

Unitas Multiplex*

– Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen –

von

Professor DR. GUNTHER TEUBNER, Bremen/Florenz

Inhaltsübersicht

ZGR 1991, 189–217

I. Dezentralisierung der Konzerne als Rechtsproblem	189
II. Rechtsbilder des Konzerns	194
1. Die abhängige Gesellschaft	195
2. Konzern als selbstreproduktives System	196
3. Einheitstheorie des Konzerns	200
4. Konzern als „polykorporatives Netzwerk“	203
III. Konzernhaftungsrechtliche Konsequenzen	204
1. Simultane Vielfachzurechnung	204
2. Sektoraler Konzerndurchgriff	207
IV. Konzernverfassungsrechtliche Konsequenzen	211
1. Asymmetrien der Konzernverfassung	211
2. Gegenmacht-Netzwerke im Konzern	214

I. Dezentralisierung der Konzerne als Rechtsproblem

„Multum non multum.“ – Mit dieser antizipierten Kritik an sich selbst endet eine anspruchsvolle neuere Monographie, die sich die Entwicklung eines „Allgemeinen Teils“ des Konzernrechts zum Ziel gesetzt hatte. Doch schon im gleichen Satz gibt sie die Kritik an den Gegenstand weiter¹. Die heutige Konzernrealität sei derart vielgestaltig, daß sie sich gegenüber allen Versuchen sperre, eine Einheitstheorie des Konzerns zu entwerfen oder gar einen Allgemeinen Teil der Rechtssätze über die Unternehmensgruppe zu verfassen. Gerade die neuesten Dezentralisierungstendenzen in der Konzernpraxis ließen Einheitstheorien älterer oder neuerer Spielart als verfehlt erscheinen und gäben eben doch der Schuljurisprudenz recht, die schon immer an den Einheitstheorien des Konzerns die Gefährdung der Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaft kritisiert habe². Die Entwicklung allgemeiner Regeln der Zurechnung zum Konzernver-

* Der vorliegende Beitrag enthält die gekürzte Fassung eines Kapitels aus dem Buch „Recht als autopoietisches System“, S. 149 ff, das der Verfasser 1989 im Suhrkamp Verlag veröffentlicht hat.

1 WIEDEMANN, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, S. 129.

2 WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 15.

bund wiederum scheiterte an der Heterogenität gesetzgeberischer und richterlicher Interventionen³. Was bleibt, sind zwei Dinge. Zum einen die im Begriff der „Unternehmensgruppe“ symbolisierte Wende zur bewährten Schuljurisprudenz, die sich nicht so sehr um die Einheit des „Konzernunternehmens“ als um die Autonomie der abhängigen Gesellschaft und den Schutz der außenstehenden Gesellschafter sorgt, und zum anderen die Orientierung der Zurechnungsprobleme an einem leicht resignativen Normzweckpositivismus.

Bei aller Sympathie für solche Selbstbescheidung sollte man doch die Frage stellen, ob sich die dogmatische Durchdringung des Konzernrechts damit begründen kann. Zwar ist es richtig: Alle Zeichen deuten daraufhin, daß sich gegenwärtig dezentrale Verflechtungsformen, „differentiated networks“, „multidivisional forms“, „autonomous profit centers“ gegenüber streng hierarchischen Konzernunternehmen durchsetzen⁴. Ob dies aus Effizienzgründen geschieht, oder ob inzwischen auch die Töchter der Konzerne von der Emanzipationsbewegung ergriffen werden, sei hier dahingestellt. Aber dem Konzernrecht, das sich gerade in jüngster Zeit auf die Einheit des Konzernunternehmens einzulassen begonnen hat⁵,

3 WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 23 ff, 91 ff.

4 Die klassische wirtschaftshistorische Studie stammt von CHANDLER, *Strategy and Structure*, 1966, insbesondere S. 382 ff; DERS., *The Visible Hand*, 1977. Die bedeutendste theoretische Untersuchung dezentraler Konzernorganisation im Sinne der Transaktionskostenökonomie ist WILLIAMSON, *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes*, *Journal of Economic Literature* 19 (1981), S. 1537–1568, 1550, 1555 ff; DERS., *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985. Vgl. auch JACQUEMIN, *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, 1985. Zu Netzwerk-Tendenzen in multinationalen Unternehmen BARTLETT, in: M. E. Porter, *Competition in Global Industries*, 1986; KOGUT, *International Sequential Advantage and Network Flexibility*, Working Paper, Stockholm School of Economics RP 87/10, 1987, besonders S. 23 ff. Als empirische Studien vgl. HEDLUND, in: Otterbeck, *The Management of Headquarters/Subsidiary Relationships in Multinational Corporations*, 1981; VAN DEN BULCKE, in: J. Vandamme, *Employee Consultation and Information in Multinational Corporations*, 1986, S. 219; GATIGNON & ANDERSON, *The Multinational Corporation's Degree of Control Over Foreign Subsidiaries: An Empirical Test of a Transaction Cost Explanation*, *Journal of Law, Economics and Organization* 4 (1988), 305–336, 312 ff. Betriebswirtschaftliche Analysen der Dezentralität bei SCHEFFLER, DB 1985, 2005 ff; DERS., FS Goerdeler, 1987, S. 469 ff.

5 In USA besonders dezidiert: BLUMBERG, *The Law of Corporate Groups – Volume I: Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations*, 1983; DERS., *Volume II: Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, Including the Law of Corporate Guaranties*, 1985; DERS., *Substantive Law*, 1987; in der Bundesrepublik die Lutter-Schule LUTTER, *Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluß fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen*, 1974; DERS., FS Stimpel, 1985, S. 825–854; DERS., ZGR 1987, 324; TIMM, *Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze*, 1980; U. H. SCHNEIDER, BB 1981, 249–259; HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht*, 1982; auf anderen Prämissen aufbauend BÄLZ, FS Raiser, 1974, S. 287–338; DERS., *Groups of Companies – the German Approach: ‚Unternehmen‘ versus ‚Konzern‘*, EUI-Working Paper Firenze 85/185.

stellt sich die Frage, wie es dogmatisch und rechtspolitisch auf die neue Flexibilität der corporate groups reagieren soll. Sollte die neue Unternehmenspraxis eben doch die bewährten Grundanliegen des deutschen Konzernrechts bestätigen, die Autonomie der abhängigen Gesellschaft im Interesse ihrer außenstehenden Gesellschafter und ihrer Gläubiger rechtlich zu schützen? Oder bahnt sich in der neuen dezentralen Konzernpraxis eine qualitativ neue Entwicklung an, auf die das Konzernrecht mit neuen Begriffen und neuen Wertungen reagieren müßte?

Nimmt man die sachverständigen Zeugen aus Wirtschaftsgeschichte und Transaktionskostenökonomie, so würden sich die anerkannten Größen ihres Fachs, *Alfred Chandler* und *Oliver Williamson*, ohne Zögern für die zweite Alternative entscheiden⁶. Im institutionellen Wettbewerb der Konzernierungsformen, der die Unternehmensgeschichte durchzieht, haben sich – gegen die Konkurrenz von lose geführten Unternehmensgruppen einerseits, von hierarchisch geführten Einheitskonzernen andererseits – dezentrale multidivisionale Konzerne als eine qualitativ neue Form industrieller Organisation durchgesetzt, die gegenüber den beiden anderen Formen andersartige wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Probleme aufwerfen. Und die neue Disziplin der Unternehmensgeschichte hat aus dem reichen historischen Material der internationalen Konzernentwicklung eine Typenabfolge herausdestilliert, die den Befund bestätigt: „Der ‚patrimoniales‘ Konzern als dominierende Unternehmensform wird zunächst vom ‚Finanzkonzern‘ abgelöst, dann vom ‚industriellen‘ Konzern, später vom ‚managerialen‘ Konzern und schließlich vom ‚Netzwerk-Konzern‘.“⁷ Netzwerk-Konzerne sind dadurch ausgezeichnet, daß sie nicht wie traditionelle Konzernorganisationen einen kompromißhaften Ausgleich zwischen „Einheit und Vielheit im Konzern“ anstreben, sondern *gleichzeitig* dezentrale Autonomie und hohe Systemintegration zu steigern suchen.⁸

Wie das Gesellschaftsrecht methodisch aus solchen wirtschaftshistorischen Analysen dogmatische Konsequenzen ziehen kann, lehrt ein rechtsvergleichender Blick über die Grenzen. Wenn man das ausländische Unternehmensrecht, besonders das der Vereinigten Staaten, in dieser Hinsicht nicht nur wie die herkömmliche Rechtsvergleichung materiellrechtlich betrachtet, sondern zugleich auf seine Methoden befragt, dann stößt man auf einen Argumentationsstil, den auch die deutsche Konzernrechtsdogmatik in verstärktem Maße nutzen

6 CHANDLER, aaO (Fn. 4); WILLIAMSON, aaO (Fn. 4).

7 So die Zusammenfassung wirtschaftshistorischer Befunde bei SAPELLI, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 193 ff, 195; weiterführend DIUGUARDI, *L'impresa nell'era del computer*, 1986, besonders S. 71 ff.

8 HEDLUND, *The Hypermodern MNC – A Heterarchy*, *Human Resource Management* 25 (1986), 9–35; LORENZONI, *Le Organizzazioni a Rete: Tre Forme di Base*, 1989, S. 16; JARRILLO, *On Strategic Networks*, *Strategic Management Review* 9 (1988).

sollte.⁹ Dieser Stil konfrontiert nicht einfach das alte Konzernrecht mit der neuen Realstruktur, sondern zieht systematisch besonders ökonomische Theorien der Unternehmung, aber auch politikwissenschaftliche und soziologische Analysen heran, um „Rechtsmodelle“ zu entwickeln, die Rechtswirklichkeit und Rechtsnormen überhaupt erst vermitteln können¹⁰.

Diese Methode soll auch im folgenden benutzt werden, um der Frage nachzugehen, wie die neue Dezentralität der Konzernorganisation rechtspolitisch und rechtsdogmatisch bewältigt werden kann. Freilich verstellt man sich eine solche Sicht, wenn man sie als Suche nach einer „mystische(n) Unternehmens- oder Wirtschaftseinheit“ ironisiert.¹¹ Im Vordergrund einer solchen Methode steht die juristische Konstruktion der Konzernwirklichkeit – die Diskussion konkurrierender „Rechtsbilder“ des Konzerns – aus deren Änderung sich immer zugleich auch neue konkrete Regelungsvorschläge ergeben. Eine neue Wirklichkeitssicht des Konzerns, seiner Entwicklungstrends, seiner inneren Probleme mit Hilfe einer anderen als der alltagsweltlichen oder der nur fachjuristischen Begrifflichkeit herzustellen, dies bezeichnet Chancen und Grenzen von Theorie im Konzernrecht. Und wenn die Rechtspraxis dies Angebot annimmt, besteht die Möglichkeit, daß sie sich mit Hilfe der neuen Wirklichkeitssicht etwas anderes und vielleicht Besseres einfallen läßt.

Demnach besteht die gemeinsame Chance von Dogmatik und Theorie des Konzernrechts darin, eine Wirklichkeitskonstruktion derjenigen Evolutionsprozesse zu wählen, die dem Recht die Stabilisierung effizienter Formen industriell-

9 Erste Ansätze in der deutschen Konzernrechtsdiskussion bei KIRCHNER, Ansätze zu einer ökonomischen Analyse des Konzernrechts, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 3, 1984, S. 222–251; DERS., ZGR 1985, 214–234.

10 Programmatisch ACKERMAN, Reconstructing American Law, 1984, S. 46 ff; für das Gesellschaftsrecht in ökonomischer Perspektive vgl. nur POSNER, The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, University of Chicago Law Review 43 (1976), 499–526; EASTERBROOK & FISCHEL, Limited Liability and the Corporation, The University of Chicago Law Review 52 (1985), 89–116; GILSON & KRAAKMAN, The Mechanisms of Market Efficiency, Vanderbilt Law Review 70 (1984), 549. In breiterer sozialwissenschaftlicher und politischer Sicht etwa STONE, Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior, 1975, besonders S. 74 ff; CLARK, The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treatises, Harvard Law Review 94 (1981), 561; WERNER, Corporation Law in Search of its Future, Columbia Law Review 81 (1981), 1611–1666; COLEMAN, in: G. Teubner & K. Hopt, Corporate Governance and Directors' Liability, 1984, S. 69 ff; BUXBAUM, Corporate Legitimacy, Economic Theory, and Legal Doctrine, Ohio State Law Journal 45 (1984), 515–543; DERS., in: T. C. Daintith & G. Teubner, Contract and Organisation, 1986, S. 274; DERS., in: G. Teubner, Juridification of Social Spheres, 1987, S. 241–272; BUXBAUM & HOPT, Legal Harmonization and the Business Enterprise, 1988, besonders S. 7 ff, 15 ff, 274 ff; DAN-COHEN, Rights, Persons, and Organizations, 1986, S. 26 ff, 163 ff; STOKES, in: W. Twining, Legal Theory and Common Law, S. 155–183.

11 WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 5.

ler Organisation ermöglicht und zugleich realistische Einwirkungsmöglichkeiten auf den Evolutionsprozeß eröffnet. Daß dies in der Tat eine Wahl von Entwicklungsmodellen ist, zeigt ein Blick auf konkurrierende Theorien. Die Vielfalt der Angebote, die Wirklichkeit der Unternehmung zu konstruieren, ist mehr als verwirrend.¹² Zum Problemkreis Unternehmensverfassung des Konzerns bietet die Theorie autopoietischer Systeme, auf der die nachfolgenden Überlegungen aufbauen werden, eine gänzlich andere Wirklichkeitskonstruktion der Organisationsentwicklung an als es ökonomische "theories of the firm" oder politische Theorien des "private government" tun. Während ökonomische Theorien die Unternehmung in ein Vertragsbündel zwischen Ressourcenträgern auflösen und die Beteiligung an der "corporate governance" von transaktionskostentheoretischen Überlegungen abhängig machen¹³, sehen politische Theorien Phänomene der Macht in wirtschaftlichen Aktionszentren und stellen die Legitimationsfrage.¹⁴ Demgegenüber identifiziert die Theorie der Autopoiesie Probleme der Konzernverfassung im Schnittpunkt zweier evolutionärer Prozesse: der Involution des Neo-Korporatismus als einer Schwerpunktverlagerung von makro-korporatistischen zu mikro-korporatistischen Arrangements einerseits¹⁵ und der

12 Diese Theorien hier im einzelnen vorzuführen und zu diskutieren, würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen. Zur Entlastung des Texts sei verwiesen auf TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 149 ff.

13 Etwa JENSEN & MECKLING, *Theory of the Firm*, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 306; FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, *Journal of Political Economy* 88 (1980); FAMA & JENSEN, *Agency Problems and Residual Claims*, *Journal of Law and Economics* 88 (1983), 288; GROSSMAN & HART, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, *Journal of Political Economy* 94 (1986), 691; ALCHIAN & WOODWARD, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 143 (1987), 110–136. Der zur Zeit anspruchsvollste Entwurf dürfte von *Oliver Williamson* stammen, WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*, 1975; DERS., aaO (Fn. 4), 1981; DERS., aaO (Fn. 4), 1985; DERS., *The Contractual Logic of Internal Organization*, EUJ-Conference Paper Firenze 1987.

14 Etwa SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, 1969; DAHL, in: R. Nader & M. Green, *Corporate Power in America*, 1973; OTT, *Recht und Realität der Unternehmenskorporation*, 1977; HADDEN, *The Control of Corporate Groups*, 1983; DERS., *Inside Corporate Groups*, *International Journal of the Sociology of Law* 12 (1984), 271–276; STEINMANN, in: K. Hopt & G. Teubner, *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, 1985, S. 401; BERCUSSON, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 267 ff.

15 Auch hier müssen Literaturhinweise Argumente ersetzen: Zur korporatistischen Deutung der Unternehmensverfassung vgl. PANITCH, in: P. Schmitter & G. Lehbruch, *Trends Toward Corporatist Intermediation*, 1979, S. 119, 123; ERD, *Die Modernisierung des Arbeitsrechts im korporatistischen Verbund. Probleme des Klassenkampfes* 12 (1982), S. 149; DITTRICH, *Mitbestimmung – Eine korporatistische Strategie?*, 1985; TEUBNER, in: T. Daintith & G. Teubner, *Contract and Organisation*, 1986, S. 261 ff.; DERS., *Unternehmenskorporatismus*, *KritV* 2 (1987), S. 61–85; SCIARRA, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 413 ff.

Konzernentwicklung als einer Herausbildung hybrider Formen industrieller Organisation andererseits, deren wesentliches Kennzeichen die strategisch planbare Vermischung von Markt- und Organisationsstrukturen ist.

Die These der hier¹⁶ zur Diskussion gestellten Überlegungen heißt: Wenn Konzernrecht heute im Schnittpunkt der Dezentralisierung des Korporatismus einerseits und der Zentralisierung industrieller Organisation andererseits steht, dann muß die Unternehmensverfassung solcher mikro-korporatistischen Arrangements dem hybriden Charakter des Konzerns als eines „organisierten Markts“ Rechnung tragen. Dann hilft es nicht viel weiter, sich im Begriff der „Unternehmensgruppe“ auf die bewährte Schuljurisprudenz zurückzubedenken, die die Vielheit der „abhängigen Unternehmungen“ in ihren Beziehungen zur herrschenden Gesellschaft immer schon betont hat. Dann wird man aber auch über die „Einheitstheorien“ des Konzerns hinausdenken müssen. Man wird jenseits der Konzernspitze, die die hierarchische Einheit in der Konzernobergesellschaft symbolisiert, auf die paradoxe *unitas multiplex* des „polykorporativen Netzwerkes“ stoßen, auf die Realwidersprüche eines flexiblen Netzwerkes semi-autonomer Aktionszentren, das extreme Differenzierung mit extremer Integration gleichzeitig zu verbinden sucht.

Die rechtsdogmatische Frage lautet dann¹⁷: Sind Zurechnungstechniken verfügbar, mit denen das Konzernhaftungsrecht auf den flexiblen Netzwerkcharakter der dezentral organisierten Unternehmensgruppen wirkungsvoll reagieren kann, ohne ihn zugleich zu paralysieren? Die rechtspolitische Frage lautet dann¹⁸: Wie sind die Grundsätze der Rechtsverfassung einer Produzentenkoalition umzudenken im Netzwerk der *unitas multiplex*?

II. Rechtsbilder des Konzerns

Welches von verschiedenen „Rechtsbildern“ des Konzerns, also von rechtlichen Wirklichkeitskonstruktionen, die diversen Rechtsregelungen zugrundeliegen, welches Rechtsbild erscheint in einer systemtheoretischen Rekonstruktion als angemessen? Und weiter: Was folgt aus dieser Rekonstruktion für die Regelungsprobleme des Konzerns, insbesondere für Haftungsfragen und für Aufgaben einer künftigen Konzernverfassung?

Hierzu heißt die These, daß die bisherige juristische Auseinandersetzung von einer falschen Frontstellung geprägt ist: zwischen dem Rechtsbild der „abhängigen Gesellschaft“ einerseits und dem der „hierarchischen Einheit des Konzerns“

16 Siehe unter II.

17 Siehe unter III.

18 Siehe unter IV.

andererseits. Andersartige haftungsrechtliche und unternehmensverfassungsrechtliche Richtungsangaben lassen sich machen, wenn man konsequent ein drittes Rechtsbild wählt: das Bild eines „polykorporativen Netzwerks“.

1. Die abhängige Gesellschaft

„Die abhängige juristische Person“ – Der Titel des berühmten Werks von *Kronstein*¹⁹ vermittelt anschaulich ein Rechtsbild des Konzerns, das maßgeblich Problemsicht und Regelungsmechanismus des entstehenden Konzernrechts beeinflußt hat. Ausgangspunkt ist die mit der historischen Freigabe der Juristischen Person und der Verfassung der Aktiengesellschaft als typischen Großunternehmens erreichte evolutionäre Lage: das gegenüber seinen Umwelten, auch gegenüber den Aktionären autonome Unternehmen. Dem widerspricht diametral die neue Entwicklungstendenz der Konzernierung, da sie die Autonomie der Juristischen Person zu einer Scheinautonomie degradiert, die Verbandssouveränität von den Unternehmensorganen auf Dritte verlagert und die interne Machtbalance der aktienrechtlichen Unternehmensverfassung zerstört.²⁰

Im Rechtsbild der „abhängigen Gesellschaft“ wird Problemsicht und Lösungsansatz des Konzernrechts aus einem Vergleich gewonnen: dem Vergleich zwischen der Rechtsverfassung eines autonomen Unternehmens und der faktischen Lage eines durch Konzernierung abhängig gewordenen Unternehmens. Wenn dieser Vergleich ergibt, daß durch den Autonomieverlust des Tochterunternehmens Benachteiligungen auftreten, dann muß das Recht dafür sorgen, daß entweder der Ausgangszustand wiederhergestellt wird oder daß die Nachteile durch rechtliche Ausgleichsmechanismen kompensiert werden.

Paradigmatisch hierfür ist das US-amerikanische Denken in terms of „piercing“: als Regelfall gilt die Einheit und Autonomie der juristischen Person; in Ausnahmefällen, zu denen besonders enge Fälle der Konzernierung gehören sollen, kann wie einst in Deutschland auf die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen durchgegriffen werden. Aber auch solche rechtsdogmatischen Raffinessen wie „puppet“, „dummy“, „pawn“ und „alter ego“ gehören hierzu, weil sie eine Einheitsbetrachtung des Konzerns erst dann gebieten, wenn die Tochtergesellschaft wie ein „mere department“ der Muttergesellschaft geführt wird²¹. Das erst rudimentär ausgebildete französische Konzerngesell-

19 KRONSTEIN, Die abhängige juristische Person, 1931.

20 Dazu die detaillierte rechtsvergleichende Analyse von ANTUNES, Groupe de Sociétés: Critique et reconstruction du modèle legale classique de la société anonyme, EUJ-Paper, Firenze, 1987, 62–138. Vgl. auch DERS., Os grupos de Sociedades, 1988.

21 Vgl. BLUMBERG, aaO (Fn. 5), 1983, S. 20 ff.

schaftsrecht denkt ebenfalls ganz in Kategorien des „entreprise dépendante“²². Nicht anders die erst in den letzten Jahren lebhaft gewordene Konzernrechtsdiskussion in Italien.²³ Selbst noch das deutsche Konzernrecht von 1965, das gern als weit fortgeschritten gepriesen wird, bleibt weitgehend dem Rechtsbild der „abhängigen Gesellschaft“ verhaftet, jedenfalls was die Rechtslage im faktischen Konzern angeht²⁴. Paradigmatisch ist der Nachteilsausgleich bei nachteiligen Weisungen der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft, der sich am Bild einer autonom am Markt agierenden Gesellschaft, am „Als-ob-Maßstab des potentiell unabhängigen Unternehmens“ orientiert²⁵.

2. Konzern als selbstreproduktives System

Es stellt sich die Frage, ob dieses Rechtsbild nicht Entwicklungen ignoriert, die die Handlungseinheit industrieller Organisation schon längst auf eine höhere Ebene verschoben haben²⁶. Hier stoßen wir auf eine Evolutionstendenz in der Durchmischung von Markt und Organisation, die Entwicklung von Konzernen als dezentral organisierten Organisationen, für deren Erfassung das Rechtsbild der „abhängigen Gesellschaft“ überholt erscheint.

Am Konzernierungsprozeß interessiert hier weniger, daß es sich um eine Konzentrationsbewegung handelt, in der unter dem Einsatz der privatrechtlichen Instrumente Mitgliedschaft und Vertrag riesige Unternehmensimperien gebaut werden konnten, sondern eher der Wettbewerb institutioneller Arrangements innerhalb der Konzernierungsformen. Dieser institutionelle Wettbewerb durchzieht die Geschichte der Konzernentwicklung. In grober Unterteilung lassen sich drei Konzernformen trennen, mit denen die Wirtschaftspraxis experimentierte: die H-Form („Holding“) als lose organisierte Form der reinen Vermögensverwaltung, die U-Form („Unitary“) als straff geführte hierarchische Form des Einheitskonzerns und die M-Form („Multidivisional“) als weitgehend dezentralisierte Konzernform, in denen die Subeinheiten als autonome „profit centers“ am Markt auftreten. Als effizienteste Organisationsform hat sich die M-

22 Dazu HOUTIN, in: K. Hopt, *Groups of Companies in European Law*, 1982, S. 45 ff; JEANTIN, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990. Zu den Regeln des französischen Konzernrechts vgl. COZIAN & VIANDIER, *Droit des sociétés*, 1987, S. 440; JEANTIN, *Droit commercial*, 1988, S. 677 ff, 685 ff.

23 Dazu der Überblick von VANETTI, ZGR 1989, 396–420.

24 Dazu HOMMELHOFF, aaO (Fn. 5), S. 33 ff.

25 REHBINDER, *Die AG* 1986, 85–99, 87.

26 EISENBERG, *The Structure of the Corporation*, 1976, S. 277 ff; HERMAN, *Corporate Control, Corporate Power*, 1981, S. 187 ff.

Form herausgestellt, die hohe Integration mit weitgehender Dezentralisierung verbindet²⁷.

Systemtheoretisch sind an diesem Phänomen drei Dinge bemerkenswert:

a) *Kontextsteuerung autonomer Systeme*

In der M-Form wird die praktische Konsequenz daraus gezogen, daß ab einer bestimmten Größenordnung organisierter Sozialsysteme eine direkte hierarchische Steuerung in Schwierigkeiten gerät. Diese Problematik ist in der Systemtheorie unter dem Thema Steuerung autopoietischer Systeme eingehend diskutiert worden²⁸, mit dem Ergebnis, daß in solchen Situationen direkte hierarchische Leitung durch „Kontextsteuerung“ ersetzt werden muß²⁹. Komplexe Organisationen lassen sich von außen gar nicht anders steuern als daß der Organisation hohe Eigenautonomie belassen wird und nur allgemeine Strukturvorgaben zur Ordnung des Handlungskontextes gemacht werden³⁰. Die in der M-Form häufig eingesetzten indirekten Steuerungsformen – (1) strategische Planung der allgemeinen Konzernpolitik, (2) Wahl der Prioritäten der finanziellen Ressourcen und ihrer Zuteilung, (3) Besetzung wichtiger Führungspositionen, (4) indirekte Profitsteuerung durch Konzern-Controlling – entsprechen exakt diesem Postulat der Kontextsteuerung³¹.

b) *Internalisierung von Markt in die Organisation*

Häufig wird die bürokratische Technik der Dezentralisierung, also die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen von oben nach unten als das ausschlag-

27 CHANDLER, aaO (Fn. 4); WILLIAMSON, aaO (Fn. 4); JARILLO, aaO (Fn. 8); LORENZONI, aaO (Fn. 8). Als empirische Studie, die gegenüber anderen Faktoren besonders die Variable ökonomischer Effizienz der M-Form bestätigt, vgl. PALMER/FRIEDLAND/JENNINGS & POWERS, *The Economics and Politics of Structure: The Multidivisional Form and the Large U.S. Corporation*, *Administrative Science Quarterly* 32 (1987), 2–48.

28 Vgl. etwa PROBST & SCHEUSS, in: *Zeitschrift für Führen und Organisation* 8 (1984), 480; KNYPHAUSEN, *Unternehmungen als evolutionsfähige Systeme*, 1988, S. 317 ff.

29 WILLKE, in: G. Teubner, *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, 1990.

30 Vgl. die empirischen Befunde bei HEDLUND, aaO (Fn. 4), S. 21 ff.; VAN DEN BULCKE, aaO (Fn. 4), S. 222 ff.; GATIGNON & ANDERSON, aaO (Fn. 4) und die Empfehlungen für eine Management-Strategie der Netzwerk-Steuerung bei LORENZONI, aaO (Fn. 8), S. 19 ff.

31 WILLIAMSON, aaO (Fn. 4), 1981, 1555 ff.; im Detail SCHEFFLER, *DB* 1985, 2009 ff.; DERS., *FS Goerdeler*, 1987, S. 469 ff.

gebende Moment betont³². Wichtiger noch dürfte sein, daß in der M-Form der Konzern die oben angesprochene Binnendifferenzierung der Wirtschaft in einen formal organisierten Bereich und einen spontanen Bereich innerhalb der eigenen Systemgrenzen wiederholt. Es handelt sich um den „reentry“ der System/ Umwelt-Unterscheidung in das System selbst³³. Die Differenzierung von Markt und Organisation wird innerhalb der Organisation noch einmal wiederholt. „The ‘market principle’ penetrates the ‘organizational arena’“.³⁴ Damit macht sich der Konzern das oben angesprochene Zusammenspiel von redundanzsteigernden und varietätssteigernden Mechanismen für sich selbst zunutze. Das bedeutet, daß „je mehr Großorganisationen das Geschehen in Politik und Wirtschaft bestimmen, desto wichtiger mag es werden, daß sie in sich selbst das Problem von Varietät und Redundanz wiederholen und sich nicht, weil sie Organisation sind, allzusehr auf Redundanz festlegen.“³⁵ Es werden organisationsinterne Märkte organisiert: in der Beziehung zwischen Konzernspitze und den Konzernunternehmen wird eine Art Kapitalmarkt simuliert, daneben entstehen konzerninterne Arbeitsmärkte, Managermärkte, Ressourcen- und Produktmärkte.

Die Pointe dieser Konstruktion ist, daß das Mischungsverhältnis zwischen Markt und Organisation in der Konzernorganisation nicht ein für allemal festliegt, sondern nach strategischen Gesichtspunkten variiert werden kann³⁶. Die Konzernglieder können fallweise autonom oder koordiniert handeln; dies charakterisiert den Konzern als multistabiles System³⁷. *Kirchner*³⁸ formuliert: „Markt und Hierarchie (market and hierarchy) stehen dem als Konzern organisierten Unternehmen komplementär und alternativ zur Verfügung.“ Die Auswahl zwischen Markt und Hierarchie im Konzern folgt nicht blinder Selektion im wirtschaftlichen Evolutionsprozeß, sondern wird Gegenstand geplanter, zu verantwortender Entscheidung und – was besonders wichtig ist – Gegenstand ständiger Änderung. *Vardaro*³⁹: „Der Grad ihrer Autonomie ist nicht nur funktional diversifiziert, sondern auch variabel. Autonomie und Selbstentscheidungsrechte variieren nicht nur von Gruppe zu Gruppe, sondern auch innerhalb

32 Etwa HOMMELHOFF, aaO (Fn. 5), S. 231 ff.

33 SPENCER BROWN, *Laws of Form*, 1972.

34 IMAI & ITAMI, *Interpenetration of Organization and Markets: Japan's Firm and Market in Comparison with the U.S.*, *International Journal of Industrial Organization*, 2 (1984), 285.

35 LUHMANN, *Soziologische Aufklärung* 4, 1987, S. 32–48, 48.

36 Vgl. ASSMANN, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 317 ff, 323 ff; SAPELLI, aaO (Fn. 7).

37 PAUSENBERGER, in: E. Grochla & W. Wittmann, *Handwörterbuch der Betriebswirtschaft*, 4. Aufl., 1975, S. 2243.

38 KIRCHNER, ZGR 1985, 226.

39 VARDARO, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 217 ff, 226.

derselben Gruppe mit der Konsequenz, daß ein spezifisches Unternehmen in seiner funktionalen Spezifität zunehmen, abnehmen als auch qualitativ wechseln kann.“

Damit entspricht die Konzernorganisation der in der Systemtheorie entwickelten allgemeinen Einsicht, daß es für das Verhältnis von Redundanz und Varietät keine generelle Präferenz für das eine oder andere Prinzip, auch keinen „optimal mix“, gibt. Im Verhältnis von Redundanz und Varietät bedarf es einer laufenden Justierung, die sich situationsmäßig an dem Verhältnis des Systems zu seiner Umwelt ausrichtet. „Je nachdem, was im System an Rauschen erfahren, an Irritation wahrgenommen, an Veränderung gegenüber früher registriert wird, mag die eine oder andere Orientierungsrichtung die Führung übernehmen. Entscheidend für die Rationalität (wenn dies denn so heißen mag) bleibt, daß das System zu einem Führungswechsel zwischen Redundanz und Varietät befähigt bleibt. Das System sollte demnach gesichert hohe Redundanz auch als Möglichkeit sehen können, sich mehr Varietät zu leisten und es sollte umgekehrt Tendenzen zur Auflösung in Adhocratie und nur noch situationsabhängiges Entscheiden als Anlaß zur Straffung – sei es mit programmatischen, netzwerkartigen oder personalen Mitteln – auffassen können“⁴⁰. Im dezentralen Konzern wird also eine „Laviernaxime“ zum Prinzip, das in die hybride Organisationsform eingebaut ist. Das chamäleonhafte Changieren der Organisationsform wird zum zentralen Kennzeichen der Konzernverfassung und die Wahl der umweltangepaßten Farbe zur Hauptaufgabe der Konzernspitze.

c) Eigendynamik eines sich selbst beobachtenden Prozesses

Das dritte systemtheoretisch auffällige Merkmal der Konzernorganisation hat mit der Autonomie der Subeinheiten gegenüber der hierarchischen Konzernspitze zu tun. Erst diese Autonomie verschafft der Organisationsform des Konzerns jene zielgerichtete Eigendynamik, die ihr gegenüber rein hierarchischer und rein marktmäßiger Koordination in bezug auf Innovation und Information evolutionäre Vorteile sichert.⁴¹ Eigendynamik bedeutet in einer begrifflich strengen Fassung das Phänomen, daß ein Prozeß selbstreferentiell wird, genauer, daß ein Prozeß sich selbst beobachtet und diese Selbstbeobachtung zur Eigensteuerung benutzt.⁴² Hierarchische Systeme verfügen nur über eine

40 LUHMANN, aaO (Fn. 35), S. 31.

41 KANEKO & IMAI, A Network View of the Firm, First Hitotsubashi-Stanford Conference 1987; BARTLETT, aaO (Fn. 4); JARILLO, aaO (Fn. 3); KOGUT, aaO (Fn. 4), S. 23 ff.

42 Zur neueren soziologischen Diskussion über Eigendynamik vgl. MAYNTZ & NEDELMANN, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 39 (1987); TEUBNER, FS Maihofer, 1988, S. 587–601.

begrenzte Eigendynamik in diesem Sinn, da das Beobachtungszentrum des Prozesses an der Hierarchiespitze lokalisiert ist. Sofern sich in der hierarchischen Organisation andere Beobachtungszentren zur Prozeßsteuerung herausbilden, sind sie in einem gewissen Sinne dysfunktional, da sie ihre Beobachtungs- und Steuerungskriterien gemessen am Organisationsganzen nur suboptimal herausbilden. Anders im durch profit centers dezentralisierten Konzern. Dieser ist durch eine Vervielfältigung der Beobachtungszentren gekennzeichnet, deren Beobachtungs- und Steuerungskriterien eine doppelte Ausrichtung haben: Eigenerfolg des profit centers und Erfolg der Gesamtorganisation.⁴³ „Il policentrismo, la multipolarità sono quindi caratteri della rete.“⁴⁴

3. Einheitstheorie des Konzerns

Wenn diese Analyse korrekt ist, dann braucht die Unangemessenheit des Rechtsbildes der „abhängigen Gesellschaft“ nicht mehr eigens nachgewiesen zu werden; nach dem soeben zur organisatorischen Einheit des Konzerns Gesagten versteht sie sich gerade auch im dezentralisierten Konzern von selbst⁴⁵. Erstaunlich ist nur, daß noch so zahlreiche Rechtsregelungen dieses Bild zugrundelegen und sich davon Probleme und Lösungen vorgeben lassen. Demgegenüber macht erst allmählich eine Sicht Fortschritte, die den Konzern nicht mehr von „unten nach oben“, sondern „von oben nach unten“ betrachtet: die rechtliche Einheitsbetrachtung des Konzerns von der Konzernspitze aus. Frühe Vorstöße zu einer Einheitstheorie des Konzerns wie etwa der von *Isay*⁴⁶ sind erfolglos geblieben. Heute hingegen setzt sich international eine Einheitsbetrachtung auf der ganzen Linie durch, die sich zugleich des Flankenschutzes von betriebswirtschaftlichen Analysen sicher weiß.⁴⁷ An vorderster Front in Deutschland stehen *Marcus Lutter*⁴⁸ und seine Schule⁴⁹. Als besonders fortgeschritten darf auch das französische Arbeitsrecht gelten, das anders als das französische Gesellschaftsrecht mit

43 DIOGUARDI, Nuovi modelli organizzativi per l'impresa, 1983; LORENZONI, aaO (Fn. 8), S. 16.

44 LORENZONI, aaO (Fn. 8), S. 12.

45 Vgl. zur Kritik ASSMANN, aaO (Fn. 36). Kritik aus betriebswirtschaftlicher Sicht bei PAUSENBERGER, aaO (Fn. 37), S. 2239, der die rechtswissenschaftliche Betrachtungsweise deswegen kritisiert, da sie regelmäßig nur die bilateralen Beziehungen zwischen Konzernunternehmen, nicht aber den Gesamtkonzern thematisiere. Ähnlich THEISEN, Die Betriebswirtschaft 48 (1988), 280.

46 ISAY, Das Recht am Unternehmen, 1910.

47 Vgl. nur THEISEN, Die Betriebswirtschaft 48 (1988), 280 m. w. N.

48 LUTTER, aaO (Fn. 5).

49 TIMM, aaO (Fn. 5); U. H. SCHNEIDER, BB 1981, 249 ff; HOMMELHOFF, aaO (Fn. 5).

einer Einheitsbetrachtung weitgehend ernst macht⁵⁰. In USA ist es besonders *Blumberg*⁵¹, der die Ablösung des "piercing of the corporate veil" fordert und für eine Einheitsbetrachtung der "corporate group" als "unitary enterprise" eintritt. Und natürlich pflegen unternehmensverfassungsrechtliche Lösungen des französischen, holländischen und deutschen Rechts, ob sie nun auf Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb oder im Unternehmen abstellen, den Konzern als Unternehmenseinheit zu betrachten⁵². Sie zielen darauf ab, Mitbestimmungsmodelle an der Konzernspitze als dem Entscheidungszentrum des Konzerns zu lokalisieren und zugleich in bezug auf die Arbeitnehmer den Gesamtkonzern als Einheit zu betrachten. Besonders das holländische Konzept macht Ernst mit der hierarchischen Einheit des Konzerns. „De Structuuregeling“ ist auf dem gesetzgeberischen Postulat aufgebaut, „daß Unternehmensgruppen als eine Einheit angesehen werden müssen“, verlangt zwingend den neuen Aufsichtsrat nur für die Konzernspitze und nimmt ganz konsequent Tochtergesellschaften von dieser Anforderung aus.⁵³ Als weiteres prominentes Beispiel einer Einheitsbetrachtung sei das hauptsächlich in Kalifornien praktizierte Prinzip der "unitary taxation" von nationalen und internationalen Unternehmensgruppen genannt, das das auf der fiktiven Autonomie der Unternehmenseinheiten beruhende "arms length"-Prinzip ablöst⁵⁴. Und schließlich weist auch das europäische Recht im Wettbewerbsrecht und im Bilanzrecht deutliche Ansätze einer Einheitsbetrachtung auf.⁵⁵

50 Vgl. SAVATIER, *L'unité économique et sociale entre personnes morales distinctes, jurisprudence recente, Droit social* 1986, 11; SUPIOT, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, Revue trimestrelle du droit commercial* 38 (1986), 621; COZIAN & VIANDIER, aaO (Fn. 22), S. 434; RODIERE, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 305 ff.

51 BLUMBERG, aaO (Fn. 5).

52 SUPIOT, aaO (Fn. 50); DE KNIJFF, „1 + 1 = 3“: *Legal Images of Groups of Companies*, EUJ-LLM-Paper (1989); LUTTER, *Mitbestimmung im Konzern*, 1975; DERS., BB 1977, 553; DERS., FS Zweigert, 1981.

53 HONNÉE, *Concernrecht en Medezeggenschapsregelingen*, 1981, S. 40.

54 Der amerikanische Supreme Court hat diese Besteuerung als „gerechte Methode“ bestätigt, *Container Corporation v. Franchise Tax Board* (1983) *International Legal Materials*, 855.

55 Im Wettbewerbsrecht vgl. die ständige Rechtsprechung des EuGH, *I. C. I. v. Commission* (1972) *European Court Reports*, 619; *Europemballage and Continental Can v. Commission* (1973) *European Courts Report* 215; vgl. auch die Einheitsbetrachtung in EuGH NJW 1984, 1281, 1284 – AEG. Im Bilanzrecht vgl. die Direktive über die Erstellung konsolidierter Gruppenbilanzen vom 13. 6. 1983, 83/349/EEC. Zum Konzernbegriff im europäischen Recht vgl. allgemein ADINOLFI, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 495 ff; GLEICHMANN, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 435 ff; PIPKORN, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 457 ff.

So angemessen die Einheitsbetrachtung darin ist, rechtliche Konsequenzen daraus zu ziehen, daß der Konzern als solcher eine ökonomische Unternehmens-einheit darstellt, so problematisch ist die Verengung der Sicht auf die hierarchischen Aspekte im Konzern und die entsprechende Konzentration auf die Konzernspitze als Zurechnungszentrum. Soziologen glauben zu wissen: „Von außen gesehen, wird die Homogenität und Einsatzbarkeit von Organisationsmacht typisch überschätzt. Die Macht wird der Spitze zugeschrieben, während in Wahrheit schwer durchschaubare Machtbalancen vorliegen, die zudem mit den Themen und den Situationen variieren.“⁵⁶ Soziologen wissen auch, daß diese Überschätzung der Zentralmacht latente Funktionen hat (Attributionsbedürfnisse, Kausalitätskonstruktionen). Aber glauben ihnen die Juristen? Und wenn ja oder wenn nein, wie verhalten sie sich heute gegenüber „Soziologischer Aufklärung“?

Am deutlichsten wird dies Wahrnehmungsproblem an den Arbeiten der *Lutter-Schule*. Auch hier wird wieder ein Vergleich angestellt, diesmal aber zwischen der Konzernspitze und einer „klassischen“ Korporation. Die leitende Frage heißt: Welche Verwerfungen erfährt die Unternehmensverfassung der Muttergesellschaft durch die Tatsache der Konzernierung? Welche Störungen, welche Asymmetrien ergeben sich im internen Machtgleichgewicht der Unternehmensorgane? Welche kompensatorischen Regelungen sind notwendig, um diese Störungen auszugleichen? Diese Frage wird insbesondere im Hinblick auf die Hauptversammlung der Muttergesellschaft gestellt mit der Konsequenz, daß ihre Kompetenz für den Konzern neu definiert werden muß. Im berühmten *Holz Müller-Fall*⁵⁷ hat sich dieses Denken „von oben nach unten“ auch in der Rechtsprechung niedergeschlagen. Immer aber wird die Machtfrage für die Spitze der Organisation, die Muttergesellschaft gestellt.

Ähnliches gilt für die im Arbeitsrecht geläufige Einheitssicht des Konzerns. Regelmäßig begibt man sich auf die Suche nach dem Machtzentrum des Konzerns, an dem die relevanten Entscheidungen fallen, und ebenso regelmäßig findet man die Hierarchiespitze⁵⁸. Schon *Kahn-Freund* hat aber deutlich gemacht, wie verfehlt eine solche Identifizierung von Macht und Hierarchie ist: „the state of power may be at the centre or at the periphery, or may be divided“.⁵⁹ Eigentlich sollten empirische Analysen von Entscheidungsprozessen in Konzernorganisationen schon längst solche einfachen Hierarchie-Vorstellun-

56 LUHMANN, aaO (Fn. 35), S. 123.

57 BGHZ 83, 122.

58 Vgl. dazu KONZEN, ZHR 151 (1987), 566–607; BIRK, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 355 ff; für das französische Arbeitsrecht RODIERE, aaO (Fn. 50); für Italien SCIARRA, aaO (Fn. 15), für das EG-Recht PIPKORN, aaO (Fn. 55).

59 KAHN-FREUND, *A Lawyer's Reflections on Multinational Corporations*, *Industrial Relations Journal* (Australia) 1972, 351, 353.

gen problematisiert haben⁶⁰. Oder sollten dem Attributionsbedürfnisse entgegenstehen, Bedürfnisse zur Machtinflation der Konzernspitze, die Gesellschaftsrechtler und Arbeitsrechtler miteinander teilen?

Trotz allen unbestreitbaren Fortschritts verfehlt diese Sicht, die die Einheit des Konzerns in der hierarchischen Konzernspitze symbolisiert, die drei Charakteristika des Konzerns, die wir in systemtheoretischer Sicht als wesentlich herausgestellt hatten. Das Hierarchiedenken, das die Organisationsmacht in der Konzernspitze lokalisiert, nimmt erstens die Notwendigkeit der Machtdezentralisierung nicht genügend ernst, die sich daraus ergibt, daß eine hierarchische Steuerung komplexer Systeme nur noch als indirekte Kontextsteuerung (Budget, Spitzenpersonal) sinnvoll ist. Es wird zweitens der Tatsache nicht ausreichend gerecht, daß der Konzern wegen der Internalisierung von Marktstrukturen in die Organisation nicht eigentlich als Hierarchie, sondern eher als „hierarchisch organisierter Markt“ zu verstehen ist. Und es wird drittens der Eigendynamik des Konzerns nicht gerecht, wenn es die Konzernspitze als das Aktionszentrum des Konzerns symbolisiert statt auf das dynamische Zusammenspiel einer Vielzahl autonomer Aktionszentren, das in der Konzernspitze eher mühsam koordiniert wird, abzustellen.

4. Konzern als „polykorporatives Netzwerk“

Nicht die Hierarchie sollte demnach das Rechtsbild des Konzerns bestimmen, sondern das Netzwerk, nicht die Leitungsmacht der Konzernspitze, sondern die Koordinierung autonomer Aktionszentren. Auch der Unternehmensbegriff kann nicht einfach, wie es z. B. *Blumberg*⁶¹ vorschlägt, auf den Konzern als Ganzes übertragen werden. Andererseits ist es aber auch nicht hinreichend, auf Dezentralisierungstendenzen mit dem Konzept der „Unternehmensgruppe“ zu reagieren⁶². Damit wird man dem qualitativ neuartigen Charakter der „multidivisional“ Form des Konzerns gegenüber Einheitskonzernen einerseits, lose geführten Konzernen andererseits, nicht gerecht. Denn die strategische Handlungseinheit geht trotz aller Dezentralisierung gerade nicht verloren. Oder anders gesagt, das Machtspiel zwischen Müttern und Töchtern ist gerade keine Null-Summen-Spiel, in dem die Töchter gewinnen, wenn die Mutter verliert und umgekehrt, sondern ein Steigerungsverhältnis.⁶³ In der Sache geht es um die Koordinierung einer Vielzahl von Unternehmen durch ein Unternehmen höherer Ordnung,

60 Vgl. HEDLUND, aaO (Fn. 4); VAN DEN BULCKE, aaO (Fn. 4), S. 226 ff.; GATIGNON & ANDERSON, aaO (Fn. 4).

61 BLUMBERG, aaO (Fn. 5), 1983, S. 23 ff.

62 WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 6 ff.

63 JARRILLO, aaO (Fn. 8); LORENZONI, aaO (Fn. 8), S. 16.

durch eine „Korporation sui generis“⁶⁴, den Konzern. Der Konzern als „polykorporatives Unternehmen“⁶⁵ – vielleicht besser noch als „polykorporatives Netzwerk“ – dieses Schlagwort kennzeichnet am deutlichsten die Qualitäten des multidivisionalen Konzerns als einer neuen Entwicklungsstufe der industriellen Organisation⁶⁶. Mit dem Begriff des Netzwerkes ist die hierarchische Struktur der Konzerne durchaus kompatibel. „Hierarchisch organisiertes Netzwerk semi-autonomer Unternehmen“ – diese etwas umständliche Umschreibung dürfte die Lage am ehesten treffen.

III. Konzernhaftungsrechtliche Konsequenzen

1. Simultane Vielfachzurechnung

Damit stellt sich der Rechtsdogmatik die paradoxe Aufgabe, dies Netzwerk als ein Rechtssubjekt zu definieren, ohne es doch zugleich als Rechtsperson zu begreifen. Die Auflösung dieses Paradoxes wird jenseits der Alternative zu finden sein wie sie etwa *K. Schmidt* formuliert: „Einheit und Vielheit können nur durch Einzelkorrektive versöhnt, nicht aber zu einer Einheitsperson verschmolzen werden.“⁶⁷ Man wird das Netzwerk des Konzerns als „Rechtssubjekt“ qualifizieren müssen, aber doch als Rechtssubjekt eigener Art, das sich von den traditionellen Rechtssubjekten, der natürlichen und der juristischen Person, signifikant unterscheidet.⁶⁸ Der Konzern als Netzwerk sprengt die überkommenen anthropomorphen Denkfiguren der Juristischen Person wie des corporate actor und dies in doppelter Weise. *Nicht Einheitszurechnung, sondern Vielfachzurechnung, nicht Personifizierung, sondern polyzentrische Autonomisierung werden dem Netzwerkcharakter des Konzerns gerecht.*

Es gehört zu den Zwängen des anthropomorphen Denkens in Rechts-„Personen“, daß man sich bei der sozialen Realität der corporate actors wie bei der Rechtskonstruktion der juristischen Person ein einheitliches Aktions- und Willenszentrum vorstellen muß, das als Zurechnungsendpunkt für Handlungen, Rechte, Pflichten, Haftungsfolgen dient. Entsprechend hat man bei der Zurechnung die Qual der Wahl: Tochter oder Mutter? Wenn der Konzern aber als Netzwerk autonomer Aktionszentren zu verstehen ist, dann muß man diesen

64 LUTTER, FS Stimpel, 1985, S. 831; vgl. auch U. H. SCHNEIDER, BB 1981, 249.

65 BÄLZ, FS Raiser, 1974, S. 320; DERS., aaO (Fn. 5).

66 Vgl. die schon oben erörterten Befunde aus Wirtschaftsgeschichte und Transaktionskostenökonomie CHANDLER, aaO (Fn. 4); WILLIAMSON, aaO (Fn. 4), 1985; DIUGUARDI, aaO (Fn. 7); SAPELLI, aaO (Fn. 7); JARRILLO, aaO (Fn. 8); LORENZONI, aaO (Fn. 8).

67 K. SCHMIDT, *Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht*, 1987, S. 33.

68 Am weitesten fortgeschritten in dieser Richtung BÄLZ, FS Raiser, 1974, S. 331 ff.; DERS., aaO (Fn. 5), S. 827 ff.

Zwang zur einheitlichen Zurechnung brechen und von einer simultanen Vielfachzurechnung von Handlungen und Rechtspositionen ausgehen. Die bei der juristischen Person immer kompakt gegebene Einheitszurechnung ist beim Konzern stets und von vornherein auf drei Zurechnungsebenen zu verteilen: (1) auf die einzelnen Konzerngesellschaften, (2) auf die Konzernspitze, (3) – und hier liegt das eigentlich Neue – auf das Netzwerk des Konzerns selbst. Dabei ist zu beachten, daß mit Netzwerk nicht einfach der Gesamtkonzern als Summe aller Konzerngesellschaften verstanden ist, sondern „weniger“: nur die Inter-Organisationsbeziehungen zwischen den einzelnen Konzerneinheiten, die die Koordination leisten. Im Verhältnis zu den verselbständigten Handlungssphären der Konzerngesellschaften verselbstündigt sich eine weitere Handlungssphäre, die zu den Konzerngesellschaften nicht im Verhältnis Ganzes/Teil, sondern im Verhältnis System/Umwelt steht. Also keine „kompakte“ Einheitstheorie, kein umfassender Konzernverband, sondern die Vorstellung eines partiellen Verbundes!

Neben den drei Zurechnungsebenen wird man zugleich drei Zurechnungsformen auseinanderhalten müssen: (a) die kumulative, in der die Zurechnung vervielfacht wird, (b) die alternative, in der die Zurechnung nur auf einer Konzernebene vorgenommen wird und (c) die komplementäre, in der sich Teilzurechnungen auf die Konzernebenen erst in der Zusammenschau zu einem Ganzen verbinden.⁶⁹

Die rechtliche Zurechnungstechnik wird sich am Vorbild der Konzernierungspraxis selbst orientieren müssen, die das konkrete Mischungsverhältnis von Markt und Organisation und den Grad der Zentralisierung ad hoc und opportunistisch wählt. Nichts gegen Opportunismus! Nur wird sich dann auch das Recht bei der Zurechnung von Handlungen, Rechten, Pflichten und Haftungsfolgen, wenn es auf das chamäleonhafte Changieren des Konzerns überhaupt reagieren will, von Vorstellungen tatbestandlicher Verfestigung lösen und seinerseits ad hoc und opportunistisch verfahren müssen. Als bewährte Form steht ja die juristische Einzelfallmethode zur Verfügung, die die Frage, welcher Konzernebene die in Frage stehende Handlung oder Rechtsposition zuzurechnen ist, von den Umständen des Einzelfalls abhängig macht und dabei über einen ganzen Strauß von Zurechnungskriterien verfügen muß. Daß man damit zu operativen und zugleich flexiblen Entscheidungen kommen kann, läßt sich an der von *Blumberg*⁷⁰ zusammengestellten detaillierten checklist von Einheit und Vielheit im Konzern ablesen, die dem Praktiker konkrete Anweisungen gibt, nach welchen Indizien sie suchen sollen.

Natürlich ist es einfach, besonders vom bundesdeutschen Standpunkt einer konzernrechtsdogmatischen Hochkultur aus, diese „checklist“ zu rügen, sie lasse

69 WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 23 ff unterscheidet etwas anders zwischen konstitutiver, additiver, negativer und privativer Zurechnung.

70 BLUMBERG, aaO (Fn. 5), 1983, S. 456 ff.

„überwiegend keine systematische Ordnung erkennen“⁷¹. Jedoch gewinnen diese in der Tat etwas willkürlich anmutenden Kriterien ihre Kraft im entscheidungsnotwendigen Detail, wenn sie in einer Normzweckbetrachtung selektiv herangezogen werden. Je nach Regulierungszwecken sollte das Konzernrecht solche konkreten Zurechnungskriterien ganz flexibel einsetzen und sich nicht begeben auf „la vaine recherche d'une définition du groupe“⁷², die im Gesellschaftsrecht ebenso wie im Arbeitsrecht, im Steuerrecht ebenso wie im Umweltrecht, im Vertragsrecht ebenso wie im Deliktsrecht einsetzbar wäre. Anforderungen an Rechtssicherheit kann man im gewissen Maße dadurch gerecht werden, daß man für sämtliche Rechtsgebiete einen einheitlichen Minimalatbestand der Konzernierung einführt, der auf einheitliche Leitungsmacht, besser auf einheitliche unternehmerische Koordinierung abstellt. Aufbauend auf dieser Auslösebedingung müssen dann aber die Zurechnungskriterien flexibel bleiben und die Wahl und Kombination der Konzernebenen als Zurechnungsobjekte müssen sich nach Regulierungskontext, Regelungszweck und Systemzusammenhang richten. Daß dies nicht in arbiträrer Kadijustiz endet, sollte die Orientierung an zwei Kriterien garantieren: (1) Erhaltung der Effizienzvorteile der Dezentralisierung und (2) Kontrollwirksamkeit der Regulierung als Implementierung der norm policy⁷³.

Besteht also der erste Unterschied des Netzwerkes zur juristischen Person darin, daß man von Einheitszurechnung auf simultane Vielfachzurechnung umstellen muß, so ergibt sich der zweite wesentliche Unterschied aus der andersartigen Identität eines Netzwerkes im Vergleich zur Identität eines Kollektivs. Der flexible, bewegliche Charakter eines Handlungssystems als Netzwerk verlangt eine rechtliche Autonomisierung, die seinem polyzentrischen Charakter Rechnung trägt, nicht aber seine volle rechtliche Personifizierung. Eine volle Personifizierung wäre sogar kontraproduktiv, da sie die drei herausgestellten Charakteristika des Konzerns – Kontextsteuerung, Marktinternalisierung und Eigendynamik – teilweise konterkarieren würde. Folgende Elemente einer Rechtssubjektivität des Netzwerkes dürften als ausreichend gelten:

(1) rechtliche Anerkennung der kollektiven Identität der Gruppe als Netzwerk der Inter-Organisationsbeziehungen („Korporation sui generis“);

(2) Anerkennung eines rechtlichen Interesses des Netzwerkes, das weder mit dem Unternehmensinteresse der Konzernspitze noch mit der Summe der Unternehmensinteressen der Konzernmitglieder identisch ist („Konzerninteresse“);

71 WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 26.

72 JADAUD, La vaine recherche d'une définition du groupe en droit français, in: Les Groupes de sociétés – une politique législative, 1975, S. 193.

73 BLUMBERG, aaO (Fn. 5).

(3) eigenständige Bilanz für die Zurechnungseinheit des Netzwerks („Konzernbilanz“);

(4) Handlungsfähigkeit des Netzwerks, vermittelt durch das Handeln der Konzernspitze und der Konzernglieder („Konzerngewalt“);

(5) Zurechnungsfähigkeit des Netzwerks für Rechte, Pflichten und sonstige Rechtspositionen („Teilrechtsfähigkeit des Konzerns“);

(6) Netzwerkhaftung als situativ variable Haftung von Konzerngesellschaft, Obergesellschaft, Teilverbund und/oder Konzernverbund („Konzernverantwortung“).

2. Sektoraler Konzerndurchgriff

Besonders die letzten beiden Gesichtspunkte lassen es als fraglich erscheinen, ob man sich im Recht der Konzernhaftung mit der bisherigen Alternative konzernspezifische Haftung versus Durchgriff zufriedengeben kann. Die heute im Anschluß an Autokran & Tiefbau⁷⁴ allgemein bevorzugte konzernspezifische Haftung hat natürlich gegenüber der konturenlosen Durchgriffshaftung den Vorzug, an konzernspezifische Tatbestände und Wertungen anknüpfen zu können⁷⁵. Ihr großer Nachteil besteht jedoch gerade in ihrer Konzernspezifität. Denn sie kann zwar nach Rechtsformen (AG, GmbH, Personengesellschaft), Konzernierungsdichte (Eingliederung, qualifizierter, einfacher Konzern, Abhängigkeit, einfache Beteiligung⁷⁶) und Konzernleitung (ordnungsgemäß, nicht-ordnungsgemäß) differenzieren, nicht aber nach den haftungsrechtlich nicht minder wichtigen Kriterien der Normzwecke, Gläubigergruppen, Risikotypen und System- und Wertungszusammenhängen der Zurechnungsnorm. Diese Differenzierungen zu ermöglichen, ist das bleibende Verdienst der Durchgriffshaftung. In der Durchgriffshaftung sind, sofern man der Normzweckdoktrin folgt, solche Differenzierungen gut unterzubringen⁷⁷. Aber die Dogmatik des Durch-

74 BGHZ 95, 330; BGH ZIP 1989, 440.

75 Etwa LUTTER, aaO (Fn. 5); REHBINDER, Die AG 1986, 97; ULMER, 1986, 1579–1586, 1579 f.; ASSMANN, JZ 1986, 881 ff; 882 f.; STIMPEL, FS Goerdeler, 1987, S. 601–627, 610, 613; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 19, 30.

76 Zu dieser Differenzierung vgl. LUTTER, aaO (Fn. 5).

77 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), 522–543, 537; SCHANZE, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptualisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, 1975, S. 56 ff, 102 ff; STAUDINGER/COING, Komm. z. BGB, 12. Aufl., 1980, Vorb. § 21 Rdn. 43; REHBINDER, FS R. Fischer, 1979, S. 580–603, 582; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1985, S. 302; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 177 f differenzierend zwischen Normzwecklehre und Mißbrauchslehre REUTER, Münchener Komm. z. BGB, 2. Aufl., 1986, Vorb. § 21 Rdn. 22 ff; für ein entschiedenes Sowohl-als-auch WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 20.

griffs leidet bekanntlich wiederum unter ihrer konzernunspezifischen Ausgestaltung, was ihre Konturen verschwimmen läßt.

Es käme also darauf an, ergänzend zur eigentlichen Konzernhaftung à la Autokran & Tiefbau und mit besonderem Schwerpunkt auf dem einfachen faktischen Konzern eine Dogmatik des Konzerndurchgriffs zu entwickeln, die die jeweilige „Politik des Gesetzes“⁷⁸, den Normzweck der einschlägigen Haftungsnorm, konzernspezifisch konkretisiert⁷⁹. Hier aber liegt derzeit manches im argen. Schaut man sich die diversen dogmatischen Begründungen für einen Durchgriff im Konzern an, so fällt auf, daß sie entweder konzernunspezifisch sind oder aber sich mit merkwürdigen Hilfskonstruktionen begnügen.

Sieht man von den nicht konzernspezifischen Begründungen ab (Unterkapitalisierung, Vermögensvermischung, Sphärenvermischung⁸⁰), dann bleiben im wesentlichen zwei Hilfskonstruktionen für den Konzerndurchgriff: Organstatus oder Mitgliedschaftsstatus der Konzernspitze in der Organisation der Tochtergesellschaft. Beides aber trifft nicht die konzernspezifische Rolle der Konzernspitze und liefert zur Abgrenzung der Voraussetzungen der Zurechnung und ihrer Rechtsfolgen irreführende Kriterien. Ob man nun die Konzernspitze als „negotiorum gestor“ für die Tochter handeln läßt⁸¹, sie als „Organmitglied“ der Tochtergesellschaft ansieht⁸² oder als „dirigeant de fait“⁸³ behandelt und der Organhaftung unterwirft, so wird in all diesen Konstruktionen die Konzerndimension nicht deutlich, ja sie wird eigentlich verfehlt. Es geht gar nicht um ein Handeln im Interesse der Tochtergesellschaft oder um eine faktische Organstellung in den Entscheidungsprozessen der abhängigen Gesellschaft. Die Konzernspitze handelt im Interesse des Konzernverbundes. Die Konzernspitze handelt nicht als „faktisches Organ“ der Tochter, sondern, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, als Entscheidungsträger im Netzwerk des Konzerns selbst, wenn man so will, als „Konzernorgan“⁸⁴. Erst dieser Bezug auf den Konzernverbund liefert die richtige dogmatische Begründung für den Konzerndurchgriff und zugleich auch die genaueren Kriterien für die Zurechnung. Nicht „Fremdinteresse/Eigeninteresse“ oder Verschulden eines faktischen Geschäfts-

78 STEINDORF, FS Larenz, 1973, S. 217–244; DERS., FS Raiser, 1974, S. 622–643; DERS., Legal Consequences of State Regulation, 17 International Encyclopedia of Comparative Law, 1979, Ch. 11.

79 Dazu im einzelnen TEUBNER, FS Steindorff, 1990, S. 261–279.

80 Z. B. WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 221 ff.; KÜBLER, aaO (Fn. 74), S. 300 ff.; T. RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, 1983, S. 201 ff.; REUTER, aaO (Fn. 77), Vorb. § 21 BGB Rdn. 33–38; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 77), S. 182 ff.

81 FLUME, Die juristische Person: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2, 1983, S. 88 ff.

82 WILHELM, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, S. 330 ff.

83 Art. 9 Nr. 1 Vorentwurf einer Europäischen Konzernrichtlinie, ZGR 1985, 444, 452.

84 Zu diesem Problembereich siehe unter IV. 1.

führers gegenüber der Tochtergesellschaft sind ausschlaggebend, sondern die genaue Prüfung der Frage, ob im Konzern für den einschlägigen Normzweckzusammenhang konkret eine ausreichend dichte Handlungsverflechtung vorlag, welche die Zurechnung auf den Verbund rechtfertigt.

Mitgliedschaftsstatus ist nicht viel besser als Organstatus. Ob man nun die Verantwortung für die Mitgliedschaftsrechte deliktisch begründet⁸⁵, oder ob man sie auf die Treupflicht eines Mitglieds stützt⁸⁶, stets bleibt das Problem, daß man mit der Mitgliedschaft zwar die „causa“ der Konzernierung, nicht aber den Konzernverbund selbst in den Griff bekommt. Allenfalls die Stellung der Mutter bei der Tochter! Deshalb die merkwürdigen semantischen Doppelformeln von „Mehrheits- oder Konzernverantwortung“, die Gleichheit suggerierend zwanglos von einem Phänomen auf ein ganz anderes hinübergleiten. Deshalb auch die abenteuerliche Konstruktion einer „Treupflicht im Konzern aus Nicht-Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“, und dies nur um die für ein Verbunddenken selbstverständliche Treupflicht im tiefgestaffelten Konzernverbund auch gegenüber Enkel- und Ur-Ur ... Enkelgesellschaften zu begründen, weil und sofern Leitungsmacht besteht⁸⁷. Warum sollte man nicht stattdessen unmittelbar Treupflichten als Pendant konzernrechtlicher Leitungsmacht entwickeln, die von vornherein auf die Besonderheiten der rechtlichen Organisationsform Konzern zugeschnitten sind?⁸⁸

Der Konzernverbund selbst – wohlgemerkt: nicht die Summe der Konzerngesellschaften, sondern das Netzwerk der Koordination unter den Konzerngesellschaften – läßt sich analytisch, empirisch und normativ von den Mitgliedschaftsbeziehungen der Muttergesellschaft in der Organisation der Tochtergesellschaft abheben. Sowohl das Ausmaß der Treuepflichten im Konzern als auch die Kriterien für eine Durchgriffshaftung sollten entsprechend in den einzelnen Merkmalen des Konzernverbundes identifiziert werden und nicht aus dem Mitgliedschaftsstatus der Muttergesellschaft im Verband der Tochtergesellschaft mühselig hergeleitet werden.

Haftungsdurchgriff auf den Konzernverbund selbst – dies also bezeichnete die angemessene dogmatische Formel für die konstruktive Begründung der Konzernhaftung, für die Definition ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen und ihrer Rechtsfolgen. Dies heißt nicht, aus der bloßen faktischen und wirtschaftlichen Abhängigkeit Rechtsfolgen herzuleiten, wie ein beliebtes Gegenargument

85 MERTENS, AcP 178 (1978) 227–262, 243; DERS., FS Fischer, 1979, S. 461, 468 ff.

86 WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 34 ff.

87 STIMPEL, Die AG 1986, 117–123, 119 f; zustimmend PASCHKE, Die AG 1988, 196–206, 203.

88 Zur „Konzerntreue“ vgl. BGHZ 65, 15 – ITT; WIEDEMANN, JZ 1976, 392–397, 396; U. H. SCHNEIDER, BB 1981, 256; STIMPEL, Die AG 1986, 118 ff; PASCHKE, Die AG 1988, 263–285, 202 f.

glauben machen will⁸⁹. Denn der Konzern ist heute als hochdifferenziertes Rechtsgebilde etabliert, an das sich mancherlei Rechtsfolgen knüpfen⁹⁰. Dies heißt auch nicht – und dies muß zur Abwehr von Mißverständnissen eigens betont werden –, daß schon die „konzernrechtliche Abhängigkeitslage Durchgriffsgrundlage“ ist⁹¹. Also keine allgemeine Durchgriffshaftung im einfachen Konzern, sondern ihre Abhängigkeit von zwei Voraussetzungen: (1) haftungsmäßige Relevanz nicht der Konzernierung als solcher, sondern nur eines ganz spezifischen Handlungsausschnitts aufgrund der Normzweckbetrachtung der einschlägigen Haftungsnorm, (2) die konkrete Zuordnung dieses Handlungszusammenhangs zum Handlungssystem des Konzern-Netzwerks (und nicht bloß zum Handlungssystem der herrschenden oder der abhängigen Gesellschaft)⁹².

„Sektoraler Konzerndurchgriff“ – so kann man schlagwortartig die haftungsrechtlichen Konsequenzen eines Netzwerkdenkens bezeichnen. Er ist nicht als Alternative, sondern als Ergänzung zur konzernspezifischen Haftung gedacht, nämlich für den Bereich des faktischen dezentralen Konzerns, einem Bereich also, in dem Autokran nicht greift und Tiefbau an den Geländebedingungen scheitert ... In diesem Bereich ist mehr oder weniger konsentiert, daß die eingriffsbezogene Konzernhaftung (Nachteilsausgleich nach §§ 311 ff AktG bzw. Treupflichtverletzung im GmbH-Konzern) keinen wirksamen Gläubigerschutz gewährleistet⁹³ und daß der klassische Durchgriff nicht konzernspezifisch genug ausgestaltet ist.

„Sektoral“ ist ein solcher Durchgriff in einem doppelten Sinne. Er untersucht nicht den Zentralisierungsgrad des gesamten Konzernhandelns wie es für den qualifizierten Konzern notwendig ist⁹⁴, sondern prüft die Enge der Handlungsverflechtung für einzelne Handlungssektoren. Auch dezentrale Konzerne können in einzelnen funktionalen Handlungsbereichen hochzentralisiert sein (Finanzen, Produktion, Absatz, Investition, Planung, Personal, Sicherheitsplanung etc.). Solche „Inseln“ der Zentralisierung in einem „Meer“ dezentraler

89 Z. B. PASCHKE, Die AG 1988, 202.

90 LUTTER, FS Stimpel, 1985, S. 827 ff.

91 So PASCHKE, Die AG 1988, 199 zu Recht gegen MÜLLER, ZGR 1977, 2–34, 26, der die bloße Konzernverbindung als ausreichend für eine generelle Durchgriffshaftung ansieht.

92 Einzelheiten zu einer so verstandenen Durchgriffshaftung im Konzern bei TEUBNER, FS Steindorff, 1990; Zur Produzentenhaftung im Konzern HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761–771; OEHLER, ZIP 1990, 1445–1455.

93 Vgl. KROPFF in: Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Komm. z. AktG, 1973, Vorb. § 311 Rdn. 11, 13 ff; SURA, Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktienrecht, 1980, S. 58 ff; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), S. 22, 36 f; KOPPENSTEINER, Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl., 1987, § 291 Rdn. 57 ff; ULMER, ZHR 148 (1984), 391–427, 392; ASSMANN, JZ 1986, 882. Siehe aber auch die etwas optimistischere Einschätzung bei HOMMELHOFF, FS Fleck, 1988, S. 130, Fn. 22 m. w. N. und S. 134 ff.

94 Dazu HOFFMANN-BECKING, in: P. Ulmer, Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 68–86, 73 ff m. w. N.

Konzernhandlungen haftungsrechtlich für irrelevant zu erklären, widerspricht fundamentalen Haftungsrechtsgrundsätzen ebenso wie ökonomischem Effizienzdenken und politischen Steuerungsansprüchen. Dabei ist zu bedenken, daß die Zentralisierung entweder privatautonom hergestellt sein kann (Satzungen, organizational chart, faktische Handlungsverflechtung, „Mißbräuche“) oder auf normativen Vorgaben des Gesetzesrechts (legislativ angeordnete Zentralverwaltung für sensible Bereiche wie Umweltschutz, Datenschutz) beruhen kann oder auf richterrechtlich vorgeschriebenen Organisationspflichten.

„Sektoral“ ist ein solcher Durchgriff in einem zweiten Sinne, als Haftungsfolge nicht ein pauschaler Durchgriff auf die Konzernspitze oder den Gesamtkonzern ist, sondern die Haftungssubjekte innerhalb vom tiefgestaffelten Konzern selektiv festlegt. Zu prüfen ist, ob und welche Konzerngesellschaften in den eng verflochtenen Handlungskontext involviert sind, auf den es gemäß Normzweck der Haftungsnorm ankommt. Das kann – im Gegensatz zu traditionellem Durchgriffsdenken – im Einzelfall zu Haftungsfreistellungen der konkret nicht involvierten Muttergesellschaft führen, ebenso aber auch zu einer Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Haftungsverbund. Das Prinzip ist, daß den Haftungsnormen eine „Theorie des Konzerns“ zur Verfügung stehen muß, die die Fehler eines pauschalen Einheitsdenkens ebenso vermeidet wie die des Denkens im Bild der „abhängigen Gesellschaft“.

IV. Konzernverfassungsrechtliche Konsequenzen

1. Asymmetrien der Konzernverfassung

Was ergibt sich aus der Sicht des Konzerns als polykorporatives Netzwerk für die Aufgaben einer künftigen Konzernverfassung? Seit die europäischen Integrationsbemühungen sich verstärkt einem „sozialen Europa“ zuwenden, ist die Frage auch wieder von rechtspraktischer Bedeutung. Im Rahmen einer solchen Integrationspolitik spielt die Unternehmensverfassung europäischer Konzerne eine wichtige Rolle. Wie bekannt hat nach der Grundsatzerklärung des Europarats von 1987, „die Anpassungen des Gesellschaftsrechts mit dem Ziel der Schaffung einer Gesellschaft europäischen Rechts rasch voranzutreiben“, die Kommission 1988 ein Memorandum vorgelegt, in dem die Grundzüge einer neuen Societas Europaea zur Diskussion gestellt wurden.⁹⁵ Im August 1989 wurde ein ausgearbeiteter Vorschlag zur Europäischen Aktiengesellschaft

⁹⁵ „Binnenmarkt und industrielle Zusammenarbeit – Statut für die Europäische Aktiengesellschaft – Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarkts, Rdn. 137 (Memorandum der Kommission an das Parlament, den Rat und die Sozialpartner) KOM (88) 320 15. Juli 1988.

erstellt, der jetzt zur Beratung und Beschlußfassung ansteht.⁹⁶ In der Sache läuft der Vorschlag auf eine Kombination von Vorstellungen der alten Societas Europaea mit denen der Strukturrichtlinie heraus.⁹⁷ Kernstück ist eine Art Optionspolitik: die Unternehmen können zwischen verschiedenen Modellen der Unternehmensverfassung wählen. Zwar hat die Kommission bewußt Konzernrechtsprobleme aus diesem Entwurf herausgelagert,⁹⁸ da jedoch die SE als Rechtsform für grenzüberschreitende europäische Konzerne gedacht ist, sind ihre unternehmensverfassungsrechtlichen Vorschriften für das Konzernrecht von zentralem Interesse.⁹⁹

Auch für Fragen der Konzernverfassung muß ein Vergleich zwischen ihrer faktischen Lage und der Rechtsverfassung einer funktionsfähigen Unternehmung vorgenommen werden, um eine Problemsicht für bestehende Asymmetrien und für Lösungsperspektiven zu gewinnen. Nur darf dieser Vergleich weder an der „abhängigen Gesellschaft“ noch an der „Konzernspitze“ ansetzen, sondern muß das Netzwerk selbst, genauer: das Handlungssystem der Inter-Organisationsbeziehungen im Konzern, treffen. Es geht also darum, Leitlinien für eine Rechtsverfassung des Netzwerkes selbst zu entwickeln.

Dem steht der häufig geäußerte, fast schon zum Dogma erstarrte Einwand entgegen, die Schaffung von Unternehmensorganen eigens für den Konzern sei ein Irrweg; der Konzern als solcher handle in den Organen seiner Glieder¹⁰⁰. Dieser Einwand muß sich die Gegenfrage gefallen lassen, ob in der faktischen Entwicklung nicht schon längst Netzwerk-Organen entstanden sind, deren rechtliche Überformung durch diesen Einwand blockiert werden (dazu genauer unten). Richtig aber ist am Einwand folgendes: Vergleichsmaßstab für eine Rechtsverfassung des Konzern als Ganzem darf nicht die klassische hierarchisch strukturierte Aktiengesellschaft sein, die in ihren Spitzenorganen handelt. Resultat

96 Statut für eine Europäische Aktiengesellschaft Kom (89) 268 – endg. SYN 218 und 219, Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaften, COM 268 endg.-SYN 218 und Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, COM 268 endg.-SYN 219. Dazu die Stellungnahme von DIDIER, *The Future European Company Statute: An 'Early Warning' on EC Intentions*, 1992 – *The External Impact of European Unification 1* (1989), 13–16; sowie LUTTER, *Die AG 1990*, 413 ff; HOMMELHOFF, *Die AG 1990*, 422 ff; KNOBBE-KEUK, *Die AG 1990*, 435 ff; VON MAYDELL, *Die AG 1990*, 442 ff; WAHLERS, *Die AG 1990*, 448 ff; T. RAISER, FS Steindorff, 1990, S. 202 ff.

97 „Societas Europaea“: 1970, 1972, Bull. EC, Supp. 4/1975; „Strukturrichtlinie“: 1972, 1983, ABl. C 23/11 (25. Jan. 1985).

98 Vgl. Art. 114 der Verordnung, KOM (89) 268; dazu die Begründung KOM (89) 268, S. 42 ff.

99 Vgl. die Diskussion ihrer Relevanz für internationale Konzerne bei DIDIER, aaO (Fn. 96), S. 15.

100 Z. B. BÄLZ, FS Raiser, 1974, S. 329; DERS., aaO (Fn. 5); *Unternehmensrechtskommission*, 1980, 1253, 1260 ff; dezidiert anders: LUTTER, FS Stimpel, 1985, S. 829 ff.

tat eines solchen Vorgehens wäre eine bürokratische Erstarrung der Konzernverfassung in einer hierarchischen Organisation. Vielmehr muß das Rechtsbild des „polykorporativen Netzwerks“ ernstgenommen werden. Die Erhaltung, ja die rechtliche Förderung des extrem flexiblen Charakters der Netzwerkorganisation läßt sich nur durch eine systematische Berücksichtigung der oben herausgestellten drei Merkmale des Konzerns erreichen: Kontextsteuerung, Marktinternalisierung und Eigendynamik einer Vielfalt von Aktionszentren. Das bedeutet, daß die klassischen Organisationsprinzipien der als Aktiengesellschaft verfaßten Großunternehmen – Gewaltenteilung und Funktionsdifferenzierung – deutlich modifiziert werden müssen, wenn sie für die Verfassung des Netzwerks Gültigkeit beanspruchen wollen.

Konzentriert man sich auf die Verfassung des Netzwerks selbst, so wird deutlich, daß sich entgegen dem eben erwähnten Satz von der Sinnwidrigkeit eigenständiger Konzernorgane in der Praxis eigenständige Institutionen des Netzwerks faktisch herausgebildet haben¹⁰¹. Das „Weisungsrecht“ der Obergesellschaft gegenüber der Untergesellschaft ist geradezu die Verkörperung einer solchen Netzwerkbeziehung, die nach klassischem Gesellschaftsrecht eigentlich illegitim ist. Zugleich wird deutlich, daß sich in der de-facto-Konzernverfassung Asymmetrien herausgebildet haben. Deren Korrektur wird die Aufgabe eines künftigen Konzernrechts bezeichnen.

Analysiert man den Konzern aus der Perspektive der beteiligten Ressourcenträger, so zeigt sich ein deutlicher Machtzuwachs für die Gruppe des Managements relativ zur Gruppe von Anteilseignern und Arbeitnehmern. „Die Konzernleitung erlangt im faktischen wie im Vertragskonzern einen erheblichen Machtzuwachs im Verhältnis zu ihrem Aufsichtsrat und zu ihren Anteilseignern.“¹⁰² Der Machtverlust der Minderheitsaktionäre der Untergesellschaften ist sozusagen das klassische Thema des Konzernrechts, demgegenüber erst in neuerer Zeit entsprechende Macht- und Einflußeinbußen der Anteilseigner in der Konzernspitze gegenüber dem Konzernmanagement thematisiert werden.¹⁰³ Die parallel dazu verlaufende Mediatisierung des Einflusses der Arbeitnehmerseite, sei es der Belegschaft und ihrer Vertretungsorgane, sei es der organisierten Gewerkschaften ist in der Literatur zu Konzernmitbestimmung hinreichend

101 Dazu besonders prägnant LUTTER, FS Stimpel, 1985, S. 829 ff; vgl. auch U. H. SCHNEIDER, BB 1981, 249–259. Bestätigt wird diese realistische juristische Sichtweise durch die in der Konzernpraxis verbreiteten „bereichsübergreifenden Komitees oder Ausschüsse“ (dazu THEISEN, Die Betriebswirtschaft 48 [1988], 284 f) und „Kollegialorgane“ (in die Konzernleitung kooptierte Leitungsorgane der Subeinheiten, dazu KUHN, ZfB 57 [1987], 457–464).

102 TRESCHER, in: Eichhorn, Unternehmensverfassung in der privaten und öffentlichen Wirtschaft, 1989, S. 61–75, 64.

103 Vgl. die Literaturangaben in Fn. 5 zur Einheitstheorie des Konzerns.

deutlich herausgearbeitet worden.¹⁰⁴ Hält man an der in der Mitbestimmungsdiskussion entwickelten Idee einer „Produzentenkoalition“ fest, wonach die am Unternehmen beteiligten Ressourcenträger ihre property rights auf den corporate actor übertragen und diese als „organizationally bound property rights“ nach Effizienzkriterien auf die Organisationsmitglieder verteilt werden¹⁰⁵, so stellt sich als Aufgabe einer Konzernverfassung deren Übertragung auf das Netzwerk des Konzerns.

Analysiert man unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung, wie in der de-facto-Verfassung des Konzerns die Funktionen der Operation, der Kontrolle und der Legitimation gewichtet sind, so wird wiederum eine eindeutige Dominanz der operativen Funktion und ein Gewichtsverlust der Kontroll- und Legitimationsfunktion zu konstatieren sein. In der Sache hat sich nur die operative Funktion für das Netzwerk des Konzerns eigenständige Institutionen geschaffen, die im Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft, in der Beherrschung der Hauptversammlungen der Untergesellschaften, im Besetzen von Aufsichts- und Managementfunktionen der Untergesellschaften, in konzernvertraglichen Strukturen und in personeller Verflechtung verkörpert sind¹⁰⁶. Demgegenüber haben sich Aufsichts- und Legitimationsfunktionen im Netzwerk nicht durchsetzen können. Nicht nur, daß im Netzwerk entsprechende Kontroll- und Legitimationsnetze kaum oder nur in allerersten Ansätzen vorhanden sind, nein, auch in den Konzerngesellschaften sind durch die Konzernierung Kontrolle und Legitimation funktionslos geworden und selbst in der Konzernspitze werden sie dadurch mediatisiert, daß der Zugang zum Netzwerk und zu den Untergesellschaften prinzipiell über den Vorstand der Konzernspitze verläuft.

2. *Gegenmacht-Netzwerke im Konzern*

Die rechtspolitische Folgerung aus diesem Befund von ressourcenbezogenen und funktionsbezogenen Asymmetrien im Konzern heißt: *der Aufbau von Gegenmacht-Netzwerken der Kontrolle und Legitimation im Konzern*. Rechtspolitisch geht es darum, gegenüber dem vollentwickelten „Operationssystem“ im Konzern ein „Politiksystem“ nachzuentwickeln, das den Machtasymmetrien zwischen den Gruppen der Ressourcenträger entgegenarbeitet und auf ein Funktionsgleichgewicht von Operation, Kontrolle und Legitimation zielt. Gegenüber traditionellen Vorstellungen von Unternehmensorganen (Kontroll- und Legitimationsorgane für den Gesamtkonzern) liegt jedoch der Nachdruck

104 Vgl. die Literaturhinweise zur deutschen und ausländischen Diskussion der Konzernmitbestimmung in Fn. 52.

105 KRAUSE, in: T. Daintith & G. Teubner, *Contract and Organisation*, 1986, S. 219–243, 229 ff.

106 LUTTER, FS Stimpel, 1985, S. 829 ff.

auf dem flexiblen Netzwerkcharakter solcher Gegen-Institutionen, der es ihnen erlaubt, dem chamäleonhaften Changieren des Operationsnetzwerkes angepaßte Kontroll- und Legitimationsleistungen zu erbringen.

Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt die bisher im europäischen Raum diskutierten rudimentären Ansätze einer Konzernverfassung, so erfüllt die Vredeling-Richtlinie (1980, 1983), die Informationsrechte der Arbeitnehmer in komplexen Unternehmen vorsieht, noch am ehesten die Anforderungen an Flexibilität des Kontrollnetzwerkes¹⁰⁷. Sie setzt dem Netz von Weisungsrechten im Operationssystem des Konzerns ein Netz von Informationsrechten und -pflichten entgegen, das als Ausgangsbasis für die Herausbildung eines konzern-internen Politiksystems dienen könnte. Der flexible Kontraktmechanismus des "collective bargaining" verspricht durchaus Chancen, das Kollektivvertragssystem als wirksames Instrument zu benutzen, es auf Information, Beratung, ja sogar Verhandlungen auszudehnen, um Einfluß auf Management-Entscheidungen zu gewinnen¹⁰⁸. Insbesondere macht sie sich mit ihrem Verzicht auf Festlegung der Rechtsform des Konzerns und auf Fixierung von institutionellen Kompetenzen von bürokratischen Organen von den rigiden Zwängen einer institutionalisierten Mitbestimmung frei und erlaubt im Prinzip die flexible Anpassung an wechselnde Organisationsformen des Konzerns. Das macht sie zugleich gegenüber Umgehungsstrategien des Operationssystems, das sich durch Reorganisierung des Netzwerks von Kontroll- und Legitimationszwängen zu befreien sucht, relativ immun.¹⁰⁹

Ihr Problem liegt freilich in der relativen Schwäche von bloßen Informationspflichten gegenüber echten Mitbestimmungsrechten und – wichtiger noch – im Fehlen eines rechtlich verfaßten Koordinationszentrum des Gegenmacht-Netzwerkes. Gerade ihre Verankerung im "collective bargaining" enthüllt ihre Schwäche als vertragliche Strategie ohne organisatorischen Rückhalt¹¹⁰.

In dieser Hinsicht sind institutionalisierte Lösungen, die an der Konzernspitze ansetzen, im klaren Vorteil. Die französische Lösung des Comité d'entreprise, ebenso wie der deutsche Konzernbetriebsrat und die Konzernmitbestimmung im Aufsichtsrat setzen mit Nachdruck darauf, durch Konzentration auf die Konzernspitze die Koordination des Netzwerkes zu beeinflussen.¹¹¹ Was diese

107 Dazu BLANPAIN, in: J. Vandamme, *Employee Consultation and Information in Multinational Corporations*, 1986, S. 13 ff; VANDAMME, in: J. Vandamme, *Employee Consultation and Information in Multinational Corporations*, 1986, S. 149 ff; PIPKORN, aaO (Fn. 55); TREU, in: D. Sugarman & G. Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990.

108 BLANPAIN, aaO (Fn. 107), S. 13, 30.

109 Dazu besonders TREU, aaO (Fn. 107), der gegenüber den institutionellen Modellen deutscher Tradition deutlich skeptisch ist.

110 Bedenkenswerte Argumente bei VARDARO, aaO (Fn. 39).

111 Vgl. die Literaturhinweise in Fn. 52.

Lösungen so besonders interessant macht, ist, daß sie zwar institutionell in der Muttergesellschaft lokalisiert sind, daß sie aber (systemwidrig, jedoch netzwerkgerecht) der Tendenz nach auf das Netzwerk selbst abzielen. Sie repräsentierten nicht nur die Belegschaft der Muttergesellschaft, sondern entgegen den Prinzipien der Unternehmensverfassung einer geschlossenen Gesellschaft zugleich auch die Belegschaften der Tochterunternehmungen. Allerdings beschränkt sich ihr Netzwerkcharakter nur auf die Rekrutierungs- und Repräsentationsfunktion, während ihre netzwerkbezogenen Kompetenzen unterentwickelt sind. Hierin, in ihren Befugnissen hinsichtlich Kontrolle des Netzwerkes, insbesondere beim Aufsichtsrat in Hinsicht auf die Personalhoheit der Untergesellschaften, dürften ihre Zukunftschancen liegen.

Freilich liegt ihr Zentralproblem woanders: in ihrer Fixierung auf ein Unternehmens- oder Betriebsorgan mit mehr oder weniger fest vordefinierten Kompetenzen. Dies macht sie relativ rigide und nicht flexibel genug, um auf Umorganisationen des Operationssystems, das sich ihren Kontrollen zu entziehen sucht, reagieren zu können.

Weitaus größere Flexibilität in dieser Hinsicht versprechen vertragliche Arrangements, die aus dem Kollektivvertragssystem herauswachsen und die Kontroll-, Legitimitations- und Mitbestimmungsmöglichkeiten immer wieder an neu auftretende Organisationsbedürfnisse anpassen können. Kollektivvertragliche Flexibilität dürfte dem Netzwerkcharakter des Konzerns am ehesten angepaßt sein. Aber natürlich haben auch kontraktuelle Arrangements ihre Achillessehne. Ihre extreme Abhängigkeit von Schwankungen der Konjunktur- und Marktlage läßt ihre Kontrollkapazität gerade in Krisenzeiten als hochproblematisch erscheinen. Wie die wirtschaftliche Krise der 70er und frühen 80er Jahre im internationalen Vergleich deutlich gemacht hat, verfügen bloß vertragliche Systeme nicht über die formalisierten Machtpositionen institutioneller Mitbestimmungssysteme, die diese von Macht- und Marktfluktuationen relativ (!) unabhängig machen.¹¹²

112 Im Vergleich der Länder mit eher kontraktuell orientierten industrial relations („pluralist“) und solchen, die eher auf institutionalisierte Mitbestimmung setzen („corporatist“) gelangt STREECK, in: Sugarman & Teubner, *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, S. 105 ff., 133 f., zu der Schlußfolgerung: „Economies with corporatist institutions like West Germany and Sweden seem by contrast to have reserves of flexibility that are all the greater the more the institutional system concerned differs from the pluralist type – not least with respect to its tolerance for non-utilitarian links to enterprise and work.“ Streeck interpretiert die verfügbaren Daten in dem Sinne, daß im Gegensatz zu den „kontraktualistischen“ Arbeitsbeziehungen in USA und Großbritannien, bestimmte nationale institutionelle Besonderheiten „seem today to be providing countries with more corporatist labour relations with a relatively high degree of economic competitiveness.“ Vgl. auch als empirischen internationalen Vergleich eines Industriezweiges DERS., *Industrial Relations and Industrial Change in the Motor Industry: An International View*, Economic and Industrial Democracy 8

Der neue SE-Vorschlag ist unter diesem Gesichtspunkt doppelt interessant. Zum einen fördert die Optionslösung als solches das Denken in institutionellen Alternativen unter dem Gesichtspunkt der funktionalen Äquivalenz. Damit rückt die Gewährleistung eines „gleichwertigen Kontrollniveaus“ in den Vordergrund der juristischen Konstruktionen. Dem chamäleonhaften Changieren der dezentralen Konzerne ist ein solches Denken in funktionalen Äquivalenzen sehr viel eher angemessen als die Erfindung immer neuer gesetzgeberischer Regelungen, die den tatsächlichen Entwicklungen doch immer nur hinterherlaufen.¹¹³ Zum anderen dürfte die im Entwurf vorgesehene kollektivvertragliche Variante der Unternehmensverfassung – trotz des Widerstandes gerade der deutschen Gewerkschaften – langfristig die interessantere sein.¹¹⁴ Sie erlaubt schon im Vorhinein Reaktionen auf strukturelle Änderungen der Organisationswirklichkeit und auf strategische Züge der Konzernplanung. Unabdingbare Voraussetzung für den Erfolg sind jedoch ausreichende Rechtsgarantien für ein „adäquates Kontrollniveau“, das selbst nicht zur kollektivvertraglichen Disposition stehen darf. Ob man mit einem Vetorecht der beteiligten Interessen oder mit der streitschlichtenden Rolle dritter Instanzen arbeitet – hier muß eine Rechtsgarantie gegeben werden. Und genau hier liegt der schwächste Punkt des neuen SE-Vorschlages.¹¹⁵

Vielleicht – und mit dieser offenen Frage sollen die hier vorgetragenen Überlegungen enden – liegt die Zukunft eines Gegenmacht-Netzwerkes in einer intelligenten Kombination der bisher versuchten Regelungswerke. In diese Richtung gehen auch die tastenden Überlegungen von *Vardaro*¹¹⁶, der eine sorgfältig kalkulierte Mischung von vertraglichen und organisatorischen Faktoren fordert. Nach Vardaro sollten in multinationalen Unternehmen supranationale Vertragsstrategien von nationalen Organisationsstrategien abgestützt sein. Die rechtliche Abstützung eines Koordinationszentrum für Kontroll- und Legitimationsaufgaben ohne Festlegung eines starren Kompetenzkatalogs, mit der rechtlichen Ausstattung eines zwingenden Mandats zu kontraktuellen Arrangements von Legitimation und Kontrolle auf adäquatem Niveau – könnte hierin die Richtungsangabe für eine künftige Konzernverfassung bestehen?

(1987), 437–462; und die eher theoretisch orientierten Ausführungen DERS., *The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainties, Work, Employment and Society* 1 (1987), S. 281–308.

113 Ausführlich zum Denken in funktionalen Alternativen am Beispiel des europäischen Unternehmensverfassungsrechts ABELTSHAUSER, *Strukturalternativen für eine europäische Unternehmensverfassung*, 1990, S. 172 ff.

114 Art. 6 der Richtlinie COM (89).

115 Der SE-Entwurf sieht hier vor: Für den Fall, daß keine Einigung erzielt werden kann, obliegt es der Geschäftsführung, das Mitbestimmungsmodell festzulegen. Siehe Art. 3 der Richtlinie.

116 VARDARO, aaO (Fn. 39).