governance*, *Journal of Common Market Studies*, No. 3, 1996, S. 341, 346; Joerges, *Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechtsdisziplin*, in: Furrer (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, 2006, S. 133, 150.

A. Das primärrechtliche Konzept des Binnenmarktes

Das primärrechtliche Konzept des Binnenmarktes ergibt sich aus der genannten positiv-rechtlichen Definition des Binnenmarktes als eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Diese Entscheidung lässt sich mit wirtschafts-, gesellschafts- und integrationstheoretischen Annahmen verbinden (I), die zugleich ein spezifisches wirtschaftsordnungsrechtliches System in der Union begründen (II).

I. Binnenmarktverbundene wirtschafts-, gesellschafts- und integrationstheoretische Hypothesen

Das in Art. 26 Abs. 2 AEUV rechtlich positivierte Binnenmarktkonzept lässt sich als Ausdruck der Kombination mehrerer wirtschafts-, gesellschafts- und integrationstheoretischer Hypothesen verstehen.

Wirtschaftstheoretisch kann es in die ideengeschichtliche Traditionslinie der von *Adam Smith* begründeten⁸ und von *David Ricardo* zum Prinzip des komparativen Kostenvorteils verdichteten⁹ klassischen internationalen Handelslehre gestellt werden,¹⁰ die in ihrem Kern die Annahme von Wohlfahrtsgewinn der beteiligten Länder infolge internationaler Arbeitsteilung beinhaltet.¹¹ Die handelskonzentrierte Fokussierung dieser Lehre ist indes von der primärrechtlichen Konzeption des Binnenmarktes als Freiverkehr aller Produkte (Waren, Dienstleistungen) und Produktionsfaktoren (Personen, Kapital) zwischen den Mitgliedstaaten überschritten und damit der Sache nach in die wettbewerbstheoretische Annahme eingemündet, dass ein gemeinsamer wettbewerblicher Wirtschaftsraum durch sein Initiativ-

8 *Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776.

9 *Ricardo*, On the Principles of Political Economy and Taxation, 1817; *Weiß/Herrmann*, Welthandelsrecht, 2003, S. 10f.

10 *Molle*, The Economics of European Integration. Theory, Practice, Policy, 1990, S. 9ff.; *Clapham*, Die Zollunionstheorie als Grundlage eines regionalen wirtschaftlichen Integrationskonzepts, in: Zippel (Hrsg.), Ökonomische Grundlagen der europäischen Integration, 1993, S. 25, 28ff.

11 *Weiß/Herrmann*, Welthandelsrecht, 2003, S. 10.

Leistungs- und Innovationsanreizprinzip optimale gesamtwirtschaftliche Ergebnisse ermöglicht.¹²

Diese wirtschaftstheoretische Erwartung der positiven Wohlfahrtsfunktion von Wettbewerb wird *gesellschaftstheoretisch* von der ordoliberalen Annahme begleitet, die dem Wettbewerb eine gesellschaftspolitische Legitimations- und Kontrollfunktion des privaten Wirtschaftens zuschreibt.¹³

Integrationstheoretisch lässt sich das als „Gemeinsamer Markt“ begonnene Konzept der Marktintegration unschwer mit der namentlich von *Mitrany* begründeten und von *Haas* auf die europäische Vergemeinschaftung ausgerichteten funktionalen bzw. neofunktionalen Integrationstheorie verbinden, wonach die Integration in Teilbereichen aus ihren sachbegründeten Funktionserfordernissen heraus Anschubkräfte für eine stärkere (politische) Integration entfaltet.¹⁴ Deren rechtsverbindliche institutionelle Verfestigung erfordert allerdings einen entsprechenden politischen Gestaltungswillen der Mitgliedstaaten und bestätigt insoweit auch die von *Moravcsik* entwickelte, auf derartige politische Volitivakte abstellende intergouvernementale Integrationslehre.¹⁵

II. Die binnenmarktrechtliche Grundprägung des ebenenübergreifenden wirtschaftsordnungsrechtlichen Systems der Europäischen Union

Die Entscheidung für den Binnenmarkt in der Definition des Art. 26 Abs. 2 AEUV beinhaltet zugleich eine wirtschaftsordnungsrechtliche Grundentscheidung für eine wettbewerbliche Marktwirtschaft in der Union. Dies wurde unverzüglich im wissenschaftlichen Schrifttum bei Gründung der EWG erkannt,¹⁶ auch wenn erst der Vertrag von Maastricht von

12 Zu den Erwartungen an den Wettbewerb im Allgemeinen z.B. *Eucken*, Die Grundlagen der der Nationalökonomie, 1939; *von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl., 1991; *Hopmann*, Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, ORDO Bd. 18 (1967), 77ff.; *Möschel*, Das Wirtschaftsrecht der Banken, 1972, S. 337ff.

13 Namentlich *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950; *Mestmäcker*, Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, 2. Aufl., 2006; *Möschel* (*supra* Fn. 12), S. 337ff.

14 *Mitrany*, The Progress of International Government, 1933; *Haas*, The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957, 1958.

15 *Moravcsik*, The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht, 1998.

16 Vgl. z. B. namentlich *Ophüls*, Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, ZHR 124 (1962), 136ff.; *Mesrmäcker*, Offene Märkte im System unverfälschten

1992 die Union und die Mitgliedstaaten in ihrer Wirtschaftspolitik ausdrücklich auf den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ verpflichtete (heute: Art. 119 Abs. 1 AEUV). Denn mit der Zielrichtung des transnationalen Freiverkehrs aller Produkte und Produktionsfaktoren wird zugleich transnationaler Wettbewerb ermöglicht. Daraus ergeben sich pragmatisch und konzeptionell folgerichtig zuallererst Fragen der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch die Mitgliedstaaten wie auch der Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen. Indes reicht der Bedarf an normativen Vorkehrungen in der Wirtschaftsordnung einer wettbewerbliehen Marktwirtschaft darüber hinaus.

Wenn sich auch aus den genannten, mit dem Binnenmarkt verbindbaren wirtschafts-, gesellschafts- und integrationstheoretischen Annahmen keine von den positivierten Normen und deren Auslegung unabhängige rechtliche Konsequenzen ergeben,¹⁷ lässt sich das binnenmarktrechtlich begründete, spezifisch positivierte „ebenen“übergreifende unionale Wirtschaftsordnungsrecht doch in Gestalt von darauf abgestimmten verschiedenen funktionalen Normgruppen erkennen und konturieren. Sie sind aus dem eigengesetzlichen Postulat der Widerspruchsfreiheit einer Rechtsordnung, Gleiches gleich und Unterschiedliches seiner Eigenart nach verschieden zu entscheiden, miteinander in einen systematischen normativen Zusammenhang zu bringen.¹⁸ Auf den archimedischen Punkt der auf

Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Coing/Kronstein/Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965, 1965, S. 345ff.; von *Simson*, Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den europäischen Gemeinschaften, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Breisgau (Hrsg.), Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, 1967, S. 55ff.

17 Möschel, Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlegung, in: Fuchs/Schwintowski/ Zimmer (Hrsg.), Wirtschaftsrecht und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung. Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, 2004, S. 277; s. auch *ders.*, Der Einfluss der europäischen auf die deutsche Rechtsordnung, in: Lieb/Noack/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 395; Müller-Graff, Festigkeits- und Elastizitätsproben des Europäischen Wirtschaftsordnungsrechts, in: Bien/Jickeli/Müller-Graff (Hrsg.), Maß und Gradfragen im Wirtschaftsrecht. Liber discipulorum zum 80. Geburtstag von Wernhard Möschel, 2021, S. 212, 217.

18 Zu der darauf bezogenen Funktion der Rechtsdogmatik H. Dreier, Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen, in: H. Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 1, 31.

dem Binnenmarktrecht beruhenden Wirtschaftsordnung bezogen lassen sie sich grob nach acht Funktionen sortieren:¹⁹ erstens als Normen zur Gewährleistung der für eine Marktwirtschaft grundlegenden Handlungsfreiheiten zur freien Koordinierung freier Präferenzentscheidungen von Angebot und Nachfrage (Normen der Freiheitsgewährleistung);²⁰ zweitens als Normen zur Gewährleistung des wettbewerblichen Systems gegen nicht legitimierbare Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen und gegen nicht legitimierbare Wettbewerbsverfälschungen durch Hoheitsträger (Normen der Wettbewerbssystemgewährleistung);²¹ drittens als Normen zur Gewährleistung des Schutzes spezifischer Güter des Allgemeininteresses (wie z.B. Gesundheit, Arbeitsbedingungen, Umwelt, Klima) gegen Gefährdungen aus dem Erwerbsinteresse oder der Nachlässigkeit von Marktteilnehmern oder zur schutzgutfördernden Transformation der Wirtschaftsweise (namentlich in Richtung ressourcenschonender Nachhaltigkeit und Klimaneutralität) (Normen der Schutzgutgewährleistung);²² viertens als Normen zur Gewährleistung bestimmter wirtschaftlicher Leistungen und Ergebnisse (wie z.B. Versorgung mit erschwinglichen Lebensmitteln und Energie; sektorale und regionale Förderung) (Normen der partiellen Ergebnissteuerung);²³ fünftens als Normen der Preis- und Lohnintervention (z.B.: Benzinpreisbremse; Mindestlohngesetz); sechstens als Normen zur Steuerung gesamtwirtschaftlicher Aggregatgrößen (z.B.: stabiles Preisniveau, Vollbeschäftigung, „gesunde öffentliche Finanzen“) (Normen der gesamtwirtschaftlichen Aggregatsteuerung);²⁴ siebtens als Normen der monetären Steuerung; und achtens als Normen der Ertragsverteilung (namentlich Arbeits-, Gesellschafts-, Steuer- und Sozialrecht).²⁵

19 Aufbauend auf *Müller-Graff*, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Enzyklopädie Europarecht Band 4, 2. Aufl., 2021, § 1 Rn. 12ff., 72ff.

20 Id., Rn. 13f., 72ff.

21 Id., Rn. 15ff., 81ff.

22 Id., Rn. 19ff., 108ff.

23 Id., Rn. 21ff., 124ff.

24 Id., Rn. 130.

25 Id., Rn. 23.

B. Die allgemeine Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen für die Verwirklichung des Unionsrechts

Die unionsrechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit für die judikative Entwicklung im Unionsrecht²⁶ ist seit jeher verständlicherweise auf die Unionsgerichtsbarkeit ausgerichtet.²⁷ Ihr ist von den Mitgliedstaaten die unionsrechtlich verbindliche Letztentscheidungsverantwortung bei Streitigkeiten über die Auslegung des Primär- und Sekundärrechts zugewiesen.²⁸ Indes tragen die mitgliedstaatlichen Gerichte eine nicht minder bedeutsame Verantwortung für die Verwirklichung des Unionrechts. Sie sind, wenn es nicht um Direktklagen vor der Unionsgerichtsbarkeit (namentlich um Nichtigkeits-, Untätigkeits- und Schadensersatzbegehren gegen Unionsorgane) geht, die erste judikative Anlaufstelle für Individuen, Unternehmen, Verbände und öffentliche Einrichtungen, um Schutz ihrer im Unionsrecht begründeten Rechte zu suchen.²⁹ Dadurch entsteht zugleich die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte für das Unionsrecht. Verantwortung bedeutet nach allgemeinem Verständnis, „dass (innerhalb eines bestimmten Rahmens) das jeweils Notwendige und Richtige getan wird und möglichst kein Schaden entsteht.“³⁰ Dies fordert einzelstaatliche Richter, die mögliche Maßgeblichkeit des Unionsrechts für die Entscheidung eines anhängigen Verfahrens zu erkennen und das Unionsrecht verständig und überzeugend auszulegen und anzuwenden. Zugleich verankert Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV einleuchtend die institutionelle Pflicht der Mitgliedstaaten, „die erforderlichen Rechtsbehelfe (zu) schaffen, damit ein wirksa-

26 Dieser Textteil basiert auf Müller-Graff, Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte für die Autorität des Unionsrechts, in: Barrett/Rageade/Wallis/Weil (Eds.), *The Future of Legal Europe: Will We Trust in It? Liber Amicorum in Honour of Wolfgang Heusel*, 2021, S. 571ff.

27 Vgl. dazu nur die Schrifttumsnachweise in den Kommentierungen zu Art. 19 AEUV. Vgl. aber auch die für den Deutschen Richtertag erstellte Studie zur Rezeption des Gemeinschaftsrechts in der Praxis der deutscher Gerichte Müller-Graff, Europäische Normgebung und ihre judikative Umsetzung in nationales Recht, DRiZ 1966, 259ff. (Teil I: Fachgerichtliche Problembegegnung), 305ff. (Teil II: Querschnittsfragen).

28 Statt aller Pernice, Machtspruch aus Karlsruhe: „Nicht verhältnismäßig? – Nicht verbindlich? – Nicht zu fassen ...“, EuZW 2020, 508, 510, 518.

29 Zu dieser Rechtsschutzaufgabe ausdrücklich bereits EuGH, Rs.106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (Simmenthal), Rn.16; st. Rspr.: vgl. z. B. EuGH, Rs. C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (Factortame), Rn. 19.

30 Vgl. Duden: „Verantwortung, die“, Bedeutungen 1. a), <https://www.duden.de/rechtschreibung/Verantwortung>.

mer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.“

I. Die institutionellen und individuellen Voraussetzungen

Da in derartigen Verfahren sowohl das unionsrechtliche Verständnis und das Problemgefühl nationaler Richter für „juristisches Neuland“³¹ bei der Auslegung und Anwendung unionsrechtlicher Normen als auch deren richterliche Autorität über die bestimmungsgemäße Wirkung des Unionsrechts im Sozialleben entscheiden, leitet der EuGH in ständiger Rechtsprechung einleuchtend aus dem die Union u.a. fundierenden Wert der Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV) Erfordernisse von Regeln zugunsten der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ab. Dass dies nicht anlasslos erfolgte, signalisiert bereits insoweit, aber auch hinsichtlich unterschiedlicher Effizienz und Qualität der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten bestehende Herausforderungen in der aus 27 Mitgliedstaaten geformten Union.³²

Hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist nach dem Verständnis des EuGH gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV zum einen im „Außenverhältnis“ von Gerichten zu gewährleisten, „dass die betreffende Einrichtung ihre Funktionen in völliger Autonomie ausübt, oh-

31 So *Hatje*, Europäische Rechtsgemeinschaft und staatliche Gerichtsbarkeit, in: Stumpf/Kainer/Baldus (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, 2015, S. 1229, 1230.

32 So ist das Problem des Verständnisses der Rolle der dritten Gewalt im staatlichen Gemeinwesen bei einigen Neumitgliedern nicht neu: vgl. dazu *Classen/Heiss/Supron-Heidel* (Hrsg.), Polens Rechtsstaat am Vorabend des EU-Beitritts, 2004. Unabhängig davon sind die nationalen Gerichte „ins Visier der Kommission und des Rates“ geraten, „weil sie vielerorts Mängel aufweisen“ (mit der Konsequenz der Entwicklung zunächst eines „EU-Justizbarometers“ der Kommission); so *Wiedmann*, Investorenschutz und Gemeinwohl in der Europäischen Union – Die Rechtsdurchsetzung zwischen Privatinitiative und öffentlichem Interesse, in: Stumpf/Kainer/Baldus (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht. Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, 2015, S. 867 (872). Seit 2020 veröffentlicht die Kommission einen jährlichen Bericht über die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten: vgl. z.B. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2022 v. 13.7.2022, COM(2022) 500 final.

ne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, so dass sie auf diese Weise vor Interventionen und Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten.“³³ Zum anderen ist im „Innenverhältnis“ von Gerichten sicherzustellen, „dass den Parteien des Rechtsstreits und ihren jeweiligen Interessen am Streitgegenstand mit dem gleichen Abstand begegnet wird.“³⁴ Im gemeinsamen Ziel sollen diese Regeln ermöglichen, „bei den Rechtsunterworfenen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfänglichkeit dieser Einrichtung für äußere Faktoren und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen auszuräumen.“³⁵

II. Die Verbindung zwischen mitgliedstaatlicher und unionaler Gerichtsbarkeit

In ihrer Verantwortung für die Auslegung des Unionsrechts oder in Zweifeln an der Gültigkeit von Handlungen einer „Stelle“ der Union sind die mitgliedstaatlichen Gerichte jedoch unionsrechtlich nicht allein auf sich selbst gestellt. Vielmehr institutionalisiert das primärrechtlich verankerte Vorabentscheidungsverfahren eine kooperativ aufgabenteilende Verbindung zwischen mitgliedstaatlicher und unionaler Judikative.³⁶ Diese schafft eine prozedural und inhaltlich integrierte „Mehrebenen“-Gerichtsbarkeit im Unionsrecht bzw. einen in diesem verfahrensrechtlich exakt ausgestalteten (also nicht beliebig ausdeutbaren³⁷) Sinne verstehbaren „europäischen Gerichtsverbund“³⁸. Denn das Vorabentscheidungsverfahren ermöglicht einem mitgliedstaatlichen Gericht in jedem bei ihm anhängigen Rechtsstreit, in dem es eine Entscheidung über eine Frage der Auslegung von Unionsrecht oder der Gültigkeit einer Handlung einer Unionsstelle zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen (Art. 267 Abs. 2 AEUV). Hierbei trifft mitgliedstaatliche Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln

33 Z. B. EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (Kommission/Polen), Rn. 72.

34 Z. B. EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (Kommission/Polen), Rn. 73.

35 Z. B. EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (Kommission/Polen), Rn. 74.

36 EuGH, Rs. 244/80, ECLI:EU:C:1981:302 (Foglia/Novello), Rn. 14.

37 Diese Gefahr wohnt der inhaltlich offenen Redeweise vom „Verbund“ inne.

38 So der Begriff von *Hatje*, a.a.O. (*supra* Fn. 31), S. 1229.

des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, die zur Sicherung der Rechtseinheit als unionsrechtliche Pflicht ausgestaltete Verantwortung, in einer derartigen Frage den Gerichtshof zur Entscheidung anzurufen (Art. 267 Abs. 3 AEUV). Darüber hinaus ist zur Sicherung der Rechtseinheit und zur Wahrung der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung nach sinnfälliger Rechtsprechung des EuGH auch jedes andere mitgliedstaatliche Gericht zur Vorlage verpflichtet, sofern es der Ansicht ist, dass die Gültigkeit einer Handlung einer Unionstelle zu verneinen ist.³⁹

III. Das unionsrechtliche Verantwortungsspektrum mitgliedstaatlicher Gerichte

Insgesamt ergibt sich daraus eine mehrfache allgemeine Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen für die Verwirklichung des Unionsrechts in ihren jeweiligen Jurisdiktionsterritorien: die Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen⁴⁰ (einschließlich vorläufigen Rechtsschutzes⁴¹); die Auslegung des Unionsrechts⁴² (mit offenem Sinn und Gespür für neue Rechtsfragen⁴³); die überzeugende sachverhaltliche Anwendung des Unionsrechts im anhängigen Einzelfall (beispielsweise in Fragen der Schadensersatzhaftung wegen un-

39 EuGH, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (Foto Frost), Rn. 20.

40 Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV.

41 *Infra* C IV 3.

42 Impliziert in Art. 267 AEUV.

43 *Hatje*, a.a.O. (*supra* Fn. 31).

ternehmerischer,⁴⁴ sonstiger privater⁴⁵ und mitgliedstaatlicher⁴⁶ Verletzung von Unionsrecht); die unionsrechtskonforme,⁴⁷ insbesondere richtlinienkonforme⁴⁸ Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts; die Erfüllung der Vorlagepflicht an den EuGH;⁴⁹ sowie in allem die Wahrung und Förderung der Autorität des Unionsrechts im wirtschaftlichen, sozialen und politischen Leben und – loyalitätspflichtgeboten (Art. 4 Abs. 3 EUV) – der Autorität der Unionsgerichtsgerichtsbarkeit.⁵⁰

44 Z. B. EuGH, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage/Crehan); EuGH, Verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi u.a.); EuGH, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (Kone); EuGH, Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska); EuGH, Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal). Als systematische Durchdringung der spezifischen unionsrechtlichen Merkmale der Schadensersatzhaftung in verschiedenen Bereichen (Kartelldeliktsrecht; Verbrauchervertragliche Informationspflichten; Reiserecht; Produkthaftung; Luftbeförderungsrecht) *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017.

45 Z. B. EuGH, Rs.14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (von Colson und Kamann), Rn. 25f.. Zur Verpflichtung privater Akteure auf Schadensersatz bei Verstoß gegen die transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten *Roth*, Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, S. 393, 420; *Müller-Graff*, Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, 3, 24.

46 Z. B. EuGH, Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (Francovich u.a.); EuGH, Rs. Verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (Brasserie du Pêcheur und Factortame); EuGH, Verb. Rs. 178/94 u.a., ECLI:EU:C:1996:375 (Dillenkofer u.a.).

47 EuGH, Rs. 157/86, ECLI:EU:C:188:62 (Murphy), Rn. 11; *Leible/Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 8 Rn. 38ff.

48 EuGH, Rs.14/83 (*supra* Fn. 45); *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994; *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 13.

49 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:211 (Kommission/Frankreich).

50 *Müller-Graff*, Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte für die Autorität des Unionsrechts, in: Barrett/Rageade/Wallis/Weil (Eds.), The Future of Legal Europe: Will We Trust in It? Liber Amicorum in Honour of Wolfgang Heusel, 2021, S. 597ff.

C. Herausforderungen der speziellen binnenmarktrechtlichen Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen

Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte speziell für das Binnenmarktrecht erstreckt sich auf alle diese Aufgaben. Die von diesen dabei zu beachtenden rechtskategorialen Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, die dieses „supranational“ vom herkömmlichen Völkerrecht abheben, wurden durch die Rechtsprechung des EuGH aus Erfordernissen des Marktintegrationsrechts identifiziert: so die unmittelbare Anwendbarkeit dazu geeigneter Normen und die Begründung individueller Rechte (I.), der Anwendungsvorrang vor abweichendem nationalen Recht (II.), die unionsrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts (III.), die Zuerkennung von Schadensersatz bei Verletzung von Gemeinschaftsrecht/supranationalem Unionsrecht (IV.) und die Feinheiten des Vorlageverfahrens zum EuGH (V.).

I. Unmittelbare Anwendbarkeit und individuelle Rechte des Binnenmarktrechts

Die unmittelbare Anwendbarkeit von dazu geeignetem Unionsrecht durch alle Hoheitsträger der Mitgliedstaaten,⁵¹ darunter vor allem der mitgliedstaatlichen Gerichte, zählt zu dessen hervorstechenden, sich vom herkömmlichen Völkervertragsrecht abhebenden, „supranational“ genannten Merkmalen. Ihre Beachtung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte ist eine Grundvoraussetzung für die Verwirklichung des Binnenmarktrechts.

1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis.

Auch wenn bereits der frühere Art. 189 Abs. 2 EWGV in seiner Definition der Verordnung der Gemeinschaft die Wendung „gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ aufführte, war es doch erst der EuGH, der die Erzeugung „unmittelbarer Wirkungen“ und darüber hinaus die Begründung

51 Zur Verwaltung vgl. *Scheuing*, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 289ff. [Wiederabdruck in: Müller-Graff/Ritzer (Hrsg.), *Dieter H. Scheuing – Europäisches öffentliches Recht, Ausgewählte Beiträge*, 2006, S. 229, 231ff.].

„individueller Rechte“ „welche die staatlichen Gerichte zu beachten haben“;⁵² auch einer Vertragsvorschrift zuschrieb,⁵³ genauer einer primärrechtlichen Norm des Marktintegrationsrechts (nämlich dem Verbot der Erhöhung bestehender Einfuhrzölle des Art. 12 EWGV), und diese Eigenschaften aus dem Ziel der Marktintegration begründete. In seiner Leitscheidung „Van Gend & Loos“ konstatierte der EuGH, dass das „Funktionieren“ der vom EWG-Vertrag angestrebten „Schaffung eines gemeinsamen Marktes“ „die der Gemeinschaft angehörigen Einzelnen unmittelbar betrifft“.⁵⁴ Dies leuchtet auf Anhub an. Denn der Begriff des Marktes ist die Chiffre für die freie Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angebot und Nachfrage. Da ein transnationaler Marktraum für Unternehmen sowohl grenzüberschreitende Chancen und Risiken eröffnet als auch zugleich über die staatlichen Grenzen hereinkommende wettbewerbliche Risiken birgt, ist die Verlässlichkeit grundlegender binnenmarktkonstituierender „eindeutiger Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt“ (EuGH),⁵⁵ ein Essential unternehmerischer Planungssicherheit. Infolgedessen ist die Durchsetzbarkeit derartiger binnenmarktkonstituierender Verpflichtungen vor nationalen Gerichten durch betroffene Marktteilnehmer und das damit verbundene Verständnis als „Rechte der Einzelnen“ (EuGH *supra*) konsequent. Dies hat folgerichtig zur Qualifikation der binnenmarktlichen Verbote von Beschränkungen des transnationalen Waren-, Personen-, Dienstleistungs-, Kapital- und Zahlungsverkehrs als vor mitgliedstaatlichen Gerichte unmittelbar anwendbaren „Grundfreiheiten“ geführt.⁵⁶ Nach Überwindung unterschiedlich begründeter ursprünglicher Einschränkungen gilt dies mittlerweile auch für die Kapitalverkehrsfrei-

52 EuGH, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (Van Gend en Loos), S. 27

53 Id., S. 27.

54 Id., S. 24.

55 Id., S. 25.

56 Zur Warenverkehrsfreiheit beginnend id., S. 27; zur Arbeitnehmerfreizügigkeit beginnend mit EuGH, Rs. 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (Walrave und Koch), Rn. 25; zur Niederlassungsfreiheit von Selbständigen beginnend mit EuGH, Rs. 107/83, ECLI:EU:C:1984:270 (Klopp), Rn. 10; zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften beginnend mit EuGH, Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (Centros); zur aktiven Dienstleistungsfreiheit beginnend mit EuGH, Rs. 33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (Van Binsbergen), Rn. 27; zur passiven Dienstleistungsfreiheit beginnend mit EuGH, Verb. Rs. 286/82 und 26/83, ECLI:EU:C:1984:35 (Luisi und Carbone), Rn. 10 und 16; zur Kapitalverkehrsfreiheit beginnend mit EuGH, Verb. Rs. C-358/93 und C-416/93, ECLI:EU:C:1995:54 (Bordessa u.a.), Rn. 16ff.

heit⁵⁷ und für die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in den seinerzeit von Art. 220 EWGV benannten Fragen.⁵⁸ Dadurch stehen die einzelstaatlichen Gerichte in der Anwendungs- und Auslegungsverantwortung binnenmarktlischer subjektiver Rechte.

2. Erfordernis der prozessualen Geltendmachung der binnenmarktrechtlichen Grundfreiheiten?

Allerdings wirft die Formulierung des EuGH, dass die Bürger sich vor den nationalen Gerichten „auf das Gemeinschaftsrecht berufen können“⁵⁹ (in casu = auf eine staatliche unterlassungspflicht), die Frage auf, ob ein mitgliedstaatliches Gericht eine Grundfreiheit für die Entscheidung eines Falles nur zu beachten hat, wenn ein Verfahrensbeteiligter sie prozessual geltend macht (so etwa wie im deutschen Recht eine Einrede, beispielsweise diejenige der Verjährung). Diese Frage beinhaltet eine prozessrechtliche und eine materiellrechtliche Dimension.

a. „*Iura novit curia*“?

Prozessrechtlich ist sie als Frage zu formulieren, ob der Grundsatz „*iura novit curia*“, der sich im deutschen Recht aus den Prozessordnungen und dem Gerichtsverfassungsgesetz ergibt⁶⁰ und sich dort auch auf die Kenntnis des Unionsrechts erstreckt,⁶¹ auch als ein die mitgliedstaatlichen Gerichte (im Falle der Relevanz von Unionsrecht in einem bei ihnen anhängigen Verfahren) *unionsrechtlicher* Grundsatz anzusehen ist. Dies ist nicht

57 Ursprünglich in Art. 67 EWGV an ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten geknüpft, „soweit es für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes notwendig ist“.

58 Vgl. die Entscheidungsentwicklung von EuGH, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 (Daily Mail) zu EuGH, Rs. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 (Polbud), Rn. 32, 44, 51.

59 EuGH, Rs. 26/62 (*supra* Fn. 51), S. 25 und 26.

60 Kraft, Die Verantwortung des Verwaltungsrichters für Ermittlung und Auslegung nationalen sowie europäischen Rechts, NVwZ 2020,1229,1230. Die gerichtsverfassungsrechtliche Systementscheidung ergibt sich aus § 17 Abs. 2 S. 1 GVG.

61 Kraft (*supra* Fn. 60), 1231.

zweifelsfrei. Ihn als Gemeingut kontinentalen Rechtsdenkens anzusehen,⁶² ist schon im Blick auf das französische Verwaltungsprozessrecht⁶³ zweifelhaft. Auch in der Rechtmäßigkeitskontrolle von Unionsentscheidungen nach Art. 263 AEUV beschränkt der EuGH die Verpflichtung des „Unionsrichters“ auf eine Kontrolle „sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht“ „im Hinblick auf die vom Kläger vorgebrachten Argumente“;⁶⁴ dies allerdings im unaufgelösten Widerspruch zu der m. E. überzeugenden Ansicht des EuG, dass der „Grundsatz *iura novit curia* ... nicht in den Geltungsbereich des Grundsatzes der freien Disposition des Rechtsstreits durch die Parteien (fällt)“.⁶⁵ Jedenfalls spricht nichts dafür, die auf den Sonderfall der Rechtmäßigkeitskontrolle einer Unionsentscheidung bezogene Selbstbeschränkung des EuGH auf die Frage der Einbeziehung unionsrechtlicher Fragen durch mitgliedstaatliche Gerichte zu erstrecken. Vielmehr ist diesen aus dem unionsrechtlichen Grundsatz der „praktischen Wirksamkeit“ des Unionsrechts und der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) aufzuerlegen, in einem bei ihnen anhängigen Verfahren eine für ihre Entscheidung erhebliche binnenmarktrechtliche Auslegungs- und/oder Gültigkeitsfrage zu erkennen.

b. Die Konstitutivfunktion der binnenmarktlichen Grundfreiheiten für das Unionskonzept

Für die Berücksichtigung und Anwendung *ex officio curiae* auch ohne Geltendmachung oder Antrag durch einen Prozessbeteiligten spricht materiellrechtlich bereits der unbedingte Wortlaut der Beschränkungsverbote (Art. 30, 34, 35, 49, 54, 56, 63 AEUV) bzw. der Freizügigkeitsrechte der Arbeitnehmer (in Art. 45 AEUV). Dafür streitet auch die Konstitutivfunktion der Grundfreiheiten für das normative Unionskonzept. Die grundsätzliche Beschränkungsverbote transnationaler Marktvorgänge (Art. 30, 34, 35, 45, 49, 56, 63 AEUV) bilden die sinngebende Grundlage für die Entfaltung der nahezu gesamten primärrechtlichen Unionsagenda.

62 Nachweise bei *Derlén*, Multilingual Interpretation of European Union Law, 2009, S. 315ff.

63 *Kraft* (*supra* Fn. 60), 1231f.; *Bohnert/de Schotten*, Der Grundsatz *iura novit curia* im Verwaltungsprozess, NVwZ 2020, 1245.

64 EuGH, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 (*Duravit*), Rn. 30.

65 EuG, Rs. T-58/08 P, ECLI:EU:T:2009:385 (*Roodhuijzen*), Rn. 36; s. auch EuG, verb. Rs. T-124/13 und T-191/13, ECLI:EU:T:2015:690 (*Italien und Spanien/Kommission*), Rn. 34.

Diese These wird durch Aufbau und Themenspektrum des AEUV belegt. Ausgehend vom operativen unionalen Basisziel der Errichtung eines Binnenmarktes (Art. 3 Abs. 3 EUV) mit den Grundfreiheiten als seinem Kerngedanken (Art. 26 AEUV) wird vom Primärrechtsgeber für deren Funktionsfähigkeit einleuchtend normativ mehr für erforderlich gehalten als die allgemeinen grundsätzlichen Beschränkungsverbote des transnationalen Freiverkehrs aller Produkte (Waren, Dienstleistungen) und Produktionsfaktoren (Personen, Kapital) einschließlich des Verbots aller diskriminierender oder protektiver indirekter Steuern (Art. 110 AEUV) und der Verbote endogener Pervertierungen des mit der Gewährleistung des Freiverkehrs ermöglichten transnationalen Wettbewerbs durch Unternehmen (Art. 101-106 AEUV). Als wesentliches Element figurieren zusätzlich die vielfältigen Befugnisse der Union zu zielförderndem Gestaltungshandeln, wie sie der AEUV in seinen einzelnen Politikfeldern ausfaltet, und auch das Gebot loyalen Zusammenwirkens im Sinne einer gesellschaftsvertragsartigen Zweckförderungspflicht und daraus abgeleiteten Treupflicht der verschiedenen beteiligten politischen „Ebenen“ (Art. 4 Abs. 3 EUV). Zu diesen Politikbereichen zählen insbesondere: die Verhinderung von mit dem Binnenmarkt unvereinbaren wettbewerbsverfälschenden einzelstaatlichen Beihilfen (Art. 107-109 AEUV); die legislative Angleichung, Beseitigung oder präventive Verhinderung zwischenstaatlich marktzugangsbehindernd wirkender mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften wie z. B. national unterschiedlicher technischer Sicherheitsstandards⁶⁶ oder Befähigungsnachweise⁶⁷ (Art. 46, 50, 53, 114, 115 AEUV), um derartige Hemmnisse auszuschließen und/oder wettbewerbsverzerrende Wirkungen aus zwischenstaatlich unterschiedlich kostenintensiven Schutzstandards zu beseitigen oder zu vermeiden (z.B. unterschiedliche Widerrufsrechte bei Distanzverbraucherverträgen⁶⁸ oder unterschiedliche Höchstwerte zulässiger Treibhausgasemissionen⁶⁹) und/oder die entmutigende Wirkung national unterschiedlicher Regeln auf die Bereitschaft zum grenz-

66 Vgl. zu diesem Problemfeld z. B. Müller-Graff (Hrsg.), Technische Regeln im Binnenmarkt, 1991.

67 Zu diesem Problemfeld z. B. *Schneider*, Die Anerkennung von Diplomen in der Europäischen Gemeinschaft, 1995.

68 Art. 9 und 16 der RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 11. 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. 2011 L 304/64; zur Umsetzungsnorm im deutschen Recht (§ 312g BGB) *Schinkels*, in: Gebauer/Wiedemann (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, 3. Aufl., 2021, 8/Rn. 31ff.

69 VO (EU) 2019/631 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17. 4. 2019 zur Festsetzung von CO₂-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und

überschreitenden wirtschaftlichen Engagement (einschließlich der Arbeitsaufnahme, Art. 48, 153 AEUV) zu überwinden (z.B. unterschiedliche Gewährleistungsrechte⁷⁰ oder Zahlungsverzugsregeln⁷¹); die Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union (Art. 118 AEUV)⁷²; die gemeinsame Politik in den sektoralen Sonderbereichen Landwirtschaft, Fischerei und Verkehr, um grobe Wettbewerbsverzerrungen aus national unterschiedlichen Marktregulativa in diesen Sektoren zu vermeiden (Art. 38-44, 90-100 AEUV); die Gewährleistung des grenzkontrollfreien Binnenverkehrs von Personen durch eine dazu zusätzlich erforderliche verlässliche gemeinsame Zugangspolitik an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten zu Drittstaaten (Art. 67-80 AEUV: Außengrenzensicherung,⁷³ Visa,⁷⁴ Asyl,⁷⁵ Einwanderungspolitik⁷⁶) und eine polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit zur Verhütung und Bekämpfung von Straftaten (Art. 82-89 AEUV)⁷⁷; der Aufbau und Ausbau transeuropäischer Netze in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur (Art. 170-172 AEUV); die

für leichte Nutzfahrzeuge ..., ABl. 2019 L 111/13; Änderungsvorschlag der Europäischen Kommission v. 14. 7. 2021, COM(2021) 556 final.

70 Art. 5ff. der RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. 5. 2019 über bestimmte vertragrechtliche Aspekte ... , ABl. 2019 L 136/28; zur Vorgänger-Richtlinie 1999/44/EG *Leible/Wilke*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, 3. Aufl., 2021, 11/Rn. 3ff.

71 RL 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 2. 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2011 L 48/1; dazu *Schmidt-Kessel/Beyer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, 3. Aufl., 2021, 5/Rn. 4ff.

72 VO (EG) Nr. 6/2002 des Rates v. 12. 12. 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. 2002 L 3/1; VO (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17. 12. 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. 2012 L 361/1; VO (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14. 6. 2017 über die Unionsmarke, ABl. 2017 L 154/1.

73 VO (EU) 2019/1896 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. 11. 2019 über die Europäische Grenz- und Küstenwache ..., ABl. 2019 L 295/1.

74 VO (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. 7. 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft, ABl. 2019 L 243/1.

75 So die Einzelnen Rechtsakte des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems; dazu z.B. *Müller-Graff*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV-GRC-AEUV, Band II, 2. Aufl., 2022, Art. 78 AEUV.

76 Dazu z. B. *Müller-Graff*, id., Art. 79 AEUV.

77 Dazu namentlich Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 11, 2. Aufl., 2021; Herrnfeld/Esner (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022.

Koordinierung der einzelstaatlichen Wirtschaftspolitiken einschliesslich deren Haushaltspolitik (Art. 120-126 AEUV), um einzelstaatlich gravierende asymmetrische Wirtschaftsentwicklungen im gemeinsamen Wettbewerbsraum zu vermeiden;⁷⁸ eine gemeinsame Währungspolitik mit der Zielrichtung einer einheitlichen Währung in der gesamten Union (Art. 127-144 AEUV), um großflächige Wettbewerbsverzerrungen aus schwankenden Wertrelationen unterschiedlicher Währungen im gemeinsamen Marktraum zu verhindern;⁷⁹ eine gemeinsame Handelspolitik (Art. 206-207 AEUV), um intern wettbewerbsverzerrende Wirkungen (und intern freiverkehrsbehindernde Folgereaktionen) unterschiedlicher einzelstaatlicher Außenhandelspolitiken zu unterbinden.⁸⁰ Auch die weiteren, im AEUV aufgeführten Handlungsfelder der Union lassen sich entweder auf das Bestreben zurückführen, das Konzept der transnationalen Zugangsfreiheiten im Binnenmarkt funktionsfähig zu machen, oder als von der Binnenmarkregulierung angestoßene Kohärenzerfordernisse regulativer Gestaltung verstehen (z.B. namentlich die nicht bereits marktintegrativ begründbare⁸¹ Umwelt- und Klimaschutzpolitik; Art. 191-193 AEUV).

Auch im Licht dieser Elementarfunktion der Grundfreiheiten für das Integrationskonzept der Union und für die materielle Substanz der Unionsrechtsordnung wäre es verfehlt, deren Beachtung durch ein mitgliedstaatliches Gericht nur dann anzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter eine Grundfreiheit argumentativ geltend macht. Vielmehr hat jedes mitgliedstaatliche Gericht in einem ihm unterbreiteten Sachverhalt eine transnationale Marktzugangs-Grundfreiheit kraft Unionsrechts auch dann zu überprüfen und ggfs. anzuwenden, wenn sich kein Verfahrensbeteiligter darauf „beruft“.

78 Müller-Graff, Die Vertragsziele der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 1, 2.Aufl., 2022, § 8 Rn. 44.

79 Müller-Graff, id., § 8 Rn. 46.

80 Id., § 8 Rn. 50f.

81 Zu dieser die Marktintegration überschreitenden Ermächtigung zur Umweltpolitik grundlegend *Scheuing*, Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, EuR 1989, 152ff. Demgegenüber ist für die marktintegrative Angleichungspolitik der mitgliedstaatlichen Umweltrechte Art. 114 AEUV einschlägig (Art. 114 Abs. 3 AEUV).

3. *Erfordernis der Geltendmachung von Ausnahmebestimmungen?*

Fraglich bleibt allerdings, ob ein mitgliedstaatliches Gericht auch eine unmittelbar anwendbare Ausnahmebestimmung vom Beschränkungsverbot einer Grundfreiheit (Art. 36, 45 Abs. 3 und 4, 51 Abs. 1, 52 Abs. 1, 62, 64 Abs. 1, 65 Abs. 1 AEUV) oder vom Kartellverbot (Art. 101 Abs. 3, 106 Abs. 2 AEUV) kraft Unionsrechts von sich aus anzuwenden hat oder nur dann, wenn ein Verfahrensbeteiligter darauf anträgt. Diese Frage dürfte wenig praktische Relevanz haben, da Adressaten von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln zur Verteidigung ihrer mit diesen unionsrechtlichen Bestimmungen in Konflikt geratenen Maßnahmen sich vor Gericht regelmäßig von sich auf Ausnahme- bzw. Rechtfertigungstatbestände berufen dürften. Bleibt es beim bloßen Tatsachenvortrag, ist wegen des Grundsatzes „*iura novit curia*“ (*supra* C I 2), auch insoweit unionsrechtlich davon auszugehen, dass ein Gericht das Spektrum der in Betracht kommenden Ausnahmebestimmungen bzw. Rechtfertigungsgründe auch ohne deren genaue Bezeichnung im Parteienvortrag von Amts wegen durchzuprüfen und zu subsumieren hat, wenn der nach den einschlägigen prozessualen Regeln der Vortrags- und Beweislast von dem Gericht zugrundegelegende Sachverhalt feststeht.

4. *Unmittelbare Anwendung von Sekundärrecht, namentlich von Richtlinienbestimmungen?*

Eine besondere Verantwortung einzelstaatlicher Gerichte ergibt sich in der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit binnenmarktlichen Sekundärrechts. Während sich diese zwar bei Verordnungen (z.B. im gewerblichen Rechtsschutz: Unionsmarke,⁸² Gemeinschaftsgeschmacksmuster,⁸³ Patent mit einheitlicher Wirkung im Binnenmarkt;⁸⁴ im Gesellschaftsrecht:

82 *Supra* Fn. 72.

83 *Supra* Fn. 72.

84 *Supra* Fn. 72.

EWIV,⁸⁵ SE,⁸⁶ SCE⁸⁷) aus den primärrechtlich festgelegten Kennzeichen dieser Rechtsform selbst ergibt (Art. 288 Abs. 2 AEUV), ist die Rechtslage bei Richtlinienbestimmungen (Art. 288 Abs. 3 AEUV) und Beschlüssen (Art. 288 Abs. 4 AEUV) schwieriger. Richtlinienbestimmungen sind grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar, sondern bedürfen der Umsetzung ihres Ziels durch den Mitgliedstaat.. Allerdings ist „Mitgliedstaat“ im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV jeder nationale Hoheitsträger, mithin auch jedes staatliche Gericht. Daher ist sehr wohl daran zu denken, unabhängig von einem Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers jedes mitgliedstaatliche Gericht kraft Unionsrecht ex officio dazu verpflichtet zu sehen, eine hinreichend bestimmte und unbedingte Richtlinienbestimmung spätestens ab Ablauf der Umsetzungsfrist kraft Unionsrechts anzuwenden. Dies scheint eine danach erfolgende legislative Umsetzung einer derartigen Norm überflüssig oder zu einem lediglich deklaratorischen Akt zu machen. Jedoch belässt die Definition der Richtlinie ausdrücklich „den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“. Damit bleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, auch später noch die Umsetzung legislativ mit Bindung ihrer Gerichte an das nationale Gesetz vorzunehmen. Solange dies jedoch nicht geschieht, sind die mitgliedstaatlichen Gerichte in einem schwebenden Verfahren nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die Verwirklichung des „Ziels“ der Richtlinie kraft Art. 288 Abs. 3 AEUV in den Grenzen ihrer jeweiligen nationalen Zuständigkeiten zu Auslegung und „Rechtsfortbildung“ für verantwortlich zu halten. Ob eine entgegenstehende nationale Norm dann unangewendet bleiben muss, ist eine Frage des Anwendungsvorrangs (*infra* C II).

Tatsächlich hat der EuGH die unmittelbare judikative Anwendbarkeit einer dazu geeigneten Richtlinienbestimmung nach fruchtlosem Ablauf der Umsetzungsfrist schon früh ausgesprochen⁸⁸ und die mitgliedstaatli-

85 VO (EWG) Nr. 2137/85 des Rates v. 25. 7. 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung, (EWIV), ABl. 1985 L 199/1. Zum Binnenmarktbezug z. B. *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 270f.

86 VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001 L 294/1. Zum Binnenmarktbezug z.B. *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 252ff.

87 VO (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. 2003 L 207/1; dazu z.B. *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 258ff.

88 EuGH, Rs. 9/70, ECLI:EU:C:1970:78 (Grad), Rn.10; EuGH, Rs.148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (Ratti), Rn.22f.; EuGH, Rs.8/81, ECLI:EU:C:1982:7

chen Gerichte in die Anwendungsverantwortung gebracht. Im marktintegrativen Richtlinienrecht ist sie aus den zu den Grundfreiheiten genannten Gründen auch als Wahrnehmungsverantwortung um die Unionsrechtslage zu verstehen, ohne dass ein Verfahrensbeteiligter sie ausdrücklich vorträgt.

Allerdings beschränkt der EuGH die ausnahmsweise Direktwirkung auf das sog. Vertikalverhältnis, mithin auf eine Situation, in dem eine Richtlinienbestimmung vorschreibt, einem Einzelnen oder einer Organisation eine hinreichend bestimmte und unbedingte Rechtsposition gegen einen Hoheitsträger (oder gegen eine von diesem beherrschte Einrichtung) zu schaffen (wohingegen er eine unmittelbare Belastungswirkung für Einzelne im sog. „umgekehrten“ Vertikalverhältnis zu Lasten des Einzelnen im Strafrecht aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbots ablehnt⁸⁹). Die in der Entscheidung „Marshall“ geprägte Formel, „daß eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen kann und daß eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann“⁹⁰ beinhaltet den Ausschluss der Direktwirkung im sog. „Horizontalverhältnis“ zwischen Privaten,⁹¹ jedenfalls für eine Rechtsergänzung⁹² (im Unterschied zu einer Ausschaltung nationalen Rechts⁹³). Folgerichtig zu Art. 288 Abs. 3 AEUV ist das nicht. Zwar sticht für die Ablehnung der unmittelbaren Wirkung im umgekehrten Vertikalverhältnis der rechtsstaatlich zu nennende Gedanke, dass einem Staat nicht eine Rechtsposition gegenüber einem Einzelnen zukommen kann, die im eigenen Recht sich zu schaffen er unionsrechtswidrig versäumt hat. Dieser versagt jedoch, wenn es um eine Rechtsposition zwischen Privaten geht. Wird das von einer Richtlinie vorgesehene, in seinen Voraussetzungen präzise bestimmte Widerrufsrecht eines außerhalb der üblichen Geschäftsräume abgeschlossenen Vertrages

(Becker), Rn. 20ff.; EuGH, Rs. 70/83, ECLI:EU:C:1984:71 (Kloppenburger), Rn. 14.

89 EuGH, Rs. 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (Pretore di Salò), Rn. 20; EuGH, Rs. 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (Kolpinghuis Nijmegen), Rn. 13

90 EuGH, Rs. 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (Marshall), Rn. 48.

91 EuGH, Rs. C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (Faccini Dori), Rn. 20, 24f.; EuGH, Rs. C-192/94, ECLI:EU:C:1996:88 (El Corte Inglés), Rn. 15, 17, 23; EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (Pfeiffer u. a.), Rn. 108; EuGH, Rs. C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (Smith), Rn. 42; EuGH, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (Bauer und Willmeroth), Rn. 76f.; EuGH, Rs. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (MPG/Shimizu), Rn. 66f.; zur Entwicklung dieser Rechtsprechung Mörsdorf, EuR 2009, 219, 221f.

92 EuGH, Rs. C-91/92 (*supra* Fn. 91), Rn. 20.

93 EuGH, Rs. C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496 (Unilever), Rn. 50ff.

von einem staatlichen Gesetzgeber nicht fristgemäß geschaffen, überzeugt es im Licht des Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht, dieses nach Ablauf der Umsetzungsfrist nicht auf Grund der Richtlinie zu gewähren. Die generell gegen die horizontale Direktwirkung vorgetragenen Bedenken erweisen sich als nicht stichhaltig.⁹⁴ Das betroffene Unternehmen wird nicht unzumutbar bzw. rechtsstaatswidrig dadurch belastet, dass das Widerrufsrecht nicht aus einem nationalen Gesetz, sondern in einer im Amtsblatt L der Europäischen Union veröffentlichten Richtlinie (mit darin bezeichneter Umsetzungsfrist) ersichtlich ist. Die mitgliedstaatliche Wahlfreiheit der Form und der Mittel wird durch die judikative Umsetzung in einem Einzelverfahren nicht beschnitten, sondern besteht fort (*supra*). Das Mantra des EuGH, dass aus einer Richtlinie keine „Verpflichtung“ eines Einzelnen entstehen kann (die bei der lediglich geschäftsfrustrierenden Ausübung eines Widerrufsrechts ohnehin nicht erfolgt), ist eine *petitio principii*. Art. 288 Abs. 3 AEUV enthält keine derartige Legitimationsbegrenzung für dieses Handlungsinstrument der Union. Überdies müsste dieser Einwand, folgerichtig zu Ende gedacht, dann auch das (vom EuGH ursprünglich aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit - heute Art. 4 Abs. 3 AEUV - entwickelte, dogmatisch bereits aus der Verpflichtung des Art. 288 Abs. 3 AEUV für nationale Gerichte abzuleitende) Gebot der richtlinienkonformen Auslegung mitgliedstaatlichen Privatrechts⁹⁵ treffen. Denn dadurch erfährt eine auslegungsfähige nationale Vorschrift eine Interpretation, die i.d.R. zu Lasten eines der beteiligten Privaten geht, wie etwa die spektakuläre Auslegung des BGB durch den BGH im „Quelle-Fall“⁹⁶ zeigt. Die Frage

94 Als Kontinuum der Kritik des europarechtswissenschaftlichen Schrifttums an der Rechtsprechung des EuGH vgl. z. B. *Prechal*, Remedies after *Marshall*, CMLRev. 1990, 451; *van Gerven*, The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited: The Reality of Catchwords, in: Curtin/Heukels (Eds.), Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, 1994, S. 335ff.; *Oesch*, Horizontale unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien: „The facts are simple“, AJP/PJA 2001, 1158, 1160ff.; *Köndgen/Mörsdorf*, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 6 Rn. 68ff. Für eine horizontale Direktwirkung seitens der Generalanwälte am EuGH GA *Jacobs*, in: Rs. C-316/93, ECLI:EU:C:1994:32 (Vaneetveld), Rn. 30f.; GA *Lenz*, in: C-91/92, ECLI:EU:1994:45 (Faccini Dori), Rn. 24ff.; GA in *Sharpston*, in: Rs. C-413/15, ECLI:EU:C:2017:592 (Farrell), Rn. 148.

95 Grundlegend EuGH, Rs. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (von Colson und Kamann), Rn. 26; *Roth/Joppen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 13.

96 BGH, Urt. v. 26.11.2008 - VII ZR 200/05 = NJW 2009, 427.

der horizontalen Direktwirkung von Richtlinienbestimmungen sollte daher von mitgliedstaatlichen Gerichten nicht als abgeschlossen betrachtet, sondern in geeigneten Fällen durch argumentativ gut begründete Vorlagen beim EuGH erneut thematisiert werden (z. B. im Fall eines nicht umgesetzten Rechts für Arbeitnehmer, das in Konsequenz der derzeitigen Direktwirkungsrechtsprechung des EuGH zwar den bei einem öffentlichen, nicht aber bei einem privaten Arbeitgeber Beschäftigten zugutekommen kann).

5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und Grundrechte-Charta?

Ein herausforderndes Sonderphänomen in der judikativen Anwendung des Unionsrechts im Allgemeinen und im Binnenmarktrecht im Besonderen ist die judikative Entwicklung sogenannter allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts. Sie werden in graduell zunehmender Zahl vom EuGH artikuliert.⁹⁷ Funktional dienen sie nicht nur als Maßstab zur Bewertung von sekundärrechtlichen und mitgliedstaatlichen Legislativregeln und Administrativpraktiken, sondern auch zur Beurteilung von Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten⁹⁸ (so der Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz beispielsweise beim vorläufigen Rechtsschutz⁹⁹ oder bei der Zuerkennung von Kartellschäden aus Verletzung unionsrechtlicher Wettbewerbsregeln¹⁰⁰) sowie teils auch als unmittelbar anwendbares materielles Recht (so das Verbot der Altersdiskriminierung¹⁰¹ und das Recht auf bezahlten Jahresurlaub¹⁰²). Infolge der damit verbundenen Anwendungsverantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte werden für diese die Fragen nach den Begründungen ihrer Kreation und ihrer Erforderlichkeit im System des Unions-

97 Dazu *Schwartz*, Die Rechtsvergleichung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 4 Rn. 8; *Skouris*, Towards a European Legal Culture, ZEuP 2021, 1, 4f.; speziell zum Privatrecht *Mezger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht, 2009.

98 Müller-Graff (*supra* Fn. 50), S. 589.

99 Z.B. EuGH, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest), Rn. 20ff.; EuGH, Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (Unibet), Rn. 83.

100 *Supra* Fn. 44.

101 EuGH, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (Mangold), Rn. 75.

102 EuGH, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64ff., 80ff., 83 – allerdings dann doch in Rn. 84, 92 i.V.m. Art. 31 Abs. 2 GRC.

rechts aktuell. Sie stellten sich in jüngerer Zeit insbesondere in der EuGH Entscheidung „Willmeroth/Broßonn“.¹⁰³ In ihr leitete er (begründungsmethodisch allerdings unnötig, sondern wohl persuasiv absichernd gedacht) ein unmittelbar geltendes Recht auf den bezahlten Jahresurlaub im Horizontalverhältnis auch aus einem „wesentlichen Grundsatz des Sozialrechts der Union“ ab, obwohl er bereits die entsprechende Bestimmung des primärrechtlichen Art. 31 Abs. 2 GRCh im Verhältnis zwischen Privaten für einschlägig hielt, die er - im Licht der Geltungsregel des Art. 51 Abs. 1 GRCh freilich höchst überraschend - auch auf das Verhältnis zwischen Privaten anwendete.¹⁰⁴ Dass mit dem kniffigen Griff zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz im Falle einer gleichlautenden, legislativ in einem Mitgliedstaat nicht umgesetzten Richtlinienbestimmung¹⁰⁵ die Ablehnung deren horizontalen Direktwirkung¹⁰⁶ umschifft werden kann, liegt auf der Hand, macht aber deren Verweigerung umsomehr fragwürdig. Ein Präzisierungsgewinn für die Rechtsanwendung liegt im Rückgriff auf einen per se konturarmen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Vergleich zu einer hinreichend bestimmten und unbedingten Richtlinienbestimmung nicht.¹⁰⁷

Bereits in dieser Konstellation blitzt die Mitverantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte für die Unionsrechtsentwicklung im Bereich der unmittelbaren Anwendbarkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze und von Bestimmungen der Grundrechte-Charta auf. Sie sollten bei Zweifeln an der Überzeugungskraft der Begründung des EuGH präzise begründete Nachfragen an den EuGH stellen. Die Aufgabe geht aber darüber hinaus. Denn da die mitgliedstaatlichen Gerichte meist als erste mit neuen möglicherweise entscheidungsrelevanten unionsrechtlichen Problemlagen befasst werden, sind ihre Überlegungen in Vorlagen an den EuGH eine wichtige Quelle zur Konturenschärfung von allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und Chartabestimmungen (wie schon bei den transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln). Ein markantes Beispiel dazu ist die Entwicklung der durchweg auf Vorlagen erfolgten (hermeneutischen) Konkretisierung des Effektivitätsgrundsatzes in der Kartellschadenshaftung durch den EuGH seit deren Grundlegung in den

103 EuGH, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*supra* Fn. 102).

104 Id., Rn. 87ff.

105 EuGH, Rs. C-114/04 (*supra* Fn. 101).

106 Nachweise dieser Rechtsprechung des EuGH *supra* Fn. 91.

107 Müller-Graff, „Unmittelbare Drittwirkung“ von Bestimmungen der EU-Grundrechtecharta?, in: Müller/Rudolph/Schnyder/von Kaenel/Waas (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, 2020, S. 543, 550ff.

Entscheidungen „Crehan“¹⁰⁸ und „Manfredi“¹⁰⁹ von der Zurückweisung des kategorischen nationalen Ausschlusses der Ersatzfähigkeit von „Umbrella“-Schäden¹¹⁰ über die Haftung von Erwerbern der von ihnen sodann beendeten, aber in ihrer Geschäftstätigkeit fortgesetzten Gesellschaften für die von diesen verursachten Kartellschäden¹¹¹ zur gesamtschuldnerischen Haftung der konzernierten Tochtergesellschaft für Kartellrechtsverstöße der Muttergesellschaft mittels des Begriffs der „wirtschaftlichen Einheit“ (unter Verzicht auf ein Kontrollerfordernis).¹¹² Damit ist – nicht unproblematisch – der Boden bereitet, dass ein mitgliedstaatliches Gericht unter dieser unionsrechtlichen Voraussetzung auch einen Anspruch gegen eine Schwester- oder Enkelgesellschaft gewähren könnte, doch sollte dies nicht ohne Vorlage an den EuGH erfolgen.

II. Anwendungsvorrang des Binnenmarktrechts

Der Anwendungsvorrang von Unionsrecht gegenüber abweichendem nationalem Recht ist das wohl herausragendste „supranationale“¹¹³ Element des Unionsrechts. Bis heute infolge des Scheiterns des Verfassungsvertrags (dort Art. I-6)¹¹⁴ primärrechtlich nicht positiviert, ist der Anwendungsvorrang eine Frucht der Rechtsprechung des EuGH.¹¹⁵ Sie ist jedoch immerhin in der 17. Erklärung zur Schlussakte der Regierungskonferenz (die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat) mit dem Hinweis aufgenommen, „dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben“. Zusätzlich enthält die Erklärung

108 EuGH, Rs. C-453/99 (*supra* Fn. 44).

109 EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04 (*supra* Fn. 44).

110 EuGH, Rs. C-557/12 (*supra* Fn. 44).

111 EuGH, Rs. C-724/17 (*supra* Fn. 44).

112 EuGH, Rs. C-882/19 (*supra* Fn. 44), Rn. 67 und 75.

113 Im Unterschied zum intergouvernementalen Unionsrecht wie namentlich Artt. 23ff., 42ff. EUV.

114 Text von Art. I-6 VVE bei *Fischer*, Der Europäische Verfassungsvertrag, 2005, S. 130f.: „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten.“

115 Beginnend mit EuGH, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1994:96 (*Costa/ENEL*), S. 1270.

den Beschluss der Konferenz, dass das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates zum Vorrang in der Fassung des Dokuments 11197/07 (JUR 260) der Schlussakte mit dem maßgeblichen Zitat beigefügt ist.¹¹⁶

1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis

Auch der erstmalige judikative Ausspruch des Anwendungsvorrangs ergab sich in einem Vorlageverfahren zur Auslegung marktintegrativer Vertragsbestimmungen, wurde allerdings von der Begründung des Vertreters der italienischen Regierung, die Vorlage sei „absolut unzulässig“ ausgelöst, „weil das staatliche Gericht innerstaatliches Recht anzuwenden habe“.¹¹⁷ Gleichwohl ist die elementare Bedeutung des Anwendungsvorrangs für die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts unübersehbar. Dürften dessen Bestimmungen von nationalem Recht überlagert werden, wären Wettbewerbsverzerrungen für die Marktteilnehmenden die Folge. Der abstrakte Satz, dass dem vom Vertrag geschaffenen Recht „keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt ... werden soll“,¹¹⁸ ist daher gerade binnenmarktfunktional unmittelbar sinnfällig. So formuliert etwa *Martin Borowski* treffend: „Angeichts der Versuchung des nationalen

116 „Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates vom 22. Juni 2007: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Vorrang des EG-Rechts einer der Grundpfeiler des Gemeinschaftsrechts. Dem Gerichtshof zufolge ergibt sich dieser Grundsatz aus der Besonderheit der Europäischen Gemeinschaft. Zum Zeitpunkt des ersten Urteils im Rahmen dieser ständigen Rechtsprechung (Rechtssache 6/64, Costa gegen ENEL, 15. Juli 1964 [„Aus (...) folgt dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll“]) war dieser Vorrang im Vertrag nicht erwähnt. Dies ist auch heute noch der Fall. Die Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs.“

117 EuGH, Rs. 6/64 (*supra* Fn. 115), S. 1269.

118 EuGH, Rs. 6/64 (*supra* Fn. 115), S. 1270.

Protektionismus kann ein europäischer Binnenmarkt ohne Anwendungsvorrang des supranationalen Rechts schlicht nicht realisiert werden.“¹¹⁹

2. Die judikative Verpflichtung zur Nichtanwendung binnenmarktinkompatiblen nationalen Rechts

Der Anwendungsvorrang unmittelbar anwendbaren (s.o. C I) Unionsrechts und damit insbesondere der rechtsbereichlich breitflächig relevanten transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten bringt die mitgliedstaatlichen Gerichte in die unionsrechtliche Pflicht, damit unvereinbares nationales Recht ex officio unangewendet zu lassen. Da die binnenmarktrechtlichen Beschränkungsverbote hochabstrakt formuliert und daher im hermeneutischen Wechselblick zu einer nationalen Regelung auslegungsbedürftig sind, wird seitens nationaler Richter in Fortbildungsveranstaltungen wiederkehrend die Frage gestellt,¹²⁰ ob sie die der Nichtanwendung vorausgehende Beurteilung der Unvereinbarkeit der nationalen Bestimmung mit Unionsrecht alleine oder nur nach einer entsprechenden Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH vornehmen dürfen. Eine Parallelisierung dieser Situation zu derjenigen im deutschen Verfassungsrecht, die ein Fachgericht mit Zweifeln an der grundgesetzlichen Vereinbarkeit eines Gesetzes auf den Weg des konkreten Normenkontrollverfahren zum Bundesverfassungsgericht verweist (Art. 100 GG), mag zwar nahelegend erscheinen, entspricht aber weder dem unionsrechtlichen Vorlageverfahrensrecht noch der darin auf die Auslegung von Unionsrecht und die Gültigkeitsprüfung von sekundärem Unionsrecht begrenzten Befugnis des EuGH. Eine Verpflichtung zur Vorlage einer unionsrechtlichen Auslegungsfrage im Hinblick auf eine einzelstaatliche Regelung besteht nur für die in Art. 267 Abs. 3 AEUV genannten Gerichte (und auch nur, wenn kein Ausnahmefall nach den CILFIT-Kriterien vorliegt). Andere Gerichte dürfen eine nationale Bestimmung in eigener Auslegungsverantwortung des Unionsrechts unangewendet lassen. Allerdings bietet Art. 267 Abs. 2 AEUV diesen Gerichten die Option der Auslegungshilfe an. Nehmen sie

119 *Borowski*, Die Rekonstruktion des Anwendungsvorrangs des Rechts der Europäischen Union, in: Stumpf/Kainer/Baldus (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht. Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration, Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, 2015, S. 1080.

120 So auf Veranstaltungen der Deutschen Richterakademie und der Europäischen Rechtsakademie.

sie in Anspruch, sind sie und alle mit demselben Verfahren befassten Gerichte an die Auslegung des EuGH gebunden¹²¹ – unbeschadet der Möglichkeit von Nachfragevorlagen.¹²²

3. Die judikative Pflicht zur Nichtanwendung binnenmarktinkompatiblen nationalen Verfassungsrechts

Den Konflikt zwischen Binnenmarktrecht und nationalem Verfassungsrecht illustriert das in die slowakische Verfassung aufgenommene Ausfuhrverbot von Mineralwasser aus slowakischen Quellen¹²³ mit der Warenverkehrsfreiheit. Die Pflicht slowakischer Gerichte, diese verfassungsrechtliche Vorschrift im Falle deren Beurteilung als eines nicht rechtfertigbaren Verstoßes gegen das Verbot der mengenmäßigen Ausfuhrbeschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung (Art. 35 AEUV) unangewendet zu lassen, ergibt sich in Konsequenz des auf „wie immer geartete innerstaatliche Rechtsvorschriften“¹²⁴ bezogenen Vorrangprinzips. Für die Gefährdung der Rechtsgemeinschaft und des angestrebten Systems, das den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt, macht es keinen Unterschied, ob eine mit dem Binnenmarktrecht unvereinbare nationale Regelung (wie beispielsweise namentlich im Bereich staatlicher Beihilfen, öffentlicher Auftragsvergabe oder der Behandlung öffentlicher Unternehmen oder Unternehmen der Daseinsvorsorge) in einem einfachen Gesetz oder in der Verfassung enthalten ist. Einleuchtend daher hat der EuGH den Anwendungsvorrang längst auch ausdrücklich auf verfassungsrechtliche Bestimmungen erstreckt.¹²⁵

Die vereinzelt Schwierigkeiten einzelner nationaler Verfassungsgerichte mit dieser Dimension des Anwendungsvorrangs sind bekannt.¹²⁶ Sie

121 EuGH, Rs. 29/68, ECLI:EU:C:1969:27 (Milch-, Fett- und Eierkontor), Rn. 3.

122 Id.

123 Art. 4 Abs. 2 der Verfassung der Slowakischen Republik.

124 EuGH, Rs. 6/64 (*supra* Fn. 115), S. 1270.

125 EuGH, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 3; EuGH, Rs. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 (Winner Wetten), Rn. 61; EuGH, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (Melloni), Rn. 59.

126 Vgl. namentlich: Ústavní soud České republiky, Urteil v. 31. 1. 2012, ECLI:CZ:US:2012:Pl.US. 5.12.1 (dazu *Steblik/Schnálek/Hamulák*, Czech Republic, in: Botman/Langer (Eds.), *National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order*, 2020, S. 151, 157ff.); Højsteret, Urteil v. 22. 9. 2014, U.2014.3667H (Ajos); dazu *Neer-*

sind aber, erstens, in ihrem Ausmaß unterschiedlich und sollten, zweitens, letztlich unionsrechtsstimmig über Art. 4 Abs. 2 und 3 EUV im interjudikativen Verfahrensdialog lösbar sein. Der grundlegende Unterschied des Ausmaßes besteht darin, ob der Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Verfassungsrecht rundum abgelehnt wird¹²⁷ oder aber nur ausnahmsweise unter bestimmten engen Voraussetzungen.¹²⁸ Ersteres, die tendenziell weitgefasste Ablehnung des Vorrangprinzips, ist die dem Urteil des polnischen Verfassungsgerichts vom 7. Oktober 2021 innewohnende Position. Sie ist indes widersinnig zum Gedanken und Zweck des Unionsrechts und beinhaltet die Negation der für die Union essentiellen Rechtsgemeinschaft, die, politisch konsequent zu Ende gedacht, zu einem Austritt Polens aus der Union führen müsste. Letzteres, die eng konditionierte Ausnahme vom Vorrangprinzip, wird von Höchstgerichten teils abstrakt formuliert¹²⁹ und ganz vereinzelt praktiziert.¹³⁰ Sie liegt insbesondere der Begründung des viel gescholtenen PSPP-Urteils des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, das den Vorrang des Unionsrechts in seiner Rechtsprechung grundsätzlich anerkennt.¹³¹ Allerdings formuliert dessen Judikatur drei verfassungsgerichtliche Kontrollvorbehalte,¹³² die auf eine nationale Begrenzung des Vorrangprinzips hinauslaufen, wie sie im PSPP-Urteil für die „ultra-vires“-Kontrolle gegenüber EuGH und EZB praktiziert wurde.¹³³ Dieser Konflikt lässt sich jedoch „mit gutem Willen“ unionsrechtsintern durch eine situativ passfähige Verwirklichung des auch für die Gerichte der beiden „Ebenen“ geltenden Prinzips der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) mittels eines über das Vorlageverfahren möglichen konstruktivi-

gaard/Sørensen, Denmark, ebda, S. 169ff.; BVerfGE 154, 17 Rn. 113, 117ff. (dazu zusammenfassend Müller-Graff, Das Karlsruher PSPP-Urteil – ein Corona-Jahr danach, integration 2021, 227ff. m. z. N.); Trybunał Konstytucyjny, Urteil v. 7. 10. 2021, [https://trybunal.gov.pl/en/s/k-3-21_\(/en/s/k-3-21\)](https://trybunal.gov.pl/en/s/k-3-21_(/en/s/k-3-21))).

127 So das Urteil des Trybunał Konstytucyjny (*supra* Fn. 126).

128 So das PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (*supra* Fn. 126).

129 Dazu schon Müller-Graff/Reichel, Die Europäische Integration aus der Sicht der Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte, in: Jopp/Maurer/Schneider (Hrsg.), Europapolitische Grundverständnisse im Wandel, 1998, S. 365ff.

130 *Supra* Fn. 126.

131 Z. B. BVerfGE 123, 257 Rn. 331; BVerfGE 154, 17 Rn. 118

132 (1.) Grundrechtsschutz: z. B. BVerfGE 73, 339 (376, 387); BVerfGE 102, 147 (162ff.); BVerfGE 118, 79 (95); BVerfGE 129, 186 (199); BVerfGE 152, 216; Rn. 47; (2.) Ultra-Vires-Kontrolle: z. B.: BVerfGE 142, 123 Rn. 144ff., 153, 154ff.; BVerfGE 154, 17 Rn. 110ff.; (3.) Verfassungsidentitätskontrolle: z. B.: BVerfGE 142, 123 Rn. 137ff., 153, 154ff.

133 BVerfGE 154, 17, Rn. 117, 119.

ven Dialogs über die Auslegung des Art. 4 Abs. 2 EUV lösen. Denn nach Art. 4 Abs. 2 EUV „achtet“ die Union die jeweilige „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten, „die in ihren grundlegenden ... verfassungsmäßigen Strukturen ... zum Ausdruck kommt.“ Geht man davon aus, dass ebenso wie auf mitgliedstaatlicher Ebene die primärrechtliche Organisationsbezeichnung (dort: „Mitgliedstaat“; hier: „Union“) dahingehend zu verstehen ist, dass sie alle internen funktionalen Hoheitsträger adressiert, ist auch der EuGH als judikativer Hoheitsträger in seinem Zuständigkeitsbereich an Art. 4 Abs. 2 EUV gebunden. Unschwer lässt sich daraus ableiten, dass seine Vorrangrechtsprechung der Grenze unterliegt, die das unionsrechtlich auszulegende Achtungsgebot des Art. 4 Abs. 2 EUV zieht. Dass hierbei die „Erstidentifikation“ und Artikulation einer „grundlegenden verfassungsmäßigen Struktur“ die Angelegenheit des mitgliedstaatlichen Gerichts ist, versteht sich von selbst (ähnlich wie etwa die Benennung der „öffentlichen Sittlichkeit“ bei Inanspruchnahme der Ausnahme vom Verbot der mengenmäßigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung - Art. 36 AEUV), ohne dass der EuGH dadurch jedoch in seiner unionsrechtlichen Qualifizierung nach Art. 4 Abs. 2 EUV gebunden ist.

III. Das Gebot der binnenmarktrechtskonformen Auslegung und judikativen „Rechtsfortbildung“ des mitgliedstaatlichen Rechts

Das unionsrechtliche Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung des mitgliedstaatlichen Rechts, das dem Prinzip der völkerrechtsfreundlichen Auslegung¹³⁴ ähnelt, aber kraft Unionsrechts für supranationale Bestimmungen mit deren Eigenheit gilt,¹³⁵ setzt den Gedanken der nach Art. 3 EUV zielorientierten Rechtsunion über die Schwelle des nationalen Rechts in dieses fort. Ebenso wie das Prinzip des Anwendungsvorrangs unmittelbar anwendbaren Unionsrechts ist es primärrechtlich nicht positiviert, sondern eine Schöpfung der Rechtsprechung des EuGH.¹³⁶ In besonderem Maße adressiert es die Verantwortung der mit-

134 *Hofmann*, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, JURA 2013, 326ff.

135 Zu den unionsrechtlichen Vorgaben *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4.Aufl., 2021, § 13 Rn. 3ff.

136 EuGH, Rs. 14/83 (*supra* Fn. 87); st. Rspr.: EuGH, Rs. C-12/08, ECLI:EU:C:2009:466 (*Mono Car Styling*), Rn. 60; EuGH, Rs. C-306/12,

gliedstaatlichen Gerichte für die Verwirklichung des Unionsrechts im Allgemeinen und des Binnenmarktrechts im Besonderen.

1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis

Das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts findet seine sinngebende Grundlage in der gesellschaftsvertragsartigen Zielbindung der Europäischen Union. Wie die in einer Gesellschaft aus der vertraglichen Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks folgende Zweckförderungspflicht der Gesellschafter (namentlich § 705 BGB) ergibt sich aus der völkervertraglichen Vereinbarung der Leitzieltrias und des operativen Hauptzielquartetts der Union mit dem konzeptionellen Basisziel der Errichtung eines Binnenmarkts (Art. 3 EUV)¹³⁷ die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit; genauer die aktive Unterstützungspflicht der Mitgliedstaaten für die Union bei der Erfüllung deren Aufgaben (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 und 2 EUV) sowie zugleich die der gesellschaftsvertraglichen Treupflicht¹³⁸ ähnelnde Unterlassungspflicht aller Maßnahmen, die die Verwirklichung der Unionsziele gefährden könnten (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV). Da der Begriff der Mitgliedstaaten alle funktional spezialisierten staatlichen Hoheitsträger umfasst, gilt die Zielförderungspflicht auch für alle mitgliedstaatlichen Gerichte in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich. Dazu zählen die Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts und, je nach einzelstaatlicher Zulässigkeit, die sogenannte „Rechtsfortbildung“¹³⁹ im Rahmen der Entscheidung eines Einzelfalles. Soweit es um Unionsrecht in Richtlinien geht, ergibt sich das Konformitätsgebot der Auslegung bereits aus der Umsetzungsverbindlichkeit des Ziels der Richtlinie für den jeweiligen Mitgliedstaat (Art. 288 Abs. 3 AEUV), mithin auch für jedes mitgliedstaatliche Gericht in seinem ihm nach der nationalen Gewaltenteilung zukommenden Zuständigkeitsbereich. Die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts wird durch das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung der mitgliedstaatlichen Rechte geschmeidig gesteigert.

ECLI:EU:C:2013:650 (Spedition Welter), Rn. 29; EuGH, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (Bauer und Willmeroth), Rn. 66.

137 Müller-Graff (*supra* Fn. 5).

138 Dazu verbandsstrukturell K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 20 IV.

139 So etwa ausdrücklich BGH, NJW 2009, 427 (Quelle). Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen im deutschen Recht BVerfGE 128, 139, Rn. 52f.; BVerfGE 132, 99, Rn. 73ff.

2. Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts?

Das Gebot kann daher nur greifen, soweit ein Gericht zur Auslegung und Rechtsfortbildung nach nationalem Recht befugt ist. Denn die Grenzen der nach nationalem Recht zulässigen Auslegung und Rechtsfortbildung sind die gewalten- und legitimationssteilenden Demarkationslinien zum nationalen Gesetzgeber und der von diesem gegebenenfalls ermächtigten Exekutive. So sieht für die deutsche Rechtsordnung das Bundesverfassungsgericht in der Befolgung der konsentierten Auslegungsmethoden ein rechtsstaatliches und damit verfassungsrechtliches Erfordernis.¹⁴⁰ Die innerstaatliche Zuständigkeitsverteilung würde erschüttert, forderte das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung eine nach nationalem Recht als „contra legem“-Interpretation anzusehende Auslegung. Diese Grenze wird vom EuGH denn auch einleuchtend in ständiger Rechtsprechung ausdrücklich benannt.¹⁴¹

3. Beurteilung der Auslegungsfähigkeit bzw. judikativen „Rechtsfortbildungs“-fähigkeit nationalen Rechts?

Aus der auf die Auslegung des Unionsrecht begrenzten Zuständigkeit des EuGH (Art. 19 Abs. 1 EUV) folgt, dass die Beurteilung der Auslegungsfähigkeit bzw. der judikativen „Rechtsfortbildungs“-fähigkeit einer Vorschrift des nationalen Rechts in der Bestimmungshoheit des zur Entscheidung berufenen mitgliedstaatlichen Gerichts liegt. Dieses hat naturgemäß die anerkannten (in Deutschland sogar verfassungsgebotenen¹⁴²) professionellen Auslegungsmethoden seiner Rechtsordnung¹⁴³ anzuwenden.

Bei deren Handhabung steht es aber speziell in dem Fall, in dem sich die Frage einer *richtlinienkonformen* Auslegung stellt, vor der Herausforderung, wegen des teleologischen Charakters der Richtlinie („Ziel“-verbind-

140 BVerfGE 122, 248, Rn. 95ff.; BVerfGE 128, 193; H. Dreier, Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen, in: H. Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 23.

141 EuGH, Rs. C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (Adeneler u. a.), Rn. 110; EuGH, Rs. C-286/06, ECLI:EU:C:2008:223 (Impact), Rn. 100; st. Rspr.; aus jüngerer Zeit z. B. EuGH, Rs. C-545/17, EU:C:2019:260 (Pawlak), Rn. 85; EuGH, Rs. C-331/18, EU:C:2019:665 (Pohotovost), Rn. 56.

142 Zur diesbezüglichen Rechtsprechung des BVerfG *supra* Fn. 140.

143 Rechtsvergleichend McCormick/Summers (Eds.), Interpreting Statutes - A Comparative Study, 1991.

lichkeit des Art. 288 Abs. 3 AEUV) die unionsrechtliche Ebene bereits auf der Ebene der nationalen Bestimmungen beachten zu müssen.¹⁴⁴ Bei der grammatikalischen Auslegung wird dies am deutlichsten, wenn die einschlägige nationale Bestimmung einen auslegungsbedürftigen Begriff aus einer Richtlinie identisch übernimmt; so beispielsweise der seinerzeitige § 1 VerbrKrG den Begriff des Kreditvertrags aus dem seinerzeitigen, auf die Angleichungsermächtigung zur Marktintegrationförderung gestützten Art. 1 Abs. 2 Buchst. c der Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG (heute: Art. 3 Buchst. c der Richtlinie 2008/48/EG). Für das Inhaltsverständnis eines übernommenen Begriffs im nationalen Recht ist aus dem grundsätzlich zu vermutenden Willen des nationalen Gesetzgebers zur Umsetzungstreue¹⁴⁵ dasjenige des Inhalts des Richtlinienbegriffs zugrundezulegen, das gegebenenfalls über eine Auslegungsvorlage durch den EuGH zu klären ist. Dies kann aber nur gelten, wenn nicht aus der Begründung des nationalen Umsetzungsgesetzes ein anderes („historisches“) Verständnis des nationalen Gesetzgebers ersichtlich ist, das die nationale Bestimmung gegen eine richtlinienparallelisierende Interpretation immunisiert. Dann kann sich jedoch möglicherweise die Frage der unmittelbaren Anwendung des nicht richtlinienreu umgesetzten Inhalts der Richtlinienbestimmung ergeben (*supra* C I 4).

Die Frage der unmittelbaren und vorrangigen Anwendbarkeit stellt sich allerdings nur, wenn nicht bereits die Auslegung der übrigen nationalen Rechtsordnung dem Ziel der Richtlinie hinreichend Wirkung gibt. Dies verlangt den mitgliedstaatlichen Gerichten Umsicht und gegebenenfalls Auslegungskreativität ab. Als Paradebeispiel dieser Herausforderung dient der judikative Umgang mit der seinerzeit vom deutschen Gesetzgeber vorgenommenen Beschränkung der Sanktion der Verletzung des aus der Richtlinie 76/207/EWG¹⁴⁶ übernommenen geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbots beim Zugang zu Beschäftigungsverhältnissen auf das negative Interesse.¹⁴⁷ Der damals einschlägige § 611a Abs. 2 BGB ermöglichte in Anwendung auf die solcherart diskriminierte Frau von Colson lediglich den Ersatz der Portokosten für ihre Stellenbewerbung – mithin eine Rechtsfolge, die der EuGH als „rein symbolische Entschädigung“ und

144 Zutreffend *Roth/Jopen* (*supra* Fn. 135), § 13 Rn. 45.

145 Diese Vermutung ist indes widerleglich. Ablehnung gegenüber einer Überlagerung der konkreten Zwecksetzung des nationalen Gesetzgebers durch einen vermuteten Willen zur richtlinienkonformen Umsetzung auch *Roth/Jopen* (*supra* Fn. 135), § 13 Rn. 23ff.

146 ABl. 1976 L 39/40.

147 Seinerzeit § 611a Abs. 2 BGB.

daher nicht der Richtlinienanforderung einer geeigneten Sanktionsregelung für einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz (mit „wirklich abschreckender Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber“) im Falle einer Verbotsverletzung beurteilte.¹⁴⁸ Durch den (auf die im Urteil referierte Einlassung der Bundesregierung, die Umsetzungsbestimmung „schliesse die Anwendung der allgemeinen Schadensersatzvorschriften nicht notwendig aus“¹⁴⁹) zugleich erfolgenden Hinweis des EuGH auf die Pflicht des nationalen Gerichts, „bei der Anwendung des nationalen Rechts“ dieses „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie“ auszulegen,¹⁵⁰ wurde dem nationalen Gericht die allein in seiner Verantwortung liegende Aufgabe benannt („Es ist allein Sache des nationalen Gerichts“¹⁵¹), die mögliche Einschlägigkeit der „allgemeinen Schadensersatzvorschriften“ zu überprüfen. Das Bundesarbeitsgericht erkannte in dieser jenseits der Umsetzungsnorm im Dienstvertragsrecht verorteten Auslegungsfrage die geschlechtsbezogene Diskriminierung als einen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in das deliktisch geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB) mit der Rechtsfolge einer billigen Entschädigung in Geld (in Analogie zur seinerzeitigen Schmerzensgeldbestimmung des § 847 BGB).¹⁵²

Eine noch schwierigere Frage der richtlinienkonformen Auslegung bzw. „Rechtsfortbildung“ lautet, ob ein Konflikt der nationalen Umsetzungsregelung mit einer Richtlinienbestimmung mittels des Gedankens gelöst werden kann, der Umsetzungssetzgeber habe das Ziel korrekter Umsetzung verfolgt, sich aber in seinem Verständnis des Richtlinieninhalts geirrt. Die Einschätzung, ob ein derartiger Irrtum vorliegt, und der judikative Umgang mit einem derartigen legislatorischen Fehlverständnis sind Sache des nationalen Gerichts. Für das deutsche Recht wurde diese Frage im sogenannten Quelle-Fall aktuell, in dem es im Rahmen der Sachmängelhaftung um die Frage ging, ob im Falle des Verlangens der Nacherfüllung im Wege der Neulieferung (§ 439 Abs. 1 BGB) ein Verbraucher neben der Rückgabe der mangelhaften Sache auch zum Wertersatz der bisher gezogenen Nutzungen verpflichtet ist.¹⁵³ Diese Rechtsfolge ergab sich im deutschen Recht grammatikalisch und systematisch aus der Verweisung des seinerzeitigen § 439 Abs. 4 BGB in die Rückgewährverpflichtung des Rück-

148 EuGH, Rs. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (von Colson und Kamann), Rn. 24.

149 Id., Rn. 25.

150 Id., Rn. 26.

151 Id., Rn. 25.

152 BAG, NJW 1990, 65.

153 BGH, NJW 2009, 427

trittsrechts (§ 346 BGB), widersprach aber der auf Vorlage des BGH durch den EuGH gegebenen Auslegung des Begriffs der „unentgeltlichen Ersatzlieferung“ in Art. 3 der marktintegrationsrechtlichen Gewährleistungsrichtlinie 1999/44/EG.¹⁵⁴ In penibler Auswertung der Gesetzesbegründung stellte der BGH fest, dass der Gesetzgeber ausdrücklich seine Absicht bekundet hatte, eine richtlinienkonforme Regelung zur Frage der gezogenen Nutzungen zu schaffen, jedoch seine Annahme, die von ihm getroffene Regelung sei richtlinienkonform, sich durch die Richtlinienauslegung des EuGH als fehlerhaft herausstellte. Darin sah der BGH eine „verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit“ des Gesetzes, die er wegen des Gebots der richtlinienkonformen „Rechtsfortbildung“ mittels einer „teleologischen Reduktion“ der Verweisung in das Rücktrittsrecht schloß. Es mag dahinstehen, ob der Gedanke der „Lücke“ methodisch einschlägig ist, da es nicht an einer Regelung der Rechtsfolgen des Verlangens der Nacherfüllung im Wege der Neulieferung mangelte. Jedenfalls ist der methodische Einsatz der teleologischen Reduktion des gesetzlichen Verweises im Falle von Verbraucherkäufen zumindest vertretbar,¹⁵⁵ da der Gesetzgeber mit der verabschiedeten Bestimmung ausdrücklich eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollte. Unionsrechtlich weiterführend ist zu fragen, ob die teleologische Reduktion in einer derartigen Konstellation (ausdrücklicher Wille zur Schaffung einer richtlinienkonformen Regelung, aber fehlerhaftes Verständnis der Richtlinie) zum Bestandteil des unionsrechtlichen Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung und „Rechtsfortbildung“ erhoben werden sollte. Dagegen spricht die Verankerung der judikativ zulässigen Auslegungsmethoden in der jeweils innerstaatlichen Gewaltenteilung. Dies ist aber kein Grund, dem EuGH nicht zuzugestehen, im Interesse der von der Richtlinie bezweckten Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt das vorlegende Gericht in einschlägigen Fällen auf die in dessen Beantwortungskompetenz liegende Frage hinzuweisen, ob eine derartige teleologische Korrektur der nationalen Regelung in Betracht kommt.

154 EuGH, Rs. C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231 (Quelle), Rn. 28ff., 34ff.

155 Zu den Problempunkten dieses Ansatzes Müller-Graff, Schuld- und Arbeitsrecht unter Einwirkung des Unionsrechts, in: Boemke/Lembke/Linck (Hrsg.), Festschrift für Gerrick Frhr. v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 313, 324f.

4. Binnenmarktrechtskonforme Auslegung des Rechts anderer Mitgliedstaaten?

Unklar ist, ob mitgliedstaatliche Gerichte im Falle einer kollisionsrechtlich angeordneten Anwendbarkeit des Rechts eines anderen Mitgliedstaats auch zu dessen unionsrechtskonformer Auslegung bzw. „Rechtsfortbildung“ verpflichtet sind. Dies ist wegen des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV zu bejahen.¹⁵⁶ Denn dessen Formulierung („achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträge ergeben“) ist derart zu verstehen, dass dieser Grundsatz – gesellschaftsvertragsartig - auch für das Verhältnis der „Mitgliedstaaten“ untereinander und damit auch für das transnationale Verhältnis der mitgliedstaatlichen Gerichte gilt. In dieser Konstellation ergibt sich das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV und nicht schon aus Art. 288 Abs. 3 AEUV. Denn ein mitgliedstaatliches Gericht steht nicht in der Umsetzungspflicht eines anderen Mitgliedstaats, wohl aber in der Loyalitätspflicht, das Recht eines anderen Mitgliedstaats nach den für diesen geltenden Regeln, mithin auch nach dessen Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung seines Rechts, auszulegen und anzuwenden.

5. Auslegung „überschießender“ nationaler Umsetzungsnormen des Binnenmarktrechts?

Die Frage, ob mitgliedstaatliche Gerichte auch zur richtlinienkonformen Auslegung „überschießender“ (im Sinne von nicht richtlinienerfasste Sachverhalte einbeziehender) nationaler Umsetzungsnormen verpflichtet sind (z.B. bei der Erstreckung sachmängelrechtlicher Bestimmungen der marktintegrationsrechtlichen Verbraucherschützenden Richtlinie (EU) 2019/771¹⁵⁷ auf Verträge zwischen Unternehmen), ist unionsrechtlich zu verneinen.¹⁵⁸ Denn diese Pflicht kann unionsrechtlich nur soweit reichen, wie die Zielverpflichtung des Art. 288 Abs. 3 AEUV reicht. Allerdings

156 So auch Roth/Jopen (*supra* Fn. 135), § 13 Rn. 7.

157 ABL 2019 L 136/28. Zur „überobligatorischen Umsetzug“ der Vorgängerrichtlinie 1999/44/EG Leible/Wilke, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl., 2021, Kap. 11, Rn. 2.

158 So auch Habersack/Mayer, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 14 Rn. 26, 27ff., 34.

schließt dies nicht aus, dass eine derartige Auslegung kraft nationalen Rechts angeordnet wird, um gespaltene Verhaltensvorgaben zu vermeiden.

Jenseits des Richtlinienrechts oder irgendeiner anderen unionsrechtlichen Verpflichtung ist eine derartige Konformitätsausrichtung im deutschen Kartellrecht im Interesse der Orientierungssicherheit von Unternehmen durch die Anordnung der entsprechenden Geltung der Gruppenfreistellungsverordnungen erfolgt (§ 2 Abs. 2 GWB), wohingegen die unionsrechtsparallele Auslegung des Kartellverbots selbst (§ 1 GWB), namentlich des Unternehmensbegriffs außerhalb der Bußgeldhaftung nach § 81 Abs. 3a bis 3e GWB (Konzernhaftung u.a.), unklar ist.¹⁵⁹ Dafür spricht das genannte Ziel der Orientierungsvereinfachung für das Unternehmensverhalten,¹⁶⁰ dagegen jedoch das regelungssystematische *argumentum e contrario* der fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nach Art der Einbeziehung der Gruppenfreistellungsverordnungen und der Übernahme des Unternehmensbegriffs bei der Bußgeldhaftung.

IV. Rechtsschutz, insbesondere Zuerkennung von Schadensersatz bei Verletzung des Binnenmarktrechts?

1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis

Der Rechtsschutz gegen oder nach Verletzung von Unionsrecht ist im Binnenmarktrecht von besonderer Bedeutung, da dessen Regeln i.d.R. wettbewerbsrelevant sind und deren Verlässlichkeit für Unternehmen nicht nur planungs- und erfolgserheblich, sondern auch risiko- und gegebenenfalls existenzrelevant sein kann. Rechtsschutz ist ein weites Feld. Er kann vorbeugend gegen binnenmarktrechtswidrige behördliche oder unternehmerische Maßnahmen und kompensatorisch bei binnenmarktrechtswidrig verursachten Schäden gesucht werden. Soweit es nicht um die direkte Anfechtung von Unionsmaßnahmen (Art. 263 AEUV), die Aufforderung von

159 Vgl. zu dieser Frage Berg/Mudrony, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 3. Aufl., 2018, § 1 GWB Rn. 10; zur Übernahme des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs in § 81 Abs. 3a bis 3e GWB (Konzernhaftung, Haftung bei Rechtsnachfolge und wirtschaftlicher Nachfolge für Bußgelder) Seitz, ebda., § 81 GWB Rn. 12ff.

160 Allein der abstrakte Wunsch, „einen „gespaltenen Unternehmensbegriff zu vermeiden“ (Berg/Mudrony - *supra* Fn. 159 - § 1 GWB Rn. 10), ist wegen des Prinzips des grundsätzlich vorschrittsgebunden normativen Zweckbegriffs nicht stichhaltig.

Unionsorganen zum Tätigwerden (Art. 265 AEUV) oder um Schadensersatzbegehren gegen die Union (Art. 268, 340 AEUV) geht, ist nicht der Gerichtshof der Europäischen Union judikative Anlaufstelle judikativen Rechtsschutzes, sondern das jeweils sachgegenständlich zuständige mitgliedstaatliche Gericht: sowohl präventiv wie kompensatorisch. Der Lissabonner Reformvertrag hat die Gewährleistung dieser Rechtsschutzfunktion in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen zur ausdrücklichen Pflicht der Mitgliedstaaten erhoben, „die erforderlichen Rechtsbehelfe“ zu schaffen (Art 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV).¹⁶¹

2. Die prozedurale Bedeutung des Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips im Binnenmarktrecht

Der vom EuGH sukzessive entfaltete Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz für die Durchsetzung unionsrechtlich gewährter Rechte¹⁶² wurde von Anfang an insbesondere auf den Rechtsschutz vor mitgliedstaatlichen Gerichten ausgerichtet. Bereits 1976 fasste der EuGH den Äquivalenzgrundsatz derart, dass „das Verfahren für die Klage nicht ungünstiger ausgestaltet sein darf als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen“.¹⁶³ 1981 konkretisierte er ihn dahingehend, „dass es möglich sein muss, zur Gewährleistung der Beachtung unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsrechts von jeder im nationalen Recht vorgesehenen Klagemöglichkeit vor den nationalen Gerichten unter denselben Zulässigkeits- und sonstigen Verfahrensvoraussetzungen Gebrauch zumachen, wie wenn es sich um die Gewährleistung der Beachtung des nationalen Rechts handelte“.¹⁶⁴ Zur prozeduralen Dimension des Effektivitätsgrundsatzes postulierte er 2001, dass es Sache des innerstaatlichen Rechts ist, „die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, sofern diese Modalitäten ... die Ausübung

161 S. oben B I.

162 Für den Äquivalenzgrundsatz beginnend bereits mit EuGH, Rs. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (Rewe-Zentralfinanz), Rn. 6; EuGH, Rs. 158/80, ECLI:EU:C:1981:163 (Rewe-Handelsgesellschaft), Rn. 46.

163 EuGH, Rs. 33/76 (*supra* Fn. 162), Rn. 6.

164 EuGH, Rs. 158/80 (*supra* Fn. 162), Rn. 46; zu den Auswirkungen dieser Grundsätze auf die vom nationalen Recht vorgeschriebene vorherige Durchführung eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens EuGH, verb. Rs. C-317/08 u.a., ECLI:EU:C:2010:146 (Alassini u.a.), Rn. 48, 67.

der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“¹⁶⁵ Adressat dieser Grundsätze ist nicht nur der jeweilige mitgliedstaatliche Gesetzgeber, sondern gleichermaßen die nationale Gerichtsbarkeit bei der Handhabung der nationalen Verfahrensvorschriften. Dies gilt zuallererst in Fragen des sogenannten „Zugangs zum Recht“, genauer der Klagebefugnis.¹⁶⁶

3. *Einstweiliger Rechtsschutz bei behaupteter Rechtswidrigkeit einer binnenmarktrelevanten Norm*

Eine besondere Herausforderung ergibt sich für mitgliedstaatliche Gerichte, wenn ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz wegen Rechtswidrigkeit einer binnenmarktrelevanten Rechtsnorm gestellt wird. In der Beurteilung der beantragten Aussetzung der Wirkungen einer nationalen Bestimmung ist danach zu unterscheiden, ob die Unionsrechtswidrigkeit einer nationalen Bestimmung¹⁶⁷ oder einer binnenmarktrechtlichen Verordnung der Union, auf denen eine nationale Bestimmung beruht,¹⁶⁸ behauptet wird.

Im ersten Fall geht es um die vorläufige Aussetzung der Wirkungen einer nationalen Rechtsnorm, bis die Frage deren Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarktrecht geklärt ist. Soweit dieser Rechtsschutz bei einem nicht-vorlagepflichtigen Gericht beantragt wird, kann dieses die Frage der Vereinbarkeit von sich aus entscheiden (*supra* C II). Muss wegen der unionsrechtlichen Auslegungsfrage indes nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vorgelegt werden, ist in einer im Falle der Ungewissheit über die endgültige Beurteilung für die Zuerkennung oder Versagung einstweiligen Rechtsschutzes erforderlichen Abwägung der hypothetischen Folgen der beiden Szenarien (Folgen der Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes, wenn das Hauptverfahren Erfolg hätte; Folgen der Zuerkennung des einstweiligen Rechtsschutzes, wenn das Hauptsachverfahren erfolglos blie-

165 EuGH, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Crehan/Courage), Rn. 29; s. auch EuGH, Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska), Rn. 27.

166 *Dougan*, General Report - National Courts and the Enforcement of EU Law, in: Botman/Langer (Eds.), National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order, 2020, S. 51ff.

167 EuGH, Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (Unibet), Rn. 83.

168 EuGH, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest), Rn. 20ff., 22ff. Fn. 115.

be) der mit dem Vorlageverfahren verbundene Zeitfaktor für die wettbewerbliche Lage des/der Betroffenen zu berücksichtigen.

Im zweiten Fall ist bei einer erforderlichen Abwägung stets die involvierte Dauer eines Vorlageverfahrens einzubeziehen, wenn das nationale Gericht seine Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung nicht überwinden kann. Denn es ist nach der „Foto-Frost“-Rechtsprechung des EuGH¹⁶⁹ nicht befugt, selbst von der Ungültigkeit der Verordnung auszugehen. Obwohl dies nach dem Wortlaut des Art. 267 AEUV möglich zu sein scheint, wenn sich die Gültigkeitsfrage nicht in einem Verfahren vor einem vorlagepflichtigen Gericht (Art. 267 Abs. 3 AEUV) stellt, ist ihm dies durch die billigenwerte Rechtsprechung des EuGH im Interesse der Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts und in Achtung der diagonalen Gewaltenteilung zwischen Unionslegislative und mitgliedstaatlicher Gerichtsbarkeit verwehrt. Es ist stattdessen auf den Weg einer Gültigkeitsprüfungsvorlage zum EuGH verwiesen. Wegen der damit verbundenen Zeitdauer des Klärungsverfahrens durch den EuGH ist hier für die Entscheidung zwischen Zuerkennung oder Versagung einstweiligen Rechtsschutzes den beeinträchtigenden wettbewerblichen Folgen für den Schutzsuchenden bei Anwendung einer nationalen Regelung, an denen das mitgliedstaatliche Gericht unüberwindbare Gültigkeitszweifel hat, besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

4. Schadensersatzzuerkennung bei Verletzung von Binnenmarktrecht?

Die Aufgabe der Zuerkennung oder Ablehnung von Schadensersatz bei Verletzung binnenmarktrechtlicher Bestimmungen obliegt den mitgliedstaatlichen Gerichten, auch wenn dies im Rahmen der Vorgaben des Unionsrechts und der in dessen Auslegung durch den EuGH entwickelten Kriterien zu erfolgen hat.

Die unionsrechtlichen Vorgaben können bereits legislativ sehr detailliert gefasst sein (wie beispielsweise in der Richtlinie 2014/104/EU „über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union“¹⁷⁰). Sie beinhalten mit ansteigendem normativem Formulierungsvolumen auch das Potenzial zum Anstieg der Zahl von Auslegungsvorlagen an den EuGH. Andererseits

169 EuGH, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (Foto-Frost).

170 ABl. 2014 L 349/1.

können die Vorgaben aus sehr abstrakt gehaltenen und nicht einmal auf den ersten Blick als schadensersatzrelevant erkennbaren Vorschriften vom EuGH herausdestilliert werden wie beispielsweise aus Art. 6 der seinerzeitigen Richtlinie 76/207/EWG, wonach „die Mitgliedstaaten ... die innerstaatlichen Vorschriften (erlassen), die notwendig sind, damit sich jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne der Artikel 3, 4 und 5 auf seine Person für beschwert hält, ... seine Rechte gerichtlich geltend machen kann.“ Auch wenn der EuGH darin „keine bestimmte Sanktion“ für Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot vorgeschrieben sah,¹⁷¹ folgte er daraus doch die Pflicht der Mitgliedstaaten, „Maßnahmen zu ergreifen, die hinreichend wirksam“ im Sinne „eine(r) wirklich abschreckende(n) Wirkung“¹⁷² sind, „um das Ziel der Richtlinie zu erreichen“. Hierzu zählte er als eine Möglichkeit die Gewährung einer „angemessene(n) finanzielle(n) Entschädigung“.¹⁷³ Für diesen Fall benannte er als Kriterium, dass die Entschädigung „in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen“ müsse.¹⁷⁴ Dadurch unterliegen mitgliedstaatliche „Entschädigungs“regelungen einschließlich der Rechtsprechung einem unionsrechtlichen Beurteilungsrahmen, denen zwei konsequente deutsche legislative Kompensationsregelungen bei derartiger Diskriminierung nicht genügen.¹⁷⁵

Eine noch geringere positivisierte Pfadweisung für Schadensersatzansprüche geben unionsrechtliche Bestimmungen, denen erst der EuGH mittels des Effektivitätsgrundsatzes eine kompensationsrechtliche Dimension zuspricht und die, solange der Unionsgesetzgeber nicht tätig wird, von ihm strukturiert werden. Dies sind insbesondere der mit dem Effektivitätsgrundsatz verbundene Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit des (heute) Art. 4 Abs. 3 EUV, auf den die Staatshaftung bei Unionsrechtsverletzung gestützt wird,¹⁷⁶ und das Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 AEUV), dem in Verknüpfung von Teleologie und Effektivitätsgrundsatz eine aus primärrechtlicher Auslegung begründete zivilrechtliche Unternehmenshaftung bei

171 EuGH, Rs.14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (von Colson und Kamann), Rn. 18.

172 Ebda., Rn. 23.

173 Ebda., Rn. 18.

174 Ebda., Rn. 23.

175 Der ursprüngliche § 611a Abs. 2 BGB und dessen reformierte Fassung; vgl. zu letzterer EuGH, Rs. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208 (Draempachl), Rn. 22, 37, 43.

176 EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (Francovich u. a.), Rn. 31-36; EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Rn. 39.

schadenstiftenden Verstößen entnommen wird.¹⁷⁷ In beiden Fällen bewegen sich die nationalen Gesetzgeber und die mitgliedstaatlichen Gerichte in dem jeweiligen, ursprünglich allein vom EuGH (mittlerweile beim Kartellschadensersatz auch vom Unionsgesetzgeber durch die Kartellschadensersatz-Richtlinie in deren Anwendungsbereich¹⁷⁸) strukturierten Kriterienrahmen.

Die Anwendung der unionsrechtlichen Kriterien in Schadensersatzklagen im konkreten Fall jedoch obliegt in vernünftiger Arbeitsteilung zwischen unionsrechtlicher Kriterienklärung (durch den EuGH) und sachverhaltlicher Streitentscheidung den mitgliedstaatlichen Gerichten. In Vorabentscheidungsurteilen des EuGH wird diese Verantwortung häufig folgerichtig in die Formel gefasst, dies sei „Sache des nationalen Gerichts“.¹⁷⁹ Dies gilt für alle schadensersatzrechtlichen Ansprüche, die auf Grund des Unionsrechts vor mitgliedstaatlichen Gerichten geltend gemacht werden. Besondere binnenmarktrechtliche Aufgaben bzw. Fragen ergeben sich hierbei namentlich bei der Staatshaftung (a.), bei der Haftung privater Akteure wegen Verletzung der Grundfreiheiten (b.), bei der Unternehmenshaftung wegen eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln (c.) und, darüber hinaus, bei der Prävention und Sanktion des Beihilfedurchführungsverbots (d.).

a. Staatshaftung wegen Verletzung binnenmarktlicher Grundfreiheiten?

Die vom EuGH zunächst für einen durch Nichtumsetzung des in einer binnenmarktrechtlichen Angleichungsrichtlinie vorgesehenen Rechts von Arbeitnehmern auf Befriedigung der wegen Zahlungsunfähigkeit eines Ar-

177 EuGH, Rs.C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage/Crehan), Rn. 26.

178 *Supra* Fn. 170. Sie regelt z.B. nicht die Frage der zivilrechtlichen Haftungsverantwortung eines Konzernunternehmens für den Kartellverstoß eines anderen Konzernunternehmens. Entscheidungen zu dieser Frage bleiben insoweit der Auslegung des Art. 101 Abs. 1 AEUV durch den EuGH vorbehalten; dazu jüngst EuGH, Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal), Rn. 67, 75.

179 Z. B. EuGH, Rs 60/75, ECLI:EU:C:1976:9 (Russo), Rn. 7/9; EuGH, Rs.157/86, ECLI:EU:C:1988:62 (Murphy), Rn. 11; als Kriterienvorgabe für das mitgliedstaatliche Gericht z. B. EuGH, verb. Rs.C-46/93 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Rn. 56.

beitsgebers nicht erfüllten Ansprüche¹⁸⁰ begründete Staatshaftung¹⁸¹ ist in einem zweiten Schritt unter Beiziehung des „in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geltenden allgemeinen Grundsatzes, daß eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schadens nach sich zieht“,¹⁸² auch auf Schäden aus Verletzung eines unmittelbar durch eine Gemeinschaftsnorm verliehenen Rechts als notwendige Ergänzung dessen unmittelbarer Wirkung übertragen worden.¹⁸³ Bei einer Klage auf Schadensersatz wegen Verletzung der binnenmarktlichen Grundfreiheiten haben mitgliedstaatliche Gerichte mithin nicht nur die Aufgabe, über eine (gegebenenfalls durch Vorlage an den EuGH zu klärende) unionsrechtliche Unvereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme zu entscheiden (z.B. über eine Behinderung des freien Warenverkehrs durch eine Vorschrift zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs¹⁸⁴ oder durch ein sogenanntes Produktreinheitsgebot¹⁸⁵). Sie haben vielmehr auch in eigener Verantwortung über Eintritt und Höhe eines geltend gemachten Schadens und dessen Verursachung durch die mitgliedstaatliche Unionsrechtsverletzung und vor allem darüber zu befinden, ob die Unionsrechtsverletzung „hinreichend qualifiziert“ im Sinne der „offenkundigen und erheblichen“ Überschreitung der dem Ermessen des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers unionsrechtlich gezogenen Grenzen ist.¹⁸⁶ Dieses aus der Rechtsprechung zur außervertraglichen Haftung der Union übernommene¹⁸⁷ Erfordernis soll, wenn das Unionsrecht bei der Rechtsetzung ein „weites Ermessen“ gewährt,¹⁸⁸ vernünftigerweise als Schutzschild gegen Schadensersatzverpflichtungen die Handlungsbereitschaft des Gesetzgebers erhalten.¹⁸⁹ Ob diese qualifizierenden Voraussetzungen im Falle des Verstosses gegen eine Grundfreiheit vorliegen, hat das zuständige mit-

180 RL 80/987/EWG des Rates v. 20.10.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. 1980 L 283/23.

181 EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 (*supra* Fn. 176), Rn. 31-36.

182 EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 (*supra* Fn. 176), Rn. 29.

183 Ebda., Rn. 22.

184 Z. B. EuGH, Rs. C-315/92, ECLI:EU:C:1994:34 (Clinique), Rn. 6; EuGH, Rs. C-470/93, ECLI:EU:C:1995:224 (Mars), Rn. 10.

185 Z.B. EuGH Rs. 90/86, ECLI:EU:1988 (Zoni), Rn. 6 (Italienisches Gebot der ausschließlichen Verwendung von Hartweizengrieß für die Vermarktung von Trockenteigwaren).

186 EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 (*supra* Fn. 176), Rn. 51 und 55.

187 Ebda., Rn. 45, 47.

188 Ebda., Rn. 45-47.

189 Ebda., Rn. 45.

gliedstaatliche Gericht zu beurteilen. Diesem sind vom EuGH lediglich „gegebenenfalls“ zu „berücksichtigen(de)“ „Gesichtspunkte“ vorgegeben: so „das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift den nationalen oder Gemeinschaftsbehörden beläßt, die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums und der Umstand, daß die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, daß nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden.“¹⁹⁰ In diesem Kriterienkonglomerat mag man für die judikative Anwendung eher Steine als Brot sehen. Immerhin typisiert der EuGH aber drei Varianten „offenkundiger“ Qualifizierung des Unionsrechtsverstoßes im Falle dessen Fortbestands „trotz des Erlasses eines Urteils, in dem der zur Last gelegte Verstoß festgestellt wird, oder eines Urteils im Vorabentscheidungsverfahren oder aber einer gefestigten einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des fraglichen Verhaltens ergibt.“¹⁹¹ Trifft dies aber nicht zu, liegt die Gewichtung der genannten „Gesichtspunkte“ bei Verletzung einer binnenmarktrechtlichen Grundfreiheit in der Verantwortung des zuständigen mitgliedstaatlichen Gerichts.¹⁹² Im Fall des gegen das warenverkehrsrechtliche Verbot gleichwirkender Maßnahmen wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen verstößenden deutschen Reinheitsgebots für Bier verneinte der BGH – durchaus nicht zweifelsfrei – eine derartige Qualifizierung.¹⁹³ Treten Unklarheiten zum Inhalt eines Kriteriums auf (so namentlich zur Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines Rechtsirrtums), ist eine Vorlage anzuraten oder im Falle des Art. 267 Abs. 3 AEUV geboten.

190 Ebda., Rn. 56.

191 Ebda., Rn. 57

192 So im Fall des deutschen Reinheitsgebots für Bier EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 (*supra* Fn. 176), Rn. 58.

193 BGH, ZR III 127/91, EWS 1997, 34.

b. Schadensersatzhaftung privater Akteure bei Verletzung binnenmarktlicher Grundfreiheiten?

Offen ist die Frage, ob die Rechtsprechung zur unionsrechtlichen Schadensersatzhaftung auch auf die Verletzung von Grundfreiheiten durch private Akteure (wie z.B. Sportverbände,¹⁹⁴ Normungsorganisationen,¹⁹⁵ Gewerkschaften¹⁹⁶) zu übertragen ist. Aus dem Effektivitätsgrundsatz, mit dem der EuGH bereits einen Schadensersatzanspruch gegen Unternehmen bei Verstößen gegen das unmittelbar anwendbare Kartellverbot des Art. 101 AEUV begründet, lässt sich dies bejahen.¹⁹⁷ Allerdings ist bei einem tatbestandlichen¹⁹⁸ und nicht gerechtfertigten¹⁹⁹ Verstoß Privater gegen die Grundfreiheiten gleichfalls ein Erfordernis hinreichender Qualifizierung der Verletzung angezeigt, um private Initiativen nicht wegen einer ungewissen Rechtslage zu entmutigen. Zur Entwicklung einer dazu einschlägigen Rechtsprechung des EuGH stehen die mitgliedstaatlichen Gerichte in judikativer Initiativverantwortung.

c. Unternehmenshaftung wegen Verletzung binnenmarktlicher Wettbewerbsregeln?

Nicht grundsätzlich, wohl aber unter dem Gesichtspunkt der begründenden Rechts“ebene“ neu für die Aufgabe mitgliedstaatlicher Gerichte stellte sich die vom EuGH mit dem Urteil in der Rechtssache „Courage/Crehan“²⁰⁰ eingeleitete Schadensersatzhaftung von Unternehmen wegen

194 Z. B. EuGH, Rs. C-415/94, ECLI:EU:C:1995:463 (Bosman), Rn. 114, 137.

195 Z. B. falls nicht rechtfertigbar EuGH, Rs. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:435 (Fra.bo), Rn. 32.

196 Z.B. EuGH, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 (Viking), Rn. 90; EuGH, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (Laval), Rn. 111, 120.

197 Müller-Graff, Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, 3, 24; Roth (*supra* Fn. 45), 240.

198 Nicht erfasst ist die teleologisch wettbewerbskonzeptionell stimmige Nutzung der Präferenzfreiheit privater Akteure; dazu Müller-Graff (*supra* Fn. 197), 18f.

199 Ebda, 23; ders., Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des Verfassungsvertrages, in: EuR Beiheft 1/2006, S. 19ff.; ders., Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in: Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit. Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 1281ff.

200 EuGH, Rs. C-453/99 (*supra* Fn. 44).

Verstoßes gegen das binnenmarktliche Kartellverbot dar. Bereits vor dieser Ableitung aus (heute) Art. 101 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit dem auf dessen Durchsetzung angewandten Effektivitätsgrundsatz war mitgliedstaatlichen Gerichten die Frage gestellt, ob Kartellrechtsverstöße auf unionsrechtlicher „Ebene“ eine Schadensersatzhaftung auf „Ebene“ des mitgliedstaatlichen Rechts nach sich zögen könnten. Für das deutsche Recht wurde dies mit der Überlegung bejaht, dass das unmittelbar anwendbare gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot ein Schutzgesetz zugunsten anderer Marktteilnehmer im Sinne der deliktsrechtlichen Haftungsnorm des § 823 Abs. 2 BGB sei.²⁰¹ Auch in einigen anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen wurden derartige „ebenen“übergreifende Brücken errichtet.²⁰² Neu an der „Courage/Crehan“-Entscheidung war jedoch die aus (heute) Art. 101 AEUV gefolgerte gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine derartige Möglichkeit zur Verfügung zu halten.

Diese Rechtsprechung des EuGH gab Anstoß zur sekundärrechtlichen Kodifizierung und inhaltlichen Verfeinerung durch die Kartellschadensersatz-Richtlinie.²⁰³ Sie gilt für Zuwiderhandlungen gegen die Verbote der Art. 101 und 102 AEUV,²⁰⁴ aber auch gegen Bestimmungen des nationalen Rechts, mit denen überwiegend das gleiche Ziel verfolgt wird wie mit den Artikeln 101 und 102 AEUV und die nach Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1/2003 auf denselben Fall und parallel zum Wettbewerbsrecht der Union angewandt werden (unter Ausschluss derjenigen Vorschriften, mit denen natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen auferlegt werden, sofern solche strafrechtliche Sanktionen nicht dazu dienen, um die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln durchzusetzen).²⁰⁵ Dadurch sind mitgliedstaatliche Gerichte zur Anwendung des nationalen Umsetzungsrechts und gleichermaßen zu dessen richtlinienkonformer Auslegung ver-

201 Jedenfalls soweit sich die verbotene Beschränkung unmittelbar gegen den Beeinträchtigten richtete: BGH WuW/E BGH 1643/1645

202 Kommission, Schadensersatzansprüche bei einer Verletzung der Artikel 85 und 86 des Vertrages zur Gründung der EWG, 1966; *Müller-Graff*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, Handkommentar zum EU-Vertrag, 1994, Art. 85 Rn. 142.

203 RL 2014/104/EU, ABl.2014 L 349/1; dazu *Müller-Graff*, Kartellrechtlicher Schadensersatz in neuer Versuchsanordnung, ZHR 179 (2015), 691ff.; zur Ausgangsrechtslage in den Mitgliedstaaten rechtsvergleichend *Müller-Graff/Lübke*, Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law, in: Bándi/Darák/Láncos/Tóth (eds.), Private Enforcement and Collective Redress in Competition Law, 2016, S. 43ff.

204 Art. 2 Ziff. 1 RL 2014/104/EU.

205 Art. 2 Ziff. 3 RL 2014/104/EU.

pflichtet. Sollte letzteres aber mangels Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts nicht möglich sein, steht das nationale Gericht vor zwei Folgefragen: der Frage der Direktwirkung einer nicht richtliniengemäß umgesetzten Richtlinienbestimmung und der Frage nach einem Rückgriff auf das Primärrecht.

Die Direktwirkung hängt von den oben behandelten²⁰⁶ allgemeinen Voraussetzungen ab, insbesondere von der Unbedingtheit der betroffenen Richtlinienbestimmung, und den vom EuGH aufgestellten Einschränkungen der Geltendmachung im Verhältnis zwischen Privaten (keine ergänzende Direktwirkung,²⁰⁷ wohl aber eine ausschaltende Direktwirkung²⁰⁸) und im sogenannten umgekehrten Vertikalverhältnis²⁰⁹ (z. B. im Fall der Geltendmachung von Schadensersatzklagen eines öffentlichen Auftraggebers gegen Teilnehmer eines Submissionskartells). Mit der ausschaltenden horizontalen Direktwirkung ließe sich heute beispielsweise die Konstellation im Fall „Kone“ lösen, in dem das betroffene nationale Recht „kategorisch“ ausschloss, „dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für die Schäden haften, die daraus resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte.“²¹⁰

Hält man, wenn auch nicht überzeugend,²¹¹ an der Ablehnung einer ergänzenden horizontalen Direktwirkung einer nicht umgesetzten Richtlinienbestimmung fest (beispielsweise im hypothetischen Falle der Nichtumsetzung der in Art. 13 der Richtlinie 2014/104/EU vorgesehenen Einwendung der Abwälzung des Preisaufschlags oder der in Art. 11 festgelgten Gesamtschuldnerschaft der Rechtsverletzer), steht das mitgliedstaatliche Gericht vor der Frage, ob es auf die „Courage-Manfredi-Kone“-Rechtsprechung des EuGH, also auf die unmittelbar anwendbaren Artt. 101, 102 AEUV²¹² in Verbindung mit dem Effektivitätsgrundsatz zurückgreifen kann. Die zu beantwortende unionsrechtliche Frage lautet, ob die mitgliedstaatliche Judikative und die durch diese gegebenenfalls aktivierte

206 *Supra* C I.

207 EuGH, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (Faccini Dori), Rn. 20

208 EuGH, Rs. C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496 (Unilever), Rn. 50ff.

209 EuGH, Rs. C-14/86 (*supra* Fn. 89); EuGH, Rs. C-80/86 (*supra* Fn. 89).

210 EuGH, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (Kone), Rn. 19, 37.

211 *Supra* C I 4.

212 Art. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1

Unionsjudikative diesen Weg auch nach der Übernahme dieser Fragen in den Legislativbereich durch den Unionslegislativ beschreiten darf. Dies mag man abstrakt aus der Gewaltenteilung mit der Überlegung problematisieren, die Unionslegislativ werde in ihrer Regelgestaltung durch die Unionsjudikative mittels Regelableitung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen unzulässig beeinträchtigt. Indes kann diese Frage bereits offen bleiben, wenn die nicht umgesetzte Richtlinienbestimmung lediglich die aus Primärrecht und Effektivitätsgrundsatz begründete Rechtsprechung kodifiziert. Ist dies nicht der Fall, kann aus Gründen der Normenhierarchie ein Sekundärrechtsakt nicht schon grundsätzlich den Rückgriff auf unmittelbar anwendbare Normen des Primärrechts und deren Auslegung durch den EuGH versperren. Zwar verlagert der EuGH Konformitätsfragen mitgliedstaatlicher Maßnahmen mit dem Unionsrecht, namentlich im Binnenmarktrecht, auf die Auslegung einschlägigen Sekundärrechts,²¹³ jedoch kann dieses legitimatorisch abgeleitete Recht die unmittelbar anwendbaren primärrechtlichen Grundfreiheiten nicht zur Gänze unanwendbar machen. Plausibel (wenn auch legitimationsdogmatisch rekonstruktionsbedürftig²¹⁴) ist es hingegen, der Berufung von Mitgliedstaaten auf primärrechtliche Ausnahmetatbestände oder zwingende Allgemeininteressen ein gegebenenfalls bestehendes sachgegenständlich abschließendes sekundärrechtliches Wort des Unionsgesetzgebers einschränkend entgegenzustellen.²¹⁵

Die Frage, ob eine ausdrückliche Aussage des Unionsgesetzgebers zum Kartellschadensersatz auch einer abweichenden Auslegung der Artt. 101, 102 AEUV entgegensteht und damit ein mitgliedstaatliches Gericht an deren Anwendung hindert, ist damit noch nicht beantwortet. Sie lässt sich für die aus diesen Normen vom EuGH in seinem „Sumal“-Urteil abgeleitete Schadensersatzhaftung einer Tochtergesellschaft für einen Kartellver-

213 EuGH, Rs. C-324/99, ECLI:EU:C:2001:682 (DaimlerChrysler), Rn. 32; EuGH, Rs. C-463/01, ECLI:EU:C:2004:797 (Kommission/Deutschland), Rn. 36; EuGH, verb. Rs. C-427/93 u. a., ECLI:EU:C:1996:282 (Bristol-Myers Squibb), Rn. 25.

214 Mag dies zur Zeit der Angleichung durch einstimmige Ratsbeschlüsse noch mit dem Gedanken mitgliedstaatlicher Selbstbindung verbindbar gewesen sein (wiewohl nicht unproblematisch die nationale Exekutive über die nationale Ratifizierungszuständigen stellend), so entfällt dieser Rückgriff im Falle der im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit im Rat und der Mitentscheidung des Europäischen Parlaments verabschiedeten unionalen Legislativmaßnahmen.

215 Z.B. EuGH, Rs. C-221/00, ECLI:EU:C:2003:44 (Kommission/Österreich), Rn. 42.

stoss der Muttergesellschaft im Blick auf den Erwägungsgrund Nr. 11 der Richtlinie 2014/104/EU aufwerfen. Denn danach „sollten“ die Mitgliedstaaten, „wenn (sie) in ihrem nationalen Recht andere Vorschriften für Schadensersatz vorsehen, wie etwa Zurechenbarkeit, Adäquanz oder Verschulden, ... diese Bedingungen beibehalten können“. Der vom EuGH für die Verantwortlichkeit von Unternehmen für Verstöße gegen Wettbewerbsregeln entwickelte Gedanke der „wirtschaftlichen Einheit“ ist allerdings geeignet, mitgliedstaatliche Regeln der Zurechenbarkeit und Adäquanz insbesondere im Konzern zu überspielen.²¹⁶ Indes hat der Unionsgesetzgeber die Tür zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich offengehalten. Denn der Erwägungsgrund Nr. 11 stellt die Beibehaltungsbefugnis der mitgliedstaatlichen Regeln unter den Vorbehalt, „sofern sie mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz ... im Einklang stehen.“

d. Prävention und Sanktion bei Verletzung des Beihilfedurchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV?

Auch in der Durchsetzung des Unionsrechts gegen wettbewerbsverfälschende Beihilfen im Binnenmarkt tragen mitgliedstaatliche Gerichte Verantwortung. Zwar ist der binnenmarktliche Unvereinbarkeitsgrundsatz des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht unmittelbar anwendbar.²¹⁷ Daher dürfen mitgliedstaatliche Gerichte wegen der Entscheidungszuständigkeit der Kommission über die binnenmarktliche Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Beihilfe nicht von sich aus die Unionrechtswidrigkeit von „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen gleich welcher Art“ zugrundelegen, „die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“ Und ebenso wenig sind sie von sich aus zu einer Vereinbarkeitserklärung nach Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV befugt.²¹⁸ Sehr wohl sind sie jedoch berechtigt und

216 Zur Problematik Müller-Graff, Kartellrechtlicher Schadensersatz in neuer Versuchsanordnung, ZHR 179 (2015), 696f.

217 Kübling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 107 AEUV, Rn. 4; Müller-Graff, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl., 2018, Art. 107 AEUV, Rn. 3.

218 Z.B. EuGH, Rs. C-17/91, ECLI:EU:C:1992:514 (Lornoy), Rn. 30; EuGH, Rs. C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 (CELF), Rn. 38.

verpflichtet, den Begriff der „Beihilfe“ auszulegen²¹⁹ und eine Maßnahme als Beihilfe zu qualifizieren. Denn ihnen obliegt es, Wettbewerbern Rechtsschutz (z.B. einstweilige Maßnahmen) gegen die Durchführung einer beabsichtigten Maßnahme nach den einzelstaatlichen Verfahrensvorschriften unter Beachtung des unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips zu gewähren²²⁰ („Mehrebenen“-Konstellation), solange die Kommission keinen abschließenden Beschluss über die Vereinbarkeit der beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung einer Beihilfe erlassen hat.²²¹ Dies ergibt sich aus dem an den Mitgliedstaat gerichteten, unmittelbar anwendbaren Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, vorbehaltlich einer Gruppenfreistellungsverordnung²²² oder einer sogenannten „bestehenden Beihilfe“.²²³ Sind sie in dieser Auslegungs- und Qualifizierungsfrage unsicher, können sie die Kommission um eine Stellungnahme ersuchen²²⁴ oder können (bzw. müssen im Falle eines Gerichts im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV) die Frage dem EuGH vorlegen.

Zum anderen sind mitgliedstaatliche Gerichte folgerichtig in der unionsrechtlichen Pflicht zu sehen, Wettbewerbern oder Dritten bei Schäden, die durch die Durchführung einer Beihilfe ohne die erforderliche Genehmigung der Kommission entstanden sind, nach den Grundsätzen der unionsrechtlichen Staatshaftungsrechtsprechung gegen den für die Beihilfe

219 Z.B. EuGH, Rs. 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 (Steinike und Weinlig), Rn. 14; EuGH, Rs. C-354/90, ECLI:EU:C:1991:440 (Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires), Rn. 10; EuGH, Rs. C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 (SFEI u.a.), Rn. 49; EuGH, Rs. C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (Transalpine Ölleitung in Österreich), Rn. 39.

220 EuGH, Rs. C-368/04 (*supra* Fn. 219), Rn. 44ff.

221 EuGH, Rs. C-368/04 (*supra* Fn. 219), Rn. 38 und 44; s. auch EuGH, verb. Rs. C-261/01 und C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571 (van Calster und Cleeren), Rn. 75; EuGH, Rs. C-354/90 (*supra* 219), Rn. 12; EuGH, Rs. C-39/94 (*supra* Fn. 210), Rn. 40 und 52.

222 So vor allem die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung: VO (EU) Nr. 651/2014 der Kommission v. 17. 6. 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2014 L 187/1.

223 Definition in Art. 1 Buchst. b VO (EU) 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2015 L 248/9.

224 Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. 2009 C 85/1, Ziff.13 und 77ff.

verantwortlichen Mitgliedstaat Rechtsschutz zu gewähren.²²⁵ Hingegen bietet das Unionsrecht keine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch eines Geschädigten gegen den Beihilfeempfänger, der nicht geprüft hat, ob die Kommission von der Beihilfe, die er erhalten hat, ordnungsgemäß unterrichtet worden ist.²²⁶ Das Unionsrecht schließt indes Schadensersatzansprüche nach einzelstaatlichem Recht nicht aus.²²⁷

Im Falle der Feststellung der binenmarktlichen Unvereinbarkeit einer Beihilfe und Aufforderung des Mitgliedstaats durch die Kommission zur Rückforderung der betreffenden Beihilfe vom Empfänger sind die mitgliedstaatlichen Gerichte gegebenenfalls gefordert, Rückforderungsstreitigkeiten einschließlich Verzinsungsfragen zwischen Mitgliedstaat und Empfänger zu entscheiden.²²⁸

V. Die Handhabung des Vorlageverfahrens im Binnenmarktrecht

Das Vorlageverfahren verbindet die beiden judikativen Ebenen in Auslegungsfragen des gesamten Unionsrechts und in Ungültigkeitsfragen von Sekundärrecht durch die Vorlageinitiative eines mitgliedstaatlichen Gerichts²²⁹ und das im konkreten Ausgangsverfahren bindende²³⁰ Vorabentscheidungsurteil des EuGH. Hierbei hat allein das mitgliedstaatliche Gericht sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Entscheidungserheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen²³¹ (und das nationale Recht auszu-

225 EuGH, Rs. C-368/04 (*supra* Fn. 219), Rn. 56; EuGH, Rs. C-199/06 (*supra* Fn. 218), Rn. 53 und 55.

226 EuGH, Rs. C-39/94 (*supra* Fn. 219), Rn. 72-74.

227 EuGH, Rs. C-39/94 (*supra* Fn. 219), Rn. 75.

228 Kommission, Bekanntmachung (*supra* Fn. 224), Ziff. 21 Buchst. b., 30ff., 37ff.; 63ff.

229 Als Anleitung zu „richtigen Vorabentscheidungsersuchen“ Latzel/Streinz, NJOZ 2013, 97ff.

230 EuGH, Rs. 29/68, ECLI:EU:C:1969:27 (Milch-, Fett- und Eierkontor), Rn. 3; EuGH, Rs. 52/76, ECLI:EU:C:1977:16 (Benedetti), Rn. 26; EuGH, Rs. 69/85, ECLI:EU:C:1986:104 (Wünsche), Rn. 13; EuGH, Rs. C-446/98, ECLI:EU:C:2000:691 (Fazenda Pública), Rn. 49; EuGH, Rs. C-173/09, ECLI:EU:C:2010:581 (Elchinov), Rn. 29.

231 EuGH, Rs. C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434 (Lucchini), Rn. 43; EuGH, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (Melloni), Rn. 28.

legen²³²), doch kann diese „Vermutung der Entscheidungserheblichkeit“ ausnahmsweise widerlegt werden.“²³³

1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis

Nach den treffenden Worten des vormaligen Präsidenten des EFTA-Gerichtshofs *Carl Baudenbacher* zu den Besonderheiten des Vorlagefahrens für Gerichte der EFTA-Staaten in deren Abkommen zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs²³⁴ (zur Ausfüllung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum²³⁵) und deren Verständnis durch den EFTA-Gerichtshof²³⁶ „kann ein Binnenmarkt nur funktionieren, wenn die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewährleistet ist.“²³⁷ Auseinandersetzungen vor mitgliedstaatlichen Gerichten über den transnationalen Marktzugang mittels der Grundfreiheiten waren Ausgangspunkt für zahlreiche grundlegende Auslegungsentscheidungen des EuGH: so beispielsweise für die unmittelbare Anwendbarkeit des Zollerhöhungsverbots auf Vorlage eines niederländischen Gerichts;²³⁸ für die „Dassonville“-Formel zur Definition des warenverkehrsrechtlichen Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung in (heute) Art. 34 AEUV auf Vorlage eines belgischen Gerichts;²³⁹ für dessen Einschränkung durch die „Cassis-de-Dijon“-Formel auf Vorlage eines deutschen Gerichts²⁴⁰ und durch die (mittlerweile wohl als vorüberge-

232 EuGH, Rs. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8 (Križan), Rn. 58.

233 EuGH, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (Melloni), Rn. 29: „wenn die erbetene Auslegung der in den Fragen genannten Vorschriften des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der vorgelegten Fragen erforderlich sind.“

234 Vgl. Art. 34 Liechtensteinisches Landesgesetzblatt 1995, Nr. 72 v. 28.4.1995.

235 BGBl. 1993 II S. 266.

236 EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/12 (Jonsson), 2013 EFTA Ct. Rep.136, Rn. 60.

237 *Baudenbacher*, Gedanken zur Rechtsnatur des EWR-Abkommens, in: Stumpf/Kainer/Baldus (Hrsg.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht. Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration*. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, 2015, S. 1061 (1067).

238 EuGH, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (Van Gend en Loos), S. 27.

239 EuGH, Rs. 8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (Dassonville), Rn. 5.

240 EuGH, Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (Rewe-Zentral AG), Rn. 8.

hend bezeichnenbare, weil – von Anfang an - subsumtionsuntaugliche²⁴¹) „Keck“-Formel auf Vorlage eines französischen Gerichts;²⁴² für die unmittelbare Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Vorlage eines britischen Gerichts;²⁴³ für die niederlassungsrechtliche Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft auf Vorlage eines dänischen Gerichts;²⁴⁴ für die Verbindlichkeit der Niederlassungsfreiheit auch gegenüber gewerkschaftlichen Maßnahmen auf Vorlage eines britischen Gerichts;²⁴⁵ für die unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf Vorlage eines niederländischen Gerichts;²⁴⁶ für deren Anwendbarkeit auch auf gewerkschaftliche Maßnahmen auf Vorlage eines schwedischen Gerichts;²⁴⁷ für die Schadensersatzpflicht bei Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln auf Vorlage eines britischen Gerichts.²⁴⁸ Zwar sind nur Gerichte im Sinne von 267 Abs. 3 AEUV vorlagepflichtig, aber angesichts der im Wettbewerb zu rascher Agilität und Reagibilität geforderten Marktbeteiligten ist eine vom nationalen Gericht zu bedenkende frühest mögliche Vorlage einer unklaren Auslegungsfrage tendenziell angezeigt, wenn ansonsten eine Verzögerung des Rechtsschutzes im Gang des innerstaatlichen Instanzenzuges zu besorgen ist.²⁴⁹ Hierbei umfasst die Verantwortung um die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktrechts die Aufspürung vorlagerelevanter unionsrechtlicher Fragen und möglichst auch bereits deren Erläuterung (b) sowie die Befolgung der Pflichten des Vorlageverfahrens (c).

2. Erkenntnis und Vorlageerläuterung entscheidungsrelevanter Fragen

Stellt sich einem mitgliedstaatlichen Gericht in einem bei ihm anhängigen Verfahren eine unionsrechtliche Auslegungsfrage, soll es, auch wenn keine Vorlagepflicht besteht, laut Empfehlung des EuGH vorlegen, „wenn es sich um eine neue Auslegungsfrage handelt, die von allgemeiner Bedeutung für

241 Dazu Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 30 AEUV, Rn. 237, 247ff., 250.

242 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard), Rn. 16.

243 EuGH, Rs. 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (van Duyn), Rn. 4ff.

244 EuGH, Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (Centros), Rn. 27.

245 EuGH, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 (Viking), Rn. 32ff., 37.

246 EuGH, Rs. 33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (van Binsbergen), Rn. 24-27.

247 EuGH, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (Laval), Rn. 98, 111.

248 EuGH, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage/Crehan), Rn. 26.

249 So generell für die Auslegungsvorlage Latzel/Streinzig (*supra* Fn. 229), 98.

die Auslegung des Unionsrechts ist, oder wenn die vorhandene Rechtsprechung auf einen noch nicht vorgekommenen Sachverhalt nicht anwendbar erscheint.“²⁵⁰ Allein die Tatsache, dass eine Frage bereits beim EuGH anhängig ist, erübrigt schon deshalb nicht eine Vorlage, weil bei einem Vorlageverzicht nicht nur dem EuGH die Verbreiterung der sachverhaltlichen Relevanz, sondern auch den Parteien die Beteiligtenrechte im Vorlageverfahren vorenthalten werden.²⁵¹ Mit der Vorlage ist das mitgliedstaatliche Gericht zwar unionsrechtlich nicht verpflichtet, seine eigene Sicht der Auslegung des Unionsrechts zu präsentieren. Ein derartiger Vortrag eröffnet ihm jedoch die Chance, gerade auch mittels der rechtlichen und faktischen Auswirkungen der Auslegungsalternativen für den sachverhaltlichen Ausgangskontext die Überlegungen des EuGH zu bereichern und gegebenenfalls durch ihre Überzeugungskraft auch zu beeinflussen. Als prominente Fälle derart wirkender Vorlagen dürfen beispielsweise die Nachfragesvorlagen in den Verfahren Paletta²⁵² und Taricco²⁵³ gelten. Mustergültig für eine auf die Auslegung des Rechts der Wirtschafts- und Währungsrechts (Artt. 123, 127 AEUV) gerichtete substantiierte Vorlagebegründung eines mitgliedstaatlichen Gerichts ist beispielsweise diejenige des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts im PSPP-Verfahren²⁵⁴ (und zuvor schon im OMT-Verfahren²⁵⁵) zu nennen, auch wenn der EuGH letztlich eine andere Auslegungssicht zu Art. 127 AEUV einnahm.²⁵⁶

3. Unionsrechtliche Irrelevanz mitgliedstaatlicher Vorlagehindernisse?

Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte um die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktrechts umfasst auch die unionsrechtliche Pflicht, mitgliedstaatliche Vorlagehindernisse zum EuGH mutig zu ignorieren. Dies ist unmittelbar aus dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts abzuleiten. Danach haben mitgliedstaatliche Vorschriften gleich welcher Art, die einem einzelstaatlichen Gericht eine Vorlage an den EuG untersagen oder

250 ABl 2012 C 338/1 Nr. 13.

251 *Latzel/Strein* (*supra* Fn. 229), 98.

252 Nachfragesvorlage des Bundesarbeitsgerichts: s. EuGH, Rs. C-206/94, ECLI:EU:C:1996:182 (Paletta), Rn. 14.

253 Nachfragesvorlage der Corte costituzionale; s. EuGH, Rs. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 (Taricco II), Rn. 20.

254 BVerfGE 146, 216.

255 BVerfGE 134, 366.

256 EuGH, Rs. C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 (Weiss u. a.).

die Vorlage an Voraussetzungen oder Bedingungen knüpfen, unangewendet zu bleiben. Dies betrifft nicht nur ausdrücklich auf das Vorlageverfahren bezogene Regelungen wie beispielsweise die Bündelung des Vorlagerechts bei bestimmten Gerichten, sondern auch implizite Behinderungen. Eine solche ist vom EuGH einleuchtend beispielsweise in einer rumänischen Regelung gesehen worden, wonach die „ordentlichen Gerichte“ an Entscheidungen des nationalen Verfassungsgerichts gebunden sind und die Rechtsprechung aus diesen Entscheidungen nicht aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen dürfen (und widrigenfalls ein Disziplinarvergehen begingen), obwohl sie im Licht eines Urteils des EuGH der Auffassung sind, dass diese Rechtsprechung gegen Unionsrecht verstößt.²⁵⁷ Eine derartige Regelung ist auch geeignet, ein Gericht in Zweifelsfragen der Auslegung von einer Vorlage abzuhalten.

Demgegenüber im Sinne des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) ist die judikative Förderung der Erfüllung der Vorlagepflicht innerhalb einer nationalen Rechtsordnung: so beispielsweise durch das Bundesverfassungsgericht, das in der willkürlichen Nichtvorlage eines vorlagepflichtigen Fachgerichts überzeugend die Verletzung des vom Grundgesetz gewährleisteten grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter erkennt.²⁵⁸ Seit dem Inkrafttreten des Art. 47 GRCh lässt sich in dieser Rechtsprechung auch eine unionsrechtskonforme Auslegung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sehen und daher auch eine Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung des Art. 101 GG im Lichte der CILFIT-Kriterien zu den Grenzen der Ausnahmen von der Vorlagepflicht²⁵⁹ annehmen.

4. Die kardinale Befolgungspflicht der Regeln des Vorlageverfahrens

Essentiell für die unionale Rechtseinheit im Allgemeinen und die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktrechts für alle daran teilnehmenden Akteure im Besonderen ist die Kardinalpflicht mitgliedstaatlicher Gerichte, die Regeln des Vorlageverfahrens zu befolgen.

Nicht nur für vorlagepflichtige Gerichte, sondern für alle Gerichte in einem konkreten Verfahren gilt die Pflicht zur Befolgung der Vorabent-

257 EuGH, Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034 (Strafverfahren gegen PM u .a.), Rn. 263.

258 Dazu BVerfGE 82, 159, 189ff.; BVerfG - 1 BvR 1771/20 – Beschluss v. 5. 1. 2021.

259 EuGH, Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (CILFIT), Rn. 12ff.

scheidung des EuGH oder der Neuvorlage zum EuGH.²⁶⁰ Dies kann das mitgliedstaatliche Gericht vor Probleme stellen, wenn das Vorabentscheidungsurteil in seinen Aussagen entweder nicht hinreichend klar oder in seiner Begründung nicht hinreichend überzeugend ist. Die erste Konstellation wurde vom EuGH schon früh in der Kontor-Entscheidung angesprochen und mit dem Hinweis auf die Lösung durch eine Nachfragevorlage beantwortet.²⁶¹ Dieser Weg ist ausdrücklich in der Verfahrensordnung des EuGH genannt²⁶² und hat beispielsweise in den Verfahren „Paletta“²⁶³ und „Taricco“²⁶⁴ zu einem befriedenden Ergebnis geführt. Auch die (meist schon in der ersten inhärenten) zweite Problemlage (nicht hinreichend überzeugend) ist auf diese Weise unionsrechtskonform zu lösen. Das Bundesverfassungsgericht hat im PSPP-Verfahren (mit seinen nicht nur die EZB, sondern auch den EuGH selbst betreffenden, eigenmächtig erklärten unionsrechtlichen „ultra vires“-Dikta²⁶⁵) diesen Weg unionsrechtswidrig nicht eingeschlagen. In der Begründung seines Urteils ist ersichtlich, dass darin neue oder vertiefende Auslegungsfragen eine entscheidende Rolle spielten (insbesondere zu Art. 19 EUV sowie zu den Artt. 127, 296 AEUV), so dass die Nachfrage-Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verletzt wurde.²⁶⁶ Die Eröffnung eines (durch die Stellungnahme der Bundesregierung²⁶⁷ schließlich eingestellten²⁶⁸) Vertragsverletzungsverfahrens der

260 EuGH, Rs. 29/68, ECLI:EU:C:1969:27 (Milch-, Fett- und Eierkontor), Rn. 3.

261 Ebda.

262 Art. 104 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, ABl. 2012 L 265/1: „Es ist Sache der nationalen Gerichte, zu beurteilen, ob sie sich durch eine Vorabentscheidung für hinreichend unterrichtet halten oder ob es ihnen erforderlich erscheint, den Gerichtshof erneut anzurufen.“

263 *Supra* Fn. 252.

264 *Supra* Fn. 253.

265 BVerfGE 154, 17, Rn. 113, 117ff.

266 Z. B. *Tilman*, Verfassungsgericht verletzt das Unionsrecht, IWRZ 2020, 166; *Müller-Graff*, Höchstgerichte ultra vires?, GPR 2020, 167; *Pernice*, Machtspruch aus Karlsruhe: „Nicht verhältnismäßig? – Nicht verbindlich? – Nicht zu fassen..“, EuZW 2020, 518.

267 Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission v. 3. August 2021 – Verfahren Nr. 2021/2114.

268 Europäische Kommission, Entscheidung v. 2.12. 2021, in: Vertragsverletzungsverfahren im Dezember: wichtigste Beschlüsse https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_21_6201.

Kommission gegen die Bundesrepublik nach Art. 258 Abs. 1 AEUV durch die Kommission²⁶⁹ war daher konsequent.²⁷⁰

Speziell mitgliedstaatliche Gerichte, die die Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV erfüllen, sind durch die Erfordernisse der (Selbst-)Erkenntnis ihrer Vorlagepflicht und deren Befolgung gefordert. In dem Erkenntniserfordernis allerdings siedeln Auslegungsfragen der Ausnahmen von der Vorlagepflicht, die in den Kriterien der CILFIT-Rechtsprechung des EuGH enthalten sind. Denn danach entfällt die Vorlagepflicht nicht nur, wenn das mitgliedstaatliche Gericht feststellt, dass die aufgeworfene unionsrechtliche Frage nicht entscheidungserheblich ist, sondern auch in den drei Fällen, „wenn die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung tatsächlich bereits in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist“²⁷¹ oder „wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofes vorliegt, durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst ist, ... und selbst dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollständig identisch sind“²⁷² oder „die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig sein kann, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt“.²⁷³ Können sich bereits zur Passfähigkeit einer früheren EuGH-Entscheidung zur aktuell aufgeworfenen Frage Zweifel ergeben, so stellt die letztgenannte Ausnahme die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht nur vor die Aufgabe der Handhabung der unionsrechtlich einschlägigen Auslegungsmethoden²⁷⁴ in der eigenen Sprache, sondern in der Vielfalt der gleichermaßen verbindlichen anderen Unionssprachen.²⁷⁵ Denn davon, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten

269 Europäische Kommission: Vorrang des EU-Rechts: Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein, PM v. 9. 6. 2021.

270 Die Einleitung eines Verfahrens vor dem EuGH zur judikativen Feststellung der Vertragsverletzung wurde durch die von der Kommission als ausreichend beurteilte Mitteilung der Bundesregierung v. 3. 8. 2021 (mit der ausdrücklichen „Anerkennung“ der Pflicht – „falls notwendig“ - zur Zweitvorlage!) abgewendet.

271 EuGH, Rs. 283/81 (*supra* Fn. 259). Rn. 13; EuGH, Rs. 28/62, ECLI:EU:C:1963:6 (Da Costa en Schaake), S. 80f.

272 EuGH, Rs. 283/81 (*supra* Fn. 259), Rn. 14.

273 EuGH, Rs. 283/81 (*supra* Fn. 259), Rn. 16.

274 Pechstein/Drechsler, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 7 Rn. 13ff.; Zum Sekundärrecht Riesenhuber, Die Auslegung, ebda., § 10 Rn. 12ff.

275 Zedler, Mehrsprachigkeit und Methode. Der Umgang mit dem sprachlichen Egalitätsprinzip im Unionsrecht, 2015.

Frage bleibt, darf das innerstaatliche Gericht „nur dann ... ausgehen, wenn es überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde.“²⁷⁶ Das Binnenmarktrecht mit seinen unbestimmten Rechtsbegriffen und der verästelten Auslegungsrechtsprechung wird im Licht dieses Maßstabs häufig einen Rest vernünftiger Zweifel belassen, so dass die Vorlagepflicht eines innerstaatlichen Gerichts im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV ausgelöst wird. Die Erfüllung dieser justiziellen Pflicht bei der Auslegung binnenmarktrechtlicher Vorschriften entscheidet auch über deren Verwirklichung als verlässlicher Rahmenfaktor für die im binnenmarktweiten Wettbewerb stehenden Unternehmen.

276 EuGH, Rs. 283/81 (*supra* Fn. 259), Rn. 16.

II. Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Umwandlungsrecht

Neue Perspektiven für eine Europäische Privatgesellschaft

Stephan Harbarth

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	74
II.	Versuche zur Schaffung einer Europäischen Privatgesellschaft	74
1.	„Societas Privata Europaea - SPE“	74
a)	Konzeption der SPE	75
b)	Gründe für das Scheitern der SPE-Verordnung	77
2.	„Societas Unius Personae - SUP“	79
a)	Konzeption der SUP	80
b)	Gründe für das Scheitern der SUP-Richtlinie	81
III.	Ermöglichung einer Gesellschaftsgründung im Online-Verfahren durch die Digitalisierungsrichtlinie	83
IV.	Neuer Vorstoß zur Schaffung einer europäischen Privatgesellschaft: „SES“ (Société Européenne Simplifiée)	84
1.	Initiatoren des Projekts „SES“	85
2.	Für „SES“ vorgeschlagene Regelungen	85
a)	Grundstruktur	86
b)	Organisationsverfassung	87
c)	Mindestkapital und Kapitalaufbringung	88
d)	Sitzaufspaltung und unternehmerische Mitbestimmung	89
e)	Kapitalerhaltung	90
f)	Konzernrecht	91
3.	Bewertung und Einordnung der vorgeschlagenen Regelungen	92
a)	Schaffung einer supranationalen Gesellschaftsform	92
b)	Mindestkapital, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	94
aa)	Mindestkapital	94
bb)	Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	96
c)	Konzernrecht	97
4.	Rechtstechnische Umsetzung: Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit	100
a)	Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit	101
b)	Konsens über das Integrationsziel als ungeschriebene Voraussetzung für eine Verstärkte Zusammenarbeit?	102
c)	Deutsch-französische SES als „Vorstufe“ einer kleinen europäischen Kapitalgesellschaft	103
V.	Zusammenfassung	104

I. Einführung

Die Idee einer „Europäischen Privatgesellschaft“ im Sinne einer kleinen, neben die SE tretenden europäischen Kapitalgesellschaft reicht bis in die 1970er Jahre zurück.¹ Entsprechende Rechtssetzungsvorhaben auf Ebene der Europäischen Union waren bislang jedoch nicht von Erfolg gekrönt.

Im Dezember 2020 veröffentlichte die französische Juristenvereinigung „Association Henri Capitant“ einen neuen Regelungsentwurf für eine Europäische Kapitalgesellschaft, die die Bezeichnung „Société Européenne Simplifiée - SES“ tragen soll. Dies gibt zunächst Anlass zum Rückblick auf die gescheiterten Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft (nachfolgend II.). Sodann wird kurz auf die Regelung der in der Vergangenheit umstrittenen Möglichkeit einer Gesellschaftsgründung im Online-Verfahren durch die Digitalisierungsrichtlinie sowie das hierzu ergangene deutsche Umsetzungsgesetz eingegangen (nachfolgend III.). Anschließend werden die für die SES vorgeschlagenen Regelungen dargestellt sowie einer Bewertung und Einordnung unterzogen (nachfolgend IV.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (nachfolgend V.).

II. Versuche zur Schaffung einer Europäischen Privatgesellschaft

Die in der Vergangenheit unternommenen erfolglosen Versuche zur Schaffung einer Europäischen Privatgesellschaft betreffen die „Societas Privata Europaea - SPE“ (dazu nachfolgend 1.) und die „Societas Unius Personae - SUP“ (dazu nachfolgend 2.).

1. „Societas Privata Europaea - SPE“

Nach entsprechenden Vorarbeiten von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis² legte die Europäische Kommission am 25. Juni 2008 einen Vorschlag

1 Vgl. hierzu näher *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 1 ff.

2 Grundlegend *Boucourechlieu/Hommelhoff* (Hrsg.), Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft, 1999, passim; davor bereits *Hommelhoff*, WM 1997, 2102,

für eine Verordnung über das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft vor.³ Mit dieser Verordnung sollte eine spezifisch auf die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen zugeschnittene neue europäische Rechtsform geschaffen werden.⁴ Die SPE sollte nicht nur als unabhängige Unternehmensträgerin eingesetzt werden, sondern auch als „Konzernbaustein“, um kleinen und mittleren Unternehmen die Gründung ausländischer Tochtergesellschaften zu erleichtern.⁵

a) Konzeption der SPE

Die SPE war als supranationale Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und beschränkter Haftung konzipiert.⁶ Mittels Verordnung sollte ein grundsätzlich alle gesellschaftsrechtlichen Fragen regelndes Vollstatut geschaffen werden, welches – im Gegensatz zur SE-VO⁷ – weithin auf Verweise auf nationales Gesellschaftsrecht verzichtet.⁸

passim; vgl. näher zur diesbezüglichen Entwicklungsgeschichte *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 2 ff.; *Teichmann*, GmbHR 2018, 713, 713 f. jeweils m.w.N.

3 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 25. Juni 2008, Kom(2008), 396 (im Folgenden Kommissionsvorschlag SPE).

4 Vgl. Kommissionsvorschlag SPE, S. 2 (Begründung); hierzu eingehend *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, passim.

5 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 897; *dies.*, GmbHR 2014, 177, 181; ferner *Hommelhoff*, ZHR 173 (2009), 255, 256 f., *ders.*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, S31, S34; *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 394 f.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 5; eingehend zu den Einsatzmöglichkeiten der SPE bereits *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 925 ff.

6 Vgl. Art. 3 Abs. 1 Kommissionsvorschlag SPE sowie *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 897; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 Rn. 2 und *Bayer/Lutter/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 8.

7 Vgl. Erwägungsgrund 9 und Art. 9 Abs. 1 c) der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischer Gesellschaft (SE), Abl. L 294 vom 10. November 2001, S. 1 ff.

8 *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 Rn. 2; *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 929; *dies.*, GmbHR 2008, 897, 898; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 11; *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 394; *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574; vgl. zur Beibehaltung dieser Konzeption auch im Entwurf der schwedi-

Insbesondere zur Förderung von „Start-Up“-Unternehmen sollte die Gründung der SPE nach den Vorstellungen der Kommission so einfach wie möglich sein.⁹ Vorgesehen war ein Grundkapital von lediglich einem Euro.¹⁰ Dementsprechend fehlten Regelungen zu einer Mindesteinzahlung vor Anmeldung, einer Ausfallhaftung, einer Wertdeckungsprüfung bei Sacheinlagen oder einem Verbot von Dienstleistungen als Sacheinlagen.¹¹ Da zudem auch auf eine notarielle Vorprüfung verzichtet wurde, stellte sich der Regelungsvorschlag der Kommission insoweit insbesondere aus kontinentaleuropäischer Sicht als „ultraliberal“ dar.¹²

Ferner sollte nach dem Kommissionsvorschlag ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz zulässig sein.¹³ Da sich die unternehmerische Mitbestimmung nach dem nationalen Recht des Staates des Sitzungssitzes hätte richten sollen¹⁴ und für die Gründung einer SPE auch kein grenzüberschreitender Bezug gefordert wurde,¹⁵ wäre mit Hilfe der SPE eine Umgehung der im Staat des Verwaltungssitzes geltenden mitbestimmungsrechtlichen Regelungen möglich gewesen.¹⁶

schen Ratspräsidentschaft vom 27.11.2009 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 344; vgl. ferner *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2014, 177, 184 ff. sowie *Hommelhoff*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, S31, S34 mit der Forderung nach einer „Re-Europäisierung“ des SPE-Statuts, nachdem im Rahmen der ungarischen Ratspräsidentschaft zumindest teilweise vom Konzept eines originär europäischen Vollstatuts abgerückt worden war.

- 9 Kommissionsvorschlag SPE, S. 7 (Begründung); siehe hierzu auch *Teichmann/Götz*, ZEuP 2019, 260, 263, die in dieser Zielsetzung einen „rechtspolitischen Geburtsfehler“ sehen; kritisch auch *Hommelhoff*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, S31, S34; vgl. aber auch *ders.*, GmbHR 2014, 177, 181 f.
- 10 Vgl. Art. 19 Abs. 4 Kommissionsvorschlag SPE; kritisch hierzu *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 904.
- 11 *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 Rn. 4; ferner hierzu sowie zu den diesbezüglichen Modifikationen im Entwurf der schwedischen Ratspräsidentschaft *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 338, 338 ff.
- 12 So *Neye*, FS Hüffer (2010), 717, 718; ebenso *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 338; *Teichmann/Götz*, ZEuP 2019, 260, 263.
- 13 Vgl. Art. 7 Kommissionsvorschlag SPE.
- 14 Vgl. Art. 34 Abs. 1 Kommissionsvorschlag SPE.
- 15 Vgl. *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 Rn. 9; kritisch hierzu *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 900 f.; *dies.*, GmbHR 2010, 337, 337 f.
- 16 *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 Rn. 10; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 341; *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193, 1195 f.; *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 22 f.; *Harbarth*, GmbHR 2018, 657, 658.

Hinsichtlich der internen Organisation der SPE sollte den Gesellschaftern größtmögliche Flexibilität gewährt werden.¹⁷ Als obligatorische Organe waren lediglich die Gesellschafterversammlung¹⁸ sowie ein Leitungsorgan¹⁹ vorgesehen.²⁰ Die nähere Ausgestaltung sollte der Satzung vorbehalten bleiben,²¹ insbesondere auch die Wahl zwischen dem dualistischen und dem monistischen System²² sowie die Statuierung eines Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführungsorgan.²³

b) Gründe für das Scheitern der SPE-Verordnung

Der von der Kommission vorgelegte Verordnungsvorschlag stieß bei vielen Mitgliedstaaten auf teils erhebliche Vorbehalte.²⁴

17 *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 53; eingehend hierzu *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 901 ff.

18 Vgl. Art. 27 Kommissionsvorschlag SPE.

19 Vgl. Art. 26 Abs. 1 Kommissionsvorschlag SPE.

20 *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 53; ferner *Hommelhoff/Teichmann*, GmHR 2008, 897, 902; *Harbarth*, GmbHR 2018, 657, 658.

21 *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 53; ferner *Hommelhoff/Teichmann*, GmHR 2008, 897, 901 f.

22 Vgl. zum Bestehen eines solchen Wahlrechts *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 289; *Harbarth*, GmbHR 2018, 657, 658; *Hommelhoff/Teichmann*, GmHR 2008, 897, 902; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 62.

23 *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 69; für ein auch ohne entsprechende Satzungsbestimmung bestehendes Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 149; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 291 ff.; vgl. aber auch die von *Hommelhoff/Teichmann* (GmbHR 2008, 897, 902) geäußerten Zweifel an der Möglichkeit der Gesellschafter, auf Basis von Art. 26 Abs. 2 Kommissionsvorschlag SPE ein umfassendes Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung zu konkreten Vorhaben zu etablieren.

24 *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 6.

Ein zentraler Kritikpunkt²⁵ insbesondere aus deutscher Sicht war die Möglichkeit des Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz nebst Maßgeblichkeit des Rechts des Sitzungssitzes für die Frage der unternehmerischen Mitbestimmung. Insoweit wurde eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ befürchtet.²⁶ Die Befürchtungen konnten auch nicht durch verschiedene Kompromissvorschläge sowohl seitens des Europäischen Parlaments²⁷ als auch seitens verschiedener, zum jeweiligen Zeitpunkt die Ratspräsidentschaft innehabender Mitgliedstaaten²⁸ ausgeräumt werden, die in unterschiedlicher Ausgestaltung ein Verhandlungsverfahren, zum Teil auch mit einer Auffanglösung in Form der Maßgeblichkeit des nationalen Rechts mit dem höchsten Mitbestimmungsniveau, vorsahen.²⁹

Ein weiterer Streitpunkt war die Höhe des gebotenen Mindestkapitals. Hier forderte Deutschland zum Schutz der Liquidität der Gesellschaft ein Mindestkapital von 8.000 Euro.³⁰

25 Vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 83: „rechtspolitisch wohl neuralgischster Punkt des gesamten Projekts“; ferner *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 8.

26 *Harbarth*, GmbHR 2018, 657, 658 unter Verweis auf BT-Drucks. 17/1933, S. 5, wonach die Bundesregierung auf eine Anfrage der Fraktion „Die Linke“ mitteilte, dass sie weiterhin dafür eintrete, „das Zusammenfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz im selben Mitgliedstaat unionsrechtlich einheitlich vorzuschreiben“; vgl. ferner *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 910.

27 Vgl. Legislative Entschließung der Europäischen Parlaments vom 10. März 2009 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft - 2010/C E 87/46 -, Abl. C 87 E vom 1. April 2010, S. 300 ff. (Abänderungen 71 und 72 betreffend die Artikel 34 und 34a).

28 Vgl. die Kompromissvorschläge der tschechischen Ratspräsidentschaft vom 27. April 2009, Dok. Nr. 9065/09 (dort Art. 35 ff.), der schwedischen Ratspräsidentschaft vom 27. November 2009, Dok. Nr. 16115/09 ADD 1 (dort Art. 35 ff.) sowie der ungarischen Ratspräsidentschaft vom 25. März 2011, Dok. Nr. 8084/11 (dort Art. 35 ff.), vom 16. Mai 2011, Dok. Nr. 8713/11 (dort Art. 35 ff.) und vom 23. Mai 2011, Dok. Nr. 10611/11 (dort Art. 35 ff.).

29 Vgl. zu den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen des Kompromissvorschlags des Europäischen Parlaments *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 15 ff.; zu denjenigen des schwedischen Kompromissvorschlags *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 340 ff. sowie *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 19 ff.; zu denjenigen des dritten ungarischen Kompromissvorschlags *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 85 ff.

30 Vgl. Pressemitteilung der BRAK vom 9. Juni 2011, EuZW 492; vgl. ferner zum diesbezüglichen Kompromissvorschlag des Europäischen Parlaments *Hommelhoff*, ZHR 173 (2009), 255, 263 sowie zum Kompromissvorschlag der schwedischen Ratspräsidentschaft *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 338 ff.

Der letzte Kompromissvorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft wurde durch Deutschland und Schweden am 30. Mai 2011 abgelehnt.³¹ Nachfolgend scheiterten sowohl eine erneute Befassung des Rates mit den Vorschlägen für eine Verordnung zur SPE als auch die Idee, die SPE im Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit zumindest für einen Teil der Mitgliedstaaten zu realisieren.³² Im Mai 2014 nahm die Kommission ihren Vorschlag für eine SPE-Verordnung schließlich zurück.³³

2. „*Societas Unius Personae* - SUP“

Bereits im Dezember 2012 teilte die Kommission in ihrem Aktionsplan zum Gesellschaftsrecht mit, an einem „Follow-Up zum SPE-Vorschlag“ zu arbeiten.³⁴ Im April 2014 legte sie sodann einen Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter vor.³⁵ Diese sog. „*Societas Unius Personae* - SUP“ war als Alternative zur gescheiterten SPE gedacht und sollte ebenfalls dazu dienen, kleinen und mittleren Unternehmen insbesondere die Gründung von Gesellschaften im Ausland zu erleichtern.³⁶

31 Vgl. Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 30./31. Mai 2011, Dok. Nr. 10547/11, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/docu ment/ST-10547-2011-INIT/de/pdf> (abgerufen am 8. November 2021) sowie *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 6 und *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 Rn. 1.

32 Vgl. hierzu *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 6 m.w.N.

33 Vgl. Abl. C 153 vom 21. Mai 2014, S. 6.

34 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance - ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen vom 12. Dezember 2012, COM(2012) 740 final, S. 16; zum Vorhaben einer europäischen Einpersonengesellschaft als Alternative zur SPE aus damaliger Perspektive instruktiv *Hommelhoff*, AG 2013, 211, passim.

35 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter vom 9. April 2014, COM(2014) 212 final (im Folgenden Kommissionsvorschlag SUP); hierzu eingehend *Hommelhoff*, GmbHR 2014, 1065, passim.

36 Vgl. zur Bezeichnung „SUP“ sowie zum Zweck des Richtlinienvorschlags Kommissionsvorschlag SUP, S. 2 f. (Begründung); vgl. zum Zweck des Harmonisie-

a) Konzeption der SUP

Während mit der SPE eine eigenständige supranationale Rechtsform geschaffen werden sollte, sah der Richtlinienentwurf betreffend die SUP eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, in ihren jeweiligen nationalen Rechtsordnungen eine Einpersonengesellschaft mit beschränkter Haftung und dem Rechtsformzusatz „SUP“ bereitzustellen, für die ein unionsweit harmonisiertes Gründungs- und Organisationsrecht gelten sollte.³⁷

Die SUP sollte vollständig im Wege eines Online-Verfahrens, d.h. ohne das persönliche Erscheinen eines Gründungsgesellschafters vor einer Behörde, sowie mittels einer amtlichen Mustersatzung gegründet werden können.³⁸ Die Einführung einer Identitätsprüfung sollte den Mitgliedstaaten freigestellt sein, zudem sollten elektronisch ausgestellte Ausweise anderer Mitgliedstaaten anerkannt werden müssen.³⁹ Nachdem insbesondere von deutscher Seite Bedenken hinsichtlich der Missbrauchsanfälligkeit der SUP für Betrug und Geldwäsche sowie hinsichtlich einer Beeinträchtigung der Zuverlässigkeit des Handelsregisters erhoben worden waren,⁴⁰ wurde das Online-Verfahren im Rat wesentlich überarbeitet.⁴¹ Es wurde nunmehr an die elektronische Identifizierung nach der eIDAS-Verordnung⁴² angeknüpft; den Mitgliedstaaten wurde die Möglichkeit eröffnet, Vorschriften

rungsprojekts der SUP auch *Hommelhoff*, GmbHR 2014, 1065, 1065; ferner bereits *ders.*, AG 2013, 211, 211.

37 Vgl. Kommissionsvorschlag SUP S. 3 und S. 7 (Begründung); *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 23; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 95.

38 Vgl. Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3, Art. 14 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 des Kommissionsvorschlags SUP; hierzu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 27; *Hommelhoff*, GmbHR 2014, 1065, 1068 f.

39 Vgl. Art. 14 Abs. 5 Kommissionsvorschlag SUP.

40 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/4843, S. 4; *Harbarth*, ECFR 2015, 230, 237; *Omlor*, NZG 2014, 1137, 1139; *Wicke*, ZIP 2014, 1414, 1415; vgl. ferner bei *Hommelhoff*, GmbHR 2014, 1065, 1065.

41 Vgl. die Allgemeine Ausrichtung des Rates der Europäischen Union vom 29. Mai 2015, Dok. Nr. 9050/15, S. 31 ff. (dortige Art. 14 ff.).

42 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, Abl. L 257 vom 28. August 2014, S. 73 ff.

über Identitätsprüfung, beispielsweise per Videokonferenz, einzuführen oder beizubehalten.⁴³

Ebenso wie für die SPE war auch für die SUP ein Verbot der Sitzaufspaltung nicht vorgesehen.⁴⁴ Das Mindeststammkapital sollte lediglich einen Euro betragen,⁴⁵ zudem sollte es den Mitgliedstaaten zumindest nach dem Kommissionentwurf verboten sein, der SUP die Bildung gesetzlicher Rücklagen vorzuschreiben.⁴⁶ Ausschüttungen an den Gesellschafter sollten nur nach einem Bilanz- und einem Solvenzttest zulässig sein.⁴⁷ Schließlich sollte der Gesellschafter berechtigt sein, dem Leitungsorgan der SUP Weisungen zu erteilen.⁴⁸ Diese Weisungen sollten allerdings für das Leitungsorgan bei einem Verstoß gegen die Satzung oder gegen das ergänzend anwendbare nationale Recht nicht bindend sein.⁴⁹

b) Gründe für das Scheitern der SUP-Richtlinie

Obleich der Rat der Europäischen Union im Mai 2015 – gegen die Stimmen Deutschlands⁵⁰ – eine sog. Allgemeine Ausrichtung zur SUP-Richtli-

43 Näher hierzu *Bayer/J. Schmidt*, BB 2015, 1731, 1733 f.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 101.

44 Vgl. Art. 10 Kommissionsvorschlag SUP; hierzu *Harbarth*, GmbHR 2018, 657, 659; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 25.

45 Vgl. Art. 16 Abs. 1 Kommissionsvorschlag SUP.

46 Vgl. Art. 16 Abs. 4 Kommissionsvorschlag SUP; nach dem Vorschlag des Rates sollte es den Mitgliedstaaten jedoch freistehen, für die SUP die Bildung gesetzlicher Rücklagen vorzuschreiben, vgl. Allgemeine Ausrichtung des Rates der Europäischen Union vom 29. Mai 2015, Dok. Nr. 9050/15, S. 34 (dort Art. 16 Abs. 4).

47 Vgl. Art. 18 Abs. 2 und Abs. 3 Kommissionsvorschlag SUP; hierzu *Hommelhoff*, GmbHR 2014, 1065, 1072 f.

48 Vgl. Art. 23 Abs. 1 Kommissionsvorschlag SUP; hierzu *Hommelhoff*, GmbHR 2014, 1065, 1070 f.

49 Vgl. Art. 23 Abs. 2 Kommissionsvorschlag SUP; kritisch zu dieser Begrenzung des Weisungsrechts *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 30.

50 Vgl. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 6. Mai 2015, BT-Drucks. 18/4843, S. 5; *Müller*, GmbHR 2015, R 186; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 24.

nie beschlossen hat,⁵¹ scheiterte die entsprechende Richtlinie anschließend im Europäischen Parlament.⁵²

Kritisiert wurde, dass trotz des weitgehend harmonisierten Gründungs- und Organisationsrechts aufgrund verbleibender mitgliedstaatlicher Regelungsspielräume im Ergebnis 28 (bzw. nach dem Brexit 27) unterschiedliche Sub-Typen der SUP bestanden hätten.⁵³ Ferner konnten die gegen die Möglichkeit einer Gründung der SUP im Wege des Online-Verfahrens erhobenen Bedenken offenbar auch nicht durch die vom Rat vorgenommenen Ergänzungen⁵⁴ ausgeräumt werden.⁵⁵ Schließlich vermochte es die vorgeschlagene SUP-Richtlinie auch nicht, die insbesondere aus der Möglichkeit der Sitzaufspaltung resultierenden Streitpunkte hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung zu lösen.⁵⁶

51 Allgemeine Ausrichtung des Rates der Europäischen Union vom 29. Mai 2015, Dok. Nr. 9050/15; zum Charakter einer Allgemeinen Ausrichtung als „informelle Übereinkunft“ des Rates vgl. *Jung*, in: *Jung/Krebs/Stiegler*, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 9 Rn. 2.

52 Siehe hierzu näher *Jung*, in: *Jung/Krebs/Stiegler*, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 9 Rn. 3.

53 *Harbarth*, *GmbHHR* 2018, 657, 660; vgl. auch die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 6. Mai 2015, BT-Drucks. 18/4843, S. 4, wonach „eine nur teilweise harmonisierte Rechtsform keine wirkliche Alternative zu einer echten supranationalen Rechtsform“ sei; besonders kritisch mit Blick auf die fehlende Vereinheitlichung der Regelungen zum Gruppenbetrieb auch *Hommelhoff*, *GmbHHR* 2014, 1065, 1075: „bleibt der noch bedeutsamere Gruppenbetrieb in seiner Vereinheitlichung fast vollständig hinter den Anforderungen zurück, die für einen Binnenmarkt-weite Unternehmensgruppe und ihren effektiven Betrieb erfüllt sein müssen [...] In der jetzigen Ausgestaltung ist die SUP ein Gruppenbaustein, vor dessen Verwendung die kleinen und mittleren Unternehmen nachdrücklich gewarnt werden müssten“.

54 Vgl. oben II. 2. a).

55 Vgl. *Bormann/Stelmaszczyk*, *ZIP* 2018, 764; *Habersack/Verse*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl. 2019, § 19 Rn. 27.

56 *Harbarth*, *GmbHHR* 2018, 657, 660; näher zu der entsprechenden Diskussion im Rahmen der Beratungen über den Vorschlag einer SUP-Richtlinie *Teichmann/Götz*, *ZEuP* 2019, 260, 267 ff.

III. Ermöglichung einer Gesellschaftsgründung im Online-Verfahren durch die Digitalisierungsrichtlinie

Die bei der SUP noch höchst umstrittene Möglichkeit einer Gesellschaftsgründung im Online-Verfahren wurde zwischenzeitlich durch die im Juli 2019 verabschiedete Digitalisierungsrichtlinie⁵⁷ auf europäischer Ebene in einem gesonderten Rechtsakt geregelt. Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 5. Juli 2021,⁵⁸ das größtenteils am 1. August 2022 in Kraft trat,⁵⁹ wurde diese Richtlinie in nationales deutsches Recht umgesetzt.

Eingeführt wird die Möglichkeit der Online-Gründung für die im Anhang IIA der Digitalisierungsrichtlinie genannten Gesellschaften⁶⁰ (in Deutschland lediglich die GmbH⁶¹). Deutschland hat zudem von der Möglichkeit der Beschränkung des Online-Verfahrens auf Bargründungen Gebrauch gemacht.⁶² Indes wird diese Beschränkung ab 1. August 2023 entfallen.⁶³ Die notarielle Beurkundung erfolgt über ein spezielles, von der

57 Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. L 186 vom 11. Juli 2019, S. 80 ff.

58 BGBl. I 2021, S. 3338 ff.; ergänzt durch das Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG) vom 15. Juli 2022, BGBl. I 2022, S. 1146 ff.; näher hierzu *Heckschen/Knaier*, NZG 2022, 885; *Lieder*, ZRP 2022, 102.

59 Vgl. Art. 31 DiRUG.

60 Vgl. Art. 1 Abs. 5 der Digitalisierungsrichtlinie.

61 Vgl. zu den Änderungen des GmbHG durch das DiRUG im Einzelnen *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 20. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 38a f.

62 Vgl. Art. 1 Abs. 5 der Digitalisierungsrichtlinie sowie den neuen § 2 Abs. 3 GmbHG in der Fassung des Art. 20 DiRUG.

63 Vgl. die in Art. 6 Nr. 1 DiREG vorgesehene Neufassung von § 2 Abs. 3 GmbHG; kritisch hierzu *Lieder*, ZRP 2022, 102, 102 f. Darüber hinaus wird die Möglichkeit der Online-Beurkundung auf einstimmige satzungändernde Gesellschafterbeschlüsse erstreckt; vgl. hierzu *Harbarth*, in: Fleischer/Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG, 4. Aufl. 2023, Nachtrag zu Band 1 und Band 3 zum Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG), § 53 Rn. 25 f.; vgl. zur rechtspolitischen Forderung nach Erstreckung des Online-Verfahrens auf Satzungsänderungen (sowie auf weitere Beurkundungsvorgänge) bereits *J. Schmidt*, BB 2021, 1923, 1925.

Bundesnotarkammer betriebenes Videokommunikationssystem.⁶⁴ Die Identitätsfeststellung der Beteiligten soll mittels der „Online-Ausweisfunktion“ nach § 18 PAuswG, mittels eID-Karte, mittels eines elektronischen Aufenthaltstitels oder mittels eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgegebenen elektronischen Identifizierungsmittels vorgenommen werden, das den Anforderungen der eIDAS-Verordnung genügt.⁶⁵

Aufgrund der nunmehr jedenfalls für die in Anhang IIA zur Digitalisierungsrichtlinie genannten Gesellschaften bestehenden Möglichkeit der Online-Gründung dürfte bei zukünftigen Regelungsvorschlägen zu supranationalen oder zumindest europaweit harmonisierten Gesellschaftsformen ein in der Vergangenheit bestehender Streitpunkt wegfallen.

IV. Neuer Vorstoß zur Schaffung einer europäischen Privatgesellschaft: „SES“ (*Société Européenne Simplifiée*)

Trotz des (vorläufigen) Scheiterns der SPE und der SUP ist die Schaffung einer europäischen Privatgesellschaft weiterhin Gegenstand der rechtspolitischen Diskussion, nicht nur in Deutschland, sondern in Europa insgesamt.

So hatte bereits der Deutsche Bundestag in seiner Beschlussempfehlung zum Vorschlag der Kommission für eine SUP-Richtlinie von der Bundesregierung neben der Ablehnung dieses Vorschlags zugleich auch das Hinwirken auf die zeitnahe Vorlage eines neuen Vorschlags für eine europaweit einheitliche Kapitalgesellschaft gefordert.⁶⁶ Die Europäische Privatgesellschaft fand überdies Eingang in den Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode.⁶⁷

64 Vgl. den in Art. 3 DRiUG vorgesehenen neuen § 78p BNotO sowie die in Art. 4 DRiUG vorgesehenen neuen §§ 16a bis 16e BeurkG.

65 Vgl. Art. 1 Abs. 4 der Digitalisierungsrichtlinie, den neuen § 16c BeurkG in der Fassung des Art. 4 DiRUG sowie die in Art. 3 DiREG vorgesehene Neufassung der Vorschrift; siehe hierzu *Linke*, NZG 2021, 309, 311.

66 Vgl. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 6. Mai 2015, BT-Drucks. 18/4843, S. 5.

67 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode vom 12. März 2018, S. 131 Zeile 6151 ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (abgerufen am 19. Oktober 2021).

In Frankreich stellte Präsident Macron in einer im September 2017 an der Sorbonne gehaltenen Rede eine „neue Partnerschaft“ zwischen Deutschland und Frankreich in den Raum, zu der auch eine vollständige Integration der Märkte in Deutschland und Frankreich mittels einheitlicher Regeln „vom Gesellschaftsrecht bis hin zum Konkursrecht“ gehören sollte.⁶⁸

1. Initiatoren des Projekts „SES“

Die von Präsident Macron präsentierte Vision eines gemeinsamen Gesellschafts- und Konkursrechts in Deutschland und Frankreich wurde von der französischen Juristenvereinigung „Association Henri Capitant“ in Form von Vorarbeiten zu einem „Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch“ aufgegriffen. Bestandteil dieses „Europäischen Wirtschaftsgesetzbuches“ sollen unter anderem Regelungen über eine weitere supranationale Kapitalgesellschaft sein.⁶⁹

Daneben hat sich auch die Deutsch-Französische Parlamentarische Versammlung eine Harmonisierung des deutschen und des französischen Wirtschafts- und Insolvenzrechts zum Ziel gesetzt. Ausgangspunkt für diese Bemühungen sollen die Entwürfe der „Association Henri Capitant“ sein.⁷⁰

2. Für „SES“ vorgeschlagene Regelungen

Im Dezember 2020 legte die „Association Henri Capitant“ der Deutsch-Französischen Parlamentarischen Versammlung einen vollständig ausformulierten Regelungsentwurf für eine „SES“ vor,⁷¹ veröffentlicht im Febru-

68 Initiative für Europa - Rede von Staatspräsident Macron an der Sorbonne vom 26. September 2017, S. 21, abrufbar in deutscher Sprache unter https://de.amba-france.org/IMG/pdf/macron_sorbonne_europe_integral.pdf?23641/4be243b705d8068173926eeb032184acc4a1f073 (abgerufen am 19. Oktober 2021).

69 Teichmann, GmbHR 2018, 713, 716; ferner Appadoo, Die betont supranationale Rechtsform, 2021, 26 f.

70 Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann, EuZW 2021, 413.

71 Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann, EuZW 2021, 413, 415.

ar 2021.⁷² Mit Beschluss vom 28. Juni 2021⁷³ hat die Deutsch-Französische Parlamentarische Versammlung das Vorhaben auf Grundlage des vorgelegten Entwurfs im Grundsatz befürwortet und die Regierungen Deutschlands und Frankreichs zur Fortsetzung der Arbeiten an der Einführung einer entsprechenden supranationalen Gesellschaftsform aufgefordert.

Die im Regelungsentwurf für die SES vorgeschlagenen Regelungen sollen im Folgenden zunächst dargestellt (dazu nachfolgend 2. a) bis e)), sodann insbesondere vor dem Hintergrund der Diskussionen um die SPE und die SUP eingeordnet und gewürdigt werden (dazu nachfolgend 3.).

a) Grundstruktur

Die SES soll – wie es auch für die SPE vorgesehen war – eine supranationale Gesellschaft sein, bei der möglichst alle relevanten Fragen durch eigenständige europäische Vorschriften geregelt werden und die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Gründungsstaates lediglich ergänzend und auf wenige Punkte beschränkt zur Anwendung gelangen.⁷⁴ Es soll sich also nicht, wie es bei der SUP der Fall gewesen wäre, um eine nationale und lediglich harmonisiertem Recht unterstehende Gesellschaftsform handeln.

Die SES soll eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit sein, die von einer oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen gegründet werden kann.⁷⁵ Die Haftung der Gesellschafter soll sich auf die Höhe ihrer Einlagen beschränken,⁷⁶ zudem sollen die Geschäftsanteile nicht für öffentliche Angebote und nicht zum öffentlichen Handel auf einem geregelten Markt oder auf einem multilateralen Handelssystem vorgesehen sein.⁷⁷ Ferner soll das Statut der SES den Gesellschaftern vor allem im

72 Der ausformulierte Entwurf der „Association Henri Capitant“ (im Folgenden „Regelungsvorschlag SES“) ist abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/824272/0515f2d3f053801d73bd1e7b429abd22/vorentwurf_bank_und_finanzenmarktrecht_dt-data.pdf (abgerufen am 20. Oktober 2021).

73 Deutsch-Französische Parlamentarische Versammlung, Dokument Nr. 2021/4, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dfpv>.

74 Regelungsvorschlag SES - Einleitung; Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann, EuZW 2021, 413, 415.

75 Vgl. Art. 1.1.1. Abs. 1 Regelungsvorschlag SES.

76 Vgl. Art. 1.1.1. Abs. 3 Regelungsvorschlag SES.

77 Vgl. Art. 1.1.1. Abs. 4 Regelungsvorschlag SES.

Innenverhältnis eine möglichst weitreichende Gestaltungsfreiheit gewähren.⁷⁸

Es soll sowohl eine Neugründung als auch eine innerstaatliche oder grenzüberschreitende Gründung durch Formwechsel, Verschmelzung oder Spaltung möglich sein.⁷⁹

b) Organisationsverfassung

Entsprechend dem Ziel der Gewährleistung einer möglichst weitreichenden Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis legt der Regelungsvorschlag für das Statut der SES ausdrücklich fest, dass die Satzung vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften des entsprechenden Kapitels frei über die interne Organisation der SES bestimmen kann.⁸⁰ Zwingend sind für jede SES lediglich ein oder mehrere Geschäftsführer sowie eine Gesellschafterversammlung vorgesehen, die Einrichtung weiterer Organe einschließlich ihrer Aufgaben sowie des Verfahrens zu ihrer Bestellung soll aber durch entsprechende Satzungsbestimmung möglich sein.⁸¹ Nur sofern dies zur Einhaltung von zwingenden und auch auf die SES erstreckten mitbestimmungsrechtlichen Regelungen des Staates des Verwaltungssitzes erforderlich ist, hat die Satzung ein zusätzliches Gesellschaftsorgan vorzusehen.⁸²

Als Geschäftsführer sollen sowohl natürliche als auch juristische Personen bestellt werden können.⁸³ Sofern eine juristische Person zur Geschäftsführerin bestellt wird, wird aber die Benennung einer natürlichen Person verlangt, die die entsprechenden Befugnisse wahrnimmt und die ebenfalls den Geschäftsführerpflichten sowie der hieran anknüpfenden Haftung unterliegt.⁸⁴ Darüber hinaus enthält der Regelungsvorschlag eigenständige Vorschriften zu Pflichten und Haftung der Geschäftsführer.⁸⁵ In Bezug auf die Haftung für „unternehmerische und strategische Entscheidungen“ sta-

78 Regelungsvorschlag SES - Einleitung; Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann, EuZW 2021, 413, 415.

79 Vgl. Art. 2.1.1. Regelungsvorschlag SES.

80 Vgl. Art. 3.1.1. Abs. 1 Regelungsvorschlag SES; vgl. auch Appadoo, Die betont supranationale Rechtsform, 2021, 191.

81 Vgl. Art. 3.1.1. Abs. 2 Regelungsvorschlag SES.

82 Vgl. Art. 3.1.1. Abs. 3 Regelungsvorschlag SES.

83 Vgl. Art. 3.1.4. Abs. 1 Regelungsvorschlag SES.

84 Vgl. Art. 3.1.4. Abs. 2 Regelungsvorschlag SES.

85 Vgl. Art. 3.1.5. Regelungsvorschlag SES.

tuiert der Entwurf eine dem deutschen Recht (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) vergleichbare Business Judgement Rule.⁸⁶

Bestimmte zwingend durch Gesellschafterbeschluss zu treffenden Entscheidungen werden in Art. 3.1.7. Abs. 1 des Regelungsvorschlages enumerativ aufgezählt. Es handelt sich hierbei beispielsweise um eine Änderung der Satzung, die Feststellung des Jahresabschlusses, die Ausschüttungen an Gesellschafter sowie die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers.⁸⁷ Weitere Angelegenheiten oder Entscheidungen sollen nach dieser Bestimmung durch entsprechende Satzungsregelung der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung überantwortet werden können. Vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsbestimmung soll für die Fassung eines Gesellschafterbeschlusses die einfache Mehrheit ausreichend sein,⁸⁸ lediglich für Satzungsänderungen soll es einer in der Satzung oder gegebenenfalls im nationalen Recht des Gründungsstaates vorgesehenen qualifizierten Mehrheit bedürfen.⁸⁹ Für die Anfechtung eines Beschlusses wegen eines Verstoßes gegen das Statut oder die Satzung der SES wird auf das Recht des Gründungsstaates verwiesen.⁹⁰ Gegenüber der Geschäftsführung besitzt die Gesellschafterversammlung nach deutschem Vorbild ein Weisungsrecht.⁹¹

c) Mindestkapital und Kapitalaufbringung

Art. 2.1.3. Abs. 1 des Regelungsvorschlages sieht für die SES ein Mindestkapital von 12.000 Euro vor. Dieses Mindestkapital soll das Vertrauen des

86 Vgl. Art. 3.1.5. Abs. 2 Regelungsvorschlag SES; näher *Appadoo*, Die betont supranationale Rechtsform, 2021, 191.

87 Freilich liegt in der zwingenden Zuweisung der Personalkompetenz an die Gesellschafterversammlung ein gewisser Widerspruch zu dem erklärten Regelungsziel eines möglichst flexiblen Regelungsrahmens; vgl. hierzu *Verse*, GPR 2021, 271, 279.

88 Vgl. Art. 3.1.7. Abs. 2 Regelungsvorschlag SES.

89 Vgl. Art. 3.1.7. Abs. 3 Regelungsvorschlag SES; vgl. außerdem *Verse*, GPR 2021, 271, 279, mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass es unter der vorgeschlagenen Regelung ggf. zu einer (nur schwer nachvollziehbaren) Geltung unterschiedlicher Formerfordernisse für Satzungsfeststellung und Satzungsänderung kommen kann.

90 Vgl. Art. 3.1.7. Abs. 4 Regelungsvorschlag SES; kritisch insoweit *Verse*, GPR 2021, 271, 279.

91 Vgl. Art. 3.1.2. Abs. 4 Regelungsvorschlag SES; vgl. hierzu *Verse*, GPR 2021, 271, 278.

Rechtsverkehrs in die Seriosität der SES stärken.⁹² Sowohl Bar- als auch Sacheinlagen sollen möglich, Dienstleistungen als Einlage hingegen ausgeschlossen sein.⁹³ Bei Geschäftsanteilen, die gegen Bareinlagen ausgegeben werden, soll mindestens ein Viertel des Nennbetrages bei der Gründung und der Restbetrag sodann innerhalb von fünf Jahren ab dem Datum der Eintragung einbezahlt werden müssen.⁹⁴ Sacheinlagen sollen bei Gründung vollständig zu bewirken sein, es sei denn es handelt sich um Geldforderungen oder vertretbare Sachen.⁹⁵ Zudem sollen Gesellschafter, die eine Sacheinlage übernommen haben, für einen Zeitraum von fünf Jahren ab Eintragung bis zum Wert ihrer Einlage für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften, es sei denn die Sacheinlage wurde von einem unabhängigen und nach dem Recht des Eintragungsstaates als Abschlussprüfer bestellbaren Sachverständigen bewertet oder eine solche Bewertung war nach dem Recht des Eintragungsstaates verzichtbar.⁹⁶

d) Sitzaufspaltung und unternehmerische Mitbestimmung

Hinsichtlich des Sitzes soll für die SES lediglich bestimmt werden, dass sich sowohl der Satzungs- als auch Verwaltungssitz in der EU befinden müssen.⁹⁷ Weitergehende Einschränkungen sind nicht vorgesehen. Insbesondere bestimmt Art. 2.1.5. Abs. 2 des Regelungsvorschlages ausdrücklich, dass vorbehaltlich solcher Regelungen, die das Recht des Eintragungsstaates überlagern, Satzungs- und Verwaltungssitz innerhalb der EU grundsätzlich getrennt werden können.⁹⁸

Auf eigenständige Regelungen betreffend die unternehmerische Mitbestimmung verzichtet der Regelungsvorschlag gänzlich. Insoweit verbleibt

92 Vgl. Regelungsvorschlag SES - Einleitung sowie die Erläuterung zu Art. 2.1.3. Regelungsvorschlag SES; vgl. auch *Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann*, EuZW 2021, 413, 416.

93 Vgl. Art. 2.1.3. Abs. 2 Regelungsvorschlag SES.

94 Vgl. Art. 2.1.3. Abs. 3 Regelungsvorschlag SES.

95 Vgl. Art. 2.1.3. Abs. 6 Regelungsvorschlag SES; kritisch gegenüber dieser Differenzierung *Verse*, GPR 2021, 271, 276.

96 Vgl. Art. 2.1.3. Abs. 7 Regelungsvorschlag SES.

97 Vgl. Art. 2.1.5. Abs. 1 Regelungsvorschlag SES.

98 Freilich sollen die Mitgliedstaaten hiernach die Möglichkeit haben, ein für ihre inländische Referenzrechtsform geltendes Verbot der Sitzaufspaltung auch auf dort registrierte SES zu erstrecken, vgl. hierzu *Verse*, GPR 2021, 271, 277. Dort auch zur im Vergleich zu den Entwürfen zu SPE und SUP geringeren Tragweite der Frage der Sitzaufspaltung für die SES.

es im Grundsatz bei der in Art. 1.1.2. Abs. 2 des Regelungsvorschlages vorgesehenen ergänzenden Anwendung des Rechts des Eintragsstaates, die freilich unter dem in Art. 1.1.2 Abs. 3 des Regelungsvorschlages festgeschriebenen Vorbehalt der Anwendung zwingender Rechtsvorschriften des Staates des Verwaltungssitzes steht, die explizit auch die unternehmerische Mitbestimmung betreffen können.⁹⁹

e) Kapitalerhaltung

Ausschüttungen an die Gesellschafter sollen bei der SES nur zulässig sein, „sofern das Aktivvermögen der Gesellschaft nach dieser Ausschüttung weiterhin die Verbindlichkeiten und das Stammkapital deckt“.¹⁰⁰ Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass bei der SPE Ausschüttungen an die Gesellschafter nur nach Maßgabe eines sog. Bilanztests zulässig sein sollen. Dies würde der Rechtslage bei der deutschen GmbH entsprechen, wo Ausschüttungen nach § 30 Abs. 1 GmbHG nur zulässig sind, wenn hierdurch keine Unterbilanz herbeigeführt oder vertieft wird.¹⁰¹

Gleichwohl wird in der Erläuterung zu Art. 4.1.1. Abs. 2 des Regelungsvorschlages ausgeführt, dass man „darin den Vorschlag [erkenne], einen Test für die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft vor einer Ausschüttung an die Gesellschafter einzuführen“. Weshalb aber eine Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva Rückschlüsse auf die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zulassen sollte, wird nicht näher erläutert und bleibt dunkel.¹⁰² Vielmehr wäre hierfür zu prüfen, ob die Gesellschaft trotz der Ausschüttung in einem bestimmten auf die Ausschüttung folgenden Zeitraum in der Lage sein wird, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen.¹⁰³

99 Vgl. hierzu *Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann*, EuZW 2021, 413, 416 f.

100 Vgl. Art. 4.1.1. Abs. 2 Regelungsvorschlag SES.

101 Siehe hierzu näher *Heidinger*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 27.

102 Vgl. auch *Verse*, GPR 2021, 271, 281 f.

103 Vgl. den Wortlaut des Art. 21 Abs. 2 Kommissionsvorschlag SPE, mit dem ein nur bei einer entsprechenden Satzungsregelung geltender „Solvenztest“ normiert werden sollte.

f) Konzernrecht

Der Regelungsvorschlag für eine SES enthält – neben dem bereits erwähnten Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung – schließlich auch spezifisch konzernrechtliche Regelungen.

Insoweit ist zunächst die bereits erwähnte,¹⁰⁴ in Art. 3.1.4. Abs. 1 des Regelungsvorschlages normierte Möglichkeit der Bestellung einer juristischen Person als Geschäftsführerin der SES zu nennen. Denn ein solches, unter anderem in Frankreich und England zulässiges Vorgehen¹⁰⁵ dient dort dazu, durch eine bessere Kontrolle der Konzerntöchter eine effektive Konzernleitung sicherzustellen.¹⁰⁶ Namentlich lassen sich auf diese Weise Entscheidungswege im Konzern abkürzen, indem die mit der Leitung beauftragten natürlichen Personen „durch mehrere juristische Personen hindurchregieren“ und beispielsweise das arbeitsrechtliche Direktionsrecht unmittelbar gegenüber den Arbeitnehmern sämtlicher Konzerngesellschaften ausüben können.¹⁰⁷

Daneben ist in diesem Zusammenhang aber vor allem der mit „Die SES in der Unternehmensgruppe“ überschriebene Art. 3.1.6. des Regelungsvorschlages zu nennen. In dieser Bestimmung wird zunächst definiert, wann eine SES Bestandteil einer „Unternehmensgruppe“ ist. Nach Art. 3.1.6. Abs. 1 Satz 1 des Regelungsvorschlages müssen hierfür zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens muss die herrschende Gesellschaft die Mehrheit der Geschäftsanteile oder Stimmrechte einer SES besitzen; zweitens muss sie „im Rahmen einer kohärenten Unternehmenspolitik einen maßgeblichen Einfluss auf die Führung der beherrschten Gesellschaft“ ausüben. Als Rechtsfolge der Zugehörigkeit der SES zu einer Unternehmensgruppe in diesem Sinn sieht Art. 3.1.6. Abs. 2 des Regelungsvorschlages vor, dass sich „die in Art. 3.1.5. geregelte Pflichtenstellung des Geschäftsführers der beherrschten SES im Lichte des Interesses der Gesamtheit der Gesellschaften, die der Unternehmensgruppe angehören“, beurteilt. Allerdings soll die in Art. 3.1.6. Abs. 2 des Regelungsvorschlages enthaltene Modifikation der Pflichten des Geschäftsführers der SES nach Art. 3.1.6. des Regelungsvor-

104 Vgl. oben IV. 2. b).

105 Siehe zur Rechtslage in Frankreich und England sowie weiteren Staaten *Fleischer*, RIW 2004, 16, 17 ff.

106 *Fleischer*, RIW 2004, 16, 20.

107 *Brandes*, NZG 2004, 642, 643.

schlages nicht eingreifen, wenn die herrschende Gesellschaft sich vertraglich zur Übernahme der Verluste der beherrschten SES verpflichtet hat.

In der Erläuterung zu Art. 3.1.6. wird ausgeführt, dass die SES oftmals Bestandteil einer grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe sein werde. Deshalb werde mit dieser Vorschrift versucht, „ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der einzelnen Gesellschaften und dem Interesse der Unternehmensgruppe herzustellen“. Hierbei stütze sich die Vorschrift auf Gedanken aus der „Rozenblum“-Entscheidung der Cour de Cassation,¹⁰⁸ deren Lösungsansatz flexibler sei als derjenige des deutschen Rechts, wo Konflikte in einem GmbH-Konzern mittels der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gelöst würden. Die Grundsätze der „Rozenblum“-Entscheidung seien aber hinfällig, wenn von der vorgesehenen Möglichkeit des Abschlusses eines aus dem deutschen Recht bekannten Beherrschungsvertrages Gebrauch gemacht werde.¹⁰⁹

3. *Bewertung und Einordnung der vorgeschlagenen Regelungen*

Im Vergleich zu den für die SPE und die SUP vorgeschlagenen Regelungen weist der nunmehrige Regelungsvorschlag für eine SES sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede auf. Diese Gemeinsamkeiten sowie die ebenfalls bestehenden Unterschiede sollen im Folgenden vor dem Hintergrund der sowohl bezüglich der SPE als auch der SUP geführten Diskussionen eingeordnet und der Würdigung unterzogen werden.

a) Schaffung einer supranationalen Gesellschaftsform

Bei der SES soll es sich wie schon bei der SPE um eine supranationale Rechtsform handeln und nicht, wie es bei der SUP der Fall gewesen wäre, lediglich um eine unionsrechtlich (teil-)vereinheitlichte nationale Gesellschaftsform.

108 Cass. Crim., 4. Februar 1985, Nr. 84-91.581, im französischen Originaltext abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007064646/> (abgerufen am 22.10.2021); siehe hierzu Lutter, in: Goerdeler/Hommelhoff/Lutter/Odersky/Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag, 1991, 257, 260 ff.; Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, 672, 704 ff.

109 Hierzu Verse, GPR 2021, 271, 283.

Dies ist positiv zu bewerten. So dürfte zunächst mit der Schaffung einer echten supranationalen Rechtsform ein höheres Maß an Rechtsvereinheitlichung zu erreichen sein als bei einer Gesellschaftsform, die lediglich (punktuell) harmonisiertem nationalen Recht untersteht. Diesen Befund bestätigt auch der Blick auf den Vorschlag für eine SUP-Richtlinie, insbesondere die dort vorgesehene Beschränkung ihres Geltungsbereichs auf Gesellschaften mit einem einzigen Gesellschafter.¹¹⁰ Gerade ein durch eine supranationale Rechtsform geschaffener einheitlicher Rechtsrahmen bringt für grenzüberschreitend tätige Unternehmen greifbare Vorteile mit sich, beispielsweise indem er die Gründung und Verwaltung ausländischer Tochtergesellschaften nach einheitlichen Regeln ermöglicht und damit den insoweit anfallenden Beratungsaufwand reduziert.¹¹¹ Darüber hinaus eignen sich (echte) supranationale Rechtsformen in besonderer Weise für den Betrieb von Joint Ventures durch Parteien aus verschiedenen Mitgliedsstaaten.¹¹² Angesichts dessen hat der Bundestag in seiner Aufforderung an die Bundesregierung, den Regelungsvorschlag für eine SUP-Richtlinie abzulehnen, zutreffend darauf hingewiesen, dass „eine nur teilweise harmonisierte Rechtsform keine wirkliche Alternative zu einer echten supranationalen Rechtsform“ ist.¹¹³ Dass auch im Fall einer supranationalen Rechtsform dem Rechtsanwender der Rückgriff auf nationales Recht nicht komplett erspart bleibt (das supranationale Statut ist nicht in der Lage,

110 Vgl. hierzu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 14, wonach „sich die SUP in konzeptioneller Hinsicht der Kritik ausgesetzt [sieht], dass sie hinter dem Angleichungsniveau der SPE zurückbleibt“; *Thomale*, ZEuP 2015, 517, 541 bezeichnet die durch den Rechtsformzusatz „SUP“ suggerierte Einheitlichkeit angesichts der nur punktuellen Harmonisierung des anwendbaren nationalen Rechts gar als „Etikettenschwindel“.

111 *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 402; ebenso *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897 f.; ferner *Verse*, GPR 2021, 271, 273 (Fn. 27) mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass die Gründung und Verwaltung von Tochtergesellschaften im (EU-)Ausland vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit zwar auch schon nach geltendem Recht nach einheitlichen Regeln möglich ist (bspw. durch die Organisation sämtlicher Auslandsstöchter in der Rechtsform der GmbH), in praktischer Hinsicht „die Verwendung einer ausländischen Rechtsform im Markt allerdings nicht selten auf Vorbehalte [stößt]“.

112 Vgl. auch *Verse*, GPR 2021, 271, 273 f.

113 Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 6. Mai 2011, BT-Drucks. 18/4843, S. 4 (angenommen am 7. Mai 2015, vgl. das unter <https://www.bundestag.de/dokumente/protokolle/amtlicheprotokolle/2015/ap18103-373968> abrufbare Sitzungsprotokoll (abgerufen am 26. Oktober 2021)).

alle denkbaren Rechtsfragen erschöpfend abzuhandeln),¹¹⁴ ändert hieran nichts, ist bei einer supranationalen Rechtsform der verbleibende Anwendungsbereich mitgliedstaatlichen Rechts doch deutlich stärker zurückgedrängt als bei einer unionsrechtlich (teil-)harmonisierten nationalen Gesellschaftsform.

Ferner entspricht die Einführung einer supranationalen Rechtsform eher als die Harmonisierung des nationalen Rechts dem Subsidiaritätsgrundsatz sowie den dahinterstehenden Grundgedanken einer Regelungsaufonomie der Mitgliedstaaten und eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen. Es wird ohne Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen lediglich ein „Zusatzangebot“ bereitgestellt.¹¹⁵

b) Mindestkapital, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

Hinsichtlich des Mindestkapitals, der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung unterscheidet sich der Regelungsvorschlag für eine SES grundlegend von den Vorschlägen der Europäischen Kommission für eine SPE-Verordnung und eine SUP-Richtlinie.

aa) Mindestkapital

Sowohl für die SPE als auch für die SUP sollte nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission zur Erleichterung von Neugründungen lediglich ein Mindestkapital von einem Euro vorgesehen werden.¹¹⁶ Hinsichtlich der SUP führte die Europäische Kommission aus, dass ein höheres Mindestkapital auch nicht zum Schutz der Gläubiger erforderlich sei, weil für Gläubiger heutzutage andere Gesichtspunkte wie z.B. der Cashflow wichtiger als das Stammkapital seien und vor allem bei kleine-

114 Vgl. zu den im Regelungsvorschlag SES enthaltenen Rückverweisungen auf das nationale Recht auch *Verse*, GPR 2021, 271, 273 (Fn. 28), 275; ferner *Appadoo*, Die betont supranationale Rechtsform, 2021, 195 f.

115 Zutreffend *Boucourechliev*, in: Boucourechliev/Hommelhoff, Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft, 1999, S. 225; *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 929; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 221; im Ergebnis ebenso *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 405.

116 Vgl. Art. 19 Abs. 4 Kommissionsvorschlag SPE sowie Art. 16 Abs. 1 Kommissionsvorschlag SUP.

ren Unternehmen andere Sicherungsmittel wie Personalsicherheiten oder Eigentumsvorbehalte zum Einsatz kämen.¹¹⁷

Bei der SES wird ein gänzlich anderer Ansatz verfolgt. Hier wird nicht in erster Linie auf die Erleichterung von Neugründungen abgestellt, sondern betont, dass das vorgesehene Mindestkapital von 12.000 Euro der Stärkung des Vertrauens des Rechtsverkehrs in die Seriosität der SES diene.¹¹⁸ Dieser Gesichtspunkt wurde gerade auch in Deutschland, wo erhebliche Bedenken gegen das für die SPE vorgesehene Mindestkapital von einem Euro vorgebracht wurden,¹¹⁹ gegen die generelle Abschaffung eines nennenswerten Mindestkapitals für die GmbH ins Feld geführt¹²⁰ und wird nach wie vor zur Rechtfertigung des Mindestkapitals von 25.000 Euro (§ 5 Abs. 1 GmbHG) herangezogen.¹²¹ Insoweit dürfte die SES gerade in Deutschland eher auf Akzeptanz stoßen als SPE und SUP.¹²²

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass das Mindestkapital in den letzten Jahren in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten der EU abgesenkt oder gar gänzlich abgeschafft wurde.¹²³ Ferner wurde auch in Deutschland mit der Unternehmergesellschaft (vgl. § 5a GmbHG) eine Möglichkeit geschaffen, eine Kapitalgesellschaft mit einem Mindestkapital von lediglich einem Euro zu gründen.¹²⁴ Insofern scheint das Mindestkapitalerfordernis von 12.000 Euro dem gesellschaftsrechtlichen Zeitgeist zuwiderzulaufen. Schließlich hatten in der Diskussion um die SPE auch namentlich die osteuropäischen Mitgliedstaaten nachdrücklich gefordert, bei der Höhe eines etwaigen Mindestkapitals die regelmäßig schwächere Finanzierung der

117 Kommissionsvorschlag SPE S. 8 (Begründung).

118 Vgl. Regelungsvorschlag SES - Einleitung sowie die Erläuterung zu Art. 2.1.3. Regelungsvorschlag SES; ebenso *Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann*, EuZW 2021, 413, 416.

119 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Kommissionsvorschlag SPE vom 10. Oktober 2008, BR-Drucks. 479/08(B), S. 9 ff.

120 Vgl. die Begründung des RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 29 (wo allerdings ein Mindestkapital von 10.000 Euro vorgesehen war).

121 Vgl. *Veil*, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 5 Rn. 8; *Ulmer/Casper*, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, Großkommentar GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 13.

122 Vgl. aber auch die insoweit bereits von *Verse*, GPR 2021, 271, 276, geäußerte Kritik, wonach 12.000 Euro einen „bescheidenen Risikobeitrag“ darstellen, der „allenfalls als schwaches Seriositätsindiz wirkt“.

123 *Jung*, in: *Jung/Krebs/Stiegler*, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 3 Rn. 166; *Freudenberg*, NZG 2010, 527 (jeweils mit rechtsvergleichendem Überblick).

124 Vgl. zum Mindestkapital der UG nach § 5a GmbHG *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, 20. Aufl. 2020, § 5a Rn. 17 ff.; *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 5a Rn. 10.

dort ansässigen Unternehmen zu berücksichtigen.¹²⁵ Im Lichte dessen sollte erwogen werden, zur Steigerung der Akzeptanz insoweit Erleichterungen zuzulassen, die über die in Art. 2.1.3. Abs. 3 des Regelungsvorschlages vorgesehene Möglichkeit hinausgehen, bei der Gründung der SES lediglich ein Viertel des Nennbetrages von gegen Bareinlagen ausgegebenen Geschäftsanteilen einzuzahlen. Denkbar wäre insbesondere die Ermöglichung eines sukzessiven Aufbaus des Mindestkapitals nach dem Vorbild des § 5a GmbHG.

bb) Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

Ergänzungsbedürftig erscheinen darüber hinaus auch die für die SES vorgesehenen Regelungen hinsichtlich Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung.

So fehlen zunächst Regelungen über die Behandlung verdeckter Sacheinlagen oder das sog. „Hin-und-Herzahlen“.¹²⁶ Auch wenn dies nicht notwendigerweise eine Möglichkeit zur Umgehung der Kapitalaufbringungsvorschriften eröffnet,¹²⁷ weil insoweit gemäß Art. 1.1.2. Abs. 2 des Regelungsvorschlages ergänzend das nationale Recht des Staates der Eintragung

125 *Hommelhoff*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann, *Societas Privata Europaea – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen*, 2014, 23, 29 f. Für eine möglicherweise zunächst auf Deutschland und Frankreich beschränkte Einführung der SES als „Vorstufe“ einer supranationalen Version (vgl. hierzu näher unter IV.4.c) unten) verlieren diese bislang vornehmlich von osteuropäischer Seite geäußerten Bedenken freilich an Gewicht, auch wenn Frankreich mit der Abschaffung des Mindestkapitals für die SARL im Jahr 2003 „am Anfang“ des europäischen Trends hin zur Reduzierung des Mindestkapitals stand und auch für die SAS seit 2009 kein Mindestkapital mehr vorsieht, vgl. *Jung/Kühl, Wohlgemuth*, in: *Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa*, 2019, § 13 Rn. 368, 695.

126 Für die GmbHG geregelt in § 19 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG, vgl. hierzu *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz*, 20. Aufl. 2020, § 19 Rn. 54 ff. und 101 ff.; *Fastrich*, in: *Noack/Servatius/Haas, GmbHG*, 23. Aufl. 2022, § 19 Rn. 45 ff. und Rn. 70 ff.; zu Recht kritisch zum Fehlen entsprechender Regelungen für die SES *Schall*, *Stellungnahme zum Entwurf einer SES*, S. 4 f., abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/826176/75da3b96b25021572617b6cc8b817fbf/stellungnahme_schall_dt-data.pdf (abgerufen am 27.10.2021).

127 So wohl *Schall*, *Stellungnahme zum Entwurf einer SES*, S. 4 f., abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/826176/75da3b96b25021572617b6cc8b817fbf/stellungnahme_schall_dt-data.pdf (abgerufen am 27.10.2021).

der SES zur Anwendung kommt und dieses ggf. entsprechende Regelungen zur Sicherung der realen Kapitalaufbringung enthält, ist das Fehlen entsprechender Regelungen doch der angestrebten¹²⁸ und auch wünschenswerten autonomen und einheitlichen Regelung der zentralen Fragestellungen abträglich.¹²⁹

Hinsichtlich der Kapitalerhaltung sollte klargestellt werden, ob für die Zulässigkeit von Ausschüttungen an die Gesellschafter ein Bilanz- oder ein Solvenzttest¹³⁰ (oder gar beides nebeneinander) maßgeblich sein soll.¹³¹ Denn der Wortlaut des vorgesehenen Art. 4.1.1. Abs. 2 des Regelungsvorschlages spricht für die Maßgeblichkeit eines Bilanztests, die Erläuterung zu dieser Bestimmung deutet hingegen auf einen Solvenzttest hin.¹³² Unklarheiten sollten in einer derart zentralen Frage tunlichst vermieden werden. In der Sache wäre zu erwägen, entsprechend dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine SPE-Verordnung¹³³ ausdrücklich die Möglichkeit für die Gesellschafter vorzusehen, zusätzlich zu dem obligatorischen Bilanztest in der Satzung einen (fakultativen) Solvenzttest vorzusehen.¹³⁴

c) Konzernrecht

Während für die SUP lediglich ein Weisungsrecht des Alleingesellschafters vorgesehen war¹³⁵ und bei der SPE selbst das Bestehen eines Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung mangels ausdrücklicher Normierung unklar war,¹³⁶ enthält der Regelungsvorschlag für das Statut einer SES neben der Möglichkeit der Bestellung

128 Vgl. Regelungsvorschlag SES - Einleitung; *Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann*, EuZW 2021, 413, 415.

129 Weniger kritisch insoweit wohl *Verse*, GPR 2021, 271, 277, wonach die deutschen Regelungen zu verdeckten Sacheinlagen und zum Hin- und Herzahlen aus internationaler Sicht „nicht ohne Grund“ als Hypertrophien des deutschen Kapitalerhaltungsrechts wahrgenommen würden.

130 Eingehend hierzu *Engert*, ZHR 170 (2006), 296 ff.

131 Vgl. auch *Verse*, GPR 2021, 271, 281 f., der insoweit für eine Kumulation von Bilanz- und Solvenzttest plädiert.

132 Vgl. oben unter IV. 2. e).

133 Vgl. Art. 21 Kommissionsvorschlag SPE.

134 Siehe zu den in Art. 21 Kommissionsvorschlag SPE enthaltenen Regelungen *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 907.

135 Vgl. Art. 23 Abs. 1 Kommissionsvorschlag SUP.

136 Vgl. hierzu *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 291 ff.

einer juristischen Person als Geschäftsführerin (Art. 3.1.4. Abs. 1) die Definition einer „Unternehmensgruppe“ (Art. 3.1.6. Abs. 1) sowie eine Sonderregelung hinsichtlich der Pflichten des Geschäftsführers einer beherrschten SES (Art. 3.1.6. Abs. 2).¹³⁷ Vor dem Hintergrund der erfolglosen Versuche zur Harmonisierung des Konzernrechts auf europäischer Ebene¹³⁸ erscheint die Aufnahme der entsprechenden Bestimmungen in den Regelungsvorschlag durchaus bemerkenswert.

Die Anknüpfung der Sonderregelung hinsichtlich der Pflichten des Geschäftsführers einer beherrschten SES an die Grundsätze der „Rozenblum“-Entscheidung der Cour de Cassation¹³⁹ entspricht dem gegenwärtigen Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion sowie den zuletzt geäußerten Vorstellungen der Europäischen Kommission. So schlug bereits 1998 das „Forum Europaeum Konzernrecht“, eine Gruppe von Rechtswissenschaftlern aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EU sowie der Schweiz, eine Anknüpfung an das sog. „Rozenblum-Konzept“ vor.¹⁴⁰ Gleiches gilt auch für die 2015 veröffentlichten Regelungsvorschläge des „Forum Europaeum on Company Groups“,¹⁴¹ die 2016 veröffentlichten Vorschläge der „Informal Company Law Expert Group“¹⁴² sowie den 2017 veröffentlichten „European Model Company Act“.¹⁴³ Auch die Kommission hat in ihrem Aktionsplan 2012 eine Initiative für eine bessere Anerkennung des Begriffs des „Gruppeninteresses“ angekündigt.¹⁴⁴ Schließlich spricht für

137 Siehe die nähere Darstellung dieser Regelungen oben unter IV. 2. f).

138 Vgl. hierzu näher J. Schmidt, Der Konzern 2017, 1 f.; Lutter/Bayer/J. Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 12 Rn. 1 ff.

139 Vgl. die Erläuterung zu Art. 3.1.6. Regelungsvorschlag SES.

140 Vgl. Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, 674, 712 ff.

141 Vgl. Forum Europaeum on Company Groups, ZGR 2015, 507, 512 f. (mit der Differenzierung zwischen sog. Servicegesellschaften und regulären Tochtergesellschaften).

142 Vgl. Informal Company Law Expert Group, Report on the recognition of the interest of the group, Oktober 2016, S. 40 ff. (insbesondere Recommendation 3, S. 46), abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/icleg_recommendations_interest_group_final_en_0.pdf (abgerufen am 3. November 2021).

143 Vgl. European Model Company Act, Section 15.16, S. 385 f., abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348 (abgerufen am 3. November 2021).

144 Vgl. Europäische Kommission, Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance - ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen vom 12. Dezember 2012, Com(2012) 740 final, Ziff. 4.6.

eine Anknüpfung an die Grundsätze der „Rozenblum“-Entscheidung, dass diese Grundsätze bereits durch die nationalen Rechtsordnungen verschiedener Mitgliedstaaten aufgegriffen wurden.¹⁴⁵

Allerdings bleibt die für die SES vorgeschlagene Regelung recht vage. So sieht Art. 3.1.6. Abs. 2 des Regelungsvorschlages lediglich vor, dass sich „die in Art. 3.1.5. geregelte Pflichtenstellung des Geschäftsführers der beherrschten SES im Lichte des Interesses der Gesamtheit von Gesellschaften, die der Unternehmensgruppe angehören“, beurteilt. Was dies genau bedeutet, insbesondere unter welchen konkreten Voraussetzungen und bis zu welchen Grenzen der Geschäftsführer der beherrschten SES die Interessen dieser Gesellschaft hinter die Interessen der Gruppe bzw. der Konzernobergesellschaft zurückstellen darf, geht aus dieser Formulierung nicht hervor.¹⁴⁶ Damit bleibt die Bestimmtheit dieser Regelung deutlich hinter den in der „Rozenblum“-Entscheidung der Cour des Cassation aufgestellten Kriterien zurück, wonach der Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft das Gruppeninteresse auch zum Nachteil der Tochtergesellschaft berücksichtigen darf, sofern (1.) die Unternehmensgruppe strukturell verfestigt ist, (2.) die abhängige Gesellschaft Teil einer kohärenten und auf Dauer angelegten Gruppen- bzw. Konzernpolitik ist, (3.) die Vor- und Nachteile aus der Einbindung in die Gruppenpolitik jedenfalls auf längere Sicht als ausgeglichen erscheinen und (4.) die abhängige Gesellschaft nicht in die Gefahr der Insolvenz gerät.¹⁴⁷ Um eine einigermaßen praktikable Handhabung zu ermöglichen, sollte Art. 3.1.6. des Regelungsvorschlages daher in Anlehnung an diese Kriterien präzisiert werden. Als Vorlage könnten insbesondere die vom „Forum Europaeum Konzernrecht“ vorgeschlagene Regelung¹⁴⁸ oder Section 15.16 des „European Model Company Act“¹⁴⁹ dienen.

145 Vgl. hierzu näher *J. Schmidt*, Der Konzern 2017, 1, 2; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 12 Rn. 6.

146 Vgl. auch *Verse*, GPR 2021, 271, 283.

147 Vgl. zu diesen Kriterien *Lutter*, in: Goerdeler/Hommelhoff/Lutter/Odersky/Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag, 1991, 257, 262 f.; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 674, 705 ff.; *J. Schmidt*, Der Konzern 2017, 1, 2; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 4 Rn. 35.

148 Vgl. *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 674, 712 f.

149 So *Verse*, GPR 2021, 271, 283.

4. Rechtstechnische Umsetzung: Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit

Auf welche Weise die für die SES vorgeschlagenen Regelungen umgesetzt werden sollen, geht aus dem entsprechenden Entwurf der „Association Henri Capitant“ nicht hervor.¹⁵⁰ Ihre Konzeption als ein die (mit Blick auf kleine und mittelständische Unternehmen) „lückenhafte Palette“ der europäischen Rechtsformen (SE, EWIV, SCE) ergänzender Gesellschaftstyp¹⁵¹ erfordert jedoch schon allein aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit eine Umsetzung auf sekundärrechtlicher Ebene; eine abgestimmte Parallelgesetzgebung mehrerer Mitgliedstaaten über bilaterale völkerrechtliche Vereinbarungen würde dem intendierten supranationalen Charakter der SES grundsätzlich nicht gerecht (wenngleich die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden sollte, die supranationale Einführung einer kleinen europäischen Kapitalgesellschaft im Wege einer gewissermaßen als „Vorstufe“ hierzu konzipierten deutsch-französischen SES vorzubereiten und zu fördern; dazu näher unter IV.4.c) unten). Vor dem Hintergrund jedoch, dass supranationale Rechtsformen nicht im Wege einer auf den Kompetenztitel aus Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV gestützten und mit qualifizierter Mehrheit der Mitgliedstaaten verabschiedeten Richtlinie geschaffen werden können¹⁵² und der für eine Einführung auf Grundlage von Art. 352 AEUV erforderliche Konsens sämtlicher Mitgliedstaaten für eine kleine europäische Kapitalgesellschaft derzeit schlechterdings nicht realisierbar erscheint,¹⁵³ kann ein erneuter Vorstoß auf diesem Gebiet (vorläufig) wohl nur aus den Reihen einzelner (konsensbereiter) Mitgliedstaaten selbst erfolgen, etwa in Form eines gemeinsamen „Pilotprojekts“ mehrerer Staaten.¹⁵⁴

Den geeigneten Rahmen hierfür bietet das in Art. 20 EUV, Art. 326 ff. AEUV geregelte Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit, das den teilnehmenden Mitgliedstaaten einerseits den Weg zu einer supranationalen

150 Vgl. auch *Verse*, GPR 2021, 271, 274.

151 Vgl. Regelungsvorschlag SES, Einleitung; ferner *Verse*, GPR 2021, 271, 273 f.

152 Vgl. etwa *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 50 AEUV Rn. 25; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Stand: September 2022, Art. 50 AEUV Rn. 17; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 50 AEUV Rn. 32 f.; indirekt bestätigt durch EuGH, Rs. C-436/03, Slg. 2006, I-3722.

153 Vgl. auch *Verse*, GPR 2021, 271, 274.

154 *Teichmann*, GmbHR 2018, 713, 716.

Regelungsgrundlage¹⁵⁵ für die SES eröffnet, andererseits aber die Hürde der Einstimmigkeit sämtlicher – also auch nicht teilnehmender – Mitgliedstaaten der EU vermeidet.¹⁵⁶ Auf diese Weise könnte die SES als supranationale Rechtsform zunächst in den bereits zum jetzigen Zeitpunkt konsensbereiten Mitgliedstaaten und – sofern sich das Modell dort bewährt – schrittweise auch in weiteren Mitgliedstaaten eingeführt werden, die sich dem Projekt einer SES ggf. zu einem späteren Zeitpunkt noch anschließen wollen.¹⁵⁷

a) Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit

Eine Verstärkte Zusammenarbeit setzt einen entsprechenden Antrag von mindestens neun Mitgliedstaaten an die Kommission voraus, in dem der beabsichtigte Anwendungsbereich und die verfolgten Ziele aufgeführt werden müssen (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 EUV, Art. 329 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 AEUV). Die Kommission entscheidet dann nach ihrem Ermessen, ob sie dem Rat einen entsprechenden Vorschlag vorlegt (Art. 329 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 AEUV). Mit Zustimmung des Europäischen Parlaments kann der Rat sodann eine Ermächtigung zur Einleitung der Verstärkten Zusammenarbeit erteilen (Art. 329 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV). Die Erteilung dieser Ermächtigung ist aber nur als letztes Mittel zulässig und setzt die Feststellung voraus, dass die angestrebten Ziele von der Union in ihrer Gesamtheit nicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraums verwirklicht werden können (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 EUV). Zudem müssen sowohl die Verträge als auch das (sekundäre) Unionsrecht beachtet werden (Art. 326 Abs. 1 AEUV). Schließlich darf weder der Binnenmarkt noch der wirtschaftliche, soziale und territoriale Zusammenhalt beeinträchtigt werden; es darf zudem zu keiner Behinderung oder Diskriminierung des Handels und zu keiner Ver-

155 Sog. „partikulares“ Sekundärrecht, vgl. hierzu etwa *Becker*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 20 EUV Rn. 64.

156 Vgl. hierzu bereits *Harbarth*, GmbHR 2018, 657, 662; *Teichmann*, ZGR 2017, 485, 502 f.; *ders.*, GmbHR 2018, 713, 716; kritisch dagegen *Thomale*, ZEuP 2015, 518, 525 ff.

157 Vgl. Art. 20 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 EUV, Art. 328 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 und UAbs. 2 AEUV sowie Art. 331 AEUV.

zerrung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten kommen (Art. 326 Abs. 2 AEUV).¹⁵⁸

Angesichts des (vorläufigen) Scheiterns der Einführung der SPE und der SUP erscheint insbesondere die Feststellung, dass die Einführung einer Europäischen Privatgesellschaft in allen Mitgliedstaaten der Union innerhalb eines vertretbaren Zeitraums nicht verwirklicht werden kann, ohne weiteres möglich.

b) Konsens über das Integrationsziel als ungeschriebene Voraussetzung für eine Verstärkte Zusammenarbeit?

Vereinzelte wird davon ausgegangen, dass das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit über diese Voraussetzungen hinaus auch einen „gesamteuropäischen Konsens über das Integrationsziel“ erfordere und lediglich dessen „inhaltlich angepasst[e] oder zeitlich gestreckt[e] Umsetzung“ gestatte.¹⁵⁹ Die Verstärkte Zusammenarbeit dürfe nur „als Verwirklichungsmodus von Konsens, nicht jedoch als Konsensersatz genutzt“ werden.¹⁶⁰ Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass die Verstärkte Zusammenarbeit nach Art. 20 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 1 EUV darauf ausgerichtet sei, die in Art. 3 EUV aufgeführten Ziele der Union, insbesondere den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt zwischen den Mitgliedstaaten, zu fördern, und Art. 326 Abs. 2 Satz 2 AEUV weder den Binnenmarkt noch den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt beeinträchtigen dürfe.¹⁶¹ Da die SPE an einem sachlichen Dissens der Mitgliedstaaten insbesondere hinsichtlich der Frage der unternehmerischen Mitbestimmung gescheitert sei, habe „die Einführung einer vollharmonisierten Europäischen Privatgesellschaft als Integrationsziel keine einhellige Zustimmung unter den Mitgliedstaaten“ erfahren. Aus diesem Grunde könne eine solche vollharmonisierte Europäische Privatgesellschaft nunmehr auch nicht

158 Siehe zu Funktion und Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit näher *Streinz*, JuS 2013, 892 ff.

159 So *Thomale*, ZEuP 2015, 517, 523.

160 *Thomale*, ZEuP 2015, 517, 528.

161 *Thomale*, ZEuP 2015, 517, 522 f., der a.a.O. S. 524 zudem anführt, dass sich dies aus einem Umkehrschluss aus Art. 82 Abs. 3 AEUV und Art. 83 Abs. 3 AEUV ergebe, wo für den Fall des fehlenden Einvernehmens im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ein sich automatisch anschließendes, keine Ermächtigung durch den Rat voraussetzendes Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit vorgesehen sei.

mittels des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit verwirklicht werden.¹⁶²

Gegen diese restriktive Ansicht wird aber zutreffend eingewandt, dass den Mitgliedstaaten gegen den mit qualifizierter Mehrheit zu fassenden Beschluss zur Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit ursprünglich ein Vetorecht zugestanden hatte, welches jedoch durch den Vertrag von Nizza gestrichen wurde.¹⁶³ Dies zeigt, dass das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung gerade dann ein Voranschreiten im kleineren Kreis ermöglichen soll, wenn eine für alle Mitgliedstaaten geltende Regelung an der erforderlichen Einstimmigkeit scheitert.¹⁶⁴ Ferner kann nach der Rechtsprechung des EuGH die nach Art. 20 Abs. 2 EUV für eine Verstärkte Zusammenarbeit erforderliche Unmöglichkeit, die angestrebten Ziele für die gesamte Union innerhalb eines vertretbaren Zeitraums zu verwirklichen, unter anderem daraus resultieren, dass sich die Mitgliedstaaten, die allesamt ihr Interesse an dem Erlass einer Regelung auf Unionsebene bekundet hatten, nicht auf den Inhalt einer solchen Regelung einigen konnten.¹⁶⁵ Ein gesamteuropäischer Konsens über das Integrationsziel erscheint daher für die Einführung der SES mittels des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit nicht erforderlich.

c) Deutsch-französische SES als „Vorstufe“ einer kleinen europäischen Kapitalgesellschaft

Freilich geht auch das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit mit einem nicht unerheblichen Koordinationsaufwand einher; es gibt schlechterdings keine Garantie dafür, dass es (zeitnah) gelingt, mindestens neun

¹⁶² Thomale, ZEuP 2015, 517, 540 f.

¹⁶³ So Gebauer/Teichmann, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 6: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn. 32 unter Verweis auf Thym, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2022, § 22 Rn. 31; siehe zur Streichung dieses Veto-Rechts durch den Vertrag von Nizza auch Blanke/Böttner, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Stand: September 2022, AEUV Art. 329 Rn. 3.

¹⁶⁴ Vgl. zu diesem Zweck des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit Streinz, JuS 2013, 892, 895.

¹⁶⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 16.04.2013 - Rs. C-274/11 und C-295/11, ECLI:EU:C:2013:240, Rn. 36.

Mitgliedstaaten zu einer Übereinkunft über traditionell streitige und rechtspolitisch brisante Themen wie das gesetzliche Mindestkapital oder die unternehmerische Mitbestimmung zusammenzuführen.¹⁶⁶

Dementsprechend sollte die Möglichkeit einer zunächst auf Deutschland und Frankreich beschränkten Einführung der SES im Wege einer (völkervertraglich abgesicherten¹⁶⁷) Parallelgesetzgebung nicht von vornherein verworfen werden.¹⁶⁸ Freilich würde der in letzter Konsequenz angestrebte supranationale Charakter der SES hierdurch (noch) nicht herbeigeführt. Doch könnte eine (zunächst) nur in Deutschland und Frankreich eingeführte „binationale SES“ als eine die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit der Verträge genießende nationale Rechtsform dieser Staaten – wie etwa die deutsche GmbH oder die französische SARL – auch in den anderen Mitgliedstaaten eingesetzt werden. Durch ihren grenzüberschreitenden Einsatz würden die vorstehend aufgezeigten Vorteile der SES (gewissermaßen am praktischen Beispiel selbst) unionsweit beworben, der europäische Rechtsverkehr würde bereits vorab an die neue Rechtsform gewöhnt, und etwaige rechtspolitische Bedenken der anderen Mitgliedstaaten würden (möglicherweise) zerstreut.¹⁶⁹ Auf diese Weise könnte eine gleichsam als „Vorstufe“ einer kleinen europäischen Kapitalgesellschaft konzipierte deutsch-französische SES potentielle rechtspolitische Hindernisse noch vor Beginn eines (erneuten) supranationalen Anlaufs aus dem Weg räumen und so die spätere Einführung einer kleinen europäischen Kapitalgesellschaft – auf Grundlage und ggf. auch unter dem „Label“ der „SES“ – im Wege des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit vorbereiten und erheblich erleichtern.

V. Zusammenfassung

1. In ihrer Gesamtbetrachtung stellt die SES einen weiteren ambitionierten Vorstoß von Seiten der Wissenschaft dar, die seit langem ersehnte kleine

166 Vgl. auch *Verse*, GPR 2021, 271, 274 f.

167 Möglich wäre insoweit zwar auch eine allein politisch abgestimmte Parallelgesetzgebung unter Verzicht auf völkervertragliche Absicherung. Ein solches Vorgehen würde jedoch einer späteren – nicht abgestimmten – Änderung der jeweiligen nationalen Statuten und damit einer unerwünschten „Nationalisierung“ der SES Tür und Tor öffnen.

168 So auch *Verse*, GPR 2021, 271, 275.

169 Vgl. auch *Appadoo*, Die betont supranationale Rechtsform, 2021, 196.

europäische Kapitalgesellschaft zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Entfaltung unternehmerischer Aktivitäten zur Verfügung zu stellen.

2. Positiv zu bewerten ist vor diesem Hintergrund insbesondere die Rückkehr zur Grundkonzeption eines genuin europäischen Vollstatuts, nachdem das Statut der SPE im Laufe der Verhandlungen im Ministerrat der EU zunehmend „nationalisiert“ worden war. Erfreulich ist ferner das Festhalten an der ebenfalls bereits von der SPE bekannten flexiblen Organisationsverfassung.

3. Wenngleich es darüber hinaus grundsätzlich zu begrüßen ist, dass das (für den voraussichtlichen Hauptanwendungsbereich der SES als grenzüberschreitender Konzernbaustein¹⁷⁰ zentrale) Konzernrecht Eingang in den Regelungsentwurf SES gefunden hat, birgt dieser auch Verbesserungspotential. Namentlich bleiben die konzernrechtlichen Vorschriften des Entwurfs recht vage und erweisen sich damit als nur eingeschränkt praktikabel. Ferner sollte darüber nachgedacht werden, das bislang vorgesehene Mindestkapital von 12.000 Euro abzusenken oder zumindest bestimmte Mechanismen zur Erleichterung seiner Aufbringung zuzulassen, bspw. nach dem Vorbild der deutschen Unternehmersgesellschaft. Soweit man sich dem Konzept eines Mindestkapitals verschrieben hat, sollten in jedem Fall auch die Regelungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung präzisiert und ergänzt werden.

4. Doch handelt es sich beim Großteil der hier vorgeschlagenen Modifikationen und Anregungen ersichtlich um Detailkorrekturen, die nicht darüber hinwegtäuschen sollen, dass die Association Henri Capitant mit der SES eine Gesellschaftsform konzipiert hat, die durchaus geeignet erscheint, die grenzüberschreitende Expansion kleiner und mittelständischer Unternehmen innerhalb Europas zu beleben und auf diese Weise die hiervon erwarteten wirtschaftlichen Impulse freizusetzen. Es bleibt dementsprechend zu hoffen, dass sich an einer etwaigen Umsetzung des (modifizierten) Entwurfs im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit möglichst viele Mitgliedstaaten beteiligen. Die vorherige Einführung einer – auf abgestimmter Parallelgesetzgebung beruhenden – deutsch-französischen SES in Deutschland und Frankreich als „Vorstufe“ einer supranationalen Version erscheint dabei geeignet, das Modell der SES auch in den anderen Mitgliedstaaten zu bewerben, deren etwaige rechtspolitische Bedenken zu zerstreuen und auf diese Weise die Grundlage für ein erfolgreiches Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit unter breiter mitgliedstaatlicher Beteiligung zu schaffen.

170 Vgl. auch *Verse*, GPR 2021, 271, 273, 282.

Ein europäisches Gruppenrecht für den Binnenmarkt*

Peter Hommelhoff

Inhaltsübersicht

I.	Die Niederlassungsfreiheit und ihre Ausübung in Konzernstrukturen	110
1.	Merkmale des grenzüberschreitenden Einheitsunternehmens	111
2.	Merkmale grenzüberschreitender Konzerne	112
3.	Der Konzern im Binnenmarkt: eine Gesetzgebungs-Aufgabe	114
a)	Der Regelungsbeitrag der Mitgliedstaaten	114
b)	Mangelbehaftete Rechtslage	115
c)	Unsicheres Konzerninteresse	116
d)	Gestaltungsauftrag an den Sekundärgesetzgeber	117
4.	Regelungsbereiche eines Binnenmarkt-orientierten Konzernrechts	118
a)	Regulierung des Konzerninteresses	118
b)	Durchsetzbarkeit	120
c)	Arbeitsteilige Gesamtleitung des Konzerns	120
d)	Leitungsspezifische Informationen	121
e)	Außenseiterschutz	122
f)	Dezentralität und Haftungssegmentierung	122
5.	Europäisches Konzernrecht als Gesamtregelung	123
a)	Abkehr vom Konzept der Einzelregelungen	124
b)	Konzernrecht als Organisations- und Schutzrecht – ein Angebot	125
II.	Einheits- und Holdingskonzerne	126
1.	Unterschiedliche Leitungsintensität	127
2.	Matrixkonzerne	129
3.	Mischkonzerne	130
III.	Die zentralistische Konzernverbindung	130
1.	Der Konzernbeitritt	131
a)	Gesellschafter-Zustimmung in der Tochter	131
b)	Geschäftsführungs-Entscheid in der Mutter	132

* Es ist vielfach zu danken: Christian und Joanna Schubel/Warschau für den Aufschluss des polnischen Gruppenrechts; für die kritische Durchsicht des Manuskripts und hilfreiche Hinweise Jean Nicolas Druey/Basel, Detlef Kleindiek/Bielefeld, Gerd Krieger/Düsseldorf, Eberhard Schollmeyer/Berlin, Christoph Teichmann/Würzburg, Manuel Theisen/München; für die Hilfe im wissenschaftlichen Nachweisapparat Robert Feldmann/Heidelberg.

c) Der Konzernbeitritt als solcher	133
d) Die Information der Gesellschafter	133
e) Die Information der Allgemeinheit	134
f) Austrittsrecht und Abfindung	134
g) Tochter im Alleinbesitz:	135
2. Das Weisungsrecht	135
3. Weisungskontrolle und Widerspruch	136
a) Die Kontrolle der Mutterweisung	137
b) Zur Absicherung der Kontrolle	137
c) Nachteilsermittlung	138
d) Der Widerspruch und seine Absicherung	138
e) Töchter im Alleinbesitz	139
4. Kontrollmaßstäbe im Interesse effektiven Außenseiterschutzes	139
a) Vermögens- und Liquiditätsschutz	140
b) Zusätzlicher Schutz der Gewinnerwartungen	141
5. Der Konzerninformationsanspruch der Mutter	142
6. Würdigung	143
IV. Dezentralisierte Konzernverbindungen	144
1. Der Beitrittsbeschluss	144
2. Die Dezentralität	146
a) Der Dezentralitäts-Entscheid der Muttergeschäftsführung	146
b) Der Niederschlag des Dezentralitäts-Entscheids	147
c) Abänderbarkeit des Dezentralitäts-Entscheids	148
3. Die Sorgfaltspflichten der Muttergeschäftsführung	149
a) Das Konzern-leitende Handlungs- und Pflichtenprogramm	149
b) Konzernkontrolle	150
c) Zur ausdrücklichen Beschreibung des Pflichtenprogramms	151
4. insbesondere: Risikomanagement in der Konzernmutter	152
a) Konzernweit einheitliche Risikomanagement-Pflichten	152
b) Konzernkontroll-bezogene Management-Pflichten	153
5. Informationsversorgung der Mutter	154
6. Überwachung durch den Mutter-Aufsichtsrat	155
7. Die Sorgfaltspflichten der Tochtergeschäftsführung	156
a) Eigenverantwortliche Unternehmensleitung in der Tochter	156
b) Mitverantwortung für die Konzernpolitik	156
c) Absicherung der Tochtereigeninteressen	157
8. Rechtlich abgesicherte Dezentralität	158
a) Besetzung der Geschäftsführungs-Positionen	159
b) Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder	159
c) Gesellschafter-Kompetenz	160
9. Die Überwachungsstelle in der Konzerntochter	160
V. Risiko- und Haftungssegmentierung im Konzern	161
1. Konzernspezifische Legitimation der Haftungsabschottung	161

2. Haftungssegmentierung im Holdingkonzern	164
3. Risikoabschottung im Einheitskonzern	164
a) Das Ausfall-Risiko der Vertragsgläubiger	165
b) Schutzbedürftige Tochtergläubiger	166
4. Die Legitimation des Konzerns und die begründungsbedürftigen Haftungsdurchbrechungen	167
VI. Konzernberichterstattung	169
1. Der Strukturbericht der Konzernmutter	170
2. Die Transaktionsberichte der Konzerntöchter	171
3. Sachverständige Prüfung	173
VII. Zur Umsetzung und Implementierung eines Binnenmarkt-adäquaten Konzernrechts	173
1. Ein vollständig supranationales Konzernrecht?	174
2. Die Regelungskomplexe eines europäischen Konzernrechts in ihrer Zusammenfassung	175
3. Die Regelungsfelder einer Gruppenrechts-Richtlinie	177
4. Der supranationale Konzernbaustein	178
Anhang	180

Im europäischen Primärrecht eröffnet die Niederlassungsfreiheit den Bürgern und Unternehmen der Union nicht bloß die gesicherte Möglichkeit, sich über Binnengrenzen hinweg in anderen Mitgliedstaaten erwerbswirtschaftlich zu betätigen (Art. 49 AEUV)¹. Darüber hinaus schließt diese Grundfreiheit die spezielle Freiheit mit ein, wie die Unternehmen ihre Aktivitäten jenseits der Grenze organisieren wollen: über Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften (Art. 49 UA 1 S. 2 AEUV)². Die Unternehmen sollen frei entscheiden können, in welcher Weise sie das ihnen zur Verfügung stehende Leistungspotential, ihre Ressourcen strukturieren wollen, um im Binnenmarkt (Art. 26 AEUV) möglichst große Erfolge vielfältiger Art letztlich zum Wohl der EU-Völker (Art. 3 Abs. 1 EUV) zu

1 Zur binnenmarktrechtlichen Niederlassungsfreiheit der Unternehmen eingehend *Kainer*, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, S. 235 ff.

2 Zu den Organisationsformen *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 49 AEUV, Rn. 38 ff, 41 ff; zur Bedeutung, die der Organisationsformwahl für den grenzüberschreitenden Marktzutritt zukommt, *Tiedje*, aaO, Rn. 54: Niederlassungsfreiheit ist nur dann voll verwirklicht, wenn alle Formen der Niederlassung offenstehen; grundlegend *Friese*, Rechtsformwahlfreiheit im Europäischen Steuerrecht, 2010, S. 176 f, 181.

erwirtschaften³, namentlich um im freien Wettbewerb (Art. 119 Abs. 1 AEUV) den Bestand des Unternehmens zu sichern und seinen Wert zu steigern. Damit dient die in die Niederlassungsfreiheit eingelagerte grenzüberschreitende Organisationsfreiheit⁴ dem primärrechtlich vorgegebenen Ziel der Union, auf eine in hohem Maße wettbewerbsfähige ökosoziale Marktwirtschaft im Binnenmarkt hinzuwirken (Art. 3 Abs. 3 EUV)⁵. Nach dem europäischen Primärrecht fungiert die Organisationsfreiheit mithin als eines der Instrumente, um die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu stärken – innerhalb des Binnenmarkts und darüber hinaus global. Deshalb ist die Organisationsfreiheit aus Art. 49 AEUV auch darauf ausgerichtet, die Unionswirtschaft insgesamt in ihrem Wettstreit mit den Wirtschaften vornehmlich in Nordamerika und Ostasien zu unterstützen.

I. Die Niederlassungsfreiheit und ihre Ausübung in Konzernstrukturen

Die Organisationsfreiheit hat der europäische Gesetzgeber in den Alternativen „Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften“ ausgeprägt und auf diesem Wege den Unternehmen den Konzern⁶ auf der einen Seite und auf der anderen das Einheitsunternehmen zur Wahl gestellt, das über Zweigniederlassungen oder eigenständige Agenturen grenzüberschreitend tätig wird. Mit beiden Organisationsformen⁷ verbinden

3 Art. 120 S. 1 AEUV hält die Mitgliedstaaten und die Union an, im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu handeln, wodurch effizienter Ressourceneinsatz gefördert wird; dazu *Müller-Graff*, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht (Fn. 1), S. 82 ff; *Schön*, ZGR 2019, 343, 351: Allokationseffizienz in stabilen und auch hierarchisch organisierten Unternehmen, deren Organisation möglichst frei gestaltet werden kann (*Schön*, FS Priester, 2007, S. 737, 746 f); Optimierung der Marktpresenz unter gleichzeitiger Optimierung der Kostenstruktur (*Schön*, EWS 2000, 281, 284).

4 *Schön*, FS Hommelhoff, 2012, S. 1037, 1041; *Teichmann*, ZGR 2017, 485, 496 f.

5 S. hierzu auch *Goulard*, in: G. Kirchhof/M. Keller/R. Schmidt (Hrsg.), Europa: in Vielfalt geeint!, 2020, S. 260 f.

6 Ob mit Blick auf den europäischen Gesetzgeber und die anderen Mitgliedstaaten nicht besser von der „Gruppe“ als vom „Konzern“ gesprochen werden sollte (dazu *Druey*, FS Hommelhoff, S. 135, 149 ff, 155 f), mag sich später weisen (unten VII 3).

7 Zum Schutz grenzüberschreitender Konzernbildung in der EuGH-Rechtsprechung *Schön*, ZGR 2019, 343, 352 f mwN; *Teichmann*, ZGR 2014, 45, 48 f, 65 ff (Rezension EuGH vom 20.6.2013 Rs. C-186/12-Impacto Azul).

sich, wie dem unternehmenspraktischen Schrifttum zu entnehmen ist, spezifische Vorteile, aber auch Nachteile:

1. Merkmale des grenzüberschreitenden Einheitsunternehmens

Das grenzüberschreitend aktive Einheitsunternehmen zeichnet seine einfache Governance-Struktur mit Geschäftsleitung und Basisorgan, ggf. noch ergänzt um ein Überwachungsorgan an seiner Spitze aus; im nachgeordneten Bereich finden sich keine weiteren Organe, also weder nachgeordnete Leitungs- oder Überwachungsorgane mit gesetzlich vorgegebenen Handlungspflichten⁸, noch weitere Basisorgane. Das verbilligt die Einrichtung und den Betrieb der Managementstruktur im Einheitsunternehmen. Zugleich ist der Geschäftsleitung auf der Grundlage ihres arbeitsrechtlichen oder dienstvertraglichen Weisungsrechts eine streng zentralistische Unternehmensführung auch über die Grenze hinweg bis auf die letzte Hierarchiestufe hinab möglich. Daher kann die Geschäftsleitung, sobald sie informiert ist, auf Entwicklungen, insbesondere auf Fehlentwicklungen, an welcher Stelle des Einheitsunternehmens auch immer, sehr schnell und unmittelbar reagieren.

Auf der anderen Seite ist die Geschäftsleitung im Einheitsunternehmen mit allen Einschränkungen und Nachteilen konfrontiert, die mit zentralistischer Unternehmensführung gerade über die Binnengrenzen in der Union hinweg verbunden sein können: die räumliche und kulturelle Distanz zwischen den verschiedenen Märkten des Einheitsunternehmens und der Geschäftsleitung; die Länge der Informationswege und die mit ihr verbundene Gefahr der Informationsverzerrung; die besonderen Herausforderungen, die eine marktferne Würdigung der Informationen mit sich bringt; die aus alledem resultierenden Verzögerungen, bis marktrelevante Entscheidungen von der Geschäftsleitung getroffen werden können; die steuerrechtlichen Erschwernisse, die mit der Gewinnverteilung auf mehrere Betriebsstätten zur Umsetzung von Doppelbesteuerungsabkommen

⁸ Dies ist das entscheidende Abgrenzungsmerkmal der Zweigniederlassung gegenüber der Tochtergesellschaft; denn zwar kennzeichnet eine gewisse Selbständigkeit im Organisatorischen, Personellen und Sachlichen auch die Zweigniederlassung (vgl. für das deutsche Recht u.a. *Krafka*, in: MünchKomm HGB, 5. Aufl. 2021, § 13, Rn. 11 ff), aber der daraus herrührende Handlungsfreiraum der Niederlassungsführung leitet sich qua Delegation von der Unternehmensführung ab und beruht nicht auf dem Gesetz.

verbunden sind⁹; schließlich und vor allem aber deren Überlastung, die ihr droht, wenn sie in einem Binnenmarkt-weit aktiven Einheitsunternehmen für dessen laufendes Geschäft in mehreren Mitgliedstaaten ebenso wie für die dort jeweils anstehenden strategischen Grundsatzfragen permanent eine Fülle ganz unterschiedlicher Entscheidungen in der *einen* Geschäftsführung oder an anderer Stelle in der Zentrale fallen muss.

2. Merkmale grenzüberschreitender Konzerne

Demgegenüber ist der grenzüberschreitende Konzern schon wegen der rechtlichen Selbständigkeit der Konzerntöchter und wegen der gesetzlich begründeten Handlungspflichten ihrer Organe von Rechts wegen auf Dezentralität hin angelegt¹⁰; in ihm kann sich die Geschäftsführung an der Konzernspitze auf die Leitungsbeiträge der nachgeordneten Geschäftsführungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten abstützen¹¹. Das gilt für die laufende Geschäftsführung auf den regional, produktbezogen oder sonstige unterschiedlichen Märkten, aber ebenso wenn es um die Konzernstrategie, ihre Festlegung und Fortschreibung so geht, wie diese jeweils die einzelnen Märkte betrifft. Entwicklungen und mögliche Fehlentwicklungen auf ihnen können und müssen zunächst die Tochtergeschäftsführungen aufgreifen und auf sie reagieren¹². Das erhöht im Vergleich zum Einheitsunternehmen die Reaktionsgeschwindigkeit und erlaubt regelmäßig präzisere Reaktionen als in jenem schon deshalb, weil die Töchter in die Wirtschafts- und Rechtsordnungen ihrer Sitzländer eingeflochten sind¹³. Zwar wird die Tochtergeschäftsführung gewichtigere Entwicklungen, namentlich Fehlentwicklungen unverzüglich der Geschäftsführung an der Kon-

9 Monographisch dazu u.a. Witt, Die Konzernbesteuerung, 2006.

10 Diese Dezentralität ist freilich nicht zwingend vom Recht vorgegeben; vielmehr lassen sich Tochtergesellschaften in den Grenzen des Rechts auch zentralistisch leiten; zu den in Ausübung der Konzernorganisationsfreiheit wählbaren Konzernformen Lutter/Bayer, in: Lutter/Bayer (Hrsg.), Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, S. 1, 8 ff; Kleindiek, in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2010, S. 792 f.

11 Zu den Vor- und Nachteilen der konzerninternen „Delegation“ aus betriebswirtschaftlicher Sicht vgl. auch die Auflistung von Berndt Schmidt, Integrierte Konzernführung, 1993, S. 130.

12 Engert, in: Bergmann u.a. (Hrsg.), Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, 2020, S. 59, 62: dezentrale Anreizstrukturen (zu ihnen vertiefend ders., FS Baums, 2017, Band I, S. 384, 398).

13 Näher Keller, in: Holding-Handbuch (Fn. 10), S. 117 (4.12).

zernspitze zur Kenntnis geben müssen, damit diese ggf. innerhalb ihres Verantwortungsbereichs nachsteuern kann. Aber dennoch entlasten die im Ausland marktnah operativ tätigen Tochtergeschäftsführungen die der Mutter ganz erheblich, so dass diese sich im so dezentralisierten Konzern auf die strategische und finanzielle Konzernführung konzentrieren kann. Auch wenn die Muttergeschäftsführung die der Töchter schon von Rechts wegen ihrer Kontrolle und Steuerung (Monitoring) unterstellen muss (unten IV 3b), um ihrer Verantwortung für das Konzernganze samt der in den Konzerngesellschaften eingesetzten Mittel gerecht zu werden, so führt die Organisationsstruktur eines dezentralen Konzerns trotzdem zu einer entscheidenden Entlastung der Muttergeschäftsführung; ja: nicht selten eröffnet erst die Möglichkeit, sich als dezentral strukturierter Konzern zu organisieren, den Unternehmen all' jene Chancen, die der Binnenmarkt als Raum ohne Binnengrenzen (Art. 26 Abs. 2 AEUV) ihnen trotz aller Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in den kulturellen und gesellschaftlichen Gepflogenheiten ihrer Völker, in der Struktur ihrer Volkswirtschaften, in ihren Eigentumsordnungen und im Verhalten ihrer Marktteilnehmer, in den Marktusancen und in ihrer jeweiligen Wirtschafts- und Zahlungskraft¹⁴ dennoch gewährt¹⁵. Zutreffend wird der Konzern daher von manchen als *die* Binnenmarkt-adäquate Organisationsform qualifiziert¹⁶; er spiegelt das Prinzip der Einheit in Vielheit, dem der besondere Charakter und die Kraft der Europäischen Union entspringen¹⁷.

14 Vgl. G. Kirchhof/R. Schmidt/Keller/Kube/Rödter/Zeitler, in: Europa: in Vielfalt geeint!, (Fn. 5), S. 510.

15 Zur ökonomischen Effizienz von Konzernen u.a. Ringlstetter, Konzernentwicklung, 1995, S. 87 ff; Synergie- und Mobilisierungspotentiale im Konzern.

16 *Reflection Group On the Future of EU Company Law*, Report, 2011, S. 59 (abrufbar unter ec.europa.eu/internal...market/company/does/modem/reflectiongroup...report.en.pdf): „The international group of companies [...] has become *the* prevailing form of European large-sized enterprises“; Fleischer, ZGR 2017, 1, 29; Hommelhoff, ZGR 2019, 379, 371; s. auch Amstutz, Globale Unternehmensgruppe, 2017, S. 41 f; Lutter, FS Stimpel, 1985, S. 825, 826 f; Renner, Bankkonzernrecht, 2019, S. 105: die Eignung des Konzerns zur grenzüberschreitenden Organisation unternehmerischer Aktivitäten.

17 Dazu zusammenfassend G. Kirchhof/R. Schmidt/Keller/Kube/Rödter/Zeitler, in: Europa: in Vielfalt geeint!, (Fn. 5), S. 503 ff, 505 f.

3. Der Konzern im Binnenmarkt: eine Gesetzgebungs-Aufgabe

Verglichen mit dem Einheitsunternehmen ist der Konzern für grenzüberschreitende Aktivitäten somit in aller Regel die geeignetere Organisationsform; erst der Konzern erschließt den Unternehmen den Binnenmarkt in seiner ganzen Vielfalt mitsamt seinen mannigfachen Chancen, erlaubt es, die in den einzelnen Konzerngesellschaften bereitstehenden Ressourcen optimal effizient zu nutzen¹⁸. Unternehmen brauchen vor allem die Organisationsform „Konzern“, um ihre Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) effektiv ausüben zu können; für sie bilden die Niederlassungsfreiheit und die Möglichkeit, ihre Binnenmarkt-weiten Aktivitäten in einem Konzern zu organisieren und, sobald und so weit erforderlich, zu reorganisieren, eine funktionale Einheit. Ohne den Konzern würde die Niederlassungsfreiheit für Unternehmen weithin ins Leere laufen, bliebe im Wesentlichen „nudum ius“.

a) Der Regelungsbeitrag der Mitgliedstaaten

Nun ist Konzernbildung, auch die über die Grenze, den Unternehmen keineswegs verwehrt¹⁹. Die Niederlassungsfreiheit umfasst das Recht, im Ausland Unternehmen, insbesondere Gesellschaften zu gründen und zu leiten (Art. 49 UA 2 AEUV) – und zwar nach den Bestimmungen des Aufnahme Staates. Damit verweist das unionale Primärrecht auf die Rechtsformen der Mitgliedstaaten als Konzernbausteine. Aber ein so buntscheckig aus den Rechtsformen mehrerer Mitgliedstaaten zusammengesetzter Konzern wird in seinen rechtlichen Rahmenbedingungen der Weite und Vielfalt des Binnenmarkts aus mehreren Gründen nicht gerecht:

In keinem der Mitgliedstaaten wird der Konzern als eine Organisation geregelt, in der mehrere Töchter unter der einheitlichen Leitung der

18 Vgl. *Schön*, ZGR 2019, 343, 355; zur Leistungsfähigkeit und Wirkkraft des Konzerns näher (dargestellt am Beispiel des faktischen AG-Konzerns) *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 388 ff; so auch schon *Lutter*, FS Stimpel, S 825, 826: Konzerne sind ungemein leistungsfähige, weil flexible Formen der Organisation wirtschaftlicher Tätigkeit.

19 Zum Konzernrecht in der Union s. *Lutter/Bayer/Schmitt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, S. 174 ff; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, S. 93 ff; *Hommelhoff*, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (KSzW) 2014, 63; *Krebs/Jung*, in: Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, S. 2150 ff.

Mutter zusammengefasst sind²⁰. Regulierungsobjekt ist auch und insbesondere in Deutschland die einzelne Unternehmensverbindung. Das hat seinen Grund im Regulierungsansatz: Konzernrecht wird weithin als qualifiziertes Schutzrecht zugunsten der außenstehenden Gesellschafter in der (konzern-)abhängigen Gesellschaft²¹ und zugunsten derer Gläubiger verstanden²², aber nicht als Recht zur Organisation eines umfassenden Gesamtkonzerns²³ unter Berücksichtigung des Außenseiterschutzes in den mehreren Konzerntöchtern.

b) Mangelbehaftete Rechtslage

Aus dieser Fragmentierung des Konzerns in seine einzelnen Unternehmensverbindungen unter dem Aspekt des Außenseiterschutzes folgt, dass für die einzelnen Konzerntöchter in mehreren Mitgliedstaaten ein markant unterschiedliches Recht gilt. Insbesondere fehlt eine unionsweit einheitliche Regelung für den Widerstreit zwischen dem Konzern- oder Gruppeninteresse auf der einen Seite und dem jeweiligen Tochterereigeninteresse auf der anderen – ganz im Gegenteil: zur Anerkennung des Konzerninteresses verhalten sich die Mitgliedstaaten vollständig uneinheitlich²⁴

20 S. die Berichte für Großbritannien, Tschechien, Frankreich, Skandinavien, Niederlande und Polen in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann (Hrsg.), *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 19 ff; für Italien s. aber *Scognamiglio*, ebenda, S. 184: die Gesellschaftsgruppe als besondere Form eines Unternehmens mit mehreren Gesellschaften; für Ungarn *Schubel/Dziuba*, ZVglRWiss 2019, 145, 159 ff; für Bulgarien *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016; umfangreiche Berichte zu Frankreich, Italien, Polen, Rumänien, Spanien, Niederlande und das Vereinte Königreich auch in Vicari/Schall (Hrsg.), *Company Laws of the EU*, 2020; s. auch noch die Literaturübersichten in *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, S. 22 ff sowie *Teichmann*, ZGR 2014, 45, 49 ff.

21 Grundlegend für das deutsche Recht BGHZ 69, 334, 337 – VEBA/Gelsenberg.

22 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 11; *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 15, Rn. 3 (Gefahrenabwehr); *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 15, Rn. 13.

23 S. etwa *Schall*, in: BeckOGK AktG (Hrsg.: Spindler/Stilz), Stand: 1.2.2022, § 15, Rn. 34.

24 Dazu der umfassende Befund der Informal Company Law Expert Group (ICLEG), Report on the recognition of the interest of the groups, 2016, (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/icleg_recommendations_interest_group_final_en_0.pdf) abgerufen am 19.05.2022, S. 20 ff, eingebettet in eine eingehende Beschreibung des Gruppeninteresses, seines punktuellen Niederschlags im

und beantworten diese Grundsatzfrage (wie gerade Deutschland zeigt) dann ggf. auch noch nach Rechtsformen mit der Folge differenziert, dass eine Binnenmarkt-weit Einheit stiftende Konzernleitung nachdrücklich erschwert wird²⁵: Für jede Tochter muss sich die Muttergeschäftsleitung personal-, zeit- und kostenaufwendig ein verlässliches Bild darüber verschaffen, ob und unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Grenzen sie die mehreren Konzerngesellschaften unter ihrer einheitlichen Leitung zusammenfassen, sie dem Konzerninteresse in der Tochter den Vorrang verschaffen und dies auch durchsetzen darf. Diese Erkundung mehrerer Rechtsordnungen beeinträchtigt das Mutterunternehmen in der Ausübung seiner Niederlassungsfreiheit empfindlich, vor allem wenn es sich um eine mittelständische Mutter handelt.

c) *Unsicheres Konzerninteresse*

Kommt in vielen Mitgliedstaaten die Rechtsunsicherheit hinzu, ob die Tochtergeschäftsführung dem Konzerninteresse überhaupt den Vorrang einräumen darf und, falls doch, unter welchen Voraussetzungen, inwieweit und mit welchen Folgepflichten für die Tochtergeschäftsführung. Welchen Risiken diese ausgesetzt sein kann, haben die polnischen Geschäftsführer der niederländischen Rabo-Bank leidvoll erfahren, als wegen ihrer Teilnahme am konzernweiten Cash Management strafrechtliche Ermittlungen gegen sie wegen Treubruchs zulasten der Rabo-Tochter angestrengt wurden²⁶. Daher sind Tochtergeschäftsführer in Binnenmarkt-weit aufgestellten Konzernen schon in ihrem eigenen Interesse, nicht zivil-, ordnungswidrigkeiten- oder gar strafrechtlich in Haft genommen zu werden, gehalten, die Leitungsimpulse der Muttergeschäftsführung mit Sorgfalt daraufhin zu

europäischen Sekundärrecht, seiner Anerkennung und fehlenden Anerkennung in den Mitgliedstaaten sowie der Einzelziele seiner erstrebten Anerkennung im europäischen Recht; vgl. auch den kondensierten Bericht von *Krebs/Jung*, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19), S. 2165.

25 Diese Erschwernisse sind bereits im Zusammenhang mit dem Projekt einer Europäischen Privatgesellschaft (SPE) heller ausgeleuchtet worden; s. etwa *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 926; zur SPE als „Konzernbaustein“ *Lutter/Bayer/Schmidt*, in: Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 1892 f.

26 Zum rechtlichen Hintergrund dieses Falles *Oplustil/Wludyka*, FS Hommelhoff, S. 863, 868 f; den vergleichbar gelagerten Fall „Parmalat“ referiert ICLEG, (Fn. 24), S. 30 f.

überprüfen, ob sie mit dem für die Tochtergesellschaft geltenden Recht ihres jeweiligen Mitgliedstaates im Einklang stehen, um ihnen ggf. widerstehen zu können – ein Druck, den die zur „nachhaltigen Unternehmensführung“ jüngst vorgeschlagenen Aufsichtsbehörden und ihr europäisches Netz²⁷ in mittlerer Sicht noch verstärken könnten, wenn ihr Schutz auch auf die Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsgesellschafter als Interessenträger erstreckt werden sollte. Auch solche Gegenkräfte aus den mehreren Töchtern stehen einer effektiven und auf Wettbewerbsfähigkeit hin ausgerichteten Konzernleitung über die EU-Binnengrenzen hinweg entgegen und erschweren den Mutterunternehmen entgegen der Gewährleistung aus Art. 49 UA 2 AEUV die Unternehmensleitung über die Grenze. Das schlägt sich auch in den Erschwernissen nieder, die einer reibungslosen und rechtssicheren Binnenfinanzierung im Konzern über gegenseitige Kredite und Sicherheiten widerstreiten, sowie in den Herausforderungen, denen ein konzernweites Cash Pooling über die Grenzen begegnet²⁸.

d) Gestaltungsauftrag an den Sekundärgesetzgeber

Indes – diese Erschwernisse in Ausübung der Niederlassungsfreiheit lassen sich keineswegs schon durch bloße Interpretation dieser Grundfreiheit überwinden. Der Europäische Gerichtshof würde die Grenzen seines Zuständigkeitsbereichs (Art. 256 AEUV) überschreiten, wenn er sich anschicken wollte, aus Art. 49 AEUV ein ganzes Konzernrecht herzuleiten²⁹. Dies mit der Fülle seiner Einzelaspekte gestaltend und Interessenausgleichend zu schaffen, um Binnenmarkt-weit und darüber hinaus aktiven Konzernen eine gefestigte Rechtsgrundlage zur Verfügung zu stellen³⁰, ist Infrastrukturaufgabe des europäischen Gesetzgebers³¹. Konzernrecht ist nur in einem Sekundärrechtsakt (Art. 288 AEUV) zu schöpfen. Dieser sollte auf

27 Artt. 17/21 des Vorschlags für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit vom 23.2.2022, COM(2022) 71 final.

28 Näher ICLEG, (Fn. 24), S. 34 ff.

29 Zutreffend *Krebs/Jung*, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19), S. 2152; *Prütting*, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 194 ff.

30 Das Management im Konzern zu erleichtern, ist schon das eine Kernanliegen des Vorschlags zu den Groups of Companies im European Model Company Act (EMCA), s. *Conac*, ECFR 2016, 301, 303.

31 Die aus der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen herrührenden Funktionsstörungen im Binnenmarkt zu beseitigen, ist bestim-

vier Kernziele ausgerichtet werden³²: zum ersten darauf, den grenzüberschreitenden Konzern zu legitimieren (unten V 4), ihn im gebotenen Umfang zu fördern sowie seine Bildung und gefestigte Leitung zu erleichtern. Zum zweiten sollten für die Tochtergesellschaften in mehreren Mitgliedstaaten möglichst einheitliche Regeln zum Zuge kommen. Dabei sollte den besonderen Belangen kleiner und mittlerer Konzerne zum dritten angemessen Rechnung getragen werden. Und gerade diesen Konzernen sollte viertens ein unaufwendig praktizierbares Rechtsregime zur Verfügung gestellt werden.

4. Regelungsbereiche eines Binnenmarkt-orientierten Konzernrechts

a) Regulierung des Konzerninteresses

Um der Niederlassungsfreiheit mitsamt all' ihren Chancen und der über sie angesteuerten Ziele (Artt. 3 Abs. 3 EUV/119 Abs. 1 AEUV) wirklich gerecht zu werden³³, benötigen die Unternehmen nach allem einen in allen Mitgliedstaaten einheitlichen Rechtsrahmen, der vor allem das Verhältnis zwischen Konzerninteresse und Tochter eigeninteresse reguliert³⁴, um auf diesem Weg die Möglichkeit in eindeutiger und verlässlicher Weise rechtlich zu fundamentieren, den Gesamtkonzern aus Mutter und mehreren Töchtern, in welchen Mitgliedstaaten auch immer sie domizilieren, zu formen und auf der Grundlage Konzern-umspannender Planung einheitlich

mungsgemäße Aufgabe der Gesetzgebung, so zutreffend *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 194 ff.

32 S. schon *Forum Europaeum on Company Groups (FECG)*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 263.

33 Die volkswirtschaftliche Dimension der Organisationsform „Konzern“ in Europa unterstreichen mit Recht auch *Krebs/Jung*, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19), S. 2167.

34 Im Gruppeninteresse, den Voraussetzungen seines Vorrangs und in seinen Maßstäben sieht *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2500 einen der leitenden Grundsätze eines europäischen Konzernrechts; s. auch *Hommelhoff*, KSzW 2014, 63, 64; EMCA-Group referiert von *Conac*, ECFR 2016, 301, 311 ff; *Teichmann*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 7.

zu leiten³⁵. Binnenmarkt-weite Konzernleitung braucht einheitliche Handlungsvorgaben und Pflichtenmaßstäbe in allen Mitgliedstaaten³⁶.

Mit Recht hatte schon die EU-Kommission in ihrem Aktionsplan „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance“ von 2012³⁷ unter den Einzelvorhaben mit Konzern- (oder Gruppen-)Bezug an vorderster Stelle die Anerkennung des Gruppeninteresses genannt. Und eines der zentralen Anliegen, die mit dem Projekt einer Europäischen Privatgesellschaft (SPE) verfolgt wurden, war, die Unternehmen in die Lage zu versetzen, konzernindividuell einheitliche Leitungsstrukturen in Binnenmarktweit aufgestellten Konzernen zu etablieren. Auf der Unionsebene ist aus diesen Vorhaben bis auf den heutigen Tag nichts geworden. Aber immerhin liegt aktuell der Deutsch-Französischen Parlamentarischen Versammlung der Statutsentwurf für eine „Société Européenne Simplifiée (SES)“ vor, die auch als Konzernbaustein verwendbar sein soll³⁸. Konsequenter enthält der Entwurf einen Regelungsvorschlag zum Gruppeninteresse in der konzernabhängigen SES: Die Pflichtenstellung ihres Geschäftsführers soll „im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaften, die der Unternehmensgruppe angehören, zu beurteilen sein“ (Art. 3.1.6. Abs. 2 SES-E). Es versteht sich: eine so weit geöffnete Klausel ist kaum geeignet, einheitliche Konzernleitung über die Grenze im Binnenmarkt rechtsgewiss und verlässlich zu sichern. Schon zur Grund- und Ausgangsfrage „Konzern- versus Tocht ereigeninteresse“ stehen mithin die erforderlichen Regelungsvorschläge noch aus.

35 Kritisch gegenüber der Beschreibung „einheitliche Leitung“ *Druery*, FS Hommelhoff, S. 135, 149; so auch die EMCA-Group, s. *Conac*, ECFR 2016, 301, 306: Control-Konzept im Gefolge des Art. 27 IASC (International Accounting Standard).

36 Zur Schaffung konzernindividuell einheitlicher Leitungsstrukturen vgl. *Hommelhoff*, FS Loewenheim, 2009, S. 592; *ders.*, FS G. Roth, 2011, S. 270.

37 KOM(2012) 740; dazu *Lutter/Bayer/Schmidt*, in: Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 195 mwN Fn. 38; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 19), S. 83 f; zur europapolitischen Behandlung dieses Komplexes *Conac*, ECFR 2016, 301, 303 f.

38 Dazu *Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann*, EuZW 2021, 413, 415; *Harbarth*, in diesem Band, S. 15 f, 21 f; *Verse*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) 2021, 271.

b) Durchsetzbarkeit

Aber damit nicht genug. Über die wie auch immer zu regelnde Prävalenz des Konzerninteresses hinaus müssen der Muttergeschäftsführung Rechtsmittel an die Hand gegeben werden, um die konzernstiftenden und konzernleitenden Vorgaben gegenüber den Geschäftsführungen der Töchter, sofern erforderlich, durchsetzen zu können – dies allerdings in Konzernformunterschiedlicher Weise, um in grenzüberschreitenden Konzernen einheitliche Konzernleitung in sämtlichen Mitgliedstaaten zu gewährleisten³⁹. Zusätzlich erforderlich ist daher u.a. ein Weisungsrecht der Mutter verbunden mit einer Folgepflicht der Tochtergeschäftsführungen (unten III 2), das ggf. eine Verweigerungspflicht für den Fall einschließt, dass die Weisung die Grenzen des Erlaubten überschreitet (unten III 3).

c) Arbeitsteilige Gesamtleitung des Konzerns

Indes bildet das Mutterweisungsrecht im Leitungssystem des Gesamtkonzerns und seiner Gesellschaften bloß einen, wenn auch zentralen Teilaspekt ab; im Vordergrund des Gesamtsystems der Konzernleitung steht vielmehr dieser Befund⁴⁰:

An dieser Leitung sind alle Geschäftsführungsorgane im Konzern gleichermaßen beteiligt; die Geschäftsführung der Mutter ebenso wie die sämtlicher Töchter und Enkel. Jedes dieser Organe ist von Gesetzes wegen (und nicht etwa erst aufgrund eines dahingehenden Auftrags der Muttergeschäftsführung) berufen, in seinem jeweiligen Verantwortungsbereich unternehmerisch initiativ zu werden und auf Dauer aktiv zu bleiben. Mit hin installiert schon das Gesetz eine Mehrzahl von Aktivitäts- und Handlungszentren, die in den Corporate Governance-Systemen der einzelnen Gesellschaften ebenfalls von Gesetzes wegen ausbalancierend rückgekoppelt sind⁴¹.

Diese Aktivitäts- und Handlungszentren mitsamt den in ihnen entwickelten Leitungsideen über deren jeweilige Aktivitäten vernetzt die Mut-

39 So auch *Franzmann*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 402.

40 Dazu schon näher *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 388 ff; *Trautmann*, Die Legitimation der beschränkten Haftung im Konzern, 2020, S. 253 ff.

41 Zu den Corporate Governance-Systemen im Konzern *Hommelhoff*, FS Krieger, 2020, S. 393.

tergeschäpftführung unter ihrer Einheits-stiftenden Leitung zu arbeitsteilig organisierten Gesamtaktivitäten aller so koordinierten Führungsorgane. Auf diese Weise wird der Konzern geschaffen; ihn leiten die Geschäftsführungen aller konzerngebundenen Gesellschaften unter der einheitlichen Leitung der Muttergeschäpftführung in arbeitsteiligem Zusammenwirken mit vereinten Kräften. Konzernleitung ist daher als Gesamtleistung aller Führungs- (sowie Überwachungs- und Kontroll-)organe der Konzerngesellschaften zu begreifen. Sie alle „veranstalten“ den Konzern und nicht etwa allein die Mutter und deren Geschäftsführung.

Dies arbeitsteilig organisierte Zusammenwirken einer Mehrzahl von Aktivitäts- und Handlungszentren, geprägt von ihrer je eigenen Initiative in Eigenverantwortung, verschafft dem Konzern unter der einheitlichen Leitung der Muttergeschäpftführung seine spezifische Dynamik, verleiht ihm seinen konzernspezifischen Schwung über die ganze Breite seiner Aktivitäten hinweg⁴². In diesem dynamischen Schwung wurzeln die einzigartige Leistungsfähigkeit des Konzerns und seine Wirkmacht im Wettbewerb.

Die so auf arbeitsteiliges Zusammenwirken aller Führungsorgane hin angelegte Gesamtleitung des Konzerns muss hinreichend deutlichen Niederschlag im Gesetz finden.

d) Leitungsspezifische Informationen

Die so umfassende Konzernleitung erfordert eine kontinuierliche Vielzahl von Informationen von den Töchtern an die Mutter und in umgekehrter Richtung. Deshalb müssen die beteiligten Gesellschaften ermächtigt werden, ein konzerninternes Informationssystem unabhängig von mitgliedstaatlichen Vertraulichkeitsgeboten installieren zu können (unten IV 5). Diese Ermächtigung wird Informationspflichten und korrespondierende Informationsansprüche mit einschließen müssen. Großen Informationsbedarf zum Konzern, zu seiner Struktur und zu seinen Aktivitäten über die Rechnungslegung hinaus haben überdies die Gesellschafter der einzelnen Konzerngesellschaften sowie deren Gläubiger und sonstigen Stakeholder. Zum Rechtsrahmen eines die Niederlassungsfreiheit umsetzenden Konzernrechts sind daher ebenfalls die Regeln für ein System externer Konzernberichterstattung (unten VI) zu zählen.

⁴² S. auch *Conac*, ECFR 2016, 301, 311: „The group can be more effectively managed as a single economic entity with a pooling of resources“.

e) Außenseiterschutz

Wenn das Konzerninteresse, wie auch immer, dem Tochtereigeninteresse soll vorangestellt werden können, so sind die Außenseiter in den Töchtern, deren Gläubiger also und mögliche Minderheitsgesellschafter, vor aus diesem Vorrang möglicherweise resultierenden Beeinträchtigungen vorbeugend oder wenigstens kompensierend zu schützen⁴³. In den Mitgliedstaaten existentes Schutzrecht muss auf das europäische Recht der Konzernleitung ausgerichtet und an dies angepasst werden⁴⁴. Ebenfalls in dieser Richtung wird der europäische Gesetzgeber schon deshalb Regelungen zu treffen haben, weil das Schutzrecht in seiner konkreten Ausgestaltung die Möglichkeiten einer Konzernleitung mitbestimmen, wenn nicht gar einschränken kann; dann wird der Gesetzgeber um einen Ausgleich bemüht sein müssen⁴⁵. Bei der Konzeption eines konzernspezifischen Schutzrechts wird das bereits geschaffene Recht der related party transactions⁴⁶ eine gewichtige Rolle spielen.

f) Dezentralität und Haftungssegmentierung

Wie schon dargelegt (oben I 3), können sich viele Unternehmen die Chancen des Binnenmarkts nur dann optimal erschließen, wenn sie ihre Aktivitäten in einem Konzern organisieren, der betont dezentral strukturiert ist. In ihm braucht und kann sich die Muttergeschäftsleitung nicht um alle

43 Diesen Zusammenhang hat bereits *Drygala*, AG 2013, 198, 203 ff erhellend herausgearbeitet.

44 Die Verbindung zwischen koordinierter Konzernpolitik in ihrer Umsetzung auf der Tochterebene sowie effektivem Schutz der Gläubiger dort und fair ausgeglichener Teilhabe der Gesellschafter an Lasten und Vorteilen hatte schon die *EU-Kommission* in ihrem Aktionsplan 2003 „Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance“ (COM(2003) 284, S. 19) als Voraussetzungen für unternehmerische Leistungskraft und Wettbewerbsfähigkeit qualifiziert.

45 Zur Notwendigkeit einer europäischen Regelung zum Außenseiterschutz unter dem Aspekt einheitlicher Konzernleitung *Hommelhoff*, KSzW 2014, 63, 65.

46 Zu den Verknüpfungen zwischen dem RPT-Recht und dem Konzernrecht *Florstedt*, Related Party Transactions, 2021, Vorbemerkung, Rn. 50 ff; er sieht ZGR 2022, 13, 58 ff im harmonisierten RPT-Recht den Grundstein für einen europäischen Außenseiterschutz, der in Verbindung mit gesicherter Konzernleitungsbefugnis gebracht werden müsste; s. auch *H-F Müller*, ZGR 2019, 97; *Tar-de*, Related Party Transactions, 2018, S. 120 ff.

Einzelheiten auf der Ebene der Konzerntöchter kümmern, insbesondere nicht um sämtliche dort angelagerten Risiken; die Muttergeschäftsleitung kann (und soll) sie nicht in allem und überdies intensiv steuern. Konsequenz dürfen diese Risiken nicht voll auf die Mutterebene hin durchschlagen. Dezentralität erfordert Risiko- und Haftungsbeschränkung auch im Konzern⁴⁷. Diese konzernspezifische Risiko- und Haftungssegmentierung leistet bereits die Fragmentierung des Konzerns in rechtlich selbständige Konzerngesellschaften. Aber ganz offenbar besteht ein rechtspolitisches, weit verbreitet rechtsdogmatisch verbrämtes, Interesse daran, die konzerninternen Haftungsschotts zu durchbrechen, wie das Kartell-, Kapitalmarkt- und die Schutzrechte zugunsten der Umwelt und insbesondere der Menschenrechte zeigen. Solche Durchbrüche gefährden den dezentralen Konzern als Organisationsform stark und müssen sich daher auch an der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Dessen sollte sich der europäische Sekundärgesetzgeber bewusst sein und ausdrücklich selbst bestimmen, wo und unter welchen Voraussetzungen die konzernspezifische Haftungssegmentierung keinen Bestand hat. Parallel dazu sollte der Gesetzgeber die Verantwortung in der Lieferkette in den Blick nehmen: Wann ist es gerechtfertigt, die Muttergeschäftsleitung, die ohnedies auch im dezentralisierten Konzern zur Kontrolle und Steuerung, zum Monitoring der Tochtergeschäftsführungen (oben I 2) verpflichtet ist, neben diesen zusätzlich noch mit (inhaltlich identischen) eigenen Sorgfaltspflichten zur Wahrung der Menschenrechte etc. zu belegen⁴⁸?

5. Europäisches Konzernrecht als Gesamtregelung

Wie schon voranstehend angedeutet, stehen die einzelnen Regelungskomplexe eines Binnenmarkt-orientierten Konzernrechts nicht isoliert nebeneinander, sondern sind miteinander funktional eng verknüpft. Das gilt namentlich für den einen Systemzusammenhang zwischen dezentraler Unternehmensleitung im Konzern und der konzerninternen Risiko- und

47 Dazu schon *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 401 f.

48 S. dazu Artt. 7 f iVm Art. 1 I des Richtlinienvorschlags „Corporate Sustainability Due Diligence...“; COM(2022) 71; s. auch Art. 22 III sowie die Begründung zum Richtlinienvorschlag S. 12; dazu nun jüngst Art. 4a des Richtlinienvorschlags idF der Allgemeinen Ausrichtung des EURats vom 30.11.2022 Dok. 15024/1/22 REV 1 mit Erwägungsgrund 16a; zur Konzernklausel nach § 2 VI 3 des deutschen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes näher u.a. *Ott/Lüneborg/Schmelzeisen*, DB 2022, 238 mwN.

Haftungsstruktur sowie für den anderen Zusammenhang zwischen der Konzernstruktur und dem konzernspezifischen Außenseiterschutz. Für den europäischen Gesetzgeber, der mithilfe unionalen Konzernrechts die Niederlassungsfreiheit in ihrer praktischen Ausübbarkeit beflügeln sollte (oben I 3), stellt sich mithin schon seit langem und zunehmend dringlicher die Aufgabe, für den grenzüberschreitenden Konzern eine kohärente und in ihren leitenden Grundsätzen⁴⁹ ebenso wie in ihren Einzelwertungen stimmige Gesamtregulierung zu treffen⁵⁰. Pointilistische Separatregelungen, wie etwa die zu den Related Party Transactions, werden den Anforderungen, die ein wettbewerbsfähiger (und ökosozialer) Binnenmarkt an die Sekundärgesetzgebung stellt, spätestens seit dem Reformvertrag von Lissabon nicht mehr vollauf gerecht.

a) Abkehr vom Konzept der Einzelregelungen

Die Forderung nach einer Gesamtregulierung für den Konzern als Binnenmarkt-adäquate Organisationsform bedeutet die Abkehr von jenem anderen Konzept, das nach dem Scheitern des Projekts einer 9. Konzernrechts-Richtlinie für die europäische Gesetzgebung empfohlen worden war: die bewusste Konzentration auf bestimmte Einzelkomplexe wie die Rozenblum-Formel, die Sonderprüfung in Konzerntöchtern oder die Transparenz der Konzernstruktur⁵¹. Eine solche Zurückhaltung war in einer Zeit, da Konzernrecht weithin als qualifiziertes Schutzrecht zugunsten der Au-

49 S. Schön, ZIP 2020, 2496, 2499 f.

50 Zur „Leidensgeschichte“ des Konzernrechts in Europa Lutter/Bayer/Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 175 f; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 19), S. 81 f; Krebs/Jung, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19) S. 2151; Teichmann, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 6, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2022, § 10, Rn. 111 f.

51 Die Kernbereichsharmonisierung war der vorgeschlagene Regulierungsansatz des *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 674 ff; ihn hat die von der EU-Kommission eingesetzte *High Level Group on Company Law* fortgeschrieben, so dass die EU-Kommission ihn in ihrem Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance von 2003 (KOM(2005) 284) aufgreifen konnte; zu den konzernrelevanten Einzelregelungen im Unionsrecht s. den Überblick bei Teichmann, in: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (Fn. 50), § 10, Rn. 113 f; zur Legitimation des Kernbereichs-Konzepts Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 19), S. 82 ff.

ßenseiter in der Konzerntochter verstanden worden war (oben I 3a), schon deshalb rechtspolitisch überaus angezeigt, weil die Überzahl der Mitgliedstaaten überzeugt war, den aus Konzernierung herrührenden Gefahren mit normalem Schutzrecht für die Gesellschafterminderheit und die Gläubiger, ggf. in konzernspezifischer Fortschreibung, effektiv begegnen zu können. Ein dies Schutzrecht ersetzendes Konzernrecht war diesen Mitgliedstaaten nicht zu vermitteln. Eine Chance auf Akzeptanz im europäischen Gesetzgebungsverfahren war damals lediglich für wenige ergänzende Regelungen mit Konzernbezug zu erhoffen.

b) Konzernrecht als Organisations- und Schutzrecht – ein Angebot

Mittlerweile jedoch hat sich der Blick auf den Konzern und seine Regulierung zunehmend geweitet: Konzernrecht ist nicht länger ausschließlich Schutzrecht, sondern auch, wenn nicht gar vordringlich Organisationsrecht⁵². Es geht um die Verfassung des Konzerns, deren Regulierung, um seine Aktivitäten zu fördern (enabling law)⁵³, die er in und über die einzelnen Konzerngesellschaften entfaltet, aber auch, um die Außenseiter im Konzern und sonstige stakeholder zu schützen (protecting law). Beiden Aspekten, dem Förder- und dem Schutzzweck⁵⁴, muss die Regulierung der Konzernverfassung im Recht der Mutter und in dem der Töchter gerecht werden, weil der Konzern, wenigstens im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, kein Rechtssubjekt⁵⁵ ist.

In seiner Verschmelzung zu enabling and protecting law zugleich ist Konzernrecht als unternehmensverfassungsrechtliches Angebot des Gesetzgebers an die Wirtschaftseinheiten und alle in ihnen in Verantwortung berufenen Organwalter zu qualifizieren. Dessen Annahme soll die jeweilige Wirtschaftseinheit in die Lage versetzen, auf organisationsrechtlich

52 S. aber schon *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, Bern 1993.

53 *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535; *Teichmann*, AG 2013, 184.

54 Dies betonen zu Recht auch *Drygala*, AG 2013, 198, 203 ff; *Krebs/Jung*, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19), S. 2168 ff; s. auch *Teichmann*, in: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (Fn. 50), § 10, Rn. 116 sowie *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung über die Binnengrenzen in Europa, 2017, S. 150 ff – zusammenfassend Thesen 9 ff.

55 Zur wirtschaftlichen Einheit des Konzerns als Rechtsverletzerin im Kartellrecht nach der Ansicht des EuGH s. die erhellende Analyse von *Bauermeister*, NZG 2022, 59, 63 ff; *Bauermeister/Grobe*, ZGR 2022, 733, 759 ff; vgl. auch *Schweitzer/Woeste*, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 143.

gesicherter Grundlage im gesamten Binnenmarkt aktiv zu werden; gesichert deshalb, weil die Belange anderer von den Unternehmensaktivitäten berührter Interessenträger schon vom Gesetzgeber in ausgewogenen Schutzbestimmungen berücksichtigt sind und die Einhaltung des Rechtsrahmens die Wirtschaftseinheit und ihre Untergliederungen, die Konzerngesellschaften, vor unsteuerbaren Risiken und Belastungen bewahrt und ihre Organwalter vor persönlicher Inanspruchnahme und sonstigem Einstand. Konsequenz muss, wer dies Angebot nicht annimmt, mit sämtlichen Unsicherheiten und Risiken leben, die mit dem je unterschiedlichen Recht der Mitgliedstaaten nach geltender Rechtslage verbunden sind.

Wenn mithin Konzernverfassungsrecht als konzernspezifisches Organisationsrecht mit Förderfunktion für den Gesamtkonzern und Schutzfunktion in den einzelnen Tochtergesellschaften zu verstehen ist, die unter der einheitlichen Leitung der Mutter im Konzern zusammengefasst, also vielfältig untereinander vernetzt sind, dann kann eine Regulierung, die sich bloß auf einzelne unverbundene Regulierungsbereiche beschränkt, nicht länger den Herausforderungen entsprechen, die ein grenzüberschreitender Konzern mit einer Mehrzahl oder gar Vielzahl von Gesellschaften in mehreren Mitgliedstaaten, also im Binnenmarkt hervorruft. Seinem Verfassungsrecht muss eine Gesamtkonzeption für konzernspezifisches Förder- und Schutzrecht in den einzelnen Konzerngesellschaften zugrundeliegen. Allein mit einem solchen Gesamtkonzept für die Konzernverfassung⁵⁶ als auch „schützendes Organisationsrecht“⁵⁷ lässt sich die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 UA 1 AEUV) materialisieren, lässt sich deren Ausübung in einem Binnenmarkt mit seiner in hohem Maße wettbewerbsfähigen und ökosozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV) beflügeln. Kurzum – ein europäisches Konzernrecht, umfassend, kohärent und auf den Binnenmarkt ausgerichtet, tut als Angebot an die Wirtschaftspraxis der Union not.

II. Einheits- und Holdingskonzerne

Wer die Binnenmarkt-weiten Aktivitäten der Unternehmen auf dem Weg über ein unionsrechtliches Konzernrecht unterstützen will, der muss sich

56 Wie hier bereits *Schön*, ZGR 2019, 343, 377.

57 *Engert*, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 59, 61.

an den in der Praxis etablierten Konzernstrukturen⁵⁸ in ihrer beweglichen Vielfalt orientieren⁵⁹. Die in Deutschland überkommene Differenzierung zwischen Vertrags-, faktischen und Eingliederungskonzernen hilft nicht wesentlich weiter, um ein Regulierungskonzept für die Organisation grenzüberschreitender Konzerne im Binnenmarkt samt Außenseiter- und stakeholder-Schutz als Unionsrecht zu entwickeln. In der europäischen Wirtschaft dominiert die faktische Konzernverbindung ganz weithin; die Organisationsform des Vertragskonzerns haben nur wenige Mitgliedstaaten angeboten⁶⁰, und sogar in Deutschland ist der beherrschungsvertraglich fundierte Konzern, zwar nicht gänzlich unbekannt⁶¹, aber dennoch keine weit verbreitete Organisationsform mehr⁶². Daher sollte sich der europäische Gesetzgeber von unternehmenspraktischen Verlautbarungen leiten lassen.

1. Unterschiedliche Leitungsintensität

Diesen Verlautbarungen lassen sich mit Blick auf die rechtliche Fundamentierung der Konzernverfassung trotz aller Vielfalt realer Konzernstrukturen („jeder Konzern: ein Individuum“) dennoch zwei Grundtypen von Konzernen entnehmen: der Stammhauskonzern auf der einen Seite und

58 Einige Informationen über konzerninterne Leitungsstrukturen und die Leistungsbeiträge der einzelnen Konzerngesellschaften können auch die Entscheidungen deutscher Gerichte zum mitbestimmungsrechtlichen Konzern im Konzern liefern: OLG Düsseldorf WM 1979, 956; OLG Zweibrücken DB 1984, 107; OLG Frankfurt/Main DB 1986, 2658; OLG München NZG 2009, 113; LG Nürnberg-Fürth, ZIP 1984, 325; LG München AG 1996, 187; umfassend vertiefend hierzu *Spindler*, AG 2020, 689 ff.

59 S. *Druey*, FS Hommelhoff, S. 135, 136: „Konzernrecht muss Antworten auf längst vorhandene wirtschaftliche Bewegungen finden“.

60 Zu den Konzernverträgen nach Art. 7 des polnischen KSH z.B. vgl. *J. Schubel*, Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen im polnischen Vertragskonzernrecht, 2010.

61 In der abhängigen AG dienen Beherrschungsverträge, wie die rechtstatsächliche Studie von *Lieder/Hoffmann*, AG Report 2020, R 172, 176 ergeben hat, der Konzernsteuerung, nach Auskunft M&A-Erfahrener vereinzelt aber auch dem Zweck, konzerninterne Umstrukturierungen zu erleichtern.

62 Seit 2001 ist der Beherrschungsvertrag ertragsteuerlich bedeutungslos, für eine steuerrechtliche Organschaft ist bloß noch ein Gewinnabführungsvertrag erforderlich (dazu *Langenbacher*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 22), § 291 AktG, Rn. 13 mwN; *Lieder/Hoffmann*, AG Report 2020, R 172, 173 f).

der Holdingkonzern auf der anderen. Sie unterscheiden sich vordringlich nach dem Ausmaß der Leitungsintensität, die die Muttergeschäftsführung entfaltet. Während im Stammhauskonzern die (rechtlich selbständigen) Töchter wie unselbständige Betriebsabteilungen von der Muttergeschäftsführung zentralistisch geleitet werden⁶³, der Stammhauskonzern also leitungsstrukturell dem Einheitsunternehmen entspricht (oben I 1) und deshalb als Einheitskonzern qualifiziert werden kann, beschränkt sich die Muttergeschäftsführung im Holdingkonzern⁶⁴ auf die strategische Steuerung des Konzerns und die seiner nachgeordneten Töchter durch Festlegung der Geschäftsfelder und die auf ihnen zu verfolgende Unternehmenspolitik, die Besetzung der Führungspositionen in den Töchtern, durch die Steuerung der Finanzen im Konzern⁶⁵ und durch die Kontrolle der Konzerntöchter⁶⁶; für das operative Geschäft dagegen, insbesondere für den Auftritt auf den Märkten sind die Tochtergeschäftsführungen zuständig und verantwortlich, wenn auch unter der übergeordneten Kontrolle der Muttergeschäftsführung. Diese Konzerntöchter agieren wirtschaftlich weithin selbständig; den Holdingkonzern qualifiziert mithin seine betont dezentrale Leitungsstruktur zwischen der Mutter und ihren Töchtern. Neben dieser für eine rechtliche Fundamentierung der Konzernverfassung zentral bedeutsamen Unterscheidung zwischen zentralistischer und dezentraler Konzernleitung⁶⁷ spielt es sub specie iuris keine Rolle, dass im

63 Hierzu *Scheffler*, Konzernmanagement – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernführungspraxis, 2. Aufl. 2005, S. 98 f; *Dürrfeld*, Effiziente Steuerung von Konzerngesellschaften, 2003, S. 20 ff; *Everling*, DB 1981, 2549 im Anschluss an *Schmalenbach*, Die Beteiligungsfinanzierung, 8. Aufl. 1954, S. 184; *Naumann*, in: Hoffmann (Hrsg.), Konzernhandbuch, 1993, S. 235 ff; *Raupach*, FS Döllner, 1988, S. 495, 504 unter Hinweis auf *Kuhn*, ZfbF-Sonderheft 13/1982, S. 36 f; *Ringlstetter*, Konzernentwicklung, (Fn. 15), S. 187 (strategischer oder integrierter Konzern); *Theisen*, Der Konzern, 2. Aufl. 2000, S. 169; *Lawall*, Die virtuelle Holding nach deutschem Aktienrecht, 2006, S. 34.

64 S. zu ihm auch die Beiträge in: Bühner (Hrsg.), Erfahrungen mit der Management-Holding, 1993, sowie *Theopold*, in: Konzernhandbuch, (Fn. 63), S. 165 ff.

65 S. aber zum Verzicht auf eine zentralisierte Finanzpolitik im Konzern als Instrument zur Motivation der Tochtergeschäftsführungen *Niethammer*, FS Semler, 1993, S. 741, 743 f.

66 S. näher *Bühner*, Management-Holding – Unternehmensstruktur der Zukunft, 2. Aufl. 1992, S. 145 ff; *ders.* DB 1993, 285; *Keller*, BFuP 1992, 14, 18 ff; *ders.*, in: Holding-Handbuch (Fn. 10), S. 119 ff; *Niethammer*, FS Semler, S. 741 mit einem aufschlussreichen Praxisbericht; *Scheffler*, Konzernmanagement (Fn. 63), *ders.*, in: Holding-Handbuch (Fn. 10), S. 24, 33 ff; *Theisen*, Der Konzern, S. 169 ff.

67 Zur Gestaltungsoption von Zentralisation und Dezentralisation im Konzern näher *Hungenberg*, Zentralisation und Dezentralisation, 1995, S. 99 ff.

Stammhauskonzern als Einheitskonzern die Mutter ganz weithin selbst auf dem Markt auftritt, die im Holdingkonzern dagegen den Marktauftritt allein den Töchtern überlässt⁶⁸.

2. Matrixkonzerne

In der Konzernpraxis, namentlich in der grenzüberschreitend aufgestellter Konzerne, haben sich verbreitet Matrixstrukturen etabliert⁶⁹. In ihnen steuert die Mutter über sog. Matrixmanager das operative Geschäft in der oder den Konzerntöchtern – etwa dadurch, dass operative oder/und Regionalbereiche unter einem Matrixmanagement unabhängig davon zusammengefasst und von diesem geleitet werden, welcher Konzerngesellschaft die für die unternehmerischen Aktivitäten erforderlichen Ressourcen rechtlich zugeordnet sind. Das für die jeweiligen Bereiche zuständige Matrixmanagement mag aus Mutterangehörigen gebildet sein, aus den Beschäftigten einer bestimmten Konzerngesellschaft oder gar aus konzernfremden Dritten. Den unternehmenspraktischen Vorteil solcher Matrixstrukturen für die Konzernmutter sieht man in gesteigerter Effizienz: Diese kann über die Matrixmanager schnell und direkt auf das Tochtergeschäft Einfluss nehmen, ohne dies über die Tochtergeschäftsführungen auf dem Weg langer, zeitaufwendiger und fehleranfälliger Berichts- und Weisungsketten steuern zu müssen. Das entmachtet zwar die Tochtergeschäftsführungen nicht unbeträchtlich zugunsten des Matrixmanagements, befreit diese jedoch keineswegs von ihrer gesetzlichen Verpflichtung, die Geschäfte der Tochter ordentlich und gewissenhaft zu führen⁷⁰.

Deshalb bedarf der Matrixkonzern keiner gesetzlichen Regelung als Sonderform des zentralistischen Konzerns; für ihn braucht kein besonderes Organisationsstatut bereitgestellt zu werden. Vielmehr kann es den beteiligten Geschäftsführungen überlassen und zugewiesen werden, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, damit die Tochtergeschäftsführungen

68 Ein instruktiver Überblick über die Konzernforschung (Stand 1993) findet sich bei *Hoffmann*, Konzernhandbuch (Fn. 63), S. 68 ff.

69 S. *Seibt/Wollenschläger*, AG 2013, 229; *Illhardt*, in: Melot de Beauregard/Lieder/Liersch, Managerhaftung, 2022, S. 654 ff; *Lieder*, dortselbst, S. 771 f; eingehend jüngst *Schwind*, Die Matrix im Gesellschafts- und Konzernrecht, 2022, S. 117 ff.

70 *Harbarth*, FS Bergmann, 2018, S. 243, 253 ff; *Schwind*, Die Matrix (Fn. 69), S. 473 f; *Seibt/Wollenschläger*, AG 2013, 229, 237 f.

ihren eigenen unaufgebbaren Legalitäts- und Legalitätskontrollpflichten⁷¹ andauernd und effektiv nachkommen können: durch Einrichtung eines kontrollorientierten Berichtsystems und durch die ausdrückliche Verlautbarung von Widerspruchs- und „Rückhol“-Rechten der Tochtergeschäftsführung. Zugleich ist die Muttergeschäftsführung gefordert: sorgfältige Auswahl der Matrixmanager, Instruktion und kontinuierliche Kontrolle⁷². Ob sich dadurch nicht die Vorteile von Matrixstrukturen relativieren, steht auf einem anderen Blatt.

3. Mischkonzerne

Allerdings kann es im einzelnen Konzern zu Konzernleitungs-strukturellen Kombinationen kommen: Während die Muttergeschäftsführung die einen Töchter „an der langen Leine“, also dezentral leitet, führt sie andere Töchter streng zentralistisch, etwa als Vertriebs- oder Finanzierungstöchter oder bei der Ausgliederung eines Unternehmensbereichs auf eine Tochter, falls diese noch nicht reif für weithin eigenständiges Agieren ist. Es hängt somit von den konkreten Umständen ab, ob und welche Unternehmensverbindung nach dem Stammhauskonzept geleitet wird und welche nach dem Holdingkonzept. Nach der Qualität der einzelnen Unternehmensverbindungen im Konzern bestimmt es sich daher, ob dieser insgesamt als Einheits-, Holding- oder Mischkonzern einzuordnen ist.

III. Die zentralistische Konzernverbindung

Gemeinhin wird die Einbindung einer Gesellschaft als Tochter in einen Konzern als tatsächliche Ausübung jener Rechtsmacht verstanden, welche die qualifizierte Beteiligung an der Gesellschaft ihrem Anteilsinhaber, regelmäßig einer anderen Gesellschaft als Mutter verschafft⁷³. Schon und al-

71 Zu ihnen Koch, (Fn. 22), § 93 AktG, Rn. 9 ff, 17 f; Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter (Fn. 22), § 93 AktG, Rn. 7 f jeweils mwN.

72 Harbarth, FS Bergmann, S. 243, 253.

73 Obwohl für ein europäisches Konzernrecht belanglos, weil es sich nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats bestimmt: Zur Ausübung dieser Konzernstiftenden Rechtsmacht ist die Geschäftsführung der herrschenden Gesellschaft verpflichtet (Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 417 – zusammenfassend; aA die hM, s. nur Koch, (Fn. 22), § 76 AktG, Rn. 47 und § 311 Rn. 5 mwN), nicht jedoch dazu, eine *zentralistisch* strukturierte Konzernverbin-

lein für die Kodifikation eines europäischen Konzernrechts als tragfähiges und verlässliches Rechtsfundament (oben I 5b) kann die bloße Faktizität, vor allem aus Sicht der Tochter, nicht der richtige Regelungsansatz sein⁷⁴; denn:

1. Der Konzernbeitritt

a) Gesellschafter-Zustimmung in der Tochter

Soll eine Gesellschaft nach dem Willen der Mutter als Tochter zentralistisch in den Konzern eingebunden werden, so bedarf dies schon deshalb eines Entscheids derer Gesellschafter oder Aktionäre, weil sich eine Konzerntochter nur dann nach dem Einheit stiftenden Stammhaus-Prinzip (oben II 1) von außen leiten lässt, wenn das Konzerninteresse, innerhalb welcher Grenzen auch immer, dem Tochttereigeninteresse, wo angezeigt, vorangestellt werden darf und zur Verfolgung des Konzerninteresses in der Tochter dann sowohl die Tochtergeschäftsführung als auch die der Mutter ermächtigt sind. Außensteuerung und Interessenumkehr sind von derart grundlegender Bedeutung, dass über sie allein die Gesamtheit aller Tochtergesellschaften oder -aktionäre befinden muss und nicht bloß ein Mehrheitsgesellschafter im Einvernehmen mit der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft an den Mitgesellschaftern vorbei. Die Gesellschaftergesamtheit in der Tochter sollte den Konzernbeitritt (in Übernahme aus dem neuen polnischen Gruppenrecht⁷⁵) beschließen müssen.

dung zu begründen und zu führen, s. *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 397 Fn. 73 in Aufgabe meines früheren Standpunkts und in Übereinstimmung u.a. mit der EMCA-Group, s. *Conac*, ECFR 2016, 301, 305.

74 AA EMCA-Group: das Weisungsrecht (als zentrales Instrument der Konzernleitung) solle auch rechtlich allein aus der Herrschaftsmacht der Mutter folgen und nicht erst aus ihrer Konzernierungserklärung (s. *Conac*, ECFR 2016, 301, 310).

75 Art. 21¹ § 2 KSH in der Fassung vom 9.2.2022 (Text im Anhang); dem Gruppenrecht (in seinen Einzelheiten vorgestellt von *Chomiuk/Harnos*, AG 2022, R 137/155/172; als Impuls für den Konzernrechtsdialog in Europa gewürdigt von *Hommelhoff*, AG 2022, 513) stehen viele Gesellschaftsrechtswissenschaftler in Polen in der Befürchtung streng reserviert gegenüber, mithilfe staatlicher Konzernmütter könnten weite Teile der polnischen Wirtschaft unter Staatseinfluss gebracht werden.

Als Grundlagenbeschluss erfordert dieser eigentlich eine satzungsändernde Mehrheit⁷⁶. Wenn es aber das Ziel eines Binnenmarkt-adäquaten Konzernrechts ist, den bereits bestehenden Konzernverbindungen ein organisationsrechtliches Fundament, rechtsklar und rechtssicher zugleich, zu schaffen, dann sollte man den Zutritt auf dies Fundament nicht zusätzlich und neu im Vergleich zur momentanen Rechtslage erschweren. Deshalb spricht alles dafür, den Konzernbeitritt trotz seines Grundlagen-Charakters nur von der einfachen Mehrheit der Tochtergesellschaften abhängen zu lassen⁷⁷. Das sollte der europäische Gesetzgeber in einem Binnenmarkt-adäquaten Konzernrecht ausdrücklich vorgeben. Konsequenz sollte für den Konzernbeitritt keine Satzungsänderung erforderlich sein.

b) Geschäftsführungs-Entscheid in der Mutter

In der Mutter dagegen sollte der Konzernbeitritt der Tochter keiner konzernverfassungsrechtlichen Grundlage bedürfen; insbesondere sollte dieser Beitritt nicht in die Entscheidungszuständigkeit der Anteilsinhaber in der Mutter gestellt werden⁷⁸ und erst recht sollten jene hierüber nicht als Satzungsgeber mit qualifizierter Mehrheit befinden⁷⁹. Auch insoweit sollte die Konzernorganisationsfreiheit trotz gewisser Risiken für die Anteilsinhaber der Mutter prävalieren: Deren Geschäftsführung muss die Konzernbeziehung möglichst schnell frei und flexibel begründen, gestalten und abändern können, um die Wettbewerbsfähigkeit der Mutter und die des

76 Zu den Grundlagen- und Strukturentscheidungen Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band 1, 1980, S. 323 ff.

77 Überzeugend Schön, ZGR, ZGR 2019, 343, 365 im Anschluss an den European Model Company Act.

78 Anders uU nach mitgliedstaatlichem Recht, falls eine Beteiligung mit Konzernstiftender Rechtsmacht dennoch lediglich als Finanzbeteiligung gehalten werden soll; hierfür bedarf die Geschäftsleitung der beteiligten Gesellschaft schon deshalb der Zustimmung ihrer Anteilseigner, weil die über den Kapitaleinsatz erschlossenen Einsatzmöglichkeiten nur finanzwirtschaftlich, aber nicht unternehmerisch ausgenutzt werden sollen (im Ergebnis wie hier Seibt, in: Schmidt/Lutter (Fn. 22), § 76 AktG, Rn. 48; aA Koch, (Fn. 22), § 76 AktG, Rn. 47 und § 311 Rn. 5; früher bereits wie dieser Geßler, ZIP 1982, 1381, 1383: schon die Zusammenfassung unter der einheitlichen Leitung liegt im Ermessen des Vorstands im herrschenden Unternehmen.

79 Anders noch Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, S. 412; dagegen wie jetzt auch hier schon Kleindiek, in: Handbuch Corporate Governance (Fn. 10), S. 795.

gesamten Konzerns im Binnenmarkt sichern und ggf. verbessern zu können.

c) Der Konzernbeitritt als solcher

Inhaltlich sollte dieser Konzernbeitrittsbeschluss nicht nach dem Vorbild des Umwandlungsrechts⁸⁰ von Gesetzes wegen vorstrukturiert werden. Ihm sollten demnach weder Angaben zur Position der abhängigen Gesellschaft innerhalb des Konzerns und zu ihrer Funktion in diesem gesetzlich vorgeschrieben werden, noch zur Struktur des Gesamtkonzerns oder zur Konzernstrategie mit Blick auf die abhängige Gesellschaft. Denn den im Konzern beteiligten Leitungsorganen darf die Flexibilität nicht vorenthalten werden, um schnell und möglichst unaufwendig im Entscheidungsprozess ggf. die Konzernstrategie oder –organisation verändern zu können⁸¹. Die Konzernorganisationsfreiheit der Führungsorgane sollte im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit des Gesamtkonzerns und der seiner Gesellschaften möglichst wenig beschnitten werden.

d) Die Information der Gesellschafter

Unter einem auf den Konzernbeitritt allein beschränkten Beschlussinhalt darf allerdings das Informationsbedürfnis der zum Beitrittsbeschluss aufgerufenen Gesellschafter nicht leiden. Deshalb sollte der Gesetzgeber das Führungsorgan der abhängigen Gesellschaft nach umwandlungsrechtli-

80 Dort dienen die gesetzlich vorgegebenen Mindestangaben der Information der Anteilseigner und der Arbeitnehmer mitsamt ihrer Vertretung (*Drygala*, in: Lutter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2019, § 5, Rn. 2) und damit deren Selbstschutz. Dagegen hatte schon die Fusionsrichtlinie 1978 (Erwägungsgrund 4 zur Richtlinie 78/855/EWG, abgedruckt u.a. bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl. 1996, S. 131 und ihr folgend die Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2017 (Erwägungsgrund 50 zur Richtlinie (EU) 2017/1132, abgedruckt u.a. bei *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 440) die Information der Gesellschafter und Aktionäre ganz in den Vordergrund gerückt.

81 Die Verantwortung für die Organisation des Konzerns sollte man seinen Führungsorganen nicht abnehmen; zutreffend so schon vorzeiten *Rittner*, AcP 1983, 295, 309.

chem Vorbild⁸² zu einem schriftlichen Bericht über das Konzernierungsvorhaben verpflichtet, in dem die vorgesehene Position und Funktion der künftigen Tochter im Konzern näher erläutert wird. Ggf. ist zusätzlich die Kompensation für austrittswillige Gesellschafter (unten II 1 f) zu erklären.

e) Die Information der Allgemeinheit

Um den Status der Gesellschaft als Konzerntochter gegenüber der Allgemeinheit einschließlich der Kreditgeber, Zulieferanten, Abnehmer und sonstigen stakeholder zu verlautbaren, sollte der Beitrittsbeschluss in das für die Gesellschaft zuständigen Register einzutragen und bekannt zu machen sein. Die Veröffentlichung könnte als Rechtsbedingung für legitime Außensteuerung, den Vorrang der Konzerninteressen und für die Verfügbarkeit des konzernorganisatorischen Instrumentariums wie vor allem des Weisungsrechts der Konzernmutter (unten III 2) und für ihr konzernspezifisches Informationsrecht gegenüber der Tochter (unten IV 5) gehärtet werden⁸³.

f) Austrittsrecht und Abfindung

Außensteuerung und Interessenumkehr in der zentralistischen Konzernverbindung treffen die Belange der außenstehenden Tochtergesellschaften in so starkem Maße, dass diesen das Recht eingeräumt werden sollte, aus einer derart in den Konzern eingebundenen Tochter gegen Abfindung auszuscheiden. Daher sollte die Annahme- (oder Wechsel-)Erklärung um das Übernahmeangebot der Mutter an austrittswillige Gesellschafter anzureichern und im Bericht der Muttergeschäftsführung näher zu erläutern sein. Als Abfindung kommen Barzahlung (durch die Mutter?) oder Tausch in Anteile an der Mutter in Betracht. Diskussionsbedürftig ist überdies, ob der Streit um die Abfindung einem besonderen Gerichtsverfahren zu-

82 Der Verschmelzungsbericht dient den Anteilsinhabern nicht bloß als Entscheidungsgrundlage, sondern darüber hinaus der Plausibilitätskontrolle und dazu, für das Umstrukturierungsvorhaben Akzeptanz zu schaffen (s. *Drygala*, in: Lutter (Fn. 80), § 8 UmwG, Rn. 3).

83 In dieser Weise verknüpft Art. 21¹ § 3 Satz 3 KSH (Text im Anhang) des polnischen Gruppenrechts die Veröffentlichung mit den konzernorganisatorischen Folgen des Konzernbeitritts.

gewiesen werden sollte, damit ein solcher Streit nicht den Konzernbeitritt verzögert⁸⁴.

g) *Tochter im Alleinbesitz:*

Diese Regeln sollten nach dem Gesetz im Wesentlichen ebenfalls für die abhängige Gesellschaft im Alleinbesitz gelten, wenn die Mutter sie zentralistisch wie eine unselbständige Betriebsabteilung führen will – etwa als Vertriebsgesellschaft im Ausland oder als sonstige Service-Gesellschaft. Zwar ist der Beitrittsentschluss, den die Mutter als Alleingesellschafterin fasst, dann eine bloße Förmerei; aber dennoch schafft er für alle Beteiligten, insbesondere für die Mitglieder der Tochtergeschäftsführung Klar- und Rechtssicherheit über den Status der Gesellschaft als Konzerntochter und ihr damit verbundenes Handlungs- und Pflichtenprogramm (unten III 3). Transparenz gewinnt ihr Status dadurch auch gegenüber den konzernexternen stakeholdern. Lediglich das Abfindungsangebot im Beitrittsentscheid könnte der Gesetzgeber in einer Gesellschaft im Alleinbesitz ebenso wie den schriftlichen Bericht über das Konzernierungsvorhaben entfallen lassen.

2. *Das Weisungsrecht*

Ohne ein Weisungsrecht⁸⁵ der Mutter gegenüber den Geschäftsführungsorganen der zentralistisch eingebundenen Töchter lassen sich diese weder transparent im Konzern unter einheitlicher Leitung zusammengefasst halten, noch im Konzerninteresse leiten⁸⁶. Das Einflusspotential aus der bekannten, rechtlich akzeptierten und ganz weithin praktizierten „Perso-

84 Zum deutschen Recht s. *Decher*, in: Lutter (Fn. 80), § 14 UmwG, Rn. 17.

85 Zur Notwendigkeit eines Weisungsrechts im Interesse eines geordneten und transparenten Konzernbetriebs schon *Drygala*, AG 2013, 198, 203; *Hommelhoff*, KSzW 2014, 63, 64; eingehend *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung (Fn. 54), S. 172 ff; s. aber auch *Ziegler*, Konzernleitung im Binnenmarkt, 2016, S. 21 ff.

86 Wegen des zu erwartenden Widerstands einiger Mitgliedstaaten plädiert *ICLEG* (Fn. 24) S. 45 dafür, den Unternehmen die Möglichkeit zu eröffnen, ein Weisungsrecht in der Tochttersatzung zu begründen (Unternehmenswahlrecht).

nalschiene“ („wes' Brot ich eß, des' Lied ich sing“)⁸⁷ sollte für ein Binnenmarkt-adäquates Konzernrecht nicht die rechtspolitisch bevorzugte Alternative sein. Sie schwächelt aus doppeltem Grund: wegen ihrer Intransparenz und wegen ihrer problematisch engen Verknüpfung zwischen der Amtsführung durch die Mitglieder der Tochtergeschäftsführung und deren persönlicher, vornehmlich finanzieller Existenz. Innerhalb eines rechtlich geordneten Konzernrechts sollte die „Personalschiene“ deshalb lediglich dazu dienen, eine ordnungsgemäße Geschäftsleitung in den Bahnen rechtmäßiger Mutterweisungen im Konzerninteresse abzusichern, also die Tochtergeschäftsführung auf den Gesamtkonzern auszurichten und deren Mitglieder für diesen und seine spezifischen Belange zu sensibilisieren, sie zu grundsätzlich konzernfreundlichem Verhalten anzuregen. Ausprägen können sich solche gesetzlich zu eröffnenden Weisungen in generellen Konzernleitlinien⁸⁸ für alle Konzerngesellschaften, um konzernweite Einheitlichkeit herzustellen und fortdauernd zu gewährleisten, aber ebenso in Leitlinien für bestimmte einzelne Konzerntöchter oder in Einzelweisungen gegenüber diesen.

3. Weisungskontrolle und Widerspruch

Inhaltlich müssen sich Mutterweisungen (gesetzlich vorzugeben) am Konzerninteresse ausrichten und dürfen nicht von isolierten Sonderinteressen der Mutter (etwa zur Aktivitätsaufnahme außerhalb ihres statutarischen Unternehmensgegenstandes) oder den Privatinteressen einzelner ihrer Anteilsinhaber getragen sein⁸⁹.

87 Zur „Personalschiene“ nach deutschem Recht s. *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 6. Aufl. 2010, § 17 AktG, Rn. 5 ff.; *J. Vetter*, in: *Schmidt/Lutter* (Fn. 22), § 17 AktG, Rn. 6.

88 Dazu *Dominke*, *Einheitliche Gruppenleitung* (Fn. 54) S. 183 f im Anschluss an *Keller*, in: *Holding-Handbuch* (Fn. 10), S. 127 f; *Scheffler*, *Konzernmanagement* (Fn. 63), S. 142 f; *Theisen*, *Der Konzern* (Fn. 63), S. 208 ff; monographisch *Schüßler*, *Die Konzernordnung – Binnenorganisation in der europäischen Konzernpraxis*, 2023.

89 *S. Geßler*, *ZHR* 1976, 436.

a) *Die Kontrolle der Mutterweisung*

Darüber hinaus bergen Mutterweisungen (nicht selten in Form subtil verfeinerter Veranlassungen) regelmäßig die Gefahr in sich, dass ihre Umsetzung der angewiesenen Tochter und somit deren Gläubigern und etwaigen Minderheitsgesellschaftern zum Nachteil gereichen könnte. Dem muss die Tochtergeschäftsführung, ebenfalls in deren eigenen Interesse an rechtssicherer Abwehrfähigkeit gesetzlich angeleitet, begegnen: entweder durch Sicherstellung, dass die Weisungs- (oder bloß Veranlassungs-) generierten Nachteile angemessen und effektiv kompensiert werden⁹⁰, soweit dies im berechtigten Interesse der Tochtergläubiger oder Minderheitsgesellschafter erforderlich ist; oder andernfalls durch die Weigerung der Tochtergeschäftsführung, die Weisung auszuführen oder der Veranlassung zu entsprechen. Deshalb sollte der Gesetzgeber die Geschäftsführung der Tochter explizit anhalten, über diese deren relevante stakeholder im Wege der Weisungskontrolle zu schützen. Ein weitergehender Schutz über die Rechtsfigur eines „shadow director“ sollte ausdrücklich ausgeschlossen werden⁹¹.

b) *Zur Absicherung der Kontrolle*

In der Wahrnehmung dieser Kontrollpflicht sollte der europäische Gesetzgeber die Tochtergeschäftsführung nachdrücklich unterstützen (unten III 3e). Nach dem Vorbild des polnischen Gruppenrechts⁹² sollte er deshalb schon der Mutter auferlegen, in der Weisung das mit ihr verfolgte Konzerninteresse zu benennen sowie die aus ihr zu erwartenden Vor- und Nachteile für die Konzerntochter und schließlich den Ausgleich dieser Nachteile und dessen Zeitpunkt. Ohne diese Angaben sollte die Weisung von Rechts wegen unwirksam sein.

90 Zur Trennung zwischen der Rechtfertigung einer Maßnahme im Konzerninteresse auf der einen Seite und der Kompensation der finanziellen Nachteile, die mit der Ausführung dieser Maßnahme verbunden sind, auf der anderen *Schön*, ZGR 2019, 343, 357 ff, 373f; zur Kompensation näher aaO, S. 371 f; so auch *Engert*, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 74: „dulde und liquidiere“.

91 So schon *ICLEG*, (Fn. 24), S. 45.

92 Vgl. insbes. Art. 21² § 3 KSH (Text im Anhang).

c) *Nachteilsermittlung*

Die aus der Weisungsausführung zu erwartenden Vor- und Nachteile zu ermitteln, wird vordringlich Aufgabe der Tochtergeschäftsführung sein: In ihrer Verantwortung für die Tochter kennt sie deren Verhältnisse genau und kann besser als die Muttergeschäftsführung einschätzen, mit welchen Vor- und Nachteilen für die Tochter die Ausführung der beabsichtigten Weisung verbunden sein wird. Folglich ist die Muttergeschäftsführung für die rechtskonforme Ausgestaltung einer jeden Weisung auf die Mitwirkung der Tochtergeschäftsführung angewiesen; beide Leitungsorgane sind gehalten zu kooperieren⁹³. Dieser Befund ist besonders bedeutsam für allgemeine oder spezielle Konzernleitlinien⁹⁴; schon an ihrer Ausformulierung und Fortschreibung sind die Tochtergeschäftsführungen unter der Leitung der Muttergeschäftsführung mitverantwortlich zu beteiligen⁹⁵. Ein solcher Mechanismus würde den Schutz der Konzerntöchter und den ihrer relevanten stakeholder weit nach vorn verlagern. Aber damit nicht genug:

d) *Der Widerspruch und seine Absicherung*

Freilich muss die Tochtergeschäftsführung die erteilte Weisung trotz ihrer Mitwirkung an der Formulierung noch einmal eigenständig dahin kontrollieren, ob sie den eigenen Interessen der Tochter nicht widerspricht oder die zu erwartenden Nachteile rechtsgewiss ausgeglichen werden. Diese Kontrollpflicht sollte der europäische Gesetzgeber ausdrücklich vorgeben⁹⁶, um der Tochtergeschäftsführung bereits auf diesem Weg den Rücken zu stärken – zugleich vorwirkend für ihre Beteiligung an der

93 *Druey*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern* (Fn. 20), S. 318: „Konzern“ heißt immer auch „Dialograhmen“; s. auch *Hommelhoff*, *KSzW* 2014, 63, 65: geteilte und doch gemeinsame Verantwortung der Mutter- und Tochtergeschäftsführung; *Conac*, *ECFR* 2016, 301, 313 mit Bericht zum Standpunkt der EMCA-Group.

94 Oben Fn. 88.

95 S. auch *Druey*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern* (Fn. 20), S. 319: der Doppelfilter, der sich aus der Verantwortlichkeit unten und oben ergibt.

96 Zur Inpflichtnahme der Geschäftsführung im Interesse der Gläubiger nach dänischem Recht s. *Lorenzen*, *Der Kapital- und Vermögensschutz in der zweiten Kapitalgesellschaftsform*, 2016, S. 246 ff; zu der nach niederländischem Recht *Höfer*, „Flex-GmbH“ statt UG – eine attraktive Schwester für die alte GmbH!, 2015, S. 170 ff.

Ausgestaltung der Weisung. Angeregt durch das polnische Gruppenrecht⁹⁷ könnte zusätzlich erwogen werden, der Tochtergeschäftsführung explizit aufzugeben, vor Weisungsausführung förmlich zu beschließen, ob sie der Weisung zustimmen oder ihr widersprechen will, und diesen Beschluss der Konzernmutter zu eröffnen. Abrunden könnte der Gesetzgeber einen solchen Schutzmechanismus durch die Verpflichtung der Tochtergeschäftsführung, jährlich einen Transaktionsbericht (unten VI 2) zu erstatten, in dem die Tochter-Gesellschafterversammlung über alle tatsächlich erteilten Weisungen (und diesen gleichzustellende Veranlassungen) zu informieren ist.

e) Töchter im Alleinbesitz

Konzerntöchter im Alleinbesitz der Mutter⁹⁸ bräuchten einen solchen Bericht wohl nicht vorzulegen⁹⁹, es sei denn, der europäische Gesetzgeber wollte auf diese Weise nicht allein die außenstehenden Gesellschafter informieren, sondern ebenfalls die Gläubiger der Tochter und ihre sonstigen stakeholder. Im Interesse einer effektiven Corporate Governance auf allen Konzernstufen mag das in der Tat angezeigt sein.

4. Kontrollmaßstäbe im Interesse effektiven Außenseiterschutzes

Wenn die Tochtergeschäftsführung so ausdrücklich zur Weisungskontrolle verpflichtet wird, sollte ihr der europäische Gesetzgeber zugleich die Maßstäbe vorgeben, anhand derer diese Kontrolle durchzuführen ist. Dabei müsste, der mittlerweile zunehmend vertretenen Unterscheidung folgend, zwischen Töchtern im Alleinbesitz und denen mit außenstehenden Minderheitsgesellschaftern differenziert werden¹⁰⁰.

97 S. Artt. 21³ und 21⁴ KSH (Text im Anhang).

98 *Krebs/Jung*, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19), S. 2175 sehen in der Tochter ohne Minderheitsgesellschafter die Basiskonstellaton.

99 Nach dem EMCA-Vorschlag (s. *Conac*, ECFR 2016, 301, 307) sollte das Management in solchen Konzernverbindungen flexibler gestaltbar sein.

100 S. etwa *Forum Europaeum on Company Groups (FECG)*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 263 ff; allerdings ist der Vorschlag, die Sonderregeln für Töchter im Alleinbesitz an weitere Voraussetzungen zu knüpfen, auf überzeugende Kritik gestoßen (s. *Beck/Nicolussi/Ziegler*, ebenda, S. 347; *Krebs/Jung*, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19),

a) Vermögens- und Liquiditätsschutz

In Konzerntöchtern im Alleinbesitz sollte es, wiederum in Nachfolge polnischer Anregungen¹⁰¹, genügen, im Interesse der Tochtergläubiger zu kontrollieren, ob die Weisungsausführung das qualifiziert geschützte Eigenkapital der Tochter voraussichtlich verletzen (Bilanztest) oder deren Zahlungsfähigkeit in den kommenden 12 Monaten¹⁰² gefährden wird¹⁰³ (Solvenztest)¹⁰⁴. Erst diese Vermögensverletzung oder Liquiditätsgefährdung sollte die Tochtergeschäftsführung zum Widerspruch gegenüber der Mutter berechtigen und verpflichten. Weiteres entzieht sich der Tochterkontrolle in der Ausführungsphase. Insbesondere entfällt in ihr die Kontrolle, ob die Weisung im Einklang mit dem Konzerninteresse steht. Diese Kontrolle hatte die Tochtergeschäftsführung bereits vorbeugend durch ihre Mitwirkung an der Ausgestaltung der Weisung geleistet (oben III 3c); das sollte dem europäischen Gesetzgeber genügen.

Nach diesen Grundsätzen bemessen sich ebenfalls die Kontroll- und Schutzpflichten der Tochtergeschäftsführung beim Beitritt zu einem konzernweiten Cash Pooling¹⁰⁵. Trotz permanenten Liquiditätsabflusses muss die fortdauernde und jederzeitige Verfügbarkeit der notwendigen Barmit-

S. 2161 f); zu den Töchtern im Alleinbesitz s. auch noch *Baccetti*, in: *Company Laws of the EU* (Fn. 20), S. 616 f sowie jüngst im polnischen Gruppenrecht dessen Art. 21⁴ §§ 1 und 2 KSH (Text im Anhang).

101 Art. 21⁴ § 1 KSH; in diese Richtung auch schon *Hommelhoff*, *KSzW* 2014, 63, 68: abgesonderte Finanzierung der Tochteraufwendungen.

102 Zur Möglichkeit einer Solvenz sichernden Muttergarantie s. *FECG*, in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern* (Fn. 20), S. 265.

103 Zur allgemeinen Diskussion um den Liquiditätsschutz auf Unionsebene *Lutter/Bayer/Schmidt*, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht* (Fn. 19), S. 520 f; *Habersack/Verse*, *Europäisches Gesellschaftsrecht* (Fn. 19), S. 227 f; zur Diskussion zum deutschen Recht vgl. *Ekkenga*, in: *MünchKomm, GmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 30, Rn. 41; *Verse*, in: *Scholz, GmbHG*, 13. Aufl. 2022, § 30 Rn. 13 jeweils mwN.

104 Das Kontrollprogramm zielt auf die konkrete Weisung und die aus ihr möglicherweise resultierende Liquiditätsgefährdung ab (*so schon Forum Europaeum on Company Groups (FECG)*) in: *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern* (Fn. 20), S. 259, 265 (V2)), entgegen *Schön*, *ZGR* 2019, 343, 375 also gerade nicht auf eine allgemeine Liquiditätsvorsorge zugunsten der Tochter.

105 Zum Cash Pooling im Konzern nach deutschem Recht vgl. u.a. *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 20. Aufl. 2020, Anh § 13, Rn. 18/§ 30, Rn. 37 ff; zur Rechtslage in Frankreich *Schiller/Barsan*, in: *Company Laws of the EU* (Fn. 20), S. 157; in Rumänien *Tec/Doroga*, ebenda, S. 1030 f.

tel rechtlich abgesichert sogar für den Fall gewährleistet sein, dass die Mutter in die Krise oder gar in Insolvenz gerät¹⁰⁶.

b) *Zusätzlicher Schutz der Gewinnerwartungen*

Anders hingegen in Konzerntöchtern mit außenstehenden Minderheitsgesellschaftern; sie müssen über den Bestandsschutz für ihr Investment hinaus auch in ihren berechtigten Gewinnerwartungen geschützt werden. Als Instrument hierfür könnte nach der Überzeugung vieler der dem französischen Recht entstammende „Rozenblum“-Mechanismus¹⁰⁷ fungieren. Nach ihm darf die Geschäftsführung der Tochter deren Eigeninteressen hinter die Konzerninteressen zurückstellen, wenn insgesamt vier Voraussetzungen erfüllt sind: Der Konzern ist strukturell gefestigt und die Konzerntochter in eine kohärente und auf Dauer angelegte Konzernpolitik eingefügt. Außerdem müssen sich die Vor- und Nachteile, die für die Tochter aus ihrer Einbindung in die Konzernpolitik zu erwarten sind, über längere (gesetzlich in der Zeit zu bemessende) Sicht zumindest ausgleichen. Schließlich darf die Konzerntochter nicht in ihrer Existenz gefährdet werden. Dem europäischen Gesetzgeber kann empfohlen werden, den „Rozenblum“-Mechanismus innerhalb eines Binnenmarkt-adäquaten Konzernrechts für die Töchter mit außenstehenden Gesellschaftern zu kodifizieren.

Allerdings müsste der Gesetzgeber die Tatbestandsmerkmale mit den übrigen Bestimmungen seines Konzernrechts verknüpfen. Strukturelle Verfestigung der Unternehmensverbindung gewährleistet bereits der registrierte und publizierte Konzernbeitritt (oben III 1). Von einer kohärenten und auf Dauer angelegten Konzernpolitik darf ausgegangen werden, wenn

106 S. dazu auch *Schön*, ZGR 2019, 343, 375; zu den zu vereinbarenden notwendigen Schutzvorkehrungen im Einzelnen u.a. *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, (Fn. 105), § 30 GmbHG, Rn. 37 ff mwN.

107 Zu ihm eingehend *Krafft*, Die Rozenblum-Doktrin, ihre Fortschreibung bis zur Gegenwart und ihr Vergleich zur Treuepflicht im faktischen GmbH-Konzern, 2020; s. auch *Conac*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 95 ff; s. noch *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 178; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 19) S. 94 f mit Nachweisen auch zu den kritischen Gegenstimmen; zu diesen auch eingehend und nachdrücklich *Böckli*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 379 ff.

die Tochtergeschäftsführung neben den anderen Geschäftsführungen im Konzern unter der Leitung der Muttergeschäftsführung an der Entwicklung und Ausgestaltung der Konzernpolitik mitverantwortlich beteiligt wird (III 3c). Der Fortbestand der Tochter wird über den Bilanz- und Liquiditätstest (oben III 4a) sichergestellt. Damit würde sich für den Gesetzgeber die Kodifikation des „Rozenblum“-Mechanismus auf die Vor- und Nachteilsfeststellung sowie auf den ggf. erforderlichen Nachteilsausgleich in bestimmter Zeit konzentrieren. Für ihn könnte auch eine Garantiedividende der Mutter zugunsten der Minderheitsgesellschafter in der Tochter in Betracht gezogen werden.

5. Der Konzerninformationsanspruch der Mutter

Die Muttergeschäftsführung kann ihrer für den Gesamtkonzern mitsamt allen Konzerngesellschaften begründeten Verantwortlichkeit allein dann gerecht werden, wenn sie alle notwendigen Informationen erlangen kann, um die aus ihrer Verantwortlichkeit resultierenden Leitungsaufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Deshalb sollte der europäische Gesetzgeber dem Mutterunternehmen (wiederum nach polnischem Vorbild)¹⁰⁸ als Konsequenz aus dem Konzernbeitritt (oben IV 1) einen Konzerninformationsanspruch gewähren¹⁰⁹, der die Geschäftsleitungen der Konzerntöchter verpflichtet, die Mutter¹¹⁰ mit den für eine zentralistische Konzernleitung erforderlichen, also Aufgaben-adäquaten (aber auch nur mit diesen) Informationen zu versorgen¹¹¹. Soweit dieser Informationsanspruch der Mutter reicht, hat deren Informationsinteresse Vorrang gegenüber dem

108 Art. 21⁶ KSH (Text im Anhang).

109 Zum Anspruch der Mutter gegenüber der Tochter auf Funktions-adäquate Informationen Hommelhoff, FS Krieger, 2020, S. 393, 402 mwN; Schockenhoff, NZG 2020, 1001, 1003: Konzerninformationsanspruch; so auch die EMCA-Group, s. Conac, ECFR 2016, 301, 316; vgl. zudem Art. 4 Abs. 2 des CSDD-Richtlinienvorschlags (Fn. 27).

110 Zur wettbewerbsrechtlich bedingten (aber überprüfungsbedürftigen) Notwendigkeit eines Informationsaustauschs zwischen Konzernschwestern Schweitzer/Woeste, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 169.

111 S. auch den Vorschlag Druey, SZW 2012, 414, 418 zu den upstream-Informationen von der Tochter an die Mutter (mit Erläuterung S. 423).

Geheimhaltungsinteresse der Tochter¹¹²; deren angenommener Konzernbeitritt (oben III 1) eröffnet mit seiner Registrierung diesen vorrangigen Informationsanspruch. Da er die Muttergeschäftsführung in die Lage versetzen soll, ihrer gesetzlich ausgestalteten Konzernleitungspflicht nachzukommen, scheidet ein gesetzlich begründeter Anspruch der außenstehenden Gesellschafter in den Konzerntöchtern auf Nachinformation¹¹³ oder gar auf Parallelinformation aus. Der Muttergeschäftsführung könnte es der Gesetzgeber überlassen, ob dieser Konzerninformationsanspruch in ein Berichtssystem¹¹⁴ überführt werden soll.

6. Würdigung

Alles in allem laufen die hier dem europäischen Gesetzgeber für die zentralistische Unternehmensverbindung vorgeschlagenen Regelungen auf eine ganze Reihe ausdrücklicher Verhaltenspflichten sowohl der Tochter- als auch der Muttergeschäftsführung hinaus, obwohl die rechtlich selbständige Tochter innerhalb dieses Einheitskonzerns die Rolle vergleichbar einer unselbständigen Betriebsabteilung spielt – und zwar sogar dann, wenn die Konzerntochter im Alleinbesitz steht. Die mit den Handlungspflichten unzweifelhaft verbundenen Förmlichkeiten, insbesondere für den rechtlich abgesicherten Vorrang der Konzerninteressen vor den Tochtereigeninteressen, sind jedoch trotz Förderung einer die Binnengrenzen übersteigenden Konzernleitung (oben I 3) im Interesse eines effektiv funktionierenden Außenseiterschutzes unverzichtbar. Dagegen wäre eine isolierte Anerkennung der Konzerninteressen und ihres Vorrangs ohne weitere Voraussetzungen und Eingrenzungen ungeeignet, um die Förderfunktion eines Binnenmarkt-adäquaten Konzernrechts mit seiner unverzichtbaren Schutzfunktion zugunsten aller außenstehenden Interessenträger (stakeholder) in interessengerecht harmonischen Ausgleich zu bringen. Nur ein in dieser Weise ausgeglichenes Gesamtsystem legitimiert es, den außenstehenden

112 Die konzerninterne oder –externe Informations-Weitergabe sollte in die Verantwortung der Muttergeschäftsführung gestellt werden (s. *Druey*, SZW 2012, 414, 418 (4.4); dazu die Erläuterung S. 424).

113 Nach geltendem deutschem Recht erstreckt sich der Anspruch auf Nachinformation aus § 131 IV AktG nicht auf Informationen, die innerhalb des Konzerns dessen Leitung und der der Tochter dienen, s. *Koch*, (Fn. 22), § 131 AktG, Rn. 72 mwN.

114 Zur Einrichtung von Berichtssystemen *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7. Aufl. 2020, S. 75.

Gesellschaftern in der abhängigen Gesellschaft trotz ihres formalisierten Konzernbeitritts den freiwilligen Verbleib als Entscheidungsalternative anzubieten (s. oben III 1f). Zum Austritt aus der Konzerntochter müsste der Gesetzgeber sie freilich erneut für den Fall berechtigen, dass deren tatsächliche Nachteile aus der Konzernverbindung nicht von der Mutter kompensiert werden.

IV. Dezentralisierte Konzernverbindungen

Dem zentralistisch geführten Stammhaus- oder Einheitskonzern steht der Holdingkonzern mit seiner betont dezentralen Leitungsstruktur (oben II 1) gegenüber: Während die Muttergeschäftsführung die Töchter über die Konzernpolitik und –strategie, über die Konzernfinanzierung und über die Besetzung der Führungspositionen in den Töchtern diese unter ihrer einheitlichen Leitung zum Gesamtkonzern zusammenfasst und durch die Konzernkontrolle in diesem hält, konzentrieren sich die Tochtergeschäftsführungen, wie schon II 1 dargelegt, darauf, auf den Absatz-, Beschaffungs- und sonstigen Märkten das laufende Tagesgeschäft innerhalb jener Bahnen weithin eigenverantwortlich zu erledigen, die Konzernpolitik und –strategie für die jeweilige Tochter vorgespurt haben. Gerade für solche Holdingkonzerne, die über die Dezentralität der Töchter in besonderer Weise geeignet erscheinen, der Binnenmarkt-spezifischen Vielfalt der Märkte, Kulturen und sonstigen Besonderheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten (oben I 2) Rechnung zu tragen, sollte der europäische Gesetzgeber fördernde Organisationsmöglichkeiten bereitstellen, damit die Unternehmen auf gesichertem Rechtsfundament ihre Niederlassungsfreiheit ausüben können (oben I 3d).

1. Der Beitrittsbeschluss

Nicht anders als beim Einheitskonzern (oben III 1) sollte es ebenfalls zur Begründung einer dezentralen Unternehmensverbindung im Holdingkonzern einer Beitrittserklärung der künftigen Konzerntochter, der Registrierung dieser Erklärung und ihrer öffentlichen Verlautbarung bedürfen. Über die Abgabe einer solchen Beitrittserklärung müssten auf Antrag der Geschäftsführung oder der künftigen Mutter als Anteilsinhaberin alle Anteilsinhaber der künftigen Tochter mit, wie oben III 1a begründet, einfacher Mehrheit entscheiden, weil sich auch in der dezentralisierten

Unternehmensverbindung die Interessenausrichtung der Konzerntochter verändern kann (unten IV 3a) und vor allem der Aufgabenzuschnitt der Tochterorgane (unten IV 7/9). Der Konzernbeitritt ist hier (nicht anders als beim Einheitskonzern) als Grundlagengeschäft zu qualifizieren.

Für die Wirtschaftspraxis stellt sich dann aber die Frage, ob Unternehmen, die nachgeordnet abhängige Gesellschaften von außen, wenn auch „an langer Leine“ leiten wollen, überhaupt auf eine Beitrittserklärung in diesen Gesellschaften hinwirken wollen. Steht ihnen doch schon jetzt mit der „Personalschiene“ (oben III 2) ein Instrument zur Verfügung, um abhängige Gesellschaften hinreichend effektiv zu leiten und auf ihre Interessen hin auszurichten. Das aber sollte der europäische Gesetzgeber nicht hinnehmen und stattdessen darauf hinwirken, solche Unternehmensverbindungen aus der rechtlichen Grauzone herauszuholen und die Struktur der jeweiligen Verbindung transparent werden zu lassen¹¹⁵ - im Interesse des Rechts- und Geschäftsverkehrs, vor allem aber in dem eines effektiven Außenseiterschutzes in der abhängigen Gesellschaft. Konzerne sollten nicht (wie der faktische Konzern in Deutschland) auf robust instrumentalisierter Rechtsmacht beruhen, sondern als rechtlich geordnete Organisationsform Rechte eröffnen und allen Verwaltungsorganen im Konzern jeweils hinreichend präzise Handlungs- und Pflichtenprogramme zur Rechtssicherheit ihrer Mitglieder vorgeben.

Zur Abgabe einer Beitrittserklärung sollte der europäische Gesetzgeber die Mitglieder der beteiligten Geschäftsführungsorgane nicht allein und auch nicht primär durch Haftungsandrohung¹¹⁶ veranlassen, sondern vordringlich (in Verfolg des Regelungskonzepts „der Konzern- ein Orga-

115 Zum Transparenzgebot in Frankreich s. *Schiller/Barsan*, in: *Company Laws of the EU* (Fn. 20), S. 151 f; in Italien *Baccetti*, ebenda, S. 623 ff; in Rumänien *Tec/Doroga*, ebenda, S. 1020; in den Niederlanden *Olaerts*, ebenda, S. 1405 f; im Vereinigten Königreich *Hannigan*, ebenda S. 1579 f. – Publierte Informationen über die Art der Konzernstruktur schlagen auch *Krebs/Jung*, in: *Europäisches Gesellschaftsrecht* (Fn. 19) S. 2184 (Leitsatz 16) für ein europäisches Konzernrecht vor.

116 Zur noch im Referentenentwurf zum deutschen Aktiengesetz (1965) vorgeschlagenen Haftung der Organmitglieder und Angestellten des herrschenden Unternehmens ohne jegliches Verschulden (§ 284 RefE AktG) mit dem Ziel, auf diesem Weg den Abschluss eines Beherrschungsvertrages durchzusetzen, *Dettling*, *Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, 1997*, S. 224 ff mit Dokumentation der Gegenargumente; dieser Haftungsvorschlag wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren durch den Abhängigkeitsbericht (§ 312 AktG) und die Organhaftung für pflichtwidrig schuldhaftes Fehlverhalten nach § 317 AktG ersetzt.

nisationsangebot“, oben I 5b) das herrschende Unternehmen durch den Ausschluss von eben jenen rechtlichen Vorteilen anreizen, die ihm exklusiv lediglich in einer rechtlich geordneten Konzernverbindung eröffnet werden: die rechtlich abgesicherte Reduktion des Handlungs- und Pflichtenrahmens für die Muttergeschäftsführung (unten IV 3/4), der zeitlich gestreckte Nachteilsausgleich (unten IV 7c) und die abgesicherte Risiko- und Haftungsabschottung (unten V 2), aber auch der (freilich eingegrenzte) Vorrang des Konzerninteresses (unten IV 3a).

2. Die Dezentralität

a) Der Dezentralitäts-Entscheid der Muttergeschäftsführung

Bleibt zur Ausgestaltung der Beitrittserklärung für den Gesetzgeber noch eine Frage offen: Sollte die Qualität der Konzernverbindung ausdrücklich erklärt werden müssen, also deren Dezentralität? Falls ja, dann läge die Entscheidungszuständigkeit für den Typ der Unternehmensverbindung, Einheits- oder Holdingkonzern, letztlich bei den Anteilsinhabern der Konzerntochter. Die Muttergeschäftsführung wäre gezwungen, die ihr von den Anteilsinhabern der Tochter vorgegebene Konzernstruktur so lange zu leben, bis ihr diese eine andere Struktur (nicht bloß erlauben, sondern erneut) vorgeben. Das bedeutet: der Muttergeschäftsführung wäre es verwehrt, auf, aus welchem Grund auch immer, notwendige Veränderungen im unternehmerischen Umfeld aus allein eigener Rechtsmacht schnell und flexibel durch ggf. angepasste Konzernstrukturen zu reagieren. Würde der europäische Gesetzgeber die Dezentralität der Unternehmensverbindung im Konzern der Beschlusskompetenz der Tochter-Anteilseigner zuweisen, so wäre (unabhängig von der auf den Kopf gestellten Hierarchie) die Konzernorganisationsfreiheit der Muttergeschäftsführung übermäßig eingeengt und damit die Wettbewerbskraft des Mutterunternehmens beeinträchtigt.

Daher erfordert ein Binnenmarkt mit in hohem Maße wettbewerbsfähiger ökosozialer Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV, oben vor I) ein Konzernrecht, in dem die Entscheidung über die Zentralität oder Dezentralität der einzelnen Unternehmensverbindungen allein bei der Geschäftsführung des Mutterunternehmens liegt (ggf. zurückgebunden an die Zustimmung seines Aufsichtsrats¹¹⁷) und nicht etwa bei den Anteilsinhabern

117 S. schon Rittner, AcP 1983, 295, 309.

der einzelnen Töchter¹¹⁸. Diese befinden konsequent allein über den Konzernbeitritt ihrer Gesellschaft als solchen¹¹⁹ (s. schon oben III 1c), aber nicht über die Struktur der Konzernverbindung. Mit dem Beitrittsbeschluss stellen die Tochtergesellschaften mithin die Rolle ihrer Gesellschaft samt allen sich daraus ergebenden Konsequenzen in das unternehmerische Organisationsermessen der Muttergeschäftsführung.

b) Der Niederschlag des Dezentralitäts-Entscheids

Wenn es aber das rechtspolitische Ziel der Beitrittserklärung auch ist, die Unternehmensverbindung aus ihrer fluktuierenden Intransparenz herauszulösen und ihr ein verlässliches Rechtsfundament zu verschaffen (oben III 1a), dann muss sich ebenfalls der Dezentralisierungsentscheid der Muttergeschäftsführung in einem Rechtsakt niederschlagen und darf sich nicht in einer internen Organisationsvorgabe der Muttergeschäftsführung erschöpfen¹²⁰. Darüber hinaus müssen alle Anteilsinhaber in der Konzerntochter wissen können, ob und wie ihre Gesellschaft im Konzern geführt werden soll, damit auch sie die Tochtergeschäftsführung in deren Aktivitäten kontrollieren können.

Für einen die Dezentralität fundamentierenden Rechtsakt könnte der Gesetzgeber an deren Kennzeichen anknüpfen: Die Geschäftsführung in der Tochter leitet diese weithin eigenverantwortlich, also weisungsfrei (oben II 1). Weisungsfreiheit kennzeichnet die dezentrale Konzernverbindung, kennzeichnet den Holdingkonzern. Daher müsste die Muttergeschäftsführung ausdrücklich gegenüber der Konzerntochter auf Weisungen an deren Geschäftsführung (und gleichzustellende Veranlassungen) verzichten¹²¹. Diesen Weisungsverzicht könnte der Gesetzgeber, um ihm rechtliche Relevanz zu verleihen, mit der Annahme der Beitrittserklärung verbinden. Dann könnte der Konzernbeitritt der Tochter nicht als solcher angenommen werden, sondern nur in der Form, dass sich die Mutter durch ihre Geschäftsführung zugleich zur Verbindungsstruktur erklärt. Sie

118 So auch *Schön*, ZGR 2019, 343, 363.

119 So jüngst ebenfalls das polnische Gruppenrecht, Art. 21¹ § 2 KSH (Text im Anhang).

120 So aber *Druery*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Kapitalmarktrecht (SZW) 2012, 414, 317 (2.2 Abs. 1 S. 2).

121 Aus betriebswirtschaftlicher Perspektive s. *Berndt Schmidt*, Integrierte Konzernführung, (Fn. 11), S. 129: Entscheidungsdezentralisation bedeutet immer einen graduellen Führungsverzicht der Konzernzentrale.

schließt vereinzelte Veranlassungen der Muttergeschäftsführung und deren Übernahme durch die in ihrer Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit abgesicherte (unten IV 8) Tochtergeschäftsführung nach Prüfung deren Nachteiligkeit, ggf. durch Kompensation (oben III 4) neutralisiert, nicht aus.

Um die Anteilsinhaber der Tochter, aber auch alle ihre sonstigen stakeholder über den Weisungsverzicht zu informieren, müsste diese Annahmeerklärung zusammen mit der Beitrittserklärung registriert und veröffentlicht werden. An dieser verlautbarten Verbindungsstruktur müssten sich Mutter und Muttergeschäftsführung bis auf weiteres festhalten lassen.

c) Abänderbarkeit des Dezentralitäts-Entscheids

Diese sind allerdings an die Annahmeerklärung trotz ihrer Verlautbarung nicht auf Dauer gebunden, sondern können von ihr jederzeit und frei abrücken, also zur Verbindungsstruktur eines Einheitskonzerns übergehen. Das müsste die Muttergeschäftsführung gegenüber der Konzerntochter nach gesetzlicher Vorgabe ausdrücklich erklären und diese neue Erklärung zum Register zur Veröffentlichung anmelden. Den damit verbundenen Verfahrensaufwand würde man schwerlich als Einschränkung der Konzernorganisationsfreiheit und Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit im Binnenmarkt qualifizieren können.

Ein solcher Wechsel von der dezentralen zur zentralistischen Konzernverbindung kommt etwa in Betracht, wenn die Konzerntochter in eine Existenz-bedrohende Krise gerät und die Muttergeschäftsführung die Krisenabwehr in ihr und deren Sanierung in die eigenen Hände nehmen will¹²². In einem breiter aufgestellten Konzern mit mehreren Töchtern geht es dann aber nicht ohne weiteres an, die eine Konzerntochter, also z.B. die ungarische zugunsten der italienischen zu opfern; es muss ein Grundsatz der „*par condicio filiarum*“ (*Schollmeyer*) gelten. Indes – ihn und seine Durchbrechungen samt ihren Konsequenzen zu regeln, ist

122 Dazu aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Berndt Schmidt*, Integrierte Konzernführung, (Fn. 11), S. 131 f.

Aufgabe der Gesetzgebung zum Restrukturierungs¹²³- und zum Insolvenzrecht¹²⁴, nicht jedoch die der zum Konzerngesellschaftsrecht.

3. Die Sorgfaltspflichten der Muttergeschäftsführung

a) Das Konzern-leitende Handlungs- und Pflichtenprogramm

Mit der Registrierung des Konzernbeitritts samt Weisungsverzicht in der Annahmeerklärung (oben IV 2) müsste sich das Handlungs- und Pflichtenprogramm der Muttergeschäftsführung von Gesetzes wegen, also automatisch reduzieren; sie wäre (rechtlich eindeutig vorgegeben) nicht länger für sämtliches Geschehen im Konzern bis in dessen Einzelheiten in allen Konzerntochter- und Enkelgesellschaften, also deren jeweiliges Tagesgeschäft hinein verantwortlich. Vielmehr wäre die Muttergeschäftsführung von nun an nur noch verpflichtet, die nachgeordneten Konzerngesellschaften unter ihrer einheitlichen Leitung zusammenzufassen; das sollte für die dezentralisierte Holdingverbindung gesetzlich klar ausformuliert bedeuten¹²⁵: Sie muss zusammen mit den Tochtergeschäftsführungen (unten IV 7b) unter ihrer zielführend Einheits-stiftenden Leitung eine den Gesamtkonzern umspannende Konzernpolitik und –strategie entwickeln und festsetzen, in der den einzelnen Konzerntöchtern aus dieser Politik und Strategie abgeleitete Teilaufgaben zugewiesen werden¹²⁶. In der Verantwortung der Muttergeschäftsführung, erneut im Zusammenwirken mit den Tochtergeschäftsführungen (unten IV 7b), stehen sodann die Entwicklung und Festsetzung einer konzernumspannenden Finanzpolitik, die sowohl auf die Konzernpolitik und –strategie kohärent abgestimmt ist, als auch auf

123 Zum Konzern im Restrukturierungsrecht nach der Restrukturierungs- und Insolvenzrichtlinie (EU) 2019/1023 *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, Anh. § 13, Rn. 1353 ff.

124 Im deutschen Insolvenzrecht ist der Konzern lediglich über die Möglichkeit auf einander inhaltlich abgestimmter Insolvenzpläne der einzelnen Konzerngesellschaften erfasst, s. *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG (Fn. 123), Anh. § 13, Rn. 1335 mwN.

125 Zum Inhalt der Konzernleitungspflicht nach deutschem Recht u.a. *Sven Schneider*, in: Krieger/Uwe Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, § 8, Rn. 8.18/8.19; *Liebscher*, MünchKomm GmbHG (Fn. 123), Anh. § 13, Rn. 1228 ff.; s. auch *Uwe Schneider*, GmbHR 2010, 1313, 1314 ff.

126 Zur „Leitung und Koordinierung“ einer Mehrzahl von Gesellschaften nach italienischem Recht (Artt. 2497 ff CC 2003) s. *Scognamiglio*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 180 ff.

die Teilaufgaben der jeweiligen Töchter und deren berechtigtes Interesse an Gewinnbeteiligung¹²⁷. Ein wesentliches Element, um die konzernweite Einheitlichkeit aller Leistungsbeiträge auf der Ebene der Mutter ebenso wie auf der ihrer Töchter sicherzustellen, ist die Besetzung der Positionen in den Tochtergeschäftsführungen; die Muttergeschäftsführung sollte daher gesetzlich verpflichtet werden, über das ihr in der „Personalschiene“ dargebotene Einflusspotential (oben III 2) darauf hinzuwirken, dass in den Töchtern geschäftsführendes Leitungspersonal agiert, das trotz seiner Ausrichtung auf seine jeweilige Tochtergesellschaft und deren Interessen zugleich mit Blick auf das Konzernganze tätig wird und damit die Tochter innerhalb des Konzerns sowie dessen Politik und Strategie hält. Diese Ausrichtung der Tochtergeschäftsführungen auf das Konzernganze und seine konzernspezifische Einheitlichkeit trotz fehlender Möglichkeit für die Muttergeschäftsführung, die Geschäftsführungen der Töchter durch Weisungen in deren Verantwortungsbereich für das laufende Geschäft zu lenken, kennzeichnet den Holdingkonzern und die dezentrale Konzernverbindung in ihm.

b) Konzernkontrolle

Über Konzernpolitik, -finanzierung und Besetzung der nachgeordneten Leitungspositionen hätte die Muttergeschäftsführung mithin nach gesetzlicher Vorgabe für den dezentralen Holdingkonzern diesen zusammengefasst einheitlich zu leiten und zu steuern¹²⁸. Darüber hinaus müsste der Gesetzgeber die Muttergeschäftsführung anhalten, die nachgeordneten Konzerntöchter daraufhin zu kontrollieren¹²⁹, ob sie innerhalb der konzernpolitisch vorgegebenen Teilaufgabenfelder im einheitlich geleiteten Gesamtkonzern agieren, welche Erfolge sie dabei erzielen und ob die Corporate Governance-Systeme in den Töchtern einschließlich derer Risikomanagement- und Compliance-Systeme (unten IV 4b) funktionieren. Zu einer solchen Kontrolle sollte der Gesetzgeber die Muttergeschäftsfüh-

127 Dazu mit Blick auf die Investitionen im Konzern *Engert*, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 76.

128 S. schon *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, S. 190 f – zusammenfassend.

129 Dazu *Hommelhoff*, FS Krieger, S. 393, 400 f sowie *Dominke*, Einheitliche Gruppenleitung (Fn. 54), S. 184 f im Anschluss an unternehmenspraktisches Schrifttum; *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG (Fn. 123), Anh § 13, Rn. 1257 mwN.

rung schon deshalb verpflichtet, weil Fehlleistungen auf nachgeordneten Konzernebenen die Reputation des Konzerns und die der Mutter beeinträchtigen und überdies den Wert mindern können, den die Mutter über ihre Beteiligung an der fehlerleistenden Tochter hält. Allerdings müsste diese Kontrolle „an langer Leine“ ausgeübt und dürfte nicht zu sehr intensiviert werden, um nicht auf dem Weg über die Kontrolle die dezentrale Leitungsstruktur verdeckt in eine zentralistische zu überführen¹³⁰. Konzerninterne Kontrolle müsste vom Prinzip gegenseitigen Vertrauens geprägt sein¹³¹: Die Muttergeschäftsführung hätte sich bis zu substantiellen Anzeichen für das Gegenteil von dem Gedanken tragen zu lassen, dass die Tochter ordnungsgemäß von ihrer Geschäftsführung geleitet wird.

Sollte die Kontrolle Fehlleistungen einer Tochtergeschäftsführung offenbar werden lassen, so wäre es der Muttergeschäftsführung im dezentral strukturierten Holdingkonzern dennoch versagt, durch Weisungen gegenüber der Tochtergeschäftsführung für Abhilfe zu sorgen; dies müsste auf anderen Wegen geschehen – so etwa über das Überwachungsorgan der Tochtergesellschaft oder/und durch anleitende Hinweise der Muttergeschäftsführung an die der Tochter, welche freilich deren Eigenverantwortlichkeit respektieren müssten. Nur unter besonderen Umständen wäre die Muttergeschäftsführung anzuhalten, auf eine Neubesetzung der Tochtergeschäftsführung hinzuwirken.

c) Zur ausdrücklichen Beschreibung des Pflichtenprogramms

Dies Handlungs- und Pflichtenprogramm der Muttergeschäftsführung in der dezentral strukturierten Konzernverbindung sollte der europäische Gesetzgeber ausdrücklich vorgeben, also die Entwicklung einer umfassenden Konzernpolitik und –strategie, einer kohärenten Planung der Konzernfinanzen und der Konzernpersonalpolitik sowie die Einrichtung und den Betrieb einer auf die dezentrale Struktur der Konzernverbindung hin abgestimmte Kontrolle aller Konzerntöchter und –enkel. Mit einem solchen

130 In der dezentralisierten Konzernverbindung hat sich die Muttergeschäftsführung um das Geschehen in der Konzerntochter eben nicht in der Weise zu kümmern, als handle es sich um das eigene Geschehen in der Konzernmutter; aA *Fleischer*, CCZ 2018, 1, 4 f; *Grundmeier*, Der Konzern 2012, 487, *Sven Schneider*, in: *Managerhaftung* (Fn. 125), § 8, Rn. 8.21; *M. Winter*, FS Hüffer, 2010, S. 1103, 1106.

131 *S. Druey*, FS Hommelhoff, S. 135, 153 und im Anschluss an ihn *Hommelhoff*, FS Krieger, S. 393, 400.

Handlungs- und Pflichtenprogramm würde der Gesetzgeber die generelle Verpflichtung der Muttergeschäftsführung zu ordnungsgemäßer Unternehmens- und Konzernleitung Holdingkonzern-spezifisch konkretisierend herunterbrechen auf die wichtigsten Einzelpflichten; zugleich würde er auf diesem Wege das Handlungsprogramm der Geschäftsführung in der Mutter fokussiert abgrenzen gegenüber den Handlungs- und Pflichtenprogrammen für die Tochter- und Enkelgeschäftsführungen. Damit würde der europäische Gesetzgeber für jedermann erkennbare Verantwortungsbereiche im dezentral strukturierten Holdingkonzern schaffen: für dessen Organe und Organmitglieder ebenso wie für die stakeholder aller im Konzern zusammengefassten Gesellschaften. Sie könnten wissen, was sie von den Geschäftsführungen in Mutter und Töchtern erwarten dürfen (und was nicht) und woran sie deren Mitglieder festhalten können. Einen in dieser Weise klar umrissenen und rechtsbeständigen Handlungs- und Pflichtenrahmen, der in allen EU-Mitgliedstaaten verlässlich einheitlich gilt, können Wissenschaft, Rechtspraxis und Rechtsprechung nicht schaffen und in Geltung für alle setzen. Hierfür ist der europäische Gesetzgeber gefordert.

4. insbesondere: Risikomanagement in der Konzernmutter

Diese Vorgaben zum Pflichtenprogramm der Muttergeschäftsführung, insbesondere zu ihrer Konzernkontrollpflicht sollte der Gesetzgeber in den nachgeordneten Geschäftsführungsbereich des Mutterunternehmens erstrecken und die Einrichtung von Risikomanagement- und Compliance-Programmen vorschreiben, die auf die dezentrale Struktur eines Holdingkonzerns zugeschnitten sind.

a) Konzernweit einheitliche Risikomanagement-Pflichten

Für konzernfreie Gesellschaften, insbesondere für konzernfreie Börsengesellschaften geben das geschriebene oder auch nur das ungeschriebene Recht der Mitgliedstaaten Risikomanagement- und Compliance-Systeme vor. Mutterunternehmen müssen nach allgemeiner Überzeugung den Aktivitätsradius solcher Systeme auf die nachgeordneten Konzerngesellschaften erstrecken, weil Fehlleistungen dort den Beteiligungswert und somit mittelbar den Unternehmenswert der Mutter beeinträchtigen können,

aber ebenso deren Reputation und die des Gesamtkonzerns¹³². Rechtliche Grenzen jedoch sollen konzernumspannenden Risikomanagement- und Compliance-Systemen dort gezogen sein, wo für die Mutter die konzernrechtlichen Möglichkeiten einer Einflussnahme auf die Tochtergeschäftsführungen enden¹³³: *ultra posse nemo obligatur*. Vor diesem Hintergrund sollte ebenfalls der europäische Gesetzgeber in einem Binnenmarkt-adäquaten Konzernrecht die Einrichtung und den Betrieb grenzüberschreitender Risikomanagement- und Compliance-Systeme schon deshalb vorgeben und innerhalb gewisser Grenzen regeln, um abweichend von der bisher mitgliedstaatlich unterschiedlich geprägten Rechtslage im Interesse grenzüberschreitend in mehreren Staaten aktiver Konzerne (oben I 3d) für Binnenmarkt-weit vereinheitlichte Rechtsgrundlagen solcher Systeme zu sorgen.

b) Konzernkontroll-bezogene Management-Pflichten

Für den dezentral strukturierten Holdingkonzern und das Risikomanagement- und Compliance-System des Mutterunternehmens in ihm sollten allerdings die Rechtsgrundlagen in ihrem Ansatz nicht an den Grenzen der Einflussmöglichkeiten auf die Tochtergeschäftsführungen ausgerichtet werden, sondern präzise auf das spezifische Handlungs- und Pflichtenprogramm der Muttergeschäftsführung im Holdingkonzern (oben IV 3a), namentlich auf ihre Holding-spezifischen Kontrollpflichten. Denn auch im Bereich des Risikomanagement- und Compliance-Systems dürfen sich die regulierenden Vorgaben des europäischen Gesetzgebers schon im Ansatz verfehlt nicht am Einheitskonzern orientieren; die Tochtergeschäftsführungen müssen als grundsätzlich autonome Verantwortungsträger behandelt werden¹³⁴ und keinesfalls so, als wären sie weisungsabhängige Arbeitnehmer in einer Betriebsabteilung.

Konsequent hat sich das Risikomanagement- und Compliance-System der Mutter zunächst und vordringlich auf die Auswirkungen der Konzernpolitik und -strategie zu konzentrieren, die diese in den Konzerntöchtern

132 Dazu *Koch*, WM 2009, 1013, 1014; *Habersack*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, (Fn. 20), S. 278 f; s. auch die umfangreichen Nachweise bei *Altmeyden*, NZG 2022, 1227 f.

133 S. etwa *Koch*, (Fn. 22), § 76 AktG, Rn. 20 ff.

134 In Gesellschaften mit einem eigenen Überwachungsorgan unterliegen sie überdies der Überwachung im Rahmen der horizontalen Corporate Governance auf dieser Ebene, s. *Hommelhoff*, FS Krieger, S. 393, 400.

hervorrufen, aber auch auf die Folgen der Konzernfinanzierung. Dabei hat die Muttergeschäftsführung diese Risiken im Tochterbereich mit dem Ziel sammeln, systematisieren, analysieren und würdigen zu lassen, Aufschluss darüber zu gewinnen, ob die verfolgte Konzernpolitik, -strategie oder -finanzierung bezüglich dieser Tochter im einheitlich geleiteten Gesamtkonzern nachgesteuert oder abgeändert werden müssen. Im Rahmen der Konzernkontrolle sollte sich die Muttergeschäftsführung mit der Prüfung begnügen können, ob in den Konzerntöchtern Risikomanagement- und Compliance-Systeme eingerichtet sind, ob in diesen Systemen Vorkehr dafür getroffen worden ist, dass die Mutter unverzüglich über Risiken und Ereignisse informiert wird, die den Beteiligungswert der Mutter oder deren Reputation oder die des Gesamtkonzerns wesentlich beeinträchtigen können, und ob diese Systeme die ihnen zugewiesenen Aufgaben tatsächlich erfüllen¹³⁵. Insoweit ist Konzernkontrolle Systemprüfung¹³⁶; für sie sollte sich die Muttergeschäftsführung ggf. auf die Systemüberwachung durch den Tochteraufsichtsrat¹³⁷ und die Systemprüfung durch den Abschlussprüfer der Konzerntochter abstützen können.

5. Informationsversorgung der Mutter

Nicht anders als im Einheitskonzern (oben III 5) benötigt die Muttergeschäftsführung ebenfalls für die Leitung der dezentral strukturierten Konzernverbindung und für die mit ihr verbundenen Einzelaufgaben die erforderlichen Informationen zu deren Erfüllung; diese mithin Aufgabenspezifisch auf dezentrale Konzernleitung (oben IV 3) zugeschnitten, insoweit aber umfassend, fokussiert und zeitgerecht. Auch in der dezentralen Konzernverbindung sind das Handlungs- und Pflichtenprogramm der Geschäftsführung in der Mutter sowie ihr Konzerninformationsanspruch (III 5) in seiner inhaltlichen Ausprägung aufeinander bezogen. Aber dafür

135 So auch *Altmeppen*, NZG 2022, 1227, 1233, allerdings zu restriktiv nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Mutter auf die Compliance der Tochter tatsächlich Einfluss genommen hat.

136 *Druey*, FS Hommelhoff, S. 135, 146; im Ergebnis so wohl auch *Habersack*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, (Fn. 20), S. 282 f.

137 Zur Vernetzung der Aufsichtsratsüberwachung im Konzern bedarf es noch weiterer Erörterung; s. *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144 einerseits und *Krieger*, in: Holding-Handbuch (Fn. 10), S. 221 f sowie *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2002, S. 243 ff; speziell zu letzterem *Hommelhoff*, FS Krieger, S. 408 Fn. 71.

bedarf es keiner speziellen Regelung im Unionsrecht; gesetzlich gewährt werden müsste lediglich ein Aufgaben-adäquat zugeschnittener Konzerninformationsanspruch.

6. Überwachung durch den Mutter-Aufsichtsrat

Aus den Holding-spezifisch zugeschnittenen Leitungsaufgaben der Muttergeschäftsführung (oben IV 3/4) folgt ein kohärent ausgerichteter Überwachungsauftrag an den (sofern vorhanden) Aufsichtsrat im Mutterunternehmen. Dieser muss sich, ausdrücklich vom europäischen Gesetzgeber vorgegeben, auf die Konzernpolitik und -strategie, auf die Konzernfinanzierung, die Besetzung der Geschäftsleiterpositionen im Konzern sowie auf die fokussiert eingegrenzte Kontrolle der Konzernaktivitäten (oben IV 3b) konzentrieren und die Aktivitäten der Muttergeschäftsführung auf diesen Handlungsfeldern mit dem Ziel effektiver Überwachung prüfen¹³⁸. Auf die so ausgerichtete Überwachung sind die Informationspflichten der Muttergeschäftsführung gegenüber ihrem Aufsichtsrat zuzuschneiden und in dieser Weise Holding-spezifisch orientiert sollte dieser in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung der Mutter berichtend Rechenschaft über seine Tätigkeit ablegen müssen. Auf dies Holding-spezifisch geprägte Aufgabenfeld bezieht sich schließlich die Entlastung des Aufsichtsrats und die seiner Mitglieder in der Mutter durch deren Anteilsinhaber im Jahresrhythmus.

Oder zusammenfassend anders gewendet: Weil der dezentrale Holding-Konzern nicht dem Einheitsunternehmen rechtlich gleichgestellt werden darf, erstreckt sich die Verantwortung eines Mutter-Aufsichtsrats nicht auf die laufende Geschäftsführung in den Konzerntöchtern und deren Über-

138 Zu den Überwachungspflichten des Mutteraufsichtsrats nach deutschem Recht vgl. *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, (Fn. 114), S. 73 ff; sie gehen allerdings von einer erweiterten, aber nicht qualitativ veränderten Überwachungsaufgabe aus; so ebenfalls *Wendt*, in: Goette/Arnold (Hrsg.), Handbuch Aufsichtsrat, 2021, S. 1122 ff; s. aber auch *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2018, § 111, Rn. 348 ff; zum Zustimmungsvorbehalt des Mutter-Aufsichtsrats und seiner Konzerndimensionalität aus österreichischer Sicht im Anschluss an das Waagner/Biro-Urteil des OGH (NZG 2021, 654) *Gruber*, GesRZ 2021, 291; *Kalss*, in: Levisch (Hrsg.), Jahrbuch für Wirtschaftsstrafrecht und Organhaftung, Wien 2021, S. 192 ff; *Schietma*, GesRZ 2021, 310.

wachung. Die dezentral geleiteten Töchter sind keine bloßen Betriebsabteilungen unter der Leitung der Muttergeschäftsführung.

7. Die Sorgfaltspflichten der Tochtergeschäftsführung

a) Eigenverantwortliche Unternehmensleitung in der Tochter

Innerhalb der dezentralen Konzernverbindung nimmt die Tochtergeschäftsführung ihre Leitungsaufgaben in Umsetzung der Einheitsstiftenden Konzernpolitik und –strategie eigenverantwortlich wahr. Dabei hat sie die Geschäfte der Konzerntochter, also vor allem deren laufendes Tagesgeschäft betont unternehmerisch mit kreativer Initiativkraft und Risikobereitschaft zu führen und darf sich nicht damit begnügen, die Konzernpolitik und –strategie in ihrer Umsetzung auf ihre Nach- und Vorteile für die Tochter hin zu überprüfen¹³⁹. Das muss die Tochtergeschäftsführung auch, aber nicht ausschließlich.

b) Mitverantwortung für die Konzernpolitik

Denn innerhalb der dezentral strukturierten Konzernverbindung muss sie schon im Diskurs mit der Muttergeschäftsführung¹⁴⁰ die eigenen Interessen und Belange der Konzerntochter in die Entwicklung und Fortschreibung der Konzernpolitik und –strategie einbringen¹⁴¹ und dafür sorgen, dass sich die für die Tochter zu erwartenden Vor- und Nachteile auf mittle-

139 Für den Vorstand der faktisch konzernierten AG nach deutschem Recht schon Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, S. 120 ff; dem gegenüber konzentriert sich das deutsche Schrifttum vor allem auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen der weisungsfreie Tochtervorstand sich auf eine Veranlassung der Mutter einlassen darf (vgl. etwa J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, (Fn. 22), § 311 AktG, Rn. 109 ff).

140 In der Mehrzahl der Aktivitäts- und Handlungszentren im Konzern und in ihrem arbeitsteilig abgestimmten Zusammenwirken liegen die besondere Kraft und Leistungsfähigkeit des Konzerns als Organisationsform begründet (oben I 4c).

141 AA wohl Engert, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 71: mit ihrer Unterordnung im Konzern verliere die Gesellschaft ihre strategische Eigenständigkeit und die damit verbundenen Gewinnchancen; wie hier aber schon Keller, in: Holding-Handbuch (Fn. 10), S. 122, der die Verpflichtung der Tochtergeschäftsführung, ihre eigenen Vorstellungen zur Geschäftspolitik der

re Sicht zumindest ausgleichen, falls nicht gar schon die Tochtervorteile aus der Beteiligung an der Kreation der Konzernpolitik und aus ihrer Umsetzung in der Tochter überwiegen sollten. Für den Fall, dass schon bei der Entwicklung und Fortschreibung der Konzernpolitik und –strategie unausgeglichenen Nachteile zutage treten, sollte der europäische Gesetzgeber die Tochtergeschäftsführung anhalten, bereits in die ausformulierte Politik und Strategie vorbeugend eine angemessene Kompensation einfügen zu lassen¹⁴². Wenn die Geschäftsführung der Tochter in dieser Weise mitverantwortlich in die Entwicklung und Fortschreibung der Konzernpolitik und –strategie, soweit es die Konzerntochter betrifft, eingebunden wird, erleichtert dies zugleich die Aufgabe der Tochtergeschäftsführung, die Umsetzung der Konzernpolitik und –strategie auf ihre Nachteiligkeit hin zu überprüfen, in ihrer Erledigung erheblich: Die Geschäftsführung der Tochter weiß, was auf diese zukommen kann. Diese mitverantwortliche Beteiligung der Tochtergeschäftsführung an der Konzernpolitik und –strategie kennzeichnet die Dezentralität der Konzernverbindung; der europäische Gesetzgeber sollte diese Beteiligung daher beiden Geschäftsführungen, der der Mutter ebenso wie der der Tochter, verpflichtend vorgeben. Namentlich der dezentrale Konzern fungiert prägnant als „Veranstaltung“ aller Konzerngesellschaften und ihrer Organe, also nicht allein als „Veranstaltung“ der Mutter (oben I 4c).

c) Absicherung der Tochtereigeninteressen

In einem so schon zur Konzernpolitik und –strategie hin vorverlagerten Ausgleichsystem kann sich das Konzerninteresse erst dann gegenüber dem Tochtereigeninteresse durchsetzen, wenn sich die Tochtergeschäftsführung in ihrer Eigenverantwortung darauf einlässt¹⁴³; das kann die Muttergeschäftsführung nicht anweisen. Die Entscheidung der Tochtergeschäftsführung, sich auf die festgesetzte Konzernpolitik und –strategie oder auf

Tochter in die Entwicklung der Konzernpolitik einzubringen, als Systemelement der Konzernleitung der Muttergeschäftsführung versteht.

142 Etwa und vor allem zur Aufgabe von Geschäftschancen; dazu *Engert*, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 77 f.

143 Zum deutschen Recht *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, S. 120 f; *Koch*, (Fn. 22), § 311 AktG, Rn. 48; *H-F Müller*, in: BeckOGK AktG (Hrsg.: Spindler/Stilz), Stand: 1.2.2022, § 311 AktG, Rn. 125; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, (Fn. 22), § 311 AktG, Rn. 109 ff; eine Tochter-GmbH müsste entsprechend in ihrem Gesellschaftsvertrag ausgestaltet werden.

eine in Umsetzung dieser Politik angesonnene Maßnahme einzulassen, könnte der europäische Gesetzgeber, angeregt durch das polnische Gruppenrecht¹⁴⁴, in mehrfacher Hinsicht absichern. So könnte er der Tochtergeschäftsführung aufgeben, Politik und Strategie sowie die angesonnene Maßnahme auf ihre Nachteile hin zu überprüfen und ihr verbieten, sich auf Politik oder eine Maßnahme einzulassen, falls ein angemessener Nachteilsausgleich nicht gesichert ist. Für die Entscheidung der Tochtergeschäftsführung könnte ein ausdrücklicher und schriftlich festzuhaltender Organbeschluss mit seinen wesentlichen Bestandteilen gesetzlich vorgegeben werden. Der Entscheid sollte dann in jedem Fall, also unabhängig davon, ob zustimmend oder ablehnend, der Muttergeschäftsführung zur Kenntnis gegeben werden müssen. Eine solche Pflichten- und Verfahrensvorgabe würde das Tochtereigeninteresse von Anfang an stärken, würde die Tochtergeschäftsführung bei ihren Verhandlungen mit der Muttergeschäftsführung um einen angemessenen Nachteilsausgleich wirkmächtig unterstützen, würde die Konzernverbindung in ihren Einzelheiten transparent werden lassen und würde insgesamt wesentlich dazu beitragen, die Dezentralität der Konzernverbindung zu stabilisieren. Deshalb sollte die Entscheidung der Tochtergeschäftsführung schließlich in einen Transaktionsbericht (in abstrahierender Form) aufgenommen werden müssen (unten VI 2), den die Tochtergeschäftsführung jährlich nach Prüfung durch den Abschlussprüfer zu publizieren hat.

8. Rechtlich abgesicherte Dezentralität

Die Holding-spezifische Dezentralität muss in der Unternehmenspraxis auf Dauer und nachvollziehbar effektiv gewährleistet sein. Weder isoliert das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip, noch die Erklärung der Muttergeschäftsführung, die Konzerntöchter unter ihrer einheitlichen, aber dezentralen Leitung zusammenfassen zu wollen (oben IV 2b), können allein die gebotene Rechtssicherheit in der praktischen Handhabung der Konzernstruktur schaffen. Von entscheidendem Gewicht für eine dezentrale Konzernverbindung und ihre rechtliche Absicherung ist vielmehr:

144 Vgl. insbes. die Artt. 21³, 21⁴ und 21⁸ KSH (Text im Anhang).

a) Besetzung der Geschäftsführungs-Positionen

Die Mitglieder der Tochtergeschäftsführung müssen trotz ihrer Berufung durch die Muttergeschäftsführung auf der „Personalschiene“ (oben III 2) immer noch so viel Eigenständigkeit und Entscheidungsfreiheit haben, dass sie dem Entscheidungsübergewicht der Muttergeschäftsführung in Angelegenheiten der Konzerntochter, sofern geboten, tatsächlich entgegenwirken können. Um eine solch' relative Eigenständigkeit und Entscheidungsfreiheit der Mitglieder in der Tochtergeschäftsführung zu gewährleisten, müssen Gegenkräfte schon in das Besetzungsverfahren für die Tochterpositionen eingebaut werden. Für die Aktivierung solcher Gegenkräfte ist die Zusammensetzung des Besetzungsorgans zentral bedeutungsvoll; in ihm ist das Entscheidungsübergewicht der Muttergeschäftsführung nachdrücklich zu relativieren. Daraus folgt:

b) Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder

Sollte in der Konzerntochter deren Aufsichtsrat die Mitglieder der Geschäftsführung berufen, so müssen in diesem Besetzungsorgan hinreichend viele Aufsichtsratsmitglieder auf gefestigter Rechtsgrundlage gegenüber dem Mutterunternehmen und dessen Geschäftsführung unabhängig sein¹⁴⁵. In diesem Sinne unabhängig sind ebenfalls Repräsentanten einer außenstehenden Gesellschafterminderheit. Die Unabhängigen haben dann zusammen mit den Repräsentanten der Mutter zwar für die beherrschte Konzerntochter Geschäftsführer zu berufen, die aber dennoch die für deren Dezentralität notwendige Eigenständigkeit haben müssen. Entsprechend ist eine vorzeitige Abberufung der Tochtergeschäftsführer im Holdingkonzern abzusichern. Ob eine solche Absicherung nur dann die erforderliche Durchschlagskraft aufweisen würde, wenn die unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder bei den Besetzungsentscheidungen im Verhältnis zu den Mutterrepräsentanten die Mehrheit haben, bedarf noch weiterer Überlegungen. Aber unabhängig davon würde die Muttergeschäftsführung regelmäßig schon von sich aus und von vornherein in Wahrnehmung ihrer Aufgabe, die Führungspositionen im nachgeordneten Bereich zu besetzen

145 Vgl. dazu schon die Empfehlung der EU-Kommission zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern in Börsengesellschaften gegenüber einem kontrollierenden Aktionär (KOM(2005) 162, Empfehlung 13.1); dazu *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645; s. auch *Conac*, ECFR 2016, 301, 311.

(oben IV 3a), Stelleninhaber in den Blick nehmen, die bereit und in der Lage sind, eine Konzerntochter dezentral und dennoch grundsätzlich konzernloyal zu führen, und für solche Kandidaten bei den unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern mit überzeugenden Argumenten werben.

c) Gesellschafter-Kompetenz

Sollte dagegen die Mutter als Gesellschafterin der Tochter deren Geschäftsführungsmitglieder unmittelbar selbst durch Entscheid der Muttergeschäftsführung berufen und abberufen können, so müsste in der Tochter eine besondere Stelle installiert und mit Unabhängigen besetzt werden, der für diese Besetzungsentscheide der Mutter ein nur mit überzeugender Begründung unüberwindbarer Zustimmungsvorbehalt zugewiesen wäre. Auch auf einem solchen Weg ließe sich das Entscheidungsübergewicht der Mutter schon von Gesetzes wegen einhegen, ohne die dezentrale Konzernverbindung als solche zu gefährden.

9. Die Überwachungsstelle in der Konzerntochter

In Konzerntöchtern mit einer eigenen Überwachungsstelle, insbesondere mit einem Aufsichtsrat, folgen derer Aufgaben aus dem Handlungs- und Pflichtenprogramm der Tochtergeschäftsführung¹⁴⁶: Überwachung ihrer Aktivitäten und der diesen zugrunde liegenden Risikomanagementsysteme, Überwachung der Mutter-Einflussnahmen und ihrer Rechtskonformität in der Tochter sowie ggf. Beratung ihrer Geschäftsführung. Diese Aufgaben sind regelmäßig schon auf der mitgliedstaatlichen Rechtsebene angelegt und bedürfen daher keiner Regelung durch den europäischen Gesetzgeber.

Für ihn käme allenfalls eine gesetzliche Ermächtigung an die Muttergeschäftsführung in Betracht, ihre auf die einzelne Tochter bezogene Konzernkontrollpflicht (oben IV 3b) zur Wahrnehmung der Überwachungsstelle der Tochter zu übertragen. Aber das kann dem Unionsgesetzgeber nicht empfohlen werden, da Konzernkontrolle durch die Überwachungsstelle in der Tochter diese Stelle in ihrer Holding-spezifisch bedeutsamen Funktion in aller Regel schwächen würde, die Tochtergeschäftsführung in

146 Näher *Kleindiek*, in: Handbuch Corporate Governance (Fn. 10), S. 813 ff.

ihrer relativen Eigenständigkeit innerhalb der dezentralen Konzernverbindung mitsamt eigenen Tochterinteressen zu unterstützen und zu stärken.

V. Risiko- und Haftungssegmentierung im Konzern

In einem Binnenmarkt-adäquaten Konzernrecht müssen die konzerninternen Leitungsstrukturen sowie die Handlungs- und Pflichtenprogramme der Geschäftsführungsorgane funktional mit der Risiko- und Haftungsabschottung innerhalb des Konzerns verknüpft werden¹⁴⁷. Keine Konzerngesellschaft darf ohne weiteres gezwungen sein, für die Verbindlichkeiten anderer Gesellschaften einzustehen: weder die Mutter für die ihrer Töchter, noch diese für die ihrer Schwestern oder gar die der Mutter. Andernfalls wäre die Niederlassungsfreiheit in ihrem Kern ausgehöhlt. Denn den Unternehmen wären grenzüberschreitende Aktivitäten in anderen Mitgliedstaaten, deren Besonderheiten sie sich nur begrenzt erschließen können, schwerlich zumutbar, wenn sie gezwungen wären, für die daraus entstehenden Risiken in jedem Falle und unentziehbar wie in einem Einheitsunternehmen einzustehen. Das würde die globale Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union entgegen Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV schwächen und auch die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen innerhalb des Binnenmarkts. Auf dem Weg über die konzerninterne Risiko- und Haftungssegmentierung muss der europäische Gesetzgeber demnach die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit in ihrer Ausübung wesentlich erleichtern. Das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip ist konzernspezifisch zu fundamentieren und abzusichern.

1. Konzernspezifische Legitimation der Haftungsabschottung

Das Trennungsprinzip kennzeichnet die Rechtsform „Kapitalgesellschaft“ in Europa: Für deren Verbindlichkeiten hat grundsätzlich nur diese selbst mit ihrem Vermögen einzustehen, aber nicht die Anteilsinhaber der Kapitalgesellschaft, ihre Aktionäre oder Gesellschafter¹⁴⁸. Sie und ihr Pri-

¹⁴⁷ Zur konzerninternen Haftungsabschottung als funktionaler Voraussetzung für Dezentralität im Konzern *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 401 ff.

¹⁴⁸ Zur Begründung der Haftungsabschottung u.a. *Schweitzer/Woeste*, in: *Vom Konzern zum Einheitsunternehmen* (Fn. 12), S. 166 f; s. aber auch *Trautmann*, Die Legitimation der beschränkten Haftung im Konzern, 2020, S. 62 ff: Haf-

vatvermögen werden von der Gesellschaft abgeschildert gegenüber all' jenen Risiken und Verbindlichkeiten, die aus den Aktivitäten der Kapitalgesellschaft herrühren¹⁴⁹; diese müssen die Gesellschafter nicht beständig kontrollieren, um unbeschränkter persönlicher Inanspruchnahme vorzubeugen¹⁵⁰. In der konzernfreien Gesellschaft soll das Trennungsprinzip die unternehmerische Initiative und die Bereitschaft, Risiken einzugehen, Wohlfahrts-steigernd¹⁵¹ stimulieren; in Börsengesellschaften zielt das Trennungsprinzip zusätzlich darauf ab, deren Funktion als Kapitalsammelstelle zu unterstützen, wenn nicht sogar dazu, diese Funktion überhaupt erst zu begründen. Deshalb kommen ein Risikodurchschlag, eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter bloß ausnahmsweise unter qualifizierten Voraussetzungen in Betracht¹⁵².

Das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip gilt gleicherweise für die in den Konzern eingebundenen Gesellschaften¹⁵³: Die Mutter hat nicht für die Verbindlichkeiten ihrer Töchter einzustehen und umgekehrt keine Konzerntochter für die Verbindlichkeiten ihrer Mutter oder anderer Konzerngesellschaften¹⁵⁴. Auch im Konzern dient das Trennungsprinzip

tungsbeschränkung als funktionales Kernelement der Kapitalgesellschaften (dort S. 87 ff auch zur Haftungsbeschränkung aus ökonomischer Sicht).

149 Schon seit 1989 legitimierte die Einpersonengesellschafts-Richtlinie 2009/102/EG (abgedruckt bei *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 1060) das Bestreben unternehmerischer Akteure, ihre persönliche Haftung zu beschränken (Erwägungsgrund 4).

150 Vgl. *Schön*, FS Hommelhoff, S. 1037, 1052.

151 *Schön*, ZGR 2019, 343, 351.

152 Zum EU-primärrechtlichen Anspruch des Marktbürgers auf Bereitstellung haftungsbeschränkender Rechtsformen *Schön*, FS Hommelhoff, S. 1037 ff, 1053 f.

153 Zum Erfordernis der Haftungsbeschränkung im Konzern *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 174 ff; *Trautmann*, (Fn. 147), S. 341 ff im Anschluss an intensive Überlegungen zum ökonomischen Erfordernis einer solchen Haftungsbeschränkung aaO, S. 221 ff.

154 Im Staatenwahlrecht des Art. 2 II der Einpersonengesellschafts-Richtlinie (oben 148) hat der europäische Gesetzgeber erkennen lassen, dass er zur Haftungssegmentierung im Konzern und zu deren Legitimation bewusst noch keine eigene abschließende Regelung treffen (s. Erwägungsgrund 5 S. 2 ff), sondern dies den Mitgliedstaaten (zumindest vorerst) überlassen wollte (dazu *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 1047 f (mwN)). Allerdings war im Zug des Gesetzgebungsverfahrens die zunächst vorgeschlagene Durchgriffshaftung auf eine juristische Person als Alleingesellschafterin im weiteren Verfahrensverlauf aufgegeben wor-

der Stimulation unternehmerischer Initiative und Risikobereitschaft. Die Mutter soll ermutigt werden, mit neuen Produkten oder auf neuen Märkten auch schon dann aufzutreten, wenn die dort oder damit zu erwartenden Risiken noch nicht vollauf überschaubar sind. Die Mutter soll sich nicht durch die Furcht, der ganze Konzern könnte durch die neue Aktivität Schaden nehmen, von Neuem abhalten lassen. Oder anders formuliert: Die konzerninterne Risiko- und Haftungssegmentierung soll verhindern, dass ein Stubenbrand das ganze Haus entflammt¹⁵⁵. Dies Funktionselement des Konzernrechts hat gerade für die grenzüberschreitende Konzernverbindung im Binnenmarkt und darüber hinaus Bedeutung: Kann die Muttergeschäftsführung doch nur eingeschränkt überblicken und würdigen, welche Risiken und Haftungsgefahren von jenseits der Grenze auf sie zukommen. Deshalb hat die Mutter ein legitimes Interesse daran, für ihre Betätigung im Ausland grundsätzlich ausschließlich mit ihrer Eigenkapital-Investition in die Auslandstochter dort einzustehen¹⁵⁶ und sich im Übrigen ohne weitere Ausgleichspflichten von der Tochter lösen zu können, falls sich das Auslandsengagement als zu risiko- oder gar verlustreich erweisen sollte¹⁵⁷.

Konzernexternen Eigen- und Fremdkapitalgebern eröffnet die konzernspezifische Risiko- und Haftungssegmentierung die Möglichkeit, die unterschiedlichen Chancen und Risiken in den einzelnen Konzerngesellschaften einzuschätzen und je nach ihrer individuellen Risikobereitschaft gezielt innerhalb des Konzerns an der Stelle ihrer Wahl zu investieren¹⁵⁸.

den (s. *Jung/Stiegler*, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19), S. 1826. Sie hätte Konzernmütter von Töchtern im Alleinbesitz getroffen.

155 *Hommelhoff*, ZIP 1990, 761, 769.

156 Aufschlussreich verspricht sich ICLEG (Fn. 24), S. 37 f von der gesetzlichen Anerkennung des Konzerninteresses eine gestärkte Haftungsabschottung.

157 In seinem BMA-Urteil vom 10.3.2022 (Rs C-498/20, ZIP 2022, 646) hat der EuGH nicht über den Vorwurf zu entscheiden gehabt, die Konzerngroßmutter habe pflichtwidrig die Finanzierung ihrer Enkelin eingestellt und diese dadurch in die Insolvenz getrieben; zu befinden hatte das Gericht allein über die Anwendbarkeit des (hier: niederländischen) Rechts; kritisch dazu *Schollmeyer*, ZGR 2023, 1

158 *Schön*, ZGR 2019, 343, 352.

2. Haftungssegmentierung im Holdingkonzern

Wenn im Holdingkonzern die Muttergeschäftsführung im Rahmen der den Gesamtkonzern umspannenden Konzernleitung sich schon von Gesetzes wegen nicht um das laufende Geschäft zu kümmern hat, sondern dies arbeitsteilig den Tochtergeschäftsführungen zur eigenverantwortlichen Erledigung gesetzlich zugewiesen ist (oben IV 3a/7a), dann dürfen die Risiken und Verbindlichkeiten aus dem Bereich der Konzerntöchter nicht auf die Mutter hin durchschlagen und dies auch nicht mit der Begründung, die Tochtergeschäftsführungen agierten in den Bahnen der Einheitsstiftenden Konzernpolitik und unterlägen in ihrer Erledigung des laufenden Geschäfts der Konzernkontrolle durch die Muttergeschäftsführung¹⁵⁹. Auf diese Aspekte darf der Risiko- und Haftungsdurchschlag im Holdingkonzern rechtspolitisch schon deshalb nicht abgestützt werden, weil andernfalls die Geschäftsführung der Mutter in deren eigenem Interesse gezwungen wäre, ihre Kontrolle über das laufende Geschäft der Töchter in so starkem Maße zu intensivieren, als wäre es das eigene Geschäft der Mutter, das diese in einer unselbständigen Betriebsabteilung erledigen lasse. Damit würde die Dezentralität mitsamt allen Vorteilen aus der arbeitsteilig organisierten Leistungskraft aller Führungsorgane verloren gehen, die im Holdingkonzern angelegt ist (oben I 2). Das Mutterunternehmen wäre bei einem Risiko- und Haftungsdurchschlag gehindert, seine Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) in eben der Weise grenzüberschreitend auszuüben, wie es eine in hohem Maße wettbewerbsfähige ökosoziale Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV) im Binnenmarkt (Art. 26 AEUV) erfordert (oben vor I). Für Konzernverbindungen nach dem Holdingprinzip, die in ihrer Dezentralität, wie hier vorgeschlagen, rechtlich fundamentiert und abgesichert sind, ist daher eine vom Gesetz ausdrücklich gewährleistete konzerninterne Risiko- und Haftungssegmentierung als Komplementärregelung unverzichtbar.

3. Risikoabschottung im Einheitskonzern

Wie sieht es dagegen im zentralistisch organisierten Einheitskonzern aus: Sollte allein die Tatsache, dass die Muttergeschäftsführung das Tochterge-

159 S. auch *Schneider*, ZIP 2022, 407, 416: arbeitsteilige Zusammenarbeit führt trotz denkbaren Machtgefälles nicht zum Einbezug in die eigene Sphäre; anders das englische Deliktsrecht, vgl. *van Dam*, ECFR 2021, 714, 735.

schehen zentralistisch von außen lenkt, zur Aufgabe des konzerninternen Trennungsprinzips im Einheitskonzern veranlassen? Oder umgekehrt formuliert: Ist die Risiko- und Haftungssegmentierung noch legitim, wenn die Muttergeschäftsführung zentralistisch, also eng, breitflächig und andauernd auf das Tochtergeschehen Einfluss nimmt? Auf den ersten Blick erscheint Segmentierung hier rechtspolitisch unvertretbar; dem will schon der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung entgegenstehen. Indes – sogar in zentralistischen Konzernverbindungen fällt dem konzerninternen Trennungsprinzip gerade für grenzüberschreitende Aktivitäten im Binnenmarkt eine Gemeinwohl-fördernde Funktion (oben vor I) zu: Es beflügelt die Unternehmen, in anderen EU-Mitgliedstaaten trotz nicht voll einschätzbarer Risiken (insbesondere über Vertriebs- und Servicetöchter)¹⁶⁰ tätig zu werden, den Binnenmarkt in seiner ganzen Größe und Vielfalt zu bespielen. Daher sollte der europäische Gesetzgeber, um die Wettbewerbsintensität im Binnenmarkt zu steigern, ebenfalls für den Einheitskonzern die konzerninterne Risiko- und Haftungssegmentierung ausdrücklich gewährleisten¹⁶¹; dies zumindest im Grundsatz. Denn:

a) Das Ausfall-Risiko der Vertragsgläubiger

Den Vertragsgläubigern zentralistisch geführter Konzerntöchter wäre die konzerninterne Abschottung zumutbar. Über die Qualität der Konzernverbindung können sich die Gläubiger bei der für die Tochter zuständigen Registerstelle informieren (oben III 1e) und im Übrigen anhand der jahresperiodisch aktualisierten Konzernberichterstattung (unten VI). Diese Informationen setzen die Vertragsgläubiger in die Lage, unter Einbezug des geschützten Eigenkapitals der Tochter sowie ihrer finanziellen und ggf. nachhaltigen Rechnungslegung die Risiken auszumessen, die sie beim Vertragsabschluss mit der Konzerntochter laufen könnten, um nicht bloß über den Vertragsschluss als solchen zu befinden, sondern um auch ggf.

160 Zu solchen Aktivitäten im Konzern *FECG*, in: *Corporate Governance* im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 264; s. dazu aber auch die kritische Aufnahme im Beitrag von *Franzmann*, ebenda, S. 404 f und in der Diskussion, dokumentiert von *Beck/Nicolussi/Ziegler*, ebenda, S. 347.

161 Aus der Konzernpraxis steht dem freilich das Bekenntnis entgegen, die Mutterhaftung werde verbreitet in Kauf genommen, um sich die Veröffentlichung von Tochterabschlüssen (Art. 37 III EU-BilanzRL, umgesetzt in § 264 III Nr. 2 HGB) zu ersparen (s. *Franzmann*, in: *Corporate Governance* im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 398 f).

über Sicherheiten zu verhandeln, die sie für erforderlich halten. Zu solchen möglichen Sicherheiten zählen ebenfalls Zusagen der Konzernmutter¹⁶². Der privatautonome Eigenschutz der Vertragsgläubiger rechtfertigt ihnen gegenüber die Risiko- und Haftungssegmentierung sogar im zentralistisch strukturierten Einheitskonzern bzw. in zentralistisch strukturierten Konzernverbindungen.

b) Schutzbedürftige Tochtergläubiger

Auf effizienten privatautonomen Eigenschutz kann der europäische Gesetzgeber hingegen weder bei den gesetzlichen Gläubigern der zentralistisch geführten Konzerntochter noch bei anderen Gläubigern setzen, die wie etwa die Arbeitnehmer ihre berechtigten Eigeninteressen typischerweise nicht ausreichend zum Tragen bringen können. Hier gilt es abzuwägen zwischen dem Abschottungsinteresse der Konzernmutter auf der einen Seite und den Erfüllungsinteressen dieser jeweiligen Gläubigergruppe auf der anderen. Diese Abwägung kann jedoch nicht der Unionsgesetzgeber im Rahmen eines europäischen Konzernrechts vornehmen, weil die Interessen dieser ganz unterschiedlichen Gläubigergruppen maßgeblich vom jeweiligen Recht der Mitgliedstaaten geprägt sind. So bestimmt es sich etwa für die Arbeitnehmer nach nationalem Recht, wie ihre Ansprüche auf Lohnzahlung, Renten- und Hinterbliebenenbezüge oder auf Sozialplanleistungen schon von Gesetzes wegen abgesichert sind. Und für bestimmte Gruppen von Deliktsgläubigern mag der nationale Gesetzgeber deren Erfüllungsinteressen bereits durch eine gesetzliche Pflichtversicherung abgesichert haben. Deshalb sollte ein europäisches Konzernrecht zwar sogar gegenüber den Deliktsgläubigern zentralistisch geführter Konzerntöchter am Prinzip der konzerninternen Risiko- und Haftungsabschottung festhalten, aber gleichzeitig den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern die Möglichkeit eröffnen, unter unionsrechtlich noch zu definierenden Voraussetzungen die konzerninterne Abschottung zu überwinden. Dagegen sollten Durchbrüche des konzerninternen Trennungsprinzips den mitgliedstaatlichen Gerichten verwehrt werden¹⁶³, wenn sie aus eigenkreierten Figuren wie

162 Zu konzerninternen Sicherheiten u.a. *H-F Müller*, in: BeckOGK AktG (Hrsg.: Spindler/Stilz), Stand: 1.2.2022, § 311 AktG, Rn. 106; *J. Vetter*, in: Schmidt/Lutter, (Fn. 22), § 311 AktG, Rn. 62 ff.

163 S. auch *Schneider*, ZIP 2022, 407, 416: explizite gesetzgeberische Entscheidung zugunsten einer „Sicherstellungshaftung“; s. in diesem Zusammenhang aber auch *van Dam*, ECFR 2021, 714, 737: „duties of care of a parent company are

etwa einer allgemeinen Verkehrs- oder Sicherstellungspflicht hergeleitet werden¹⁶⁴.

4. Die Legitimation des Konzerns und die begründungsbedürftigen Haftungsdurchbrechungen

Vor diesem Hintergrund wird ein weiterer, wenn nicht gar der vordringlichste Grund von größtem Gewicht deutlich, einen Rechtsrahmen für den grenzüberschreitend tätigen Konzern zu schaffen. Diese Organisationsform, gekennzeichnet durch die Vielzahl ihrer koordiniert aktiven Leitungs- und Überwachungsorgane, aber zugleich durch die konzernspezifische Risiko- und Haftungssegmentierung bedarf der ausdrücklichen Anerkennung durch den europäischen Gesetzgeber und dessen Legitimation als eigenständig wertvoll¹⁶⁵, um den Konzern, namentlich den Holdingkonzern davor zu bewahren, über eine Fülle von Einzelregelungen, wie jüngst wieder im Vorschlag für eine Richtlinie zur nachhaltigen Unternehmensführung¹⁶⁶ geschehen, unvermerkt in das Rechtskleid des Einheitsunternehmens gezwängt zu werden¹⁶⁷.

Daher könnte ein Rechtsrahmen für den grenzüberschreitenden Konzern als erstes der Selbstdisziplinierung des europäischen Gesetzgebers dienen und ihn davon abhalten, die Handlungspflichten für die Konzernmutter leichter Hand und ohne weiteres auf die Tätigkeitsbereiche der Töchter so zu erstrecken, als seien diese unselbständige Betriebsabteilungen der Mutter. Ein Konzernrahmen, wie hier vorgeschlagen, würde den Gesetzgeber im Folgenden dazu anhalten, sorgfältig zu erwägen, welche Pflichten den Konzerntöchtern auferlegt werden sollten und ob, inwieweit und in welcher Weise es wirklich notwendig ist, neben den Töchtern zusätzlich

conceivable based on its own behaviour (such as the active involvement in managing the subsidiary's operations)“.

164 Zum die konzerninterne Haftungssegmentierung durchbrechenden Deliktsrecht vgl. etwa *Habersack/Zickgraf*, ZHR 2018, 252; *Fleischer/Korch*, DB 2019, 2181; zum „bestimmenden Einfluss“ nach § 2 VI 3 LkSG *Rothenburg/Rogg*, AG 2022, 257, 260 gg.

165 Der Konzern muss von dem ihm seit langer Zeit schon anhaftenden bad will (dazu eindringlich *Damler*, Konzern und Moderne – Die verbundene juristische Person in der visuellen Kultur 1880-1960, 2016 mit Besprechung von *K. Schmidt*, ZHR 2017, 147) endgültig befreit werden.

166 Art. 1 Abs. 1 lit a des Richtlinien-Vorschlags (Fn. 48).

167 S. dazu die Beiträge in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12).

die Mutter für die Erfüllung der Tochterpflichten in Verantwortung zu nehmen oder sogar, fernab von jedem Pflichtenverstoß die konzerninternen Haftungsschotts (wie vor allem im europäischen Wettbewerbsrecht¹⁶⁸) zu durchbrechen.

Die konzernspezifische Risiko- und Haftungssegmentierung sollte der europäische Gesetzgeber deshalb im Interesse des Wohlfahrts-steigernden Binnenmarkts und der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf ihm und darüber hinaus (Art. 3 EUV, oben vor I) als Grundprinzip des Unionsrechts ausformulieren und normativ fixieren¹⁶⁹. Das eröffnet ihm und weiteren europäischen Institutionen zugleich die Möglichkeit, auf anderen Regelungsfeldern wie etwa dem Wettbewerbs-, Umwelt-, Lieferketten¹⁷⁰- oder Kapitalmarktrecht von diesem Grundprinzip ausnahmsweise abzuweichen¹⁷¹ – dies freilich bloß dann und insoweit, wie die spezifischen Regelungsziele auf diesen Feldern es wirklich zwingend im Allgemeininteresse erfordern, das Grundprinzip der konzernspezifischen Risiko- und Haftungssegmentierung unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 6 Abs. 1 UA1 EUV; iVm Art. 52 Abs. 1 S. 2 EU-Grundrechte-Charta)¹⁷² zu durchbrechen¹⁷³. Namentlich die EuGH-Rechtsprechung zum Unter-

168 Oben Fn. 55.

169 *Druey*, FS Hommelhoff, S. 135, 155: „die typische Konzernfunktion der Haftungsabschottung darf ohne Not nicht aufgegeben werden“.

170 *Spindler*, ZHR 2022, 67, 76 f interpretiert § 2 VI 3 LkSG restriktiv dahin, in dezentral geführten Konzernen seien Tochtergesellschaften nur dann in den Verantwortungsbereich der Mutter einzubeziehen, wenn sie zu dieser in Lieferbeziehungen stünden.

171 Solche Relativierungen des Trennungsprinzips müssen durch ein Allgemeininteresse legitimiert sein und sind am Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab zu bewerten: *Schön*, FS Hommelhoff, S. 1037, 1053; diesem Prinzip widerspricht der EuGH mit seinem „Sumal“-Urteil (vom 6.10.2021-Rs.C-882/19, u.a. EWS 2021, 342) eklatant: Er nimmt die Gläubiger und ggf. Minderheitsgesellschafter der Tochter, also völlig unbeteiligte Dritte, in Mithaft, um das Kartellverbot gegenüber der Mutter verstärkend durchzusetzen und den Kartellgeschädigten ein „forum shopping“ zu ermöglichen (s. *Palzer*, EWS 2022, 23); den EuGH bestätigend hingegen *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651..

172 Dazu *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 5. Aufl. 2019, Art. 52, Rn. 43; *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265, 284; EuGH vom 17.10.2013-RsC-101/12, Schaible, ECLI: EU: C2013: 661, Rn. 49; EuGH vom 17.12.2015-RsC-157/14, Neptune Distribution ECLI: EU:C:2015:823, Rn. 76.

173 *Schweitzer/Woeste*, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (Fn. 12), S. 170 ff wollen die wettbewerbsrechtliche Unternehmenshaftung (im wesentlichen) sämtlicher Konzerngesellschaften mit dem Abschreckungseffekt im

nehmensbegriff des Art. 101 AEUV¹⁷⁴ bedürfte dann noch einmal der ernstesten und sorgfältigen Überprüfung, ob sich die wettbewerbsrechtlichen Ziele nicht auf anderen deutlich weniger einschneidenden Wegen erreichen lassen als auf dem, den rechtlich gegliederten Konzern zum Einheitsunternehmen umzuformen.

VI. Konzernberichterstattung

Informationen über den Konzern in seiner alle Konzerngesellschaften umfassenden Gesamtheit gibt das europäische Unternehmensrecht seit langem schon mit seinen Regeln für die Konzernrechnungslegung vor und hat diese Berichterstattung mittlerweile auf die nichtfinanziellen (neuestes: die nachhaltigen) Leistungsparameter des Konzerns und auf Angaben zur Unternehmensführung in diesem erweitert. Aber die so europarechtlich gestaltete Konzernrechnungslegung, punktuell ergänzt um Angaben im Einzelabschluss bestimmter Gesellschaften mit Blick auf ihre Konzernierung¹⁷⁵, vermag immer noch nicht alle Informationsbedürfnisse der Publizitätsadressaten zu befriedigen, wie mit Recht schon die EU-Kommission in ihrem Aktionsplan 2012 unter dem Stichwort „Gruppentransparenz“ festgestellt hat¹⁷⁶. Es fehlen Informationen zum Konzern in seiner Gesamtheit, zu den einzelnen Gesellschaften innerhalb des Konzerns und zu deren Zusammenwirken sowie zu den Aktivitäten dieser Gesellschaften in- und außerhalb des Konzerns¹⁷⁷. Zur Abhilfe dieses Informationsmangels hat bereits die „Informal Company Law Expert Group“ Vorschläge unterbreitet, an denen sich der europäische Gesetzgeber für die Konzern-

Interesse der Allgemeinheit legitimieren; dem widerstreiten die Wohlfahrtssteigernden Effekte der grenzüberschreitenden Konzernverbindungen im Binnenmarkt (oben I).

174 Zu ihr zuletzt *Bauermeister*, NZG 2022, 59; *Palzer*, EWS 2022, 23; *Fischer/Zickgraf*, ZHR 2022, 125.

175 S. dazu *ICLEG*, Report on information on groups, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/icleg-report-on-information-of-groups-march-2016_en_0.pdf abgerufen am 19.05.2022, S 9 f.

176 Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, 12.12.2012, COM(2012) 740, Ziff. 4.6: Initiative für verbesserte Information über Gruppen; dazu *Bayer/Schmidt*, BB 2013, 3, 15; *Hopt*, ZGR 2013, 165, 209 ff.

177 S. *Hommelhoff*, FS Baums, 2017, Band I, S. 597, 578 mwN.

berichterstattung im Rahmen eines Konzernrechts für den Binnenmarkt orientieren sollte¹⁷⁸.

1. Der Strukturbericht der Konzernmutter

Konzernmüttern sollte der europäische Gesetzgeber die Aufstellung und Veröffentlichung eines Strukturberichtes¹⁷⁹ vorgeben, in dem diese über die wesentliche Struktur des gesamten Konzerns und über all' jene Gesellschaften informieren, die zu den Erfolgen des Konzerns gewichtig beitragen, aber auch darüber berichten, welche Funktionen den einzelnen Gesellschaften, namentlich den einzelnen Töchtern innerhalb des Konzerns zugewiesen sind und nach welchen Prinzipien die Mutter diese leitet. Schließlich sollten die Konzernmütter die Publizitätsadressaten darüber ins Bild setzen müssen, ob und in welchem Ausmaß sie jeweils für die Verbindlichkeiten der wichtigsten Töchter im Einzelnen einzustehen haben¹⁸⁰.

Die Bekanntgabe der Gruppenstruktur samt Tochtergesellschaften liefert vor allem den Investoren der Mutter, seien diese institutionelle Investoren oder Kleinaktionäre, Eigen- oder Fremdkapitalgeber, näheren Aufschluss darüber, wo „ihr Geld arbeitet“ und wie mit ihm Erträge erwirtschaftet werden sollen. Solche Angaben schaffen Vertrauensstiftende Transparenz und haben daher ebenfalls für andere stakeholder sowohl in der Mutter als auch in den Konzerntöchtern Bedeutung.

Mithilfe der Einheitsstiftenden Leitprinzipien für die einzelnen Töchter von Gewicht informiert die Konzernmutter darüber, ob die jeweilige Konzernverbindung dezentral oder zentralistisch gestaltet ist. Sollten alle Töchter (oder diese ganz überwiegend) nach denselben Prinzipien geleitet werden, so gibt die Konzernmutter damit an, ob sie an der Spitze eines Holding- oder eines Einheitskonzerns (oben II 1) steht. Diese Information eröffnet den Publizitätsadressaten der Mutter und denen der einzelnen

178 ICLEG, Reform on information on groups, März 2016, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg-report-on-information-of-groups-march-2016_en.pdf; s. auch den Kurzbericht von *Bayer/Schmidt*, BB 2016, 1923, 1928 f.

179 Nach italienischem Recht muss allein die Tochtergesellschaft ihre Konzernzugehörigkeit verlautbaren, s. *Scognamiglio*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, (Fn. 20), S. 194.

180 Dazu schon ICLEG, (Fn. 24), S. 11 ff; *Hommelhoff*, FS Baums, Band I, S. 597, 604 ff.

Töchter Einblicke, wer für die wesentlichen Entscheidungen im Konzern, den Einsatz der zur Verfügung stehenden Ressourcen und für die Erfolge oder Misserfolge des Konzerns die Verantwortung trägt: allein die Muttergeschäftsführung oder diese in arbeitsteiligem Zusammenwirken mit den Geschäftsführungen der Töchter.

Trotz der konzernspezifischen Risiko- und Haftungssegmentierung (oben V) können die Mutter Verpflichtungen treffen, für Konzerntöchter einzustehen – sei es als deren Mitschuldnerin oder Ausgleichsverpflichtete, die der Tochter Finanzmittel zur Verfügung stellen muss, damit diese zahlungsfähig bleibt. Solche Einstandspflichten steigern die Mutterrisiken auch zulasten ihrer Investoren, seien diese Eigen- oder Fremdkapitalgeber. Sie brauchen daher Informationen über die Einstandspflichten der Mutter und deren Ausmaß insgesamt. Auch sie sollte der europäische Gesetzgeber vorgeben.

2. Die Transaktionsberichte der Konzerntöchter

Mit dem Strukturbericht der Konzernmutter allein lassen sich die berechtigten Informationsinteressen der Publizitätsadressaten auf der Tochterebene nicht umfassend genug befriedigen. Sie brauchen Informationen in drei Richtungen¹⁸¹: auf der einen Seite eine Information darüber, wer über den Einsatz der Mittel entscheidet, die der jeweiligen Tochter zur Verfügung gestellt sind, und auf der anderen Angaben darüber, wem über die Geschäftspolitik der Tochter der Letztentscheid zufällt. Schließlich werden sämtliche Publizitätsadressaten für den Fall, dass die Tochter kollabiert, wissen wollen, welche Rolle die Mutter beim Untergang der Tochter gespielt, welchen Einfluss sie also vor Kriseneintritt auf das Tochtergeschehen genommen hat. Diese Informationen sollten sämtlich Gegenstand eines Transaktionsberichts sein, den die Geschäftsführung einer jeden Konzerntochter ab einer noch zu definierenden Größe¹⁸² aufzustellen und zu publizieren hat. Ob dieser Bericht allein für jene Töchter vorgeschrieben

181 Hierzu bereits *Hommelhoff*, FS Baums, Band I, S. 597, 599 ff; s. auch *FECG*, in: Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (Fn. 20), S. 259, 267; anders die EMCA-Group (*Conac*, ECFR 2016, 301, 317): Sie will ein Sonderprüfungsrecht (offenbar zu betreiben von außenstehenden Tochtergesellschaften) ausreichen lassen.

182 Zur Freistellung bestimmter Konzerntöchter schon *Hommelhoff*, KSzW 2014, 63, 67.

werden sollte, an denen Minderheitsgesellschafter beteiligt sind, bedarf noch der rechtspolitischen Diskussion.

In einem solchen Transaktionsbericht sollte die Tochtergeschäftsführung darüber Auskunft erteilen müssen, wer über den Einsatz der Tochterressourcen disponiert, die Mutter- oder die Tochtergeschäftsführung, damit sich die Tochtergläubiger ein Bild davon machen können, ob sie auf ordentliche Erfüllung ihrer Forderungen vertrauen können. Gefestigt werden müsste ihr Vertrauen überdies durch Information über die Prinzipien, nach denen die Tochter ihre Geschäfte mit anderen Konzerngesellschaften, namentlich mit der Mutter im Berichtszeitraum hat abwickeln wollen, und über die konkreten Abweichungen von diesen Prinzipien in ihrer praktischen Umsetzung. Außerdem sollte über die Anweisungen und gleichzustellenden Veranlassungen der Mutter und deren Umsetzung in der Tochter zu berichten sein (oben III 3d). Diese Informationen sollten die Tochtergläubiger in die Lage versetzen, ihr Engagement zu beobachten, um es entweder vorzeitig zu beenden oder zusätzlich abgesichert fortzusetzen. Zu ad hoc-Berichten nach kapitalmarktrechtlichem Vorbild könnte der europäische Gesetzgeber in diesem Zusammenhang anregen, ohne sie jedoch zwingend vorzugeben.

Solche Tochterinformationen in einem Transaktionsbericht könnten zugleich die Minderheitsgesellschafter und ihr Investment in die Konzerntochter absichern. Wegen ihres im Vergleich zu den Gläubigern noch gesteigerten Risikos sind sie in besonderer Weise auf Informationen angewiesen, die sie zu effektiver Kontrolle und ggf. zu Reaktionen befähigen. Deshalb sollte der europäische Gesetzgeber den Inhalt des Transaktionsberichtes inhaltlich so gestalten, dass die Minderheitsgesellschafter in die Lage versetzt werden, eine Sonderprüfung¹⁸³, sobald geboten, zu initiieren. In geschlossenen Tochtergesellschaften fernab des Kapitalmarkts sollten ad hoc-Meldungen der privatautonomen, allerdings normativ angeregten Eigeninitiative der Minderheitsgesellschafter überlassen bleiben. In Börsengesellschaften werden die Minderheitsaktionäre wohl schon durch das kapitalmarktrechtliche Regime der ad hoc-Meldungen hinreichend geschützt sein.

183 Zur Sonderprüfung als konzernspezifisches Kontrollrecht schon *FEKR*, ZGR 1998, 674, 715 ff; zur Sonderprüfung im Konzern nach deutschem Recht OLG Düsseldorf AG 2022, 203, 209 mit Kommentar von *Schmolke*, AG 2022, 192.

3. Sachverständige Prüfung

Um die rechtliche Konformität solcher Transaktionsberichte zu gewährleisten und um ihre Verlässlichkeit und Vertrauenswürdigkeit zu sichern und zu steigern, sollten sie von Gesetzes wegen vor ihrer Veröffentlichung sachverständig geprüft und testiert werden müssen¹⁸⁴. Als Prüfer des Transaktionsberichts müssten der Prüfer der Konzernrechnungslegung und der Abschlussprüfer der Mutter von der Prüfung des Transaktionsberichtes ausgeschlossen sein, um naheliegenden Interessenkonflikten und möglichen Abhängigkeiten vorzubeugen; auf diesem Wege sollte auch hier der mit der Zeit gesteigerten Sensibilität für die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers¹⁸⁵ Rechnung getragen werden.

VII. Zur Umsetzung und Implementierung eines Binnenmarkt-adäquaten Konzernrechts

Ein europäisches Konzernrecht sollte sich ausdrücklich darauf beschränken, den grenzüberschreitend im Binnenmarkt aktiven Konzern zu regeln, um auf diese Weise den Mitgliedstaaten die uneingeschränkte Freiheit zu belassen, wie sie nur in ihrem Hoheitsgebiet aktive Konzerne und rein innerstaatliche Konzernverbindungen regeln wollen¹⁸⁶. Den Unternehmen sollte der europäische Gesetzgeber lediglich für einen eingegrenzten Anwendungsbereich, eben für die grenzüberschreitenden Aktivitäten, zusätzliche Organisationsmöglichkeiten in rechtlich gesicherter Form eröffnen. Dennoch stellt sich die Frage, ob, inwieweit und auf welchen Wegen Bestimmungen eines europäischen Konzernrechts in das nationale Recht eingefügt oder mit ihm wenigstens verbunden werden sollten.

184 Dies ist die Primärfunktion der Abschlussprüfung, s. Erwägungsgründe 1 und 5 der Abschlussprüfungsverordnung vom 16.4.2014, VO Nr. 537 /2014 ABL. EU vom 27.5.2014, L 158/77.

185 Hierzu zuletzt *Ebke*, ZVergl RW 2022, 1; *Gundel*, Die Qualität der Abschlussprüfung, 2021, S. 121 ff mwN, 200 f, 348 ff; *Hommelhoff*, FS Ebke, 2021, S. 403.

186 AA *Schön*, ZGR 2019, 343, 377: unpraktikabel; dagegen sind jedoch nicht die Herausforderungen zu vernachlässigen, die aus der Verpflichtung der Mitgliedstaaten herrühren würden, ein harmonisiert nationales Konzernrecht einzuführen und zu gestalten; hierauf weist *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2499 überzeugend hin.

1. Ein vollständig supranationales Konzernrecht?

Ein vollkommen europäisches Konzernrecht mit supranationalem Recht für die Mutter und ihre sämtlichen Töchter ohne jeden Rückgriff auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten und ohne Rückgriff auf die bestehenden Gesellschaften mitgliedstaatlichen Rechts kann nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden. Zwar würde ein so vollständig supranationales Konzernrecht sein Ziel, ein einheitliches Konzernrecht für den Binnenmarkt bereitzustellen, ohne Einbau mitgliedstaatlicher Eigenheiten erreichen. Aber zum einen würde ein solch 'supranationales Regulierungskonzept alle in der Union vielfältig und in großer Zahl existierenden Konzerne mit mehreren tausend Konzerngesellschaften anhalten, sich und ihre Konzernglieder umzuwandeln. Zum anderen und vor allem wäre ein so gigantisches Regulierungskonzept, das mit seinen neuen Rechtsformen für Mütter und Töchter in Konkurrenz zu den Rechtsformen der Mitgliedstaaten¹⁸⁷ treten würde, im europäischen Gesetzgebungsprozess, in dem die Mitgliedstaaten über den Ministerrat (Art. 294 AEUV) maßgeblich beteiligt sind, schlichtweg nicht zu verwirklichen. Daher muss ein europäisches Konzernrecht für den Binnenmarkt möglichst weitgehend von den vorhandenen mitgliedstaatlichen Rechtsformen ausgehen und diese um jene Komponenten ergänzen, die erforderlich sind, um europaweit grenzüberschreitend aktiven Konzernen ein möglichst weitgehend einheitliches konzernindividuell gestaltbares Organisationssystem zur Verfügung zu stellen.

Zurückgreifen sollte der europäische Gesetzgeber aber auch auf die Europäische Gesellschaft (SE), in der sich bereits eine bemerkenswerte Zahl von Unternehmen, auch solche an der Konzernspitze wie in Deutschland etwa die Allianz SE oder die BASF SE organisiert haben. Schon heute besteht die Möglichkeit, einen Konzern aus Mutter- und Tochter-SEs zu bilden (arg. Art. 3 Abs. 2 SEVO¹⁸⁸), also einen supranationalen Konzern. Freilich stehen seiner Einheitlichkeit die großen Regelungsbereiche entgegen, für die die SE-Verordnung auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verweist. Auch für die SE-Konzerne bedarf es daher noch Einheitsstiftender

187 Zur Konkurrenz zwischen den nationalen und den europäischen Rechtsformen u.a. *Appadoo*, Die betont supranationale Rechtsform, 2021, S. 89 ff mwN; *Bachmann*, FS Hommelhoff, S. 21 ff; *Hommelhoff*, GesRZ 2008, 337, 338 ff; monographisch *Rolfes*, Wettbewerb der Gesellschaftsformen, 2013.

188 Zur SE im Konzernverbund s. u.a. *Hommelhoff/Lächler*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE, 2. Aufl. 2015, SE-Konzernrecht, Rn. 1 ff (zur grenzüberschreitenden SE-Konzernverbindung Rn. 29 ff); s. auch neustens *Verse*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, Art. 43 SE-VO § 49 SEAG.

und sonstwie konzernspezifisch regulierender Bestimmungen des Unionsrechts.

Wenn somit der europäische Gesetzgeber gut daran täte, für ein Binnenmarkt-adäquates Konzernrecht auf dem in den Mitgliedstaaten vorhandenen Bestand an Rechtsformen aufzubauen und deren Regelungen konzernspezifisch zu ergänzen oder abzuändern, so stellt sich die Anschlussfrage, mithilfe welcher Form europäischer Rechtsakte (Art. 289 AEUV) der Gesetzgeber für die Geltung eines Binnenmarkt-orientierten Konzernrechts in den Mitgliedstaaten sorgen sollte: über eine Verordnung, die mit unmittelbarer Wirkung das nationale Recht ergänzt oder gar verdrängt, oder über eine Richtlinie, deren Regelungen die Mitgliedstaaten in ihr überkommenes Recht einpassen müssten? Für die Rechtsakts-Wahl erscheint der Umfang der Regelungskomplexe eines europäischen Konzernrechts von wesentlicher Bedeutung; diese Komplexe seien deshalb resümierend zusammengefasst:

2. Die Regelungskomplexe eines europäischen Konzernrechts in ihrer Zusammenfassung

Der **erste Regelungskomplex** eines Binnenmarkt-adäquaten Konzernrechts umfasst den Konzernbeitritt der künftigen Tochtergesellschaft, seine Registrierung und Veröffentlichung sowie die Entscheidung der künftigen Muttergeschäftsführung in der Annahme der Beitrittserklärung der Tochter, ob sie diese zentralistisch oder durch den Verzicht auf Weisungen dezentral leiten will, und die zu veröffentlichende Registrierung dieser Annahmeerklärung, von der sich die Muttergeschäftsführung jederzeit frei, aber registrierungs- und veröffentlichungspflichtig wieder lösen kann.

In Konsequenz des Konzernbeitritts und des Strukturentscheids zur Konzernverbindung umfasst der **zweite Regelungskomplex** das Handlungs- und Pflichtenprogramm der Muttergeschäftsführung je danach unterschieden, ob die einzelne Konzernverbindung zentralistisch oder dezentral zu leiten ist. Bei zentralistischer Leitungsstruktur hat die Muttergeschäftsführung zwar ein Weisungsrecht gegenüber der Tochtergeschäftsführung; dies findet jedoch seine Grenze in der vermögens- und liquiditätsmäßigen Überlebensfähigkeit der Tochter. Hat diese außenstehende Gesellschafter, so ist sie zusätzlich nach den Grundsätzen der Rozenblum-Formel zu schützen. – Bei dezentraler Leitungsstruktur der Konzernverbindung sind die Sorgfaltspflichten der Muttergeschäftsführung Holding-spezifisch mit Blick auf die arbeitsteilige Gesamtleitung des Konzerns zu fokussieren: Konzentration auf vereinheitlichende Konzernpolitik und –

strategie im Zusammenwirken mit den Tochtergeschäftsführungen, kohärente Konzernfinanzierung, Besetzung der Töchter-Führungspositionen in Unabhängigkeits-geprägten Verfahren, Konzernkontrolle zur Einbindung konzerninterner Fliehkräfte und zur systemischen Abwehr von Beeinträchtigungen des Gesamtkonzerns oder der Mutter über ein den Konzern umspannendes und auch mit Blick auf die Töchterssysteme gestaltetes Risikomanagementsystem. Zu ergänzen ist dies fokussierte Handlungs- und Pflichtenprogramm der Muttergeschäftsführung durch ein Konzerninformationsrecht für sie gegenüber den Tochtergeschäftsführungen sowie durch eine auf die konzernspezifischen Aufgaben der Muttergeschäftsführung fokussierte Überwachungsaufgabe für den Aufsichtsrat der Mutter.

Der **dritte Regelungskomplex** eines Binnenmarkt-adäquaten Konzernrechts bezieht sich auf die Tochtergeschäftsführungen – dieser ebenfalls unterschieden nach der zentralistischen oder dezentralen Struktur der Konzernverbindung. Die zentralistisch geleitete Tochtergeschäftsführung hat sich im Rahmen ihrer Unternehmensleitung auch auf die Kontrolle der einzelnen Mutterweisungen zu konzentrieren und diesen durch ausdrücklichen Organentscheid jeweils zuzustimmen oder zu widersprechen, falls die der Mutter gezogenen Grenzen (Tochterbestand, im Ablauf der Zeit unausgeglichener Nachteil) überschritten sein sollten. – Sollte die Konzernverbindung dagegen dezentral strukturiert sein, so ist es Aufgabe der innerhalb der arbeitsteiligen Leitung des Gesamtkonzerns grundsätzlich eigenverantwortlich agierenden Tochtergeschäftsführung, sich an der Entwicklung und Fortschreitung der Konzernpolitik und –strategie in der Mutter zu beteiligen, soweit diese die Tochtergesellschaft und ihre Belange betreffen. Während ihrer laufenden Geschäftsführung zur eigenverantwortlichen Umsetzung der Konzernpolitik hat die Tochtergeschäftsführung die bestehende Konzernpolitik und –strategie daraufhin zu überprüfen, ob sie mit unvorhergesehenen und unausgebalancierten Beeinträchtigungen für die Tochter verbunden sind, um ggf. auf Abhilfe hinzuwirken. Sollten im Rahmen der Konzernpolitik und –strategie Kompensationen zugunsten der Tochter vereinbart sein, so hat die Tochtergeschäftsführung deren Beibringung sicherzustellen.

Im **vierten Regelungskomplex** ist die konzerninterne Risiko- und Haftungssegmentierung als Grundsatz ausdrücklich zu bekräftigen und dadurch zu legitimieren. Allein für bestimmte Gläubiger zentralistisch geleiteter Töchter sollte der europäische Gesetzgeber unter noch zu definierenden Voraussetzungen den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen, die Mutter für die Verbindlichkeiten der Tochter gegenüber solchen Gläubigern einstehen lassen zu müssen.

Der **fünfte Regelungskomplex** umfasst die Vorgaben für die über die bisherige Konzernrechnungslegung hinaus ausgebauten Konzernberichterstattung; die für den Strukturbericht der Konzernmutter sowie die für die Transaktionsberichte bestimmter Konzerntöchter. Abgerundet wird dieser Komplex durch die Verpflichtung zur sachverständigen Prüfung dieser Berichte und zu ihrer Veröffentlichung.

3. Die Regelungsfelder einer Gruppenrechts-Richtlinie

Das in diesen fünf Regelungskomplexen niedergelegte Regulierungsprogramm berührt das überkommene Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten vielfach. Schon die Frage, ob und wie an deren Rechtsformen (AG/SE, zweite Kapitalgesellschaftsform) angeknüpft werden soll, lässt sich gewiss nicht einheitlich für alle Mitgliedstaaten beantworten. Deshalb sollte eindeutig ihnen jeweils die Aufgabe zukommen, die unionalen Vorgaben für ein europäisches Konzernrecht umzusetzen und in ihr Gesellschaftsrecht einzufügen. Als Rechtsakts-Form für ein Binnenmarkt-adäquates Konzernrecht kommt daher vordringlich eine Richtlinie in Betracht; sie kann den Mitgliedstaaten den für die Transformation notwendigen Gestaltungsfreiraum belassen. Größere Schwierigkeiten wären für die Mitgliedstaaten zu erwarten, wenn sie gezwungen wären, eine unmittelbar die Unternehmen bindende Verordnung einzubinden; auf diesen monolithischen Block müssten sie ihr überkommenes Gesellschaftsrecht an einer Vielzahl von Stellen ausrichten. Dem europäischen Gesetzgeber sollte deshalb empfohlen werden, die vorhandene Gesellschaftsrechts-Richtlinie mit einer Konzernrechts-Richtlinie zu novellieren – diese jedoch nicht nur aus unionspolitischen Gründen als Gruppenrechts-Richtlinie titulieren, sondern vor allem mit dem Ziel, von Anbeginn an klarzustellen: Der Rechtsakt will den Unternehmen vordringlich ein organisationsrechtliches Fundament für ihre grenzüberschreitenden Aktivitäten im Binnenmarkt zur Verfügung stellen, ohne jedoch den Außenseiterschutz zu vernachlässigen. Gruppenrecht ist Organisationsrecht zur Förderung grenzüberschreitender Aktivitäten ebenso wie zum Schutz der Außenseiter in den Töchtern. Mit einer solchen Gruppenrechts-Richtlinie könnte der europäische Gesetzgeber den Binnenmarkt, eine der größten Errungenschaften Europas¹⁸⁹, weiter ausbauen, vertiefen und beleben.

189 Deshalb habe, so *Maganza*, in: Europa: in Vielfalt geeint! (Fn. 5), S. 136, der Binnenmarkt Weiterentwicklung und Ausbau verdient.

4. Der supranationale Konzernbaustein

Würde eine solche Gruppenrechts-Richtlinie das Projekt einer Europäischen Privatgesellschaft, einer SPE oder SES, überflüssig werden lassen? War es doch ein wesentliches Ziel dieses Projektes, den Unternehmen, namentlich den kleinen und mittleren, für ihre grenzüberschreitenden Aktivitäten im Binnenmarkt einen Konzernbaustein zur Verfügung zu stellen¹⁹⁰. Ob in Ergänzung zu einem europäischen Konzernrecht noch ein solcher supranationaler Konzernbaustein in Betracht gezogen werden sollte, hängt vom unternehmenspraktischen Mehrwert einer SPE oder SES ab.

Falls das europäische Konzernrecht, wie hier vorgeschlagen, in einer Richtlinie normiert wird, stehen jenen Unternehmen, die grenzüberschreitend im Binnenmarkt über Konzerntöchter aktiv werden wollen, dafür die nationalen Rechtsformen in den einzelnen Mitgliedstaaten zur Verfügung. Diese wären zwar mit Blick auf ihre Verwendung als Konzernbaustein in Umsetzung der Gruppenrechts-Richtlinie harmonisiert, zeichneten sich jedoch im Übrigen unverändert durch die Unterschiede zwischen den Rechtsformen der Mitgliedstaaten aus: Binnenmarkt-weit aktive Konzerne setzten sich auf der Tochterenebene aus deutschen, österreichischen und luxemburgischen Gesellschaften mbH, aus französischen sarl, aus italienischen srl, aus polnischen spzoo und all' den anderen Rechtsformen der Mitgliedstaaten zusammen. Und sogar bei der Organisation über Aktiengesellschaften wäre die Konzernmutter mit den Unterschieden zwischen monistischer und dualistischer Unternehmensverfassung konfrontiert sowie jenen zwischen satzungstrengem und gestaltungsoffenem Organisationsstatut. Diese Unterschiede erschweren namentlich kleinen und mittleren Unternehmen, aber nicht nur ihnen wegen des für die Beherrschung der Unterschiede notwendigen Personal-, Zeit- und Kostenaufwands die Ausübung der Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt. Diesen Aufwand zu reduzieren, war eines der zentralen Ziele für den Vorschlag einer supra-

190 Zur SPE als Konzernbaustein *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 926; *Jung*, in: Gesellschaftsrecht in Europa (Fn. 19), S. 281 mwN; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 1892 f; diese Funktion soll gleichfalls die geplante binationale SES übernehmen, s. *Gruber/Herrmann/Schulze/Teichmann*, EuZW 2021, 413, 415 f; *Harb-arth*, in diesem Band, S. 21 f; *Verse*, GPR 2021, 271, 273; monographisch *Kneisel*, Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) im Konzern, 2012.

nationalen und in den Mitgliedstaaten möglichst weitgehend einheitlich verfassten Europäischen Privatgesellschaft (SPE)¹⁹¹.

An der unternehmenspraktischen Notwendigkeit eines solchen supranationalen Konzernbausteins würde sogar eine europäische Gruppenrechts-Richtlinie nach ihrer Umsetzung nichts ändern. Deshalb sollte der europäische Gesetzgeber parallel zu einem Binnenmarkt-adäquaten Konzernrecht zusätzlich eine eigene supranationale Rechtsform mit möglichst umfassendem Vollstatut ohne Rückgriff auf ergänzendes Nationalrecht zur Verfügung stellen¹⁹² – zumindest für jene Konzernverbindungen, die zentralistisch strukturiert werden sollen. Das würde vor allem kleinen und mittleren Unternehmen den Aufschluss des Binnenmarkts über Vertriebs- und Servicetöchter im Ausland erleichtern. Für die Kreation eines solch' zusätzlichen Konzernbausteins könnte der europäische Gesetzgeber zum einen auf die Arbeiten zurückgreifen, die im Zusammenhang mit dem Entwurf eines SPE-Statuts intensiv geleistet worden sind, und zum anderen auf seine eigene Gruppenrechts-Richtlinie. Für den Minderheitenschutz in supranationalen Rechtsformen, die nicht im Alleinbesitz der Konzernmutter stehen, könnte der Gesetzgeber auf den statutarischen Selbstschutz der Minderheit (etwa der als Gesellschafter beteiligten Tochtergeschäftsführer) setzen und seine Verwirklichung absichern¹⁹³. Eine den Mitgliedstaaten unzumutbare Konkurrenz wäre von einem solchen supranationalen Konzernbaustein als Zusatzangebot an die Unternehmen schon deshalb nicht zu befürchten, weil sich mit Blick auf die Konzernspezifik die nationalen Rechtsformen allenfalls in Nuancen von der supranationalen Rechtsform unterscheiden würden, zwischen ihnen mithin kein Modernitätsgefälle bestünde.

191 S. u.a. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Fn. 19), S. 1893 mwN.

192 Zu diesem Normierungskonzept und seiner Verwässerung im Verlaufe der Arbeiten am Statut der SPE zuletzt *Appadoo*, Die betont supranationale Rechtsform, S. 23 f mwN; s. auch *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 19), S. 617 mwN.

193 Für ein solches Regelungskonzept im deutschen GmbH-Konzernrecht plädieren *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, (Fn. 105), Anh. § 13 GmbHG, Rn. 28 ff; *Liebscher*, in: *MünchKomm GmbHG* (Fn. 123), Anh. § 13, Rn. 205; kritisch demgegenüber *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, Anh. § 13, Rn. 133; so aber auch *Beurskens*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, KonzernR, Rn. 32 ff.

Anhang

Gesetz vom 6.2.2022 zur Änderung des Gesetzbuches der Handelsgesellschaften und einiger anderer Gesetze (Auszug)*

Art. 1

Das Gesetz vom 15. September 2000 – Gesetzbuch der Handelsgesellschaften (Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 2052) – wird wie folgt geändert:

1) In Art. 4 in § 1:

b) wird nach Ziffer 5 die Ziffer 5¹ eingefügt:

„5¹) Gesellschaftsgruppe – eine herrschende Gesellschaft und eine oder mehrere abhängige Gesellschaften, die Kapitalgesellschaften sind und sich gemäß eines Beschlusses über die Beteiligung an einer Gesellschaftsgruppe von einer gemeinsamen Strategie zur Erreichung eines gemeinsamen Interesses (Interesse der Gesellschaftsgruppe) leiten lassen, welche die Ausübung einer einheitlichen Leitung der abhängigen Gesellschaft bzw. Gesellschaften durch die herrschende Gesellschaft rechtfertigt;“

4) Im Teil I wird Abschnitt IV wie folgt eingefügt:

„Abschnitt IV Gesellschaftsgruppen

Art. 21¹

§ 1. Eine herrschende Gesellschaft und eine abhängige Gesellschaft, die einer Gesellschaftsgruppe angehören, richten sich neben dem Gesellschaftsinteresse auch nach einem Gruppeninteresse, soweit dies nicht zur Benachteiligung der Gläubiger oder der Minderheitsgesellschafter bzw. der Minderheitsaktionäre der abhängigen Gesellschaft führt.

§ 2. Die Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft fasst den Beschluss über die Beteiligung an einer Gesellschaftsgruppe, in dem die herrschende Gesellschaft anzugeben ist, mit einer Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen.

§ 3. Die herrschende Gesellschaft und die abhängige Gesellschaft machen ihre Beteiligung an einer Gesellschaftsgruppe im Register bekannt. Die Offenlegung der Beteiligung erfolgt durch die Eintragung einer Anmerkung in das Register. Die Vorschriften der Art. 21² bis 21⁴, 21⁶, 21⁷

* Für die Übertragung ins Deutsche ist Christian und Joanna Schubel/Warschau zu danken.

und Art. 21¹⁰ bis 21¹⁴ finden keine Anwendung vor der Offenlegung der Beteiligung an einer Gesellschaftsgruppe. Hat die herrschende Gesellschaft ihren Sitz im Ausland, so reicht die Offenlegung der Beteiligung an der Gesellschaftsgruppe im Register der abhängigen Gesellschaft aus.

§ 4. Mitglieder des Vorstands¹⁹⁴, des Aufsichtsrates und der Revisionskommission sowie Prokuristen und Liquidatoren einer an der Gesellschaftsgruppe beteiligten Gesellschaft können sich auf eine Handlung oder Unterlassung im besonderen Interesse der Gruppe berufen, wenn die Gesellschaft ihre Beteiligung an der Gruppe offengelegt hat.

Art. 21²

§ 1. Die herrschende Gesellschaft kann der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft eine bindende Weisung hinsichtlich der Führung der Gesellschaft erteilen (bindende Weisung), wenn dies durch ein Gruppeninteresse gerechtfertigt ist und besondere Vorschriften nichts anderes vorsehen.

§ 2. Die herrschende Gesellschaft erteilt die bindende Weisung schriftlich oder elektronisch, anderenfalls ist diese ungültig.

§ 3. Eine bindende Weisung hat zumindest anzugeben:

- 1) Das von der herrschenden Gesellschaft bei der Ausführung der bindenden Weisung erwartete Verhalten der abhängigen Gesellschaft;
- 2) das Gruppeninteresse, das die Ausführung der bindenden Weisung berechtigt;
- 3) die zu erwartenden Vorteile oder Schäden der abhängigen Gesellschaft, die infolge der Ausführung der bindenden Weisung entstehen, soweit solche auftreten können;
- 4) die geplante Art und Weise sowie den voraussichtlichen Zeitpunkt des Ersatzes des Schadens der abhängigen Gesellschaft, der infolge der Ausführung der bindenden Weisung entsteht.

Art. 21³

§ 1. Die Ausführung einer bindenden Weisung durch eine an einer Gesellschaftsgruppe beteiligte abhängige Gesellschaft bedarf eines vorherigen Beschlusses des Vorstands der abhängigen Gesellschaft.

§ 2. Der Beschluss enthält zumindest die Angaben der bindenden Weisung, von denen in Art. 21² § 3 die Rede ist.

194 Vorstandsmitglieder sind auch die Geschäftsführer der GmbH.

§ 3. Der Beschluss über die Ausführung der bindenden Weisung wird gefasst, sofern die Voraussetzungen nicht eingetreten sind, die in Art. 21⁴ §§ 1 bis 3 bestimmt werden.

§ 4. Die an einer Gesellschaftsgruppe beteiligte abhängige Gesellschaft informiert die herrschende Gesellschaft über die Beschlussfassung bezüglich der Ausführung der bindenden Weisung bzw. bezüglich der Verweigerung einer Ausführung der bindenden Weisung.

Art. 21⁴

§ 1. Eine an einer Gesellschaftsgruppe beteiligte abhängige Gesellschaft beschließt, die Ausführung einer bindenden Weisung zu verweigern, wenn deren Ausführung zur Insolvenz oder zur Gefahr einer Insolvenz der Gesellschaft führen würde.

§ 2. Die an einer Gesellschaftsgruppe beteiligte abhängige Gesellschaft, bei der es sich nicht um eine Einpersonengesellschaft handelt, fasst einen Beschluss über die Verweigerung der Ausführung einer bindenden Weisung, wenn die begründete Befürchtung besteht, dass diese den Interessen der Gesellschaft zuwiderläuft und ihr einen Schaden zufügt, der nicht innerhalb von zwei Jahren ab dem Tage, an dem der Schaden auftritt, durch die herrschende Gesellschaft oder eine andere an der Gruppe beteiligte abhängige Gesellschaft behoben werden wird, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung etwas anderes vorsieht. Bei der Bestimmung der Höhe des Schadens berücksichtigt die abhängige Gesellschaft die Vorteile, welche die Gesellschaft im Zusammenhang mit der Beteiligung an der Gruppe in den beiden vorangegangenen Geschäftsjahren erzielt hat.

§ 3. Der Gesellschaftsvertrag oder das Statut einer an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft können zusätzliche Voraussetzungen für die Verweigerung der Ausführung einer bindenden Weisung vorsehen.

§ 4. Die Wirksamkeit eines Beschlusses zur Änderung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung der abhängigen Gesellschaft, mit dem die Bestimmungen, von denen in § 3 die Rede ist, eingeführt werden sollen, hängt davon ab, dass die herrschende Gesellschaft die Geschäftsanteile oder Aktien denjenigen Gesellschaftern bzw. Aktionären der abhängigen Gesellschaft abkauft, die der Änderung nicht zustimmen. Die Gesellschafter und Aktionäre, die an der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung teilgenommen haben, haben ihr Abkaufverlangen innerhalb von zwei Tagen ab der Beendigung der Versammlung zu stellen. Abwesende Gesellschafter und Aktionäre müssen den Abkauf ihrer Anteile bzw. Aktien innerhalb ei-

nes Monats nach Beendigung der Gesellschafterversammlung, in der der Beschluss über die Satzungsänderung gefasst wurde, bzw. innerhalb eines Monats nach der Veröffentlichung des Beschlusses über die Satzungsänderung der abhängigen Gesellschaft beantragen. Bei Gesellschaftern oder Aktionären, die innerhalb der Frist keinen Antrag auf Abkauf ihrer Anteile bzw. Aktien stellen, wird davon ausgegangen, dass sie der Änderung zustimmen. Die Bestimmungen des Art. 417 §§ 1 bis 3 gelten entsprechend.

§ 5. Die Verweigerung der Ausführung einer bindenden Weisung, von der in § 1 und § 2 die Rede ist, bedarf eines vorherigen Beschlusses des Vorstandes der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft. Der Beschluss ist mit einer Begründung zu versehen.

Art. 21⁵

§ 1. Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrates und der Revisionskommission sowie Liquidatoren der abhängigen Gesellschaft haften nicht für den Schaden, der durch die Ausführung einer bindenden Weisung entstanden ist, auch nicht nach Art. 293, Art. 300¹²⁵ und Art. 483 KSH.

§ 2. Die Vorschrift des § 1 findet entsprechende Anwendung auf Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrates und der Revisionskommission sowie auf Liquidatoren der herrschenden Gesellschaft, die im Interesse der Gesellschaftsgruppe handeln.

Art. 21⁶

§ 1. Die herrschende Gesellschaft kann jederzeit die Bücher und Unterlagen der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft einsehen und von dieser die Erteilung von Informationen verlangen, unter Berücksichtigung der besonderen Vorschriften.

§ 2. Die Vorschriften der Art. 212, Art. 300⁹⁷ und Art. 428 finden keine Anwendung.

§ 3. Eine herrschende Gesellschaft, der die Einsicht in die Bücher und Unterlagen oder eine Auskunft verweigert wurde, kann beim Registergericht beantragen, den Vorstand der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft zu verpflichten, Bücher und Unterlagen zur Verfügung zu stellen oder Auskünfte zu erteilen.

Art. 21⁷

§ 1. Der Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft übt die ständige Aufsicht über die Verwirklichung des Gruppeninteresse durch die an einer Ge-

schaftsgruppe beteiligte abhängige Gesellschaft aus, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung der herrschenden oder der abhängigen Gesellschaft es anders bestimmt.

§ 2. Der Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft kann zwecks Ausübung der Aufsicht, von der in § 1 die Rede ist, vorbehaltlich besonderer Bestimmungen vom Vorstand einer an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft verlangen, Bücher und Unterlagen vorzulegen sowie Auskünfte zu erteilen.

§ 3. Ein Mitglied des Aufsichtsrates der herrschenden Gesellschaft darf auch nach Ablauf seines Mandats keine Geheimnisse der abhängigen Gesellschaft offenbaren.

§ 4. Wenn der Gesellschaftsvertrag der herrschenden Gesellschaft die Einrichtung eines Aufsichtsrats nicht vorsieht, werden die in § 1 genannten Befugnisse des Aufsichtsrats vom Vorstand der herrschenden Gesellschaft ausgeübt.

Art. 21⁸

§ 1. Der Vorstand der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft erstellt einen Bericht über die vertraglichen Beziehungen dieser Gesellschaft zur herrschenden Gesellschaft für den Zeitraum des letzten Geschäftsjahres und legt ihn der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung vor. Der Bericht kann Teil des Berichts sein, von dem in Art. 231 § 2 Ziffer 1, Artikel 300⁸² § 2 Ziffer 1 und Art. 395 § 2 Ziffer 1 die Rede ist.

§ 2. Im Bericht über die vertraglichen Beziehungen der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft zur herrschenden Gesellschaft sind insbesondere die bindenden Weisungen, die der abhängigen Gesellschaft erteilt wurden, anzugeben.

Art. 21⁹

§ 1. Ein Gesellschafter oder eine Gesellschafterminderheit bzw. ein Aktionär oder eine Aktionärsminorität der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft, die mindestens 10 % des Stammkapitals vertreten, können vom Registergericht verlangen, dass eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit der Prüfung der Buchführung und der Tätigkeiten der Gesellschaftsgruppe beauftragt wird. Die Vorschriften der Art. 224 bis 226 finden entsprechend Anwendung.

§ 2. Der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft können vorsehen, dass sich der

Umfang der Prüfung auf diese Gesellschaft sowie ihre Beziehungen zu anderen Gesellschaften der Gruppe beschränkt.

§ 3. Das Registergericht fordert die Gesellschaft, deren Gesellschafter bzw. Aktionäre den Antrag gestellt haben, von dem in § 1 die Rede ist, und die herrschende Gesellschaft auf, innerhalb von sieben Tagen nach Erhalt der Aufforderung zu diesem Antrag Stellung zu nehmen. Das Gericht bestellt die Prüfungsgesellschaft nach dem Eingang dieser Stellungnahmen oder nach Ablauf der in Satz 1 genannten Frist.

§ 4. Auf Antrag der herrschenden Gesellschaft oder der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft kann das Registergericht den Gegenstand der Prüfung beschränken oder die Art und Weise bestimmen, wie die Ergebnisse zugänglich gemacht werden, wobei die berechtigten Interessen des Antragssteller, von dem in § 1 die Rede ist, zu berücksichtigen sind sowie die Interessen der anderen Gruppengesellschaften und insb. die Notwendigkeit, Geschäftsgeheimnisse und andere rechtlich geschützte Informationen zu bewahren.

Art. 21¹⁰

§ 1 Ein Gesellschafter oder eine Gesellschafterminderheit bzw. ein Aktionär oder eine Aktionärsminorität der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft, die nicht mehr als 10 % des Stammkapitals vertreten, können verlangen, dass in die Tagesordnung der nächsten Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung die Beschlussfassung über den zwangsweisen Rückkauf ihrer Anteile bzw. Aktien durch die herrschende Gesellschaft, die unmittelbar, mittelbar oder aufgrund von Vereinbarungen mit Dritten mindestens 90 % des Stammkapitals der abhängigen Gesellschaft vertritt, aufgenommen wird. Bis zum Tag der Entrichtung des vollständigen Rückkaufpreises behalten die Minderheitsgesellschafter oder -aktionäre alle Rechte aus den Anteilen bzw. Aktien. Die Vorschriften des Art. 417 §§ 1 bis 3 und des Art. 418¹ §§ 2 bis 4 und 8 sind entsprechend anzuwenden.

§ 2. Der in § 1 genannte Antrag kann nur einmal in jedem Geschäftsjahr gestellt werden und zwar frühestens drei Monate nach der Veröffentlichung der Beteiligung der abhängigen Gesellschaft an der Gesellschaftsgruppe im Register.

Art. 21¹¹

§ 1. Die Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft kann einen Beschluss über den

Zwangsverkauf der Anteile bzw. Aktien von Gesellschaftern bzw. Aktionären, die nicht mehr als 10 % des Grundkapitals vertreten, durch eine herrschende Gesellschaft fassen, die direkt mindestens 90 % des Stammkapitals besitzt. Die Vorschriften des Art. 417 §§ 1 bis 3 und des Art. 418 §§ 2, 2b und 3 Satz 2 und 3 finden entsprechende Anwendung.

§ 2. Der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung einer abhängigen Gesellschaften kann vorsehen, dass das in § 1 genannte Recht einer herrschenden Gesellschaft zusteht, die direkt oder indirekt weniger als 90 % des Stammkapitals einer an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft hält, jedoch nicht weniger als 75 %. Art. 21⁴ § 4 findet entsprechende Anwendung.

Art. 21¹²

§ 1. Die herrschende Gesellschaft haftet gegenüber der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft für den Schaden, der durch die Ausführung einer bindenden Weisung entstanden ist und der nicht in der in der bindenden Weisung genannten Frist ausgeglichen worden ist, es sei denn, dass sie kein Verschulden trifft.

§ 2. Für den Schaden, der einer Einpersonengesellschaft zugefügt wurde, haftet die herrschende Gesellschaft nur, wenn die Ausführung der bindenden Weisung zur Insolvenz geführt hat.

§ 3. Die Haftung der herrschenden Gesellschaft bestimmt sich unter Berücksichtigung der – bei der Erteilung und Ausführung einer bindenden Weisung zu beachtenden – Loyalitätspflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft.

§ 4. Erhebt die abhängige Gesellschaft nicht innerhalb eines Jahres nach Ablauf der in der bindenden Weisung gesetzten Frist Klage auf Ersatz des ihr von der herrschenden Gesellschaft zugefügten Schadens, so kann jeder Gesellschafter oder Aktionär der abhängigen Gesellschaft Klage auf Ersatz des dieser Gesellschaft zugefügten Schadens erheben.

§ 5. Die Klage auf Ersatz des Schadens, der in den § 1, 2 und 4 erwähnt wird, ist am Ort des Sitzes der abhängigen Gesellschaft zu erheben.

§ 6. Die Vorschriften der Artt. 295 § 2 bis 4, 296, 297, 300¹²⁷ § 2 bis 4, 300¹³⁰, 486 § 2 bis 4, 487 und 488 finden entsprechende Anwendung.

§ 7. Die Bestimmungen der §§ 1 bis 6 berühren nicht das Recht der abhängigen Gesellschaft, ihrer Gesellschafter oder Aktionäre sowie Dritter, Schadenersatz nach allgemeinen Regeln zu verlangen.

Art. 21¹³

§ 1. Eine herrschende Gesellschaft, die am Tag der Erteilung einer bindenden Weisung an die an einer Gesellschaftsgruppe beteiligte abhängige Gesellschaft direkt oder indirekt über eine Stimmenmehrheit verfügt, die eine Beschlussfassung über die Beteiligung an einer Gesellschaftsgruppe oder eine Änderung des Vertrags bzw. Statuts der abhängigen Gesellschaft ermöglicht, haftet den Gesellschaftern bzw. Aktionären dieser Gesellschaft für die Minderung des Wertes der ihnen zustehenden Anteile bzw. Aktien, wenn die Minderung durch die Ausführung der bindenden Weisung durch die abhängige Gesellschaft verursacht worden ist.

§ 2. Es wird vermutet, dass die herrschende Gesellschaft über eine Stimmenmehrheit verfügt, die eine Beschlussfassung über die Beteiligung an einer Gesellschaftsgruppe oder eine Änderung des Vertrags bzw. Statuts der abhängigen Gesellschaft ermöglicht, wenn sie unmittelbar oder mittelbar über mindestens 75 % des Stammkapitals der abhängigen Gesellschaft verfügt.

§ 3. Die Klage auf Ersatz des Schadens, der in § 1 erwähnt wird, ist am Ort des Sitzes der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft zu erheben. Spätestens zum Zeitpunkt der Klageerhebung fordert der Gesellschafter bzw. Aktionär, der in § 1 erwähnt wird, die herrschende Gesellschaft auf, innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt der Aufforderung den Schaden zu beheben, der der abhängigen Gesellschaft durch die Durchführung der bindenden Weisung entstanden ist.

§ 4. Der Anspruch auf Ersatz des in § 1 genannten Schadens erlischt, wenn die herrschende Gesellschaft den Schaden, welcher der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft durch die Ausführung der bindenden Weisung entstanden ist, vollständig ersetzt hat.

§ 5. Der Anspruch auf Ersatz des in § 1 genannten Schadens verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, zu dem der Gesellschafter bzw. Aktionär, der in § 1 erwähnt wird, von dem Schaden Kenntnis erlangt hat. Der Anspruch verjährt jedoch in jedem Fall in fünf Jahren ab dem Tag, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist.

Art. 21¹⁴

§ 1. Erweist sich die Zwangsvollstreckung gegen die an einer Gesellschaftsgruppe beteiligte abhängige Gesellschaft als erfolglos, so haftet die herrschende Gesellschaft für den Schaden, der den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft entstanden ist, es sei denn, dass sie kein Verschulden trifft oder der Schaden nicht infolge der Ausführung einer bindenden Weisung

durch die abhängige Gesellschaft entstanden ist. Art. 21¹² § 3 findet entsprechende Anwendung.

§ 2. Es wird vermutet, dass der Schaden, von dem in § 1 die Rede ist, den Betrag der unbefriedigten Forderungen gegenüber der abhängigen Gesellschaft umfasst.

§ 3. Die Regelungen der §§ 1 und 2 lassen Vorschriften unberührt, die eine weitergehende Haftung der herrschenden Gesellschaft bestimmen.

§ 4. Ist die Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags während der Zwangsvollstreckung entstanden, so haftet die herrschende Gesellschaft nicht nach § 1, solange die Vollstreckung im Wege der Zwangsverwaltung oder die Veräußerung des Geschäftsbetriebs der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft nach der Zivilprozessordnung durchgeführt wird.

§ 5. Die Klage auf Ersatz des Schadens, der in § 1 erwähnt wird, ist am Ort des Sitzes der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft zu erheben.

Art. 21¹⁵

Die Beendigung einer Beteiligung an einer Gesellschaftsgruppe erfolgt aufgrund eines mit Dreiviertelmehrheit der Stimmen gefassten Beschlusses der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung der an einer Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft oder aufgrund einer Erklärung der herrschenden Gesellschaft gegenüber der an der Gesellschaftsgruppe beteiligten abhängigen Gesellschaft über die Beendigung der Beteiligung.

Art. 21¹⁶

§ 1. Die Vorschriften dieses Gesetzes über Gesellschaftsgruppen, die eine abhängige Gesellschaft betreffen, finden auf die mit der herrschenden Gesellschaft verbundenen Gesellschaften entsprechende Anwendung, wenn der Vertrag oder die Satzung der verbundenen Gesellschaft dies vorsieht.

§ 2. Die Vorschriften dieses Gesetzes für eine an einer Gesellschaftsgruppe beteiligte abhängige Gesellschaft finden keine Anwendung auf:

- 1) börsennotierte Gesellschaften,
- 2) Gesellschaften in Abwicklung, wenn mit der Aufteilung ihres Vermögens begonnen worden ist, sowie auf Gesellschaften in der Insolvenz.
- 3) Gesellschaften, die der Finanzmarktaufsicht im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 des Gesetzes über die Finanzmarktaufsicht vom 21. Juli 2006

(GBl. 2020, Pos. 2059 und 2021, Pos. 680, 815, 1598 und 2140) unterliegen.

Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung

Dirk A. Verse

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	192
II.	Grundlagen	194
	1. Allgemeiner Regelungsrahmen	194
	2. Funktion und Anwendungsbereich des Austrittsrechts	196
	3. Konzeptioneller Unterschied zum Austrittsrecht bei innerstaatlichen Umwandlungen	198
III.	Gegenstand des Abfindungsangebots	200
IV.	Abfindungsschuldner	203
	1. Keine Vorgabe zum Abfindungsschuldner in der Richtlinie	203
	2. Zuweisungsfreiheit im Spaltungsplan	204
V.	Erwerb der Anteile am neuen/übernehmenden Rechtsträger	206
	1. Fragestellung	206
	2. Rechtslage bei Abfindungspflicht der neuen/übernehmenden Gesellschaft	207
	3. Rechtslage bei Abfindungspflicht der übertragenden Gesellschaft	209
VI.	Ausübung des Austrittsrechts	210
	1. Abfindungsangebot	210
	2. Annahme des Angebots	211
	a) Die Konzeption des Regierungsentwurfs: formfreie Absichtserklärung und ggf. formbedürftige Annahmeerklärung	211
	b) Kritische Würdigung (insbesondere zur angeblichen Formbedürftigkeit)	213
	c) Adressat der Annahmeerklärung	216
VII.	Sicherung des Abfindungsanspruchs	217
	1. Die Regelung des Regierungsentwurfs	217
	2. Alternativvorschlag: Gewährleistungserklärung nach dem Vorbild des § 327b Abs. 3 AktG	219
VIII.	Abfindungsbemessung und Rechtsschutz bei unangemessenem Angebot	220
	1. Bewertungskriterien und Prüfung	220

2. Rechtsschutz bei unangemessenem Abfindungsangebot und bewertungsbezogenen Informationsmängeln	222
a) Zu niedriges Angebot	222
b) Zu hohes Angebot	224
c) Bewertungsbezogene Informationsmängel	225
IX. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	226

I. Einführung

Zu den bedeutendsten Reformen des europäischen Gesellschaftsrechts der letzten Jahre zählt fraglos die sog. Umwandlungsrichtlinie (UmwRL)¹. Diese Änderungsrichtlinie zur Gesellschaftsrechtsrichtlinie (GesR-RL)² hat nicht nur die seit 2005 geltenden Bestimmungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung gründlich überarbeitet und auf ein deutlich höheres Harmonisierungsniveau gehoben, sondern auch erstmals sekundärrechtliche Vorschriften über den grenzüberschreitenden Formwechsel und die grenzüberschreitende Spaltung eingeführt. Darin liegt ein großer Fortschritt, hatte sich doch in den Jahren zuvor gezeigt, dass die praktische Durchführung grenzüberschreitender Formwechsel und Spaltungen innerhalb der Union trotz ihrer grundsätzlichen Gewährleistung durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) auf Schwierigkeiten stieß, solange es an einem verlässlichen sekundärrechtlichen Rechtsrahmen fehlte³. Aus demselben Grund ist es allerdings bedauerlich, dass sich auch die neuen Richtlinienbestimmungen auf Kapitalgesellschaften beschränken, während Personengesellschaften weiterhin ausgespart bleiben (Art. 86a Abs. 1, 118, 160a Abs. 1 GesR-RL). Eine Erweiterung des sekundärrechtlichen Rechtsrahmens um entsprechende Mobilitätsvorschriften für Personengesellschaften bleibt daher ein wichtiges rechtspolitisches Anliegen⁴, das die

1 Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABL L 321/1 (gelegentlich auch als Mobilitätsrichtlinie bezeichnet).

2 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABL L 169/46.

3 S. dazu etwa *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 34 ff., 44 ff.; speziell zur grenzüberschreitenden Spaltung *Stelmaszczyk* in BeckOGK UmwG, Stand: 1.4.2022, § 123 Rn. 112 ff. m.w.N.

4 Darüber besteht in der Fachöffentlichkeit Einigkeit; statt vieler *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 300, 302; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltver-

Kommission – so ist zu hoffen – in der 2027 anstehenden Evaluation der Richtlinie nicht abermals aufschieben wird⁵.

Die Mitgliedstaaten stehen derzeit vor der Aufgabe, die Umwandlungsrichtlinie bis zum 31. Januar 2023 in nationales Recht umzusetzen. In Deutschland wird dies durch das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmrUG) und flankierend durch das Gesetz zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (UmrMitbestG) geschehen. Das Gesetzgebungsverfahren für beide Gesetze ist bei Abfassung dieses Beitrags jeweils bis zur Veröffentlichung eines Regierungsentwurfs vom 6. Juli 2022 gediehen⁶. Darin zeichnet sich ab, dass sich auch der deutsche Gesetzgeber weitestgehend auf Kapitalgesellschaften beschränken wird⁷. Allein die grenzüberschreitende (Herein-) Verschmelzung auf eine deutsche Personenhandels-gesellschaft mit weniger als 500 Arbeitnehmern wird wie bisher – in Fortführung der anlässlich des Brexit eingeführten Regelung (§ 122b Abs. 1 Nr. 2 UmwG)⁸ – in den Anwendungsbereich des UmwG einbezogen (§ 306 Abs. 1 Nr. 2 UmwG-RegE)⁹. Da selbstverständlich auch Personengesellschaften den Schutz der Niederlassungsfreiheit genießen, muss man sich

eins, NZG 2018, 857 Rn. 2; J. Schmidt, NZG 2022, 579, 580; zuletzt nochmals eindringlich Prinz, DB 2022, M 4 f.

- 5 Nach Art. 4 Abs. 1 UmwRL muss die Kommission spätestens am 1. Februar 2027 dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss einen Bericht über die Bewertung der Richtlinie vorlegen.
- 6 Zu den Regierungsentwürfen des UmwRUG und des UmwRMitbestG Bungert/Strothotte, DB 2022, 1818; zu den vorausgehenden – weithin übereinstimmenden – Referentenentwürfen vom 20. April 2022 Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 849; Heckschen/Knaier, GmbHR 2022, 501 (Teil 1), 613 (Teil 2); J. Schmidt, NZG 2022, 579 (Teil 1), 635 (Teil 2); Wollin, ZIP 2022, 989; speziell zur grenzüberschreitenden Spaltung Bungert/Strothotte, BB 2022, 1411.
- 7 Zu den Hintergründen J. Schmidt, NZG 2022, 579, 580 (insbesondere Fehlen entsprechender Parallelregelungen in anderen Mitgliedstaaten, mitbestimmungsrechtliche Problematik). Vgl. auch schon Bericht des Rechtsausschusses zum 4. UmwGÄndG, BT-Drucks. 19/6466, S. 3 f.
- 8 Die Bestimmung wurde (gemeinsam mit § 122m UmwG) vor allem deshalb eingeführt, um Gesellschaften in der Rechtsform einer britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland anlässlich des Brexit eine Umwandlung in eine KG zu ermöglichen; Begr. RegE 4. UmwGÄndG, BT-Drucks. 19/5463, S. 7.
- 9 Für die Hereinspaltung und den Hereinformwechsel gibt es keine vergleichbare Regelung; hier bleibt es vielmehr ausnahmslos bei der Beschränkung auf Kapitalgesellschaften (§§ 321, 334 UmwG-RegE).

daher bei grenzüberschreitenden Umwandlungen dieser Gesellschaften auch künftig im Wege europarechtskonformer Rechtsfortbildung mit (partiellen) Analogien zu den Vorschriften über Kapitalgesellschaften behelfen, um primärrechtskonforme Ergebnisse zu erzielen¹⁰.

Aus der Fülle an Rechtsfragen, die sich im Zuge der Richtlinienumsetzung stellen, soll im Folgenden der Minderheitenschutz bei der grenzüberschreitenden Spaltung herausgegriffen werden, genauer gesagt das in Art. 160i Abs. 1-5 GesR-RL geregelte Austrittsrecht der Gesellschafter der sich spaltenden Gesellschaft, die keine Anteile an der neuen Gesellschaft übernehmen wollen. Nach dem Regierungsentwurf zum UmRUG soll dieses Austrittsrecht in § 327 i.V.m. § 313 UmwG-RegE umgesetzt werden.

II. Grundlagen

1. Allgemeiner Regelungsrahmen

In den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt die grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften, sofern mindestens zwei der beteiligten Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten der EU oder des EWR¹¹ unterstehen (Art. 160a Abs. 1 GesR-RL). Im Gegensatz zu den hergebrachten Bestimmungen über die innerstaatliche Spaltung von Aktiengesellschaften (Art. 135 ff. GesR-RL), die nur die Aufspaltung regeln¹², erstrecken sich die neuen Vorschriften zur grenzüberschreitenden Spaltung auf Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung gleichermaßen (Art. 160b Nr. 4 GesR-RL). Erfasst wird allerdings auf Ebene der Richtlinie vorerst nur die Spaltung zur Neugründung (Art. 160b Nr. 3 GesR-RL), da der Unionsgesetzgeber die Spaltung zur Aufnahme durch eine bereits bestehende Ge-

10 S. dazu etwa *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 7.104, 7.107; *Marsch-Barner/Wilk* in: Kallmeyer, UmwG, 7. Aufl. 2020, Vorb. §§ 122a–122m, Rn. 14 ff.; jeweils m.w.N.

11 Die Umwandlungsrichtlinie bindet bisher nur die EU-Mitgliedstaaten. Es wird aber erwartet, dass in den nächsten Monaten auch die übrigen Vertragsstaaten des EWR (Island, Liechtenstein, Norwegen) die Richtlinie als Anlage zum EWR-Abkommen übernehmen werden.

12 Zu dem beschränkten Anwendungsbereich der Art. 135 ff. GesR-RL s. nur *Verse* in BeckOGK UmwG, Stand 1.1.2022, § 123 Rn. 16 m.w.N.; zur Nichtgeltung für die Abspaltung im Besonderen EuGH, Rs. C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 = NZG 2020, 550 Rn. 42 f.

sellschaft für besonders komplex hält¹³ und daher zunächst Erfahrungen mit den neuen Vorschriften zur grenzüberschreitenden Spaltung zur Neugründung sammeln will¹⁴.

Diese Zurückhaltung des Unionsgesetzgebers, die im Schrifttum auf berechtigte Kritik gestoßen ist¹⁵ und im Rahmen der Evaluation 2027 ebenfalls auf den Prüfstand gehört¹⁶, hindert die Mitgliedstaaten allerdings nicht daran, im Wege überschießender Umsetzung auch jetzt schon die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme mitzuregeln. Der Regierungsentwurf zum UmRUG bezieht denn auch die Spaltung zur Aufnahme mit in den Anwendungsbereich ein (§ 332 UmwG-RegE), aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen allerdings nur, sofern die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften zusammen weniger als vier Fünftel der für die unternehmerische Mitbestimmung maßgeblichen Arbeitnehmerzahl beschäftigen – bei einer Herausspaltung also weniger als 400 in inländischen Betrieben beschäftigte Arbeitnehmer (§ 332 Nr. 1 UmwG-RegE)¹⁷ und bei einer Hereinspaltung vier Fünftel der jeweiligen ausländischen Mitbestimmungsschwelle (§ 332 Nr. 2 UmwG-RegE). Oberhalb dieser vier-Fünftel-Schwellen sind die Beteiligten auf den unsicheren Pfad der Spaltung auf

13 Erwägungsgrund 8 UmwRL: Die Spaltung zur Aufnahme wird nicht geregelt, „da solche Fälle als sehr komplex angesehen werden, die Beteiligung der zuständigen Behörden mehrerer Mitgliedstaaten erfordern und zusätzliche Risiken der Umgehung von Unionsvorschriften und nationalen Vorschriften bergen.“

14 Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, COM (2018) 241 final, S. 10.

15 Stellvertretend für viele *Bungert/Wansleben*, DB 2018, 2094, 2095; European Company Law Experts (ECLE), ECFR 2019, 196, 201; *J. Schmidt*, ECFR 2019, 222, 234 f.; *Stelmaszczyk*, GmbHR 2020, 61 Rn. 16; *ders.*, Der Konzern 2021, 1, 4; zuletzt auch *Schollmeyer*, FS Heidinger (im Erscheinen), unter I. a.E.

16 In Art. 4 Abs. 3 UmwRL wird bereits angekündigt, dass die mögliche Einbeziehung der Spaltung zur Aufnahme Gegenstand der Evaluation sein wird.

17 Die Beschränkung auf im Inland beschäftigte Arbeitnehmer ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 332 Nr. 1 UmwG-RegE. Da der Gesetzgeber aber an vier Fünftel des Schwellenwerts nach § 1 Abs. 1 DrittelbG anknüpfen will (Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 113) und im Rahmen dieser Vorschrift nach h.M. nur die inländische Belegschaft mitzählt (*Annuß* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 1 DrittelbG Rn. 3 i.V.m. § 3 MitbestG Rn. 10 ff.; zur Unionsrechtskonformität EuGH, Rs. C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562 = NZG 2017, 949), kann auch im Rahmen des § 332 UmwG-RegE nichts anderes gelten. Eine Klarstellung anmahndend Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 849 Rn. 31.

Grundlage der Art. 49, 54 AEUV verwiesen¹⁸. Das von § 332 UmwG-RegE angestrebte Ziel, in seinem Anwendungsbereich auch die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme durch Bereitstellung eines klaren Rechtsrahmens zu erleichtern, kann die Vorschrift allerdings nur erreichen, soweit sich auch andere Mitgliedstaaten zu einer überschießenden Umsetzung bereitfinden und korrespondierende Regelungen schaffen. Andernfalls bleibt in dem jeweiligen anderen Mitgliedstaat doch wieder nur der Weg, die Spaltung auf Grundlage der Art. 49, 54 AEUV und daraus abgeleiteter primärrechtskonformer Rechtsfortbildungen durchzuführen. Unabhängig davon sollte die Reichweite des § 332 UmwG-RegE im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch einmal überdacht werden, da die aktuelle Entwurfsfassung (jedenfalls bei wortlautgetreuer Auslegung) oberhalb der Schwellen sogar solche Spaltungen vom Anwendungsbereich ausnimmt, bei denen gar keine durch die Mitbestimmung geschützten Arbeitsverhältnisse übertragen werden¹⁹.

2. Funktion und Anwendungsbereich des Austrittsrechts

Für die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft hat eine grenzüberschreitende Auf- oder Abspaltung im Regelfall zur Folge, dass sie für den im Wege der Spaltung übertragenen Vermögensteil Anteile an (mindestens) einer Gesellschaft erhalten, die dem Gesellschaftsrecht eines anderen Mitgliedstaats untersteht. Dieser Übergang in die Gesellschafterstellung einer nach ausländischem Recht verfassten Gesellschaft soll den Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers aber nicht gegen ihren Willen aufgezwungen werden²⁰. Aus diesem Grund schreibt Art. 160i Abs. 1 GesR-RL den Mitgliedstaaten vor, dass „mindestens“ diejenigen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft²¹, die gegen die Zustimmung zu dem Spaltungsplan gestimmt haben, zur Veräußerung ihrer Anteile gegen Zahlung einer angemessenen Barabfindung berechtigt sein müssen, sofern sie infol-

18 J. Schmidt, NZG 2022, 579, 580.

19 Kritisch daher auch Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 849 Rn. 31; *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411 f. (jeweils zum Referentenentwurf).

20 Erwägungsgrund 18 UmwRL: Die Gesellschafter sollen nicht gegen ihren Willen „mit einer Situation konfrontiert [werden], in der sich das auf ihre Rechte anwendbare Recht ändert.“

21 Die Richtlinie spricht von der „Gesellschaft, die eine Spaltung vornimmt“. Damit ist nach Art. 160b Nr. 2 GesR-RL der übertragende Rechtsträger gemeint.

ge der Spaltung Anteile an neuen Gesellschaften²² erwerben würden, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterstehen als die übertragende Gesellschaft. Parallelvorschriften hat die Umwandlungsrichtlinie auch für den grenzüberschreitenden Formwechsel (Art. 86i GesR-RL) und die grenzüberschreitende Verschmelzung (Art. 126a Abs. 1-5 GesR-RL) eingeführt. Im Rahmen der grenzüberschreitenden Spaltung stellt sich die Frage indes nur bei einer Auf- oder Abspaltung, nicht bei einer Ausgliederung, da in diesem Fall die Anteile an der neuen Gesellschaft nicht den Gesellschaftern der Übertragerin, sondern der übertragenden Gesellschaft selbst gewährt werden. Daher nimmt Art. 160s GesR-RL die Ausgliederung vom Anwendungsbereich des Austrittsrechts aus.

Für die Ausgestaltung des Austrittsrechts nach den Vorgaben der Richtlinie ist das Recht des Mitgliedstaats maßgebend, dem die übertragende Gesellschaft untersteht (Art. 160i Abs. 5 GesR-RL). Dementsprechend regelt der Regierungsentwurf des UmRUG das Austrittsrecht nur für die (Heraus-) Auf- oder -abspaltung von einer übertragenden Kapitalgesellschaft deutschen Rechts auf eine Kapitalgesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats untersteht. Die betreffende Regelung findet sich in § 327 UmwG-RegE, der auf das Austrittsrecht bei der grenzüberschreitenden Herausverschmelzung (§ 313 UmwG-RegE) Bezug nimmt²³.

Dabei fällt sogleich ins Auge, dass der Anwendungsbereich des Austrittsrechts im Regierungsentwurf weiter gefasst wird als in der Richtlinie. Während Art. 160i Abs. 1 GesR-RL das Austrittsrecht – nach dem Normzweck wenig stringent – auf gegen die Spaltung stimmende, d.h. stimmberechtigte Gesellschafter beschränkt²⁴, werden nach § 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 1 Satz 1 UmwG-RegE sämtliche Anteilsinhaber geschützt, die gegen den Spaltungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben, also

22 Die Richtlinie spricht von „begünstigten Gesellschaften“, womit nach Art. 160b Nr. 3 GesR-RL die im Zuge der grenzüberschreitenden Spaltung neu gegründeten Gesellschaften angesprochen sind.

23 Die Ausgliederung bleibt wie in der Richtlinie ausgespart, § 327 Satz 2 UmwG-RegE.

24 S. auch Erwägungsgrund 18 Satz 2 UmwRL: „Gesellschaftern, die *stimmberechtigte Anteile* halten und gegen die Zustimmung zu dem Plan gestimmt haben“. Anders noch die Entwürfe der Kommission (Art. 160l Abs. 1 lit. b GesR-RL-E-KOM, COM (2018) 241 final; krit. dazu Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 179/18 [B], S. 8 f.) und die Änderungsanträge des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments (Art. 160l Abs. 1 GesR-RL-E-EP, A8-2019/0002/AM-302).

auch widersprechende Inhaber stimmrechtsloser Anteile²⁵. Diese überschießende Umsetzung ist nach Sinn und Zweck des Austrittsrechts konsequent und unionsrechtlich unbedenklich, da der Wortlaut des Art. 160i Abs. 1 GesR-RL („mindestens“) und Erwägungsgrund 18 Satz 3 UmwRL hierfür ausdrücklich Raum lassen²⁶.

Auch in der deutschen Umsetzung bleibt es aber dabei, dass das Austrittsrecht nicht nur bei Herausspaltungen zur Neugründung, sondern auch bei Herausspaltungen zur Aufnahme allein den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zusteht, nicht auch denjenigen der übernehmenden Gesellschaft²⁷. Das leuchtet unmittelbar ein, da diese Gesellschafter im Zuge der Spaltung nicht an einem ausländischen Rechtsträger beteiligt werden, sondern in ihrer bisherigen Gesellschaft verbleiben. Die oben angeführte Ratio des Austrittsrechts ist in ihrem Fall daher nicht betroffen²⁸.

3. Konzeptioneller Unterschied zum Austrittsrecht bei innerstaatlichen Umwandlungen

Im Unterschied zu einigen anderen Rechtsordnungen innerhalb der EU und des EWR²⁹ ist dem deutschen Umwandlungsrecht das Austrittsrecht

25 Auch Inhaber stimmrechtsloser Anteile können unstreitig Widerspruch zur Niederschrift erklären; M. Arnold in: MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2022, § 140 Rn. 3.

26 Auch das Widerspruchserfordernis ist durch die Richtlinie gedeckt, s. Art. 160i Abs. 1 Unterabs. 3 GesR-RL.

27 Dies ergibt sich aus § 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 1 Satz 1 UmwG-RegE, der einen Widerspruch zur Niederschrift des Spaltungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft verlangt.

28 De lege ferenda gleichwohl für Ausdehnung des Austrittsrechts auf die Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers J. Schmidt, ECFR 2019, 222, 255 f.; so auch noch der ursprüngliche Kommissionsvorschlag (Fn. 14) zur grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 126a Abs. 1 GesR-RL-E-KOM). Wie hier dagegen European Company Law Experts (ECLE), ECFR 2019, 196, 210 f. (zur grenzüberschreitenden Verschmelzung); Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 849 Rn. 26; M. Noack, ZGR 2020, 90, 96; Stelmaszczyk, Der Konzern 2021, 48, 51.

29 S. die Länderberichte zur grenzüberschreitenden Verschmelzung in Bech-Bruun/Lexidale, Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive, 2013, S. 236 ff. (kein Austrittsrecht in Frankreich, Griechenland, Ungarn, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Norwegen, Schweden).

als Instrument des Minderheitenschutzes seit langem geläufig. Für innerstaatliche rechtsformwechselnde Verschmelzungen und Spaltungen (einschließlich solcher, die auf ein „kaltes“ Delisting hinauslaufen) ergibt sich ein Austrittsrecht aus §§ 29, 125 Satz 1 UmwG, für Rechtsformwechsel aus § 207 UmwG. Auch für grenzüberschreitende Herausverschmelzungen war in § 122i UmwG, der künftig durch § 313 UmwG-RegE ersetzt werden soll, schon bisher ein Austrittsrecht vorgesehen.

Die Ausgestaltung des Austrittsrechts nach § 313 i.V.m. § 327 UmwG-RegE weicht jedoch aufgrund der Richtlinienvorgaben im Einzelnen erheblich von dem bei innerstaatlichen Umwandlungen bekannten Standard ab. Das wird im Folgenden näher zu entfalten sein. Ein zentraler konzeptioneller Unterschied, der weitere Abweichungen nach sich zieht, sei aber schon an dieser Stelle hervorgehoben: Bei innerstaatlichen Umwandlungen verhält es sich so, dass die austrittswilligen Gesellschafter mit Wirksamwerden der Umwandlungsmaßnahme zunächst Anteile an der übernehmenden/neuen Gesellschaft erhalten (§§ 20 Abs. 1 Nr. 3, 131 Abs. 1 Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) und diese anschließend in Ausübung ihres Austrittsrechts Zug um Zug gegen Zahlung der Barabfindung übertragen. Demgegenüber werden die austretenden Gesellschafter bei grenzüberschreitenden Umwandlungen nach der Konzeption der Richtlinie *von vornherein nicht Anteilsinhaber der übernehmenden/neuen Gesellschaft* (Art. 131 Abs. 1 lit. b, Art. 160r Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b, Art. 86r lit. b GesR-RL, umgesetzt in §§ 313 Abs. 4, 327 Satz 1, 340 Abs. 4 UmwG-RegE). Strenggenommen ist daher die übliche und der Einfachheit halber auch hier verwendete Bezeichnung als „Austrittsrecht“ in diesem Kontext unpräzise, da die betreffenden Gesellschafter schon gar nicht in die neue/übernehmende Gesellschaft eintreten. Hinter dieser Konzeption der Richtlinie steht erkennbar die Überlegung, dass es der Ratio des Austrittsrechts am besten entspricht, wenn die austrittswilligen Gesellschafter nicht einmal temporär, sondern überhaupt nicht an der ausländischen Gesellschaft beteiligt werden³⁰.

Diese abweichende Grundkonzeption der Richtlinie bedingt es, dass die für den Austritt erforderlichen Schritte anders als bei innerstaatlichen Umwandlungen durchweg schon vor Wirksamwerden der grenzüberschreiten-

30 J. Schmidt, NZG 2022, 579, 583; dies., Schutz der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, in: Bergmann u.a., Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt, ZGR-Sonderheft 26 (im Erscheinen), unter III. 5. a).

den Spaltung vollzogen sein müssen³¹. Da die Herausspaltung mit Eintragung in das Handelsregister der übertragenden Gesellschaft wirksam wird (§ 320 Abs. 2 UmwG-RegE i.V.m. §§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 135 UmwG), muss das Verfahren der Annahme des Angebots somit schon vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen sein. Um dies zu gewährleisten, bestimmt § 329 Satz 1 i.V.m. § 316 Abs. 2 Satz 1 UmwG-RegE, dass die Spaltung erst eingetragen werden kann, nachdem die zweimonatige Frist für die Annahme des Barabfindungsangebots (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 3 Satz 1 UmwG-RegE) abgelaufen ist. Anders als bei innerstaatlichen Umwandlungen (§§ 31 Satz 2, 125 Satz 1, 209 Satz 2 UmwG) verlängert sich die Annahmefrist nicht, wenn ein Spruchverfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Abfindung (s.u. VIII. 2.) eingeleitet wird. Eine Eintragung vor Ablauf der Zweimonatsfrist ist nur zulässig, wenn alle Gesellschafter der grenzüberschreitenden Spaltung zugestimmt haben (§ 329 Satz 1 i.V.m. § 316 Abs. 2 Satz 2 UmwG-RegE). Um gleichzeitig sicherzustellen, dass die Abfindung nur gezahlt werden muss, wenn die Spaltung wirksam wird, steht das Abfindungsangebot kraft Gesetzes unter der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens der Spaltung (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 1 Satz 2 UmwG-RegE).

III. Gegenstand des Abfindungsangebots

Tritt man in die Einzelanalyse der Modalitäten des Austrittsrechts bei grenzüberschreitenden Spaltungen ein, so stellt sich zunächst die Frage, wofür genau eigentlich die Abfindung gezahlt wird. Die Richtlinie spricht davon, dass die austrittswilligen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft berechtigt sind, „ihre Anteile“ („their shares“) gegen angemessene Barabfindung zu veräußern (Art. 160i Abs. 1 GesR-RL). Da die austretenden Gesellschafter wie erwähnt keine Anteile an dem neuen Rechtsträger erhalten (Art. 160r Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b GesR-RL), scheint auf den ersten Blick die Folgerung nahe zu liegen, dass es bei den gegen Abfindung zu veräußernden Anteilen nur um diejenigen an der übertragenden Gesellschaft gehen kann³².

31 Schollmeyer (Fn. 15), unter III. 2.

32 So offenbar Stelmaszczyk, Der Konzern 2021, 48, 50: „Gegenstand des Angebots sind (...) die Anteile der anspruchsberechtigten Gesellschafter an der *übertragenden Gesellschaft*.“ Die Ausführungen von Stelmaszczyk sind an dieser Stelle allerdings nicht ganz eindeutig, da er im weiteren Verlauf auch noch die sogleich im Text behandelte abweichende Interpretation in Betracht zieht.

Allerdings hätte eine Regelung, die den dissentierenden Gesellschaftern stets eine Abfindung für ihre Mitgliedschaft im übertragenden Rechtsträger zuerkennt, evident überschießenden Charakter. Grund für die Gewährung des Austrittsrechts ist ja wie dargelegt (II. 2.) nicht die Spaltung als solche, sondern der Umstand, dass dem Gesellschafter nicht zugemutet werden soll, gegen seinen Willen Gesellschafter einer neuen Gesellschaft zu werden, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats untersteht als die übertragende Gesellschaft. Sofern nun – wie häufig – lediglich ein Teil des Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf einen ausländischen Rechtsträger übertragen wird und das restliche Vermögen bei der Übertragung verbleibt (oder auf einen anderen inländischen Rechtsträger übertragen wird), liegt nur teilweise ein Grenzübertritt vor, so dass nach der ratio legis auch nur ein *Teilaustrittsrecht* gerechtfertigt ist. Spaltet etwa eine AG deutschen Rechts einen Teil ihres Vermögens auf eine neu gegründete französische SA ab, bleibt die übertragende AG ohne Wechsel des auf sie anwendbaren Rechts bestehen. Es besteht daher kein Anlass, die Aktionäre für ihre Mitgliedschaft in der AG abzufinden. Ebenso verhält es sich bei einer Aufspaltung, wenn nur eine der neuen Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaats untersteht. In diesen Fällen ist dem Schutzzweck des Austrittsrechts nach Art. 160i Abs. 1 GesR-RL vielmehr vollständig genügt, wenn der dissentierende Gesellschafter allein dafür abgefunden wird, dass er nicht wie seine Mitgesellschafter Anteile an dem ausländischen neuen Rechtsträger erhält.

Bei einer am Schutzzweck des Austrittsrechts orientierten Auslegung sollte daher nicht zweifelhaft sein, dass der Richtlinie immer dann ein Teilaustrittsrecht in dem beschriebenen Sinn genügt, wenn nur ein Teil des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers auf eine Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat übertragen wird, das restliche Vermögen aber bei dem übertragenden Rechtsträger verbleibt oder auf einen anderen inländischen Rechtsträger übertragen wird. Erfreulicherweise stellt die Begründung zu § 327 UmwG-RegE klar, dass auch dem Regierungsentwurf dieses Verständnis zugrunde liegt und die Abfindung nur dafür zu leisten ist, dass die abzufindenden Gesellschafter *nicht an der neuen ausländischen Gesellschaft beteiligt* werden³³. Ebenso äußern sich erste Stellungnahmen im

33 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 111: „Dem Schutzzweck der Vorschrift entsprechend bezieht sich das Austrittsrecht gegen Barabfindung nur auf die künftigen Anteile an der neuen Gesellschaft.“

Schrifttum³⁴. Für das Austrittsrecht bei innerstaatlichen Spaltungen nach §§ 29, 125 Satz 1 UmwG gilt im Übrigen sinngemäß Entsprechendes, auch wenn dies im Schrifttum nur selten näher ausgeführt wird. Auch dort verhält es sich so, dass das Austrittsrecht nur so weit reicht wie der Austrittsgrund³⁵.

Mit dem Wortlaut der Richtlinie lässt sich die vorstehende Auslegung immerhin insofern in Einklang bringen, als auch dieser auf das grenzüberschreitende Moment als Auslöser des Austrittsrechts abhebt („sofern sie infolge der grenzüberschreitenden Spaltung Anteile an den begünstigten Gesellschaften erwerben würden, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats [...] unterliegen“)³⁶. Die missverständliche Formulierung von der Veräußerung „ihrer Anteile“ lässt sich demgegenüber darauf zurückführen, dass der Uniongesetzgeber sich offenbar am Wortlaut der Parallelvorschriften zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Art. 86i Abs. 1 GesR-RL) und zur grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 126a Abs. 1 GesR-RL) orientiert hat und die hier diskutierte Frage bei diesen Umwandlungsarten nicht auftritt. Vielmehr liegt in diesen Fällen auf der Hand, dass die Abfindung die gesamte bisherige Mitgliedschaft kompensieren muss, da nach einem grenzüberschreitenden Formwechsel oder einer grenzüberschreitenden Verschmelzung das gesamte Gesellschaftsvermögen von einer Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat gehalten wird.

Das so verstandene (Teil-) Austrittsrecht kann je nach Fallgestaltung mit dem Abfindungstatbestand für die formwechselnde innerstaatliche Spaltung (§§ 29 Abs. 1, 125 Satz 1 UmwG) zusammentreffen. Wenn sich z.B. eine AG deutschen Rechts in eine französische SA und eine deutsche GmbH aufspaltet, sind die dissentierenden Aktionäre wegen des an die SA übertragenen Vermögensteils nach § 327 i.V.m. § 313 UmwG-RegE abfindungsberechtigt, während sie nach § 125 Satz 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 UmwG eine Abfindung für die ihnen gewährten Anteile an der GmbH beanspru-

34 *Bungert/Strothotte*, DB 2022, 1818, 1822; ferner *Schollmeyer* (Fn. 15), unter II., auf den die Begründung des Regierungsentwurfs maßgeblich zurückgehen dürfte.

35 S. dazu neben den in Fn. 34 Genannten *Schöne*, Die Spaltung unter Beteiligung von GmbH, 1998, S. 266; *Sicking* in: Kallmeyer, 7. Aufl. 2020, § 125 Rn. 37: bei der Abspaltung Ausscheiden nur aus dem übernehmenden/neuen Rechtsträger, nicht aus dem übertragenden Rechtsträger.

36 S. auch *Schollmeyer* (Fn. 15), unter II. 2. mit dem Hinweis, dass das „sofern“ nach dem Wortlaut anderer Sprachfassungen („provided that“, „à condition que“) allerdings nicht eindeutig im Sinne eines „soweit“ zu verstehen ist, der Richtlinienwortlaut also auch insoweit unpräzise ist.

chen können. Beide Abfindungsansprüche folgen dabei ihren eigenen Regeln. Es besteht kein zwingendes Junktim in dem Sinne, dass beide Abfindungsangebote nur gemeinsam angenommen werden können. Die Gesellschafter sind vielmehr frei, das eine Abfindungsangebot anzunehmen, das andere hingegen abzulehnen.

IV. Abfindungsschuldner

1. Keine Vorgabe zum Abfindungsschuldner in der Richtlinie

Art. 160i Abs. 1 GesR-RL sieht lediglich vor, dass den dissentierenden Gesellschaftern ein (Teil-) Austrittsrecht gegen Barabfindung einzuräumen ist, äußert sich aber nicht dazu, von wem sie die Abfindung erhalten. In dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag hieß es dagegen noch, dass die Gesellschafter ihre Anteile entweder (a) an die übertragende Gesellschaft, (b) die verbleibenden Gesellschafter dieser Gesellschaft oder (c) an einen im Einvernehmen mit der übertragenden Gesellschaft bestimmten Dritten veräußern können³⁷. Mit dieser Regelung sollte offenbar den unterschiedlichen Traditionen der Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden³⁸.

Dass diese Regelung nicht in die Endfassung der Richtlinie übernommen und auch nicht durch eine andere Bestimmung zum Abfindungsschuldner ersetzt wurde, lässt nur den Schluss zu, dass die Mitgliedstaaten in dieser Frage nicht festgelegt sein sollen³⁹. Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass Art. 160i Abs. 4 GesR-RL davon spricht, dass es sich um eine „von der Gesellschaft, die die Spaltung vornimmt, angebotene Barabfindung“ handelt. Diese Formulierung ist offensichtlich allein dem Umstand geschuldet, dass der von der übertragenden Gesellschaft aufzustellende Spaltungsplan das Abfindungsangebot enthalten muss (Art. 160d lit. p GesR-

37 Art. 160l Abs. 2 GesR-RL-E-KOM; vgl. auch Art. 86j Abs. 2 und Art. 126a Abs. 2 GesR-RL-E-KOM (zu grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Verschmelzung).

38 J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 237.

39 So auch M. Noack, ZGR 2020, 94, 98 f. (zur grenzüberschreitenden Verschmelzung); Schollmeyer (Fn. 15), unter IV. 3.; Stelmaszczyk, Der Konzern 2021, 48, 51; implizit Bungert/Strothotte, DB 2022, 1818, 1822 (im Spaltungsplan regelbar); auch schon Bungert, FS Krieger, 2020, S. 109, 126 f.; a.A. – Abfindungsschuldner sei nach der Konzeption der Richtlinie stets die aus der grenzüberschreitenden Umwandlung hervorgehende (neue/übernehmende) Gesellschaft – J. Schmidt, (Fn. 30), unter III. 5. a) (ohne nähere Begründung).

RL). Eine Aussage des Inhalts, dass bei der Abspaltung zwingend der übertragende Rechtsträger die Abfindung tragen muss, ist damit nicht beabsichtigt⁴⁰.

2. Zuweisungsfreiheit im Spaltungsplan

Wendet man sich daher dem nationalen Recht zu, so erweckt der Regierungsentwurf des UmRUG auf den ersten Blick den Anschein, als müsse bei einer Herausspaltung aus Deutschland stets die neue/übernehmende ausländische Gesellschaft die Barabfindung zahlen (§ 327 i.V.m. § 313 Abs. 5 UmwG-RegE). Nach der Erläuterung von *Schollmeyer* soll der Entwurf in der Tat in diesem Sinne zu verstehen sein, da die neue/übernehmende Gesellschaft auch die Anteile (als eigene Anteile) erhalte, die sonst auf die abfindungsberechtigten Gesellschafter entfallen wären⁴¹.

Bei näherer Betrachtung stellen sich jedoch Zweifel ein, ob dies wirklich immer so sein muss. Abfindungspflicht und Zuteilung der Anteile hängen sachlich gewiss zusammen. Aber aus welchem sachlichen Grund sollten die an der grenzüberschreitenden Spaltung beteiligten Gesellschaften zwingend darauf festgelegt sein, die Abfindungspflicht und die damit korrespondierenden Anteile im Spaltungsplan stets der neuen/übernehmenden Gesellschaft zuzuweisen? Bei innerstaatlichen Spaltungen gibt es eine solche zwingende Festlegung nicht. Für die Abfindung nach §§ 29 Abs. 1, 125 Satz 1 UmwG hebt die Begründung des Regierungsentwurfs im Gegenteil ausdrücklich hervor, dass bei einer Abspaltung die Abfindungsverbindlichkeit im Spaltungsvertrag bzw. -plan frei einem der beteiligten Rechtsträger zugewiesen werden kann, also auch dem übertragenden Rechtsträger⁴². In der Begründung zu §§ 313, 327 UmwG-RegE wird diese

40 Dass Art. 160i Abs. 4 GesR-RL keine Regelung zum Abfindungsschuldner treffen will, zeigt sich auch daran, dass der ursprüngliche Kommissionsvorschlag (Fn. 14) ebenfalls von einer Abfindung sprach, die die sich spaltende Gesellschaft im Spaltungsplan „anbietet“ (Art. 160l Abs. 3 GesR-RL-E-KOM), und der Vorschlag zugleich vorsah, dass die Abfindungspflicht anstelle der übertragenden Gesellschaft auch anderen Personen zugewiesen werden kann (Art. 160l Abs. 2 GesR-RL-E-KOM).

41 *Schollmeyer* (Fn. 15), unter IV. 3.

42 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 83: „Gemäß § 29 Absatz 1 Satz 1 erster Halbsatz UmwG-RegE unterbreitet der übertragende Rechtsträger das Barabfindungsangebot. Das auf den Barabfindungsanspruch gerichtete Rechtsverhältnis entsteht daher bereits vor Registervollzug der Spaltung (...). Das

Aussage zwar nicht wiederholt, doch kann hierfür konsequenterweise nichts anderes gelten⁴³. Die tragende Erwägung, dass das auf den Abfindungsanspruch gerichtete Rechtsverhältnis bereits vor Vollzug der Spaltung entsteht und daher zum verteilungsfähigen Vermögen gehört, trifft im Rahmen der grenzüberschreitenden Spaltung ebenfalls zu – sogar erst recht, weil nicht nur das Abfindungsangebot, sondern im Unterschied zur innerstaatlichen Spaltung auch die Annahme des Angebots bereits vor Vollzug der Spaltung erklärt werden muss (s.o. II. 3.). Dass das Abfindungsangebot durch das Wirksamwerden der Spaltung aufschiebend bedingt ist (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 1 Satz 2 UmwG-RegE), ändert an dieser Beurteilung nichts, da der Rechtsgrund der Forderung ungeachtet dessen bereits gelegt ist. Auch in anderem Zusammenhang (§§ 128, 160 Abs. 1, 176 Abs. 1 HGB) ist anerkannt, dass eine vertragliche Verpflichtung bereits dann als entstandene (Alt-) Verbindlichkeit anzusehen ist, wenn der Vertrag noch unter einer aufschiebenden Bedingung steht⁴⁴.

Richtigerweise kann die Abfindungspflicht somit auch bei der grenzüberschreitenden Spaltung im Spaltungsplan dem bei der Abspaltung fortbestehenden übertragenden Rechtsträger zugewiesen werden⁴⁵ (zu den Konsequenzen für die Zuteilung der Anteile sogleich unter V.). Unabhängig davon, welcher Gesellschaft die Abfindungsverbindlichkeit im Spaltungsplan zugewiesen wird, bleibt es aber dabei, dass die übrigen beteiligten Rechtsträger, denen die Abfindungspflicht nicht zugewiesen wurde, nach den Grundsätzen der Spaltungshaftung ebenfalls gesamtschuldnerisch für die Zahlung der Abfindung haften (§ 320 Abs. 2 i.V.m. §§ 125

Rechtsverhältnis geht mit der Eintragung gemäß § 131 Absatz 1 Nummer 1 UmwG auf denjenigen Rechtsträger über, dem die künftige Barabfindungsverbindlichkeit im Spaltungs- und Übernahmevertrag zugewiesen wurde.“

43 Ebenso *Bungert/Strothotte*, DB 2022, 1818, 1822; noch offengelassen in *Verse* in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 33 Rn. 102 (Regelung sei unklar).

44 BGHZ 76, 217, 220 (zu § 176 Abs. 1 BGB); *Habersack* in: Habersack/Schäfer, Recht der OHG, 2. Aufl. 2019, § 128 HGB Rz. 63; *K. Schmidt/Drescher* in: MünchKomm. HGB, 5. Aufl. 2022, § 128 Rn. 51; *Wertenbruch* in: Westermann/Wertenbruch, Hdb. Personengesellschaften, 77. Lfg. 2020, Rn. I 930. Im Übrigen verhält es sich auch bei der innerstaatlichen Spaltung so, dass das Abfindungsangebot nach §§ 29, 125 Satz 1 UmwG im Ergebnis unter der gesetzlichen Bedingung des Wirksamwerdens der Spaltung steht; denn es kann nach §§ 31, 125 Satz 1 UmwG erst nach Wirksamwerden der Spaltung angenommen werden.

45 *Bungert/Strothotte*, DB 2022, 1818, 1822.

Abs. 1 Satz 3, 133 UmwG-RegE)⁴⁶. Dies muss nicht nur in dem in § 125 Abs. 1 Satz 3 UmwG-RegE angesprochenen Fall der Abspaltung, sondern auch bei der Aufspaltung gelten; § 125 Abs. 1 Satz 3 UmwG-RegE sollte daher im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch entsprechend angepasst werden. Die Spaltungshaftung wird künftig allerdings nach § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG-RegE auf den Wert begrenzt sein, den das dem jeweiligen Rechtsträger im Spaltungsplan zugeweilte Nettoaktivvermögen am Tag des Wirksamwerdens der Spaltung hatte⁴⁷.

Im Fall der Hereinspaltung ist es dagegen eine Frage des Rechts des Wegzugsstaats, wer die Abfindung schuldet und ob diese Verpflichtung im Spaltungsplan ggf. abweichend zugeordnet werden kann (Art. 160i Abs. 5 GesR-RL).

V. Erwerb der Anteile am neuen/übernehmenden Rechtsträger

1. Fragestellung

Nicht klar geregelt ist in der Richtlinie, was mit den Anteilen an der neuen oder übernehmenden Gesellschaft geschieht, die ohne die Ausübung des Austrittsrechts auf die ausscheidenden Gesellschafter entfallen wären. Gelangen diese Anteile überhaupt nicht zur Entstehung, oder entstehen sie mit Wirksamwerden der Spaltung als eigene Anteile der neuen/übernehmenden Gesellschaft? Oder stehen sie, wenn der Spaltungsplan bei einer Abspaltung die Abfindungspflicht dem übertragenden Rechtsträger zuweist, mit Wirksamwerden der Spaltung diesem zu, da er auch die Abfindung zu tragen hat?

Die Richtlinie ordnet in Art. 160r Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b GesR-RL lediglich an, dass mit Wirksamwerden der Spaltung die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (mit Ausnahme der Austretenden) Anteilsinhaber der neuen Gesellschaft werden. Von einer Entstehung eigener Anteile der neuen Gesellschaft ist dort keine Rede, ebenso wenig von einem Erwerb der Anteile durch einen etwaigen anderen Abfindungsschuldner.

46 *Bungert/Strothotte*, DB 2022, 1818, 1822; *Schollmeyer* (Fn. 15), unter IV. 3. a.E.; zur innerstaatlichen Spaltung Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 83. Zu der Streitfrage, ob die „gesamtschuldnerische“ Haftung nach § 133 UmwG nicht in Wahrheit eine akzessorische ist, s. *Wiersch/Breuer* in: BeckOGK UmwG, Stand 1.10.2020, § 133 Rn. 26 ff. mit zahlreichen Nachw. zum Meinungsstand.

47 In Umsetzung von Art. 160j Abs. 2 Satz 2 GesR-RL; näher dazu *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411, 1418.

Gleiches gilt für die Parallelvorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 131 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b GesR-RL) und zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Art. 86r lit. b GesR-RL), bei denen sich die Frage ebenfalls stellt.

Will man dieser Frage genauer nachgehen, empfiehlt es sich, danach zu unterscheiden, ob die Abfindungspflicht nach dem Spaltungsplan dem neuen/übernehmenden Rechtsträger oder dem übertragenden Rechtsträger zugewiesen ist.

2. Rechtslage bei Abfindungspflicht der neuen/übernehmenden Gesellschaft

Ist die Abfindungspflicht der neuen/übernehmenden Gesellschaft zugewiesen, besteht die zutreffende Lösung nach ersten Stellungnahmen des Schrifttums darin, dass mit Wirksamwerden der Spaltung die Anteile unmittelbar als eigene Anteile der neuen/übernehmenden Gesellschaft entstehen⁴⁸. Von dieser Vorstellung geht offenbar auch der Regierungsentwurf zum UmRUG aus. Er sieht vor, § 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AktG und § 33 Abs. 3 GmbHG so zu ergänzen, dass der Erwerb eigener Anteile auch dann möglich ist, wenn er zur Abfindung von Gesellschaftern nach §§ 313, 327, 340 UmwG-RegE erfolgt. Darin liegt insofern ein Novum, als § 71 AktG und § 33 GmbHG bisher ausschließlich den derivativen Erwerb eigener Anteile regelten⁴⁹, während in der hier interessierenden Konstellation ein originärer Erwerb eigener Anteile in Rede steht.

In der Entstehung eigener Anteile liegt zweifellos eine Lösung, welche die praktische Abwicklung erheblich vereinfacht. Der Grund hierfür besteht darin, dass bei der Beschlussfassung über den Spaltungsplan einerseits schon das Grund- bzw. Stammkapital der neuen Gesellschaft und die Zerlegung des Kapitals festgelegt sein muss, andererseits aber zu diesem Zeitpunkt häufig noch nicht feststehen wird, wie viele Gesellschafter von dem Austrittsrecht Gebrauch machen werden. Die Herstellung eines einfachen, glatten Umtauschverhältnisses wäre unter diesen Gegebenheiten unmöglich, wenn die auf die abzufindenden Gesellschafter entfallenden

48 J. Schmidt, NZG 2022, 579, 582; dies. (Fn. 30), unter III. 5. a); Schollmeyer (Fn. 15), unter IV. 1.

49 Ein originärer Erwerb eigener Anteile ist dagegen nach bisherigem Recht ausnahmslos unzulässig; zur AG s. nur Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 71 Rn. 1 unter Hinweis auf § 56 AktG; zur GmbH Verse (Fn. 43), § 33 Rn. 2.

Anteile überhaupt nicht zur Entstehung gelangen würden⁵⁰. Diese Konsequenz wird vermieden, wenn man die betreffenden Anteile dem neuen/übernehmenden Rechtsträger als eigene Anteile zuordnet⁵¹.

Allerdings ist zu bedenken, dass §§ 313, 327 UmwG-RegE den Fall der Herausspaltung auf eine neue/übernehmende Gesellschaft *ausländischen* Rechts regeln. Die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile ist in diesem Fall – entgegen dem durch § 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AktG-RegE und § 33 Abs. 3 GmbHG-RegE vermittelten Eindruck – nicht nach deutschem Recht, sondern nach dem jeweiligen ausländischen Gesellschaftsrecht zu beantworten. Nach Art. 160i Abs. 5 GesR-RL ist zwar für die Ausgestaltung des Austrittsrechts das Gesellschaftsstatut des übertragenden Rechtsträgers maßgebend. Von dieser Regelungszuständigkeit des Wegzugsstaats ist es aber nach hier vertretener Ansicht nicht mehr gedeckt, in einer dem Recht des Zuzugsstaats unterstehenden Gesellschaft den originären Erwerb eigener Anteile vorzusehen. Art. 160i Abs. 5 GesR-RL hat allein die Rechte der austretenden Gesellschafter im Blick, nicht die Frage der Entstehung eigener Anteile im Zuzugsstaat. Ob das somit anwendbare ausländische Recht den (originären) Erwerb eigener Anteile vorsieht, ist aber mangels klarer Richtlinienvorgaben nicht selbstverständlich⁵². Es wird deshalb vor Abfassung des Spaltungsplans sorgsam zu prüfen sein, ob auch das anwendbare ausländische Recht von der Entstehung eigener Anteile ausgeht.

50 Beispiel: Die A-AG will eine Geschäftssparte auf die neu gegründete B-SA abspalten. Das Grundkapital der B-SA soll wie dasjenige der A-AG in 100.000 Stückaktien mit einem anteiligen Betrag des Grundkapitals von € 1 zerlegt sein. Das Umtauschverhältnis soll 1:1 betragen. Wenn nun die Inhaber von 1.000 A-Aktien von ihrem Abfindungsrecht Gebrauch machen, ergeben sich keine Probleme, wenn man annimmt, dass die auf sie entfallenden B-Aktien als eigene Anteile der B-SA entstehen. Würde man hingegen annehmen, dass diese Anteile gar nicht zur Entstehung gelangen, müsste im Spaltungsplan vorgesehen werden, dass die nicht austretenden A-Aktionäre entsprechend mehr B-Aktien erhalten.

51 So andeutungsweise auch schon *J. Schmidt* (Fn. 39), unter III. 5. a): „Auf der Basis dieses Konzepts gibt es auch keine Probleme mit dem Grundkapital und dem Umtauschverhältnis.“

52 Nach *J. Schmidt* (Fn. 39), unter III. 5. a), soll sich zwar aus dem Gesamtkonzept der Richtlinie ergeben, dass eigene Anteile entstehen, soweit die aus der grenzüberschreitenden Umwandlung hervorgehende Gesellschaft zur Abfindung verpflichtet ist. Wirklich klar ist die Richtlinie in diesem Punkt jedoch nicht, da Art. 160r Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b GesR-RL diese Rechtsfolge der Spaltung nicht ausdrücklich vorsieht.

Nach deutschem Recht richtet sich die Entstehung eigener Anteile hingegen im Fall der Hereinspaltung. Dieser Fall ist zwar in § 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AktG-RegE und § 33 Abs. 3 GmbHG-RegE nicht eigens bedacht worden, da diese Vorschriften nur auf die Abfindungstatbestände für Herausumwandlungen (§§ 313, 327, 340 UmwG-RegE) Bezug nehmen, während sich die Abfindungstatbestände bei Hereinumwandlungen nach dem Recht des Mitgliedstaats des übertragenden Rechtsträgers bestimmen (Art. 86 Abs. 5, 126a Abs. 5, 160i Abs. 5 GesR-RL). Nach ihrem Sinn und Zweck müssen § 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AktG-RegE und § 33 Abs. 3 GmbHG-RegE hier aber (analog) anwendbar sein⁵³. In die Gesellschafterliste, die bei einer Hereinspaltung zur Neugründung einer GmbH mit Anmeldung der neuen Gesellschaft zum Handelsregister einzureichen ist (§§ 331 Abs. 1, 320 Abs. 2 UmwG-RegE i.V.m. §§ 135 Abs. 2, 137 UmwG, § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG), sind konsequenterweise gleich die eigenen Anteile aufzunehmen, nicht die Anteile der abfindungsberechtigten Gesellschafter, da diese nie Gesellschafter der neuen Gesellschaft werden⁵⁴.

3. Rechtslage bei Abfindungspflicht der übertragenden Gesellschaft

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wem die auf die abzufindenden Gesellschafter entfallenden Anteile mit Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Spaltung zuzuordnen sind, wenn der Spaltungsplan die Abfindungspflicht der *übertragenden* Gesellschaft zuweist. Für die Beantwortung dieser Frage ist nach dem Gesagten das Gesellschaftsstatut des neuen/übernehmenden Rechtsträgers maßgeblich, im Fall der Hereinspaltung mithin das deutsche Recht. Die Position des deutschen Rechts zu dieser Frage ist aber jedenfalls bisher unklar, da der Regierungsentwurf des UmRUG sie nicht adressiert. Auch im Schrifttum ist sie, soweit ersichtlich, bisher nicht behandelt worden.

Drei mögliche Lösungen kommen in Betracht: Erstens könnte man die Lösung darin sehen, dass die betreffenden Anteile wiederum zunächst als eigene Anteile der neuen/übernehmenden Gesellschaft entstehen. Dem übertragenden Rechtsträger müsste dann aber spätestens mit Zahlung der Abfindung ein Anspruch darauf zuerkannt werden, dass ihm die Anteile übertragen werden; denn es ist anzunehmen, dass nach dem Parteiwillen die Anteile letztlich demjenigen gehören sollen, der auch die Abfindung

⁵³ S. bereits *Verse* (Fn. 41), § 33 Rn. 102a.

⁵⁴ *Schollmeyer* (Fn. 15), unter IV. 2.

zu tragen hat. Die zweite mögliche Lösung besteht darin, dass die Anteile unmittelbar mit Wirksamwerden der Spaltung dem übertragenden Rechtsträger zufallen. Dies hätte den Vorteil, dass sich die zusätzliche Anteilsübertragung von der neuen/übernehmenden Gesellschaft auf den übertragenden Rechtsträger erübrigen würde. Allerdings könnte man einwenden, dass es aus systematischer Sicht ein Fremdkörper wäre, wenn nicht nur die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, sondern auch die Übertragerin selbst unmittelbar aus der Abspaltung Anteile an dem neuen/übernehmenden Rechtsträger erwerben würde (und damit letztlich eine Kombination aus Abspaltung und Ausgliederung entstünde). Hält man diesen Einwand für überwindbar, kommt schließlich als dritte mögliche Lösung auch in Betracht, es der Ausgestaltung des Spaltungsplans zu überlassen, ob der eine oder der andere Weg beschritten wird.

Es wäre der Rechtssicherheit förderlich, wenn das UmRUG oder zumindest seine Begründung im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch um eine Antwort auf diese Frage ergänzt würde. Nach hier vertretener Ansicht könnte diese Klarstellung trotz des genannten systematischen Einwands im Sinne der dritten Lösung ausfallen. Sie gibt den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften größtmögliche Flexibilität, ohne schutzwürdige Interessen der abzufindenden Gesellschafter oder Dritter zu beeinträchtigen.

VI. *Ausübung des Austrittsrechts*

Der Barabfindungsanspruch ist ein vertraglicher Anspruch⁵⁵, der die fristgerechte Annahme des Abfindungsangebots voraussetzt. Für die Herausspaltung ist das Verfahren des Vertragsschlusses in § 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 1-3 UmwG-RegE geregelt.

1. *Abfindungsangebot*

Das Abfindungsangebot ist – sofern es mangels dissentierender Gesellschafter nicht entbehrlich ist – in den Spaltungsplan aufzunehmen (§ 322 Abs. 2 i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 13, § 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 1 Satz 1 UmwG-RegE, Art. 160d lit. p GesR-RL). Nach dem Regierungsentwurf des UmRUG gibt nicht nur bei der Herausspaltung zur Neugründung, son-

55 Näher dazu M. Noack, ZGR 2020, 90, 99 f. (zur grenzüberschreitenden Verschmelzung).

dern auch bei der Herausspaltung zur Aufnahme stets die übertragende, nicht die übernehmende Gesellschaft das Angebot im Spaltungsplan ab (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 1 Satz 1 UmwG-RegE). Die Verpflichtung, den das Angebot annehmenden Gesellschaftern die Abfindung zu zahlen, kann aber wie dargelegt im Spaltungsplan wahlweise einem der beteiligten Rechtsträger zugewiesen werden, unbeschadet der Spaltungshaftung der übrigen Rechtsträger (s.o. IV. 2.).

2. Annahme des Angebots

a) Die Konzeption des Regierungsentwurfs: formfreie Absichtserklärung und ggf. formbedürftige Annahmeerklärung

Auffallend kompliziert geraten ist in der designierten deutschen Umsetzung das Verfahren der Annahme des Angebots. Mit Blick auf Art. 160i Abs. 2 GesR-RL bestimmt zunächst § 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 2 UmwG-RegE, dass die austrittsberechtigten Gesellschafter – also diejenigen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die gegen den Spaltungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben (s.o. II. 2.) – spätestens einen Monat nach Fassung des Spaltungsbeschlusses ihre Absicht zur Annahme des Abfindungsangebots erklären müssen, wenn sie sich ihr Austrittsrecht erhalten wollen (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 2 UmwG-RegE). Diese Absichtserklärung ist gegenüber der übertragenden Gesellschaft zu erklären⁵⁶. Sie hat den Zweck, die Gesellschaft binnen kurzer Frist über den Liquiditätsabfluss zu informieren⁵⁷, der je nach Ausgestaltung des Spaltungsplans ihr oder der neuen/übernehmenden Gesellschaft droht. Nach der Konzeption des Regierungsentwurfs ist diese Absichtserklärung strikt von der eigentlichen Annahmeerklärung zu unterscheiden. Für Letztere haben die Gesellschafter noch einen Monat länger Zeit; sie muss spätestens zwei Monate nach dem Spaltungsbeschluss vorliegen (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 3 Satz 1 UmwG-RegE)⁵⁸. Dabei sind die Gesellschafter durch die vor-

56 Mit der „Gesellschaft“ ist im Rahmen des § 313 Abs. 2 UmwG-RegE nach dem Sinnzusammenhang die übertragende Gesellschaft gemeint; vgl. auch Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 95.

57 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 95; vgl. auch Erwägungsgrund 19 Sätze 1-2 UmwRL.

58 Die Einleitung eines Spruchverfahrens verlängert die Frist nicht; s. schon oben II. 3. Die Zweimonatsfrist ist so gewählt, dass sie das Verfahren nicht erheblich verzögert. Die Vorabbescheinigung des Registergerichts kann nämlich nach

ausgehende Absichtserklärung nicht gebunden; sie können sich also trotz der Absichtserklärung noch gegen die Annahme des Angebots entscheiden⁵⁹. Wird die Annahme bereits innerhalb der für die Absichtserklärung geltenden Monatsfrist erklärt, ist die vorausgehende Absichtserklärung entbehrlich (§§ 327 Satz 1, 313 Abs. 3 Satz 3 UmwG-RegE).

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Absichts- und Annahmeerklärung soll nach dem Regierungsentwurf hinsichtlich der Form bestehen: Während die Absichtserklärung formfrei möglich ist, soll die Annahmeerklärung immer dann, wenn es sich bei der übertragenden Gesellschaft um eine deutsche GmbH handelt, der notariellen Beurkundung bedürfen (§§ 327 Satz 1, 313 Abs. 3 Satz 4 UmwG-RegE i.V.m. § 15 Abs. 4 GmbHG)⁶⁰.

Der Hintergrund dieser umständlichen Regelung ist folgender: Die Richtlinie verlangt einerseits, dass die austrittswilligen Gesellschafter spätestens einen Monat nach der Beschlussfassung ihre Entscheidung erklären müssen, das Austrittsrecht auszuüben, und dass diese Erklärung auf elektronischem Wege, also z.B. per E-Mail, möglich sein muss (Art. 160i Abs. 2 GesR-RL)⁶¹. Andererseits erklärt Erwägungsgrund 19 Satz 3 UmwRL, dass die Richtlinie nach nationalem Recht bestehende Formerfordernisse – wie § 15 Abs. 4 GmbHG – unberührt lässt. Der Regierungsentwurf geht nun ersichtlich von der Vorstellung aus, dass diese beiden Aussagen der Richtlinie (elektronische Erklärung der Entscheidung genügt, nationale Formerfordernisse für die Annahmeerklärung bleiben aber unberührt) nur miteinander vereinbar sind, wenn man zwischen der Erklärung der Entscheidung und der Annahmeerklärung unterscheidet⁶².

§§ 328 f. i.V.m. §§ 316 Abs. 2 Satz 1, 314 Abs. 3 UmwG-RegE ohnehin nicht vor Ablauf von drei Monaten nach der registergerichtlichen Bekanntmachung des Spaltungsplans erteilt werden, und die Einreichung des Plans zum Register muss ihrerseits spätestens einen Monat vor der Beschlussfassung erfolgen (§ 323 i.V.m. § 308 Abs. 1 Satz 1 UmwG-RegE); Begr. RegE UmRUG, S. 114; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 583 mit Fn. 50.

59 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 95.

60 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 96. In der AG, KGaA oder SE ist dagegen auch die Annahmeerklärung formfrei; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 583.

61 In Umsetzung von Art. 160i Abs. 2 Satz 3 GesR-RL schreibt § 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 1 Satz 3 UmwG-RegE daher u.a. die Angabe einer elektronischen Adresse im Spaltungsplan vor.

62 Ausführlich zu diesem Verständnis der Richtlinie *M. Noack*, ZGR 2020, 90, 106 ff.; ihm folgend *Stelmaszczyk*, Der Konzern 2021, 48, 52; im Ergebnis auch *J. Schmidt* (Fn. 39), unter III. 7. a).

b) Kritische Würdigung (insbesondere zur angeblichen Formbedürftigkeit)

Ob dieses Verständnis der Richtlinie wirklich zwingend ist, mag man mit einem Fragezeichen versehen. Denkbar wäre wohl auch die Lesart, dass die Richtlinie mit der spätestens nach einem Monat zu erklärenden „Entscheidung, das Recht auf Veräußerung ihrer Anteile auszuüben“ („decision to exercise the right to dispose of their shares“) schon die eigentliche Annahmeerklärung meint und die grundsätzlich bestehende Möglichkeit der elektronischen Übermittlung zurücktreten kann, sofern sie mit Formvorschriften, die das nationale Recht für den Anteilsverkauf vorsieht, inkompatibel ist. In der Tat wird die Richtlinie im Schrifttum teilweise so verstanden⁶³. Würde man dieser Lesart folgen, wäre die Zweimonatsfrist für die Annahmeerklärung nach § 313 Abs. 3 Satz 1 UmwG-RegE richtlinienwidrig⁶⁴.

Aber auch wenn man die Richtlinienkonformität unterstellt, ist die Regelung des Regierungsentwurfs in der Sache nicht überzeugend. Die umständliche Trennung von Absichts- und Annahmeerklärung sieht der Entwurf erkennbar nur deshalb vor, weil er davon ausgeht, dass die Annahmeerklärung im Fall der Herausspaltung einer übertragenden GmbH nach § 15 Abs. 4 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf (und diese jedenfalls gegenwärtig noch nicht zeitsparend im Wege der Online-Beurkundung erfolgen kann)⁶⁵. Diese Prämisse erweist sich aber bei näherer Betrachtung als nicht überzeugend.

Zwar entspricht es bei innerstaatlichen Verschmelzungen und Spaltungen überwiegender Ansicht, dass die Annahme des Abfindungsangebots nach §§ 29, 125 Satz 1 UmwG der Form des § 15 Abs. 4 GmbHG bedarf, sofern sie die Verpflichtung zur Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils begründet⁶⁶. Damit sind bei innerstaatlichen Umwandlungen freilich die

⁶³ *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411, 1415 f.

⁶⁴ So konsequent *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411, 1415 f.

⁶⁵ Für Anwendbarkeit des § 15 Abs. 4 GmbHG neben der Begründung des Regierungsentwurfs (Fn. 60) auch *Heckschen/Knaier*, GmbHHR 2022, 501 Rn. 26; *Luy*, NJW 2019, 1905, 1908; *Stelmaszczyk*, Der Konzern 2021, 48, 52.

⁶⁶ *Grunewald* in: Lutter, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 31 Rn. 3; *Kalss* in: Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 31 Rn. 5; *Rieder* in: BeckOGK UmwG, Stand 1.7.2022, § 31 Rn. 5; *Simon* in: Kölner Komm. UmwG, 2009, § 31 Rn. 3; *Wälzholz* in: Widmann/Mayer, UmwG, Stand 1.4.2019, § 31 Rn. 3; str., a.A. *Winter* in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 31 Rn. 4 (da die Annahmeerklärung angeblich nicht unmittelbar die Verpflichtung zur Übertragung des Anteils zum Gegenstand habe); *J. Schmidt* (Fn. 39), unter III. 7. b) aa) (1) (mit teleologischen Argumenten). Unstreitig ist dagegen, dass jedenfalls die

Geschäftsanteile der neuen/übernehmenden GmbH gemeint, da Gegenstand des Abfindungsangebots im Fall der §§ 29, 125 Satz 1 UmwG stets die Anteile des neuen/übernehmenden Rechtsträgers sind, welche die austrittswilligen Gesellschafter mit Wirksamwerden der Umwandlungsmaßnahme erhalten⁶⁷. Diese überwiegende Auffassung zu innerstaatlichen Umwandlungen lässt sich aber nicht auf die grenzüberschreitende Herausspaltung einer übertragenden GmbH übertragen⁶⁸. Gegenstand des Abfindungsangebots ist wie dargelegt gerade nicht der Geschäftsanteil an der (übertragenden) GmbH, sondern die Abfindung wird dafür geleistet, dass die betreffenden Gesellschafter anders als ihre Mitgesellschafter keine Anteile an der neuen/übernehmenden ausländischen Gesellschaft zugeteilt bekommen (s.o. III.). Durch die Annahme des Abfindungsangebots wird folglich weder unmittelbar noch mittelbar die Verpflichtung begründet, Geschäftsanteile an der GmbH zu übertragen. § 15 Abs. 4 GmbHG ist daher schon nach seinem Wortlaut eindeutig *nicht* auf die Annahme eines Abfindungsangebots der übertragenden GmbH im Rahmen einer Herausspaltung anwendbar.

Die Vorschrift könnte somit allenfalls aufgrund einer den Wortlaut übersteigenden teleologischen Extension zur Anwendung kommen. Für diese besteht aber keine hinreichende Rechtfertigung, da der Formzweck des § 15 Abs. 4 GmbHG in erster Linie in der Verhinderung eines leichten und spekulativen Handels in GmbH-Anteilen besteht⁶⁹ und dieser Zweck hier nicht betroffen ist. Soweit sich der Regierungsentwurf demgegenüber darauf beruft, dass weitere Formzwecke des § 15 Abs. 4 GmbHG, namentlich „die Beweiserleichterung und Richtigkeitsgewähr hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse sowie der Schutz der Anleger vor übereilten und unberatenen Entscheidungen“, die Anwendung der Vorschrift auf die Herausspaltung einer übertragenden GmbH rechtfertigen würden⁷⁰, vermag dies

anschließende Abtretung des Geschäftsanteils Zug-um-Zug gegen Zahlung der Barabfindung nach § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf; J. Schmidt a.a.O.

67 Unstreitig, s. nur Grunewald (Fn. 66), § 29 Rn. 3; Wälzholz (Fn. 66), § 31 Rn. 1.1.

68 Zutr. J. Schmidt (Fn. 39), unter III. 7. b) aa) (2).

69 Begr. zum GmbHG, Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII/1, 1890/92, Nr. 660 S. 3729; BGH NJW 1996, 3338, 3339; BGH NZG 2017, 476 Rn. 19; Verse in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 GmbHG Rn. 62 i.V.m. Rn. 38.

70 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 96; s. auch Schollmeyer (Fn. 15), IV. 1.: Die Anwendung des § 15 Abs. 4 GmbHG sei im Interesse des Anlegerschutzes geboten und rechtspolitisch vorzugswürdig gegenüber der Einführung ei-

nicht zu überzeugen. Der Schutz der Gesellschafter vor übereilten Entscheidungen ist nach den Materialien zum GmbHG⁷¹, ständiger Rechtsprechung des BGH und herrschender Lehre gerade kein Normzweck des § 15 Abs. 4 GmbHG⁷². Es bleibt also allenfalls der gegenüber der Verhinderung des spekulativen Anteilshandels nachrangige Aspekt der Beweiserleichterung und Richtigkeitsgewähr⁷³; dieser ist aber bei der Herausspaltung aus einer GmbH nicht stärker betroffen als bei einer Herausspaltung aus einer AG und daher für sich allein nicht geeignet, den Formzwang bei einer Herausspaltung einer GmbH über den Wortlaut des § 15 Abs. 4 GmbHG hinaus zu rechtfertigen.

Eine Anwendbarkeit des § 15 Abs. 4 GmbHG kommt bei der Herausspaltung ferner auch nicht in Bezug auf die Anteile an dem neuen/übernehmenden ausländischen Rechtsträger in Betracht, selbst wenn dieser mit einer deutschen GmbH vergleichbar sein sollte. Bei Verpflichtungsgeschäften, die auf die Übertragung der Anteile einer ausländischen „GmbH“ ge-

nes umfangreichen Anlegerschutzrechts, das bei Negierung des Formzwangs früher oder später als Alternative in Betracht gezogen würde.

- 71 S. nochmals Begr. zum GmbHG, Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, VIII/1, 1890/92, Nr. 660 S. 3729; dort werden allein die Erschwerung des Anteilshandels sowie – in Bezug auf den Übertragungsakt (also das Verfügungsgeschäft, § 15 Abs. 3 GmbHG) – die Beweisfunktion genannt.
- 72 Explizit BGH NJW 1996, 3338, 3339 („Die Formvorschriften des § 15 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 GmbHG dienen nicht dem Schutz des Verkäufers.“); BGH BB 1997, 1277, 1278 (Übereilungsschutz „allenfalls ein Reflex, der mit dem Beurkundungszwang verbunden ist“); BGHZ 141, 207, 211 (in Abgrenzung zu § 313 BGB a.F. = § 311b Abs. 1 BGB n.F.). Aus dem Schrifttum etwa *Armbrüster*, DNotZ 1997, 762, 770 ff.; *Görner* in: Rowedder/Pentz, 7. Aufl. 2022, § 15 Rn. 2; *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 353 f.; *Löbbe* in: Habersack/Casper/Löbbe, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 43; *Loritz*, DNotZ 2000, 90, 94 f.; *Seibt* in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 15 Rn. 7; *Verse* (Fn. 62), § 15 Rn. 62; *ders.*, CFL 2012, 209, 210; *Weller/Reichert* in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 80; a.A. von notarieller Seite *Kanzleiter*, ZIP 2001, 2015, 2108; *Walz/Fembacher*, NZG 2003, 1134, 1135; *Wicke*, ZIP 2006, 977, 979 f.; ferner *Zöllner*, VGR 11 (2006), 175 ff.
- 73 Ob die Beweiserleichterung überhaupt als Normzweck des § 15 Abs. 4 GmbHG anzuerkennen ist, ist (anders als im Rahmen des § 15 Abs. 3 GmbHG) umstritten; bejahend BGH NJW-RR 2008, 773 Rn. 14; BGH NZG 2017, 476 Rn. 19; *Weller/Reichert* (Fn. 72), § 15 Rn. 80; verneinend *Armbrüster*, DNotZ 1997, 762, 773 f.; *Lieder/Villegas*, GmbHR 2018, 169, 171; *Löbbe* in: Habersack/Casper/Löbbe, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 43; *Verse* (Fn. 62), § 15 Rn. 62; *ders.*, CFL 2012, 209, 210; s. auch oben Fn. 71 zu den Materialien des GmbHG 1892. Jedenfalls erkennt auch die Rechtsprechung an, dass die Erschwerung des Anteilshandels den vorrangigen Zweck bildet; BGH NJW-RR 2008, 773 Rn. 14.

richtet sind, ist zwar nach überwiegender Ansicht die Form des § 15 Abs. 4 GmbHG einzuhalten, sofern Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO auf das deutsche Recht verweist, d.h. der Vertrag deutschem Recht untersteht und in Deutschland abgeschlossen wird⁷⁴. Auch an dieser Stelle ist aber wieder zu bedenken, dass im vorliegenden Kontext gar keine Verpflichtung der abzufindenden Gesellschafter zur Übertragung der Anteile an der neuen/übernehmenden Gesellschaft begründet wird, da sie diese nie erwerben, sondern nur dafür abgefunden werden, dass sie die Anteile nicht übernehmen. Eine Verpflichtung zur Anteilsabtretung i.S. des § 15 Abs. 4 GmbHG liegt somit auch hier nicht vor, und auch nach Sinn und Zweck der Norm besteht kein Anlass, sie auf diesen Fall auszudehnen.

Nach alledem läge eine im Vergleich zum Regierungsentwurf wesentlich einfachere und stringendere Lösung darin, auf die Doppelung von Absichts- und Annahmeerklärung zu verzichten und lediglich vorzuschreiben, dass die (formfreie) Annahmeerklärung innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung erklärt werden muss⁷⁵. Durch diese Lösung würden zugleich die im Schrifttum erhobenen Bedenken hinsichtlich der Richtlinienkonformität obsolet. Ob eine entsprechende Korrektur im Gesetzgebungsverfahren noch vorgenommen wird, bleibt abzuwarten.

c) Adressat der Annahmeerklärung

Nur am Rande notiert sei, wem gegenüber die Annahme zu erklären ist. Bei innerstaatlichen Spaltungen können die austrittswilligen Gesellschafter das Abfindungsangebot nach §§ 29, 125 Satz 1 UmwG wahlweise gegenüber dem übertragenden oder gegenüber dem oder den übernehmenden/neuen Rechtsträger(n) annehmen. Die Begründung des Regierungsentwurfs hebt dieses Wahlrecht ausdrücklich hervor und leitet es aus der gesamtschuldnerischen Spaltungshaftung ab (§§ 125 Abs. 1 Satz 3, 133 UmwG-RegE)⁷⁶. Auf die grenzüberschreitende Spaltung lässt sich diese Argumentation jedoch nicht übertragen. Anders als bei innerstaatlichen Umwandlungen muss das Abfindungsangebot des übertragenden Rechtsträgers im Fall der grenzüberschreitenden Spaltung schon vor Wirksamwer-

74 Str., näher dazu *Weller/Reichert* (Fn. 72), § 15 Rn. 178 f.; s. auch *Verse* (Fn. 62), § 15 GmbHG Rn. 67 m.w.N.

75 Für Monatsfrist und Verzicht auf die vorausgehende Absichtserklärung auch Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2022, 849 Rn. 26 a.E.; *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411, 1416.

76 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 83.

den der Spaltung angenommen werden (s.o. II. 3.). Zu diesem Zeitpunkt greift die Spaltungshaftung nach § 320 Abs. 2 i.V.m. § 133 i.V.m. UmwG-RegE noch nicht ein. Daher wird man annehmen müssen, dass das vom übertragenden Rechtsträger unterbreitete Abfindungsangebot vorbehaltlich einer abweichenden Regelung im Spaltungsplan nur ihm gegenüber angenommen werden kann (so wie auch die Absichtserklärung ihm gegenüber zu erklären ist⁷⁷).

VII. Sicherung des Abfindungsanspruchs

1. Die Regelung des Regierungsentwurfs

Da die abzufindenden Gesellschafter von vornherein nicht Gesellschafter der neuen/übernehmenden Gesellschaft werden, treten sie mit Wirksamwerden der Spaltung in Vorleistung: Ihre Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger ist infolge der Vermögensübertragung weniger wert als zuvor (bei einer Abspaltung) oder sogar ganz erloschen (bei einer Aufspaltung), ohne dass sie dafür im Zeitpunkt des Wirksamwerdens bereits die Barabfindung erhalten haben. Der Abfindungsanspruch wird zwar bei der Herausspaltung schon zwei Wochen nach Wirksamwerden der Spaltung fällig (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 5 UmwG-RegE)⁷⁸, aber an dem Charakter als Vorleistung ändert dies nichts.

Um die abzufindenden Gesellschafter vor diesem Vorleistungsrisiko zu schützen, gewährt der Regierungsentwurf ihnen einen – durch die Richtlinie nicht verlangten, aber auch nicht ausgeschlossenen – Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 327 Satz 1 i.V.m. §§ 313 Abs. 5 Satz 2, 314 UmwG-RegE)⁷⁹. Art und Weise der Sicherheit bestimmen sich dabei nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 232 ff. BGB)⁸⁰. Die Gesellschaft kann die Sicherheit schon im Spaltungsplan anbieten, um der Geltendmachung entsprechender Ansprüche zuvorzukommen⁸¹. Hervorzuheben ist, dass die Höhe der Sicherheit allein nach der im Spaltungsplan angebotenen (und von

77 S.o. VI. 2. a) mit Fn. 56.

78 Überschießende Umsetzung von Art. 160i Abs. 3 GesR-RL, der Fälligkeit spätestens nach zwei Monaten vorschreibt.

79 Auf die Voraussetzungen des § 314 Abs. 1 UmwG-RegE und ihre Glaubhaftmachung (Abs. 2) kommt es dabei nicht an; s. auch *Schollmeyer* (Fn. 15), unter IV. 3. (Rechtsfolgenverweisung).

80 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 97.

81 *J. Schmidt* (Fn. 39), unter III. 6. b).

dem gerichtlich bestellten Spaltungsprüfer geprüften, s.u. VIII. 1.) Abfindung zu bemessen ist, nicht nach dem u.U. höheren tatsächlich angemessenen Abfindungsbetrag, der im Streitfall erst noch im Spruchverfahren zu ermitteln ist. Die Begründung des Regierungsentwurfs stellt dies eigens klar, um sicherzustellen, dass das Eintragungsverfahren nicht durch einen Streit über die zutreffende Höhe der Abfindung verzögert werden kann⁸². Diese Beschränkung der Sicherheit auf den angebotenen Abfindungsbetrag ist unbedenklich, wie ein Blick auf die Rechtslage beim aktienrechtlichen Squeeze-out zeigt. Auch für die dort verlangte Gewährleistungserklärung eines Kreditinstituts (§ 327b Abs. 3 AktG) hat der BGH anerkannt, dass eine Sicherheit in Höhe des angebotenen und von dem gerichtlich bestellten Prüfer geprüften Abfindungsbetrags genügt⁸³, was das BVerfG als verfassungskonform bestätigt hat⁸⁴. Im vorliegenden Kontext muss dies erst recht gelten, da die abzufindenden Gesellschafter zusätzlich auch noch durch die Spaltungshaftung nach §§ 320 Abs. 2, 125 Abs. 1 Satz 3, 133 UmwG-RegE geschützt sind (s.o. IV. 2.).

Nicht klar geregelt ist im Regierungsentwurf, innerhalb welcher Frist die abzufindenden Gesellschafter ihren Anspruch auf Sicherheitsleistung gerichtlich geltend machen können, wenn sie der Ansicht sind, dass ihnen keine zureichende Sicherheit gewährt wurde. Für den Anspruch auf Sicherheitsleistung der Gläubiger sieht § 327 Satz 1 i.V.m. § 314 Abs. 3 UmwG-RegE vor, dass der Anspruch erlischt, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten ab Bekanntmachung des Spaltungsplans gerichtlich geltend gemacht wurde. Im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 314 UmwG-RegE auf die abzufindenden Gesellschafter kann diese Ausschlussfrist aber nicht ohne Modifikation zur Anwendung kommen, da sie bereits abgelaufen sein kann, bevor die abzufindenden Gesellschafter das Abfindungsangebot annehmen. Im Schrifttum ist daher vorgeschlagen worden, die Dreimonatsfrist in Bezug auf die abzufindenden Gesellschafter erst mit der Anteilseignerversammlung beginnen zu lassen, in der der Spaltungsbeschluss gefasst wird⁸⁵.

Wichtiger als die genaue Fristbemessung ist allerdings, dass der Regierungsentwurf eine Registersperre anordnet, wenn ein abzufindender Ge-

82 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 96.

83 BGH NZG 2006, 117 Rn. 5; BGHZ 180, 154 = NZG 2009, 585 Rn. 28; BGHZ 214, 1 = NZG 2017, 341 Rn. 18; ebenso die ganz h.L., *Fleischer* in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2014, § 327b Rn. 50; *Singhof* in: BeckOGK AktG, Stand 1.7.2022, § 327b Rn. 17 m.w.N.

84 BVerfG NZG 2007, 587 Rn. 27.

85 *Schollmeyer* (Fn. 15), unter IV. 3.

sellschafter innerhalb der Frist seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung gerichtlich geltend macht, sei es auch nur deshalb, weil er eine bereits gestellte Sicherheit zu Unrecht für unzureichend hält. Wird eine solche Klage fristgerecht erhoben, können die Mitglieder des Vertretungsorgans der übertragenden Gesellschaft gegenüber dem Registergericht nicht die geforderte Negativerklärung nach § 329 Satz 1 i.V.m. § 315 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 UmwG-RegE abgeben. Die Eintragung muss infolgedessen unterbleiben, solange über die Klage nicht rechtskräftig entschieden und ggf. die in der Entscheidung festgelegte Sicherheit geleistet ist (§ 329 Satz 1 i.V.m. 316 Abs. 2 UmwG-RegE). Wenig überraschend hat diese Regelung im Schrifttum sogleich die Befürchtung ausgelöst, dass dadurch ein neues Betätigungsfeld für „räuberische“ Aktionäre zu entstehen droht, die Klagen auf Sicherheitsleistung dazu nutzen könnten, die Spaltung zu verzögern und sich den Lästigkeitswert der Klage abkaufen zu lassen⁸⁶.

2. Alternativvorschlag: Gewährleistungserklärung nach dem Vorbild des § 327b Abs. 3 AktG

Will man diesen nicht von der Hand zu weisenden Bedenken im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch Rechnung tragen, muss man nicht unbedingt so weit gehen, den abzufindenden Gesellschaftern eine Sicherheit ganz zu verwehren⁸⁷. Eine angemessene und vergleichsweise einfache Lösung könnte vielmehr darin bestehen, anstelle des Anspruchs auf Sicherheitsleistung nach §§ 327 Satz 1, 313 Abs. 5 Satz 2, 314 UmwG-RegE anzuordnen, dass die übertragende Gesellschaft nach dem Vorbild des § 327b Abs. 3 AktG die Gewährleistungserklärung eines Kreditinstituts über die angebotene Abfindung beizubringen hat. Das Vorliegen dieser Erklärung wäre dann entsprechend der Rechtslage beim Squeeze-out im Spaltungsbericht (§ 324 UmwG-RegE) darzulegen und vom Registergericht zu prüfen⁸⁸. Auf diese Weise wäre das Sicherungsinteresse der abzufindenden Gesellschafter hinreichend gewahrt und zugleich das beschriebene Blockaderisiko von ihrer Seite gebannt⁸⁹. Zudem würde sich mit dieser Lösung die

⁸⁶ *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411, 1416 (zum Referentenentwurf).

⁸⁷ So die Forderung von *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411, 1416.

⁸⁸ Zu der Rechtslage beim Squeeze-out statt vieler *Austmann* in Münch. Hdb. GesR, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 75 Rn. 44 (Darlegung im Bericht), Rn. 83 (Prüfung durch das Registergericht).

⁸⁹ Allerdings stellt sich das Problem der Blockademöglichkeit nach dem Regierungsentwurf nicht nur bei Klagen der abzufindenden Gesellschafter, sondern

oben erwähnte Zweifelsfrage erledigen, wie die Dreimonatsfrist für Klagen der abzufindenden Gesellschafter auf Sicherheitsleistung zu berechnen ist.

VIII. Abfindungsbemessung und Rechtsschutz bei unangemessenem Angebot

1. Bewertungskriterien und Prüfung

Hinsichtlich der Höhe der Abfindung bei der Herausspaltung⁹⁰ begnügen sich §§ 327 Satz 1, 313 Abs. 1 Satz 4 UmwG-RegE mit der Verweisung auf § 30 Abs. 1 UmwG, der auch für innerstaatliche Verschmelzungen und Spaltungen gilt. Diese Vorschrift sieht lediglich vor, dass die Barabfindung die Verhältnisse des übertragenden Rechtsträgers im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Umwandlungsmaßnahme berücksichtigen muss. Weitere Bewertungskriterien werden nicht genannt.

Einzelne, wenngleich nur grob umrissene Bewertungsvorgaben ergeben sich aber aus der Richtlinie. Nach Art. 160f GesR-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass ein unabhängiger Sachverständiger den Spaltungsplan prüft und einen Prüfungsbericht für die Gesellschafter erstellt, in dem er insbesondere zur Angemessenheit der Barabfindung und des Umtauschverhältnisses Stellung nimmt (umgesetzt in § 325 i.V.m. §§ 9-12 UmwG-RegE). In diesem Zusammenhang bestimmt Art. 160f Abs. 2 Satz 2 GesR-RL, dass der Prüfer bei der Bewertung der Barabfindung „den etwaigen Marktpreis, den die Anteile an der Gesellschaft, die die Spaltung vornimmt, vor Ankündigung der geplanten Spaltung hatten, oder den nach allgemein anerkannten Bewertungsmethoden bestimmten Wert der Gesellschaft ohne die Auswirkungen der geplanten Spaltung“ zu berücksichtigen hat.

Der Regierungsentwurf hat davon abgesehen, diese Richtlinienvorgabe explizit umzusetzen, da die gegenwärtige Rechtslage ihr nach zutreffen-

(wie schon nach dem bisherigen § 122k Abs. 1 Satz 3 UmwG) auch dann, wenn Gläubiger der übertragenden Gesellschaft nach §§ 328, 314 UmwG-RegE auf Sicherheitsleistung klagen; kritisch dazu *Bungert/Strothotte*, BB 2022, 1411, 1417. Diese Frage liegt außerhalb des Gegenstands dieses Beitrags und kann hier nicht behandelt werden; hingewiesen sei aber auf den Vorschlag von *Heck-schen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 508, das Problem durch Eröffnung eines Freigabeverfahrens entsprechend § 16 Abs. 3 UmwG zu lösen.

90 Die Höhe der Abfindung bei der Hereinspaltung bemisst sich nach dem Recht des jeweiligen Wegzugsstaats (Art. 160i Abs. 5 GesR-RL).

dem Verständnis ohnehin bereits entspreche⁹¹. In der Tat lassen sich die Bewertungsmethoden, die im Rahmen des § 30 UmwG üblicherweise herangezogen werden (Ertragswert nach IDW S1 als anerkannte Methode zur Ermittlung des Unternehmenswerts, bei börsennotierten Gesellschaften ggf. Berücksichtigung des Börsenkurses nach der DAT/Altana-Rechtsprechung⁹²) zwanglos unter Art. 160f Abs. 2 Satz 2 GesR-RL subsumieren und auch unter Geltung der Richtlinie unverändert anwenden. Was den Börsenkurs betrifft, ist bei der Spaltung freilich zu beachten, dass – sofern nicht das gesamte Vermögen, sondern nur ein Teil des Vermögens der Übertragerin auf eine ausländische Gesellschaft übertragen wird – nur dieser Vermögensteil zu bewerten ist. Auf den Börsenkurs kann hier also nur zurückgegriffen werden, wenn gerade für den abgespaltenen Vermögensteil ein aussagekräftiger Börsenkurs vorliegt (wie z.B. bei der Abspaltung eines Pakets börsennotierter Wertpapiere).

Mit den vorstehenden Grundsätzen der Abfindungsbemessung nicht notwendig deckungsgleich sind im Übrigen die Bewertungsgrundsätze, die für die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses (§§ 14 Abs. 2, 15, 125 Abs. 1, 320 Abs. 2 UmwG-RegE) gelten. Bei einer grenzüberschreitenden Spaltung zur Aufnahme kann es wie bei einer Verschmelzung erforderlich sein, das Umtauschverhältnis auf Grundlage einer vergleichenden Unternehmensbewertung der beteiligten Gesellschaften zu ermitteln. Da die in den Mitgliedstaaten anerkannten Bewertungsmethoden divergieren und die Richtlinie für die Festlegung des Umtauschverhältnisses nach wie vor keine Bewertungsregeln enthält⁹³, bleibt den Vertretungsorganen der Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten nichts anderes übrig, als sich hinsichtlich des Umtauschverhältnisses auf eine einheitliche, international vermittelbare Bewertungsmethode zu verständigen, auch wenn diese von der jeweiligen nationalen Bewertungstradition abweicht⁹⁴. Während also hinsichtlich der Abfindung die im Wegzugsstaat anerkannten Bewer-

91 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 70.

92 Dazu statt vieler *Lanfermann* in: Kallmeyer, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 30 Rn. 5 f.; *Rieder* (Fn. 66), § 30 Rn. 5, 9.

93 Kritisch dazu *M. Noack*, ZGR 2020, 90, 103.

94 Näher (jeweils zur grenzüberschreitenden Verschmelzung) *Kiem*, ZGR 2007, 542, 559 ff.; *ders.* in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht mit grenzüberschreitender Verschmelzung, 3. Aufl. 2022, § 122c Rn. 24; *Klett* in: BeckOGK UmwG, Stand 1.7.2022, § 122c Rn. 28; *Mayer* in: Widmann/Mayer, UmwG, 200. Lfg. 2019, § 122c Rn. 86; abw. *Adolff*, ZHR 173 (2009), 67, 96 ff.: Maßgeblichkeit der im Zuzugsstaat anerkannten Methode.

tungsmethoden zur Anwendung kommen, muss dies für das Umtauschverhältnis keineswegs ebenso sein.

2. Rechtsschutz bei unangemessenem Abfindungsangebot und bewertungsbezogenen Informationsmängeln

a) Zu niedriges Angebot

Halten die abfindungsberechtigten Gesellschafter das Abfindungsangebot für unangemessen niedrig, können sie darauf nach den Vorgaben der Richtlinie keine Anfechtungsklage gegen den Spaltungsbeschluss stützen (Art. 160h Abs. 5 lit. b GesR-RL)⁹⁵. Stattdessen verweist Art. 160i Abs. 4 GesR-RL die Gesellschafter nach deutschem und österreichischem⁹⁶ Vorbild darauf, die Angemessenheit in einem Spruchverfahren zu überprüfen. Für die Herausspaltung aus einer deutschen Gesellschaft sind der Anfechtungsausschluss und die Zuweisung ins Spruchverfahren in §§ 327 Satz 1, 313 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. §§ 32, 34 UmwG-RegE geregelt. Der Anfechtungsausschluss gilt nach § 32 UmwG-RegE nicht nur für ein zu niedriges Angebot, sondern auch, wenn ein Angebot im Spaltungsplan ganz fehlt⁹⁷. Da das Spruchverfahren nunmehr unionsweit vorgeschrieben ist, ist es nicht mehr wie nach der bisherigen Regelung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung (§ 122i Abs. 2 UmwG, Art. 127 Abs. 3 GesR-RL a.F.) davon abhängig, dass die anderen beteiligten Rechtsordnungen ebenfalls ein Spruchverfahren kennen oder die Anteilsinhaber der anderen beteiligten Gesellschaften zustimmen.

Die Antragsfrist für das Spruchverfahren beträgt in Ausfüllung des von der Richtlinie belassenen Spielraums (Art. 160i Abs. 4 Unterabs. 1 Satz 2 GesR-RL) drei Monate ab Wirksamwerden der Spaltung (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SpruchG-RegE). Antragsgegner sind bei einer Aufspaltung die übernehmenden oder neuen Rechtsträger (§ 5 Satz 1 Nr. 4 SpruchG-RegE). Für die Abspaltung bestimmt der neue § 5 Satz 2 SpruchG-RegE, dass der Antrag „wahlweise“ auch gegen den übertragenden Rechtsträger gerichtet werden kann. Der Regierungsentwurf zieht damit die prozessuale Konse-

⁹⁵ Eingehend zum Anfechtungsausschluss *M. Noack*, AG 2019, 665.

⁹⁶ Vgl. § 234b Abs. 5 österr. AktG.

⁹⁷ Zur Vereinbarkeit mit der Richtlinie trotz der insoweit unpräzisen Formulierung des Art. 160h Abs. 5 lit. b GesR-RL *M. Noack*, AG 2019, 665, 668 (zur Parallelfraße bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung).

quenz daraus, dass der Barabfindungsanspruch bei der Abspaltung aufgrund der Spaltungshaftung nach §§ 125 Abs. 1 Satz 3, 133 UmwG-RegE (bei der grenzüberschreitenden Spaltung i.V.m. § 320 Abs. 2 UmwG-RegE) sowohl gegen den übertragenden als auch gegen den neuen/übernehmenden Rechtsträger geltend gemacht werden kann, unabhängig davon, welchem Rechtsträger die Abfindungsverbindlichkeit im Spaltungsvertrag bzw. -plan zugeordnet wurde⁹⁸. Trotz der missverständlichen Formulierung „wahlweise“ spricht nichts dagegen, den Antrag nicht nur gegen einen, sondern gegen alle Gesamtschuldner zu richten⁹⁹. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die rechtskräftige Entscheidung gegen alle Antragsgegner wirkt¹⁰⁰.

Die gerichtliche Zuständigkeit liegt nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SpruchG-RegE bei dem Landgericht, in dessen Bezirk der übertragende Rechtsträger seinen Sitz hat oder (bei der Aufspaltung) hatte. Die Anteilsinhaber der übertragenden deutschen Gesellschaft können somit ungeachtet der Tatsache, dass einzelne oder mehrere der Antragsgegner in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, ihr Begehren im Inland verfolgen. Die durch § 2 Abs. 1 SpruchG-RegE begründete internationale Zuständigkeit entspricht der Vorgabe der Richtlinie, die für die Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Austrittsrecht ausschließlich die Gerichte des Wegzugsstaats für zuständig erklärt (Art. 160i Abs. 5 GesR-RL). In dem (seltenen) Fall, dass die Antragsgegner den im Spruchverfahren festgestellten Betrag nicht freiwillig leisten, ist auch für eine nachfolgende Zahlungsklage nach § 16 SpruchG dasselbe Gericht zuständig. Auch diese internationale Zuständigkeit ist durch Art. 160i Abs. 5 GesR-RL gedeckt¹⁰¹.

Bei einer Hereinspaltung verhält es sich spiegelbildlich so, dass der in Deutschland ansässige neue/übernehmende Rechtsträger mit einem Spruchverfahren vor den Gerichten des Wegzugsstaats überzogen werden

98 Begr. RegE UmwG, BT-Drucks. 20/3822, S. 126 i.V.m. S. 83; s.o. IV. 2.

99 Für die Aufspaltung wird im Schrifttum zu § 5 Nr. 4 UmwG in seiner geltenden Fassung sogar angenommen, dass der Antrag zwingend gegen alle neuen/übernehmenden Rechtsträger gerichtet werden muss; so unter Hinweis auf den Wortlaut der Vorschrift *Antczak/Fritzsche* in: Dreier/Fritzsche/Verfürth, SpruchG, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 6; *Klöcker/Wittgens* in: K. Schmidt/Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2020, § 5 Rn. 6; ferner *Mennicke* in: Lutter, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 5 SpruchG Rn. 4; *Wasmann* in: Kölner Komm. AktG, 4. Aufl. 2022, § 5 SpruchG Rn. 4; *Wittgens*, Das Spruchverfahrensgesetz, 2005, S. 95.

100 Nach *Antczak/Fritzsche* (Fn. 99), § 5 Rn. 6, soll sich die Bindung eines an der Spaltung beteiligten Rechtsträgers, der nicht Antragsgegner ist, allerdings ohnehin schon aus § 13 Satz 2 SpruchG ergeben.

101 So tendenziell auch *Schollmeyer* (Fn. 15), unter V. („Vieles spricht dafür“).

kann, das sich dann nach den dortigen Bewertungsregeln richtet (Art. 160 i Abs. 4-5 GesR-RL).

b) Zu hohes Angebot

Nicht ausgeschlossen ist die Anfechtung dagegen, wenn Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft rügen, dass der Spaltungsplan eine unangemessen hohe Abfindung für die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers vorsieht. Der Anfechtungsausschluss nach §§ 327 Satz 1, 313 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 32 UmwG-RegE erfasst unmissverständlich nur Klagen gegen den Spaltungsbeschluss des übertragenden Rechtsträgers bei einer Herausspaltung. Für den Spaltungsbeschluss einer übernehmenden Gesellschaft bei einer Hereinspaltung gilt er ebenso wenig wie bei innerstaatlichen Verschmelzungen und Spaltungen. So wie für diese anerkannt ist, dass eine Anfechtung im übernehmenden Rechtsträger möglich bleibt, wenn die Abfindung zu hoch ist¹⁰², muss Gleiches also auch bei einer Hereinspaltung gelten. Mit der Richtlinie ist dieses Ergebnis schon deshalb vereinbar, weil sie die Spaltung zur Aufnahme nicht erfasst (s.o. II. 1.).

Aber auch dann, wenn nicht austrittswillige Gesellschafter der *übertragenden* Gesellschaft das Angebot für zu hoch halten, ist der Anfechtungsausschluss nach §§ 327 Satz 1, 313 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 32 UmwG-RegE richtigerweise nicht anwendbar. In §§ 32 und 34 UmwG-RegE wird zwar die bisher verwendete Formulierung („zu niedrig bemessen“), die das zu hohe Angebot eindeutig ausschließt¹⁰³, durch die in der Richtlinie verwendete Formulierung („nicht angemessen“) ersetzt. Eine inhaltliche Änderung strebt der Regierungsentwurf damit aber erklärtermaßen nicht an¹⁰⁴.

102 Ganz h.M., etwa *Grunewald* (Fn. 66), § 32 Rn. 2, 4; *Rieder* (Fn. 66), § 32 Rn. 10; *Wälzholz* (Fn. 66), § 32 Rn. 6, 14; a.A. *Stockburger* in: Maulbetsch/Klumpp/Rose, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 32 Rn. 14: Die Anteilsinhaber könnten analog § 34 UmwG einen Antrag auf Überprüfung der Abfindung stellen.

103 Zu den Parallelvorschriften für den Formwechsel (§§ 210, 212 UmwG) hat der BGH (BGHZ 146, 179, 189 = NJW 2001, 1425; BGH NJW 2001, 1428, 1430) zwar offengelassen, ob analog § 212 UmwG ein Spruchverfahren auch bei zu hohem Angebot möglich ist. Für eine solche Analogie besteht jedoch nach geltendem Recht nach überwiegender und zutreffender Ansicht kein Raum; s. dazu insbes. *Hoffmann-Becking* in: Henze/Hoffmann-Becking, RWS-Forum 20, Gesellschaftsrecht 2001, 2001, S. 55, 68 ff.; ferner *Kalss* in Semler/Stengel/Leonard, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 207 Rn. 10 m.w.N.

104 Begr. RegE UmRUG, BT-Drucks. 20/3822, S. 71 (Begr. zu § 32 und zu § 14 Abs. 2 a.E.), S. 72 (Begr. zu § 34).

Sie wird auch von der Richtlinie nicht verlangt. Da Art. 160h Abs. 5 lit. b GesR-RL allgemein von einer „nicht angemessenen“ Abfindung spricht, könnte man zwar auf den ersten Blick meinen, dass die Richtlinie auch bei einem zu hohen Abfindungsangebot die Anfechtung ausschließen will. Indes zeigt der Regelungszusammenhang mit Art. 160i Abs. 4 GesR-RL, dass dies nicht gemeint sein kann; denn das in dieser Bestimmung vorgesehene Spruchverfahren ist allein darauf gerichtet, ein zu niedriges Abfindungsangebot zu korrigieren und eine „zusätzliche Barabfindung“ durchzusetzen. Für Gesellschafter, die das Abfindungsangebot als zu hoch ansehen, schafft das Spruchverfahren nach Art. 160i Abs. 4 GesR-RL also keine Abhilfe. Dann kann aber auch der mit dem Spruchverfahren korrespondierende Anfechtungsausschluss nach Art. 160h Abs. 5 lit. b GesR-RL in diesem Fall keine Anwendung finden¹⁰⁵.

c) Bewertungsbezogene Informationsmängel

Die Richtlinie erstreckt den Anfechtungsausschluss ausdrücklich auch auf Fälle, in denen die im Hinblick auf die Barabfindung erteilten Informationen nicht den rechtlichen Anforderungen genügen (Art. 160h Abs. 5 lit. c GesR-RL). Dabei unterscheidet sie im Gegensatz zu § 243 Abs. 4 Satz 2 AktG nicht danach, ob der Informationsmangel erst in der Hauptversammlung oder – wie bei Mängeln des Spaltungsberichts (§ 324 UmwG-RegE) oder des Spaltungsprüfungsberichts (§§ 325, 12 UmwG-RegE) – bereits im Vorfeld der Hauptversammlung aufgetreten ist¹⁰⁶.

Der Regierungsentwurf hat darauf verzichtet, diesen Aspekt des Anfechtungsausschlusses ausdrücklich in § 32 UmwG-RegE aufzunehmen¹⁰⁷. Dem liegt offenbar die Einschätzung zugrunde, dass § 32 UmwG (ebenso wie die Parallelvorschrift des § 210 UmwG beim Formwechsel) über die Tatbestandsvariante des „nicht ordnungsgemäßen“ Angebots ohnedies schon sämtliche bewertungsbezogenen Informationsmängel erfasst. In der Tat hat der BGH schon vor gut zwanzig Jahren in diesem Sinne entschie-

105 So mit Recht bereits *M. Noack*, AG 2019, 665, 668 (zur Parallelfraage bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung).

106 *M. Noack*, AG 2019, 665, 670.

107 Kritisch dazu *Hommelhoff*, NZG 2022, 683.

den¹⁰⁸. Nachdem allerdings in der Zwischenzeit das UMAG¹⁰⁹ die Vorschrift des § 243 Abs. 4 Satz 2 AktG eingeführt hatte, war im Schrifttum umstritten, ob der Anfechtungsausschluss nach §§ 32, 210 UmwG weiterhin auch auf bewertungsbezogene Informationsmängel im Vorfeld der Hauptversammlung zu beziehen ist und damit als *lex specialis* über den Anfechtungsausschluss nach § 243 Abs. 4 Satz 2 AktG hinausgeht¹¹⁰. Künftig kann aufgrund der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung kein Zweifel mehr bestehen, dass sich der Anfechtungsausschluss auch auf das Vorfeld erstreckt.

IX. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Durch die bevorstehende Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie wird erstmals ein klarer Rechtsrahmen für die Durchführung grenzüberschreitender Spaltungen innerhalb der EU und des EWR geschaffen, wenn auch zunächst nur für Kapitalgesellschaften und – auf Ebene der Richtlinie – nur für Spaltungen zur Neugründung. Der Regierungsentwurf des deutschen Umsetzungsgesetzes (UmRUG) sieht darüber hinaus vor, unterhalb mitbestimmungsrelevanter Schwellenwerte auch die Spaltung zur Aufnahme mitzuregeln (§ 332 UmwG-RegE).

2. Einen zentralen Baustein im System des Minderheitenschutzes bei grenzüberschreitenden Auf- und Abspaltungen bildet das Austrittsrecht der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die dem Spaltungsbeschluss widersprechen (§ 327 i.V.m. § 313 UmwG-RegE, Art. 160i Abs. 1-5 GesR-RL). Es soll die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft davor schützen, gegen ihren Willen Anteile an einer neuen/übernehmenden Ge-

108 BGHZ 146, 179, 185 ff. = NJW 2001, 1425; BGH NJW 2001, 1428, 1430 (zu § 210 UmwG, aber auf den entsprechend formulierten § 32 UmwG übertragbar).

109 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. September 2005, BGBl. I, 2802.

110 Bejahend schon bisher die h.L., etwa *Gehling* in Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 8 Rn. 81, § 32 Rn. 5; *Wälzholz* (Fn. 66), § 32 Rn. 8; *Weißhaupt*, ZIP 2005, 1766, 1772; *Noack/Zetzsche*, ZHR 170 (2006), 218, 242; zur Parallelvorschrift des § 210 UmwG *Hoger* in: Lutter, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 210 Rn. 4; *Meister/Klöcker/Berger* in: Kallmeyer, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 210 Rn. 9; *Simons* in: BeckOGK UmwG, Stand 1.7.2022, § 210 Rn. 14. A.A. aber *Schwab* in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 243 Rn. 46; *Tielmann*, WM 2007, 1686, 1692.

sellschaft übernehmen zu müssen, die dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats untersteht. Das für das Austrittsrecht maßgebende Recht ist das Recht des Wegzugsstaats (Art. 160i Abs. 5 GesR-RL), für die Herausspaltung aus einer übertragenden deutschen Gesellschaft mithin das deutsche Recht.

3. Das Austrittsrecht bei grenzüberschreitenden Spaltungen erinnert zwar an das Austrittsrecht nach §§ 29, 125 Satz 1 UmwG, das bei innerstaatlichen Spaltungen auf einen Rechtsträger mit anderer Rechtsform eingreift. Ein wesentlicher konzeptioneller Unterschied besteht aber darin, dass die austrittswilligen Gesellschafter bei einer innerstaatlichen Spaltung zunächst die Anteile am neuen/übernehmenden Rechtsträger erhalten und diese anschließend gegen Zahlung der Abfindung veräußern, während sie bei der grenzüberschreitenden Spaltung von vornherein nicht Gesellschafter der neuen/übernehmenden Gesellschaft(en) werden (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 4 UmwG-RegE, Art. 160r Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b GesR-RL). Diese abweichende Grundkonzeption bedingt es, dass die für den Austritt erforderlichen Schritte anders als bei innerstaatlichen Umwandlungen durchweg schon vor Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Spaltung vollzogen sein müssen.

4. Das Austrittsrecht ist nicht notwendig darauf gerichtet, dass die austrittswilligen Gesellschafter ganz ausscheiden. Vielmehr reicht das Austrittsrecht nur so weit wie der Austrittsgrund. Wird nur ein Teil des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers im Wege der Abspaltung auf eine Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedsstaat übertragen, während das restliche Vermögen beim übertragenden Rechtsträger verbleibt, kann ein austrittswilliger Gesellschafter folglich eine Abfindung nach §§ 327 Satz 1, 313 UmwG-RegE nur für die Anteile an dem neuen/übernehmenden Rechtsträger verlangen, die ihm aufgrund seines Austritts entgehen. Entsprechendes gilt bei einer Aufspaltung, wenn nur eine der neuen/übernehmenden Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats untersteht. Ob auch hinsichtlich der Anteile an der inländischen neuen/übernehmenden Gesellschaft ein Austrittsrecht besteht, bestimmt sich in diesem Fall nach den §§ 125 Satz 1, 29 UmwG.

5. Der Abfindungsschuldner wird durch die Richtlinie nicht vorgegeben. Nach deutschem Recht kann die Abfindungspflicht bei einer Herausspaltung im Spaltungsplan jedem der beteiligten Rechtsträger zugewiesen werden. Diejenigen beteiligten Rechtsträger, denen die Verbindlichkeit nicht zugewiesen wurde, müssen aber nach den Grundsätzen der Spaltungshaftung ebenfalls gesamtschuldnerisch für die Zahlung der Abfindung einstehen (§ 320 Abs. 2 i.V.m. §§ 125 Abs. 1 Satz 3, 133 UmwG-RegE). Entgegen dem missverständlichen Wortlaut des § 125 Abs. 1 Satz 3 UmwG-

RegE gilt dies nicht nur für die Abspaltung, sondern auch für die Aufspaltung.

6. In der Richtlinie ebenfalls nicht geregelt ist, wem mit Wirksamwerden der Spaltung die Anteile an der neuen/übernehmenden Gesellschaft zufallen, die ohne den Austritt auf die abzufindenden Gesellschafter entfallen wären. Der Regierungsentwurf des UmRUG scheint davon auszugehen, dass diese Anteile bei einer Herausspaltung originär als eigene Anteile der neuen/übernehmenden Gesellschaft entstehen (arg. § 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AktG-RegE, § 33 Abs. 3 GmbHG-RegE). Richtigerweise ist diese Frage bei der Herausspaltung jedoch nach dem Gesellschaftsstatut der ausländischen neuen/übernehmenden Gesellschaft zu beurteilen. Ob das anwendbare ausländische Recht den (originären) Erwerb eigener Anteile vorsieht, ist mangels klarer Richtlinienvorgaben nicht selbstverständlich.

7. Nach deutschem Recht richtet sich die Frage der Entstehung eigener Anteile nur im Fall der Hereinspaltung. Jedenfalls dann, wenn die Abfindungspflicht der neuen/übernehmenden Gesellschaft zugewiesen ist, wird man in diesem Fall in der Tat von der Entstehung eigener Anteile auszugehen haben, auch wenn der originäre Erwerb eigener Anteile für das deutsche Recht ein Novum darstellt und § 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AktG-RegE, § 33 Abs. 3 GmbHG-RegE nicht ausdrücklich den Fall der Hereinspaltung regeln. Unklar ist auf Grundlage des Regierungsentwurfs aber, ob bei einer Hereinspaltung (zunächst) auch dann eigene Anteile des neuen/übernehmenden Rechtsträgers entstehen, wenn die Abfindungspflicht dem übertragenden Rechtsträger zugewiesen ist.

8. Unnötig kompliziert geraten ist im Regierungsentwurf das Verfahren der Annahme des Abfindungsangebots. Es ist aufgeteilt in eine formfreie unverbindliche Absichtserklärung, welche die austrittswilligen Gesellschafter innerhalb eines Monats nach dem Spaltungsbeschluss erklären müssen, um sich das Austrittsrecht offen zu halten (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 2 UmwG-RegE), und die eigentliche Annahmeerklärung, die innerhalb von zwei Monaten nach dem Spaltungsbeschluss vorliegen muss (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 3 UmwG-RegE). Diese umständliche Aufteilung sieht der Entwurf nur deshalb vor, weil er davon ausgeht, dass die Annahmeerklärung im Fall der Herausspaltung einer übertragenden GmbH nach § 15 Abs. 4 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf (und diese jedenfalls gegenwärtig nicht zeitsparend im Wege der Online-Beurkundung erfolgen kann). Die Prämisse der Formbedürftigkeit überzeugt jedoch nicht, da die Annahmeerklärung weder unmittelbar noch mittelbar die Verpflichtung begründet, Anteile an der übertragenden GmbH zu übertragen, sondern die Abfindung allein dafür gezahlt wird, dass die austrittswilligen Gesell-

schafter keine Anteile an der neuen/übernehmenden ausländischen Gesellschaft erhalten.

9. Da die abzufindenden Gesellschafter keine Anteile an der neuen/übernehmenden Gesellschaft erhalten, die Abfindung aber erst nach Wirksamwerden der Spaltung gezahlt wird (§ 327 Satz 1 i.V.m. § 313 Abs. 5 Satz 1 UmwG-RegE), gewährt ihnen der Regierungsentwurf zur Absicherung ihres Vorleistungsrisikos einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 327 Satz 1 i.V.m. §§ 313 Abs. 5 Satz 2, 314 UmwG-RegE). Da eine gerichtliche Geltendmachung dieses Anspruchs eine Registersperre auslöst (§ 329 Satz 1 i.V.m. § 315 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 316 Abs. 2 UmwG-RegE), birgt diese Regelung ein Blockaderisiko. Vorzugswürdig wäre es, anstelle des Anspruchs auf Sicherheitsleistung anzuordnen, dass die übertragende Gesellschaft nach dem Vorbild des § 327b Abs. 3 AktG die Gewährleistungserklärung eines Kreditinstituts über die angebotene Abfindung beizubringen hat.

10. Für die Bemessung der Abfindung gelten bei der Herausspaltung dieselben Bewertungsgrundsätze, die auch bei innerstaatlichen Umwandlungen gelten. Eine zu niedrige Abfindung kann entsprechend den Vorgaben der Richtlinie (Art. 160h Abs. 5 lit. b, 160i Abs. 4 GesR-RL) nur im Spruchverfahren gerügt werden, aber nicht durch Anfechtungsklage gegen den Spaltungsbeschluss (§ 327 Satz 1 i.V.m. §§ 313 Abs. 1 Satz 4, 32, 34 UmwG-RegE). Gleiches gilt für bewertungsbezogene Informationsmängel, die über die Tatbestandsvariante des „nicht ordnungsgemäßen“ Angebots ebenfalls von dem Anfechtungsausschluss nach § 32 UmwG erfasst werden. Über § 243 Abs. 4 Satz 2 AktG hinaus gilt dies – der Vorgabe des Art. 160h Abs. 5 lit. c GesR-RL entsprechend – unabhängig davon, ob der Informationsmangel erst in der Hauptversammlung oder schon im Vorfeld (z.B. im Spaltungs- oder Spaltungsprüfungsbericht) aufgetreten ist. Nicht ausgeschlossen ist die Anfechtung dagegen, wenn die nicht austrittswilligen Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers (bei der Herausspaltung) oder die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers (bei der Hereinspaltung) das Abfindungsangebot für zu hoch halten.

III.

Europäisches Forschungs- und Patentrecht

Die Datentreuhand zu Forschungs- und anderen gemeinwohlnützigen Zwecken im Mehrebenensystem des Unionsrechts

Stefan J. Geibel

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	234
II.	Der rechtliche Bedarf für eine Datentreuhand	238
1.	Datenschutzrechtliche Grundlagen für eine Datenverarbeitung zu Forschungs- oder anderen gemeinwohlnützigen Zwecken	238
a)	Die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken	238
b)	Die Datenverarbeitung zu anderen gemeinwohlnützigen Zwecken	241
2.	Rechtsunsicherheiten bei einer einwilligungsunabhängigen Datenverarbeitung zu Forschungszwecken	242
a)	Datenverarbeitung zu Forschungszwecken außerhalb von Art. 9 DS-GVO	242
b)	Verarbeitung von besonderen personenbezogenen Daten nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO zu Forschungszwecken	243
3.	Rechtsunsicherheiten bei der auf eine „breite“ Einwilligung (broad consent) gestützten Datenverarbeitung zu Forschungszwecken	247
4.	Existierende Alternativen zu einer Datentreuhand?	251
a)	Sozialrechtliche Datentransparenz und Datenspende	251
b)	Vorschlag einer Verordnung über einen europäischen Raum für Gesundheitsdaten	253
5.	Zwischenergebnis	255
III.	Die Verankerung der Datentreuhand im Data Governance Act (DGA) und ihre Bedeutung für die Überwindung datenschutzrechtlicher Unsicherheiten	256
1.	Die Regelung über datenaltruistische Organisationen als einziger Anknüpfungspunkt im DGA für eine Datentreuhand zu Forschungszwecken	256
2.	Wege, wie datenaltruistische Organisationen in den „Besitz“ der Daten gelangen	259
a)	Kein Erfordernis vorheriger Einwilligung in die Datenübermittlung an datenaltruistische Organisationen	259
b)	Der Weg über eine Einwilligung in die Datenübermittlung an datenaltruistische Organisationen	259

c)	Die einwilligungsunabhängige Datenübermittlung an datenaltruistische Organisationen bei späterer Einholung der Einwilligung vor Durchführung eines Forschungsvorhabens	262
d)	Einwilligungsunabhängige Datenübermittlung ohne spätere Einholung der Einwilligung?	263
3.	Mehrwert einer datenaltruistischen Organisation bei der Überwindung datenschutzrechtlicher Unsicherheiten	265
a)	Administrierung des broad consent-Konzepts bei einwilligungsabhängiger Datenverarbeitung	265
b)	Überwindung der Rechtsunsicherheiten bei einer einwilligungsunabhängigen Datenverarbeitung durch eine datenaltruistische Organisation	268
4.	Zwischenergebnis	269
IV.	Die Qualifizierung der datenaltruistischen Organisationen als Datentreuhänder und die rechtliche Konstruktion der Datentreuhand auf mitgliedstaatlicher Ebene	269
1.	Raum für eine nationale Qualifizierung datenaltruistischer Organisationen	269
2.	Dataltruistische Organisationen als Datentreuhänder	270
3.	Einordnung der Datentreuhand in die rechtlichen Treuhandkategorien	272
a)	Datentreuhand als Vollrechtstreuhand?	272
b)	Datentreuhand als Vollmachtstreuhand?	273
c)	Datentreuhand als Ermächtigungstreuhand?	274
d)	Datentreuhand als unionsrechtlich ausgestaltetes gesetzliches Treuhandverhältnis über die Wahrnehmung fremder Interessen	276
4.	Zwischenergebnis	278
V.	Zusammenfassung der wesentlichen Thesen	279

I. Einführung

In jüngerer Zeit wird vielfach die Einführung von Datentreuhändern gefordert, insbesondere um bestimmte Arten der Verarbeitung von Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken datenschutzkonform zu ermöglichen oder zu erleichtern.¹ Andere Zwecke werden mit der Datentreuhand

1 Vgl. insbesondere Sachverständigenrat zur Begutachtung und Entwicklung im Gesundheitswesen, Digitalisierung für Gesundheit: Ziele und Rahmenbedingungen eines dynamisch lernenden Gesundheitssystems, Gutachten 2021, 233 f. (Rn. 510), abrufbar unter https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2021/SVR_Gutachten_2021.pdf; Deutscher Ethikrat, Big Data und

zum Beispiel im Zusammenhang mit der Diskussion über ihren Einsatz für automatisierte oder autonome Mobilitätssysteme verfolgt, wie insbesondere der Zweck der verkehrssicheren Durchführung des autonomen Fahrens oder der Zweck der wettbewerbsneutralen Verarbeitung von Daten für Fahrzeuge unterschiedlicher Hersteller.² Teils werden verschiedene Datentreuhand-Modelle aus rechtspolitischen³ oder ethischen⁴ Gründen gefordert, teils könnte man bereits gewisse datentreuhandähnliche Elemente rechtspositiv verwirklicht sehen, etwa in bestimmten Vorschriften

-
- Gesundheit, Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung, Stellungnahme vom 30.11.2017, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf>; ferner z.B. Buchner/Haber/Hahn/Kusch/Prasser/Sax/Schmidt, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2021, 806 (807 ff.); Martini/Hohmann NJW 2020, 3573 (3575); Specht-Riemenschneider/Radbruch, Deutsches Ärzteblatt 27-28/118 vom 12.07.2021, 1358; allgemeiner andere Bereiche einbeziehend Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne, MMR-Beil. 2021, 25; zu der anders gelagerten Konstellation von Datentreuhandmodellen als Reaktion auf den sog. Microsoft-Ireland-Fall vgl. z.B. Schwartz/Peifer CR 2017, 165.
- 2 Vgl. z.B. Brockmeyer ZD 2018, 258 (259 ff.); Greis, „Autonomes Fahren – Regierungsstreit über Datenhoheit verzögert Gesetzespläne“, abrufbar unter <https://www.golem.de/news/autonomes-fahren-regierungsstreit-ueber-datenhoheit-verzoegert-gesetzesplaene-2101-153560.html>; Greis, „Vernetztes Fahren – Der Streit um die Autodaten“, abrufbar unter <https://www.golem.de/news/vernetzte-fahrzeuge-der-streit-um-die-autodaten-2210-169293.html>; Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne, MMR-Beil. 2021, 25 f.
- 3 Vgl. insbesondere den Koalitionsvertrag 2021-2025, Mehr Fortschritt wagen, S. 17, 52, abrufbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf oder <https://cms.gruene.de/uploads/documents/Koalitionsvertrag-SPD-GRUENE-FDP-2021-2025.pdf> oder https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-11/Koalitionsvertrag%202021-2025_0.pdf; ferner Bundesregierung, Datenstrategie der Bundesregierung, Eine Innovationsstrategie für gesellschaftlichen Fortschritt und nachhaltiges Wachstum, 27.1.2021, S. 33 ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/992814/1845634/f073096a398e59573c7526feaadd43c4/datenstrategie-der-bundesregierung-download-bpa-data.pdf?download=1>.
- 4 Siehe insbesondere Deutscher Ethikrat, Big Data und Gesundheit, Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung, Stellungnahme vom 30.11.2017, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf>; ferner das Gutachten der Datenethikkommission vom 23.11.2019, S. 21, 133, 140, abrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.html>; siehe dazu z.B. Kelber ZD 2020, 73 (75).

des jüngst in Kraft getretenen Data Governance Act (DGA)⁵ oder in der im vergangenen Jahr in Kraft getretenen sozialrechtlichen Regelung in § 363 SGB V zu einer sog. Datenspende.⁶ Im Unterschied zu der die Datenregulierung bisher prägenden ökonomischen Perspektive und der Bedeutung von Daten als Wirtschaftsgütern spielen bei Datentreuhandmodellen wirtschaftliche Zwecke in der Regel nicht die primäre Rolle. In Datentreuhandmodellen stehen vielmehr Forschungs- oder andere gemeinwohlnützige Zwecke im Vordergrund, während die Verwendung der Daten zu wirtschaftlichen Zwecken ganz ausgeschlossen oder zumindest eng begrenzt werden soll.

Angesichts dieses unübersichtlichen Befundes tut die nähere rechtliche Grundlegung einer Datentreuhand zu Forschungs- und anderen gemeinwohlnützigen Zwecken not. Zunächst stellt sich die erste Hauptfrage, ob und inwieweit die Privilegierungen von Forschungszwecken in der Datenschutz-Grundverordnung⁷ (DS-GVO) nicht ausreichend sind und dadurch ein Bedarf für eine Datentreuhand überhaupt erst ausgelöst wird. Bereits diese Ausgangsfrage, der unter II. nachgegangen wird, ist eingebettet in das Mehrebenensystem des Unionsrechts und des mitgliedstaatlichen Rechts. So ist einerseits die DS-GVO im Lichte des EU-Primärrechts auszulegen und es stellen sich zum Teil Abgrenzungs- und Vorrangfragen zu anderen Sekundärrechtsakten wie der Verordnung (EU) Nr. 536/2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln.⁸ Andererseits ist zugleich die Ebene des nationalen Rechts einzubeziehen, wie sich zum Beispiel an der Öffnungsklausel in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO zeigt, die für eine einwilligungsunabhängige Verarbeitung personenbezogener Daten auf eine mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage verweist und von welcher der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des § 27 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) Gebrauch gemacht hat. Ferner ist auszuloten, ob nationale Vorschriften wie

5 Verordnung (EU) Nr. 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt), ABl. L 152, 3.6.2022, S. 1.

6 Vgl. z.B. näher Dochow MedR 2021, 115.

7 Verordnung (EU) Nr. 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119, 4.5.2016, S. 1.

8 Verordnung (EU) Nr. 2014/536 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/EG, ABl. L 158, 27.5.2014, S. 1.

die zur sozialrechtlichen Datenspende nach § 363 SGB V oder unionsrechtliche Instrumente wie die jüngst vorgeschlagene Verordnung über den europäischen Raum für Gesundheitsdaten⁹ gewisse Alternativen zu einer Datentreuhand darstellen könnten.

Die zweite Hauptfrage nach einer Überwindung der datenschutzrechtlichen Unsicherheiten oder Hindernisse für eine Datenverarbeitung zu Forschungs- und anderen gemeinwohlnützigen Zwecken führt unmittelbar zu zentralen Problemen des europäischen Mehrebenensystems. Dem ist Abschnitt III. gewidmet. Wegen der unmittelbaren Wirkung der DS-GVO kann eine widerspruchsfreie Lösung nur auf der gleichen Normebene, mithin auf der Ebene einer EU-Verordnung liegen. Diese Lösung könnte in den Regelungen des DGA zu datenaltruistischen Organisationen zu finden sein. Näher untersucht werden muss in dieser Hinsicht, in welchem Verhältnis diese Regelungen zur DS-GVO stehen und inwieweit sie tatsächlich die datenschutzrechtlichen Unsicherheiten oder Hindernisse einer Verarbeitung zu Forschungs- oder anderen gemeinwohlnützigen Zwecken überwinden können.

In Abschnitt IV. wird der dritten Hauptfrage nachgegangen, ob datenaltruistische Organisationen rechtlich als Datentreuhänder einzuordnen sind und welche Folgen dies für die rechtliche Konstruktion auf mitgliedstaatlicher Ebene hat. Zunächst ist zu untersuchen, ob man bei der unionsrechtlichen Regulierung datenaltruistischer Organisationen stehen bleiben kann oder ob eine zivilrechtliche Fundamentierung auf mitgliedstaatlicher Ebene notwendig ist. Bejaht man dies, wirft die rechtliche Einfassung in die bislang bekannten Treuhandkategorien einerseits Schwierigkeiten auf, da das Datenrecht bislang keine sachenrechtlichen Kategorien wie etwa ein „Dateneigentum“ kennt. Andererseits hat gerade das Treuhandrecht seine aus der Fokussierung auf dingliche Rechte herrührenden Fesseln abgestreift und sich in jüngerer Zeit stärker auf das Innenverhältnis von Treuhandverhältnissen und insbesondere auf die Interessenwahrnehmungspflichten von Treuhändern konzentriert. Diese Entwicklungen im Recht der Daten und im Treuhandrecht konvergieren und eröffnen die Gelegenheit, eine Datentreuhand auch rechtsdogmatisch zu fundieren.

Im Folgenden soll der Fokus auf personenbezogenen Daten liegen, deren Verarbeitung zu Forschungszwecken besondere datenschutzrechtliche Schwierigkeiten bereiten. Nicht näher behandelt wird die Rechtslage für nicht personenbezogene Daten. Ausgeklammert bleiben in diesem Beitrag

9 COM(2022) 197 final; vgl. dazu aus datenschutzrechtlicher Sicht z.B. Petri DuD 2022, 413 ff.

ferner Datentreuhand-Modelle, die rein privatnützigen Zwecken dienen, etwa um den einzelnen natürlichen Personen, deren Daten verarbeitet werden, die Ausübung ihrer Betroffenenrechte nach der DS-GVO oder ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu ermöglichen.¹⁰

II. Der rechtliche Bedarf für eine Datentreuhand

1. Datenschutzrechtliche Grundlagen für eine Datenverarbeitung zu Forschungs- oder anderen gemeinwohlnützigen Zwecken

a) Die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken

Der hohe Wert einer Verknüpfung von Daten zu wissenschaftlichen Zwecken, insbesondere durch die Einrichtung von Registern, wird von der DS-GVO grundsätzlich anerkannt.¹¹ Charakteristisch für die Forschung mit Daten ist neben der schieren Vielzahl unterschiedlicher Daten verschiedener Herkunft häufig eine Zweckdivergenz, d.h. dass der Forschungszweck, zu dem die Daten verarbeitet werden sollen, mit den Zwecken, zu denen die Daten ursprünglich oder erstmals erhoben wurden, nicht identisch ist. Dann handelt es sich um eine sog. Sekundärforschung.¹² Von der Zweckdivergenz geht auch Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO aus, der insbesondere für wissenschaftliche Forschungszwecke eine Abweichung vom Zweckbindungsgrundsatz erlaubt. Hiernach „gilt“ eine Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken als „nicht unvereinbar“ mit den originären Erhebungszwecken, wenn diese Verarbeitung gemäß Art. 89 DS-GVO geeigneten Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen unterliegt. Diese Garantien sollen die Achtung des Grundsatzes der Datenminimierung sicherstellen. Hierzu müssen die verarbeiteten personenbezogenen Daten nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO den Forschungszwecken angemessen und für diese Zwecke erheblich sein sowie auf das für diese Zwecke notwendige Maß beschränkt bleiben. Art. 89 Abs. 1 S. 3 DS-GVO gibt zu erkennen, dass in aller Regel

10 Vgl. hierzu z.B. Kühling Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2021, 783 ff.

11 Siehe vor allem ErwGr 157 DS-GVO.

12 Zur begrifflichen Einordnung vgl. z.B. Raum, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 89 Rn. 27. Zur sog. Primärforschung, bei der die Daten originär zu Forschungszwecken erhoben werden, siehe näher unten II.2.a und II.3.

die Pseudonymisierung der personenbezogenen Daten zu den geeigneten Maßnahmen zählt. Zunächst muss nach Art. 89 Abs. 1 S. 4 DS-GVO und Erwägungsgrund 156 DS-GVO überprüft werden, ob sich der Forschungszweck nicht auch auf der Grundlage anonymisierter Daten realisieren lässt.¹³ Bleibt unter Hinzuziehung zusätzlicher, grundsätzlich¹⁴ gesondert aufzubewahrender Informationen (wie etwa einer Codierung) eine Identifizierung der Personen möglich, auf die sich die Daten beziehen, so sind die Daten gemäß Art. 4 Nr. 5 DS-GVO nur pseudonymisiert und nicht anonymisiert, und ihre Verarbeitung unterliegt sämtlichen Regelungen der DS-GVO.¹⁵ Sobald dies in der weiteren zeitlichen Abfolge nach dem Forschungszweck möglich ist, sind die Daten gemäß § 27 Abs. 3 S. 1 BDSG zu anonymisieren, zum Beispiel durch Vernichtung der Codierung.

Neben dieser Privilegierung bezogen auf den Zweckbindungsgrundsatz kennt die DS-GVO weitere Privilegierungen für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken, zum Beispiel im Hinblick auf die Speicherdauer nach Art. 5 Abs. 2 lit. e Halbs. 2 DS-GVO, die Befreiung von Informationspflichten nach Art. 14 Abs. 5 lit. b DS-GVO oder Löschungspflichten nach Art. 17 Abs. 3 lit. d DS-GVO oder die Möglichkeit zur Beschränkung der Auskunfts- und weiterer Betroffenenrechte gemäß Art. 89 Abs. 2 DS-GVO, von welcher der deutsche Gesetzgeber in § 27 Abs. 2 BDSG Gebrauch gemacht hat.

All diese Privilegierungen führen jedoch nicht allein zur Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung zu Forschungszwecken. Auch eine Sekundärforschung ist nicht allein schon wegen Art. 5 Abs. 1 lit. b Halbs. 2 DS-GVO rechtmäßig, sondern diese Vorschrift entbindet in historischer Auslegung richtigerweise nur von der Durchführung eines Kompatibilitätstests gemäß Art. 6 Abs. 4 DS-GVO.¹⁶ Nach Erwägungsgrund 50 S. 2 DS-GVO ist bei

13 Vgl. z.B. Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 89 DS-GVO Rn. 21.

14 Zu einer Ausnahme siehe § 27 Abs. 3 S. 3 BDSG.

15 Vgl. ErwGr 26 DS-GVO.

16 So auch z.B. BVerwG NVwZ 2019, 473 (476, Rn. 27); Albrecht CR 2016, 88 (92); Albers/Veit, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 40. Ed. 2021, Art. 6 DS-GVO Rn. 108; Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 6 Rn. 181 ff.; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 19 ff. (unter Hinweis auf ErwGr 50 S. 8 DS-GVO („in jedem Fall“)); in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 49, 49a unter Hinweis auf eine Stellungnahme der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK); Schantz NJW 2016, 1841 (1844) (der ErwGr 50 S. 2 als „Redaktions-

zweckkompatiblen Weiterverarbeitungen eine gesonderte Rechtsgrundlage nur für die „Erhebung“ der Daten nicht erforderlich, entbindet aber nicht von der Rechtsgrundlage für die Weiterverarbeitung. Zur Rechtmäßigkeit einer Datenweiterarbeitung zu Forschungszwecken bedarf es daher grundsätzlich der Erfüllung einer der Bedingungen nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. Eine besondere „Forschungsklausel“ enthält diese Vorschrift nicht. In den nächsten Abschnitten wird daher zu untersuchen sein, ob im Zusammenhang mit wissenschaftlichen Forschungszwecken die Rechtfertigungsgründe einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO oder einer Wahrung berechtigter Interessen nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO in Betracht kommen.

Speziell im Bereich der medizinischen Forschung geht es in aller Regel um eine der besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO, insbesondere um Gesundheitsdaten oder genetische Daten einer natürlichen Person. Die Verarbeitung dieser besonderen Kategorien personenbezogener Daten ist nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO prinzipiell untersagt, sofern nicht einer der Ausnahmetatbestände nach Art. 9 Abs. 2 DS-GVO greift, darunter die ausdrückliche Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO oder wenn auf einer unionalen oder mitgliedstaatlichen Rechtsgrundlage, die den näher in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO bestimmten Voraussetzungen und den nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO notwendigen Garantien genügt,¹⁷ die Verarbeitung zu insbesondere wissenschaftlichen Forschungszwecken erforderlich ist.¹⁸ Auf der Basis dieser Vorschrift sieht das deutsche Recht in § 27 Abs. 1 BDSG eine Öffnungsklausel abweichend von dem Verbot des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO für eine einwilligungsunabhängige Datenverarbeitung insbesondere zu wissenschaftlichen Forschungszwecken vor. Inwieweit diese Öffnungsklausel tatsächlich einen Bedarf nach Datentreuhandmodellen überflüssig macht, ist in den folgenden Abschnitten 2. und 3. zu erörtern.

versehen“ ansieht); a.A. z.B. Kühling/Martini EuZW 2016, 448 (451); Richter DuD 2016, 581 (585).

17 Die Worte „gemäß Artikel 89 Absatz 1“ in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO sind nicht auf die Erforderlichkeit zu beziehen, sondern als Anforderungen an die mitgliedstaatliche oder unionale Rechtsgrundlage zu verstehen, vgl. z.B. Plath, in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 9 DSGVO Rn. 28; Frenzel, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 2021, Art. 9 DSGVO Rn. 46.

18 Zur Anknüpfung dieser Vorschrift an die Privilegierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b Halbs. 2 DS-GVO vgl. z.B. Frenzel, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 2021, Art. 9 DSGVO Rn. 45.

b) Die Datenverarbeitung zu anderen gemeinwohlnützigen Zwecken

Zunächst kann festgestellt werden, dass in den datenschutzrechtlichen Grundlagen eine Privilegierung gemeinwohlnütziger Zwecke als solche nicht vorgesehen ist. Die Regelungen zu wissenschaftlichen Forschungszwecken werden lediglich noch auf im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke oder historische Forschungszwecke sowie teilweise auf statistische Zwecke erweitert, wie insbesondere Art. 89 Abs. 1, 2, 3 DS-GVO zeigt. Die Datenverarbeitung zu anderen gemeinwohlnützigen Zwecken, wie zum Beispiel dem Zweck, autonome Mobilitätssysteme zu ermöglichen oder zu „trainieren“ oder mit anderen Datennetzen zu verknüpfen, müssen den allgemeinen datenschutzrechtlichen Anforderungen gerecht werden. Häufig ist in diesen Fällen die Einholung einer Einwilligung der betroffenen Personen nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO beschwerlich oder unmöglich oder gefährdet die Zweckerreichung. Aufgaben im öffentlichen Interesse werden zum Beispiel die Hersteller oder Betreiber autonomer Mobilitätssysteme meist nicht wahrnehmen, zumal die Daten der nutzenden Personen oder anderer am Verkehr mit diesen Systemen teilnehmender Personen zusätzlich wirtschaftlichen Zwecken dienen können. Deshalb scheidet eine Verarbeitung der Daten nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DS-GVO in aller Regel aus.

In Betracht kommt – außerhalb der besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO – meist nur die Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO zur Wahrung berechtigter Interessen der Verantwortlichen oder Dritter, sofern die Verarbeitung hierzu erforderlich ist und eine Abwägung ergibt, dass die Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten betroffener Personen nicht überwiegen. Im Zusammenhang mit autonomen Mobilitätssystemen besteht derzeit keine Rechtssicherheit darüber, zu welchen berechtigten Interessen sie betrieben werden und inwieweit diese Interessen anderen Personen zugeordnet werden können. Es geht bei solchen Systemen weniger um die Interessen der Hersteller oder Betreiber dieser Systeme oder der Halter einzelner Fahrzeuge, sondern vielmehr um ein näher zu definierendes Interesse der gesamten Gesellschaft oder zumindest der am Verkehr Teilnehmenden an der Entwicklung und am verkehrssicheren Betrieb solcher Mobilitätssysteme. Erst recht besteht keine Rechtssicherheit über eine mögliche Abwägung dieses Interesses mit den Interessen, Grundrechten und Grundfreiheiten betroffener Personen, die teilweise Unbeteiligte sind. Eine zusätzliche Schwierigkeit liegt darin, dass nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f letzter Halbs. DS-GVO die Interessen betroffener Kinder im Rahmen der Interessenabwägung als überwiegende Interessen anzusehen sind. Es spricht zwar einiges dafür,

dass dies einer Verarbeitung von Daten nicht entgegensteht, die im Rahmen der Ermöglichung autonomer Mobilitätssysteme gerade zum Schutz des Kindes erfolgt.¹⁹ Doch bleibt auch in dieser Hinsicht ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit bestehen.

Diese Rechtsunsicherheiten könnten mit einem Datentreuhänder möglicherweise überwunden werden, wenn die Zwecke, zu denen er Daten verarbeitet, in einem rechtlichen Verfahren als gemeinwohlnützig und damit als „berechtigtes Interesse“ anerkannt wurden und anzunehmen ist, dass die Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Personen die berechtigten, gemeinwohlnützigen Interessen nicht überwiegen.²⁰ Inwieweit dies etwa durch datenaltruistische Organisationen als Datentreuhändern verwirklicht werden kann, wird noch anzusprechen sein.²¹

2. Rechtsunsicherheiten bei einer einwilligungsunabhängigen Datenverarbeitung zu Forschungszwecken

a) Datenverarbeitung zu Forschungszwecken außerhalb von Art. 9 DS-GVO

Die Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung zu Forschungszwecken richtet sich abseits der besonderen Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DS-GVO ebenfalls nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. Dies gilt naturgemäß für die sog. Primärforschung, bei der die Daten originär zu Forschungszwecken erhoben werden. Einer Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO bedarf aber auch die sog. Sekundärforschung, die zu einem anderen Zweck erhobene Daten weiterverarbeitet. Wie oben näher dargelegt,²² genügt nicht etwa die bloße Zweckkompatibilität, die nach Art. 5 Abs. 1 lit. b Halbs. 2 DS-GVO für eine Weiterverarbeitung zu Forschungszwecken sogar als gegeben „gilt“ oder zumindest zu vermuten ist. Daher ist auch für die Rechtmäßigkeit einer Weiterarbeitung von Daten zu sekundären Forschungszwecken Art. 6 DS-GVO zu prüfen.

19 Zur grundsätzlich möglichen Abwägung auch von Kinderinteressen, z.B. je nach dem Alter des Kindes, vgl. etwa Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DS-GVO Rn. 155.

20 So im Kontext autonomer Mobilitätssysteme bereits Geibel GPR 2021, 194 (197).

21 Näher unten III.2.d.

22 Siehe oben II.1.a.

Ebenso wie bei der zuvor erörterten Datenverarbeitung zu anderen gemeinwohlnützigen Zwecken dürfte die Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung zu Forschungszwecken nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO kaum in Betracht kommen, weil es bei einer Forschung an und mit personenbezogenen Daten in der Regel schon an der Identifizierbarkeit sämtlicher betroffener Personen, deren Daten der Forschung dienen sollen, scheitern wird. Selbst wenn die Identifizierung möglich sein sollte, läuft die Unwägbarkeit, ob und in welcher Zahl die Einwilligungserklärungen abgegeben werden, dem Forschungszweck meist zuwider. Zuweilen wird der Forschungszweck dadurch unmöglich, dass Einwilligungen verweigert werden.

Sofern nicht Aufgaben im öffentlichen Interesse die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken erforderlich machen und daher Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DS-GVO greifen würde, kommt wiederum eine Rechtmäßigkeit nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO in Betracht. Doch auch hier können im Einzelfall erhebliche Rechtsunsicherheiten bestehen, vor allem hinsichtlich der Frage, ob nicht die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen die mit dem Forschungsprojekt verfolgten Interessen überwiegen. Wie bei gemeinwohlnützigen Zwecken können diese Rechtsunsicherheiten auch bei einer treuhänderischen Verarbeitung der Daten zu Forschungszwecken möglicherweise überwunden werden, wenn der Datentreuhänder als datenaltruistische Organisation anerkannt wurde und anzunehmen ist, dass der Forschungszweck als Treuhandzweck ein „berechtigtes Interesse“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO darstellt und nicht hinter den Interessen, Grundrechten oder Grundfreiheiten der betroffenen Personen zurückbleibt.²³ Darauf wird im Rahmen der Untersuchung datenaltruistischer Organisationen nach dem DGA zurückzukommen sein.²⁴

b) Verarbeitung von besonderen personenbezogenen Daten nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO zu Forschungszwecken

Werden zu Forschungszwecken Daten verarbeitet, die in eine der besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO fallen, richtet sich die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach Art. 9 Abs. 2

23 Siehe oben II.1.b a.E. sowie im Kontext autonomer Mobilitätssysteme Geibel GPR 2021, 194 (197).

24 Näher unten III.2.d.

DS-GVO. Während sich für die einwilligungsabhängige Datenverarbeitung vor allem die Frage nach der Zulässigkeit eines *broad consent* stellt,²⁵ sind die Hürden für eine einwilligungsunabhängige Datenverarbeitung zu Forschungszwecken gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit § 27 BDSG hoch. Dies gilt in gewisser Weise bereits für die Forschungszwecke selbst, für die zu fordern ist, dass sie „im öffentlichen Interesse“ liegen müssen.²⁶ Dagegen spricht zwar die grammatikalische Auslegung, weil diese Worte nur bei den Archivzwecken stehen und hinsichtlich der Forschungszwecke und der statistischen Zwecke im Normtext mit einem neuen „für“ angesetzt wird. Eine ähnliche sprachliche Trennung findet sich auch in den anderen Sprachfassungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO. Für das Erfordernis eines öffentlichen Interesses auch bei Forschungszwecken spricht aber, dass kein Grund ersichtlich ist, weshalb der Verordnungsgeber zwischen Archivzwecken einerseits und Forschungs- und statistischen Zwecken andererseits hätte differenzieren wollen und können. Er scheint in Erwägungsgrund 159 DS-GVO davon auszugehen, dass Forschung zwar privat finanziert werden, aber nicht Einzel- oder Partikularinteressen dienen darf, sondern im Kontext von Grundrechtseingriffen, insbesondere in das Recht auf Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GRCh, stets einem legitimen Ziel wie dem Allgemeininteresse an einer von Art. 13 GRCh gedeckten wissenschaftlichen Forschung zu dienen bestimmt sein muss. Dies wird für Studien im Bereich der öffentlichen Gesundheit in Satz 2 von Erwägungsgrund 159 DS-GVO expliziert.²⁷ Insbesondere eine vornehmlich den kommerziellen Zwecken eines bestimmten Unternehmens dienende Forschung kann daher nicht von dem Privileg des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO profitieren.²⁸ Mithin muss in der Praxis überprüft

25 Siehe näher im nächsten Unterabschnitt unter II.2.c.

26 Dafür z.B. auch Schiff, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 55.

27 Siehe dessen Wortlaut: „Die wissenschaftlichen Forschungszwecke sollten auch Studien umfassen, die im öffentlichen Interesse im Bereich der öffentlichen Gesundheit durchgeführt werden.“; vgl. auch Art. 35 S. 2 GRCh, der sich frei-lich an den einschlägigen Normgeber im unionalen Mehrebenensystem richtet.

28 So auch z.B. Weichert, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 9 DS-GVO Rn. 130: „...Vielmehr wird klargestellt, dass rein kommerziell ausgerichtete Forschung von Pharmaunternehmen ... die Privilegierungen von Abs. 2 nicht in Anspruch nehmen können“.

werden können, ob mit einem Forschungsvorhaben ein öffentliches Interesse verfolgt wird.²⁹

Von vornherein eingeschränkt ist der Anwendungsbereich einer einwilligungslosen Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO dann, wenn es sich um klinische Prüfungen im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 536/2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln handelt.³⁰ Denn diese Verordnung fordert zum Schutz der Prüfungsteilnehmer insbesondere eine Einwilligung zur Teilnahme an einer klinischen Prüfung, und zwar im Sinne eines *informed consent* gemäß Art. 28 Abs. 1 lit. c und Art. 29 ff. der Verordnung (EU) Nr. 536/2014. Von dem Vorrang dieser Bestimmungen geht auch die DS-GVO aus, wie insbesondere aus den Erwägungsgründen 156 S. 7 und 161 DS-GVO hervorgeht. Die Einwilligung zur Teilnahme an einer klinischen Prüfung muss zwingend eine Einwilligung in die im Rahmen der klinischen Prüfung erfolgende Verarbeitung der Gesundheitsdaten und anderen personenbezogenen Daten nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO mitumfassen. Andere Rechtfertigungsgründe nach Art. 9 Abs. 2 DS-GVO sind damit ausgeschlossen. Dies wird mittelbar untermauert durch Art. 28 Abs. 2 UAbs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 536/2014, wonach für eine Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken *außerhalb* des Prüfplans eine Einwilligung eingeholt werden darf und muss.³¹ Dies muss dann erst recht für die Verarbeitung der Daten im Rahmen des Prüfplans einer klinischen Prüfung gelten. Ähnliche Grundsätze wird man für klinische Prüfungen nach der später in Kraft getretenen Medizinprodukte-Verordnung³² zugrunde legen, die in ihren Art. 63 ff. ebenfalls von dem Erfordernis eines

29 Davon gehen auch Regelungen aus, die als mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO verstanden werden können, so etwa § 9 Abs. 1 LKrebsRG BW („...im öffentlichen Interesse stehende(n) Forschungsvorhaben...“).

30 Verordnung (EU) Nr. 2014/536 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/EG, ABL L 158, 27.5.2014, S. 1.

31 Vgl. auch Art. 28 Abs. 2 UAbs. 2 und ErwGr 29 VO (EU) Nr. 536/214, wonach sich die Rechtmäßigkeit einer (Weiter-)Verarbeitung der Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken *außerhalb* des Prüfplans nach dem allgemeinen Datenschutzrecht richtet.

32 Verordnung (EU) Nr. 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates, ABL L 117, 5.5.2017, S. 1.

informed consent ausgeht. Mit der medizinischen Primärforschung innerhalb eines Prüfplans einer klinischen Prüfung auf den Gebieten der Humanarzneimittel und der Medizinprodukte ist damit ein bedeutender Bereich ausgenommen, für den eine einwilligungsunabhängige Datenverarbeitung zu Forschungszwecken a priori nicht möglich ist.

Für den noch verbleibenden Anwendungsbereich für eine einwilligungsunabhängige Datenverarbeitung zu Forschungszwecken richtet sich die Zulässigkeit vor allem nach den weiteren Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 BDSG. Die ersten beiden Voraussetzungen dieser Öffnungsklausel finden sich bereits in der unionsrechtlichen Grundlage des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO: Es muss sich um einen wissenschaftlichen Forschungszweck handeln und die Datenverarbeitung muss zu diesem Zweck erforderlich sein. An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn sich der Zweck auch mit anderen gleich geeigneten, aber weniger belastenden Mitteln erreichen ließe, insbesondere mit anonymisierten Daten.³³ Zwar fehlt in § 27 Abs. 1 BDSG das früher in § 13 Abs. 2 Nr. 8 BDSG a.F. enthaltene Erfordernis, dass der Forschungszweck nicht auf andere Weise oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.³⁴ Doch setzt § 27 Abs. 1 BDSG hinsichtlich der Interessenabwägung wie § 13 Abs. 2 Nr. 8 BDSG a.F. weiterhin voraus, dass die Interessen der Verantwortlichen an der Datenverarbeitung die Interessen der betroffenen Person an einem Ausschluss der Verarbeitung erheblich überwiegen. Dies ist zunächst ungenau formuliert, weil es nicht auf das Interesse der Verantwortlichen ankommen kann, sondern auf das wissenschaftliche Interesse oder Allgemeininteresse an der Durchführung des Forschungsvorhabens. Auch wenn diese grammatikalische Ungenauigkeit durch eine teleologische Auslegung zu überwinden ist, können im Einzelfall erhebliche Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Frage verbleiben, inwieweit das Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens die Interessen der betroffenen Personen tatsächlich *erheblich* überwiegt.³⁵ In diese Interessenabwägung ist die Möglichkeit einzubeziehen, dass die Betroffenen bestimmte wesentliche Rechte wie das Auskunfts-

33 Vgl. z.B. Hense, in: Sydow, Bundesdatenschutzgesetz, 2020, § 27 Rn. 13; Krohm, in: Gola/Heckmann, Bundesdatenschutzgesetz, 13. Aufl. 2019, § 27 Rn. 22; Schlösser-Rost/Koch, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 40. Ed. 2021, § 27 BDSG Rn. 30;

34 Vgl. Johannes/Richter DuD 2017, 300 (302); Schlösser-Rost/Koch, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 40. Ed. 2021, § 27 BDSG Rn. 30.

35 Vgl. z.B. Spitz/Jungkunz/Schickhardt/Cornelius MedR 2021, 499 (502 f.), die für eine „grundrechtskonforme“ einschränkende Auslegung plädieren; auf die erhöhten Anforderungen im Vergleich zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO hin-

oder Widerspruchsrecht bei Durchführung des Forschungsvorhabens nach § 27 Abs. 2 BDSG verlieren könnten. Im Einklang mit Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und Art. 89 Abs. 1 DS-GVO schreibt § 27 Abs. 1 S. 2 BDSG ferner vor, dass die Verantwortlichen angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen betroffener Personen treffen müssen, wobei auf die nicht abschließende Aufzählung in § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG verwiesen wird. Auch hier können im Einzelfall Rechtsunsicherheiten über die Frage entstehen, wer die Maßnahmen zu treffen hat und ob tatsächlich die angemessenen Maßnahmen getroffen wurden. Die Landeskrankenhausesetze regeln teilweise zusätzliche Anforderungen.³⁶ Auch die Landeskrebsregistergesetze mancher Bundesländer können als mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO angesehen werden.³⁷

Insgesamt können die Rechtsunsicherheiten für eine einwilligungsunabhängige Datenverarbeitung zu Forschungszwecken erheblich, wenn nicht sogar in Einzelfällen unüberwindlich sein. Sie wären selbst dann noch von großer Bedeutung, wenn das Erfordernis eines *erheblichen* Überwiegens der Betroffeneninteressen in § 27 Abs. 1 BDSG in einer künftigen Gesetzesnovellierung gestrichen oder aber von der Rechtsprechung einschränkend ausgelegt würde. Ob diese Rechtsunsicherheiten durch eine Datentreuhand überwunden werden können, wird in den Abschnitt III. und IV. zu erörtern sein.

3. Rechtsunsicherheiten bei der auf eine „breite“ Einwilligung (broad consent) gestützten Datenverarbeitung zu Forschungszwecken

Personenbezogene Daten können zu Forschungszwecken auch auf der Grundlage einer informierten Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO verarbeitet oder weiterverarbeitet werden. Das gilt gemäß den etwas strengeren Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO auch für die besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO, insbesondere für Gesundheitsdaten oder genetische Da-

weisend z.B. Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 27 BDSG Rn. 11.

36 Näher z.B. Schlösser-Rost/Koch, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 40. Ed. 2021, § 27 BDSG Rn. 9a ff., die nicht unberechtigte Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz der Landesgesetzgeber hegen.

37 Siehe z.B. für das LKrebsRG BW näher Spitz/Jungkunz/Schickhardt/Cornelius MedR 2021, 499 (501 f.) („bereichsspezifischer Datenschutz“).

ten. Wie bereits erwähnt, ist für die Datenverarbeitung im Bereich der klinischen Prüfungen in Bezug auf Humanarzneimittel und Medizinprodukte eine informierte Einwilligung sogar zwingend erforderlich.³⁸ Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO erlaubt die Verarbeitung abweichend von dem grundsätzlichen Verarbeitungsverbot nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO nur dann, wenn die Betroffenen *ausdrücklich* in die Verarbeitung ihrer Daten für einen oder mehrere festgelegte Forschungszwecke eingewilligt haben. Dies hindert im Grundsatz insbesondere die medizinische Sekundärforschung hinsichtlich von Daten, die zu einem Behandlungszweck oder zu einem anderen Forschungszweck erhoben worden waren. Das Erfordernis der Ausdrücklichkeit steht einer möglichen extensiven Auslegung der Einwilligungserklärung oder der Annahme einer konkludenten Einwilligung grundsätzlich entgegen. In aller Regel ist aber im Bereich von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO ebenso wie bei den besonderen Datenkategorien nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO eine Sekundärforschung an Daten, die zu einem anderen Zweck erhoben wurden, nur nach vorheriger Kontaktaufnahme und einer neuen informierten Einwilligung in die Datenverarbeitung zu dem geplanten Forschungszweck möglich. Bereits die Kontaktaufnahme betroffener Personen bereitet Schwierigkeiten, weil hierzu der Umweg über die datenerhebenden Verantwortlichen gegangen werden müsste, die wiederum zu einer Weitergabe der Identitätsangaben der Betroffenen deren Einwilligung einholen müssten. Zudem fordern sowohl Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO als auch Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO, dass die Forschungszwecke im Vorhinein „bestimmt“ oder „festgelegt“ sein müssen. Sind sie in enger Weise festgelegt, gerät die Verarbeitung zu Sekundärforschungszwecken zusätzlich in Konflikt mit dem Zweckbindungsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO. Hiervon wird zwar gemäß Halbsatz 2 dieser Vorschrift eine Ausnahme für eine Weiterverarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken gemacht, jedoch nur wenn sie geeigneten Garantien nach Art. 89 DS-GVO unterliegt und insbesondere der Grundsatz der Datenminimierung gewahrt ist; zudem enthebt dies nicht von dem Erfordernis einer gesonderten Rechtsgrundlage, insbesondere einer auf den konkreten Forschungszweck bezogenen Einwilligung.³⁹

Vor diesem Hintergrund war bereits in den Beratungen zur DS-GVO von verschiedenen Seiten vor allem aus dem Wissenschaftsbereich das Konzept einer „breiten“ Einwilligung (*broad consent*) befürwortet wor-

38 Siehe oben unter II.2.b.

39 Siehe näher oben II.1.a.

den.⁴⁰ Mit der Feststellung, dass zu Beginn eines Forschungsvorhabens, zu dem Daten erhoben werden sollen, die Forschungszwecke noch nicht stets vollständig angegeben werden können, fand immerhin ein Teilaspekt Eingang in Erwägungsgrund 33 S. 1 DS-GVO. Allerdings bezieht sich dieser Teilaspekt lediglich auf die Fälle der sog. Primärforschung mit *a priori* noch nicht vollständig festgelegten Zwecken, nicht auf die Sekundärforschung an bereits zu anderen, forschungsfernen Zwecken erhobenen Daten. Außerdem sieht Satz 2 dieses Erwägungsgrundes im Wortlaut gerade nicht eine „breite“, auf alle denkbaren Forschungszwecke bezogene Einwilligung vor, sondern erlaubt es umgekehrt, die Einwilligung auf bestimmte Forschungsbereiche zu beschränken. Dennoch wird dies teilweise so verstanden, dass bei einer späteren Erweiterung des Vorhabens auf andere Forschungszwecke eine erneute Einwilligung nicht notwendig sei, sondern die ursprünglich „für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung“ gegebene Einwilligung genüge, wobei Abstriche hinsichtlich der Bestimmtheit des Zwecks nur unter engen Voraussetzungen hinzunehmen seien.⁴¹

Nach Inkrafttreten der DS-GVO mangelte es nicht an Initiativen, um die verbliebenen datenschutzrechtlichen Probleme zu lösen, insbesondere im Bereich der sog. Sekundärforschung mit dem Konzept einer „breiten“ Einwilligung (*broad consent*). Am weitesten gediehen die Vorschläge der von mehreren Universitätsklinikstandorten ausgehenden Medizininformatik-Initiative, die einen bundesweit einheitlichen Mustertext einer Patienteninformation und Einwilligungserklärung veröffentlicht hat.⁴² Es handelt sich um eine Mischform mit Elementen des sog. *dynamic consent*,⁴³ weil die Patienten insbesondere die Möglichkeit einer erneuten Kontaktaufnahme haben, sich über Studien informieren können, und die Einwilli-

40 Vgl. z.B. Raum, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 89 Rn. 35.

41 So der Beschluss der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) zu Auslegung des Begriffs „bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung“ in ErwGr 33 der DS-GVO 3. April 2019, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_auslegung_bestimmte_bereiche_wiss_forschung.pdf.

42 Mustertext einer Patienteninformation und Einwilligungserklärung der Medizininformatik Initiative, abrufbar unter <https://www.medizininformatik-initiative.de/index.php/de/mustertext-zur-patienteneinwilligung>.

43 Vgl. zum *dynamic consent* z.B. das Gutachten 2021 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, BT-Drs. 19/28700, S. 207; Raum, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 89 Rn. 27.

gung eine Geltungsdauer von fünf Jahren hat.⁴⁴ Gegen diesen Mustertext wurden von der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) am 15. April 2020 im Kern keine Bedenken erhoben, sofern insbesondere auf die Gefahr der Rückverfolgbarkeit bei Verarbeitung genetischer Daten aus Biomaterialien hingewiesen werde.⁴⁵ Erstmals wurde das Konzept des *broad consent* am Universitätsklinikum Greifswald und anschließend an weiteren Universitätskliniken eingesetzt. Der Text enthält Muster für eine Patienteninformation und eine Patienteneinwilligung und adressiert spezifisch die in Behandlung befindlichen Patienten. Sie werden insbesondere gefragt, ob sie bereit sind, bereits im Zeitpunkt der Erhebung ihrer Daten und Biomaterialien zu Behandlungszwecken in die spätere Weiterverarbeitung dieser Daten oder Biomaterialien zu nicht näher eingegrenzten medizinischen Forschungszwecken einzuwilligen. Mit diesem Mustertext sollen daher spezifisch die datenschutzrechtlichen Probleme der Sekundärforschung gelöst werden.

Wenngleich diese Initiative einen großen Schritt in Richtung einer erheblich höheren Rechtssicherheit für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken markierte, verbleiben manche Rechtsunsicherheiten und gewisse Schwierigkeiten vor allem hinsichtlich der Administrierbarkeit des *broad consent*-Konzepts. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO verlangt für eine wirksame Einwilligung eine freiwillige, informierte und unmissverständliche Willensbekundung „für den bestimmten Fall“. Die Verarbeitung muss zwar nicht sofort nach der Einwilligung stattfinden, sondern kann erst später zu einem im Vorhinein noch nicht bestimmten Zeitpunkt erfolgen.⁴⁶ Da die Einwilligung aus Anlass einer ärztlichen Behandlung gewissermaßen auf Vorrat erklärt werden soll⁴⁷ und die später für die Verarbeitung zu Forschungszwecken Verantwortlichen noch nicht feststehen, sind jedoch an die Information vor Abgabe der Einwilligung gesteigerte Anforderungen

44 Siehe den Mustertext der Patienteninformation der Medizininformatik-Initiative (Fn. 42), Ziffern 1.3 sowie den Mustertext der Einwilligungserklärung, Ziffern 4 und 5.

45 Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu den Einwilligungsdokumenten der Medizininformatik-Initiative des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20200427_Beschluss_MII.pdf.

46 Vgl. z.B. Klabunde, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 36.

47 Es handelt sich nicht um eine Blankoerklärung, vgl. z.B. Gutachten 2021 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, BT-Drs. 19/28700, S. 207.

zu stellen. Insbesondere muss in der Aufklärung hinreichend deutlich werden, dass die spätere Verarbeitung zu Forschungszwecken mit der Behandlung nicht in Zusammenhang steht und nicht an die Behandlung gekoppelt ist.⁴⁸ Die Einwilligung ist von der Einwilligung in die Behandlung strikt zu trennen,⁴⁹ und es muss in besonderer Weise auf die Freiwilligkeit der Einwilligung geachtet werden. Gemäß Satz 3 des Erwägungsgrundes 33 DS-GVO ist den Betroffenen Gelegenheit zu geben, ihre Einwilligung auf bestimmte Forschungsbereiche oder -projekte zu begrenzen. Die behandelnden Ärztinnen oder Ärzte, welche über die Einhaltung dieser gesteigerten Anforderungen wachen müssen, werden in der Regel nicht identisch sein mit den Forschenden, die später die Daten zu Forschungszwecken verarbeiten. Letztere sind im Zeitpunkt der Einwilligung meist nicht bekannt. Es fehlt jemand, der von vornherein und über den Zeitraum bis zur Durchführung der Forschungsvorhaben die Gewähr bietet, dass die spätere Datenverarbeitung zu den gewollten Forschungszwecken erfolgen wird und die datenschutzrechtlichen Anforderungen, insbesondere die Betroffenenrechte beachtet werden. Eine solche Gewährträgerfunktion, die zugleich die Behandelnden entlasten würde, könnte möglicherweise ein Datentreuhänder wahrnehmen. Dann wäre auch Satz 4 des Erwägungsgrundes 42 DS-GVO Genüge getan, der verlangt, dass die Betroffenen bereits im Zeitpunkt der Abgabe ihrer Einwilligungserklärung Kenntnis von der Person des Verantwortlichen haben.

4. Existierende Alternativen zu einer Datentreuhand?

a) Sozialrechtliche Datentransparenz und Datenspende

In dem spezifischen Bereich des nationalen Krankenversicherungsrechts sind Instrumente wie die sog. Datentransparenz nach §§ 303a ff. SGB V oder die sog. Datenspende nach § 363 SGB V eingeführt worden. Diese Instrumente haben allerdings eine rechtspraktisch eng begrenzte Bedeutung und setzen ein Konzept der Datentreuhand lediglich voraus, ohne ein sol-

48 Vgl. auch ErwGr 42 S. 5 DS-GVO, der verlangt, dass die Einwilligung verweigert oder zurückgezogen werden kann, ohne dass die Betroffenen Nachteile (z.B. bei der Behandlung) erleiden.

49 Vgl. auch Art. 28 Abs. 2 VO (EU) Nr. 536/2014, in dem von einer gesonderten Einwilligung in eine über den Prüfplan einer klinischen Prüfung hinausgehende Datenverarbeitung ausgegangen wird.

ches Konzept selbst einzuführen. Die Daten, die von den Krankenkassen zweckgebunden an den Spitzenverband Bund der Krankenkassen und von diesem einerseits an die sog. Vertrauensstelle nach § 303c SGB V und andererseits an das Forschungsdatenzentrum nach § 303d SGB V übermittelt werden, beschränken sich auf die in § 303b Abs. 1 SGB V und in der Datentransparenzverordnung⁵⁰ genannten Angaben zu den Versicherten, insbesondere auf identifizierende Angaben und Angaben zum Versichertenstatus. Die Art der mit diesen Angaben möglichen Forschungsvorhaben nach § 303e Abs. 2 Nr. 4 SGB V und die Zahl der möglichen Nutzungsberechtigten nach § 303e Abs. 1 SGB V sind von vornherein begrenzt. Grundsätzlich werden gemäß § 303e Abs. 3 S. 3 SGB V nur anonymisierte und aggregierte Daten übermittelt. Immerhin sind aber dem Forschungsdatenzentrum implizit gewisse Funktionen zugeschrieben, die auch ein Datentreuhänder hat, wie etwa die Überwachung der Zweckbindung nach § 303e Abs. 3 S. 1, 2 SGB V oder das Zurückhalten der Identifizierungsschlüssel, sofern ausnahmsweise pseudonymisierte Datensätze nach § 303e Abs. 4 SGB V übermittelt werden.

Weiter geht die Regelung nach § 363 SGB V zur Verarbeitung von Daten der elektronischen Patientenakte zu Forschungszwecken. Hiernach können Patienten diese Daten für die Verarbeitung zu Forschungszwecken freigeben, so dass sie an das Forschungsdatenzentrum nach § 303d SGB V übermittelt werden dürfen. Mit Daten der elektronischen Patientenakten ist die Bandbreite möglicher Forschungsvorhaben erheblich weiter gespannt. Rechtscharakter, Voraussetzungen und Reichweite der „Freigabeerklärung“ bleiben recht undeutlich, insbesondere gegenüber wem die Erklärung abzugeben ist, ob sie generell „breit“ gefasst ist und wer die nach § 363 Abs. 2 S. 1 SGB V („informierte Einwilligung“) notwendige Aufklärung durchzuführen hat. In § 363 Abs. 5 SGB V wird am Ende lediglich auf „geeignetes Informationsmaterial der Krankenkassen“ nach § 343 Abs. 1 S. 1 SGB V hingewiesen. In einem Gutachten von 2021 plädiert der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen für eine Ausgestaltung der „Opt-in-Variante“ als „*Broad Consent* oder auch dynamisches Einwilligungsmodell z.B. mittels eines Datentreuhänders“.⁵¹ Die Regelung in § 363 SGB V könnte zwar funktional als Ausgestaltung einer Datentreuhand verstanden werden, die hier ausdrücklich auf einer Erklärung der Treugeber gründen würde. Die Regelung der sog. Daten-

50 BGBl. I 2020, 1371.

51 BT-Drs. 19/28700, S. 92 (Ziffer 224), vgl. aaO. auch S. 207 (Ziffer 462).

spende entbindet jedoch nicht von einer grundsätzlichen rechtlichen Fundamentierung der Datentreuhand.

b) Vorschlag einer Verordnung über einen europäischen Raum für Gesundheitsdaten

Im Mai 2022 hat die Europäische Kommission den Vorschlag für eine Verordnung über den europäischen Raum für Gesundheitsdaten (*European Health Data Space* – EHDS) veröffentlicht.⁵² Mit dieser Verordnung sollen gemeinsame Standards und Verfahren, Infrastrukturen und ein Governance-Rahmen für die Primär- und Sekundärnutzung personenbezogener elektronischer Gesundheitsdaten geschaffen werden (Art. 1 Abs. 1 EHDS-VO-Vorschlag). Während die Primärnutzung dieser Daten der Erbringung von Gesundheitsdiensten bei den betroffenen Personen selbst dient, ist für Forschungsvorhaben vor allem die in Kapitel IV des Verordnungsvorschlags geregelte sekundäre Datennutzung relevant. Nach Art. 33 EHDS-VO-Vorschlag stellen sog. Dateninhaber eine Reihe von aufgezählten Kategorien elektronischer Gesundheitsdaten für die Sekundärnutzung zu den Art. 34 EHDS-VO-Vorschlag bestimmten Zwecken, unter anderem für die Forschung im Bereich des Gesundheits- und Pflegesektors, zur Verfügung. Von den Mitgliedstaaten zu benennende Zugangsstellen für Gesundheitsdaten (Art. 36 EHDS-VO-Vorschlag) sollen dann den Zugang zu den Daten gewähren, wenn die antragstellenden Personen oder Einrichtungen mit der Verarbeitung einen der in Art. 34 EHDS-VO-Vorschlag genannten Zwecke verfolgen.⁵³ Den Antrag soll nach Art. 45 Abs. 1 EHDS-VO-Vorschlag jede natürliche oder juristische Person stellen können. Unklar ist allerdings, ob in Anlehnung an ErwGr 41 S. 1 EHDS-VO-Vorschlag gewinnorientierten Einrichtungen die Antragstellung von vornherein verwehrt sein soll.⁵⁴ Nach Art. 44 EHDS-VO-Vorschlag sollen die Zugangsstellen die Einhaltung des Grundsatzes der Datenminimierung und die Zweckbindung gewährleisten und die Daten grundsätzlich nur in einem

52 COM(2022) 197 final; vgl. dazu aus datenschutzrechtlicher Sicht z.B. Petri DuD 2022, 413 ff.

53 Insoweit für einen Rechtsanspruch der antragstellenden Personen plädierend Gassner DuD 2022, 739 (741 f.); es handelt sich jedenfalls nicht um eine im Ermessen stehende, sondern um eine gebundene Entscheidung, die unter den weiteren Voraussetzungen des Art. 46 Abs. 1 EHDS-VO-Vorschlag abgelehnt werden darf.

54 Vgl. dazu näher Gassner DuD 2022, 739 (742 ff.).

anonymisierten Format zur Verfügung stellen. Erfordert es der Zweck des Forschungsvorhabens, kann ein Zugang in pseudonymisierter Form gewährt werden, wobei der Schlüssel für die Rückgängigmachung der Pseudonymisierung (in der Regel die Klarnamenliste) bei der Zugangsstelle verbleibt (Art. 44 Abs. 3 EHDS-VO-Vorschlag).

Während die vorgeschlagenen Regelungen datenschutzrechtlich eine hinreichende Rechtsgrundlage für eine einwilligungsunabhängige Datenverarbeitung nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO sind, bleibt doch unklar, ob im Einzelfall die Anforderungen nach Art. 89 DS-GVO eingehalten sind und wer über deren Einhaltung wacht. Da dies nicht zu den Aufgaben der Zugangsstellen nach Art. 37 EHDS-VO-Vorschlag gehört, sind die datennutzenden Einrichtungen vollständig verantwortlich, nach Art. 89 DS-GVO angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Personen zu treffen.⁵⁵ Die Zugangsstellen sollen nach Art. 38 Abs. 1 EHDS-VO-Vorschlag lediglich die Bedingungen für die Sekundärnutzung „öffentlich zugänglich und leicht durchsuchbar“ machen, insbesondere über die technischen und organisatorischen Maßnahmen, die zum Schutze der Rechte natürlicher Personen ergriffen werden, sowie über deren Betroffenenrechte nach der DS-GVO informieren. Damit gehen nicht nur die Rechtsunsicherheiten über die Einhaltung jener Maßnahmen vollständig zu Lasten der datennutzenden Forschungseinrichtungen, sondern es offenbart sich auch ein datenschutzrechtlicher Webfehler des EHDS-VO-Vorschlages: Einerseits stehen den datennutzenden Einrichtungen lediglich anonymisierte Daten oder pseudonymisierte Daten ohne Schlüssel zur Verfügung, andererseits können sie die angemessenen und spezifischen Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Personen nur dann treffen, wenn ihnen deren Identität bekannt ist oder sie sich die notwendigen Angaben beschaffen können. Insbesondere diejenigen Betroffenenrechte nach Art. 12 ff. DS-GVO, die nicht nach Art. 89 Abs. 2 DS-GVO ausgeschlossen werden dürfen, müssen auch bei Sekundärnutzung von lediglich pseudonymisierten elektronischen Gesundheitsdaten beachtet werden. Im Übrigen fehlt in dem EHDS-VO-Vorschlag soweit ersichtlich ein Ausschluss der Betroffenenrechte nach Art. 89 Abs. 2 DS-GVO.

55 Speziell zum Widerspruchsrecht betroffener Personen nach Art. 21 Abs. 6 DS-GVO näher Gassner DuD 2022, 739 (744 f.), zweifelhaft allerdings die Annahme (aaO 745), ein darüberhinausgehendes Widerspruchsrecht lasse sich nicht aus Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 GRCh ableiten.

In seiner jetzigen Fassung enthält der EHDS-VO-Vorschlag nicht nur die aufgezeigten Unstimmigkeiten mit der DS-GVO, sondern er lässt vor allem die durch Art. 9 Abs. 2 lit. j und Art. 89 DS-GVO erzeugten Rechtsunsicherheiten einer einwilligungsunabhängigen Datenverarbeitung zu Forschungszwecken ungelöst. Abgesehen davon, dass der EHDS-VO-Vorschlag nur einen – wenn auch weitläufig – begrenzten Bereich von Daten und zulässigen Verarbeitungszwecken im Gesundheits- und Pflegebereich erfasst, eignet er sich insgesamt nicht, um den identifizierten Bedarf nach einer Datentreuhand zu decken oder obsolet zu machen. Daran ändert auch nichts der recht undeutliche Hinweis in Art. 37 Abs. 1 lit. h EHDS-VO-Vorschlag auf eine „Beteiligung“ der Zugangsstellen an datenaltruistischen Tätigkeiten gemäß Art. 40 EHDS-VO-Vorschlag. Wenn man sämtliche identifizierten Mängel des Verordnungsvorschlages tilgen würde, könnten die nationalen Zugangsstellen möglicherweise die Funktion einer öffentlich-rechtlich organisierten Datentreuhänderin wahrnehmen.⁵⁶ Für deren Ausgestaltung stellten sich dann ähnliche Rechtsfragen wie für privatrechtlich organisierte Datentreuhänder.

5. Zwischenergebnis

Insgesamt kann ein nicht unerheblicher Bedarf nach einer Lösung der verbleibenden Rechtsunsicherheiten und Auslegungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit einer Datenverarbeitung zu Forschungszwecken diagnostiziert werden, sei es auf der Grundlage einer „breiten“ Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO oder nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO, sei es einwilligungsunabhängig auf der Basis von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit Art. 89 DS-GVO und den entsprechenden unionsrechtlichen oder nationalen Rechtsgrundlagen. Für eine Datenverarbeitung zu anderen gemeinwohlnützigen Zwecken, die nicht wissenschaftliche Forschungszwecke oder die weiteren unter Art. 9 Abs. 2 lit. j, 89 DS-GVO fallenden Zwecke sind, fehlt es sogar vollständig an einer datenschutzrechtlichen Privilegierung. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Regelungen des Data Governance Act (DGA) zu datenaltruistischen Organisationen diese Rechtsunsicherheiten und Schwierigkeiten überwinden und als Datentreuhand qualifiziert werden können.

⁵⁶ In diese Richtung auch Gassner DuD 2022, 739 (746).

III. Die Verankerung der Datentreuhand im Data Governance Act (DGA) und ihre Bedeutung für die Überwindung datenschutzrechtlicher Unsicherheiten

1. Die Regelung über datenaltreuer Organisationen als einziger Anknüpfungspunkt im DGA für eine Datentreuhand zu Forschungszwecken

Eine Datentreuhand ist im DGA⁵⁷ nicht unmittelbar geregelt. Von vornherein nicht als Ausgestaltung einer Datentreuhand zu deuten sind die Regelungen in Kapitel II und III des DGA.⁵⁸ Kapitel II des DGA gibt öffentlichen Stellen über die Richtlinie (EU) 2019/1024 hinaus die Möglichkeit, den Zugang zur Weiterverwendung von Daten, die sich in ihrem „Besitz“ befinden und an denen Rechte Dritter bestehen, unter bestimmten Bedingungen und Anforderungen zu gewähren (Art. 5 Abs. 1 DGA). Es fehlt allerdings an einer Rückbindung des von der öffentlichen Stelle einseitig festgelegten Zwecks der Weiterverwendung an einen Treugeber. Außerdem ist für die Forschungspraxis die strikte Schutzbeibehaltungspflicht der öffentlichen Stelle nach Art. 5 Abs. 3 DGA hinderlich, der sie z.B. durch Anonymisierung personenbezogener Daten oder Bereitstellung oder Kontrolle einer sicheren, ggf. physisch-räumlich einzugrenzenden Verarbeitungsumgebung nachkommen muss (Art. 5 Abs. 3 S. 2 DGA). Nicht ausgeschlossen ist, dass sich die nationale Ausgestaltung der zuständigen Stellen nach Art. 7 DGA an gewissen Treuhänderfunktionen orientieren wird. Bislang ist dies nicht geschehen. Ebenfalls keine Treuhänderfunktion kommt den Datenvermittlungsdiensten nach Kapitel III des DGA zu. Soweit solche Dienste den Austausch zwischen Dateninhabern und potenziellen Datennutzenden ermöglichen, erfüllen sie mehr eine Mittlerrolle in der Art eines Maklers oder Handelsmaklers.⁵⁹ Auch soweit sie spezielle Infrastruk-

57 Verordnung (EU) Nr. 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt), ABL L 152, 3.6.2022, S. 1.

58 In diese Richtung Specht-Riemenschneider/Kerber, Designing Data Trustees – A Purpose-Based Approach, Datentreuhänder – ein problemlösungsorientierter Ansatz, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (Hrsg.), 2022, S. 7 (17 ff.), abrufbar unter <https://www.kas.de/documents/252038/16166715/Designing+Data+Trustees+-+A+Purpose-Based+Approach.pdf/ffadcb36-1377-4511-6e3c-0e32fc727a4d>.

59 Vgl. Art. 10 lit. a DGA, speziell zu der etwaigen Rolle als Handelsmakler Art. 12 lit. b DGA.

turen für die Vernetzung von Dateninhabern und Datennutzenden bereitstellen, insbesondere Plattformen, nehmen sie keine Treuhänderaufgaben wahr. Allenfalls soweit die bereitgestellte Infrastruktur in einer Datenbank besteht, die gemäß Art. 12 lit. a DGA eine gesonderte juristische Person sein muss, könnte diese separate Rechtsperson – nicht der Datenvermittlungsdienst selbst – in der Art einer Datentreuhänderin organisiert werden.

Eine Datentreuhänderschaft könnte aber indirekt in Kapitel IV über den Datenaltruismus verankert sein oder an diese Regelung anknüpfen. Nach Art. 2 Ziffer 16 DGA ist „Datenaltruismus“ die unentgeltliche und an Ziele von allgemeinem Interesse gebundene, „freiwillige gemeinsame“ Nutzung von Daten, die bei personenbezogenen Daten auf der Grundlage einer Einwilligung der betroffenen Personen erfolgt.⁶⁰ Als ein solches Ziel von allgemeinem Interesse weist Art. 2 Ziffer 16 DGA am Ende auch die „wissenschaftliche Forschung im allgemeinen Interesse“ aus.⁶¹ Gemäß Art. 18 lit. b, c DGA muss eine datenaltruistische Organisation nach dem Recht eines Mitgliedstaates Rechtspersönlichkeit aufweisen, darf keinen Erwerbszweck verfolgen und muss rechtlich unabhängig von jeder Organisation handeln, die Erwerbszwecke verfolgt. Diesen Anforderungen könnte im deutschen Recht vor allem die Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH) gerecht werden, wenn an ihr mehrheitlich insbesondere juristische Personen des öffentlichen Rechts oder gemeinnützige Körperschaften oder Stiftungen des privaten Rechts ohne Erwerbszweck beteiligt sind.

In mehreren Vorschriften wie etwa in Art. 20 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. c DGA wird von einem „Besitz“ der datenaltruistischen Organisation an den Daten ausgegangen, die zu Forschungs- und anderen Förderzielen genutzt werden sollen. Auf welche Weise die datenaltruistische Organisation in den „Besitz“ dieser Daten gekommen ist, lässt der DGA offen. Im Forschungskontext können Daten an die datenaltruistische Organisation über mehrere Wege einwilligungsabhängig oder -unabhängig weitergegeben worden sein. Diese Wege werden im folgenden Unterabschnitt näher untersucht.⁶² Festgehalten werden kann an dieser Stelle zunächst, dass der

60 In diesem Beitrag nicht näher eingegangen werden kann auf die Zwischenverarbeitung *nicht* personenbezogener Daten durch datenaltruistische Organisationen auf der Grundlage einer Erlaubnis der betreffenden Dateninhaber.

61 Vgl. auch ErwGr 45 S. 3 DGA („Unterstützung der wissenschaftlichen Forschung“).

62 Siehe hierzu näher unter III.2.a.

DGA diese Wege und die Datenverarbeitung durch datenaltuistische Organisationen nicht im Einzelnen regelt, sondern lediglich voraussetzt.

Der DGA beschränkt sich demgegenüber auf das Setzen einzelner Regulierungspfeiler, insbesondere auf die Intermediärfunktion⁶³ datenaltuistischer Organisationen, forschungsrelevante Daten entgegenzunehmen und Forschungs- oder anderen Einrichtungen die Möglichkeit zur zweckgebundenen Verarbeitung dieser Daten zu geben. Ein weiterer Eckpfeiler ist die Regelung über die Eintragung datenaltuistischer Organisationen in öffentliche Register nach Art. 17, 18 und 19 DGA sowie über die Aufsicht und Überwachung über datenaltuistische Organisationen durch nationale Behörden nach Art. 24 DGA. Einen dritten Eckpfeiler stellen die Transparenz- und Schutzanforderungen nach Art. 20, 21 DGA sowie die Anforderungen dar, welche die Kommission in einem gemäß Art. 22 DGA auszuarbeitenden Regelwerk festlegen wird.

Die Intermediärfunktion datenaltuistischer Organisationen ist in den bisherigen Stellungnahmen zum DGA nicht oder allenfalls in Ansätzen mit der Funktion eines Datentreuhänders in Verbindung gebracht worden.⁶⁴ In den Erwägungsgründen ist mehrmals von „Vertrauen“ in die datenaltuistischen Organisationen die Rede, das betroffene Personen und Dateninhaber entwickeln sollen.⁶⁵ Bevor die mögliche Qualifizierung des Datenaltuismus als Datentreuhand in Abschnitt IV. dieses Beitrags näher untersucht werden kann, müssen in den folgenden Unterabschnitten zunächst die vor allem datenschutzrechtlich bedeutsamen Fragen geklärt werden, auf welche Weise datenaltuistische Organisationen in den „Besitz“ der Daten gelangen und wie sie die oben in Abschnitt II. identifizierten datenschutzrechtlichen Probleme einer Datenverarbeitung zu Forschungs- und anderen gemeinwohlnützigen Zwecken überwinden helfen.

63 Zur Funktion als Datenintermediär im Zusammenhang mit Datentreuhändern vgl. z.B. Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne MMR-Beil. 2021, 25 (26); zum Begriff des Datenintermediärs im Zusammenhang mit dem Handel von Daten zwischen Unternehmen vgl. z.B. Henne-mann/v. Ditzfurth NJW 2022, 1905 (1906 f.).

64 Vgl. vor allem Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne MMR-Beil. 2021, 25 (25, 27), wobei die Ausführungen zu einer treuhandrechtlichen Einordnung der Datentreuhand (aaO. S. 33 ff.) nicht spezifisch auf datenaltuistische Organisationen bezogen werden; teilweise wird der Begriff der Datentreuhand nur mit Datenvermittlungsdiensten nach Art 9 ff. DGA in Verbindung gebracht, vgl. z.B. Beise RDi 2021, 597 (602 f.); Schildbach ZD 2022, 148 f.; Spindler CR 2021, 98 (99, 102 f.).

65 Siehe ErwGr 46 S. 4, 5 DGA, ErwGr 47 S. 1 DGA sowie ErwGr 52 S. 1 DGA.

2. Wege, wie datenaltruistische Organisationen in den „Besitz“ der Daten gelangen

a) Kein Erfordernis vorheriger Einwilligung in die Datenübermittlung an datenaltruistische Organisationen

Dass datenaltruistische Organisationen den „Besitz“ personenbezogener Daten bereits originär mit Einwilligung der betroffenen Personen erlangt haben müssen, verlangt der DGA nicht. Vielmehr knüpft Art. 2 Ziffer 16 DGA lediglich die spätere, den Zielen von allgemeinem Interesse dienende Nutzung personenbezogener Daten an das Vorliegen einer Einwilligung. Ausweislich von Erwägungsgrund 50 S. 4 DGA⁶⁶ ist selbst diese einwilligungsbasierte Nutzung nur die Regel, von der Ausnahmen möglich sein sollen. Auch Art. 21 Abs. 3 DGA und Art. 25 DGA setzen implizit voraus, dass die datenaltruistische Organisation ohne Einwilligung in den „Besitz“ der Daten gelangt sein könnte und dass die Möglichkeit besteht, nachträglich eine Einwilligung einzuholen. Eine Pflicht zur Einholung der Einwilligung zu einer späteren zweckkonformen Nutzung der Daten statuieren beide Normen nicht. Sie könnte sich aber aus der DS-GVO ergeben. Art. 21 Abs. 3 DGA verlangt lediglich die Bereithaltung von „Werkzeugen“, um die Einwilligung in die (spätere) Nutzung einzuholen.

b) Der Weg über eine Einwilligung in die Datenübermittlung an datenaltruistische Organisationen

Das „Europäische Einwilligungsformular für Datenaltruismus“ nach Art. 25 DGA soll die Erhebung von Daten erleichtern und betrifft vornehmlich den Fall, dass datenaltruistische Organisationen aktiv auf Einzelpersonen zugehen oder von diesen kontaktiert werden und ihre Einwilligung zur Datennutzung zu Zwecken von allgemeinem Interesse einholen.⁶⁷ So kann zusätzlich Primärforschung vermittelt werden, bei der die datenaltruistische Organisation selbst Daten originär erhebt, um sie For-

⁶⁶ „In der Regel stützt sich Datenaltruismus auf die Einwilligung der betroffenen Personen im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a und Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EU) 2016/679, ...“ (Hervorhebung durch d. Verf.).

⁶⁷ Zu der Funktion des Formulars und einzelnen inhaltlichen Anforderungen siehe auch ErwGr 52 DGA.

schungszwecken zuzuführen, zu denen ein konkretes Vorhaben eines Datennutzers durchgeführt werden soll und diesem von der datenaltruistischen Organisation die Möglichkeit zur Verarbeitung der noch zu erhebenden Daten gegeben wird. Je nach seiner Ausgestaltung könnte sich das Formular aber auch für die Sekundärforschung eignen, mithin den Fall, dass die datenaltruistische Organisation einer Forschungseinrichtung den Zugang zu bereits zu anderen Zwecken erhobenen Daten gewähren will und hierfür die Einwilligung der betroffenen Personen einholt.⁶⁸

Insbesondere im Bereich der medizinischen Forschung ist der Weg frei für eine Weitergabe von Daten oder Biomaterialien an datenaltruistische Organisationen, wenn eine sog. „breite“ Einwilligung (*broad consent*) vorliegt, in der die betroffenen Personen im Zeitpunkt der – zu anderen (zum Beispiel Behandlungs-) Zwecken erfolgenden – Datenerhebung in die spätere Weiterverarbeitung ihrer Daten zu nicht näher eingegrenzten medizinischen Forschungszwecken eingewilligt haben. Die Zulässigkeit einer solchen Einwilligung richtet sich nach der DS-GVO.⁶⁹ Erwägungsgrund 50 S. 5 DGA verlangt zusätzlich die Einhaltung anerkannter Standards der Ethik für die wissenschaftliche Forschung. Auch wenn die datenaltruistische Organisation medizinische Forschungstätigkeiten nicht selbst erbringt, muss sie zu dem (Gesellschafts-, Vereins- oder Stiftungs-)Zweck gegründet worden sein, ohne Erwerbsabsicht medizinwissenschaftlichen Forschungszwecken zu dienen. Dies ergibt sich einerseits aus Art. 18 lit. c DGA, der die Verfolgung von Erwerbszwecken verbietet, und andererseits aus Art. 18 lit. b DGA, der vorsieht, dass die datenaltruistische Organisation gemäß dem nationalen Recht Rechtspersönlichkeit hat, „um ... Ziele von allgemeinem Interesse zu erreichen“. Wenn die Förderung medizinischer Forschungszwecke ihr ausschließlicher Zweck ist, gewährleistet die datenaltruistische Organisation, dass die an sie weitergegebenen Patientendaten medizinischen Forschungszwecken dienen werden. Die Zwischenverarbeitung dieser Daten bei der datenaltruistischen Organisation zum Zweck der späteren Zugangsgewährung an die Forschungseinrichtungen kann daher von einer „breiten“ Einwilligungserklärung grundsätzlich gedeckt sein. In die Einwilligungformulare sollte zur Sicherheit ein entspre-

68 Vgl. auch ErwGr 50 S. 1 DGA.

69 Daher steht auch nicht entgegen, dass ErwGr 36 S. 4 der Entwurfsfassung des DGA (COM(2020) 767 final) noch eine ähnliche Formulierung enthielt wie ErwGr 33 S. 1 DS-GVO und diese Formulierung nicht in die endgültige Fassung des DGA übernommen wurde; anders offenbar Tolks MMR 2022, 444 (448), der auf die Beachtlichkeit dieser Streichung für die Einwilligung hinweist, daraus jedoch keine konkreten Schlussfolgerungen zieht.

chender ausdrücklicher Passus aufgenommen werden. Der von der Medizininformatik-Initiative entworfene bundesweit einheitliche Mustertext einer Patienteninformation und Einwilligungserklärung⁷⁰ deckt demgegenüber die Zwischenverarbeitung bei einer datenaltruistischen Organisation nicht im Wortlaut. In Ziffer 1.2 der bisherigen Textfassung der Patienteninformation wird lediglich von einer Weitergabe der Daten durch die behandelnde Einrichtung ausgegangen.⁷¹ Insofern empfiehlt sich eine Revision des Mustertextes. Bei dieser Gelegenheit muss möglicherweise auch die Formulierung in anderen Ziffern geändert oder zumindest überdacht werden. Insbesondere ist der Name der datenaltruistischen Organisation zu nennen. Andere Formulierungen passen jedoch bereits gut auf die Weitergabe an eine datenaltruistische Organisation, etwa die Ausführungen zu der Notwendigkeit einer separierten Codierung, wo von einer „einrichtungsübergreifenden Zusammenführung von Daten“ bei einer „Treuhandstelle“ die Rede ist.⁷² Auf die Frage, inwieweit die Einbindung datenaltruistischer Organisationen in datenschutzrechtlicher Hinsicht Hindernisse und Unsicherheiten überwinden kann, wird noch einzugehen sein.⁷³

70 Mustertext einer Patienteninformation und Einwilligungserklärung der Medizininformatik Initiative, abrufbar unter <https://www.medizininformatik-initiative.de/index.php/de/mustertext-zur-patienteneinwilligung>.

71 Ziffer 1.2 des genannten Mustertextes der Patienteninformation lautet wie folgt: „Ihre Patientendaten können Universitäten, Forschungsinstituten und forschenden Unternehmen auf Antrag für medizinische Forschungszwecke zur Verfügung gestellt werden. Diese Daten dürfen vom Empfänger nur zu dem vorbestimmten und beantragten Forschungszweck genutzt und nicht zu anderen Zwecken weitergegeben werden. Ihre Patientendaten [falls zutreffend: und gespendeten Biomaterialien] werden ausschließlich für wissenschaftliche Zwecke genutzt; sie werden nicht verkauft. [Die/Das Name der behandelnden Einrichtung] kann aber für die Bereitstellung qualitätskontrollierter Daten von den jeweiligen Nutzern eine angemessene Aufwandsentschädigung erheben.“

72 Siehe Ziffer 1.3 der Patienteninformation der Medizininformatik-Initiative, abrufbar unter <https://www.medizininformatik-initiative.de/index.php/patienteneinwilligung>.

73 Siehe III.3.a.

c) *Die einwilligungsunabhängige Datenübermittlung an datenaltruistische Organisationen bei späterer Einholung der Einwilligung vor Durchführung eines Forschungsvorhabens*

Sieht man von dem *broad consent*-Konzept im Bereich der medizinischen Forschung ab, wird es im Bereich der Sekundärforschung häufig an einer vorherigen Einwilligung in die Datenübermittlung an datenaltruistische Organisationen fehlen. Wie bereits erläutert, schließt dies jedoch nicht aus, dass die datenaltruistische Organisation im Einklang mit der DS-GVO auf einem anderen Wege als über eine Einwilligung der betroffenen Personen in den „Besitz“ des der Forschung zuzuführenden Datenmaterials gelangen kann. Speziell im Bereich der medizinischen Forschung ist dies auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO möglich. Dass in Kapitel IV des DGA ein solcher alternativer Weg nicht ausgeschlossen wurde, ist bereits erläutert worden.⁷⁴

Freilich müssen die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO eingehalten werden.⁷⁵ Die Zwischenverarbeitung der personenbezogenen Daten durch eine eingetragene datenaltruistische Organisation wird in aller Regel im öffentlichen Interesse liegen,⁷⁶ zumal sie nach Art. 18 lit. c DGA keine kommerziellen Interessen verfolgen darf. Ist die Förderung wissenschaftlicher Forschungszwecke der einzige (Gesellschafts-, Vereins- oder Stiftungs-)Zweck der datenaltruistischen Organisation, so ist sichergestellt, dass die an sie übermittelten Daten sowohl bei ihr als auch bei den Forschungseinrichtungen, denen sie später den Zugang gewährt, ausschließlich zu diesen Zwecken verarbeitet werden.⁷⁷ Gerade die Zwischenverarbeitung der Daten bei der datenaltruistischen Organisation wird in der Regel erforderlich im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO sein, weil die datenerhebende Einrichtung die Daten nicht zu Forschungszwecken verarbeitet hat und weil die Forschungszwecke bei Erhebung der Daten noch nicht hinreichend konkret angegeben werden können.

Dagegen bedarf es nicht der zusätzlichen Voraussetzung nach § 27 Abs. 1 BDSG, dass ein Allgemeininteresse an der Zwischenverarbeitung der Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken bei einer datenaltruistischen Organisation die Interessen der betroffenen Personen *erheblich*

74 Siehe oben III.2.a.

75 Dass auch datenaltruistische Organisationen an die DS-GVO gebunden sind, wird klargestellt in ErwGr 50 S. 3 DGA.

76 Zu diesem Erfordernis siehe oben II.2.b.

77 Siehe näher im obigen Unterabschnitt unter III.2.b.

überwiegen muss. Denn die Zwischenverarbeitung bei einer datenaltuistischen Organisation erfolgt nicht auf der Grundlage von § 27 Abs. 1 BDSG, sondern auf der spezifisch unionsrechtlichen Grundlage der Art. 16 ff. DGA in Verbindung mit der noch zu erlassenden mitgliedstaatlichen Rechtsgrundlage für organisatorische oder technische Regelungen nach Art. 16 S. 1 DGA. Sogar wenn diese künftige nationale Rechtsgrundlage überschießend ein erhebliches Überwiegen des Allgemeininteresses an der Zwischenverarbeitung bei datenaltuistischen Organisationen im Verhältnis zu den Betroffeneninteressen vorsehen sollte, dürfte diese Voraussetzung regelmäßig erfüllt sein. Denn bevor auf der Basis der Patientendaten tatsächlich Forschungsvorhaben durchgeführt werden dürfen, müssen die Betroffenen nach Art. 21 Abs. 1 DGA informiert werden und es wird im Lichte von Art. 2 Nr. 16 DGA im Normalfall auch ihre Einwilligung vorliegen müssen. Dies wird den Anforderungen an einen *informed consent* gerecht, von dem auch Art. 16 S. 3 DGA ausgeht. Während der Eingriff in Betroffenenrechte in Gestalt der zunächst einwilligungslosen, für kurze Zeit erfolgenden Zwischenverarbeitung der Betroffenenendaten bei einer datenaltuistischen Organisation und eines Löschsens der Daten nach verweigerter Einwilligung von geringer Intensität ist, überwiegt demgegenüber das Potential, dass mit den Daten nach gegebener Einwilligung vielfältige Forschungsvorhaben durchgeführt werden können. Dieses Überwiegen wird man in der Regel als ein erhebliches Überwiegen einstufen können. Freilich empfiehlt es sich für den deutschen Gesetzgeber nicht, das Erfordernis eines erheblichen Überwiegens der Betroffeneninteressen in den von Art. 16 S. 1 DGA vorgesehenen nationalen Regelungen vorzuschreiben, weil damit gewisse Rechtsunsicherheiten bei der Auslegung des Wortes „erheblich“ befördert würden.

d) Einwilligungsunabhängige Datenübermittlung ohne spätere Einholung der Einwilligung?

Wie bereits erwähnt, muss die datenaltuistische Organisation die Einwilligung der betroffenen Personen vor der Durchführung der Forschungsvorhaben oder der anderweitigen Datennutzung nur „in der Regel“ einholen.⁷⁸ Von der einwilligungsbasierten Nutzung der Daten können die Mitgliedstaaten in den gemäß Art. 16 DGA noch zu schaffenden organisatori-

⁷⁸ Vgl. nochmals ErwGr 50 S. 4 DGA: „In der Regel“ stützt sich Datenaltuismus auf die Einwilligung der betroffenen Personen im Sinne von Artikel 6 Absatz 1

schen oder technischen Rechtsgrundlagen in engen Grenzen Ausnahmen vorsehen. Denn abgesehen von Art. 2 Nr. 16 DGA, der nur eine Begriffsbestimmung des Datenaltruismus enthält und im Lichte von Erwägungsgrund 50 S. 4 DGA auszulegen ist, sieht keine Vorschrift des DGA eine Pflicht vor, dass die Einwilligung vor Durchführung von Maßnahmen zur Erreichung der Ziele von allgemeinem Interesse stets eingeholt werden *muss*. Insbesondere Art. 21 Abs. 3 DGA verlangt von der datenaltruistischen Organisation lediglich, dass sie „Werkzeuge zur Einholung der Einwilligung betroffener Personen“ zur Verfügung stellt.

Vor diesem Hintergrund erscheint nicht ausgeschlossen, dass der nationale Gesetzgeber einzelne Ausnahmen von dem Einwilligungserfordernis vorsehen darf, wenn dies im Einklang mit dem Unionsrecht geschieht. Ausgeschlossen ist dies allerdings von vornherein in dem Bereich der medizinischen Forschung, soweit Forschungseinrichtungen die Zugangsgewährung zu Daten von einer datenaltruistischen Organisation für die Durchführung klinischer Prüfungen nach der Verordnung (EU) Nr. 536/2014 oder nach der Medizinprodukte-Verordnung⁷⁹ begehren. Wie bereits oben näher begründet,⁸⁰ verlangen beide Verordnungen eine informierte Einwilligung zur Teilnahme an der klinischen Prüfung und schließen damit auch die für die Teilnahme erforderliche Verarbeitung der personenbezogenen Daten ein. Daher dürfen die bei einer datenaltruistischen Organisation befindlichen personenbezogenen Daten nur dann für eine klinische Prüfung genutzt werden, wenn die betroffenen Personen ihre Einwilligung erklärt haben. Der Rechtfertigungsgrund des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO ist insoweit ausgeschlossen.

In Betracht kommt die Regelung einer Ausnahme von dem Einwilligungserfordernis dagegen dann, wenn die datenaltruistische Organisation personenbezogene Daten auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO zur Wahrnehmung berechtigter Interessen verarbeitet. Ein solches berechtigtes Interesse könnte etwa der verkehrssichere Betrieb eines automatisierten oder autonomen Mobilitätssystems darstellen. Zugleich kann dies ein Ziel von allgemeinem Interesse sein, das wiederum (Gesellschafts-

Buchstabe a und Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EU) 2016/679, ...“ (Hervorhebung durch d. Verf.).

79 Verordnung (EU) Nr. 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates, ABl. L 117, 5.5.2017, S. 1.

80 Siehe oben II.2.b.

Vereins- oder Stiftungs-)Zweck einer datenaltruistischen Organisation im Sinne der Art. 16 ff. DGA ist.⁸¹ Die von den Fahrzeugen eines solchen Systems während ihres Betriebs aufgenommenen personenbezogenen Daten anderer Verkehrsteilnehmer können dem „Besitz“ dieser zentralen datenaltruistischen Organisation zugewiesen werden. Diese könnte die Daten dann in einem gedachten zweiten Schritt einem vorab feststehenden Kreis von Betreibenden des Systems zur Verfügung stellen, damit zum Beispiel auch andere autonome Fahrzeuge des Systems anhand dieser Daten „lernen“ können. Weil es technisch schwierig bleibt, diese Daten sofort zu anonymisieren, ohne den „Lerneffekt“ zu verspielen, wird man auf die Rechtsgrundlage in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO angewiesen sein. Hier könnte die datenaltruistische Organisation unter engen Voraussetzungen davon entbunden werden, die einzelnen betroffenen Verkehrsteilnehmer und Unbeteiligten ausfindig zu machen und ihre Einwilligung in die Datennutzung durch das automatisierte oder autonome Mobilitätssystem einzuholen. Eine solche Einholung wäre technisch und ökonomisch kaum möglich. Eine nur sehr kurz im System andauernde Verarbeitung der Verkehrsteilnehmerdaten zum Zweck des verkehrssicheren Betriebs des Mobilitätssystems greift nur in geringem Maße in die Betroffenenrechte ein, sofern diese Daten nach kurzer Zeit wieder gelöscht werden, sobald sie das System nicht mehr benötigt. In diesem Fall erscheint es verzichtbar, dass die datenaltruistische Organisation die Einwilligung der einzelnen Betroffenen im Nachhinein einholt. Eine entsprechende Ausnahmeregelung – auf nationaler oder auf Unionsebene – wäre daher mit dem DGA und mit der DS-GVO vereinbar. Vorzugswürdig wäre eine sektorspezifische Regelung auf Unionsebene. Die rechtliche Ausgestaltung einer Datentreuhand im Zusammenhang mit automatisierten oder autonomen Mobilitätssystemen bleibt ein lohnender Forschungsgegenstand für die Zukunft.

3. Mehrwert einer datenaltruistischen Organisation bei der Überwindung datenschutzrechtlicher Unsicherheiten

a) Administrierung des broad consent-Konzepts bei einwilligungsabhängiger Datenverarbeitung

Einen besonderen Mehrwert verspricht die Einbindung datenaltruistischer Organisationen, wenn die Datenverarbeitung zu Forschungs- oder anderen

81 Vgl. Geibel GPR 2021, 194 (197 f.).

gemeinwohlnützigen Zwecken auf der Grundlage einer „breiten“ Einwilligung erfolgt.⁸² Vor allem im Bereich der medizinischen Forschung ermöglichen datenaltruistische Organisationen die Administrierung des *broad consent*-Konzepts, können eine deutliche Entlastung der behandelnden medizinischen Einrichtungen herbeiführen und zugleich den Skalierungsgrad für die datenbasierte Medizinforschung deutlich erhöhen, indem sie Daten vieler medizinischer Einrichtungen zusammenführen und den Zugang einer Vielzahl von Forschungseinrichtungen ermöglichen. Die datenaltruistischen Organisationen müssen in der Patienteninformation und in der Einwilligungserklärung bereits als Verantwortliche für die Zwischenverarbeitung der Daten genannt werden⁸³ und bieten die Gewähr, dass diese Daten später konkreten medizinischen Forschungsprojekten zugeführt werden.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist vor allem die Rolle der datenaltruistischen Organisationen bei der Pseudonymisierung und bei der Wahrung der Betroffenenrechte bedeutsam. Der Schlüssel für die Identifizierung der betroffenen Personen muss nicht mehr in jeder medizinischen Einrichtung verwaltet werden, sondern kann in einer personell unabhängigen datenaltruistischen Organisation zentral aufbewahrt und darf nicht an die Forschungseinrichtungen herausgegeben werden. So sind die pseudonymisierten Daten aus Sicht der Forschungseinrichtungen, denen später der Zugang zu diesen Daten gewährt wird, „anonymisierte“ Daten.⁸⁴ Die Gefahr von Interessenkollisionen kann reduziert werden, die ansonsten bestünde, wenn die Personen auf der Seite der Behandelnden und auf der Seite der Forschenden miteinander in vielfältigen Beziehungen stehen oder sogar identisch sein sollten. Das Regelwerk der Kommission nach Art. 22 DGA wird wahrscheinlich gewisse Inkompatibilitätsanforderungen an die Mitarbeitenden der datenaltruistischen Organisationen stellen. Werden die Unterlagen, die zur Identifizierung der betroffenen Personen führen können, bei der datenaltruistischen Organisation aufbewahrt, ist sie in der Lage, die Beachtung der Betroffenenrechte nach Art. 12-22 DS-GVO zu gewährleisten. Der DGA enthält darüber hinaus flankierende Anforderungen. Dem Auskunftsrecht tragen die Pflichten nach Art. 21 Abs. 1 und 6 DGA Rechnung, allerdings nicht in erschöpfender Weise. Für das Wider-

82 Zum *broad consent*-Konzept siehe oben II.3.

83 Von einer Zwischenverarbeitung der Daten bei der datenaltruistischen Organisation gehen auch die Sätze 1-3 in ErwGr 50 DGA aus.

84 Vgl. z.B. Buchner/Haber/Hahn/Kusch/Prasser/Sax/Schmidt, DuD 2021, 806 (809 f.).

spruchsrecht der Betroffenen nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO wird in Art. 21 Abs. 3 S. 2 DGA ausdrücklich verlangt, dass die datenaltuistischen Organisationen hierfür „Werkzeuge“ zur Verfügung stellt. Das Regelwerk der Kommission nach Art. 22 DGA wird die Anforderungen an die Schutzmaßnahmen zur Wahrung der Betroffenenrechte weiter detaillieren. Primäre Rechtsgrundlage für die Einhaltung der Betroffenenrechte bleibt die DS-GVO.

Darüber hinaus übernimmt die datenaltuistische Organisation die Verantwortung für die Auswahl derjenigen Forschungseinrichtungen, die Zugang zu den Daten erhalten, und für die Durchführung erforderlicher fachlicher und ethischer Prüfungen.⁸⁵ Insbesondere muss die datenaltuistische Organisation überprüfen, ob das jeweils beantragte Forschungsvorhaben die Voraussetzungen nach dem DGA erfüllt und mit etwaigen Einschränkungen einer „breiten“ Einwilligung in Einklang steht. Diese Funktionen entlasten die behandelnden Einrichtungen und mindern zugleich die Gefahr, dass Interessenkollisionen entstehen.

Ferner trägt die Einschaltung einer datenaltuistischen Organisation dazu bei, dass aus Sicht der betroffenen Personen die Datenverarbeitung zu Behandlungszwecken und die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken und auch die jeweiligen Verantwortlichkeiten nach Art. 24 DS-GVO deutlicher separiert werden und nicht der Eindruck einer faktischen Koppelung erweckt wird. Die Einwilligung in die Zwischenverarbeitung durch die datenaltuistischen Organisationen ist in den Formularen von der Einwilligung in die Behandlung deutlich getrennt zu halten. Die Betroffenen haben bereits im Zeitpunkt ihrer Einwilligungserklärung Kenntnis von der Person der datenaltuistischen Organisation als der für die Zwischenverarbeitung zu Forschungszwecken Verantwortlichen. Damit ist Satz 4 des Erwägungsgrundes 42 DS-GVO hinreichend gewahrt. Kenntnis von den einzelnen Forschungseinrichtungen, denen die datenaltuistische Organisation später Zugang zu den Daten gewährt, brauchen die Betroffenen im Zeitpunkt ihrer Einwilligung nicht zu haben. Abgeleitet werden kann dies einerseits aus der „Breite“ ihrer Einwilligung, andererseits aus dem von Erwägungsgrund 33 S. 1 DS-GVO indirekt zugrunde gelegten Grundsatz, dass die Forschungszwecke und die Personen der Forschenden im Zeitpunkt der Einwilligungserklärung nicht stets vollständig angegeben werden können.

85 Zu dem Erfordernis, dass die anerkannten Standards der Ethik für die wissenschaftliche Forschung eingehalten werden müssen, siehe insbesondere ErwGr 50 S. 5 DGA.

b) *Überwindung der Rechtsunsicherheiten bei einer einwilligungsunabhängigen Datenverarbeitung durch eine datenaltruistische Organisation*

Werden im Bereich der medizinischen Forschung Daten ohne Einwilligung der Betroffenen an eine datenaltruistische Organisation auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit dem DGA übermittelt, so liegt ein Mehrwert darin, dass die Datenverarbeitung ohne Rücksicht auf das Erfordernis eines erheblichen Überwiegens der Interessen der Verantwortlichen nach § 27 Abs. 1 BDSG erfolgen kann. *De lege ferenda* sollte auch in den flankierenden nationalen Regelungen zu den Art. 16 ff. DGA auf ein solches Erfordernis verzichtet werden, da es vor allem einige Rechtsunsicherheiten über die Auslegung im Einzelfall mit sich brächte.⁸⁶

Ein weiterer Vorteil der Zwischenschaltung datenaltruistischer Organisationen liegt wiederum darin, dass sie als Verantwortliche für die Zwischen- und Weiterverarbeitung der Daten gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und Art. 89 Abs. 1 DS-GVO die Verantwortung für angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen betroffener Personen übernehmen. Zudem überprüfen sie, dass mit den beantragten Forschungsvorhaben ein öffentliches Interesse verfolgt wird,⁸⁷ und führen die erforderlichen fachlichen und ethischen Prüfungen durch.⁸⁸ Sie entlasten damit die datenerhebende Einrichtung, im medizinischen Bereich mithin die Behandelnden. Es wird aber auch vermieden, dass die Verantwortlichkeit für solche Maßnahmen bei den datennutzenden Einrichtungen liegt, wie dies der EHDS-VO-Vorschlag vorsieht.⁸⁹ Bei der flankierenden Regelung auf mitgliedstaatlicher Ebene kann sich der nationale Gesetzgeber bei der Konkretisierung solcher angemessenen und spezifischen Maßnahmen möglicherweise an § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG orientieren.

⁸⁶ Siehe bereits oben III.2.d.

⁸⁷ Dazu, dass dieses Erfordernis im Rahmen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO auch auf Forschungsvorhaben zu beziehen ist, siehe oben II.2.b.

⁸⁸ Zu dem Erfordernis, dass die anerkannten Standards der Ethik für die wissenschaftliche Forschung eingehalten werden müssen, siehe insbesondere Erwägungsgrund 50 S. 5 DGA.

⁸⁹ Zu den damit einhergehenden Schwierigkeiten siehe oben II.4.b.

Die Vorzüge einer Zwischenschaltung datenaltruistischer Organisationen für die Implementierung automatisierter oder autonomer Mobilitätssysteme sind bereits oben erläutert worden.⁹⁰

4. Zwischenergebnis

Die Regelungen zu datenaltruistischen Organisationen im DGA und in den noch zu schaffenden mitgliedstaatlichen Gesetzen stellen ein wichtiges Fundament dar, um die wissenschaftliche Forschung und die Verfolgung anderer gemeinwohlnütziger Zwecke auf der Grundlage einer möglichst breiten Datenbasis unionsweit rechtssicher zu ermöglichen. Einen besonderen Mehrwert haben die Regelungen insbesondere für die Administrierung des *broad consent*-Konzepts in der medizinischen Forschung und bei der Überwindung datenschutzrechtlicher Unsicherheiten oder Hindernisse. Ob die Intermediärfunktion datenaltruistischer Organisationen als Treuhänderfunktion einzusortieren ist, mithin von einer Datentreuhand auch im Rechtssinne ausgegangen werden kann, wird im folgenden letzten Abschnitt näher untersucht.

IV. Die Qualifizierung der datenaltruistischen Organisationen als Datentreuhänder und die rechtliche Konstruktion der Datentreuhand auf mitgliedstaatlicher Ebene

1. Raum für eine nationale Qualifizierung datenaltruistischer Organisationen

Zunächst ist festzuhalten, dass der DGA den notwendigen Raum bietet, um die datenaltruistischen Organisationen und ihre Rechtsbeziehungen im nationalen Recht zu qualifizieren. Dafür spricht bereits Art. 16 S. 1 DGA, der den Mitgliedstaaten den Erlass organisatorischer oder technischer Regelungen erlaubt, „um Datenaltruismus zu erleichtern“. Zwar gibt diese Vorschrift Raum für nationale Regelungen nur in „organisatorischer oder technischer“ Hinsicht. Doch wird dies auf den spezifischen Regelungsbedarf einer „Erleichterung“ von Datenaltruismus begrenzt. Im Übrigen setzt der DGA aber einen nationalen zivilrechtlichen Rahmen voraus, zum Beispiel in Art. 18 lit. b, c DGA hinsichtlich der Existenz von Rechts-

90 Siehe oben III.2.d a.E.

personen ohne Erwerbscharakter oder hinsichtlich der in Art. 19 Abs. 4 DGA genannten Eintragungsangaben. Ausweislich seiner Art. 16 ff. und der Erwägungsgründe erhebt der DGA nicht den Anspruch, eine erschöpfende Regelung für alle Rechtsfragen rund um datenaltuistische Organisationen zu bieten. Der DGA beschränkt sich vielmehr darauf, einzelne Regulierungspfeiler zu setzen.⁹¹ Auch in anderen Bereichen wie etwa dem Kapitalmarktrecht schließen die unionsrechtlichen Verordnungsregelungen über die Aufsicht und Überwachung, über einzelne (meist öffentlich-rechtliche) Anforderungen oder über eine Registrierung die zivilrechtliche Qualifizierung insbesondere der zugrundeliegenden Instrumente, Rechtsverhältnisse oder Rechtsträger nicht aus. Ebenso ist es hier. Gewiss sollte der nationale Gesetzgeber das Regelwerk der Europäischen Kommission nach Art. 22 DGA abwarten. Doch ist eine zivilrechtliche Fundamentierung der Rechte, Rechtsbeziehungen und Organisationsstrukturen datenaltuistischer Organisationen unabdingbar, um diese in den Rahmen der jeweiligen nationalen Rechtsordnung einfassen zu können.

2. Datenaltuistische Organisationen als Datentreuhänder

Eine Datentreuhänderfunktion datenaltuistischer Organisationen wird im DGA nicht ausdrücklich angesprochen, doch wird sie in einigen Eckpfeilerregelungen zumindest indirekt zugrunde gelegt.⁹² So ist insbesondere die Intermediärfunktion insoweit fiduziarisch ausgestaltet, als die datenaltuistische Organisation die Daten unentgeltlich entgegennimmt,⁹³ und bereits diese Datenentgegennahme – der DGA spricht von „Inbesitznahme“ – einer besonderen Zweckbindung an Ziele von allgemeinem Interesse unterliegt. Auch die besondere Entscheidungsmacht im Außenverhältnis, Dritten die Möglichkeit zur zweckgebundenen Datenverarbeitung

91 Siehe näher oben III.1.

92 Wie bereits erwähnt, wird zudem in mehreren Erwägungsgründen vorausgesetzt, dass sich ein „Vertrauen“ betroffener Personen oder Dateninhaber in datenaltuistische Organisationen entwickeln soll: siehe ErwGr 46 S. 4, 5 DGA, ErwGr 47 S. 1 DGA sowie ErwGr 52 S. 1 DGA.

93 Vgl. zu der zweiaktigen Struktur rechtsgeschäftlicher Treuhandverhältnisse und dem notwendig „unentgeltlichen“ Charakter des treugutbezogenen (hier: datenbezogenen) Verhältnisses z.B. Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, 106; Grundmann, Der Treuhandvertrag, 1997, 20, 93 f., 192 ff., 212 ff.; Löhnig, Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 2006, 118.

zu geben und über die Einhaltung dieser Zweckbindung zu wachen, ist eine typisch treuhänderische Aufgabe. Zudem übernimmt die datenaltruistische Organisation die Gewähr, bestimmte Rechte der betroffenen Personen zu schützen und Transparenzanforderungen einzuhalten – ebenfalls eine Aufgabe, die Treuhänder typischerweise wahrnehmen. Einher geht damit meist auch eine besondere Unabhängigkeit des Treuhänders. Die praktisch häufigen Gegebenheiten, dass die Daten von einer meist unüberschaubaren Zahl betroffener Personen stammen und diese oft nicht von sich aus die datenaltruistische Organisation aufsuchen und ihr erlauben, den Zugang zu ihren Daten gewissen Dritten zu bestimmten Zwecken zu gewähren, hindert eine treuhandrechtliche Einordnung nicht. Nach modernem Verständnis muss der Treugeber dem Treuhänder ein Treugut nicht „anvertraut“ haben, sondern es genügt, dass der Treuhänder verspricht oder anderweitig verpflichtet ist, ein bereits bei ihm befindliches Treugut für den Treugeber zu einem bestimmten Zweck treuhänderisch zu verwalten.⁹⁴ Dem ähnelt strukturell die Verpflichtung datenaltruistischer Organisationen, die in ihren „Besitz“ gelangten Daten betroffener Personen zu bestimmten Zwecken zu verarbeiten und im Außenverhältnis Dritten den Zugang zu den Daten unter bestimmten Voraussetzungen zu gewähren.

Von den bisher anerkannten zivilrechtlichen Treuhandformen unterscheidet sich die Datentreuhand datenaltruistischer Organisationen allerdings dadurch, dass ihre Verpflichtung den Treugebern gegenüber nicht originär auf einer Vereinbarung mit den betroffenen Personen als Treugebern gründet, sondern auf der normativen Grundlage des DGA beruht. Diese Verpflichtung kann sich im Einzelfall zivilrechtlich aktualisieren, wenn tatsächlich eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt oder eingeholt wird oder wenn eine Vereinbarung zwischen ihr und der datenaltruistischen Organisation getroffen wird. Auch dies ist treuhandrechtlich wohlvertraut und kann strukturell zum Beispiel mit dem Recht der Investmenttreuhand gemäß §§ 92 ff. KAGB verglichen werden. In das Treuhandrecht nicht so leicht eingeordnet werden kann die Konstellation, dass keine

94 Vgl. zu der Unterscheidung einer Vereinbarungstreuhand von der Übertragungs- und der Erwerbstreuhand z.B. Schlegelberger-K. Schmidt, HGB, 5. Aufl. 1986, Vorbem. § 335 (§ 230 n. F.) Rn. 46 ff.; Henssler AcP 196 (1996), 37 (43); Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001, 15 ff.; MüKoHGB-Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 105 Rn. 386 ff.; zu der rechtspraktischen Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Merkmals des „Anvertrauens“ in dem hier nicht relevanten vollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Zusammenhang siehe demgegenüber die Rspr., z.B. BGH NJW 1959, 1223 (1225); NJW 1971, 559 (560); NJW-RR 1993, 301.

Einwilligung der betroffenen Personen vorliegt und keine Vereinbarung mit ihnen getroffen wird. Doch auch hier bestehen die Pflichten der datenalttruistischen Organisationen auf der rechtlichen Grundlage des DGA und der künftigen flankierenden mitgliedstaatlichen Regelungen. Das gilt gerade in dem Bereich der personenbezogenen Daten, die lediglich pseudonymisiert sind, weil sich der Schlüssel zur Identifizierung bei den datenalttruistischen Organisationen befindet und diese die angemessenen Maßnahmen zur Wahrung der Betroffenenrechte treffen müssen. Es handelt sich dann um ein – vornehmlich auf unionsrechtlicher Ebene – gesetzlich ausgeformtes besonderes Treuhandverhältnis.⁹⁵

3. Einordnung der Datentreuhand in die rechtlichen Treuhandkategorien

a) Datentreuhand als Vollrechtstreuhand?

Eine Qualifizierung der Datentreuhand an personenbezogenen Daten als Vollrechtstreuhand würde voraussetzen, dass an solchen Daten in der Person der Berechtigten ein absolutes Recht existiert, das vollumfänglich auf den Treuhänder übertragen oder von diesem erworben oder gehalten werden kann. Das Datenschutzgrundrecht nach Art. 7 und Art. 8 GRCh, das in der DS-GVO und dem BDSG näher ausgestaltet ist, gibt betroffenen Personen zwar ein absolutes Ausschließungsrecht, das sich gegen bestimmte Formen der Verarbeitung ihrer Daten durch Dritte richtet und seine Grenzen in der Rechtmäßigkeit einwilligungsunabhängiger Verarbeitungswege nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b-f DS-GVO und Art. 9 Abs. 2 lit. b-j DS-GVO findet. Dies könnte man für die Ausschließungsfunktion nach § 903 BGB durchaus genügen lassen.⁹⁶ Der Nutzungsfunktion nach § 903 BGB könnte gerecht werden, dass die Berechtigten Verwertungsverträge trotz der Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO schließen könnten. Nähme man beides an, so ließe sich *de lege ferenda* den betroffenen Personen originär eine Art „Eigentum“ im Sinne von § 903 BGB an ihren Daten zuordnen.⁹⁷ Das ist allerdings bislang im positiven Recht

95 Vgl. zu weiteren gesetzlich ausgeformten Treuhandverhältnissen z.B. Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 2008, 75 ff.

96 Vgl. dazu z.B. Zech GRUR 2015, 1151 (1154 f.).

97 In diese Richtung in unterschiedlichen Akzentuierungen und mit verschiedenen Begründungen z.B. Deutsch NJW 1984, 2611 (2613) (Leistungsschutzrecht für die Wissenschaft); Zech GRUR 2015, 1151 (1159 f.); Specht CR 2016, 288 (294 ff.); Fezer, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Daten-

nicht geschehen. Bereits die DS-GVO sieht nicht vor, dass die Betroffenen ihr in gewissen Grenzen eingeräumtes absolutes Ausschließungsrecht zu einem Ausschließlichkeitsrecht machen können, das insgesamt und ungeschmälert an Dritte übertragen werden könnte.⁹⁸ Gerade ein solches übertragbares Ausschließungsrecht wäre jedoch für die Konstruktion einer Vollrechtstreuhand zwingend. Auch der Vorschlag für einen Data Act (DA) sieht kein Konzept eines portablen „Dateneigentums“ vor.⁹⁹ Insgesamt wird zu Recht konstatiert, dass sich die rechtspolitischen Entwicklungen im Datenrecht weg von Ausschließlichkeitsrechten hin zu Zugangsbefugnissen bewegt haben.¹⁰⁰

b) Datentreuhand als Vollmachtstreuhand?

Teilweise wird erwogen, dass die Datentreuhand als Vollmachtstreuhand zu qualifizieren sei.¹⁰¹ Das kann allerdings nur in den Konstellationen in Betracht kommen, in denen sich das Treuhänderhandeln in der Abgabe einer Willenserklärung im Namen des Treugebers erschöpfen würde. Im vorliegenden Zusammenhang willigen jedoch die datenaltuistischen Organisationen nicht etwa im Namen betroffener Personen und mit deren Vollmacht in die Verarbeitung durch Forschungseinrichtungen ein. Gegen die Einordnung als Vollmachtstreuhand spricht insbesondere der Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 lit. a DGA, wonach die datenaltuistische Organisation

handel, 2018, 101 ff.; Hoeren MMR 2019, 5 ff.; Raue NJW 2019, 2425 ff.; für ein Dateneigentum bereits aufgrund der *lex lata* noch Hoeren MMR 2013, 486 (488 ff.).

98 So treffend die Pointierung von Nissen, Der monetäre Wert von Daten im Privatrecht, 2021, 76.

99 COM(2022) 68 final; zu dem Abschied von Konzepten wie dem Dateneigentum im Entwurf des Data Act vgl. z.B. Hennemann/Steinrötter NJW 2022, 1481; zu der Möglichkeit, Datennutzungsrechte an nicht-personenbezogenen Daten nach Art. 4 Abs. 6 DA-E auf vertraglichem Wege zu beschränken, vgl. Bomhard/Merkle RDi 2022, 168 (175).

100 Vgl. insbesondere Drexler/Hilty/Desaunettes/Greiner/Kim/Richter/Surblytè/Wiedemann GRUR Int 2016, 914 ff.; Kühling/Sackmann ZD 2020, 24 (27 f.); Ohly, in: Hofmann/Raue/Zech, Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 2022, 135 (136 ff.); aus ökonomischer Perspektive Kerber GRUR Int 2016, 989 (992 ff.).

101 Vgl. Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne, MMR-Beil. 2021, 25 (34); in diese Richtung auch Wendehorst/Schwamberger/Grininger, in: Pertot (Hrsg.), Rechte an Daten, 2020, 103 (113 f., 121);

die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Datennutzer „erlaubt“. Damit gewähren die datenaltruistischen Organisationen den Forschungseinrichtungen lediglich den Zugang zu den personenbezogenen Daten. Es wäre nicht praktikabel und oft auch nicht möglich, die Verarbeitungserlaubnis im Namen der einzelnen betroffenen Personen zu erklären. Der DGA geht zudem davon aus, dass die Verarbeitungserlaubnis nicht vom Vorliegen einer Vollmacht oder von einer nachträglich eingeholten Genehmigung abhängen soll.

c) Datentreuhand als Ermächtigungstreuhand?

Die Qualifizierung der Datentreuhand als Ermächtigungstreuhand ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil ein „Dateneigentum“ bislang nicht existiert.¹⁰² Die auf der Grundlage von § 185 Abs. 1 BGB anerkannte Figur der Verfügungsermächtigung setzt nicht voraus, dass der Verfügungsgegenstand dem Verfügenden „dinglich“ zugeordnet ist.¹⁰³ Vielmehr sind auch Forderungs-, Immaterialgüter-, Mitgliedschaftsrechte oder andere Rechte gemäß §§ 413, 398 ff., 1273 ff. BGB einer Verfügung zugänglich. Während bei Sachen das Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte an diesen Sachen Gegenstand der Verfügung sind, auf die sich eine Verfügung notwendig beziehen muss,¹⁰⁴ ist es bei den Forderungs-, Immaterialgüter-, Mitgliedschafts- oder anderen Rechten die Inhaber- oder Trägerschaft dieses Rechts oder ein Ausschnitt aus den Inhaber- oder Trägerbefugnissen. Entscheidend für die Einordnung als Ermächtigungstreuhand an Daten ist somit zunächst die Frage, ob an Daten eine mit bestimmten Befugnissen ausgestattete Inhaber- oder Trägerschaft möglich ist und über die Inhaberschaft als solche oder zumindest über einzelne Inhaberbefugnisse verfügt werden kann.

In Art. 2 Nr. 8 DGA wird der Begriff des „Dateninhabers“ in negativer Hinsicht abgegrenzt von einer betroffenen Person und in positiver Hinsicht als juristische oder natürliche Person definiert, „welche ... berechtigt

102 Zu Letzterem siehe oben IV.3.a.

103 Insoweit missverständlich Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne, MMR-Beil. 2021, 25 (34 oben) („...Ermächtigungstreuhand setzt die dingliche Zuordnung des Treuguts voraus, nur eben zum Treugeber...“); Frhr. v. Ulmenstein DuD 2020, 528 (532) („dingliche Ermächtigung“).

104 Vgl. z.B. BGHZ 1, 294 = NJW 1951, 645 (647); BGHZ 75, 221 = NJW 1980, 175 (176); BGHZ 101, 24 = NJW 1987, 3177.

ist, Zugang zu bestimmten personenbezogenen Daten oder nicht personenbezogenen Daten zu gewähren oder diese Daten weiterzugeben“.¹⁰⁵ Dem DGA ist mithin eine Dateninhaberschaft nicht unbekannt, die mit der Befugnis zu einer Zugangsgewährung ausgestattet ist. Die Unterscheidung zwischen „Dateninhaber“ und „betroffener Person“ rührt daher, dass nur letzterer die Ausschließungsrechte nach der DS-GVO zustehen. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass der betroffenen Person nicht die gleichen Befugnisse wie einem Dateninhaber zustehen. Nur sind diese Befugnisse bei der betroffenen Person mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verknüpft, resultieren aus diesem Recht und sind meist selbst – nicht notwendig absolute – Rechte. Wenn sich die betroffene Person der Ausübung dieser Rechte in gewisser Weise begeben will, indem sie einer Datenverarbeitung zustimmt, bedarf es daher ihrer Einwilligung. Soweit eine Art der Datenverarbeitung von der Einwilligung gedeckt wird, ist sie nach Art. 6 Abs. 1, 9 Abs. 2 DS-GVO rechtmäßig. Daher steckt in der Einwilligung der betroffenen Person zugleich die Erteilung bestimmter, oft eingegrenzter Befugnisse zu einer bestimmten Weise der Verarbeitung der Daten. Dass diese Befugnisse originär in der Person des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen erst durch die Einwilligung der betroffenen Person entstehen, hindert im Ansatz nicht, diese in der Einwilligung enthaltene Befugniserteilung als eine – ebenfalls originär zu verstehende – Verfügungsermächtigung als Anwendungsfall von § 185 Abs. 1 BGB aufzufassen.

Weitere Voraussetzung dieser Einordnung ist der Verfügungscharakter des Verhaltens, zu dem ermächtigt wurde. In der Einwilligung einer betroffenen Person, dass eine datenaltruistische Organisation ihre Daten zu einem Ziel von allgemeinem Interesse verarbeiten und bestimmten Dritten, insbesondere Forschungseinrichtungen, die Möglichkeit geben darf, die Daten zu diesem Zweck zu verarbeiten, steckt die Erteilung einer Befugnis. Diese Befugnis hat den Inhalt, den Dritten den Zugang zu den Daten unmittelbar zu gewähren und die Maßnahmen zu treffen, damit diese die Daten in der zweckgebundenen Weise verarbeiten können. Dem steht nicht entgegen, dass der DGA an mehreren Stellen lediglich von einem „Datenbesitz“ der datenaltruistischen Organisationen spricht, weil damit eine bloß tatsächliche Sachherrschaft an Daten nicht gemeint sein kann

105 Dass sich der zweite Relativsatz „welche...“ nicht auf „betroffene Person“, sondern auf den Dateninhaber bezieht, ist zwar in der deutschen Fassung nicht hinreichend klar, wird aber in der englischen und der französischen Fassung des DGA durch die Kommasetzung vor dem Relativpronomen „which“ bzw. „qui“ deutlich, das sich nur auf „data holders“ bzw. „détenteur de données“ beziehen kann.

und es auf eine solche auch nicht ankäme. Gemeint ist mit dem „Datenbesitz“ vielmehr ein befugter Zugang zu den Daten. Ist eine Einwilligung erteilt oder wird sie nachträglich eingeholt, dürfen mithin die datenaltruistischen Organisationen in befugter Weise auf einen Teilausschnitt derjenigen Rechte unmittelbar einwirken, die der betroffenen Person zustehen. Weil diese Einwirkung unmittelbar ist und im eigenen Namen geschieht, ist der Verfügungsbegriff erfüllt.¹⁰⁶ Unschädlich ist, dass diese Verfügung nicht ausschließlich einer der den §§ 873, 875-877, 880 BGB entlehnten Verfügungsformen (Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung) zugeordnet werden kann, weil der Verfügungsbegriff nicht auf diese Formen begrenzt ist. Die Forschungseinrichtungen oder anderen Dritten erhalten zudem nicht lediglich ein obligatorisches Recht zur Verarbeitung der Daten.

Die Datentreuhänderschaft datenaltruistischer Organisationen kann daher dann als Ermächtigungstreuhand aufgefasst werden, wenn eine Einwilligung der betroffenen Person im Vorhinein vorliegt oder nachträglich eingeholt wird. Die in einer Einwilligung enthaltenen Beschränkungen binden die datenaltruistische Organisation und diejenigen, denen sie die Möglichkeit der zweckgebundenen Verarbeitung gibt, unmittelbar. Widerruft die betroffene Person ihre Einwilligung, wird auch der datenaltruistischen Organisation die Befugnis unmittelbar entzogen, ohne dass es eines weiteren Aktes bedarf. Damit entfällt unmittelbar auch die Rechtmäßigkeit einer weiteren Verarbeitung durch die Forschungseinrichtung oder andere Dritte, denen der Datenzugang gewährt worden war.

d) Datentreuhand als unionsrechtlich ausgestaltetes gesetzliches Treuhandverhältnis über die Wahrnehmung fremder Interessen

Auch soweit eine Einwilligung der betroffenen Person nicht vorliegt und nicht nachträglich eingeholt werden sollte, kann das kraft Gesetzes auf der Grundlage der Art. 16 ff. DGA entstehende Rechtsverhältnis zwischen der datenaltruistischen Organisation und der betroffenen Person als Treuhandverhältnis qualifiziert werden. Denn es weist im Innenverhältnis primäre Interessenwahrungspflichten auf, die Treuhandverhältnisse charakterisie-

¹⁰⁶ Vgl. zum Verfügungsbegriff nochmals BGHZ 1, 294 = NJW 1951, 645 (647); BGHZ 75, 221 = NJW 1980, 175 (176); BGHZ 101, 24 = NJW 1987, 3177.

ren und prägen.¹⁰⁷ Das zeigt sich im Fall der datenaltruistischen Organisationen insbesondere an ihren Pflichten nach Art. 21 Abs. 1-3 DGA, den betroffenen Personen die entsprechenden Informationen zu geben, die Zweckbindung einzuhalten und Werkzeuge für die Einholung der Einwilligung der Betroffenen bereitzustellen. Aus Art. 21 Abs. 4, 5 DGA¹⁰⁸ ergibt sich indirekt, dass die datenaltruistische Organisation im Falle personenbezogener Daten die nach der DS-GVO erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Betroffenen ergreifen muss, zum Beispiel eine Pseudonymisierung.

Damit ein Treuhandverhältnis von reinen Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnissen unterschieden werden kann, muss zu den Interessenwahrungspflichten nach überwiegender Auffassung eine „treuhänderische Stellung“ hinzutreten, auf die sich diese Pflichten beziehen.¹⁰⁹ Dies wird in der Literatur dahingehend konkretisiert, dass diese Pflichten deswegen bestehen, weil dem Verpflichteten eine von der Rechtsordnung eingeräumte Einwirkungsmacht auf den Rechtskreis des Berechtigten zukommt.¹¹⁰ In der Regel ist die „treuhänderische Stellung“ durch ein besonders hohes Maß an Vertrauenswürdigkeit gekennzeichnet, das sich aus der professionellen Expertise und einer besonders gewährleisteten Unabhängigkeit des

107 Vgl. zu dem prägenden Charakter der Interessenwahrungspflichten z.B. Grundmann, *Der Treuhandvertrag*, 1997, 134 ff., 167 ff., 192 ff.; Löhnig, *Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, 2006, 115 ff.; im Zusammenhang mit der Datentreuhand vgl. auch Specht-Riemenschneider/Blankertz/Sierek/Schneider/Knapp/Henne, *MMR-Beil.* 2021, 25 (34 f.); Beise *RD* 2021, 597 (602 f.).

108 Diese beziehen sich auf nicht personenbezogene Daten, weil davon ausgegangen wird, dass für die personenbezogene Daten die Pflichten nach der DS-GVO gelten.

109 Vgl. zu diesem Erfordernis insbesondere BGH *NJW* 2003, 743 (745, unter 4.a); freilich steckt in diesem Erfordernis sprachlich ein Zirkelschluss, weil der „treuhänderische“ Charakter dieser Stellung erst das Ergebnis der Qualifizierung sein kann.

110 So vor allem Grundmann, *Der Treuhandvertrag*, 1996, 140 ff., im Anschluss an Zöllner, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, 1963, 341 ff.; im Wesentlichen zustimmend Geibel, *Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht*, 2008, 122 f.; Löhnig, *Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, 2006, 118; zutreffend ist dessen Feststellung (aaO., S. 147, 149 ff.), dass die Intensität der Interessenwahrungspflichten im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist, mithin nicht allein vom Maß der Einwirkungsmacht abhängt.

Treuhänders speisen kann.¹¹¹ Auch dieses zusätzliche Merkmal trifft auf datenaltuistische Organisationen zu, da ihnen nach den Vorschriften des DGA kraft Gesetzes eine Einwirkungsmacht hinsichtlich der ihnen übermittelten personenbezogenen Daten betroffener Personen eingeräumt ist. Diese Einwirkungsmacht unterliegt nach Art. 21 Abs. 2 DGA einer strikten Zweckbindung an Ziele von allgemeinem Interesse. Erklärt die betroffene Person ihre Einwilligung, so wird die Einwirkungsmacht durch die in der Einwilligung enthaltene Befugniseinräumung („Ermächtigung“) begründet.

Die treuhänderische Stellung einer datenaltuistischen Organisation wird auch durch die Eintragungspflicht nach Art. 17-19 DGA und die erhöhten Transparenzanforderungen nach Art. 20 DGA gekennzeichnet. Die unabhängige Ausübung ihrer Tätigkeiten wird insbesondere durch das Verbot des Verfolgens eigener Erwerbszwecke nach Art. 18 lit. c DGA und das Gebot einer funktionalen Trennung von anderen Tätigkeiten nach Art. 18 lit. d DGA gewährleistet. Dass datenaltuistische Organisationen zugleich an Allgemeininteressen gebunden sind, steht ihrer Einordnung als Datentreuhänder nicht entgegen. Sogar wenn man darin eine weitere Treuhänderstellung zur Wahrung dieser Allgemeininteressen sehen würde, wäre die Konstruktion einer Doppeltreuhand denkbar.

4. Zwischenergebnis

Insgesamt kann das Rechtsverhältnis, das durch die Tätigkeit datenaltuistischer Organisationen gegenüber betroffenen Personen bei der Verarbeitung von Daten zu Forschungs- oder anderen gemeinwohlnützigen Zwecken entsteht, als unionsrechtlich ausgestaltetes gesetzliches Treuhandverhältnis an den verarbeiteten personenbezogenen Daten qualifiziert werden, das auf die fremdnützige Wahrnehmung der Betroffeneninteressen zu Forschungs- oder anderen gemeinwohlnützigen Zwecken gerichtet ist. Soweit eine wirksame Einwilligung nicht erklärt ist und solange eine solche Erklärung auch nicht nachträglich eingeholt worden ist, verbleibt es bei dem gesetzlichen Rechtsgrund für die treuhänderische Stellung und die Treuhänderpflichten. Sobald eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt, wird die treuhänderische Stellung der datenaltuistischen Organisati-

111 Vgl. z.B. hinsichtlich der Anwendung treuhandrechtlicher Grundsätze auf das Arzt-Patienten-Verhältnis, Geibel/Ludewigs/Narchi/Winkler, „Ärztliche Treuhänderschaft“, in: Boutros/Nüssel, Marsilius-Kolleg 2019/20, 2020, 41 (45 ff.).

on durch eine Ermächtigung begründet. Die entstehende Ermächtigungstreuhand kommt durch die in der Einwilligung enthaltene Befugniserteilung mit dem Inhalt des vor allem durch den DGA gesetzlich gestalteten Treuhandverhältnisses zustande. Seine Grenzen findet die Ermächtigungstreuhand in einem etwaigen einschränkenden Inhalt der Einwilligung, ihr Fortbestand wird durch einen möglichen Widerruf bestimmt.

V. Zusammenfassung der wesentlichen Thesen

1. Die Rechtmäßigkeit einer einwilligungsunabhängigen Verarbeitung personenbezogener Daten zu Forschungs- oder anderen gemeinwohlnützigen Zwecken richtet sich nach den Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO sowie besonders im Bereich der Medizinforschung nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO in Verbindung mit Art. 89 DS-GVO und den einschlägigen nationalen Rechtsgrundlagen. Indes bergen diese Rechtsgrundlagen im Detail erhebliche Rechtsunsicherheiten.

2. Hinsichtlich der einwilligungsbasierten Verarbeitung personenbezogener Daten zu Forschungs- oder anderen gemeinwohlnützigen Zwecken markiert das in der Praxis der Medizinforschung implementierte Konzept einer „breiten“ Einwilligung (*broad consent*) einen großen Schritt in Richtung einer erheblich höheren Rechtssicherheit. Dennoch verbleiben auch hier gewisse Schwierigkeiten vor allem hinsichtlich der Administrierbarkeit des Konzepts. Zudem ist das Konzept bislang auf den Bereich der Medizinforschung begrenzt.

3. Der durch diese Rechtsunsicherheiten ausgelöste Bedarf nach einer Lösung kann mit der Zwischenschaltung einer Gewährträgerperson, die Treuhandfunktionen erfüllt, grundsätzlich gedeckt werden. Weder die sozialrechtlichen Regelungen über die sog. Datentransparenz nach §§ 303a ff. SGB V oder die sog. Datenspende nach § 363 SGB V noch der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über den europäischen Raum für Gesundheitsdaten (EHDS-VO) stellen alternative Lösungen für die aufgezeigten datenschutzrechtlichen Probleme dar.

4. Die in Art. 16 ff. DGA geregelten datenaltruistischen Organisationen können die Funktion von Datentreuhändern zu Forschungs- oder anderen gemeinwohlnützigen Zwecken erfüllen. Sie können auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO oder Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO und einer „breiten“ Einwilligung (*broad consent*) in den „Besitz“ von personenbezogenen Daten gelangen. Im Bereich der medizinischen Forschung ist eine zunächst ohne Einwilligung erfolgende Zwischenverarbeitung solcher Daten aufgrund von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO möglich, sofern die Einwil-

ligung betroffener Personen im Nachhinein eingeholt wird. Außerhalb dieses Bereichs kann datenaltuistischen Organisationen zum Beispiel für den verkehrssicheren Betrieb eines automatisierten oder autonomen Mobilitätssystems eine einwilligungsunabhängige kurzfristige Verarbeitung personenbezogener Daten von Dritten (etwa von anderen Verkehrsteilnehmenden) auch ohne spätere Einholung ihrer Einwilligung dann erlaubt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO erfüllt sind und eine sektorspezifische nationale Ausnahmeregelung für eine solche kurze Zwischenverarbeitung im Einklang mit dem Unionsrecht geschaffen wird.

5. Mit der Einschaltung datenaltuistischer Organisationen als Datentreuhändern kann im Bereich der Medizinforschung die Administrierung des *broad consent*-Konzepts insbesondere hinsichtlich der Einhaltung und Überwachung datenschutzrechtlicher Anforderungen ermöglicht und der Skalierungsgrad der datenbasierten und vernetzten Forschung insgesamt erhöht werden. Dass die datenaltuistischen Organisationen die Verantwortung vor allem für die datenschutzrechtlich erforderlichen Maßnahmen zur Wahrung der Betroffenenrechte und für die Durchführung der notwendigen fachlichen und ethischen Prüfungen der Forschungsvorhaben übernehmen, führt zu einer deutlichen Entlastung der die Daten erhebenden medizinischen Behandlungseinrichtungen. Außerdem wird die Gefahr vermindert, dass Interessenkollisionen entstehen. Im Wesentlichen die gleichen Vorteile entstehen, wenn datenaltuistische Organisationen personenbezogene Daten gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und Art. 89 Abs. 1 DS-GVO unabhängig von einer Einwilligung zwischen- oder weiterverarbeiten.

6. Datenaltuistische Organisationen dürfen personenbezogene Daten auch auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO zur Wahrnehmung berechtigter Interessen einer Zwischen- oder Weiterverarbeitung zu führen. Dies kann insbesondere die datenschutzkonforme Implementierung automatisierter oder autonomer Mobilitätssysteme ermöglichen. Aufgrund einer noch zu schaffenden nationalen – oder vorzugsweise unionsrechtlichen – Ausnahmeregelung kann eine datenaltuistische Organisation, die einem solchen System den Datenzugang vermittelt, von der nachträglichen Einholung der einzelnen Einwilligungen betroffener Personen entbunden werden, sofern deren Daten nur für das Trainieren des autonomen Systems zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit benötigt und nach kurzer Zeit wieder gelöscht werden.

7. Eine zivilrechtliche Fundamentierung der Rechte, Rechtsbeziehungen und Organisationsstrukturen datenaltuistischer Organisationen ist unabdingbar, um diese in den Rahmen der jeweiligen nationalen Rechts-

ordnung einfassen zu können. Der DGA lässt insoweit Raum für eine Qualifizierung nach nationalem Recht.

8. Die den datenaltruistischen Organisationen nach dem DGA zugewiesenen Intermediärfunktionen sind fiduziarisch ausgestaltet und können als Aufgaben eines Treuhänders qualifiziert werden. Dass ihre Verpflichtungen den betroffenen Personen als Treugebern gegenüber nicht originär aus einer Vereinbarung herrühren, sondern auf einem vornehmlich durch den DGA gesetzlich ausgeformten besonderen Treuhandverhältnis beruhen, schadet ebenso wenig wie die Tatsache, dass die datenaltruistischen Organisationen zugleich einem Allgemeininteresse verschrieben sind.

9. Auch wenn ein „Dateneigentum“ bislang nicht anerkannt ist, hindert dies nicht, die Kategorien der Verfügung und der Verfügungsbefugnis im Zusammenhang mit der Gewährung des Zugangs zu Daten und der Weitergabe von Daten anzuwenden.

10. Soweit und sobald eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt, kann das zwischen ihr und der datenaltruistischen Organisation bestehende Treuhandverhältnis als Ermächtigungstreuhand qualifiziert werden. Das Treuhandverhältnis kommt mit dem Inhalt des gesetzlich gestalteten Treuhandverhältnisses zustande, soweit dem der Inhalt der Einwilligungserklärung nicht entgegensteht. Sein Fortbestand ist von einem etwaigen Widerruf der Einwilligung abhängig. Soweit und solange eine Einwilligung nicht vorliegt, kommt durch das rechtmäßige Tätigwerden der datenaltruistischen Organisation ein unionsrechtlich ausgestaltetes gesetzliches Treuhandverhältnis über die fremdnützige Wahrnehmung der Interessen betroffener Personen zustande.

Unionsrechtsprimat oder Staatsvertragsautonomie? – Eine kollisionsrechtliche Betrachtung des Einheitspatentrechts

von Christian Heinze

Inhaltsübersicht

I.	Überblick über die Regelungsstruktur des Einheitspatentrechts	285
II.	Kollisionsrecht des Einheitspatents	288
1.	Verhältnis von EPGÜ und EPatVO zum allgemein Unionskollisionsrecht (Rom II-VO)	288
a)	Vorrang der Rom II-VO gegenüber dem EPGÜ	289
b)	Folgen für das Kollisionsrecht für in das EPGÜ einbezogene Europäische Patente ohne einheitliche Wirkung	293
c)	Kollisionsrecht der Europäischen Patente mit einheitlicher Wirkung; Spezialität der EPatVO gegenüber Rom II-VO und EPGÜ	295
2.	Bedeutung des Art. 24 EPGÜ	300
III.	Ergebnisse: Kollisionsrechtliche Prüfungsfolge im Einheitspatentrecht	303

Nicht ohne Berechtigung wird dem Zusammenspiel unionaler und nationaler Regeln im Mehrebenensystem des europäischen Binnenmarkts eine hohe Komplexität attestiert. Diese Komplexität wird noch gesteigert, wenn zu der unionalen eine weitere völkerrechtliche Regelungsebene hinzutritt, weil die von der Union geschlossenen¹ völkerrechtlichen Verträge (vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV) „integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung“²

1 Soweit ein Staatsvertrag nicht von der Union geschlossen wurde, aber ein anderer (späterer) Vertrag den völkerrechtlichen Besitzstand des früheren Vertrages durch Verweisung inkorporiert, ist die Union mittelbar auch an den früheren Vertrag gebunden; zur entsprechenden Argumentation im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 WPPT-Vertrag und das Rom-Abkommen EuGH 15.3.2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, Rn. 50 – *SCF*; siehe auch die Anwendung von Art. 351 AEUV auf Art. 1–21 der Berner Übereinkunft durch EuGH 9.2.2012, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65, Rn. 58, 61 ff. – *Luksan*.

2 EuGH 8.11.2022, C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857, Rn. 48 – Deutsche Umwelthilfe (Übereinkommen von Aarhus); siehe auch EuGH 4.5.2010, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, Rn. 60 – *TNT Express* (CMR); EuGH 10.1.2006, C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10, Rn. 35 f. – *IATA und ELFAA* (Montrealer Übereinkommen): „fester Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft“; EuGH 11.9.2007,

werden, über deren Auslegung und Anwendung der Gerichtshof zu befinden hat und die demgemäß auch den Inhalt des Unionsrechts beeinflussen. Gleiches gilt, wenn die Union im Anwendungsbereich eines völkerrechtlichen Vertrags die zuvor von den Mitgliedstaaten ausgeübten Befugnisse übernommen hat³ oder wenn eine Vorschrift des Unionsrechts auf einen völkerrechtlichen Vertrag verweist⁴. Wie ist aber in diese Systematik die Konstellation einzuordnen, dass der betreffende – der Rechtsnatur nach – völkerrechtliche Vertrag ausschließlich von (einigen) Mitgliedstaaten der Union geschlossen wurde und eine Sachmaterie betrifft, die auch durch Unionsrecht (vgl. Art. 114, 118 AEUV) hätte geregelt werden können – die Wahl des völkerrechtlichen Vertrags also ausschließlich aus politischen Gründen erfolgt ist, um eine Auslegungskompetenz des EuGH (vermeintlich) zu vermeiden? Mit dieser regelungstechnischen Anomalie sehen sich ab dem Frühsommer 2023 mit dem Inkrafttreten des neuen Einheitspatentrechts die Rechtsanwender im Patentrecht konfrontiert. Während verschiedene verfassungs- und unionsprimärrechtliche Aspekte des Einheitspatentrechts bereits EuGH⁵ und BVerfG⁶ beschäftigt haben, soll der Fokus des folgenden Beitrags nach einer Vorstellung der Regelungsstruktur des Einheitspatentrechts (dazu I.) auf den kollisionsrechtlichen Implikationen (dazu II.) des neuen Regelungshybrids zwischen Unionsrecht und unionsrechtsnahem Völkerrecht liegen, bevor die Ergebnisse (dazu III.) knapp zusammengefasst werden.

C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496, Rn. 31, 33 – *Merck Genéricos* (TRIPS, soweit im Rahmen der geteilten Zuständigkeit eine von der Union übernommene Verpflichtung betroffen ist, also wenn die Union in dem betreffenden Bereich Rechtsvorschriften erlassen hat).

3 Dazu EuGH 22.10.2009, C-301/08, ECLI:EU:C:2009:649, Rn. 23, 25 – *Bogiatzi* (zum Warschauer Abkommen).

4 Schlussanträge des Generalanwalts Mazák vom 25.6.2009, C-301/08, ECLI:EU:C:2009:400, Rn. 39 f., 42 f., 47 – *Bogiatzi* (zum Warschauer Abkommen).

5 EuGH 8.3.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123 – *Einheitliches Patentsystem*; EuGH 16.4.2014, C-274/11, ECLI:EU:C:2013:240 – *Spanien und Italien/Parlament und Rat*; EuGH 5.5.2015, C-146/13, ECLI:EU:C:2015:298 – *Spanien/Parlament und Rat*; EuGH 5.5.2015, C-147/13, ECLI:EU:C:2015:299 – *Spanien/Parlament und Rat*.

6 BVerfG 13.2.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74; BVerfG 23.6.2021 – 2 BvR 2216/20, 2 BvR 2218/20, BVerfGE 158, 210; zu beiden *Roffael*, Formelle Übertragungskontrolle und materielle Gerichtsstandards bei der Delegation von Hoheitsrechten auf supranationale Gerichte nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG, in: Müller/Dittrich, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 6, 2022, 459.

I. Überblick über die Regulationsstruktur des Einheitspatentrechts

Die Regeln des neuen europäischen Einheitspatentrechts finden sich im Wesentlichen in drei Rechtsquellen, nämlich dem Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ)⁷ mit der zugehörigen Verfahrensordnung des Einheitlichen Patentgerichts⁸, der Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 zur Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes (EPatVO)⁹ mit der zugehörigen Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 über die anzuwendenden Übersetzungsregeln (ÜbersetzungsVO)¹⁰ und den auf die Erteilung des europäischen Patents mit einheitlicher Wirkung bezogenen Ausführungsvorschriften des Europäischen Patentamts (EPA)¹¹. Hinzu kommen die aufgrund von Art. 41 EPGÜ erlassenen Verfahrensregeln des Einheitlichen Patentgerichts¹², die nationalen Ausführungsvorschriften¹³ und die bestehenden Rechtsakte der Union und des Staatsvertragsrechts auf dem Gebiet des Patentrechts, vor allem das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ)¹⁴.

In der Sache ergänzt das Einheitspatentrecht das bereits durch das EPÜ geschaffene einheitliche Erteilungsverfahren für Europäische Patente¹⁵: Während für EPÜ-Patente bisher nach ihrer Erteilung weitgehend die un-

7 ABl. C 175 vom 20.06.2013, S. 1; siehe auch Gesetz zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht, BGBl. 2021 II Nr. 18 S. 850, dazu BT-Drucks. 19/22847, BT-Drucks. 19/24742, zum Haushaltsaufwand BT-Drucks. 19/27443.

8 Erlassen auf Grundlage des Art. 41 EPGÜ.

9 Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. L 361 vom 31.12.2012, S. 1.

10 Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. L 361 vom 31.12.2012, S. 89.

11 Rules relating to Unitary Patent Protection, OJ EPO 2022, A 41 und Rules relating to Fees for Unitary Patent Protection (OJ EPO 2022, A42) sowie die Budgetary and Financial Rules (OJ EPO 2016, A41).

12 Dazu und zu weiteren Rechtsquellen <https://www.unified-patent-court.org/en/court/legal-documents>.

13 Dazu <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/national-measures-up.html>.

14 [https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/2733CDF5F5B8575CC12588EC00539D22/\\$File/EPC_17th_edition_2020_de.pdf](https://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/2733CDF5F5B8575CC12588EC00539D22/$File/EPC_17th_edition_2020_de.pdf)

15 Zum Begriff Art. 2 Abs. 1 EPÜ; Art. 2 lit. e EPGÜ: ein nach dem EPÜ erteiltes Patent, das keine einheitliche Wirkung aufgrund der Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 hat.

terschiedlichen nationalen Vorschriften des jeweiligen Schutzstaats gelten (Art. 2 Abs. 2, 64 Abs. 1, 3 EPÜ) schafft das EPGÜ einheitliche Regeln im materiellen Patentrecht und Patentverfahrensrecht. Zu diesem Zweck wird durch das EPGÜ (als „besonderes Übereinkommen“ i.S.d. Art. 149a EPÜ) ein erstinstanzlich dezentral organisiertes (Art. 7 EPGÜ) „Einheitliches Patentgericht“ (Art. 1 EPGÜ) mit ausschließlicher Zuständigkeit¹⁶ für Verletzungs- und Nichtigkeitsverfahren (Art. 32 Abs. 1 EPGÜ) über Europäische (d.h. auf Basis des EPÜ eingereichte oder erteilte, Art. 2 lit. e EPGÜ) Patente und zugehörige ergänzende Schutzzertifikate geschaffen. Das EPGÜ gilt – sofern kein Opt-Out (Art. 83 EPGÜ) erklärt wurde¹⁷ – für sämtliche Europäische Patente oder Patentanmeldungen (einschließlich der zugehörigen ergänzenden Schutzzertifikate), die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Übereinkommens noch nicht erloschen sind oder nach diesem Zeitpunkt erteilt bzw. anhängig werden, also auch für zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits bestehende Europäische Patente und Patentanmeldungen (Art. 3 lit. b-d EPGÜ). Es gilt außerdem für das neue – durch die EPatVO geschaffene – „Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung“ (Art. 3 lit. a EPGÜ). Für die in seinen Geltungsbereich fallenden Europäischen Patente sieht das EPGÜ eine weitreichende Vereinheitlichung des durch das Einheitliche Patentgericht anzuwendenden Verfahrensrechts¹⁸ und des materiellen Patentrechts, insbesondere des Umfangs des Verbotsrechts und der Schranken (Art. 25-30 EPGÜ) sowie der (prozessualen und materiellen) Verletzungsfolgen (Art. 56 ff., 63 ff. EPGÜ) vor. Das EPGÜ überwindet damit zwar nicht die im EPÜ angelegte territoriale Fragmentierung des europäischen Bündelpatents, weil es bei dem Grundsatz bleibt,

16 Siehe auch die Zuständigkeitserstreckung auf Parallelpatente von Nichtvertragsstaaten, die nicht Mitgliedstaaten der EU sind, in Art. 71b Nr. 3 Brüssel Ia-VO.

17 Umstritten ist, ob das Opt-out lediglich die (ausschließliche) Zuständigkeit des Einheitspatentgerichts beseitigt, so dass auch nationale Gerichte ab Inkrafttreten des EPGÜ dessen Vorschriften auf EPÜ-Patente anwenden müssten (so etwa *Tilmann*, VPP-Rundbrief Nr. 2/2013, 56, 58; *ders.*, Mitt. 2014, 58, 59; *Nieder*, GRUR 2014, 627, 628 ff.; *ders.*, GRUR 2015, 728, 730; *Eck*, GRUR Int. 2014, 114, 119) oder ob es insgesamt die Anwendung des EPGÜ ausschließt (Interpretative Note – Consequences of the Application of Article 83 UPCA, Rn. 19; *Walz*, GRUR Int. 2016, 513, 514 f.). Letztere Auffassung erscheint überzeugender, weil der Hinweis in Art. 3 lit. c, d EPGÜ auf Art. 83 EPGÜ („unbeschadet des Artikels 83“) klarstellt, dass der Gesetzgeber den Opt-out auf die Anwendung des EPGÜ insgesamt und nicht nur auf die Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts bezogen hat.

18 Ausgespart bleibt die Vollstreckung, vgl. Art. 82 EPGÜ.

dass für nicht im Erteilungsverfahren benannte oder zurückgenommene Vertragsstaaten kein Patentschutz besteht.¹⁹ Soweit allerdings ein Europäisches Patent für mehrere Vertragsstaaten erteilt wurde, wird die bisherige Fragmentierung des Bündelpatents in unabhängige (Art. 138 Abs. 1 EPÜ), dem nationalen Recht unterliegende (Art. 64 Abs. 1 EPÜ) Einzelrechte²⁰ durch die einheitlichen Regeln des EPGÜ und die gemeinsame Nichtigkeitsentscheidung (Art. 34, 65 EPGÜ) deutlich stärker als bisher, wenn auch nicht vollständig²¹ überwunden: das Bündelpatent wird „zusammengeschweißt“²².

Während das EPGÜ – vorbehaltlich des „Opt-out“ – für alle Europäischen Patente und Patentanmeldungen gelten wird, es aber bei einem – wenn auch hinsichtlich des Verbotsrechts, der Schranken und der Sanktionen harmonisierten – Bündel nationaler Patente belässt, gelten die EPatVO und die ÜbersetzungsVO nur für „Europäische Patente mit einheitlicher Wirkung“. Diese bezeichnen Europäische Patente, die mit den gleichen Ansprüchen für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten erteilt wurden und für die zusätzlich „einheitliche Wirkung“ beim Europäischen Patentamt (EPA)

19 Vgl. Art. 34 EPGÜ: „Entscheidungen des Gerichts gelten (...) für das Hoheitsgebiet derjenigen Vertragsmitgliedstaaten, für die das europäische Patent wirksam ist.“

20 Diese Einordnung ist nicht unumstritten. Man könnte das Europäische Patent auch als einheitliches Recht sehen, das nur für die Rechtsdurchsetzung auf nationales Recht über Art. 64 Abs. 1, 3 EPÜ verweist, vgl. Tilmann, GRUR Int. 2016, 409, 410: „The EP, clearly, is not a bundle of national patent rights. There are no national patent rights emanating from the EPO patent grant. The EP is an international property right whose protection is defined by the EPC in the two basic reference provisions of Art. 64(1) EPC (protective effect) and Art. 64(3) EPC (courts and procedure), together with provisions explicitly contained in the EPC itself (example: Art. 69 EPC, on the scope of protection).“ M.E. erklärt die Bündelmetapher besser, dass Europäische Patente Schutz für unterschiedliche Vertragsstaaten gewähren. Vor allem erklärt die Bezeichnung als „international property right“ nicht, weshalb dieses nach Art. 138 Abs. 1 EPÜ „mit Wirkung für einen Vertragsstaat“ für nichtig erklärt wird.

21 Die Fragmentierung bleibt erhalten z.B. bei nationalen Vorbenutzungsrechten (Art. 28 EPGÜ), bei der Verjährung anderer als der in Art. 72 EPGÜ genannten Schadensersatzansprüche und bei allgemeinen Einreden wie Verwirkung oder Rechtsmissbrauch sowie bei den wettbewerbsrechtlichen Zwangslizenzen. Nicht ausdrücklich geregelt sind auch Institute wie die Beteiligung mehrerer an der Verletzungshandlung oder die Störerhaftung (abgesehen von der mittelbaren Patentverletzung, dazu Art. 25 EPGÜ).

22 *Obly* ZGE 4 (2012), 419, 425: Das Einheitspatent „entsteht als Bündelpatent, doch werden die einzelnen Bestandteile des Bündels zusammengeschweißt“.

beantragt und eingetragen wurde (Art. 2 lit. e EPGÜ; Art. 2 lit. c, Art. 3 Abs. 1, Art. 9 EPatVO). Einheitliche Wirkung bedeutet, dass der Umfang des Rechts und seine Beschränkungen in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten, die zugleich Vertragsstaaten des EPGÜ sein müssen (Art. 18 Abs. 2 Satz 2 EPatVO), einheitlich ist (Art. 5 Abs. 2 EPatVO). Das EPGÜ überwindet damit die territoriale Fragmentierung des EPÜ-Bündelpatents, allerdings nicht für sämtliche EU-Mitgliedstaaten, sondern nur für die Vertragsstaaten des EPGÜ, die durch die EPatVO ein „einheitliches Patent“ auf der Grundlage des Art. 142 EPÜ geschaffen haben (Art. 1 Abs. 2 EPatVO). Auch das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung fällt in die ausschließliche Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts (Art. 3 lit. a EPGÜ), wobei kein „Opt-out“ zugunsten der nationalen Gerichte möglich ist.

II. Kollisionsrecht des Einheitspatents

1. Verhältnis von EPGÜ und EPatVO zum allgemein Unionskollisionsrecht (Rom II-VO)

Die Regelungsstruktur und die formalen Unterschiede in der Rechtsnatur der das Einheitspatentrecht konstituierenden Rechtsakte – EPGÜ: Staatsvertrag zwischen den teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten; EPatVO: EU-Verordnung auf Basis der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 118 AEUV zwischen denselben Mitgliedstaaten – haben auch kollisionsrechtliche Konsequenzen, die bisher im patentrechtlichen Schrifttum kaum erörtert worden sind. Diese kollisionsrechtlichen Konsequenzen ergeben sich im Wesentlichen aus zwei Umständen: Zum einen sind die Kollisionsregeln für das aus einer Patentverletzung resultierende außervertragliche Schuldverhältnis – also dem (abgesehen von den Verfahrensvorschriften) wesentlichen Regelungsgegenstand des EPGÜ – bereits unabhängig von EPGÜ und EPatVO durch die Rom II-VO²³ unionsrechtlich harmonisiert²⁴. Zum anderen handelt es sich beim EPGÜ (und beim älteren EPÜ) um ein sach- (und verfahrensrechts-)vereinheitlichendes Übereinkommen. Für sach-

23 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. L 199 vom 31.7.2007, S. 40–49.

24 Gleiches gilt für die Kollisionsregeln für vertragliche Schuldverhältnisse mit der Rom I-VO, allerdings existieren bei vertraglichen Schuldverhältnissen kaum Überschneidungspunkte zu EPGÜ und EPatVO.

rechtsvereinheitlichende Übereinkommen wird aber nach den allgemeinen Lehren des Kollisionsrechts aufgrund ihrer (einseitigen) Anwendungsbereichsnormen ein Vorrang gegenüber der Rom II-VO unmittelbar aufgrund der völkervertraglichen Bindung und der einseitigen Festlegung des Anwendungsbereichs des betreffenden Staatsvertrags abgeleitet, so dass ihnen grundsätzlich Vorrang vor dem EU-Kollisionsrecht eingeräumt wird, selbst wenn sie zeitlich jünger als die Rom II-VO sind²⁵. Diese beiden allgemeinen kollisionsrechtlichen Vorgaben – Bindung an die Rom II-VO und allgemeiner Vorrang sachrechtsvereinheitlichender Staatsverträge – werfen die Frage nach ihren Konsequenzen für das Verhältnis der Rom II-VO zu den besonderen Rechtsanwendungsnormen in Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO und Art. 24 EPGÜ auf.

a) Vorrang der Rom II-VO gegenüber dem EPGÜ

Im Verhältnis zum EPGÜ als sachrechtsvereinheitlichenden Staatsvertrag liegt es auf den ersten Blick nahe, aufgrund seines immanenten Anwendungsbefehls (Art. 3 EPGÜ) und der allgemeinen Lehre vom Vorrang sachrechtsvereinheitlichender Staatsverträge einen Vorrang gegenüber der Rom II-VO zu bejahen²⁶. Indes würde dies den im EPGÜ selbst angeordneten

25 Siehe nur *Junker* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 28 Rom II-VO Rn. 12, 22 m.w.N; *Schulze* in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2021, Art. 28 Rom II-VO Rn. 14 m.w.N.

26 Zum EPGÜ *McGuire*, wiedergegeben von *Bernzen/L. Tochtermann*, GRUR 2014, 457, 458; *dies.* in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2016, Art. 8 Rom II-VO Rn. 79: „Rom II-VO ist hier nur insoweit von Bedeutung, als Art. 24 Abs. 2 eine Gesamtnormverweisung ausspricht“; *L. Tochtermann*, GRUR Int. 2016, 721, 724.

und entstehungsgeschichtlich²⁷ gewollten Vorrang des Unionsrechts²⁸ (Art. 20, Art. 24 Abs. 1 lit. a EPGÜ), zu dem auch das Unionskollisions-

27 So führte die Kommission in einem Non-Paper zur Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht aus, dass die Rom-Verordnungen zur Anwendung sowohl des Rechts eines am EPGÜ teilnehmenden Mitgliedstaats wie zur Anwendung des Rechts eines nicht teilnehmenden Staates führen können. Dies müsse durch eine Öffnung des Art. 24 EPGÜ für eine Anwendung des Rechts von Nichtvertragsstaaten ermöglicht werden, und zwar auch hinsichtlich solcher Sachfragen, die das EPGÜ selbst regelt. Deshalb sieht Art. 24 Abs. 3 EPGÜ heute ausdrücklich vor, dass das Recht von Nichtvertragsstaaten auch in Bezug auf die in den Art. 25-28, 54, 55, 64, 68 und 72 EPGÜ geregelten Aspekte zur Anwendung kommen kann. Siehe das „non-paper“ *Compatibility of the draft agreement on the Unified Patent Court with the Union acquis*, Ratsdokument Nr. 14191/11 vom 20.9.2011, S. 8 f.: „The Agreement on a Unified Patent Court does not contain conflict rules in matters governed by the Rome I and Rome II Regulations. In this respect, it would seem desirable to modify the title of Chapter IIIB [= Kapitel V] in order to avoid any possible confusion. In addition, further technical amendments to the provisions of that chapter seem necessary. In particular, the following points need consideration: Rome I and II Regulations may lead to the applicability of the law of a state which is a participating Member State in UPC Agreement but they may also result in the applicability of the law of a State which is not a participating Member State (either a non-participating Member State or a third State). Consequently, Article 14e of the draft agreement on the UPC [= Art. 24 EPGÜ] cannot limit the national law which may need to be applied by the UPC to the national law of the participating Member States but has to allow also for the application of the law of non-participating States. This could be ensured by deleting the part “of the Contracting Member States” in the first sentence of Article 14e (2). The UPC Agreement does contain harmonized rules of substantive law. Since the UPC Agreement will only apply to participating Member States, it could be that these rules conflict with the rules of the law of non-participating Member States or third states which would be applicable pursuant to the Rome I and Rome II Regulations. It needs to be ascertained that, in case the Rome Regulations lead to the applicability of the national law of a non-participating state, this law is applied, even if its rules differ from the rules provided in the UPC Agreement. This can be ensured by clarifying in those provisions of the draft agreement that they are without prejudice to the applicable national law of non-participating States. Amendments to the provisions concerned seem necessary. This is the case, for instance, with Article 33a on the burden of proof and Article 44a on the period of limitation.” (Hervorhebungen nicht im Original). Die Kommission ging offenbar davon aus, dass das anwendbare Recht vorrangig durch die Rom I- und Rom II-VO bestimmt wird, und zwar auch innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des EPGÜ („Rome I and II Regulations may lead to the applicability of the law of a state which is a participating Member State in UPC Agreement but they may also result in the applicability

recht zählt, missachten²⁹. Dieser Vorrang ist auch kompetenzrechtlich geboten, denn der Gerichtshof hat im Gutachten 1/09 gefordert, dass durch den Abschluss von Staatsverträgen die Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht beeinträchtigt werden darf³⁰. Demgemäß sind die Mitgliedstaaten in dem Maß, in dem die Unionsrechtsrechtsetzung voranschreitet, grundsätzlich nicht mehr zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen berechtigt, die die Regeln des Unionsrechts beeinträchtigen³¹. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu anderen Staatsverträgen, etwa den als Beispiel für den Vorrang sachrechtsvereinheitlichender Abkommen vor der Rom II-VO genannten transportrechtlichen Staatsverträgen, die zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, als die Union auf dem Gebiet des materiellen Transportrechts noch keine Kompetenz hatte bzw. ihre Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge nicht ausgeübt hatte und die zudem vor Verabschiedung der Rom II-VO bereits existierten. Auch Art. 28 Abs. 1 Rom II-VO eröffnet dem EPGÜ keinen Vorrang, weil es sich beim EPGÜ nicht um einen älteren, sondern einen gegenüber der Rom II-VO

of the law of a State which is not a participating Member State“) und dass das EPGÜ erst als Teil des durch die Rom-Verordnungen berufenen materiellen Rechts zur Anwendung kommt. In Folge der Sichtweise der Kommission wurden Art. 24 Abs. 2 und 3 EPGÜ für die Anwendung des Rechts von Nichtvertragsstaaten geöffnet und die Überschrift von Kapitel V (vormals Kapitel IIIB) von „Applicable Law“ in „Sources of Law“ geändert, Ratsdokument Nr. 15289/11 vom 07.10.2011, S. 20.

28 BT-Drucks. 19/22847 S. 89 zu Art. 24 EPGÜ: „Der Vorrang des EU-Rechts wird durch dessen Nennung an erster Stelle unterstrichen.“

29 Der Vorrang der Anwendungsnormen eines sachrechtsvereinheitlichenden Staatsvertrags ist kein Automatismus. Vielmehr ist stets im Einzelfall anhand einer Analyse des Einheitsrechtsakts festzustellen, „ob der Normgeber beabsichtigt hat, den Anwendungsbereich des Einheitsrechts autonom zu bestimmen oder das allgemeine IPR vorzuschalten“, v. Hein in: MÜKoBGB, IPR I (Band 12), 8. Aufl. 2020, Einl. IPR, Rn. 99.

30 EuGH 8.3.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 76 – *Einheitliches Patentgerichtssystem*.

31 EuGH 14.07.2016, C-230/15, ECLI:EU:C:2016:560, Rn. 53 – *Brite Strike Technologies* (zu Art. 71 Brüssel I-VO).

jüngeren³² Staatsvertrag³³ handelt³⁴. Eher spricht umgekehrt für den Vorrang der Rom II-VO vor dem EPGÜ der Rechtsgedanke³⁵ des Art. 28 Abs. 2 Rom II-VO, weil das EPGÜ ein ausschließlich zwischen zwei oder mehreren Mitgliedstaaten geschlossenes Übereinkommen ist, das Bereiche betrifft, die in der Rom II-VO geregelt werden. Schließlich ist der Vorrang der Rom II-VO auch im Interesse der einheitlichen Anwendung der Rom II-VO geboten, denn anders als bei normalen Staatsverträgen sind am EPGÜ keine Drittstaaten, sondern ausschließlich EU-Mitgliedstaaten beteiligt. Wenn nun aber diese Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des EPGÜ vorrangig das EPGÜ, die nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten aber unmittelbar die Rom II-VO anwenden würden, dann wäre die einheitliche Anwendung der Rom II-VO in der gesamten Union nicht mehr gesichert.

32 Die zur Ausfüllung von Erwägungsgrund 37 Rom II-VO erlassene Verordnung (EU) Nr. 662/2009 für gegenüber der Rom II-VO jüngere Staatsverträge findet auf das EPGÜ keine Anwendung, weil es keine Drittstaaten betrifft.

33 Zudem handelt es sich beim EPGÜ nicht um einen Staatsvertrag auf dem Kollisionsrecht, sondern einen sach- und verfahrens- sowie gerichtsorganisatorischen Staatsvertrag, der lediglich einzelne Regeln mit Bezug zum Kollisionsrecht (Art. 24 EPGÜ) enthält.

34 Ebenso *Grünberger* in: NK-BGB, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 8 Rn. 23, demzufolge der europäische Gesetzgeber mit dem Erlass der Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 über die Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes implizit die Nichtanwendbarkeit des Art. 28 Rom II-VO angeordnet habe.

35 Eine direkte Anwendbarkeit des Art. 28 Abs. 2 Rom II-VO kommt wohl nicht in Betracht, weil das EPGÜ jünger ist als die Rom II-VO und Staatsverträge, die nur das materielle Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse vereinheitlichen, nicht unter Art. 28 Rom II-VO fallen, *Junker* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 28 Rom II-VO Rn. 12. Ob man das EPGÜ als ausschließlich sachrechtsvereinheitlichenden oder (wegen Art. 24 EPGÜ) als gemischtes Übereinkommen mit kollisionsrechtlicher Annexregelung ansieht, kann man unterschiedlich beurteilen. Für kollisionsrechtliche „Annexregeln“ wird offengelassen, ob Art. 28 Abs. 1 Rom II-VO oder der Vorrang des vereinheitlichenden Sachrechts gilt, *Junker* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 28 Rom II-VO Rn. 22. Wenn man Art. 28 Abs. 1 Rom II-VO anwendet, muss man konsequenterweise aber auch Art. 28 Abs. 2 Rom II-VO anwenden, und wenn man den Vorrang über den immanenten Anwendungsbefehl des vereinheitlichenden Sachrechts begründet, muss man konsequenterweise auch die Rücknahme dieses Anwendungsbefehls durch das Sachrecht (Art. 20, Art. 24 Abs. 1 lit. a EPGÜ) berücksichtigen, so dass man auf beiden Wegen zum Vorrang der Rom II-VO kommt.

b) Folgen für das Kollisionsrecht für in das EPGÜ einbezogene Europäische Patente ohne einheitliche Wirkung

Aus diesen Gründen ist von einer vorrangigen Anwendbarkeit der Rom II-VO gegenüber dem EPGÜ trotz der Rechtsnatur des EPGÜ als völkerrechtlicher Vertrag auszugehen³⁶. Die Regeln des EPGÜ kommen daher, soweit sich der Anwendungsbereich von EPGÜ und Rom II-VO überschneidet, es also um außervertragliche Schuldverhältnisse (Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 15 Rom II-VO) aus einer Verletzung eines EPÜ-Patents, auf das das EPGÜ Anwendung findet (Art. 3 lit. c, d i.V.m. Art. 83 EPGÜ), geht, nur dann zur Anwendung, wenn die Grundanknüpfung des Art. 8 Abs. 1³⁷ Rom II-VO (Schutzlandprinzip) auf das Recht eines am EPGÜ teilnehmenden EU-Mitgliedstaats als beanspruchter Schutzstaat verweist. In diesem Fall beruft der Anwendungsbefehl des Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO das Recht des betreffenden EU-Mitgliedstaats zur Anwendung³⁸. Das auf diesem Weg zur Anwendung berufene Recht besteht wiederum für die Verletzung von EPÜ-Patenten, die nicht nach Art. 83 EPGÜ aus dem EPGÜ hinausoptiert wurden, qua innerstaatlicher Ratifikation³⁹ in den Regeln des EPGÜ (streng genommen in Gestalt des Umsetzungsgesetzes des jeweiligen Mitgliedstaats, deren Einheitlichkeit aber aufgrund des Grundsatzes völkerfreundlicher Auslegung unterstellt werden kann). In der Praxis dürfte sich die nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO erforderliche Beanspruchung von Schutz⁴⁰ aus einem Patent eines am EPGÜ teilnehmenden EU-Mitgliedstaats bereits aus

36 Die Regelung in Art. 24 EPGÜ zu den Rechtsquellen hat nach diesem Verständnis also nur Bedeutung zur Bestimmung des anwendbaren Rechts, soweit ältere Staatsverträge oder EU-Kollisionsrecht keine Regelung treffen; nur insoweit ist Art. 24 EPGÜ eine echte Rechtsanwendungsnorm. Im Übrigen handelt es sich um eine bloße Klarstellung der durch das Einheitliche Patentgericht anzuwendenden Rechtsquellen, deren Anwendung bereits anderweitig (durch die Rechtsanwendungsnormen der älteren Staatsverträge oder das EU-Kollisionsrecht) angeordnet wird.

37 Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO ist auf Europäische Patente ohne einheitliche Wirkung nicht anwendbar.

38 Nicht erforderlich ist dazu, dass der teilnehmende Mitgliedstaat auch sein für rein nationale Patente geltendes Patentrecht an das EPGÜ anpasst. Vielmehr koexistieren innerhalb des nationalen Rechts die Regeln für nationale Patente (nach nationalem PatG) und die durch Zustimmungsgesetz umgesetzten Regeln des EPGÜ (für die in den Anwendungsbereich des EPGÜ fallenden Europäischen Patente).

39 Für Deutschland oben Fn. 7.

40 Bzw. im Fall des Beklagten: Behauptung des Nichtbestehens von Schutz.

dem Umstand ergeben, dass der Kläger das Einheitliche Patentgericht angerufen hat. Dessen ausschließliche sachliche Zuständigkeit setzt nämlich⁴¹ die Behauptung der Verletzung von EPÜ-Patenten oder Patenten mit einheitlicher Wirkung, die unter das EPGÜ fallen (Art. 32 Abs. 1 lit. a-c, f, g i.V.m. Art. 3 EPGÜ), voraus. Da das Einheitliche Patentgericht nur für die in Art. 32 Abs. 1 EPGÜ genannten Klagen, also für die Verletzung oder Nichtigkeit von Europäischen Patenten mit oder ohne einheitliche Wirkung (Art. 2 lit. g EPGÜ), zuständig ist, muss sich der Kläger im Verletzungs- oder Nichtigkeitsprozess bei Verletzungsfällen also bereits zur Begründung der Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts auf den Schutz (oder das Nichtbestehen von Schutz) aus einem entsprechenden Schutzrecht berufen, so dass die Voraussetzungen des Schutzlandprinzips regelmäßig bereits durch den Sachvortrag zur Zuständigkeit erfüllt sein dürften⁴².

41 Bei der (zumindest isolierten) Nichtigerklärung nach Art. 32 Abs. 1 lit. d, e EP-GÜ dürfte die Rom II-VO nicht anwendbar sein, weil nicht um ein außervertragliches Schuldverhältnis aus der Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums gestritten wird, so dass sich kein Konflikt ergibt.

42 Für die Praxis dürfte die Frage nach einer vorrangigen Anwendung von EPGÜ oder Rom II-VO in aller Regel dahinstehen können, wenn nur der Schutz aus Europäischen Patenten der teilnehmenden Mitgliedstaaten beansprucht wird: Gemäß Art. 3 lit. c, d EPGÜ kommt das Übereinkommen für „einfache“ Europäische Patente nämlich nur dann zur Anwendung, wenn zugleich eine Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts nach Art. 32 Abs. 1 EPGÜ besteht (siehe auch den Eingangssatz in Art. 24 Abs. 1 EPGÜ, wonach „das Gericht seine Entscheidungen in Rechtsstreitigkeiten, in denen es nach diesem Übereinkommen angerufen wird“, auf die dort aufgezählten Rechtsquellen stützt). Die Anwendbarkeit des EPGÜ setzt mit anderen Worten voraus, dass um eine der in Art. 32 Abs. 1 EPGÜ genannten Angelegenheiten (Verletzung, Feststellung der Nichtverletzung, Nichtigkeit, Benutzungsentschädigung oder Vorbenutzung) aus „Patenten“ (Art. 2 lit. g EPGÜ) gestritten wird, also um den Schutz oder das Nichtbestehen von Schutz (Nichtigkeit) aus Europäischen Patenten, die nicht hinausoptiert (Art. 83 EPGÜ) wurden. Zum gleichen Ergebnis gelangt man aber (für die Europäischen Patente der teilnehmenden Mitgliedstaaten) auch bei Anwendung des (in Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO verankerten) Schutzlandprinzips, weil auch nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO das EPGÜ zur Anwendung gelangt, wenn sich eine Partei vor dem Einheitlichen Patentgericht auf den Schutz (oder das Nichtbestehen von Schutz) aus dem Europäischen Patent eines teilnehmenden Mitgliedstaats beruft, zu dessen nationalem Sachrecht zwangsläufig auch das ratifizierte EPGÜ gehört. Die Schutzbeanspruchung aus dem Europäischen Patent wird sich in Streitverfahren bereits aus der Klage beim Einheitlichen Patentgericht ergeben, denn dessen Zuständigkeit ist von vorneherein auf Europäische Patente beschränkt (Art. 32 Abs. 1 EPGÜ) und

*c) Kollisionsrecht der Europäischen Patente mit einheitlicher Wirkung:
Spezialität der EPatVO gegenüber Rom II-VO und EPGÜ*

Etwas anders stellt sich die Rechtslage bei den Europäischen Patenten mit einheitlicher Wirkung dar, für die die Regeln der EPatVO Anwendung finden. Zwar ist wegen des Vorrangs des Unionsrechts auch insofern die Rom II-VO der Ausgangspunkt. Allerdings berührt die Rom II-VO nach ihrem Art. 27 „nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten“. Solche Vorschriften des Gemeinschaftsrechts (bzw. Unionsrechts), „die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten“ finden sich in Art. 5 Abs. 3, Art. 7 EPatVO, die als unionsrechtliche Regeln vorrangig gegenüber den Normen des EPGÜ und damit auch vorrangig gegenüber Art. 24 EPGÜ anzuwenden sind⁴³. Nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 EPatVO bestimmen sich die Handlungen, gegen die das Einheitspatent Schutz bietet⁴⁴, sowie die geltenden Beschränkungen⁴⁵ nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dessen nationales Recht auf das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung als Gegenstand des Vermögens nach Art. 7 EPatVO anwendbar ist, also nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem der erstgenannte (Art. 7 Abs. 2 EPatVO) Patentanmelder zum Zeitpunkt der Anmeldung seinen Wohnsitz, seine Hauptniederlassung oder eine Niederlassung hatte; liegt keiner dieser Orte in einem Mitgliedstaat, gilt deutsches Recht (Art. 7 Abs. 3 EPatVO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EPÜ).

setzt dementsprechend die Schutzbeanspruchung aus einem solchen Patent voraus. Im Ergebnis dürfte die Frage des Regelungsvorrangs von Rom II-VO oder EPGÜ in der Praxis damit dahinstehen können, solange über Europäische Patente der teilnehmenden Mitgliedstaaten gestritten wird, weil auch die einseitigen Rechtsanwendungsnormen des EPGÜ zu keinem von Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO abweichenden Anknüpfungsergebnis gelangen dürften.

- 43 Die vorrangige Anwendung der EPatVO gegenüber dem EPGÜ lässt sich mit der Spezialität der EPatVO gegenüber den allgemeineren Regeln des EPGÜ rechtfertigen; vgl. auch den Verweis in Erwägungsgrund 9 Satz 3 EPatVO „für alle Angelegenheiten, die nicht unter die EPatVO oder die ÜbersetzungsVO fallen“. Zudem handelt es sich bei der EPatVO um Unionsrecht i.S.d. Art. 24 Abs. 1 lit. a EPGÜ.
- 44 Dazu dürften nicht nur die Benutzungshandlungen (vgl. Art. 25, 26 EPGÜ), sondern auch die vorgelagerte Bestimmung des Schutzbereichs (Art. 69 EPÜ) zählen.
- 45 Vgl. Art. 27, 28 EPGÜ. Eine unionsrechtsunmittelbare Schranke sieht Art. 6 EPatVO mit der Erschöpfung vor.

Zwar mag man gegen den Vorrang der EPatVO vor der Rom II-VO einwenden, dass Art. 326 Abs. 1 AEUV die Regeln der verstärkten Zusammenarbeit (und damit auch die EPatVO) unter den Vorbehalt der Einhaltung des allgemeinen Sekundärrechts stellt und dass die *lex specialis* und *lex posterior*-Grundsätze im Verhältnis der Regeln zur verstärkten Zusammenarbeit (hier der EPatVO) zum allgemeinen EU-Sekundärrecht (hier der Rom II-VO) nicht gelten⁴⁶. Allerdings liegt hier ein wesentlicher Unterschied darin, dass eine vorrangige Anwendung der EPatVO nicht (nur) aus dem allgemeinen *lex specialis*-Grundsatz folgt, sondern dass die Rom II-VO in ihrem Art. 27 selbst den Vorrang besonderer Bestimmungen des Unionsrechts anordnet, wobei auch die EPatVO formaljuristisch als „Vorschrift des Unionsrechts“ einzuordnen ist. Zudem zeigt die besondere Regelung in Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO⁴⁷, dass der Unionsgesetzgeber den Regeln – und damit auch den Kollisionsregeln – im „*einschlägigen Rechtsakt*“ zu den Einheitsschutzrechten grundsätzlich eine eigene Anknüpfung zubilligt. Allein ein Vorrang der EPatVO ist auch sinnvoll, weil ohne einheitliche Anknüpfung über Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 EPatVO bei Anwendung der allgemeinen Regel des Art. 8 Abs. 1 oder Abs. 2 Rom II-VO infolge des Ausschlusses der Weiterverweisung (Art. 24 Rom II-VO) sonst ein Verweis auf das jeweilige nationale Recht des Staates drohen würde, für den der Kläger Schutz beansprucht bzw. in dem die Verletzungshandlung begangen wurde, was den mit dem Europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung gerade intendierten einheitlichen Schutz konterkarieren würde. Zwar ist zuzugeben, dass die jeweiligen Regeln der Schutzstaaten über das EPGÜ materiell vereinheitlicht sind, aber es liefe dem Regelungsziel der EPatVO zuwider, wenn man nicht über Art. 5 Abs. 3 EPatVO hinsichtlich der Benutzungshandlungen und der Schranken auch ein einziges Recht für das europäische Patent mit einheitlicher Wirkung beriefe, sondern über die allgemeine Anknüpfung nach Art. 8 Abs. 1 oder Abs. 2 Rom II-VO faktisch wieder zum Bündelpatent zurückkäme, wenn auch zu einem Bündel materiell über das EPGÜ vereinheitlichter nationaler Regeln. Da Art. 27 Rom II-VO auch den Vorrang spezieller unionsrechtlicher Verordnungen gestattet, erscheint es auch mit der *lex lata* vereinbar, hinsichtlich

46 *Blanke* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 76. EL Mai 2022, Art. 20 EUV Rn. 57; *Pechstein* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 20 EUV Rn. 16.

47 „Bei außervertraglichen Schuldverhältnissen aus einer Verletzung von gemeinschaftsweit einheitlichen Rechten des geistigen Eigentums ist auf Fragen, die *nicht unter den einschlägigen Rechtsakt der Gemeinschaft fallen*“ (Hervorhebung durch mich).

der in Art. 5 Abs. 3 EPatVO genannten Handlungen, gegen die das Patent Schutz bietet, sowie die geltenden Beschränkungen einheitlich anzuknüpfen.

Im Ergebnis bedeutet dies: Das auf den Schutzbereich⁴⁸, den Inhalt des Verbotsrechts und die Schranken des europäischen Patents mit einheitlicher Wirkung anwendbare Recht bestimmt sich vorrangig (Art. 27 Rom II-VO) gegenüber Art. 8 Rom II-VO nach der Verweisung des Art. 5 Abs. 3 EPatVO i.V.m. Art. 7 EPatVO bzw. (als Gegenstand des Vermögens⁴⁹) direkt nach Art. 7 EPatVO⁵⁰. Die gewünschte einheitliche Wirkung wird damit nicht durch die Regeln der EPatVO selbst, sondern durch Verweis für den Schutzbereich, den Inhalt des Verbotsrechts und die Beschränkungen auf ein einziges nationales Recht (einschließlich der dortigen Umsetzung von EPGÜ und EPÜ, insbesondere der Art. 25-28 EPGÜ und des Art. 69 EPÜ) für das gesamte „Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung“ erreicht. Dieser Verweis durch die EPatVO auf das nationale Recht ist als Sachnormverweis (d.h. als Verweis unter Ausschluss der Anwendung des IPR des verwiesenen Staates) zu verstehen⁵¹, wie sich aus dem Wortlaut der Art. 5 Abs. 3⁵², Art. 7 EPatVO⁵³, der Vermeidung von Zirkelschlüssen zwischen

48 Zu den „Handlungen, gegen die das Patent Schutz nach Absatz 1 bietet“ i.S.d. Art. 5 Abs. 3 EPatVO dürften nicht nur die Benutzungshandlungen (vgl. Art. 25, 26 EPGÜ), sondern auch die vorgelagerte Bestimmung des Schutzbereichs (Art. 69 EPÜ) zählen.

49 Insofern gilt die Rom II-VO ohnehin nicht, da diese Fragen außerhalb ihres sachlichen Anwendungsbereichs (kein außervertragliches Schuldverhältnis aufgrund einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums) liegen.

50 *Ohly*, ZGE 4 (2012), 419, 426; *Haedicke*, GRUR Int. 2013, 609, 611.

51 *McGuire*, Mitt. 2015, 537, 540; *P. Tochtermann* in: Benkard, Patentgesetz, Internationaler Teil Rn. 195; zum europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung als Gegenstand des Vermögens auch *Müller-Stoy/Paschold*, GRUR Int. 2014, 646, 648 f.

52 Art. 5 Abs. 3 EPatVO spricht davon, dass die „Handlungen, gegen die das Patent Schutz nach Absatz 1 bietet, sowie die geltenden Beschränkungen“ „in den Rechtsvorschriften bestimmt“ [sind], „die für Europäische Patente mit einheitlicher Wirkung in dem teilnehmenden Mitgliedstaat gelten, dessen nationales Recht auf das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung als ein Gegenstand des Vermögens nach Artikel 7 anwendbar ist“. Diese Formulierung (Handlungen und Beschränkungen, bestimmt) legt nahe, dass mit „Rechtsvorschriften“ unmittelbar auf das Sachrecht Bezug genommen wird.

53 Auch das Vereinheitlichungsziel steht dem nicht entgegen, weil außerhalb des Anwendungsbereichs von EPGÜ und EPÜ keine Vereinheitlichung erfolgt ist, so dass auch ein ggf. durch das Kollisionsrecht des Zielstaates angeordneter

Art. 24 Abs. 1 lit. a EPGÜ und Art. 5 Abs. 3, 7 EPatVO⁵⁴ und vor allem dem Vereinheitlichungsziel der EPatVO für die „einheitliche Wirkung“ ergibt, die einheitlichen Sachnormen unterstehen soll.

Nicht vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EPatVO (oder des Art. 7 EPatVO) erfasst werden die übrigen Aspekte außervertraglicher Schuldverhältnisse abgesehen von den Verletzungshandlungen und Schranken wie beispielsweise die Art und der Umfang der materiellen Ansprüche im Fall einer Verletzung (Art. 15 lit. c, d Rom II-VO) oder die Vorschriften über Erlöschen und Verjährung (Art. 15 lit. h Rom II-VO)⁵⁵. Zwar findet sich ein Hinweis in Erwägungsgrund 9 Satz 3 EPatVO, dass für alle Angelegenheiten, die nicht unter die EPatVO oder die ÜbersetzungsVO fallen, die „Bestimmungen (...) des Übereinkommens über ein einheitliches Patentgericht, einschließlich seiner Bestimmungen über den Umfang dieses Rechts und dessen Beschränkungen (...) gelten“ sollen. Allerdings ginge es zu weit, aufgrund des allgemein gefassten und rechtlich nicht verbindlichen Erwägungsgrundes 9 Satz 3 die Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 EPatVO über ihren Wortlaut hinaus als Verweisung auf sämtliche im EPGÜ geregelte Fragen aufzufassen, zumal der Erwägungsgrund nicht klarstellt, aufgrund welcher Verweisungsnorm die Gerichte zur Anwendung des EPGÜ und des EPÜ gelangen sollen. Vielmehr ist für die von Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPatVO nicht geregelten Fragen auf die allgemeinen Rechtsanwendungsnormen zurückzugreifen⁵⁶. Soweit die Verweisungen nach Art. 5 Abs. 3

Verweis auf das Recht eines anderen Staates der Vereinheitlichung nicht abträglich ist.

54 McGuire, Mitt. 2015, 537, 541; L. Tochtermann, GRUR Int. 2016, 721, 724 f.

55 Für eine „umfassende Verweisung auf nationales Recht – und damit auch auf das EPGÜ“ bereits durch Art. 7 EPatVO Osterrieth, Patentrecht, 6. Aufl. 2021, Rn. 309.

56 Dies entspricht der Rechtslage bei den anderen Einheitsschutzrechten, die ebenfalls nur das Verbotsrecht und die Beschränkungen, nicht aber die Sanktionen vereinheitlichen. Für letztere kommt ebenfalls ergänzend Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO zur Anwendung. Als Gegenposition könnte man für die im EPGÜ geregelten Sanktionen nicht über Art. 8 Rom II-VO anknüpfen, sondern vielmehr könnte man ihren Anwendungsbefehl unmittelbar aus den einseitigen Rechtsanwendungsnormen des EPGÜ (Art. 3 lit. a, 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ) ableiten und dementsprechend das Einheitsrecht des EPGÜ (Art. 63 ff. EPGÜ) unmittelbar ohne Rückgriff auf das EU-Kollisionsrecht anwenden. Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO hätte dann nur noch Bedeutung für die vom EPGÜ nicht geregelten Aspekte außervertraglicher Schuldverhältnisse (vgl. Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ). So schlagen *Augenstein/Haertel/Kiefer* in: *Fitzner/Lutz/Bodewig, BeckOK Patentrecht*, Stand: 15.10.2022, Art. 24 EPGÜ Rn. 7, das EPGÜ unmittelbar über die Verweisung in Art. 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ und nicht über den Umweg

EPatVO keine Anwendung finden, es also nicht um den Inhalt des Rechts, die Benutzungshandlungen oder die Schranken geht, findet demgemäß Art. 8 Rom II-VO Anwendung, und zwar Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO⁵⁷, weil das europäische Patent mit einheitlicher Wirkung zwar kein „gemeinschaftsweit einheitliches Recht“ des geistigen Eigentums darstellt, diesem aber nähersteht als den in Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO vorausgesetzten nationalen Schutzrechten. Demgemäß richten sich die materiellen Rechtsfolgen der Patentverletzung nach dem Recht des Staates, in dem die Verletzung begangen wurde. Soweit dieser Staat ein an der EPatVO und dem EPGÜ teilnehmender Mitgliedstaat ist, kommt auf Ebene des Sachrechts für die im EPGÜ geregelten Fragen (z.B. die materiellrechtlichen Rechtsfolgen der Art. 63 ff. EPGÜ) dessen jeweilige Umsetzung des EPGÜ zur Anwendung, wobei wegen der Ratifikation des EPGÜ als einheitlicher Staatsvertrag eine einheitliche Geltung des Staatsvertrags durch die Vertragsstaaten angestrebt wird und daher auch vermutet werden kann. Es muss daher nicht zwischen deutscher, französischer etc. Fassung des EPGÜ differenziert werden, sondern für Verletzungshandlungen im Gebiet eines teilnehmenden Mitgliedstaats kann wegen einer Vermutung der einheitlichen Ra-

als Teil des nationalen Rechts anzuwenden. Beim Europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung wirft dieser Ansatz m.E. ein normtheoretisches Problem auf, weil das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung im Unterschied zu den einfachen EPÜ-Patenten keinen einzelnen Schutzstaat hat. Es bleibt damit unklar, aufgrund wessen Staates Zustimmungsgesetz das EPGÜ auf diese Patente anwendbar ist, zumal auch keine Vorschrift der EPatVO, sondern nur ein Erwägungsgrund (9 Satz 3) auf das EPGÜ verweist. Bei den einfachen, nach wie vor territorial verankerten EPÜ-Patenten ist demgegenüber klar, dass das Zustimmungsgesetz des jeweiligen Schutzstaates des Patents den Anwendungsbefehl für das EPGÜ ausspricht. M.E. spricht gegen die unmittelbare Anwendung des EPGÜ vorrangig vor Art. 8 Rom II-VO der in Art. 20 und Art. 24 Abs. 1 lit. a EPGÜ ausdrücklich angeordnete Vorrang des Unionsrechts einschließlich des EU-Kollisionsrechts.

- 57 Drexl in: MüKoBGB, 8. Auflage 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 154. Grünberger in: NK-BGB, 3. Aufl. 2019, Art. 8 Rom II Rn. 60f.; McGuire, wiedergegeben von Bernzen/L. Tochtermann, GRUR 2014, 457, 458: „Für solche Regelungsbereiche, die von den Kollisionsnormen der EPVO nicht erfasst sind, kommt die Stufenleiter des Art. 24 EPGÜ direkt zur Anwendung, die als Gesamtnormverweisung zu verstehen sei. Insbesondere konstatierte McGuire eine fehlende Verweisung für den Bereich der Schutzrechtsverletzung. Hier komme über Art. 24 I Buchst. a EPGÜ die Rom-II-VO zur Anwendung, deren Art. 8 II auf das Recht des Verletzungsortes verweist. Zwar seien auch Art. 64 ff. EPGÜ und Art. 4 EPSVO als materielles Einheitsrecht beachtlich, letztlich führe ein Abstellen auf das Recht des Verletzungsortes aber zu einer Mosaikbetrachtung.“

tifikation direkt auf die im EPGÜ geregelten Rechtsfolgen zurückgegriffen werden. Für die im EPGÜ nicht geregelten Folgen einer Rechtsverletzung (z.B. die Verjährung von anderen als Schadensersatzansprüchen, zur Begrenzung des EPGÜ auf letztere Art. 72 EPGÜ) bleibt es beim nationalen Recht des Mitgliedstaats, in dem die Verletzung begangen wurde. Zuzugeben ist allerdings, dass es infolge der Harmonisierung des Rechts der teilnehmenden Mitgliedstaaten durch das EPGÜ in der Praxis keinen Unterschied machen sollte, ob das EPGÜ als das Recht des Staates der Hauptniederlassung des Erstanmelders (Art. 5 Abs. 3, 7 EPatVO), aufgrund seiner eigenen Rechtsanwendungsnormen (Art. 3, 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ) oder als das Recht des Staates des Handlungsorts (Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO – solange dieser das EPGÜ ratifiziert hat) berufen wird⁵⁸. Für alle sonstigen Fragen, die weder durch Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 EPatVO noch durch das EPGÜ geregelt sind, geht die EPatVO von einem Verweis unter Einbeziehung des im Verweisungsstaat geltenden IPR einschließlich der Rom-Verordnungen aus (vgl. ErwG 9 Satz 3 EPatVO: „einschließlich der nationalen Vorschriften zum internationalen Privatrecht“), ohne allerdings eine eigene Kollisionsnorm für andere Fragen als den Inhalt des Verbotsrechts und die Beschränkungen vorzusehen. Für diese Fragen kommen deshalb die allgemeinen Kollisionsnormen der Rom-Verordnungen zur Anwendung. Soweit diese keine Regelung vorsehen, z.B. weil es sich nicht um Aspekte eines vertraglichen oder außervertraglichen Schuldverhältnisses handelt, greifen staatsvertragliche (Art. 24 Abs. 2 lit. b EPGÜ) und zuletzt „nationale Vorschriften zum internationalen Privatrecht nach Bestimmung durch das Gericht“ (Art. 24 Abs. 2 lit. c EPGÜ).

2. Bedeutung des Art. 24 EPGÜ

Den Vorrang der Rom II-VO bestätigt zumindest mittelbar auch die Regelung in Art. 24 EPGÜ zu den Rechtsquellen für die Entscheidung des Einheitspatentgerichts. Art. 24 Abs. 1 EPGÜ ordnet an, dass das Einheitspatentgericht unter Beachtung des Vorrangs des Unionsrecht (Art. 20 EPGÜ) seine Entscheidungen auf das Unionsrecht (lit. a), das EPGÜ (lit. b), das EPÜ (lit. c), „andere internationale Übereinkünfte, die für Patente gelten und für alle Vertragsmitgliedstaaten bindend sind“ (lit. d), und das nationale Recht (lit. e) stützt, wobei das anwendbare nationale Recht (das auch drittstaatliches Recht sein kann) gemäß Art. 24 Abs. 2 EPGÜ durch unmit-

⁵⁸ Drexl in: MüKoBGB, Art. 8 Rom II-VO, 8. Auflage 2021 Rn. 154.

telbar anwendbare Vorschriften des Unionsrechts zum Internationalen Privatrecht (lit. a, also vor allem die Rom I- und Rom II-VO), hilfsweise durch internationale Rechtsinstrumente, die Bestimmungen des internationalen Privatrechts enthalten (lit. b) und hilfs-hilfsweise durch nationale Kollisionsnormen „nach Bestimmung durch das Gericht“ (lit. c) zu bestimmen ist. Infolge des Vorrangs des Unionsrechts und damit der Rom II-VO kann Art. 24 EPGÜ nicht ohne weiteres als echte Rechtsanwendungsnorm verstanden werden, sondern muss im Zusammenhang mit den Regeln des EU-Kollisionsrechts, insbesondere den Rom-Verordnungen, und den Anwendungsvorschriften anderer (älterer) Staatsverträge (v.a. des EPÜ) gelesen werden. In den Fällen, in denen EU-Vorschriften⁵⁹ (v.a. Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO) das anwendbare Recht bestimmen, sind nämlich die unionsrechtlichen Bestimmungen aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts (vgl. Art. 20 EPGÜ) unmittelbar maßgeblich. Art. 24 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a EPGÜ begründen dabei den Vorrang des Unionsrechts nicht, sondern bestätigen lediglich deklaratorisch die vorrangige Anwendbarkeit der Rom II-VO durch allgemeinen Verweis auf das Unionsrecht. Deshalb kommen die Regeln des EU-Kollisionsrechts nicht nur über Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ zur Bestimmung des subsidiär anwendbaren nationalen Rechts, sondern bereits vorrangig zur Bestimmung der Anwendbarkeit des EPGÜ selbst als Teil des „Unionsrechts“ i.S.d. Art. 24 Abs. 1 lit. a EPGÜ zur Anwendung. Ähnliches – nur deklaratorische Bedeutung der Art. 24 Abs. 1 lit. c, d EPGÜ – dürfte für Fragen gelten, für die bereits ältere Staatsverträge (v.a. das EPÜ) vereinheitlichtes Sachrecht schaffen, jedenfalls im Verhältnis zu

59 An dieser Stelle kann offen bleiben, wie das Verhältnis des EU-Kollisionsrechts zu älteren staatsvertraglichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 28 Rom II-VO und Art. 351 AEUV) und der Union (vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV) zu bestimmen ist, da die Kollisionsnormen der Staatsverträge jedenfalls im Patentrecht keine von Art. 8 Rom II-VO abweichende Anknüpfung erfordern. Dies gilt insbesondere für Art. 64 Abs. 1, 3 EPÜ, da diese Norm entweder keine von der Schutzlandanknüpfung des Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO abweichende Anknüpfung erfordert (vgl. *Luginbühl* in: Singer/Stauder/Luginbühl, EPÜ, 8. Aufl. 2019, Art. 64 Rn. 4, 16; Schutzlandanknüpfung durch Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO „bestätigt“) oder als Gesamtverweis verstanden wird, so dass sie in den EU-Mitgliedstaaten ohnehin zur Anwendung des Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO führt, so *Grünberger* in: NK-BGB, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 8 Rn. 23. Auch zwischen Art. 60 Abs. 1 Satz 2 EPÜ und Art. 8 Rom I-VO besteht bei Arbeitnehmererfindungen kein Konflikt, da Art. 60 Abs. 1 Satz 2 EPÜ die Inhaberschaft (Zuordnung) des Rechts auf das Patent regelt, während Art. 8 Rom I-VO das (schuldrechtliche) Arbeitsvertragsstatut erfasst, *Drexl* in: MüKoBGB, 8. Auflage 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 205, 208.

Nicht-Vertragsstaaten des EPGÜ. In diesen Fällen folgt die Anwendbarkeit des vereinheitlichten Sachrechts unmittelbar aus dem Anwendungsbefehl und der innerstaatlichen Umsetzung des älteren Staatsvertrages (vgl. Art. 30 Abs. 4 Wiener Vertragsrechtskonvention⁶⁰), Art. 24 Abs. 1 lit. c und d EPGÜ haben in diesen Fällen ebenfalls nur klarstellende Bedeutung. Wegen der geringeren Überschneidungsbereiche zwischen den komplementär gestalteten Rechtsakten des EPGÜ und des EPÜ hat dies praktisch aber wohl nur geringe Bedeutung.

Die nur deklaratorische Wirkung des Art. 24 EPGÜ im Anwendungsbereich des EU-Kollisionsrechts lässt sich auch nicht durch die Erwägung überwinden, das EPGÜ sei aufgrund seiner ausgeprägten Nähe zum Unionsrecht ein funktionales Äquivalent zur Rechtsangleichung über Art. 118 AEUV, also in der Sache „Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten“, so dass es nach Art. 27 Rom II-VO Vorrang gegenüber der Rom II-VO genießen müsse. Diese Analogie erscheint zweifelhaft, weil erstens nicht alle EU-Staaten am EPGÜ mitwirken, so dass das EPGÜ funktional eher mit der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 EUV, Art. 326 ff. AEUV vergleichbar ist, und weil zweitens das EPGÜ als völkerrechtlicher Vertrag gerade nicht einer der Rechtsakte des AEUV ist, die im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit vorgesehen sind. Zentral gegen eine solche Analogie spricht vor allem, dass sie die unionsweit einheitliche Geltung der Rom II-VO in Frage stellen würde, weil die Vertragsstaaten des EPGÜ nicht nur in den Fällen der EPatVO (die im Unterschied zum EPÜG sekundäres Unionsrecht im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit darstellt und nur Schutzrechte betrifft, die für das Territorium der am EPGÜ teilnehmenden Vertragsstaaten erteilt wurden), sondern auch in den Fällen sämtlicher EPÜ-Patente vorrangig vor der Rom II-VO das EPGÜ anwenden würden, so dass im Ergebnis die einheitliche Geltung der Rom II-VO nicht mehr gesichert wäre. Zudem ist eine solche Analogie nicht erforderlich, um die erhofften vereinheitlichenden Wirkungen des EPGÜ zu erreichen, weil nach der Darstellung unter II. 1. b) auch bei vorrangiger Anwendung der Rom II-VO der Vereinheitlichungseffekt des EPGÜ infolge der materiellen Rechtsangleichung des Rechts der teilnehmenden Vertragsstaaten erreicht werden kann. Demgemäß bleibt es grundsätzlich bei der vorrangigen Anwendung der Rom II-VO, die durch Art. 20 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. a EPGÜ auch mittelbar bekräftigt wird.

60 Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, BGBl 1985 II S. 926.

Eine eigenständige Bedeutung des Art. 24 EPGÜ als Rechtsanwendungsnorm ist infolge des Vorrangs des EU-Kollisionsrechts also nur denkbar, soweit eine Verletzung von (ausgeübten) Unionskompetenzen durch völkerrechtliches Zusammenwirken mehrerer Mitgliedstaaten nicht zu besorgen ist, weil den Mitgliedstaaten die entsprechenden Befugnisse verblieben sind.⁶¹ Deshalb ist Art. 24 EPGÜ nur insofern eine eigenständige Rechtsanwendungsnorm, soweit die betreffende Kompetenz noch nicht von der Union ausgeübt wurde (bzw. im Verhältnis zu Nicht-Vertragsstaaten des EPGÜ keine Bindung an ältere Staatsverträge wie das EPÜ besteht). Als völkervertragliche Norm hat Art. 24 EPGÜ in diesem Fall Vorrang vor den nationalen Kollisionsnormen der teilnehmenden Vertragsstaaten (vgl. zur nur nachrangigen Anwendung nationalen Kollisionsrechts Art. 24 Abs. 2 lit. c EPGÜ; Art. 3 Nr. 2 EGBGB). In den Fällen jedoch, in denen die Union ihre Regelungskompetenz bereits ausgeübt hat, geht das Unionskollisionsrecht vor und die Verweisungen des Art. 24 EPGÜ haben nur deklaratorische Bedeutung⁶².

III. Ergebnisse: Kollisionsrechtliche Prüfungsfolge im Einheitspatentrecht

Zusammenfassend lassen sich die Ergebnisse in folgende Prüfungsfolge kondensieren⁶³:

1. Zur Ermittlung des anwendbaren Rechts ist im ersten Schritt aufgrund der unterschiedlichen Rechtsquellen zu unterscheiden, ob der Kläger Schutz (oder der Beklagte das Nichtbestehen von Schutz) aus einem „einfachen“ Europäischen Patent eines teilnehmenden Mitgliedstaats oder einem Europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung beansprucht.

2. Beansprucht der Kläger Schutz aus einem Europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung i.S.d. EPatVO, so bestimmen sich

61 Calliess/Ruffert/Ruffert Art. 20 AEUV Rn. 22 mit Verweis auf EuGH 27.11.2012, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 169 – *Pringle* und Darstellung auch der Gegenansicht.

62 In den Fällen des Art. 24 Abs. 1 lit. c und d EPGÜ folgt die Anwendbarkeit des EPÜ bzw. des jeweiligen Staatsvertrages bereits unmittelbar aus den Anwendungsnormen des jeweiligen Staatsvertrages, im Fall des Art. 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ aus Art. 3, 83 EPGÜ. Die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts (Art. 24 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a EPGÜ) folgt aus dem Vorrang des Unionsrechts (vgl. Art. 20 EPGÜ).

63 Erstmals abgedruckt *Heinze* in: jurisPK, 8. Aufl. 2017, Art. 8 Rom II-VO Rn. 20.

a) die Regeln zur Erteilung⁶⁴ und zum Erteilungsverfahren nach dem EPÜ, berufen durch Art. 3 Abs. 1, Art. 9 EPatVO, da die einheitliche Wirkung auf der Grundlage der EPatVO als „besonderes Übereinkommen“ i.S.d. Art. 142 EPÜ (Art. 1 Abs. 2, Erwägungsgrund 6 EPatVO) für ein vom Europäischen Patentamt (und damit nach den Regeln des EPÜ) erteiltes Patent verliehen wird⁶⁵;

b) der Inhalt des Verbotsrecht (Art. 69 EPÜ), die Benutzungshandlungen (Art. 25, 26 EPGÜ), die Beschränkungen (Art. 27, 28 EPGÜ) und die vermögensrechtlichen Fragen einheitlich nach dem Recht des teilnehmenden Mitgliedstaats des Wohnsitzes/der Niederlassung des Erstanmelders (einschließlich der dortigen Umsetzung von EPGÜ und EPÜ), subsidiär nach deutschem Recht (Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 EPatVO), wobei faktisch das EPÜ und EPGÜ infolge der Umsetzung durch den betreffenden Mitgliedstaat zur Anwendung kommen;

c) die im EPGÜ geregelten materiellrechtlichen Sanktionen (Art. 63 ff. EPGÜ) nach dem EPGÜ, berufen (m.E. vorzugswürdig) entweder über Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO als Teil des Rechts des teilnehmenden Mitgliedstaats, in dem die Verletzung begangen wurde, oder unmittelbar über die einseitigen Anwendungsnormen des EPGÜ (Art. 3 lit. a, 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ);

d) die im EPGÜ nicht geregelten Aspekte außervertraglicher Schuldverhältnisse nach dem Recht des teilnehmenden Mitgliedstaats, in dem die Verletzung begangen wurde (berufen durch Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO; vgl. die Klarstellung in Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ⁶⁶);

e) die im EPGÜ nicht geregelten sonstigen Fragen nach dem nationalen Recht, das durch sonstige EU-Kollisionsnormen (vgl. die Klarstellung in Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ), staatsvertragliche Kollisionsnormen (Art. 24 Abs. 2 lit. b EPGÜ) oder durch „nationale Vorschriften zum internationa-

64 Für die Nichtigkeit verweist Art. 65 Abs. 2 EPGÜ auf die Nichtigkeitsgründe der Art. 138 Abs. 1, 139 Abs. 2 EPÜ; siehe auch den allgemeinen Verweis in Art. 24 Abs. 1 lit. c EPGÜ auf das EPÜ.

65 Siehe Erwägungsgrund 5 Satz 3 EPatVO: „Auf der Grundlage dieser Verordnung und auf Antrag des Patentinhabers sollte ein Europäisches Patent, das vom EPA erteilt wird, einheitliche Wirkung in den teilnehmenden Mitgliedstaaten haben.“ Die Regeln der EPatVO dürften Art. 24 Abs. 1 lit. c EPGÜ als speziellere Regeln vorgehen. In der Sache führen sowohl Art. 24 Abs. 1 lit. c EPGÜ wie Art. 9 EPatVO zur Anwendung des EPÜ.

66 Wenn man von einem Vorrang der Rom II-VO ausgeht, handelt es sich bei Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ nur um eine Klarstellung. Geht man von einem Vorrang der einseitigen Rechtsanwendungsnormen des EPGÜ aus, so ist Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ eine Unteranknüpfung.

len Privatrecht nach Bestimmung durch das Gericht“ (Art. 24 Abs. 2 lit. c EPGÜ) bestimmt wird (letztere dürften zweckmäßigerweise die Kollisionsnormen des Staates sein, in dem die jeweilige Eingangsinstanz ihren Sitz hat);

f) das Verfahren vor dem Einheitlichen Patentgericht, soweit keine Verweisung ausgesprochen wird⁶⁷, nach den Regeln des EPGÜ, berufen durch die einseitigen Anwendungsnormen des EPGÜ (Art. 3, 24 lit. b EPGÜ)⁶⁸.

3. Beansprucht der Kläger Schutz aus einem „einfachen“ Europäischen Patent (ohne einheitliche Wirkung), so ist zunächst zu fragen, ob ein Opt-out nach Art. 83 EPGÜ erklärt wurde. Ist dies der Fall, so findet das EPGÜ insgesamt keine Anwendung, und das anwendbare Recht bestimmt sich nach allgemeinem Kollisionsrecht, bei außervertraglichen Schuldverhältnissen also nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO⁶⁹. Wurde kein Opt-out erklärt, so bestimmen sich

a) die im EPÜ geregelten Fragen (Schutzbereich, Erteilungsverfahren, Nichtigkeitsgründe) unmittelbar nach diesem, berufen durch die einseitigen Rechtsanwendungsnormen des EPÜ (Art. 1 EPÜ)⁷⁰;

b) die Benutzungshandlungen (Art. 25, 26 EPGÜ), die Beschränkungen (Art. 27-29 EPGÜ) und die im EPGÜ geregelten Sanktionen (Art. 63 ff. EP-

⁶⁷ Zur Vollstreckung etwa Art. 82 Abs. 3 EPGÜ.

⁶⁸ Da Verfahrensfragen nicht unter die Rom-Verordnungen fallen (Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO) und dem *lex fori*-Grundsatz des nationalen Kollisionsrechts unterliegen, stellt sich hier nicht die Frage des Vorrangs des EU-Kollisionsrechts. Vielmehr haben die einseitigen Anwendungsnormen des EPGÜ hier Vorrang vor dem nationalen *lex fori*-Grundsatz, zumal das Einheitliche Patentgericht als Gericht mehrerer Vertragsstaaten keine einzelne *lex fori* kennt.

⁶⁹ Interpretative Note – Consequences of the Application of Article 83 UPCA, Rn. 19; Walz, GRUR Int. 2016, 513, 514f.; a.A. So etwa Tilmann, VPP-Rundbrief Nr. 2/2013, 56, 58; ders., Mitt. 2014, 58, 59; Nieder, GRUR 2014, 627, 628 ff.; ders., GRUR 2015, 728, 730 ff.; Eck, GRUR Int. 2014, 114, 119.

⁷⁰ Soweit sich diese Materien ausnahmsweise mit der Rom II-VO überlappen sollten (z.B. bei der Schutzbereichsdefinition), geht das EPÜ der Rom II-VO als älterer und sachrechtsvereinheitlichender Staatsvertrag aufgrund seines immanen Anwendungsbefehls vor, vgl. McGuire in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2016, Art. 8 Rom II-VO Rn. 78. Nur deklaratorische Bedeutung dürfte hier der Anwendungsnorm des Art. 24 Abs. 1 lit. c EPGÜ zukommen, da die Anwendung des EPÜ auf Europäische Patente auf die (älteren) Anwendungsnormen des EPÜ selbst zurückgeht. Auch die Schutzlandanknüpfung in Art. 64 Abs. 1, 3 EPÜ ist für die im EPÜ selbst geregelten Fragen nicht relevant, weil sie die – im EPÜ nicht geregelten – Rechte aus dem Europäischen Patent, nicht aber die im EPÜ geregelten Fragen des materiellen Patentrechts (Art. 52 ff., 69, 100, 138, 139 EPÜ) betrifft.

GÜ) nach dem EPGÜ, berufen entweder (richtigerweise) als Teil des Rechts des jeweiligen Schutzlands des betreffenden europäischen Patents über Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO oder unmittelbar über die einseitigen Anwendungsnormen des EPGÜ (Art. 3 lit. c, 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ);

c) die im EPGÜ nicht geregelten Aspekte außervertraglicher Schuldverhältnisse nach dem Recht des teilnehmenden Mitgliedstaats, für den das europäische Patent erteilt wurde (Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO; Art. 64 Abs. 1 EPÜ; vgl. die Klarstellung in Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ⁷¹);

d) die im EPGÜ nicht geregelten sonstigen Fragen nach dem nationalen Recht, das durch sonstige EU-Kollisionsnormen (vgl. die Klarstellung in Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ), staatsvertragliche Kollisionsnormen (Art. 24 Abs. 2 lit. b EPGÜ) oder durch „nationale Vorschriften zum internationalen Privatrecht nach Bestimmung durch das Gericht“ (Art. 24 Abs. 2 lit. c EPGÜ) bestimmt wird (dies dürften zweckmäßigerweise die Kollisionsnormen des Staates sein, in dem die jeweilige Eingangsinstanz ihren Sitz hat);

e) das Verfahren vor dem Einheitlichen Patentgericht, soweit keine Verweisung ausgesprochen wird⁷², nach den Regeln des EPGÜ, berufen durch die einseitigen Anwendungsnormen des EPGÜ (Art. 3, 24 Abs. 1 lit. b EPGÜ)⁷³.

71 Wenn man von einem Vorrang der Rom II-VO ausgeht, handelt es sich bei Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ nur um eine Klarstellung. Geht man von einem Vorrang der einseitigen Rechtsanwendungsnormen des EPGÜ aus, so ist Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ eine Unteranknüpfung.

72 Zur Vollstreckung etwa Art. 82 Abs. 3 EPGÜ.

73 Da Verfahrensfragen nicht unter die Rom-Verordnungen fallen (Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO) und dem *lex fori*-Grundsatz des nationalen Kollisionsrechts unterliegen, stellt sich hier nicht die Frage des Vorrangs des EU-Kollisionsrechts. Vielmehr haben die einseitigen Anwendungsnormen des EPGÜ hier Vorrang vor dem nationalen *lex fori*-Grundsatz, zumal das Einheitliche Patentgericht als Gericht mehrerer Vertragsstaaten keine einzelne *lex fori* kennt.