

Fabian Schumann

# Die Unternehmensgruppe im Insolvenzrecht



**Nomos**

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und  
Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld

Band 76

Fabian Schumann

# Die Unternehmensgruppe im Insolvenzrecht



**Nomos**

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

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6443-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0567-7 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern und meinem Bruder*



## Vorwort

Diese Schrift wurde im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Sie entstand größtenteils während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Prozessrecht und Bürgerliches Recht von Professor Dr. *Peter A. Windel*. Meine Zeit an der Ruhr-Universität Bochum werde ich stets in wertvoller Erinnerung behalten.

Besonderer Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer Herrn Professor Dr. *Peter A. Windel*, ohne dessen juristische und ideelle Förderung diese Schrift nicht entstanden wäre. Die Werte, die mir in der lehrreichen und angenehmen Zeit an seinem Lehrstuhl vermittelt wurden, haben nicht nur meine juristische Ausbildung nachhaltig geprägt. Herrn Professor Dr. *Markus Fehrenbach* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Von den zahlreichen Freunden und Kollegen, die mich durch das Studium, die Promotion und das Referendariat begleitet haben und noch in meinem Berufsleben begleiten, möchte ich mich stellvertretend bei Herrn Dr. *Fabian Kunkel* bedanken.

Für die freundliche Aufnahme in die Reihe »Schriften zum Insolvenzrecht« danke ich Herrn Professor Dr. *Ulrich Ebricke*, LL.M., M.A. von der Universität zu Köln und Herrn Professor Dr. *Florian Jacoby* von der Universität Bielefeld. Ebenso möchte ich mich bei dem ehemaligen Mitherausgeber der Schriftenreihe, Herrn Professor (a.D.) Dr. *Christoph G. Paulus*, LL.M. von der Humboldt-Universität zu Berlin, für sein Einverständnis bedanken.

Abschließend und von ganzem Herzen gilt mein Dank meinen Eltern und meinem Bruder. Ihre bedingungslose Unterstützung war stets mein Faden im Labyrinth des Konkurses. Ihnen ist diese Schrift gewidmet.

Essen, am 20. Oktober 2019

*Fabian Schumann*



# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	21
Einführung	27
Teil 1 Grundlagen	39
§ 1 Herausforderung und Bewältigung	40
§ 2 Lösungen auf der Grundlage des bisherigen Rechts	85
Teil 2 Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen	170
§ 3 Zielsetzung und Lösungsansätze	171
§ 4 Unternehmensgruppe	175
§ 5 Gruppen-Gerichtsstand	196
§ 6 Gruppeninsolvenzverwaltung	242
§ 7 Allgemeine Kooperationspflichten	277
§ 8 Gruppen-Gläubigerausschuss	316
§ 9 Koordinationsverfahren	337
Teil 3 Abschließende Bewertung	374
§ 10 Abschließende Bewertung	375
Literaturverzeichnis	381



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einführung	27
Teil 1 Grundlagen	39
§ 1 Herausforderung und Bewältigung	40
A. Die Konzerninsolvenz als Koordinationsherausforderung	40
I. Der Konzern zwischen Wirtschaft und Recht	40
1. Wirtschaftliche Einheit und rechtliche Vielheit	40
2. Der Konzern als dominierende Organisationsform	41
3. Das Recht der verbundenen Unternehmen im AktG	44
4. Das materielle Aktienkonzernrecht der §§ 291 ff. AktG	48
a. Vertragskonzern	49
b. Faktischer Konzern	51
5. Rechtsformunabhängiges Konzernrecht	54
a. GmbH-Vertragskonzern	54
b. Faktischer GmbH-Konzern	55
c. Existenzvernichtungshaftung	56
6. Mannigfaltigkeit der Konzernpraxis	58
II. Die Konzerninsolvenz als Koordinationsaufgabe	58
1. Wechselwirkungen	59
2. Koordinationsbedarf	60
III. Tätigwerden des Gesetzgebers	63
B. Modelle eines Konzerninsolvenzrechts	65
I. Materielle Konsolidierung	65
II. Formelle Modelle	72
1. Verfahrenskoordination	72
2. Verfahrenskonzentration	75
a. Konzerngerichtsstand	76
b. Konzerninsolvenzverwalter	78
c. Konzernsachwalter	81
d. Konzerngläubigerausschuss	81
3. Verfahrenskonsolidierung	82
III. Bewertung	83

§ 2	Lösungen auf der Grundlage des bisherigen Rechts	85
A.	Konzentrationsmöglichkeiten	85
I.	Konzerngerichtsstand	85
1.	§ 3 Abs. 1 Satz 2 InsO	86
2.	Art. 3 Abs. 1 EuInsVO 2000	88
II.	Konzerninsolvenzverwalter	92
III.	Zwischenbewertung	93
B.	Koordinationsmittel	94
I.	Abgestimmte Insolvenzpläne	94
II.	Insolvenzverwaltungsverträge	97
III.	Konzernleitungsmacht	100
1.	Die vertragliche Konzernleitungsmacht im Insolvenzverfahren	102
a.	Im zweispurigen Verfahren nach der KO und der VgLO	102
b.	Im einspurigen Verfahren nach der InsO	104
c.	Verwalterkoordination als insolvenzrechtliches Substitut	106
2.	Die faktische Konzernleitungsmacht im Insolvenzverfahren	109
a.	Im zweispurigen Verfahren nach der KO und der VgLO	109
b.	Im einspurigen Verfahren nach der InsO	110
c.	Verwalterkoordination als insolvenzrechtliches Substitut	110
3.	Vorläufige Insolvenzverwaltung	111
4.	Konzerninsolvenzverwaltung	112
5.	Zwischenergebnis	113
IV.	Eigenverwaltung	113
1.	Insolvenzverwaltung durch Eigenhandeln	115
2.	Nutzen in der Konzerninsolvenz	117
3.	Determinierte Rechtsmacht	119
a.	Die vertragliche Konzernleitungsmacht im Eigenverwaltungsverfahren	120
b.	Die faktische Konzernleitungsmacht im Eigenverwaltungsverfahren	121
4.	Zwischenergebnis	124
V.	Eigenverwaltungseröffnungsverfahren	124
1.	Vorläufige Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO	124

2.	Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO	125
3.	Nutzen in der Konzerninsolvenz	126
4.	Rechtsstellung des Schuldners	126
	a. Handeln kraft Privatautonomie	126
	b. Handeln im Gläubigerinteresse	127
	c. Partielle Vorwirkung des Insolvenzverfahrenszwecks	128
5.	Anwendbarkeit des § 276a Satz 1 InsO	129
	a. Handeln kraft Privatautonomie	129
	b. Handeln im Gläubigerinteresse	130
	c. Partielle Vorwirkung des Insolvenzverfahrenszwecks	131
6.	Zwischenergebnis	132
VI.	Konzernarbeitsrecht	132
	1. Der Konzern im Arbeitsrecht	133
	2. Betriebliche Konzernmitbestimmung	136
	3. Wirtschaftliche Konzernmitbestimmung	136
	4. Konzernmitbestimmung im eröffneten Insolvenzverfahren	137
	a. Betriebliche Konzernmitbestimmung	137
	b. Wirtschaftliche Konzernmitbestimmung	139
	5. Konzernmitbestimmung im Eröffnungsverfahren	140
	6. Zwischenergebnis	141
VII.	Zwischenbewertung	141
C.	Koordinationspflichten	141
	I. Insolvenzverwalter	142
	II. Insolvenzgerichte	144
	III. Geschäftsleiter	147
	1. Insolvenzverwaltung	148
	2. Eigenverwaltung	150
	IV. Gesellschafter	151
	1. Insolvenzzrechtliche Pflicht zur Koordination	153
	2. Gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Koordination	153
	a. Treuepflicht im Verband	154
	b. Treuepflicht im Verbund	157
	V. Gläubiger	158
	1. Treuepflicht der Gläubiger	159
	2. Wechselseitige Ausgleichshaftung	161
	3. Konzernweite Treuepflicht der Gläubiger	163
	4. Gläubigerausschüsse	164

VI. Zwischenbewertung	168
D. Abschlussbewertung	168
Teil 2 Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen	170
§ 3 Zielsetzung und Lösungsansätze	171
A. Zielsetzung	171
B. Koordination statt Konsolidierung	171
C. Lösungsansätze	172
D. Bewertung des Regelungsansatzes	173
E. EuInsVO 2015	173
F. Weiterer Gang der Untersuchung	174
§ 4 Unternehmensgruppe	175
A. Grundgedanke der Gesetzesänderung	175
B. Die Gesetzesänderung im Einzelnen	176
I. § 3e Abs. 1 Nr. 1 InsO – Beherrschungsmöglichkeit	176
II. § 3e Abs. 1 Nr. 2 InsO – Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung	177
III. Insolvenzspezifischer Unternehmensbegriff	177
IV. § 3e Abs. 2 InsO – Kapitalistische Personengesellschaften	177
C. Kritische Analyse	177
I. Terminologie	178
II. Regelungsstandort	180
III. Sachlicher Anwendungsbereich	180
1. § 3e Abs. 1 Nr. 1 InsO – Beherrschungsmöglichkeit	183
a. Flexibler und offener Ansatz	185
b. Insolvenzspezifische Auslegung	188
2. § 3e Abs. 1 Nr. 2 InsO – Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung	190
3. Rechtsformneutraler Unternehmensbegriff	190
4. § 3e Abs. 2 InsO – Kapitalistische Personengesellschaften	191
IV. Räumlicher Anwendungsbereich	192

V. Zwischenbewertung	193
D. EuInsVO 2015	194
§ 5 Gruppen-Gerichtsstand	196
A. Grundgedanke der Gesetzesänderung	196
B. Die Gesetzesänderung im Einzelnen	197
I. § 3a InsO – Gruppen-Gerichtsstand	197
1. § 3a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 InsO – Antragsberechtigung	197
2. Zulässiger Eröffnungsantrag	198
3. § 3a Abs. 1 Satz 1, 2 InsO – Nicht offensichtlich von untergeordneter Bedeutung	198
4. § 3a Abs. 2 InsO – Im gemeinsamen Interesse der Gläubiger	199
5. § 13a InsO – Antragsinhalt	199
6. Prioritätsprinzip	199
II. § 3c Abs. 2 InsO – Wahlgerichtsstand	200
III. § 3b InsO – Fortbestehen des Gruppen-Gerichtsstands	200
IV. § 3c Abs. 1 InsO – Personenidentischer Richter	201
V. § 2 Abs. 3 InsO – Konzentration der Gruppen-Gerichte	201
VI. § 3d InsO – Verweisung an den Gruppen-Gerichtsstand	201
C. Kritische Analyse	202
I. § 3a InsO – Gruppen-Gerichtsstand	204
1. Antragsmodalitäten und gerichtliches Prüfungsprogramm	205
a. § 3a Abs. 1 InsO – Beschränkung auf Eigenanträge	205
b. Keine zwingende Zuständigkeitskonzentration	207
c. § 3a Abs. 2 InsO – Gerichtliches Zuständigkeitsermessen	208
d. § 3a Abs. 1 Satz 1, 2 InsO – Nicht offensichtlich von untergeordneter Bedeutung	212
e. § 3a Abs. 2 InsO – Im gemeinsamen Interesse der Gläubiger	214
f. § 13a InsO – Antragsinhalt	216
2. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt	218
a. Prioritätsprinzip	218
b. Antragspriorität	219
c. Flexibilität und Wahlmöglichkeit	219

d. Einwände	221
e. Relativierung	222
f. Zwischenbewertung	226
3. Fehlende Rechtsmittelfähigkeit	226
II. § 3c Abs. 2 InsO – Wahlgerichtsstand	227
III. § 3b InsO – Fortbestehen des Gruppen-Gerichtsstands	227
IV. § 3c Abs. 1 InsO – Personenidentischer Richter	228
V. § 2 Abs. 3 InsO – Konzentration der Gruppen-Gerichte	228
VI. § 3d InsO – Verweisung an den Gruppen-Gerichtsstand	230
1. § 3d Abs. 1 Satz 1 InsO – Gerichtliche Verweisungsmöglichkeit	230
a. Prozessuale Analyse	230
b. Forum shopping durch gerichtliche Verweisung?	233
2. § 3d Abs. 1 Satz 2 InsO – Gerichtliche Verweisungspflicht	234
3. Bindungswirkung der Verweisungsentscheidung	235
4. Fehlende Rechtsmittelfähigkeit	236
VII. Zwischenbewertung	237
D. EuInsVO 2015	237
§ 6 Gruppeninsolvenzverwaltung	242
A. Grundgedanke der Gesetzesänderung	242
B. Die Gesetzesänderung im Einzelnen	242
I. § 56b Abs. 1 InsO – Gerichtliches Auswahlermessen und Abstimmungspflicht	242
II. § 56b Abs. 2 InsO – Gläubigerautonomie	243
C. Kritische Analyse	244
I. § 56b Abs. 1 InsO – Gerichtliches Auswahlermessen	244
II. § 56b Abs. 1 InsO – Gerichtliche Abstimmungspflicht	247
III. § 56b Abs. 1 Satz 1 InsO – Interesse der Gläubiger	251
IV. § 56b Abs. 1 Satz 2 InsO – Unabhängigkeit	254
1. Bedeutung des Unabhängigkeitsgebots	254
2. Bedeutung für die Gruppeninsolvenzverwaltung	256
V. § 56b Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 InsO – Sonderinsolvenzverwaltung	259
1. Punktuelle Sonderinsolvenzverwaltung	260
2. Kompetenzen des Sonderinsolvenzverwalters	261
3. Sonderinsolvenzverwaltung in Personalunion	264

4. Absehen von einer Gruppeninsolvenzverwaltung	264
VI. Begrenzung der Verwaltungsbefugnis	264
VII. Kriterium der Ortsnähe	266
VIII. Kontrolle und Haftung des Gruppeninsolvenzverwalters	267
1. Kontrolle mittels Aufsicht des Gerichts	268
2. Kontrolle mittels Aufsicht des Gläubigerausschusses	268
3. Haftung des Gruppeninsolvenzverwalters	269
IX. § 56b Abs. 2 InsO – Gläubigerautonomie	272
X. Sachwaltung in Personalunion	273
XI. Zusammenspiel von § 56b InsO und §§ 3a ff. InsO	274
XII. Zwischenbewertung	275
D. EuInsVO 2015	276
§ 7 Allgemeine Kooperationspflichten	277
A. Grundgedanke der Gesetzesänderung	277
B. Die Gesetzesänderung im Einzelnen	277
I. § 269a InsO – Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter	278
II. Kritische Analyse	278
1. Pareto-Effizienz als Verhaltensdirektive	279
2. Bestimmtheit der Kooperationspflicht	281
3. Umsetzung der Verwaltungsharmonisierung	282
a. Insolvenzanfechtung	285
b. Insolvenzverwaltungsverträge	287
4. Keine anlasslose Kooperationspflicht	287
5. Grenzen der Kooperationspflichten	288
6. Kontrolle und Haftung der Insolvenzverwalter	290
a. Kontrolle mittels Aufsicht des Gerichts und des Gläubigerausschusses	290
b. Haftung wegen Kooperationspflichtverletzung	291
aa. Nachweisschwierigkeiten	291
bb. Keine Haftung gegenüber den Beteiligten der Parallelverfahren	293
7. Kooperation als insolvenzrechtliche Kompensation für eingeschränkte Konzernleitungsmacht	294
8. Kooperationspflichten des (vorläufigen) Eigenverwalters	296

9. Kooperationspflichten des (vorläufigen) Sachwalters	298
10. Keine Verfahrensöffnung	300
III. § 269b InsO – Zusammenarbeit der Insolvenzgerichte	302
IV. Kritische Analyse	303
1. Bestimmtheit der Kooperationspflicht	306
2. Umsetzung der gerichtlichen Kooperation	306
3. Grenzen der Kooperation	310
4. Haftung	310
V. Diagonale Kooperationspflichten	312
C. Zwischenbewertung	312
D. EuInsVO 2015	313
§ 8 Gruppen-Gläubigerausschuss	316
A. Grundgedanke der Gesetzesänderung	316
B. Die Gesetzesänderung im Einzelnen	317
I. § 269c Abs. 1 InsO – Einsetzung des Gruppen-Gläubigerausschusses	317
II. Rechte und Pflichten des Gruppen-Gläubigerausschusses	317
C. Kritische Analyse	318
I. § 269c Abs. 1 InsO – Einsetzung des Gruppen-Gläubigerausschusses	320
II. § 269c Abs. 1 InsO – Teilnahmeberechtigung und Besetzung	322
1. Funktionalität und Repräsentation	322
2. Besetzungsvorgaben	323
3. Erfordernis der Doppel-Funktionalität	325
4. § 269c Abs. 1 Satz 3 InsO – Arbeitnehmervertretung	326
5. Regulatorische Auffälligkeiten	326
III. Rechte und Pflichten des Gruppen-Gläubigerausschusses	327
IV. § 269c Abs. 2 Satz 2 InsO – Organisation und Sanktion im Gruppen-Gläubigerausschuss	331
V. Kooperationspflichten der (Einzel-)Gläubigerausschüsse	333
VI. Zwischenbewertung	334
D. EuInsVO 2015	335

§ 9 Koordinationsverfahren	337
A. Grundgedanke der Gesetzesänderung	337
B. Die Gesetzesänderung im Einzelnen	337
I. § 269d InsO – Einleitung des Koordinationsverfahrens	337
II. §§ 269e, 269f, 269g InsO – Verfahrenskoordinator	338
1. § 269e InsO – Bestellungsverfahren	338
2. § 269f InsO – Aufgaben und Rechtsstellung des Verfahrenskoordinators	339
3. § 269g InsO – Vergütung des Verfahrenskoordinators	339
III. § 269h InsO – Koordinationsplan	339
C. Kritische Analyse	341
I. § 269d InsO – Einleitung des Koordinationsverfahrens	341
II. §§ 269e, 269f InsO – Verfahrenskoordinator	344
1. § 269e InsO – Bestellungsverfahren und Auswahlkriterien	344
2. § 269f Abs. 1 Satz 1 InsO – Aufgabe des Verfahrenskoordinators	348
3. Unterstützung seitens der Einzelverfahren	348
4. Unverbindlichkeit der Maßnahmen des Verfahrenskoordinators	351
a. Der Verfahrenskoordinator als Mediator	352
b. Funktion des Koordinationsverfahrens	356
c. Koordination keine insolvenzrechtliche Kompensation für eingeschränkte Konzernleitungsmacht	357
5. Kontrolle und Haftung des Verfahrenskoordinators	357
III. § 269h InsO – Koordinationsplan	359
1. Rechtsnatur des Koordinationsplans	359
2. § 269h Abs. 1 Satz 1 InsO – Planinitiativrecht	360
3. Beratung durch den Gruppen-Gläubigerausschuss	361
4. § 269h Abs. 2 Satz 1 InsO – Planinhalt	362
5. § 269h Abs. 1 Satz 3 InsO – Prüfung und Bestätigung des Koordinationsplans	363
6. § 269h Abs. 3 InsO – Rechtsschutz	364
7. § 269i InsO – Umsetzung des Koordinationsplans	365
a. § 269i Abs. 1 InsO – Erläuterung und Begründung	365

*Inhaltsverzeichnis*

b. § 269i Abs. 2 InsO – Beschluss der Gläubigerversammlung	367
IV. Zwischenbewertung	368
D. EuInsVO 2015	369
I. Eröffnung des Koordinationsverfahrens	370
II. Eröffnetes Koordinationsverfahren	372
Teil 3 Abschließende Bewertung	374
§ 10 Abschließende Bewertung	375
Literaturverzeichnis	381

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.D.	außer Dienst
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)/Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
a.M.	am Main
Anm.	Anmerkung(en)
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
B.C.	Bankruptcy Code
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründung/Begründer/begründet
Beschl.	Beschluss
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz

## *Abkürzungsverzeichnis*

BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundesrats
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Co.	Compagnie
dass.	dasselbe
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DAV-HRA	Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diske	Diskussionsentwurf
DJT	Deutscher Juristentag
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Zeitschrift)
E	Entwurf
EG	Europäische Gemeinschaft
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EIL	European Insolvency Law
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende
FG	Festgabe/Finanzgericht
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IGM	Industriegewerkschaft Metall
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
INSOL	International Association of Insolvency Practitioners
InsR	Insolvenzrecht
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung

## *Abkürzungsverzeichnis*

IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KfH	Kammer für Handelssachen
KG	Kommanditgesellschaft
KIR	Konzerninsolvenzrecht
KO	Konkursordnung
KPB	Kübler/Prütting/Bork (Kommentar zur InsO)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSI	Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht Konkurs Treuhand Sanierung (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	Littera
Ls.	Leitsatz/Leitsätze
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MediationsG	Mediationsgesetz
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MPI	Max-Planck-Institut
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-RR • Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZA-RR	NZA-RR • Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (Zeitschrift)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RDG	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
RPflG	Rechtspflegergesetz
S.	Seite(n)
SchVG	Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen
Sec.	Section
sog.	sogenannt(e/er/n)
sublit.	sublittera
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Urt.	Urteil
US	United States (Vereinigte Staaten)
U.S.C.	United States Code, offizielle Bezeichnung Code of Laws of the United States of America

## *Abkürzungsverzeichnis*

UStG	Umsatzsteuergesetz
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
v.d.H.	vor der Höhe
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
VID	Verband Insolvenzverwalter Deutschlands
VO	Verordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Zeitschrift)
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht (Zeitschrift)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Zeitschrift)
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International (Zeitschrift)

## Einführung

Das Phänomen Konzern ist sowohl in der deutschen<sup>1</sup> als auch in der europäischen<sup>2</sup> Unternehmenspraxis die dominierende Unternehmensorganisationsform. Aufgrund dieser immensen wirtschaftlichen Bedeutung stehen Konzerne nicht nur im Fokus des praktischen und wissenschaftlichen Interesses, sondern sie entfalten auch allgemein in der Gesellschaft eine polarisierende Wirkung. Mit dem anwendungsbezogenen wie wissenschaftlichen Interesse an diesem speziellen Organisationsmodell ist gemeint, dass sich bereits seit langem Disziplinen wie die Wirtschaftswissenschaft und die Rechtswissenschaft mit dem Konzernphänomen sowohl in der Praxis als auch in der Theorie unter Zugrundelegung der jeweiligen Methode beschäftigen.<sup>3</sup> Das flexible Gebilde Konzern zieht jedoch nicht nur ein interdisziplinäres Interesse nach sich, sondern führt auch innerhalb der Disziplinen zu unterschiedlichen Anwendungen und Verständnissen. So wird sich in dieser rechtswissenschaftlichen Untersuchung zeigen, dass der Sachverhalt einer Konzernierung in den auf unterschiedlichen Wertungen beruhenden Teilrechtsgebieten ebenso spezifische Rechtsfolgen zeitigt.<sup>4</sup> Die Mannigfaltigkeit des Konzernphänomens spiegelt sich freilich nicht nur in diesen inter- wie intradisziplinären Anwendungsunterschieden wider, sondern auch auf der sozialen Ebene des alltäglichen Lebens. Unabhängig von terminologischen Besonderheiten und der juristischen Dogmatik prägen Konzerne bzw. Unternehmensgruppen das Leben und den Sprachgebrauch dergestalt, dass in der Alltagssprache ebenso von einem „Arbeiten für den Konzern“ die Rede ist wie von einer „Insolvenz des Konzerns“. Die polarisierende Wirkung des Konzerns korreliert insoweit mit der wirtschaftlichen Bedeutung dieses Konstrukts, das durch eine Koordination seiner Glieder Leistungen erbringen und Gewinne erzielen kann, die einem Einheitsunternehmen kaum möglich sind. Bereits für den werdenden Konzern zeigt sich dessen Prominenz in der medialen Begleitung

---

1 Siehe nur die Nachweise in BT-Drs. 18/407, S. 15.

2 Vgl. *Fleischer*, ZGR 2017, 1, 29; zur globalen Bedeutung *UNCITRAL*, Part three (2012), S. 5 f.

3 Vgl. *Kirchner*, ZGR 1985, 214 ff.; *Theisen*, Konzern (2000), S. 15 ff., 127 ff.

4 Zum Konzern als „Multifacetten-Problem“ *Druey*, FS Hommelhoff (2012), S. 135, 144; *Beck*, AG 2017, 726 ff.

von Rechtsstreitigkeiten mit Konzernen oder der journalistischen Investigation von vermeintlichen „Steuerparadiesen“ für Konzerne. Selbiges gilt angesichts der zahlreichen Arbeitnehmer, die – juristisch betrachtet – bei den Konzernunternehmensträgern beschäftigt sind, für konzernbezogene Unternehmensfusionen und -spaltungen. Die Interessen der Arbeitnehmer, der Gesellschafter und vor allem der Gläubiger an dem Schicksal der Konzerngesellschaften und damit regelmäßig der Konzerngesamtheit treten aber besonders stark in der sog. Konzerninsolvenz hervor.<sup>5</sup>

In dieser Insolvenz sämtlicher oder zahlreicher Glieder eines Konzernverbands erlangt die auch außerhalb des Insolvenzrechts gleichermaßen in Theorie und Praxis bedeutsame Frage nach der rechtlichen Verfassung des Konzerns entscheidende Bedeutung. Es bedarf nämlich auch aus insolvenzrechtlicher Sicht der Entscheidung, ob diese Verbindung rechtlich selbständiger Unternehmensträger nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine rechtliche Einheit darstellt, die eine ebenso einheitliche insolvenzrechtliche Behandlung erfordert. Insoweit ist der dogmatische Hintergrund auch dieser besonderen Thematik das ambivalente Wesen des Konzerns, das sich wegen seiner Flexibilität und Anpassungsfähigkeit allgemein nicht mit der terminologischen Dichotomie zwischen rechtlicher Vielheit und Einheit zu vertragen scheint.<sup>6</sup> In dieser Untersuchung kann weder eine eigene dogmatische Grundlage des Konzernphänomens entwickelt werden, noch sollen die rechtswissenschaftlichen und wirtschaftswissenschaftlichen Deutungen des Konzerns *in extenso* dargestellt werden. Wie die Paralleldiskussion bezüglich der juristischen Person steht auch der Streit um das Wesen des Konzerns nicht mehr im Vordergrund der gesellschaftsrechtlichen Debatte.<sup>7</sup> Während die Wirtschaftswissenschaft den Konzern als wirtschaftliche Einheit auffasst,<sup>8</sup> geht der Großteil der Rechtswissenschaft von dem Konzernbild der rechtlichen Vielheit bei wirtschaftlicher Einheit aus.<sup>9</sup> Der Konzern ist mangels eigenständiger Verbandspersönlichkeit keine Rechtseinheit, sondern ein Verbund rechtlich selbständi-

---

5 Instrukтив dazu *Lutter*, ZfB 54 (1984), 781 ff., insb. 786.

6 Vgl. *Bälz*, FS L. Raiser (1974), S. 287, 287, 298 ff.; *Fleischer*, ZGR 2017, 1, 29; *Kronstein*, Die abhängige juristische Person (1931), S. 64 ff.; *Druey*, FS Hommelhoff (2012), S. 135, 136, 151.

7 Zum Streit um das Wesen der juristischen Person *Brecher*, FS Hueck (1959), S. 233, 233 f.; zum Zusammenhang der Diskussionen bereits *Hamburger*, GS Seckel (1927), S. 261, 287 f.; zur Theorie des Konzerns als GbR *Koch/Harnos*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 171 ff.

8 Dazu *Kirchner*, ZGR 1985, 214 ff.; *Theisen*, Konzern (2000), S. 15 ff., 127 ff.

9 *Lutter*, FS Stimpel (1985), S. 825, 827 f.; *K. Schmidt*, FS Lutter (2000), S. 1167, 1174.

ger Vermögensträger. Vor dem Hintergrund des Rechtsträgerprinzips und der hohen Hürden des *numerus clausus* der Gesellschaftsformen hat auch die Rechtsprechung den Konzern nicht *qua* Rechtsfortbildung zum Rechtssubjekt erhoben.<sup>10</sup> Dass sich über diese Annahme hinaus die rechtliche Behandlung des Konzerns generell kontrovers darstellt, liegt in der flexiblen Natur dieses Phänomens begründet, die sich einer rechtlichen Einheitslösung entzieht.

Als Basis für den Umgang mit Konzernsachverhalten dient in den Teilrechtsgebieten deshalb die Methode, wonach der Konzern einer konkret auf deren jeweilige Zwecke ausgerichteten Rechtsanwendung zu unterziehen ist.<sup>11</sup> Vor dem Hintergrund dieses Primats einer zweckgerichteten Auslegung konzernspezifischer Regelungen ist an dieser Stelle bereits davor zu warnen, unter Ausblendung der jeweiligen Regelungszwecke Gedankenmuster von einer Rechtsdisziplin in eine andere zu übertragen. Unabhängig von einzelnen, auf die wirtschaftliche Einheit des Unternehmensverbands abstellenden Vorschriften, hat das deutsche Recht den Ausgangspunkt, dass der Konzern ein Verbund von rechtsfähigen Unternehmensträgern ist, dem selbst keine Rechtsfähigkeit zukommt. Obgleich dieser rechtlichen Vielheit häufig eine sehr ausgeprägte wirtschaftliche Einheit innewohnt, darf dieses Rechtsträgerprinzip nicht zu stark von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise überformt werden.<sup>12</sup> Nur wenn der Zweck des Rechtsgebiets – insbesondere aus Effektivitätsgründen – eine konsolidierte Erfassung des Konzernverbands verlangt, tritt die rechtliche Vielheit zugunsten der wirtschaftlichen Einheit in den Hintergrund.<sup>13</sup> Dies lässt sich schon durch einen kursorischen Überblick anschaulich belegen:

Das Gesellschaftsrecht folgt dem Rechtsträgerprinzip und versteht den Konzern nicht als rechtsfähigen Verbandsträger, sondern als die Verbindung rechtsfähiger Unternehmensträger. Kodifikatorischer Beleg dieser Vielheitsbetrachtung ist das AktG, welches im Gegensatz zu anderen ge-

---

10 Zwar deutete sich in RGZ 108, 41, 43, noch ein rechtliches Einheitsverständnis an, dem wurde jedoch bereits in RGZ 115, 246, 253, entgegengetreten.

11 Instrukтив *Wiedemann*, Unternehmensgruppe (1988), S. 5 ff., 28; ähnlich *K. Schmidt*, FS Kübler (2015), S. 633, 639 f.; zum europäischen Konzernrecht *Fleischer*, ZGR 2017, 1, 12.

12 Warnend bereits *Wiedemann*, Unternehmensgruppe (1988), S. 19.

13 Vgl. für die Durchgriffshaftung *Wiedemann*, Unternehmensgruppe (1988), S. 26, 28; zur konzernweiten Wissenszurechnung *Drexler*, ZHR 161 (1997), 491, 501, 508; zum Konzernarbeitsrecht *Hanau*, ZGR 1984, 468, 471; *Martens*, 25 Jahre BAG (1979), S. 367, 371.

sellschaftsrechtlichen Regelwerken Sonderregelungen für verbundene Unternehmensträger in den §§ 15 ff.; 291 ff. AktG vorhält. Bereits der auf „rechtlich selbständige“ „verbundene Unternehmen“ abstellende Wortlaut der rechtsformneutralen §§ 15 ff. AktG verdeutlicht, dass in diesen Regelungen die Rechtsbeziehungen zwischen juristisch eigenständigen Unternehmensträgern erfasst werden und mit dem Rechtsbegriff „Konzern“ gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG lediglich die intensivste Form eines solchen Bündnisses beschrieben wird.<sup>14</sup> Selbiges gilt weitgehend für die rechtsformabhängigen §§ 291 ff. AktG, die nicht nur ausweislich des Titels des Dritten Buchs auf „Verbundene Unternehmen“ abstellen, sondern vor allem auch in sämtlichen Vorschriften über Unternehmensverträge die rechtliche Verbindung zwischen abhängiger AG und dem „anderen Unternehmen“ voraussetzen. In teleologischer Hinsicht wird im Aktiengesellschaftsrecht wie generell im Gesellschaftsrecht einzig die singuläre Gesellschaft als eigenständige Rechtsträgerin einer Regelung unterzogen.<sup>15</sup> Unter Zugrundelegung dessen und des zweckspezifischen Reaktionsmechanismus der Rechtsdisziplinen sind die §§ 15 ff.; 291 ff. AktG als Reaktion des Aktiengesetzgebers von 1965 auf die seinerzeit fortschreitende Verflechtung von Unternehmensträgern<sup>16</sup> in der Rechtsform der AG zu verstehen.<sup>17</sup> Die legislative Reaktion auf die mit diesem Organisationsmodell einhergehende Einschränkung der wirtschaftlichen Autonomie einer AG war aber nicht die Versubjektivierung des Bündnisses, sondern ein insbesondere die Minderheitsgesellschafter und Gläubiger der abhängigen AG schützendes Regelungsmodell.<sup>18</sup> Obgleich dieses flexible Konzept es den Konzernarchitekten freistellt, mittels vertraglicher Beherrschungs- oder faktischer Einflussnahmemöglichkeiten nicht nur dezentralisierte, sondern

---

14 Während § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG den sog. Unterordnungskonzern beschreibt, definiert § 18 Abs. 2 Hs. 1 AktG den sog. Gleichordnungskonzern.

15 BT-Drs. IV/171, S. 213; BGHZ 95, 330, 341 f. (Autokran); *Lutter*, ZGR 1987, 324, 331.

16 Grundlegend *Kronstein*, Die abhängige juristische Person (1931).

17 Instruktiv *Bälz*, FS L. Raiser (1974), S. 287, 287; *Lutter*, FS K. Schmidt (2009), S. 1065, 1066; zur Historie *Emmerich*, AG 2015, 627, 627 f.

18 Vgl. für die Auslegung des Unternehmensbegriffs der §§ 15 ff. AktG BGHZ 69, 334, 336 ff. (VEBA); BGHZ 95, 330, 337 (Autokran); BGHZ 122, 123, 127 f. (TBB); für die §§ 291 ff. AktG BT-Drs. IV/171, S. 214; BGHZ 95, 330, 334 f. (Autokran); BGHZ 122, 126 ff. (TBB); *Lutter*, ZGR 1987, 324, 348.

auch straff geführte Unternehmensgruppen zu errichten,<sup>19</sup> bleibt die rechtliche Selbstständigkeit der Unternehmensträger stets gewahrt.<sup>20</sup>

Wie im Gesellschaftsrecht wird auch im Arbeitsrecht außerhalb wie innerhalb von Konzernsachverhalten mit dem Arbeitgeber eine – idealtypisch – wirtschaftlich autark agierende Rechtspersönlichkeit in den Fokus des Regelungsspektrums gestellt.<sup>21</sup> Demgemäß wird namentlich bezüglich der betrieblichen bzw. wirtschaftlichen Mitbestimmung vom Grundmodell des Betriebs bzw. des Unternehmens ausgegangen und jeweils ein Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bezweckt. In Verfolg dieses Zwecks wird im Konzernarbeitsrecht mittels der §§ 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG; 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG das auf den Betrieb bzw. Unternehmen zugeschnittene Mitbestimmungsregime an das Machtgefälle in einem Unterordnungskonzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG angepasst. Während durch § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zum Zwecke der betrieblichen Mitbestimmung die Errichtung eines Konzernbetriebsrats ermöglicht wird, wird durch § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG in der wirtschaftlichen Mitbestimmung eine Art Konzernbelegschaft bzw. ein Konzernaufsichtsrat fingiert, um auch die Organebene des herrschenden Unternehmens der Mitbestimmung zu unterziehen.<sup>22</sup> Diese Normen stellen arbeitsrechtliche Äquivalente zu der gesellschaftsrechtlichen Entscheidungsverlagerung innerhalb eines Unterordnungskonzerns dar, im Zuge derer die Muttergesellschaft mittels ihrer Konzernleitungsmacht auch die Tochtergesellschaften in deren Funktion als Arbeitgeberinnen extern steuern kann.<sup>23</sup> Die rechtliche Vielheit im Verbund wird hiermit implizit vorausgesetzt.

Die Zweckgebundenheit konzernbezogener Regelungen muss auch bei der Anwendung und Heranziehung bilanzrechtlicher Normen beachtet werden. Neben den genannten Vorschriften des Konzernarbeitsrechts wird

---

19 Vgl. *Lutter*, FS Stimpel (1985), S. 825, 826; *Rebbinder*, Konzernaußenrecht (1969), S. 38 ff.; zu Konzernstrukturen *Flöther/Thole*, KIR, § 2 Rn. 2 ff.; *Theisen*, Konzern (2000), S. 153 ff.

20 *K. Schmidt*, FS Kübler (2015), S. 633, 640.

21 *Martens*, 25 Jahre BAG (1979), S. 367, 367 f., 376 f.; *Rieble/Kolbe*, KTS 2009, 281, 296.

22 BT-Drs. 7/2172, S. 21; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 327; *Raiser*, FS Hopt (2010), Bd. 1, S. 1167, 1172.

23 Zu § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG BAG ZIP 2018, 1993, 1995 Rn. 21, 1996 Rn. 26; *Salamon*, NZA 2018, 832, 832; *Konzen*, FS Wiese (1998), S. 199, 200; zu § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG OLG Düsseldorf ZIP 2018, 1976, 1979 m.w.N.; BT-Drs. 7/2172, S. 21; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 327; *Raiser*, FS Hopt (2010), Bd. 1, S. 1167, 1172.

nämlich häufig die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Bilanzrechts als Anhaltspunkt für eine gesellschafts-<sup>24</sup> oder insolvenzrechtliche<sup>25</sup> Einheitsbetrachtung des Konzerns herangezogen. Namentlich § 297 Abs. 3 Satz 1 HGB fingiert eine rechtliche Einheit der Konzernunternehmen. Hierbei gilt es jedoch zu vergegenwärtigen, dass das auf Information und Transparenz ausgerichtete Bilanzrecht in den maßgeblichen §§ 290 ff. HGB den Zweck verfolgt, das von Kontrolle geprägte Bündnis zwischen herrschender Kapitalgesellschaft und abhängigem Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Ausprägung zu erfassen.<sup>26</sup> Insoweit ähnelt dieser Blick auf das wirtschaftliche Ganze der directionsorientierten Betrachtungsweise nicht nur des Konzernarbeitsrechts, sondern – wie sogleich zu belegen ist – auch des Steuer- und Kartellrechts. Die haftungsrechtliche Selbständigkeit der Konzernglieder wird jedoch davon nicht betroffen.<sup>27</sup>

Selbiges gilt für das Steuerrecht, in dessen Rahmen bei der Besteuerung von Konzernen wie im Bilanzrecht auf die wirtschaftlichen Tatsachen abgestellt wird, indem bspw. in § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 UStG<sup>28</sup> eine gewerbliche Selbständigkeit einer juristischen Person verneint wird, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist (Organschaft).<sup>29</sup> Diese Ausnahme von der rechtsträgerbezogenen Besteuerung folgt dem Zweck einer Gleichstellung von Konzern und Einzelunternehmen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 UStG),<sup>30</sup> lässt die rechtliche Selbständigkeit von Organträger und Organgesellschaft jedoch unberührt.<sup>31</sup> Vielmehr sind steuerliche Organschaft und vermögensrechtliches Trennungs-

---

24 So *Lutter*, FS Stimpel (1985), S. 825, 828 f.

25 So u.a. *Verhoeven*, ZInsO 2012, 1757, 1761.

26 *Sester*, ZIP 2005, 2099, 2101; *Beck*, DSStR 2013, 2468, 2472; *Koppensteiner*, FS Hopt (2010), Bd. 1, S. 959, 961; *K. Schmidt*, FS Lutter (2000), S. 1167, 1178.

27 Vgl. bereits zum Konzernbilanzrecht des AktG 1965 BT-Drs. IV/171, S. 241.

28 Siehe auch §§ 14 ff. KStG; § 2 Abs. 2 Nr. 2 GewStG.

29 Vgl. *Sester*, ZIP 2005, 2099, 2101; instruktiv bereits *Hamburger*, GS Seckel (1927), S. 261, 298, 324 ff.; zu § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 UStG BFH NZI 2017, 360, 360 Rn. 13 ff.; BFH DSStR 2017, 198, 199 Rn. 18 ff.; *Schramm*, FS Görg (2010), S. 431 ff.; zum Ende der umsatzsteuerlichen Organschaft in der Insolvenz des Organträgers und/oder der Organgesellschaft BFH NZI 2017, 360, 360 ff. Rn. 13 ff.; zuvor offengelassen für die Eigenverwaltung BFH DSStR 2014, 793, 797 Rn. 40 ff.; a.A. *Möhlenkamp/Möhlenkamp*, DSStR 2014, 1357 ff., 1361 ff.

30 *Flöther/Kablert*, KIR, § 6 Rn. 5; *Schramm*, FS Görg (2010), S. 431, 435; BFH NZI 2017, 360, 361 Rn. 16 f.; allgemein *Mestmäcker*, Konzerngewalt (1958), S. 117 f., 230, 292 ff.; *Rebbinder*, Konzernaußenrecht (1969), S. 61 ff.

31 *Sester*, ZIP 2005, 2099, 2101; instruktiv bereits *Hamburger*, GS Seckel (1927), S. 261, 298, 324 ff.

prinzip wegen der unterschiedlichen Zwecke von Steuer- und Privatrecht<sup>32</sup> Institute unterschiedlicher Provenienz.

Ebenso zweckspezifisch sind die Normen des europäischen und deutschen Kartellrechts zu interpretieren.<sup>33</sup> Namentlich bei der Auslegung von Vorschriften, die wie Art. 101 AEUV oder die §§ 130 Abs. 1 OWiG; 81 Abs. 3a GWB auf „Unternehmen“ abstellen,<sup>34</sup> gilt es im Konzernzusammenhang zu beachten, dass im europäischen und im deutschen Kartellrecht zur Verfolgung des wettbewerbsschützenden Zwecks auf die mit einer Direktion einhergehende wirtschaftliche Einheit abgestellt wird, dabei aber das Rechtsträgerprinzip nicht außer Kraft gesetzt wird.<sup>35</sup> Beleg dieser Ausblendung der rechtlichen Vielheit zur Bewältigung konzerninterner Entscheidungsverlagerungen ist die Auslegung des europäischen Unternehmensbegriffs durch den EuGH, die auch für das weitgehend europarechtlich determinierte deutsche Kartellrecht fruchtbar zu machen ist. Ein Unternehmen i.S.d. Art. 101 AEUV und Art. 23 Abs. 2 lit. a VO (EG) 1/2003<sup>36</sup> sei „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform“, die auch aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehen könne.<sup>37</sup> Eine hierarchische Konzernierung lasse eine wirtschaftliche Einheit vermuten, wobei eine entsprechende Direktion im Falle einer (nahezu) hundertprozentigen

- 
- 32 Dazu *Rebbinder*, Konzernaußenrecht (1969), S. 61 f.; zur steuerrechtsspezifischen Auslegung von Tatbestandsmerkmalen, die anderen Rechtsgebieten entnommen sind BFH DStR 2016, 587, 595 Rn. 83, und BFH ZIP 2016, 1577, 1580 Rn. 62, jeweils in Anknüpfung an BVerfG DStR 2015, 997, 1000 Rn. 36, und BVerfG DStR 1992, 106, 107.
- 33 Zur kartellrechtsautonomen Auslegung *Koppensteiner*, FS Hopt (2010), Bd. 1, S. 959, 960, 975 f.; *Koch*, ZHR 171 (2007), 554, 563 f.
- 34 Zum europäischen Unternehmensbegriff grundlegend EuGH EuZW 2009, 816, 820 ff. Rn. 54 ff. (Akzo Nobel); dazu *Roth*, FS Schilken (2015), S. 427, 434 f.; *Kersting*, ZHR 182 (2018), 8, 9 f., 13 ff.; zum Unternehmensbegriff des § 130 Abs. 1 OWiG *Aberle/Holle*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 117, 119 ff. m.w.N.; *Koch*, ZHR 171 (2007), 554, 570 ff. m.w.N.; zum Unternehmensbegriff des § 81 Abs. 3a GWB *Thomas*, AG 2017, 637, 642 ff.
- 35 EuGH EuZW 2009, 816, 820 f. Rn. 54 f. (Akzo Nobel); zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei § 130 OWiG *Theile*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 73 ff.
- 36 Verordnung (EG) Nummer 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 Nr. L 1 S. 1.
- 37 EuGH EuZW 2009, 816, 820 f. Rn. 54 f. (Akzo Nobel); dazu *Roth*, FS Schilken (2015), S. 427, 434 f.; *Koch/Harnos*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 171, 173 f.

Kapitalbeteiligung ihrerseits zu vermuten sei.<sup>38</sup> Ebenso wurde bereits vor der 9. GWB-Novelle<sup>39</sup> im deutschen Kartellrecht vertreten, dass der Konzern Unternehmensqualität i.S.d. § 130 Abs. 1 OWiG besitze.<sup>40</sup>

Kerngedanke der Auslegung des europäischen und deutschen Unternehmensbegriffs ist die Fokussierung auf das weisungsgeprägte Innenverhältnis der wirtschaftlichen Gesamtunternehmung.<sup>41</sup> Auch im Kartellrecht wird darauf reagiert, dass innerhalb eines hierarchisch geführten Konzerns die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der abhängigen Unternehmensträger zugunsten einer Fremddirektion Einschränkungen unterworfen ist. Lediglich unter dieser Prämisse billigt es der EuGH, dass die Europäische Kommission ähnlich wie das Bundeskartellamt nicht nur kartellrechtswidriges Verhalten von Tochtergesellschaften mit Bußgeldern gegen das herrschende Unternehmen ahndet, sondern diese Bußgelder auch anhand des Konzernumsatzes bemisst.<sup>42</sup> Die mit der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Zurechnung kartellrechtswidrigen Verhaltens dient als rechtstechnisches Vehikel zur Ahndung der Muttergesellschaft, die als Initiatorin des Kartellverstoßes von diesem wirtschaftlich profitiert.<sup>43</sup> Auch hierdurch wird die rechtliche Selbständigkeit der Konzernglieder implizit bestätigt, zumal die Muttergesellschaft gerade als Rechtseinheit bebußt

---

38 EuGH EuZW 2009, 816, 821 Rn. 58, 60 (Akzo Nobel); *Fleischer*, ZGR 2017, 1, 12, sieht hierin eine „*probatio diabolica*“; ähnlich *Thomas*, AG 2017, 637, 640 f.

39 Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. 2017, Teil 1, Nr. 33, S. 1416 ff.; siehe zum Regierungsentwurf BT-Drs. 18/10207.

40 Siehe die Nachweise zum Bußgelderlass des Bundeskartellamts 2009 im Etex-Verfahren bei *Wiesenack/Klein*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 5, 7 f., 28 ff.; *Lutter*, FS Goette (2011), S. 289, 290 f.; ablehnend *Beck*, AG 2017, 726, 727; *Petermann*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 99, 105 m.w.N.; *Aberle/Holle*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 117, 119 ff. m.w.N.

41 Vgl. BT-Drs. 18/10207, S. 86, 89 f.; a.A. *Kersting*, ZHR 182 (2018), 8, 12 ff., der eine Hierarchie nicht für entscheidend hält.

42 EuGH EuZW 2009, 816, 820 ff. Rn. 54 ff. (Akzo Nobel); zur dogmatischen Kritik *Kersting*, ZHR 182 (2018), 8, 12 ff.; *Wiesenack/Klein*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 5, 30 ff.

43 Siehe zur Angleichung des deutschen Kartellrechts an die europäische Rechtslage (§ 81 Abs. 3a GWB) BT-Drs. 18/10207, S. 38, 40, 84 ff.

wird.<sup>44</sup> Selbiges ist für das deutsche Recht<sup>45</sup> und namentlich die Übernahme des EuGH-Haftungskonzepts im Zuge der 9. GWB-Novelle (§ 81 Abs. 3a GWB) anzunehmen.<sup>46</sup>

Bestätigt wird dieses rechtstechnische Verständnis des kartellrechtlichen Sanktionsdurchgriffs durch eine ähnliche Zurechnungsmethode im deutschen Wettbewerbsrecht. So könne nach § 8 Abs. 2 UWG das wettbewerbswidrige Verhalten einer Tochtergesellschaft als „Beauftragte“ zu einer wettbewerbsrechtlichen Haftung der Muttergesellschaft führen, sofern diese einen beherrschenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausübe, was wiederum insbesondere bei einer Mehrheitsbeteiligung anzunehmen sei.<sup>47</sup> Auch mittels dieser an den Integrationsgrad anknüpfenden Zurechnung soll die von dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Tochtergesellschaft profitierende Muttergesellschaft haftbar gemacht werden.<sup>48</sup> Letztlich entspricht diese Korrelation zwischen der Beteiligungshöhe und der Legitimierbarkeit einer Zurechnung der Erstreckung vertraglicher und gesetzlicher Wettbewerbsverbote der Gesellschaft auf ihre maßgeblichen Gesellschafter.<sup>49</sup>

Diese Beobachtungen verdeutlichen, dass das Phänomen Konzern stets einer zweckspezifischen Rechtsanwendung unterworfen wird. Die jeweiligen Argumentationsmuster dürfen folglich nicht undifferenziert intradisziplinär vermengt werden, was insbesondere gegen eine Übertragung der in manchen Rechtsgebieten anzutreffenden Konsolidierungsansätze auf Materien wie dem Gesellschafts- oder dem Insolvenzrecht spricht, denen eine Haftungssubjektivität des Konzerns fremd ist.<sup>50</sup> Gerade wegen der immensen Ausstrahlungswirkung einer normativen Konsolidierung auf die

---

44 EuGH EuZW 2009, 816, 821 f. Rn. 58 ff. (Akzo Nobel); *Roth*, FS Schilken (2015), S. 427, 434 f.

45 Vgl. bereits zu § 130 OWiG *Wiesenack/Klein*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 5, 31 f.; zur Gegenansicht siehe *Lutter*, FS Goette (2011), S. 289, 291 in Fn. 12.

46 BT-Drs. 18/10207, S. 2, 38 ff., 84 ff.; kritische Bewertung der Umsetzung bei *Thomas*, AG 2017, 637 ff.

47 LG Karlsruhe, Urt. vom 5. August 2011 – 14 O 427/10 KfH III Rn. 122–124 (juris); ähnlich bereits *Rebbinder*, Konzernaußenrecht (1969), S. 524 ff.

48 Vgl. LG Karlsruhe, Urt. vom 5. August 2011 – 14 O 427/10 KfH III Rn. 124, 128 (juris).

49 Zum vertraglichen Wettbewerbsverbot einer GmbH BGH NZG 2005, 274, 275 f.; zur KG und §§ 161 Abs. 2, 165, 112 HGB BGH NJW 1984, 1351, 1352 ff.

50 Vgl. für das Konzernbilanzrecht *K. Schmidt*, ZGR 2011, 108, 127 f., 130; *ders.*, KTS 2011, 161, 172; *Sester*, ZIP 2005, 2099, 2101 m.w.N.; zur Korrelation von Steuer- und Gesellschaftsrecht *Hamburger*, GS Seckel (1927), S. 261, 298, 324 ff.

Konzernrealstrukturen<sup>51</sup> droht durch eine konsolidierte Behandlung des Konzerns im Insolvenzverfahren nicht weniger als durch die kartellrechtliche Bebußungspraxis<sup>52</sup> das gerade auch dezentrale Gruppen erfassende Konzernmodell untergraben zu werden.<sup>53</sup>

Aufgrund der noch zu behandelnden Wechselwirkung von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht knüpft das Insolvenzrecht in den Grenzen des eigenen Zwecks an das gesellschaftsrechtliche Konzept an und versteht lediglich die Konzernunternehmen als insolvenzfähige Rechtsträger, vgl. § 11 Abs. 1, 2 Nr. 1 InsO.<sup>54</sup> Mit diesem Rechtsträgerprinzip hat auch das im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehende Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen<sup>55</sup> nicht gebrochen.<sup>56</sup> Dogmatischer Hintergrund dessen ist vor allem, dass das haftungsrechtliche Trennungsprinzip der §§ 1 Abs. 1 Satz 1 AktG; 13 Abs. 2 GmbHG gerade in der Insolvenz seine Wirkung entfaltet, wie es der BGH im Zusammenhang mit der Existenzvernichtungshaftung hervorgehoben hat.<sup>57</sup> Ziel des Insolvenzverfahrens ist die gemeinschaftliche Befriedigung der Insolvenzgläubiger aus dem schuldnerischen Vermögen. Angesichts der zahlreichen Interessen, die in einem Insolvenzverfahren zusammentreffen und häufig konfliktieren und den diversen, spätestens mit Verfahrenseröffnung eingebundenen Verfahrensorganen bedarf es zur Erreichung dieses Ziels in einem Verfahren unter Knappheitsbedingungen eines klar festgelegten Regelungsprogramms. Dieses entfaltet nicht nur bezüglich der Insolvenzmasse und der Rechtsmacht der Verfahrensorgane eine objektive respektive funktionelle Dimension, sondern erfordert auch eine klare Bestimmung der Verfahrensubjekte.<sup>58</sup> Insoweit präferiert das Insolvenzrecht anknüpfend an das

---

51 *Martens*, ZGR 1984, 417, 429 f. (Konzernarbeitsrecht); *Drexler*, ZHR 161 (1997), 491, 514 ff. (Wissenszurechnung im Konzern).

52 Dazu *Lutter*, FS Goette (2011), S. 289, 289 ff.; mit empirischen Belegen *Wiesenack/Klein*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 5, 35 ff.; siehe auch *Koch*, in: Eisele/Koch/Theile (Hrsg.), Sanktionsdurchgriff (2014), S. 1, 2; *ders.*, ZHR 171 (2007), 554, 576.

53 Allgemein zum Insolvenzrecht als Fluchtpunkt des Wirtschaftsrechts *Paulus*, ZIP 2000, 2189, 2189; *ders.*, FS Görg (2010), S. 361, 364 f.

54 BFH NZI 2017, 360, 361 Rn. 18 ff.

55 Dieses Gesetz vom 13. April 2017 ist am 21. April 2017 im BGBl. 2017, Teil I, Nr. 22, S. 866 ff., veröffentlicht worden und trat am 21. April 2018 in Kraft.

56 BT-Drs. 18/407, S. 17.

57 BGHZ 173, 246, 261 Rn. 36 (TRIHOTEL); ebenso bereits *Lutter*, ZfB 54 (1984), 781 ff.; *Mertens*, ZGR 1984, 542, 556.

58 *K. Schmidt*, Wege (1990), S. 222; *ders.*, KTS 2010, 1, 35; *Jaeger/Windel*, InsO, § 80 Rn. 6.

Gesellschaftsrecht eine rechtsträgerspezifische Perspektive, im Zuge derer nicht nur jedem rechtsfähigen Konzernglied eine Insolvenzfähigkeit zukommt, sondern auch die wirtschaftliche Autonomie des insolventen Konzernglieds (wieder) erstarkt. Mangels Rechtsfähigkeit des Konzerns oder Existenz eines Konzernsondervermögens i.S.d. § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO gibt es nicht die Insolvenz des Konzerns.

Der Gesetzgeber hielt im Rahmen der Insolvenzrechtsreform an dem bereits das Konkursrecht prägenden Grundsatz „ein Schuldner, ein Verfahren“<sup>59</sup> fest und entschied sich nicht nur gegen eine Konsolidierung oder Konzentration der konzernbezogenen Insolvenzverfahren,<sup>60</sup> sondern sah im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auch von der Etablierung von Verfahrensrechten der Muttergesellschaft im Verfahren der Tochtergesellschaft ab.<sup>61</sup> Demgemäß fanden sich im Normtext der InsO bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen am 21. April 2018 keine konzerninsolvenzspezifischen Regelungen. Die §§ 138 Abs. 2 Nr. 2; 162 Abs. 2 InsO erfassen zwar konzernförmige Unternehmensverbindungen, setzen indes die Insolvenz mehrerer konzernangehöriger Schuldner nicht voraus. Obgleich es zahlreiche bis heute beachtliche dogmatische Gründe für diese legislative Enthaltensamkeit gab, auf die im jeweiligen Zusammenhang näher eingegangen wird, gilt es den rechtstatsächlichen Umstand zu beachten, dass zur Zeit der – nahezu das gesamte Konkurs- und Vergleichsrecht betreffenden – Insolvenzrechtsreform<sup>62</sup> das Phänomen der Konzerninsolvenz wegen der geringen Zahl an Präzedenzfällen noch nicht in gleichem Maße regulierungsbedürftig war wie heute.<sup>63</sup> Freilich führten die wenigen, aber spektakulären Parallelinsol-

---

59 Zum Konkursrecht Jaeger/*F. Weber*, KO, §§ 207, 208 Anm. 10; zum Vergleichsrecht Bley/*Mohrbutter*, VglO, § 108 Anm. 8; instruktiv zu diesem Grundsatz *J. Schmidt*, KTS 2015, 19 ff.

60 Erster Bericht (1985), Ls. 2.4.9.13 (1) mit Begr. S. 290 ff.

61 Zum einen war ein Planberatungsrecht der Muttergesellschaft im Reorganisationsplanverfahren über die Tochtergesellschaft vorgesehen, dazu Erster Bericht (1985), Ls. 2.2.3 (3) mit Begr. S. 166 f. Zum anderen sah § 325 InsO-RegE vor, dass die Muttergesellschaft im Verfahren über ihre Tochtergesellschaft einen Antrag auf Einstellung des Verfahrens stellen kann, dazu BT-Drs. 12/2443, S. 60, 221.

62 Siehe dazu *Stürner*, ZIP 1982, 761 ff.; *K. Schmidt*, KTS 1986, 178 ff.; *F. Weber*, FS 100 Jahre KO (1977), S. 321 ff.

63 *K. Schmidt*, KTS 2010, 1, 7 ff., 34 f.; aus damaliger Sicht *Timm*, ZIP 1983, 225, 236.

venzen in den frühen 1980er Jahren bereits zu Vorschlägen für eine insolvenzrechtliche Harmonisierung der Verfahren.<sup>64</sup>

Während diese Konkursfälle den damaligen Gesetzgeber noch nicht zu einem konzernspezifischen *Update* des Insolvenzrechts bewegen konnten, hat sich die Konzerninsolvenz wegen ihrer zunehmenden rechtstatsächlichen Bedeutung auf nationaler und internationaler Ebene zu einer verfahrensrechtlichen Koordinationsaufgabe entwickelt.<sup>65</sup> Trotz des auch im Konzernzusammenhang geltenden haftungsrechtlichen Trennungsprinzips infizierten Unternehmenskrisen den Unternehmensverbund und führten zur Insolvenz sämtlicher oder mehrerer Gesellschaften eines Konzerns.<sup>66</sup> Die mit dem Rechtsträgerprinzip einhergehende Verfahrenspluralität erschwerte häufig eine Synchronisation der Verfahren zum Zwecke einer konzernweiten Sanierung oder Liquidation, weil die den werbenden Konzernverbund so prägende Interaktion der Vermögensträger nicht mehr gewährleistet werden konnte. Die in der wirtschaftlichen Einheit liegenden Verbundwerte drohen durch eine getrennte Verwaltung verloren zu gehen.<sup>67</sup> Gleichwohl wird sich zeigen, dass die allgemeinen Institute und Wertungen des bisherigen Insolvenzrechts durchaus bereits zur Bewältigung dieser Herausforderung fruchtbar gemacht werden konnten und können. Umso mehr ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber mittels des Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen die InsO um konzernbezogene Sonderregelungen ergänzt hat, die diese generellen Möglichkeiten konzernbezogen fixiert und zusätzliche Gestaltungsmittel etabliert haben. Angesichts dieser Entwicklung sollen in dieser Untersuchung zunächst die Grundlagen der insolvenzrechtlichen Behandlung der Konzerninsolvenz unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtslage freigelegt werden (Teil 1), um anhand der dabei gewonnenen Erkenntnisse das legislative Tätigwerden auf Nutzen und Notwendigkeit abzuklopfen (Teil 2). Eine abschließende Bewertung soll das Ergebnis dieses Abgleichs fixieren (Teil 3).

---

64 Vgl. *Kübler*, ZGR 1984, 560 ff., 570 ff., 587; *Mertens*, ZGR 1984, 542 ff.; *Lutter*, ZfB 54 (1984), 781 ff.; *K. Schmidt*, ZGR 1983, 513 ff.; *ders.*, FS Werner (1984), S. 777 ff.; aus ökonomischer Sicht *Albach*, ZfB 54 (1984), 773 ff.

65 Vgl. *K. Schmidt*, KTS 2010, 1, 8 f.

66 Zum sog. Domino-Effekt siehe *Flöther/Specovius*, KIR, § 3 Rn. 124 ff.

67 Zur Auswirkung der Insolvenz auf Verbundeffekte *Wilhelm/Dellit/Bräuer*, KIR, Teil 1, C. Rn. 44 ff.; zu Hürden einer Verwalterkooperation *Becker*, Kooperation (2012), S. 149 ff. Rn. 286 ff.; ferner *Piepenburg*, NZI 2004, 231, 234.

## Teil 1 Grundlagen

Im ersten Teil der Untersuchung werden die Herausforderungen einer Konzerninsolvenz und mögliche Wege zu ihrer Bewältigung erörtert (§ 1). Zudem wird im bisherigen Recht nach entsprechenden Umsetzungsmöglichkeiten gesucht (§ 2).

## § 1 Herausforderung und Bewältigung

Zunächst ist die Ursache des Koordinationsbedarfs in der Konzerninsolvenz freizulegen (A.), um sodann mögliche Modelle eines Konzerninsolvenzrechts zu analysieren (B.).

### A. Die Konzerninsolvenz als Koordinationsherausforderung

Eine Skizzierung der wirtschaftlichen Funktion wie rechtlichen Erfassung des Konzerns (I.) verdeutlicht, warum die Verbindung rechtlich selbständiger Unternehmensträger in der gemeinsamen Insolvenz zu einer Koordinationsaufgabe führt (II.), welche nicht nur den deutschen Gesetzgeber auf den Plan gerufen hat (III.).

#### I. Der Konzern zwischen Wirtschaft und Recht

Während sich die Ambivalenz des Konzernphänomens in der Kluft zwischen wirtschaftswissenschaftlicher und rechtswissenschaftlicher Betrachtung des Konzerns widerspiegelt (1.), unterstreicht die praktische Relevanz des Konzernkonzepts (2.) nicht nur diese Methodendivergenz, sondern zwingt auch zu einer Behandlung des Konzernrechts als normativem Rahmen dieser empirisch so bedeutenden Organisationsform (3.–6.).

##### 1. Wirtschaftliche Einheit und rechtliche Vielheit

Die zweckspezifische Behandlung des Konzernphänomens ist nicht nur den rechtswissenschaftlichen Disziplinen gemein, sondern sie liegt auch dem wirtschaftswissenschaftlichen Konzernverständnis zugrunde. Aus der Warte der Wirtschaft ist der Konzern ein Kind ökonomischer Zweckmäßigkeit, um durch die Verbindung von Vermögensträgern eine wirtschaftliche Funktionseinheit zu formen, die Verbundwerte hervorbringt, die einem Einheitsunternehmen kaum zugänglich sind.<sup>68</sup> Für die organisationsorientierte Wirtschaftswissenschaft steht dabei die konzerntypische

---

<sup>68</sup> Wilhelm/Dellit/Bräuer, KIR, Teil 1, C. Rn. 4; zu den diversen Verbundvorteilen Flöther/Balthasar, KIR, § 3 Rn. 27 ff.

Bündelung der Entscheidungsstränge in einer Konzerngesellschaft – regelmäßig der Muttergesellschaft – im Vordergrund.<sup>69</sup> Ähnlich wie das Arbeits-, Bilanz-, Steuer- oder Kartellrecht wegen der gesellschaftsrechtlichen Entscheidungsverlagerung innerhalb eines Unternehmensverbunds zuweilen auf das hierarchische Ganze abstellen, schließt die Wirtschaftswissenschaft aus dieser Kompetenzfokussierung auf eine einheitliche Unternehmung.<sup>70</sup> Dagegen liegt der Ausgangspunkt der rechtlichen Interpretation des Konzernsachverhalts in der juristischen Selbständigkeit der Konzernglieder, wobei die Teilrechtsgebiete zweckspezifisch auf den typischerweise mit der Integration dieser Rechtseinheiten in einen Unternehmensverbund einhergehenden Verlust an wirtschaftlicher Autonomie reagieren.<sup>71</sup> Infolge dieser *path dependency* sind die Verständnisse der Wirtschafts- und Rechtswissenschaft zwar verschieden, sie korrelieren jedoch insoweit, als dass das Recht nicht zu stark von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise überformt werden darf.

## 2. Der Konzern als dominierende Organisationsform

Das flexible Wesen des Konzernphänomens führt nicht nur zu einer Divergenz in der wissenschaftlichen Betrachtungsweise, sondern ist auch die Triebfeder dieser Organisationsform.<sup>72</sup> Das offene Konzept des Konzernrechts enthält für die Rechtsanwender keine einheitlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Unternehmensverbunds, weswegen die Unternehmensgruppen lose wie engmaschige Realstrukturen aufweisen.<sup>73</sup> Selbst über die idealtypische Vorstellung des Gesetzgebers, dass die umfassende

---

69 *Theisen*, Konzern (2000), S. 15 ff., 22 ff., 127 ff.; *Kirchner*, ZGR 1985, 214 ff.; *Albach*, ZfB 54 (1984), 773, 773.

70 *Theisen*, Konzern (2000), S. 15 ff., 22 ff., 127 ff.; *Kronstein*, Die abhängige juristische Person (1931), S. 4 f.; *Kirchner*, ZGR 1985, 214 ff.; *Albach*, ZfB 54 (1984), 773, 773; *Verhoeven*, Konzerninsolvenz (2011), S. 44 f.

71 *Kirchner*, ZGR 1985, 214, 216; *Rebbinder*, Konzernaußenrecht (1969), S. 33; zum Verlust wirtschaftlicher Selbständigkeit *Mestmäcker*, Konzerngewalt (1958), S. 302 ff.; *Kronstein*, Die abhängige juristische Person (1931), S. 6 f.

72 *Lutter*, FS Stimpel (1985), S. 825, 826.

73 Vgl. zur mannigfaltigen Konzernpraxis *Theisen*, Konzern (2000), S. 153 ff.; *Martens*, ZGR 1984, 417, 423 f.; *Kirchner*, ZGR 1985, 214, 225 f.

und dauernde Unternehmensintegration lediglich mittels Beherrschungsvertrags möglich sei,<sup>74</sup> hat sich die Praxis bereits hinweggesetzt.<sup>75</sup>

Der Aufstieg des Konzerns zur führenden Unternehmensorganisationsform beruht auf der konsequenten Fortführung des Einsatzes der juristischen Person zur Kapitalisierung und Durchführung ambitionierter Unternehmungen.<sup>76</sup> Die Etablierung der Kapitalgesellschaftsformen AG und GmbH ermöglichte unternehmerisch tätigen Personen(mehrheiten) das Risiko eines wirtschaftlichen Fehlschlags per Kapitalaufbringung auf rechtlich eigenständige Haftungssubjekte zu übertragen.<sup>77</sup> Vor diesem Hintergrund ging mit der gesamtwirtschaftlichen Expansion bedeutender Wirtschaftsbereiche wie der Eisen- oder Großindustrie zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine erhebliche Verbreitung der Kapitalgesellschaften einher.<sup>78</sup> Nachdem diese aufgrund des Zusammenspiels von interner Kapitalbindung und externer Haftungsprivilegierung den persönlich haftenden Einzelkaufmann weitgehend als vorherrschende Unternehmensrechtsform abgelöst hatten, verzahnte die Praxis die Kapitalgesellschaften zum Zwecke einer wirtschaftlichen Funktionseinheit miteinander.<sup>79</sup> Dies galt namentlich für die genannten Wirtschaftszweige der Eisen- und Großindustrie, die eine Kapitalaufbringung erheblichen Ausmaßes erforderten und gegen ebenso beträchtliche Haftungsrisiken abgesichert werden mussten.<sup>80</sup> Schließlich gewährleistet das Trennungsprinzip, dass sich die zusammenarbeitenden Gesellschaften haftungsrechtlich voneinander abschirmen können.<sup>81</sup>

---

74 Siehe dazu BT-Drs. IV/171, S. 214.

75 Vgl. *Fleischer*, ZGR 2017, 1, 4; dies belegt bereits die umfangreiche Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern, vgl. BGHZ 95, 330, 341, 344 (Autokran); BGHZ 107, 7, 17 (Tiefbau); BGHZ 115, 187, 193 (Video).

76 Instrukтив *Bälz*, FS L. Raiser (1974), S. 287 ff.; *Hamburger*, GS Seckel (1927), S. 261, 287 f.; *Kronstein*, Die abhängige juristische Person (1931), S. 1 f.; auch zu den historischen Wurzeln der Konzernbildung *Druey*, FS Hommelhoff (2012), S. 135, 137 f.; global *UNCITRAL*, Part three (2012), S. 5 f.

77 *Paulus*, ZIP 2000, 2189, 2189; *ders.*, FS Görg (2010), S. 361, 364 ff.; *Sester*, ZIP 2005, 2099, 2100; *Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 261 f.; *J. Schmidt*, KTS 2015, 19, 20 f.

78 Siehe dazu *Isay*, Das Recht am Unternehmen (1910), S. 49 ff., 97 ff.

79 Vgl. *Kronstein*, Die abhängige juristische Person (1931), S. 1; *Fleischer*, RabelsZ 82 (2018), 239, 258; zum Ursprung des Konzernrechts in der Kautelarjurisprudenz *ders.*, RabelsZ 82 (2018), 239, 258 f.; *ders.*, ZGR 2017, 1, 16.

80 Vgl. *Isay*, Das Recht am Unternehmen (1910), S. 97 ff.; jüngst *Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 262 f.

81 *Lutter*, ZGR 1982, 244, 246 f.; *ders.*, ZGR 1987, 324, 355.