

C. Konzernrealität und Konzernrecht

Zu den zentralen Herausforderungen jeder Konzernregulierung gehören ein Abgleich von und ein Ausgleich zwischen Konzernrealität und Konzernrecht. Auch hier gilt die berühmte Mahnung von *Franz Klein* aus dem Jahre 1904, es sei „das Los der Aktiengesetzgebung, unaufhörlich um die Wahrheit der Form zu kämpfen“.¹⁰⁹ Dieser Kampf wird im Konzernrecht dadurch erschwert, dass hier immer die formelle und die materielle Wahrheit nebeneinander stehen.¹¹⁰

I. Beteiligungsgestützter Unterordnungskonzern als dominierender Realtypus

Im Wirtschaftsleben begegnen Unternehmensgruppen in verschiedensten Erscheinungsformen. An einem Ende des Spektrums trifft man auf rein dezentrale, konglomerate Verbindungen ohne einheitliche Leitung, am anderen Ende auf eine streng zentralistische Führungsstruktur wie die des Zisterzienserordens mit seinem Mutterkloster und angegliederten Tochterklöstern. An welchem Leitbild sich Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft ausrichten, ist eine Frage rechtspolitischer Opportunität, die sich indes ohne einen Pendelblick auf die Konzernrealität nicht überzeugend beantworten lässt.

In Deutschland und anderwärts gehört der größte Teil aller Konzerne zu den auf Allein- oder Mehrheitsbesitz aufgebauten „Beteiligungskonzernen“.¹¹¹ Sie können lockerer oder straffer organisiert sein und zeichnen sich ganz überwiegend durch einen hierarchischen Konzernaufbau aus. Diese vertikale Struktur erklärt zugleich, warum Konzerne entgegen einzelner Fehldeutungen¹¹² in aller Regel keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden.¹¹³ Ein Gesetzgeber, der die Lebenswirklichkeit adäquat erfassen und sachgerecht ausgestalten möchte, kommt vor diesem Hintergrund nicht umhin, den beteiligungsgestützten, hierarchisch geschichteten Unterordnungskonzern zum Angelpunkt seiner Gesamtregelung zu erheben. Das vereinzelt

¹⁰⁹ Klein, Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, 1904, 55.

¹¹⁰ Dazu Druey AJP 2005, 1083 (1091).

¹¹¹ Begriff: Kunz, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, 2016, § 2 Rn. 97 ff.

¹¹² Prominent Peter/Birchler SZW 1998, 113 unter der Überschrift „Les groupes de sociétés sont des sociétés simples“.

¹¹³ Näher zur teils geharnischten Kritik Fleischer AG 2025, 337 Rn. 9 und 60 mwN.

als Gegenentwurf propagierte heterarchische Leitbild¹¹⁴ ist theoretisch reizvoll, geht aber darüber hinweg, dass der klassische Konzern praktisch ein von oben nach unten organisiertes Gebilde ist.¹¹⁵ Dies weckt zugleich Zweifel an einer Konzeptualisierung der Konzernleitung als einem Aushandlungsprozess zwischen Mutter und Tochter, wie er auch in einem prominenten Reformvorschlag zum deutschen Aktienkonzernrecht anklingt.¹¹⁶ Der konzernrechtliche *pouvoir constituant* ist und bleibt die Muttergesellschaft.

II. Kautelar- und Konzernpraxis als Einflussfaktoren

In Rechnung zu stellen ist weiterhin der enorme Einfluss der Unternehmens- und Vertragspraxis auf das Konzernwesen. Trusts und Konzerne waren von Beginn an Kinder der Kautelarpraxis.¹¹⁷ Bei der Einhegung der gelebten Gruppenpraxis standen und stehen nationale und supranationale Gesetzgeber vor einer Gratwanderung: Einerseits müssen sie den traditionellen Schutzanliegen des Konzernrechts – Minderheiten- und Gläubigerschutz – Rechnung tragen. Andererseits dürfen sie das konzernrechtliche Korsett nicht zu eng schnüren, weil der Druck der Konzernpraxis die Nähte sonst platzen ließe und die Autorität des Rechts damit unweigerlich Schaden nähme.¹¹⁸ So beobachtet man gerade bei transnationalen Konzernen mit Matrix-Strukturen (→ E 22), dass rechtliche Organisation und tatsächliche Führungsstrukturen auseinanderfallen.¹¹⁹ Auch setzen sich Konzernleitungen nicht selten ohne größeres Unrechtsbewusstsein über fehlende Weisungsrechte hinweg¹²⁰ oder ersetzen sie durch eine Vielzahl informeller Strukturen und eingeübter Praktiken im Unternehmensverbund.¹²¹ Dies alles verlangt selbstverständlich keine Kapitulation des Konzernrechtsgesetzgebers vor der Macht des Faktischen. Wohl aber muss man vorweg die Konzernwirklichkeit gründlich studieren und deren legitime Bedürfnisse ermitteln. Ein geeignetes Forschungs-

¹¹⁴ Monographisch zum schweizerischen Recht Amstutz, Konzernleitungspflicht, 1993, 444 ff. und passim; Amstutz, Globale Unternehmensgruppen, 2017, 63 ff.

¹¹⁵ Zutreffend Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 7 Rn. 25.

¹¹⁶ Vgl. Altmeyden/Hommelhoff ZGR 2024, 155 (168); kritisch Schön ZGR 2019, 343 (369): „unrealistisch“.

¹¹⁷ Näher Thiessen, Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, ZGR Sonderheft 22, 2020, 2 (3 ff.).

¹¹⁸ In diese Richtung schon Lutter ZGR 1987, 324 (329); außerdem Hopt ZHR 171 (2007), 199 (224).

¹¹⁹ Näher Schockenhoff ZHR 180 (2016), 197 (198 ff.); v. Werder Der Konzern 2015, 362 (367).

¹²⁰ Anschaulich an einem konkreten Beispiel Franzmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, ZGR Sonderheft 20, 2007, 391 (398).

¹²¹ Näher Renner ZGR 2014, 452 (471 ff.).

instrument hierfür sind Fallstudien, etwa zu *best practices* im Rahmen der Konzernfinanzierung und des Cash Pooling¹²² oder zu den Mechanismen interner Streitschlichtung im grenzüberschreitenden faktischen Konzern.¹²³

III. Paradoxien im Konzern als Faktum und Fatum

Für konzernrechtliche Adepten gilt in Anlehnung an *Friedrich Dürrenmatt*: Ebenso wenig wie die Logiker können die Konzernrechtler das Paradoxe vermeiden; im Paradoxen erscheint die Wirklichkeit; wer dem Paradoxen gegenübersteht, setzt sich der Wirklichkeit aus.¹²⁴

Zu den zahlreichen Konzernparadoxien gehört erstens die Vielgestaltigkeit und Wandelbarkeit des Konzerns ähnlich einem Chamäleon¹²⁵ oder dem wandlungsfähigen griechischen Meeresgott Proteus.¹²⁶ Nüchterner spricht die „Tübinger Schule“ (*Ludwig Raiser, Bälz, Teubner*) von dem immerwährenden Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Vielheit.¹²⁷

Eine zweite Paradoxie pflegt man in dem Diktum zusammenzufassen, dass der Konzern ein Unternehmen ist, das als solches überhaupt keine Rechtsform hat.¹²⁸ Wie der österreichische OGH kürzlich nochmals betont hat, gibt es daher keine besonderen Konzernorgane.¹²⁹ Auch ist der Konzern keine juristische Person, kein eigenes rechtliches „Lebewesen“, sondern gleichsam eine meta-rechtliche Institution. Dennoch wird er rechtlich keineswegs als nichtexistent behandelt, wie die verbreitete Berufung auf das „Konzerninteresse“ (→ E 54 ff.) schlagend belegt. Auf das Kraftzentrum Konzern lässt sich daher ummünzen, was man zu *Rockefellers* Standard Oil Trust (→ E 17) früh angemerkt hat: „It had no legal existence. It was a force powerful as gravitation and as intangible.“¹³⁰

¹²² Eingehend Jansen, International Cash Pooling. Cross-Border Cash Management Systems and Intra-Group-Financing, 2011.

¹²³ Dazu Calliess/v. Harder, ZfRSoz 33 (2012/13), 207; v. Harder, Unternehmensinternes Vertragsrecht, 2016.

¹²⁴ Dürrenmatt, Die Physiker, Anhang: 21 Punkte zu den „Physikern“, Nr. 13, 19 und 20.

¹²⁵ So Teubner ZGR 1991, 189 (205).

¹²⁶ So Druey/Druey, Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, 1988, 235 (238).

¹²⁷ Vgl. Bälz FS L. Raiser, 1974, 287, der zudem die Formel vom Konzern als „poly-korporativen Unternehmen“ (324) geprägt hat.

¹²⁸ So Ballerstedt, in Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 2. Aufl. 1971, 603 (630f.).

¹²⁹ OGH NZG 2021, 647 Rn. 27.

¹³⁰ Tarbell, The History of the Standard Oil Company, 1904, Bd. II, 141.

Drittens bleibt der Tochtervorstand im faktischen Aktienkonzern rechtlich Träger der ungeteilten Leitungssouveränität (§ 76 Abs. 1 AktG), auch wenn die Tochtergesellschaft Teil der Gruppenstrategie ist und nicht über die Machtmittel verfügt, um die Konzernleitung der Muttergesellschaft zu beeinflussen. Dieses „Inventar der Widersprüche“¹³¹ findet seine Verlängerung in der Doppelrolle des Tochtervorstands als Diener zweier Herren, der Obergesellschaft und der eigenen Gesellschaft. Dieser sieht sich so einer „pragmatischen Paradoxie“¹³² gegenüber und verstrickt sich allzu leicht in ihr: Was aus Sicht der eigenen Gesellschaft als richtig erscheint, wird aus Sicht der Obergesellschaft womöglich als falsch beurteilt und umgekehrt.

Viertens entfaltet die Existenz des Konzerns für die einzelnen Konzernglieder eine Doppelwirkung. Sie ist – ähnlich der Familie im Familienunternehmen¹³³ – Ressource und Gefahr zugleich. Einerseits profitieren Tochter- und Enkelgesellschaften in vielfältiger Weise von dem sog. Konzernrückhalt,¹³⁴ andererseits droht in einer Konzernkrise ein Dominoeffekt, weil der Zusammenbruch eines Konzernunternehmens nicht selten den anderer Konzerneinheiten nach sich zieht.

Fünftens fragt § 317 Abs. 2 AktG für die Feststellung einer Ersatzpflicht danach, ob auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte. Dieselbe Testfrage entscheidet im Rahmen des § 311 Abs. 2 AktG über das Bestehen eines ausgleichspflichtigen Nachteils.¹³⁵ Sie geht ins Leere, wenn es für die betreffende Maßnahme kein getreuliches Gegenstück in der unverbundenen Einzelgesellschaft gibt. Mit Händen zu greifen ist dies etwa beim konzerninternen Cash Pooling (→ E 72).¹³⁶

Sechstens stellt sich bei der rechtlichen Erfassung des Konzerns noch stärker als anderwärts im Gesellschaftsrecht das Dilemma, dass der Gesetzgeber einerseits Reales reflektieren, andererseits aber Realität gestalten will. Hinzu kommt, dass die Konzernrealität nicht nur durch inländische, sondern zunehmend auch durch ausländische Akteure geprägt wird.¹³⁷

¹³¹ Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 7 Rn. 40.

¹³² Begriff: Watzlawick/Beavin/Jackson, Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien, 1969, 171 ff.

¹³³ Dazu Simon/Wimmer/Groth, Mehr-Generationen-Familienunternehmen, 3. Aufl. 2017, 153 ff.

¹³⁴ Vgl. Großkomm. AktG/Fleischer, 4. Aufl. 2020, § 311 Rn. 236.

¹³⁵ Vgl. BGHZ 175, 365 Rn. 11; BGHZ 190, 7 Rn. 38.

¹³⁶ Vgl. Druey FS Krieger, 2020, 223 (231): „Konzernrecht unter der Bedingung des Drittmanntests ist contradictio in adiecto.“

¹³⁷ Vgl. MünchHdb Int. GesR/Drinhausen, 5. Aufl. 2022, § 39 Rn. 2.

Das Konzernrecht kann diesen Paradoxien nicht ausweichen; sie sind Faktum und Fatum. Insbesondere ist es nicht angängig, den Konzern mit dogmatischer Gewalt entweder nur in eine Einheits- oder nur in eine Vielheitsschablone zu pressen: „Wird der Konzern ausschließlich als Mehrheit von Gesellschaften oder aber als ein einheitlicher Unternehmensverbund behandelt, so tötet beides das Konzept selber ab.“¹³⁸ Gesetzgeber, Rechtsprechung und Konzernrechtswissenschaft müssen daher eine gewisse Ambiguitätstoleranz an den Tag legen, ohne darüber das Bemühen um theoretisch saubere Grundlagen aus dem Blick zu verlieren.

¹³⁸ Druey SZW 2015, 64 (68).