

H. Konzernrechtliche Makroperspektiven

Zum Schluss seien noch einige längerfristige Reformperspektiven mit größerer Eingriffsintensität gewürdigt.

I. Abschaffung des Konzernrechts?

1. Streichung des kodifizierten Aktienkonzernrechts?

Ein vorderhand radikal anmutender Reformvorschlag zielt auf eine „Abschaffung des Konzernrechts“,⁶¹⁸ also namentlich auf eine Streichung des kodifizierten Aktienkonzernrechts. Stattdessen sollten die Konzernprobleme mit den Mitteln des allgemeinen Gesellschaftsrechts gelöst werden,⁶¹⁹ wie dies auch in anderen Rechtsordnungen geschehe.⁶²⁰

Entgegen dem ersten Eindruck wäre mit diesem Vorschlag kein „Sprung ins Dunkle“ verbunden. Vielmehr vermittelt ein Seitenblick auf das nichtkodifizierte Konzernrecht in Österreich und der Schweiz eine ziemlich genaue Vorstellung davon, welche Rechtsfiguren und Schutzinstrumente die Funktionen der §§ 311 ff. AktG übernehmen könnten.⁶²¹ Allerdings wächst mit dem Ausmaß der eingeforderten Änderungen auch die wissenschaftliche Begründungslast. Wer sich für eine Reform an Haupt und Gliedern ausspricht, muss entweder darlegen, dass die gegenwärtige Regelung schwerwiegende Funktionsdefizite aufweist, oder schlüssig begründen, warum ein Alternativmodell wesentliche Vorteile verspricht. Weder das eine noch das andere dürfte hier gelingen.

Dass das rechtspolitische Urteil über die §§ 311 ff. AktG heute ganz überwiegend positiv ausfällt, ist schon dargelegt worden (→ E 44f.). Ob der im Ausland vielerorts bevorzugte Rückgriff auf das allgemeine Gesellschaftsrecht bessere Ergebnisse zeitigen würde, erscheint dagegen ungewiss. Ein Vergleich ganzer Regelungsbündel („Makrovergleich“) ist konzeptionell mit kaum zu bewältigenden Schwierig-

⁶¹⁸ So der Aufsatztitel von Wackerbarth *Der Konzern* 2005, 562.

⁶¹⁹ Näher Wackerbarth, *Grenzen der Leitungsmacht in der internationalen Unternehmensgruppe*, 2001, 319 ff.

⁶²⁰ So Wackerbarth, *Grenzen der Leitungsmacht in der internationalen Unternehmensgruppe*, 2001, 279 ff. und 333: „kein deutscher Sonderweg, sondern allgemeines Gesellschaftsrecht“.

⁶²¹ Dazu im Einzelnen Fleischer AG 2025, 337 Rn. 3 ff. (Schweiz), Rn. 32 ff. (Österreich).

keiten verbunden.⁶²² Er müsste neben dem Gesellschafts- auch das Vertrags- und Deliktsrecht sowie das Insolvenz- und Zivilprozessrecht einschließlich der Durchsetzung von Außenseiterrechten umfassen. Angesichts unterschiedlicher nationaler Wirtschafts- und Unternehmensstrukturen sowie verbreiteter Pfadabhängigkeiten und Komplementaritäten zwischen Rechtsinstitutionen⁶²³ ist es zudem nicht unplausibel, dass sich das optimale Konzernrechtsdesign von Land zu Land unterscheidet. Für börsennotierte Konzerngesellschaften mögen Kapitalmarktdaten, zB über Kontrollprämien, immerhin Fingerzeige für Verbesserungen geben.⁶²⁴

Bezieht man zusätzlich die beträchtlichen „Wechselkosten“ (*switching costs*) für Gesetzgeber, Unternehmen, Rechtsberater und Gerichte in das ökonomische Kalkül ein,⁶²⁵ so dürfte sich eine grundsätzliche Systemumstellung des deutschen Konzernrechts kaum überzeugend rechtfertigen lassen. Aus guten Gründen bevorzugen Juristen im Allgemeinen inkrementelle gegenüber radikalen Neuerungen.⁶²⁶ Dieser Befund sollte die hiesige Konzernrechtswissenschaft jedoch nicht entmutigen, auch weiterhin an rechtsvergleichend informierten Verbesserungsvorschlägen zu arbeiten, sei es *en détail* oder *al fresco*.

2. Verzicht auf die systemprägende Unterscheidung zwischen Unternehmens- und Privataktionär

Aussichtsreicher erscheint eine weniger weitreichende Korrektur des Aktienkonzernrechts hinsichtlich des gesetzlichen Einstiegsbegriffs des „Unternehmens“.

a) Problemaufriss

Der Unternehmensbegriff iSd §§ 15 ff. AktG steuert den Adressatenkreis des Aktienkonzernrechts. Entgegen den Empfehlungen der vom 42. Deutschen Juristentag 1958 eingesetzten Konzernrechtskommission⁶²⁷ hat sich der Reformgesetzgeber von 1965 für eine Differen-

⁶²² Für einen ähnlichen Befund zu einem Ländervergleich ganzer Gläubigerschutzsysteme im Rahmen der Grundsatzdebatte über „legal capital“ MHLS/Fleischer, GmbHG, 4. Aufl. 2023, Syst. Darst. 5, Rn. 84 f. mwN.

⁶²³ Allgemein dazu jüngst Schröter, Pfadabhängigkeit und Recht, 2024.

⁶²⁴ Dazu Tröger, in Artmann/Rüffler/Torggler, Konzern – Einheit oder Vielheit, 2019, 1 (26 ff.) mwN.

⁶²⁵ Allgemein zu solchen individuellen und kollektiven Wechselkosten Engert AcP 213 (2013), 321 (343 f.).

⁶²⁶ Näher Fleischer FS Henssler, 2023, 859 (866).

⁶²⁷ Bericht der DJT-Studienkommission, Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, 1967, Rn. 103. Der Schlussbericht wurde 1963 abgeschlossen, ist aber erst 1967 erschienen.

zierung zwischen Unternehmens- und Privataktionär entschieden.⁶²⁸ Rechtsprechung und herrschende Lehre haben diese systemprägende Unterscheidung unter Berufung auf eine besondere Konzerngefahr weiter ausgeformt.⁶²⁹ Danach kommt es für die Unternehmensgesellschaft darauf an, ob der Aktionär neben seiner Beteiligung an der Gesellschaft noch anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen aufweist, die nach Art und Intensität stark genug sind, um die ernsthafte Sorge zu begründen, er könne wegen dieser Bindungen seinen mitgliederschaftlichen Einfluss zum Nachteil dieser Gesellschaft ausüben.⁶³⁰ An dieser Begriffs- und Systembildung regt sich in jüngerer Zeit aber vermehrt Kritik, und zwar sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda*.⁶³¹

b) Rechtspolitisches Argumentarium

Im geltenden Recht sind einer teleologischen Gesetzeskorrektur durch Wortlaut und Entstehungsgeschichte der §§ 15 ff. AktG enge Grenzen gezogen.⁶³² Rechtspolitisch besteht naturgemäß größerer Freiraum. Schon die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Unternehmensrechtskommission hatte sich in ihrem Abschlussbericht von 1980 eingehend mit dem Für und Wider verschiedener Reformvorschläge auseinandergesetzt, vermochte sich aber nicht auf eine einvernehmliche Empfehlung zu verständigen.⁶³³ Bei der Sondierung jüngerer Stellungnahmen fällt auf, dass auch führende Vertreter der herrschenden Lehre die Unterscheidung zwischen Unternehmens- und Privataktionär als rechtspolitisch fragwürdig ansehen.⁶³⁴ Hochverdichtet lassen sich die gegenläufigen Argumentationslinien wie folgt zusammenfassen:⁶³⁵

Für ein Beibehalten der bisherigen Gesetzeslage mag man anführen, dass (a) zwischen Privataktionär und Gesellschaft grundsätzlich ein

⁶²⁸ Vgl. Begr. RegE bei Kropff, AktG, 1965, 42.

⁶²⁹ Grundlegend BGHZ 69, 334; zusammenfassend Koch, AktG, 19. Aufl. 2025, § 15 Rn. 10.

⁶³⁰ Vgl. BGHZ 69, 334 (346); 135, 107 (113); 148, 123 (125); MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 15 Rn. 7.

⁶³¹ Fundamentalkritik bei J. Vetter, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR Sonderheft 19, 2016, 231 (239 f.); J. Vetter FS Marsch-Barner, 2018, 575 (582 ff.); zust. Habersack AG 2016, 691 (692); eingehend auch Emmerich/Habersack/Emmerich, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 15 AktG Rn. 7 ff.; Leuschner, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, 26 ff., 38 ff.; ferner BeckOGK AktG/Schall, Stand: 1.10.2025, § 15 Rn. 33.

⁶³² Näher Fleischer BB 2026, 451 (453 f.).

⁶³³ Vgl. BMJ, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, Rn. 1297 ff.

⁶³⁴ Vgl. etwa MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 15 Rn. 8: „Rechtspolitisch kann der Standpunkt des Gesetzgebers mit guten Gründen in Frage gestellt werden.“

⁶³⁵ Für eine ausführlichere Darstellung und Würdigung der Einzelargumente Fleischer BB 2026, 451 (454 ff.).

natürlicher Interessengleichlauf bestehe, der bei anderweitiger wirtschaftlicher Interessenbindung durchbrochen werde,⁶³⁶ (b) Minderheitsaktionäre vor dem Missbrauch der Mehrheitsmacht eines Privataktionärs durch Rechtsbehelfe des allgemeinen Gesellschaftsrechts hinreichend geschützt seien⁶³⁷ und (c) die Scheidelinie zwischen Unternehmens- und Privataktionär eine sinnvolle Typisierung durch Gesetzgeber und Gerichte darstelle.⁶³⁸

Demgegenüber könnte für eine Gesetzesänderung sprechen,⁶³⁹ dass (a) von einem herrschenden Privataktionär keine wesentlich geringere Gefährdungslage ausgehe als von einem herrschenden Unternehmen, (b) sich der natürliche Interessengleichlauf zwischen Gesellschaft und Privataktionär angesichts immer heterogener Aktionärspräferenzen wachsenden Zweifeln ausgesetzt sehe, (c) der BGH das Kriterium der anderweitigen wirtschaftlichen Interessenbindung bei Beteiligung der öffentlichen Hand selbst aufgegeben hat⁶⁴⁰ und sich etwa bei Gewerkschaften, Religionsgemeinschaften und Stiftungen mit maßgeblichem Anteilsbesitz weitere Ausnahmefälle abzeichneten, (d) der Reformgesetzgeber in jüngerer Zeit im Gesellschafts- wie im Kapitalmarktrecht (§§ 111a, 327a AktG, § 33 WpHG, § 2 Abs. 4 WpÜG) auf die Unterscheidung zwischen Unternehmens- und Privataktionär verzichtet hat, (e) die neuere Rechtsprechung im GmbH-Konzernrecht zur Existenzvernichtungshaftung Abschied vom Unternehmensbegriff genommen hat,⁶⁴¹ (f) die hergebrachte Begriffs- und Systembildung ausschließlich schutzrechtsbezogen gedacht sei und die organisationsrechtliche Komponente des Konzernrechts vernachlässige, (g) dem aktienkonzernrechtlichen Unternehmensbegriff eine normspezifische Differenzierung fehle, (h) er in seiner gegenwärtigen Form stark zerklüftet sei und zu kautelarjuristischen Kunstgriffen einlade und (i) die deutsche Grundwertung von der Singularität des Konzernkonflikts international fast nirgendwo geteilt wird.

c) Bewertung

Insgesamt neigt sich die Waagschale der Argumente zugunsten einer Neuausrichtung des aktienkonzernrechtlichen Adressatenkreises. Zwar bildet die hergebrachte Unterscheidung zwischen Unternehmens- und Privataktionär keinen groben rechtspolitischen Fehlgriff, sondern lässt sich durchaus rationalisieren. Bessere Gründe sprechen aber dafür, auf sie künftig zu verzichten. Stattdessen empfiehlt es sich,

⁶³⁶ Vgl. BGHZ 69, 334 (337).

⁶³⁷ Vgl. BGHZ 148, 123 (127f.).

⁶³⁸ Vgl. BGHZ 69, 334 (337).

⁶³⁹ Eingehend Fleischer BB 2026, 451 (455f.) mwN.

⁶⁴⁰ Vgl. BGHZ 135, 107 (113f.).

⁶⁴¹ Vgl. BGHZ 151, 181.

im Gefolge früherer⁶⁴² und neuerer⁶⁴³ Vorschläge tatbestandlich auf einen herrschenden Aktionär abzustellen, sodass auch Privataktionäre ohne anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung von den §§ 15 ff. AktG erfasst werden.

d) Kodas

Gemäß § 17 Abs. 2 AktG wird von einem im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. Eine Minderheitsbeteiligung kann genügen, wenn sie angesichts der Hauptversammlungspräsenz der letzten Jahre eine beherrschende Einflussmöglichkeit erwarten lässt.⁶⁴⁴ So hat der BGH im VW/Niedersachsen-Beschluss eine Beteiligung von 20 Prozent bei einer Präsenz von 37 Prozent im mehrjährigen Durchschnitt genügen lassen.⁶⁴⁵ Eine starre Kontrollgrenze, etwa angelehnt an die 30-Prozent-Grenze des § 29 Abs. 2 WpÜG, lehnen Rechtsprechung und herrschende Lehre ab.⁶⁴⁶ Der flexible, an den konkreten Umständen des Einzelfalls orientierte Ansatz hat nach ganz überwiegender Auffassung bisher sachgerechte Ergebnisse hervorgebracht. Für die Einführung einer *bright line rule* in Gestalt eines Mindeststimmrechtsanteils von einem Drittel, wie sie der Reformgesetzgeber in Delaware jüngst als Reaktion auf den Musk/Tesla-Fall eingeführt hat,⁶⁴⁷ besteht daher hierzulande kein Bedarf.⁶⁴⁸

II. Ausarbeitung eines rechtsformübergreifenden Gruppengesetzbuchs?

Mit umgekehrter Stoßrichtung mag man fragen, ob die Zeit inzwischen reif ist für eine umfassende Kodifikation des Konzernrechts. Anders als im Ausland häufig wahrgenommen, kennt das deutsche Recht in den §§ 15 ff., 291 ff., 311 ff. AktG nur eine Teilregelung über verbundene Unternehmen. Daher liegt der Gedanke an ein rechtsformübergreifendes Gruppengesetzbuch nicht fern, das nach dem Muster des UmwG alle Rechtsformen von den Kapital- und Personengesellschaften über die Genossenschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit bis hin zu den Vereinen und Stiftungen er-

⁶⁴² So schon Flume, Grundfragen der Aktienrechtsreform, 1960, 45; Bericht der DJT-Studienkommission, Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, 1967, Rn. 103.

⁶⁴³ So etwa Habersack AG 2016, 691 (692); Schmidt/Lutter/J. Vetter, AktG, 5. Aufl. 2024, § 15 Rn. 35 ff.

⁶⁴⁴ Vgl. BGHZ 69, 334 (337); MüKoAktG/Bayer, 6. Aufl. 2024, § 17 AktG Rn. 35.

⁶⁴⁵ Vgl. BGHZ 135, 107 (114f.).

⁶⁴⁶ Vgl. BGH AG 2012, 594 Rn. 22; Koch, AktG, 19. Aufl. 2025, § 17 AktG Rn. 9.

⁶⁴⁷ § 144(e)(2) DGCL; dazu etwa Pollmann/Will, 50 J. Corp. L. 1095, 1097 (2025).

⁶⁴⁸ Näher Fleischer ZIP 2026, 321 (327).

fasst.⁶⁴⁹ Wäre ein solches umfassendes Gruppengesetzbuch wünschenswert oder handelt es sich eher um ein akademisches Gedankenspiel ohne größeren rechtspraktischen Gewinn?

1. Regelungsvorschläge

Von den Gesetzesentwürfen für ein besonderes GmbH-Konzernrecht war schon die Rede (→ E 89f.). Rechtspolitische Überlegungen für eine noch weiter ausgreifende Kodifikation des Konzernrechts fanden sich erstmals im Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission von 1980.⁶⁵⁰ Ein Teil der Kommissionsmitglieder hielt ein allgemeines, rechtsformunabhängiges Konzernrecht für erstrebenswert, in dem etwa folgende Fragen geregelt werden könnten: Definitionen des Unternehmens, der einheitlichen Leitung und des Konzerns, die Pflicht zur Offenlegung maßgeblicher Beteiligungen, die Gefahren wechselseitiger Beteiligungen, die organschaftliche Verantwortung des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter für Einflussnahmen auf das abhängige Unternehmen, Maßnahmen zum Schutz der von Konzernierung betroffenen Personen wie Verlustübernahme, Dividendengarantie und Abfindung, Unternehmensverträge sowie die Eingliederung.⁶⁵¹ Ein anderer Teil der Kommission sprach sich wegen rechtsformspezifischer Unterschiede strikt gegen die Kodifizierung eines einheitlichen Konzernrechts aus, während eine vermittelnde Meinung auf Differenzierungen jedenfalls nicht ganz verzichten wollte.⁶⁵² In jüngerer Zeit hat sich kein Geringerer als *Marcus Lutter* über die Zweiteilung in ein Aktien- und ein GmbH-Konzernrecht mokiert,⁶⁵³ ohne daraus allerdings die Forderung für eine Wiederaufnahme der Arbeiten an einer einheitlichen Konzernrechtskodifikation abzuleiten.⁶⁵⁴

2. Bewertung

Um mit dem Offensichtlichen zu beginnen: Vertiefte wissenschaftliche Vorarbeiten für ein Gruppengesetzbuch, an die man anknüpfen

⁶⁴⁹ Für einen solchen Diskussionsimpuls, aber bereits zur Vorsicht mahnend Fleischer AG 2025, 337 Rn. 57.

⁶⁵⁰ BMJ, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, Rn. 1653 ff. (Kodifizierung eines besonderen Konzernrechts), Rn. 1708 ff. (Konzernrecht für Personengesellschaften).

⁶⁵¹ BMJ, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, Rn. 1727.

⁶⁵² BMJ, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, Rn. 1730 f.

⁶⁵³ Vgl. Lutter AG 1990, 179: „Unikum in der Welt“; Lutter ZGR 2000, 1 (15): „Die Rechtslage könnte nicht verwirrender sein, wenn man bedenkt, dass sich Deutschland zwei Konzernrechte leistet [...]“.

⁶⁵⁴ Zurückhaltend auch Bayer Der Konzern 2023, 1 (4).

könnte, fehlen. Dies beginnt schon mit dem Ziel einer solchen Großreform: Geht es nur um eine Zusammenführung der verstreuten Regelungen im Sinne einer Kodifikation *à droit constant* oder aber um eine materielle Angleichung von Aktien- und GmbH-Konzernrecht? Ersteres wäre kaum der Mühe wert, Letzteres verdiente entschiedenen Widerspruch, weil sich die Gruppenrechte für AG und GmbH aus guten Gründen markant unterscheiden (→ E 93). Außerdem sind ausformulierte Entwürfe für ein Personen-, Vereins- oder Stiftungskonzernrecht bisher Mangelware, von der Frage ihrer grundsätzlichen Kodifikationsreife einmal ganz abgesehen.⁶⁵⁵ Schließlich ist zu bedenken, dass der konzerngesellschaftsrechtliche Regulationsstoff in jüngerer Zeit beträchtlich angewachsen ist: Müsste ein modernes Gruppengesetzbuch nicht auch das unionsrechtliche Sonderkonzernrecht für Banken und Versicherungen (→ E 25) abbilden?⁶⁵⁶

Ein rechtsvergleichender Rundblick macht ebenfalls wenig Mut. Hatte man früher in Österreich und der Schweiz, in Frankreich und Spanien, ja selbst im Vereinigten Königreich noch konkrete Reformpläne geschmiedet,⁶⁵⁷ so hat der gesetzgeberische Schwung inzwischen fast überall nachgelassen (→ E 36).⁶⁵⁸ Wo es tatsächlich zu Reformen gekommen ist, wie in Italien, Polen und der Türkei, beschränken sie sich auf Teilregelungen, die zwar im Ausgangspunkt rechtsformneutral angelegt, aber hauptsächlich auf Kapitalgesellschaften zugeschnitten sind.⁶⁵⁹

Angesichts dessen verspricht es wenig rechtspraktischen Gewinn, sich dem Großprojekt eines Gruppengesetzbuchs zu verschreiben, so faszinierend es intellektuell auch sein mag. Die stets knappen Regelgeberressourcen könnten an anderer Stelle produktiver eingesetzt werden.

⁶⁵⁵ Die Unternehmensrechtskommission hat eine Kodifizierung des Personengesellschaftskonzerns mit Ausnahme der GmbH & Co. KG von vornherein ausgeklammert; dazu BMJ, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, Rn. 1726.

⁶⁵⁶ Aus schweizerischer Sicht mit Blick auf das Banken-, Kartell- und Mehrwertsteuerrecht auch Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 7 Rn. 32: „Ein allgemeines ‚Konzernrechtsgesetz‘ könnte nicht an diesen in der Praxis wichtigen Regeln vorbeigehen und würde komplex.“

⁶⁵⁷ Einzelnachweise bei Fleischer ZGR 2026, 1 (5, 6, 8, 27 f., 37 f.); monographisch für die Schweiz Graffenried, Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung, 1976.

⁶⁵⁸ Deziert für Österreich Nowotny FS Koppensteiner, 2007, 70 (95): „Die Zeit für eine konzernrechtliche Kodifikation, die einheitlich das Recht der Kapitalgesellschaften erfasst, ist vorbei.“; für die Schweiz von Büren Der Konzern, 2. Aufl. 2005, 2: „Unser Gesetzgeber sollte sich nicht anmaßen, Dinge, die sich in der Praxis gut entwickelt haben, nachträglich zu ‚verfassen‘, sondern sich darauf beschränken, dort korrigierend einzugreifen, wo ein Machtungleichgewicht zu beseitigen ist.“

⁶⁵⁹ Für das türkische Konzernrecht Fleischer/Aydin RIW 2025, 706 (713).