

A. Einführung*

I. Konzernrecht als deutsches Ewigkeitsthema

Jede Gesellschaftsrechtsordnung hat ihre Lieblingsthemen. Dazu gehört hierzulande das Recht der verbundenen Unternehmen. Seine allmähliche Entfaltung und Ausziselierung waren und sind eine Gemeinschaftsleistung von Kautelarpraxis, Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum.¹ Zur dogmatischen Durchdringung des ständig anwachsenden Rechtsstoffes haben über sieben Jahrzehnte nicht weniger als 14 Habilitationsschriften beigetragen.² Hinzu kommen unzählige Doktorarbeiten, die in die Hunderte gehen dürften und selbst die entlegensten konzernrechtlichen Winkel ausgeleuchtet haben. Jede Juristengeneration setzt sich aufs Neue mit dem „unbestimmt schillernden“³ Konzernphänomen auseinander. Die inhaltlichen Schwerpunkte wechseln,⁴ die Leidenschaft für die Unternehmensgruppe und ihre rechtliche Erfassung bleibt. Daher kann man mit Fug festhalten: Deutschland ist „Konzernrechtsland“.⁵

II. Konzernrecht als Juristentagstraktandum

1. Deutscher Juristentag

Die Kämpfe und Kontroversen um das Konzernrecht⁶ sind auch auf dem Deutschen Juristentag ausgetragen worden. Hervorhebung verdient zunächst ein wenig beachtetes Gutachten des Wiener Rechtsanwalts *Julius Landesberger* zur rechtlichen Behandlung von Industriekartellen auf dem 26. Deutschen Juristentag 1902 in Berlin, das man in gewisser Weise als Geburtsstunde des Konzernrechts bezeichnen

* Das geistige Umfeld denkt mit. Ich danke meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sehr herzlich für wertvolle Hinweise und engagierte Diskussion.

¹ Näher zu den verschiedenen Konzernrechtsakteuren Fleischer ZGR 2017, 1 (5 ff.).

² Einzelnachweise bei Fleischer ZGR 2022, 191 (202).

³ So schon Düringer/Hachenburg/Hachenburg, HGB, Bd. III/1, 3. Aufl. 1932, Einl. Rn. 138: „Daher hat das Wesen des Konzerns etwas unbestimmt Schillerndes.“

⁴ Aktuelle Bestandsaufnahme bei Bayer Der Konzern 2023, 1.

⁵ Fleischer ZGR 2017, 1 (27) im Anschluss an Druey, Gutachten H für den 69. DJT 1992, H 31: „Deutschland gilt weltweit als das ‚Konzernland‘.“

⁶ So der Titel des Beitrags von Fleischer/Koch/Schmolke/Fleischer, Gesellschaftsrecht im Spiegel großer Debatten, 2024, 369 zur Aufarbeitung der Konzernrechtsdiskurse seit den Zeiten der Weimarer Republik.

kann.⁷ *Landesberger* machte dort auf die Existenz von „dauernden tatsächlichen Verhältnissen“ aufmerksam, die durch Aktienbesitz eines Großaktionärs ein „tatsächliches Herrschafts- oder Gemeinschaftsverhältnis begründen und aufrecht erhalten“, um sodann hinzuzufügen: „Ich möchte für tatsächliche Gemeinschaften dieser Art die deutsche Bezeichnung ‚Gruppe‘ oder mit Entlehnung eines im internationalen Finanzverkehr üblichen Wortes, den schärferen, englischen Terminus ‚Concern‘ vorschlagen.“⁸

Der 42. Deutsche Juristentag 1957 in Düsseldorf debattierte über die Grundsatzfrage, ob auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzliche Maßnahmen erforderlich sind.⁹ In dem Gutachten von *Harold Rasch* und dem Referat von *Hans Würdinger* prallten diametral entgegengesetzte Standpunkte aufeinander. Die wirtschaftsrechtliche Abteilung bejahte zwar einstimmig die grundsätzliche Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung, vermochte sich aber nicht auf eine gemeinsame Grundkonzeption zu verständigen. Daher setzte die Ständige Deputation des Juristentags 1958 eine Konzernrechtskommission ein, die den Entstehungsprozess des Aktienkonzernrechts von 1965 eng begleitete und maßgeblich beeinflusste.¹⁰

Gegenstand der Verhandlungen auf dem 59. Deutschen Juristentag 1992 in Hannover war die Frage, ob das Recht faktischer Unternehmensverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht der EG-Staaten – neu geregelt werden soll.¹¹ Die Gutachten von *Peter Hommelhoff* und *Jean Nicolas Druey* sowie die Referate von *Michael Hoffmann-Becking* und *Wolfgang Zöllner* kreisten vor allem um die Figur des qualifiziert faktischen Konzerns im GmbH-Recht,¹² von der sich der BGH angesichts geballter Fachkritik bald darauf distanzierte.¹³ Verschiedene Empfehlungen betrafen überdies den faktischen Aktienkonzern; manche von ihnen haben bis heute nichts von ihrer Aktualität eingebüßt (→ E 45 ff.).

2. Österreichischer und Schweizerischer Juristentag

Im Sog der hiesigen Konzernrechtsbegeisterung haben sich auch unsere deutschsprachigen Nachbarn auf ihren eigenen Juristentagen

⁷ In diesem Sinne schon Druey, in *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, Bd. I, 2003, 323.

⁸ *Landesberger*, Gutachten zum 26. DJT 1902, Verhandlungen, 294 (301).

⁹ Eingehend Bayer/J. Schmidt, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, 2010, 407 (417 ff.) mwN.

¹⁰ Dazu Würdinger AG 1960, 285.

¹¹ Näher Bayer/J. Schmidt, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, 2010, 407 (439 ff.) mwN.

¹² Dazu vor allem das notorische Video-Urteil BGHZ 115, 187 aus dem Jahr 1991.

¹³ Vgl. BGHZ 122, 123 – TBB aus dem Jahr 1993.

des Themas angenommen. Das österreichische Konzernrecht ähnelte lange Zeit einem „schlafenden und unerkannten Dornröschen“,¹⁴ ehe es auf dem 10. Österreichischen Juristentag 1988 durch ein Gutachten von *Heinz Krejci*¹⁵ und ein Referat von *Peter Doralt*¹⁶ wachgeküsst wurde. Vor allem *Doralt* formulierte unmissverständlich: „Auch in Österreich ist die Zeit reif, das Konzernrecht zu regeln. Davon sind heute die maßgeblichen politischen Kräfte überzeugt.“¹⁷ Der ursprüngliche Optimismus war aber nur von kurzer Dauer. Zwei Jahrzehnte später riet *Susanne Kalss* in einem umfangreichen Gutachten zur Reform des Kapitalgesellschaftsrechts für den 16. Österreichischen Juristentag 2006 von der Schaffung konzernspezifischer Vorschriften zugunsten allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Regelungen ab¹⁸ und fand damit weithin Zuspruch.¹⁹

Der Schweizerische Juristentag hat sich gleich dreimal – 1943,²⁰ 1973²¹ und 1980²² – mit dem Konzernphänomen befasst. Gesetzgeberische Impulse blieben jedoch aus. Die Gründe dafür hat *Druey* in der Eingangsbemerkung seines Gutachtens vorweggenommen, ohne sie indes zu billigen: „Ein Konzernrecht will man heute nur noch auf den Universitäten“, äußerte der Chef der Rechtsabteilung eines schweizerischen Großkonzerns. Mitverstanden war: Warum zu allen Plagen noch diese? Und zudem wohl: Was weiß man schon an den Universitäten über die Wirklichkeit der Wirtschaft?²³ Diese Sorge vor praxisferner Konzernrechtsregulierung mag übertrieben oder interessengeleitet klingen; sie ist aber auch hierzulande ernst zu nehmen: Ohne Kenntnis der Konzernpraxis und ihrer komplexen Bedürfnisse, zumal im internationalen Kontext, wird jeder Reformvorstoß wirkungslos verpuffen (→ E 29).

III. Konzerngesellschaftsrecht als Kernmaterie

Anders als der Titel dieses Gutachtens glauben machen könnte, ist Konzernrecht keine homogene Materie. Mit spürbarer Lust an der wis-

¹⁴ Hommelhoff/Semler/Doralt/Roth/Doralt, Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, 1986, I (2).

¹⁵ Krejci, Gutachten für den 10. ÖJT 1988, Bd. I, 229 ff.

¹⁶ Doralt, Referat für den 10. ÖJT 1988, Bd. II/1, 1 ff.

¹⁷ Doralt ZGR 1991, 252.

¹⁸ Vgl. Kalss/Schauer/Kalss, Gutachten für den 16. ÖJT 2006, Bd. II/1, 665 ff.; zusammenfassend 805.

¹⁹ Vgl. etwa Nowotny FS Koppensteiner, 2006, 75; ferner Eminoglu ecolex 2010, 874.

²⁰ Zu Holdinggesellschaften Capitaine ZSR 1943, 1a; v. Steiger ZSR 1943, 195a.

²¹ Zu Rechtsproblemen der Kooperation und Konzentration von Unternehmen Dall'èves ZSR 1973 II 559.

²² Zur Ausarbeitung und zu den Aufgaben eines Konzernrechts Ruedin ZSR 1980 II 147; Druey ZSR 1980 II 273.

²³ Druey ZSR 1980 II 273.

senschaftlichen Zuspitzung ziehen manche sogar seine Existenz als eigenes (Teil-)Rechtsgebiet in Zweifel: „Konzernrecht – Gibt es das?“²⁴ Richtig daran ist, dass sich unter dem weitgewölbten Dach des Konzernrechts verschiedene Stockwerke unterscheiden lassen: Konzernarbeitsrecht, Konzernbilanzrecht, Konzerninsolvenzrecht, Konzerndeliktsrecht, Konzernkartellrecht, Konzernsteuerrecht, Konzernvertragsrecht, Konzernstrafrecht usw.²⁵ Ein einzelner Gutachter kann das allein nicht überblicken, geschweige denn bewältigen, sondern muss wohl oder übel auswählen. Hier fällt die Wahl auf das Konzerngesellschaftsrecht, das man mit guten Gründen als den „Sitz“²⁶ des Konzernrechts bezeichnen kann:²⁷ Der Kitt, der die Unternehmensgruppe zusammenhält, ist regelmäßig der gesellschaftsrechtlich vermittelte Einfluss durch Beteiligungsbesitz. Im Lichte dessen ordnet die deutsche Literatur „Konzernrecht als Teildisziplin des Gesellschaftsrechts“²⁸ ein.

IV. Konzerngesellschaftsrechtliches Koordinatensystem

Als Markenzeichen des deutschen Konzernrechts gilt vielen im In- und Ausland dessen gesetzliche Ausformung. Dies ist insoweit richtig, als der Reformgesetzgeber des Jahres 1965 mit der Weltneuheit eines kodifizierten Aktienkonzernrechts aufwartete.²⁹ Allerdings handelt es sich nur um eine Teilkodifizierung. Im neuerrichteten Konzernrechtsgebäude überwiegen die vom Gesetzgeber nicht möblierten Zimmer: Für das Konzernrecht der GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaften, Vereine und Stiftungen fehlen einschlägige Vorschriften. Dies führt zu einer gewissen Unübersichtlichkeit, die noch durch eine weitere Verästelung erhöht wird: Systemprägend für das kodifizierte Aktienkonzernrecht ist seine Doppelspurigkeit von Vertragskonzern (§§ 291 ff. AktG) und faktischem Konzern (§§ 311 ff. AktG).

²⁴ So der Aufsatztitel von Windbichler NZG 2018, 1241.

²⁵ Für aktuelle monographische Aufarbeitungen etwa Fahrländer, Konzerndeliktsrecht, 2024 (Schweiz); Sonnberger, Der Unternehmensverbund im Privatrechtsverkehr, 2025 (Österreich).

²⁶ Druey/Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, 1999, VI.

²⁷ Bündig auch Kunz, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, 2016, Rn. 347: „Konzerngesellschaftsrecht gilt als das konzernrechtliche Unterteilrechtsgebiet schlechthin.“

²⁸ So die Überschrift bei Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 12. Aufl. 2023, § 1 vor Rn. 1; ferner § 1 Rn. 3c ff. mit Hinweisen auf den „Konzern außerhalb des Konzernrechts“.

²⁹ Dazu nicht ohne Stolz Geßler JBl 1966, 169 (179): „Diese Regelung hat in der aktienrechtlichen Gesetzgebung der Welt kein Vorbild.“

Das vorliegende Gutachten kann auf gedrängtem Raum nicht allen konzernrechtlichen Spielarten nachgehen, sondern konzentriert sich auf das Recht faktischer Unternehmensverbindungen, das in der Gruppenpraxis die größte Rolle spielt.³⁰ Das Vertragskonzernrecht als eine spezifisch deutsche Erscheinung (→ E 37) wird in einem begleitenden Referat behandelt. Innerhalb dieses Rahmens gilt das Hauptaugenmerk dem Aktien- und GmbH-Konzern. Die sonstigen Konzernrechte werden im Zusammenhang mit der Diskussion um ein Gruppengesetzbuch gestreift (→ E 105).

V. Konzerngesellschaftsrechtliche Reformzugriffe

Eine Reform des Konzerngesellschaftsrechts, deren Sinnhaftigkeit dieses Gutachten auftragsgemäß untersucht, könnte ganz unterschiedliche Formen annehmen.

1. Eingriffsintensität: Mikro-, Meso- oder Makroreform?

Hinsichtlich ihrer Reichweite lassen sich Mikro-, Meso- und Makroreformen unterscheiden. Eine Mikroreform kann redaktionelle Verbesserungen des Gesetzestextes ebenso einschließen wie punktuelle Einzelkorrekturen ohne größeres Gewicht. Beispiele bilden die räumliche Zusammenführung von § 311 Abs. 1 und § 317 Abs. 2 AktG oder die Streichung des gestreckten Nachteilsausgleichs gemäß § 311 Abs. 2 AktG (→ E 45). Eine Mesoreform hält sich noch innerhalb des inneren und äußeren Systems, modifiziert aber tragende Teilelemente. So läge es etwa, wenn man im Rahmen der §§ 311 ff. AktG von dem strengen Konzept des Einzelausgleichs zur großzügigeren Saldierung konzernbezogener Vor- und Nachteile nach dem Vorbild der französischen *Rozenblum*-Doktrin überginge (→ E 54 ff.). Eine Makroreform entfaltet systemsprengende Kraft. Dies träfe zu auf eine gänzliche Abschaffung des Aktienkonzernrechts (→ E 100 ff.), einen Systemwechsel im GmbH-Konzernrecht vom umfassenden Schädigungsverbot hin zu einer Anlehnung an die §§ 311 ff. AktG (→ E 93) oder eine konzeptionelle Neuordnung durch Schaffung eines rechtsformübergreifenden Gruppengesetzbuchs (→ E 104 ff.).

2. Eingriffsebene: Gesetzesrecht, Richterrecht oder Kodexregelung?

Hinsichtlich der Regelungsebene sind Neuerungen in Gesetzesrecht, Richterrecht oder Corporate Governance Kodex vorstellbar.

³⁰ Näher dazu Bayer Der Konzern 2023, 1.

Für ein Land mit konzernrechtlicher Kodifizierungstradition liegen Vorschläge an den hiesigen Gesetzgeber nahe. Dies entspricht der grundsätzlichen Zielrichtung des Deutschen Juristentags. Mit der ständig wachsenden Bedeutung des Europäischen Konzernrechts³¹ kommt der Uniongesetzgeber als weiterer Adressat rechtspolitischer Empfehlungen hinzu.

Die jüngere Konzernrechtsgeschichte lehrt indes, dass man die normsetzende Kraft des Richterrechts nicht geringschätzen sollte. So hat sich etwa das Recht des faktischen GmbH-Konzerns am schmalen Pfeiler des ITT-Urteils emporgerankt (→ E 88). International haben Höchstgerichte in Frankreich, Italien und Spanien die Figur des Gruppeninteresses rechtsfortbildend etabliert (→ E 55 ff.). Gerade wo hinreichend dichtes Fallmaterial noch fehlt, dürfte es vorläufig klüger sein, auf inkrementelle Erkenntnisfortschritte der Rechtsprechung zu vertrauen. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob sich bei einer ausgereiften Spruchpraxis eine Kodifizierung von Richterrecht empfiehlt, etwa bei der Holzmüller/Gelatine-Doktrin zu ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten (→ E 78 ff.) oder beim Supermarkt-Beschluss zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Unternehmensvertrages im GmbH-Konzernrecht (→ E 88).

Außerdem sollte sich die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex des Konzernphänomens stärker als bisher annehmen.³² National und international sind einschlägige Regelungen selten geblieben.³³ Denkbar sind zum einen Anregungsnormen zur Konzern-Governance, zB bezüglich des Einsatzes von Konzernrichtlinien oder Konzernordnungen (→ E 53); zum anderen könnte die Kommission mittels eigener „Praxis-Impulse“ bewährte Leitlinien oder Vertragsmuster zusammenstellen, etwa zur Konzern-Compliance oder zum Cash Pooling (→ E 73).

VI. Caveat und *incorporation by reference*

Das strikte Zeichenlimit für dieses Gutachten zwingt zu verknappter Argumentation und sparsamer Zitierweise. Vertiefung in beiderlei

³¹ Für eine Auffächerung der Regelungsgegenstände des Europäischen Konzernrechts Großkomm. AktG/Fleischer, 4. Aufl. 2020, § 311 Rn. 95 ff., 104 ff.

³² Ausführlicher zu Folgendem Fleischer/Hallensleben, DB 2026, 716; GS Koppensteiner, 2026; s. auch schon 69. DJT 2012, Abt. Wirtschaftsrecht, Beschluss 14, Bd. II/2 N 233: „Der Kodex sollte sich in Zukunft intensiver mit spezifischen Regelungen für konzernangehörige Gesellschaften befassen; angenommen: 47:20:11.“

³³ National Kremer/Bachmann/Favocchia/v. Werder/Bachmann, DCGK, 9. Aufl. 2023, Teil 2 Rn. 124: „Lücke“; international Szabo/Sørensen ECFR 2018, 697 mwN.

Hinsicht bieten verschiedene Begleitaufsätze, die hier in kautelarjuristischer Manier durch Verweisung einbezogen werden.³⁴

³⁴ Vgl. Fleischer DB 2025, 709; Fleischer AG 2025, 337; Fleischer NZG 2025, 1179; Fleischer DB 2025, 1879; Fleischer ZGR 2026, 1; Fleischer BB 2026, 451; Fleischer ZIP 2026, 321; Fleischer NZG 2026, 243; Fleischer/Aydin RIW 2025, 706; Fleischer/Brunk DB 2025, 2892; Fleischer/Hallensleben GmbH 2025, 730; Fleischer/Hallensleben, GS Koppensteiner, 2026, im Druck; Fleischer/Horn ZIP 2025, 603; Fleischer/Pendl AG 2026, 61, Fleischer/Hallensleben DB 2026, 716.