

## 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“.<sup>109</sup> Dieser Kampf wird im Konzernrecht dadurch erschwert, dass hier immer die formelle und die materielle Wahrheit nebeneinander stehen.<sup>110</sup>

### 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“.<sup>111</sup> 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 Fehldeutungen<sup>112</sup> in aller Regel keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden.<sup>113</sup> Ein Gesetzgeber, der die Lebenswirklichkeit adäquat erfassen und sachgerecht ausgestalten möchte, kommt vor diesem Hintergrund nicht umhin, den beteiligungsgestützten, hierarchisch geschichteten Unterordnungskonzernen zum Angelpunkt seiner Gesamtregelung zu erheben. Das vereinzelt

---

<sup>109</sup> Klein, Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, 1904, 55.

<sup>110</sup> Dazu Druey AJP 2005, 1083 (1091).

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

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

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

als Gegenentwurf propagierte heterarchische Leitbild<sup>114</sup> ist theoretisch reizvoll, geht aber darüber hinweg, dass der klassische Konzern praktisch ein von oben nach unten organisiertes Gebilde ist.<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup> Der konzernrechtliche *puvoir 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.<sup>117</sup> 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.<sup>118</sup> So beobachtet man gerade bei transnationalen Konzernen mit Matrix-Strukturen (→ E 22), dass rechtliche Organisation und tatsächliche Führungsstrukturen auseinanderfallen.<sup>119</sup> Auch setzen sich Konzernleitungen nicht selten ohne größeres Unrechtsbewusstsein über fehlende Weisungsrechte hinweg<sup>120</sup> oder ersetzen sie durch eine Vielzahl informeller Strukturen und eingeübter Praktiken im Unternehmensverbund.<sup>121</sup> 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-

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

<sup>115</sup> Zutreffend Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 7 Rn. 25.

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

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

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

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

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

<sup>121</sup> Näher Renner ZGR 2014, 452 (471 ff.).

instrument hierfür sind Fallstudien, etwa zu *best practices* im Rahmen der Konzernfinanzierung und des Cash Pooling<sup>122</sup> oder zu den Mechanismen interner Streitschlichtung im grenzüberschreitenden faktischen Konzern.<sup>123</sup>

### 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.<sup>124</sup>

Zu den zahlreichen Konzernparadoxien gehört erstens die Vielgestaltigkeit und Wandelbarkeit des Konzerns ähnlich einem Chamäleon<sup>125</sup> oder dem wandlungsfähigen griechischen Meeresherrn Proteus.<sup>126</sup> Nüchtern spricht die „Tübinger Schule“ (*Ludwig Raiser, Bälz, Teubner*) von dem immerwährenden Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Vielheit.<sup>127</sup>

Eine zweite Paradoxie pflegt man in dem Diktum zusammenzufassen, dass der Konzern ein Unternehmen ist, das als solches überhaupt keine Rechtsform hat.<sup>128</sup> Wie der österreichische OGH kürzlich nochmals betont hat, gibt es daher keine besonderen Konzernorgane.<sup>129</sup> 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.“<sup>130</sup>

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

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

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

<sup>125</sup> So Teubner ZGR 1991, 189 (205).

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

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

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

<sup>129</sup> OGH NZG 2021, 647 Rn. 27.

<sup>130</sup> 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“<sup>131</sup> 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“<sup>132</sup> 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 Familienunternehmen<sup>133</sup> – Ressource und Gefahr zugleich. Einerseits profitieren Tochter- und Enkelgesellschaften in vielfältiger Weise von dem sog. Konzernrückhalt,<sup>134</sup> 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.<sup>135</sup> 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).<sup>136</sup>

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.<sup>137</sup>

---

<sup>131</sup> Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 7 Rn. 40.

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

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

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

<sup>135</sup> Vgl. BGHZ 175, 365 Rn. 11; BGHZ 190, 7 Rn. 38.

<sup>136</sup> Vgl. Druey FS Krieger, 2020, 223 (231): „Konzernrecht unter der Bedingung des Drittmantels ist *contradictio in adiecto*.“

<sup>137</sup> 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.“<sup>138</sup> 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.

---

<sup>138</sup> Druey SZW 2015, 64 (68).