

Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht

2022

ISBN 978-3-406-77780-6

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Abs. 1 S. 2 InsO die Führung des Negativnachweises. Die technisch ziemlich gewundene Regelung, die sich in die verfahrensrechtliche Systematik – wenn überhaupt – nicht ohne Weiteres einfügt, ist augenscheinlich das Ergebnis eines konzeptionell wenig ausgereiften Formelkompromisses im Gesetzgebungsverfahren. Sind die Schwellenwerte gem. § 3a Abs. 1 S. 2 InsO erreicht, scheidet eine untergeordnete Bedeutung idR aus, und dem Konzentrationsantrag ist stattzugeben.³³ Doch bedeutet das nicht, dass im Falle ihrer Unterschreitung eine untergeordnete Bedeutung des Schuldners idR feststeht. Doch kann ein Gruppen-Gerichtsstand dann jedenfalls bei dem Gericht begründet werden, das für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens für den gruppenangehörigen Schuldner zuständig ist, der im vorangegangenen Geschäftsjahr im Jahresdurchschnitt die meisten Arbeitnehmer beschäftigt hat (§ 3a Abs. 1 S. 4 InsO).

Eine hinreichende Bedeutung des Unternehmens für die Unternehmensgruppe kann sich jedoch auch aus anderen Umständen ergeben, die im Gesetz nicht ausdrücklich genannt sind. Dann kann der Gruppen-Gerichtsstand bei divergierender örtlicher Zuständigkeit wahlweise an beiden Gerichten begründet werden. Die Vorschrift des § 3a Abs. 1 S. 2 InsO begründet keine gesetzliche Vermutung iSv § 292 ZPO (§ 4 InsO), deren Gegenteil vollen Beweises bedürfte.³⁴ Vielmehr soll sie entsprechend der Ansicht des Gesetzgebers einen „quantitativen Orientierungspunkt“ für die Beantwortung der Frage bieten, „ob ein Unternehmen von gewisser Bedeutung für die Unternehmensgruppe sein kann“.³⁵ Selbst wenn die Schwellenwerte deutlich unterschritten werden, kann dem Antrag unter besonderen Umständen Erfolg beschieden sein. Wann das der Fall sein könnte, lässt die gesetzliche Regelung im Dunkeln. Ein möglicher Beispielfall könnte dann vorliegen, wenn keines der gruppenangehörigen Unternehmen die Schwellenwerte erreicht, aber die Begründung des Gruppen-Gerichtsstandes nach Maßgabe der Auffangregelung in § 3a Abs. 1 S. 4 InsO weniger sachgerecht erscheint als die beantragte. Sind die Schwellenwerte hingegen erfüllt, fehlt es idR an der untergeordneten Bedeutung – ausnahmsweise kann sie allerdings gleichwohl anzunehmen sein. Das etwas unklare Regel-Ausnahme-Verhältnis eröffnet – anders als § 3a Abs. 2 InsO – kein eingeschränkt überprüfbares Ermessen des Gerichts.³⁶ Die gerichtliche Feststellung, ob die Schwellenwerte erreicht sind, soll durch die dem Konzentrationsantrag beizufügenden Unterlagen ermöglicht werden (§ 13a Abs. 2 InsO).³⁷ Beweismaß ist auch hier die volle richterliche Überzeugung (§ 286 Abs. 1 ZPO, § 4 InsO) und keine irgendwie geartete Abschätzung nach freiem richterlichem Ermessen.³⁸ Sind die Voraussetzungen für die Anwendung der Regel des § 3a Abs. 1 S. 2 InsO nicht feststellbar, hat das Gericht die Frage untergeordneter Bedeutung anhand aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Legt der Schuldner eine

³³ Der Regierungsentwurf hatte noch niedrigere Schwellenwerte von je 10 Prozent vorgesehen, die allerdings kumulativ zu erfüllen gewesen wären: BT-Drs. 18/407, 7.

³⁴ Prütting in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 292; aA Harder NJW-Spezial 2017, 469; Laroche ZInsO 2017, 2585 (2590); Sternal in Heidelberger Kommentar zur InsO, 10. Aufl. 2020, § 3a Rn. 5; Wimmer DB 2013, 1343 (1347); Wimmer-Amend in Frankfurter Kommentar zur InsO, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 24.

³⁵ Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/407, 26; v. Wilcken in Flöther, Handbuch zum Konzerninsolvenzrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 57 XXX; ähnlich Prütting in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 7 aE („Vielmehr handelt es sich um Regelmerkmale, die die richterliche Entscheidung bestimmen können, falls nicht die individuelle Einschätzung des Einzelfalles ein Abweichen nahelegt.“).

³⁶ Prütting in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 7; s. aber noch Rn. 15.

³⁷ Prütting in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 7.

³⁸ Anders die Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/407, 27; Wimmer-Amend in Frankfurter Kommentar zur InsO, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 29; etwas missverständlich Prütting in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 7 („Schwellenwerte im Rahmen der freien Beweiswürdigung abschätzen“).

gewisse Bedeutung in der Unternehmensgruppe dar und lässt sich eine – offensichtlich – untergeordnete Bedeutung nicht feststellen, hat das Gericht, wenn alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind, den beantragten Gruppen-Gerichtsstand einzurichten.

b) *Offensichtlichkeit der untergeordneten Bedeutung*

Die Bedeutung des Erfordernisses der Offensichtlichkeit ist unklar und streitig. Entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht liegt darin keine Steigerung des Beweismaßes über das von § 286 Abs. 1 ZPO (§ 4 InsO) verlangte und ohnehin sehr strenge Erfordernis voller richterlicher Überzeugung hinaus.³⁹ Vielmehr bedeutet das Offensichtlichkeitserfordernis, dass selbst dann, wenn die Schwellenwerte gem. § 3a Abs. 1 S. 2 InsO nicht erreicht sind und eine untergeordnete Bedeutung des Schuldners feststeht, dem Antrag auf Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes nicht automatisch der Erfolg versagt sein muss, nämlich wenn keine „offensichtlich“ untergeordnete Bedeutung des Schuldners vorliegt. Die Offensichtlichkeit kann bspw. fehlen, wenn die Schwellenwerte nur knapp verfehlt werden. Dagegen dürfte etwa bei einer Unterschreitung von 50% von Offensichtlichkeit auszugehen sein. Die Bedeutung der Schwellenwerte wird dadurch allerdings nicht unerheblich weiter relativiert.

IV. Ablehnung nach gerichtlichem Ermessen bei Zweifeln an der Interessengerechtigkeit

Das Insolvenzgericht kann den Konzentrationsantrag ablehnen, wenn Zweifel daran bestehen, dass eine Verfahrenskonzentration am angerufenen Insolvenzgericht im gemeinsamen Interesse der Gläubiger liegt (§ 3a Abs. 2 InsO). Weder ist erforderlich, dass die Begründung des Gruppen-Gerichtsstandes positiv feststellbar im gemeinsamen Gläubigerinteresse liegt,⁴⁰ noch muss die Verfahrenskonzentration am angerufenen Insolvenzgericht den gemeinsamen Interessen der Gläubiger nachweislich widersprechen.⁴¹ Vielmehr genügen bloße Zweifel daran, dass die Verfahrenskonzentration am angerufenen Gericht im gemeinsamen Interesse der Gläubiger liegt, um dem Gericht die Ermessensentscheidung zu eröffnen.⁴² Ernstliche Zweifel sind nicht erforderlich.⁴³ Dabei handelt es sich nicht um eine Beweismaßregelung in Abweichung von § 286 Abs. 1 ZPO, sondern um eine Tatbestandsvoraussetzung für eine Ablehnung nach Ermessen. Konsequenterweise dürfte es also um die Begründetheit des Antrages gehen.⁴⁴ Maßgeblich sind nicht allein die Interessen der Gläubiger des antragstellenden Unternehmens, sondern diejenigen aller Gläubiger sämtlicher gruppenangehöriger Unternehmen.⁴⁵ Ein Beispielsfall für gemeinsames Interesse soll nach der Regierungsbegründung dann gegeben sein, „wenn sich durch eine koordinierte Abwick-

³⁹ AA *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 6.

⁴⁰ AA offenbar *Wimmer-Amend* in Frankfurter Kommentar zur InsO, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 22.

⁴¹ So aber wohl *Sternal* in Heidelberger Kommentar zur InsO, 10. Aufl. 2020, § 3a Rn. 9.

⁴² Eine Ermessensentscheidung bejahend *Baumert* in Braun, Kommentar InsO, 5. Aufl. 2012, § 3a Rn. 16; *Sternal* in Heidelberger Kommentar zur InsO, 10. Aufl. 2020, § 3a Rn. 12; wohl auch die Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/407, 27 („Bestehen aber Zweifel daran, dass eine Konzentration im konkreten Fall zu Vorteilen führt, kann es [scil. das Insolvenzgericht] den Antrag ablehnen.“ – Hervorhebung hinzugefügt). AA *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 14 (Einräumung der Rechtsmacht, den Antrag bei ersten Zweifeln abzulehnen).

⁴³ AA *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 11.

⁴⁴ Tendenziell in diese Richtung wohl auch *Brünkmans* ZIP 2013, 193 (196 linke Spalte): „Materieller Prüfungsmaßstab“.

⁴⁵ Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/407, 27; *Baumert* in Braun, Kommentar InsO, 5. Aufl. 2012, § 3a Rn. 16; *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a

lung der Einzelverfahren Koordinationsgewinne erzielen lassen, die einigen Insolvenzmassen zugutekommen, ohne dabei die übrigen Massen zu benachteiligen“.⁴⁶ Das lässt sich bei Verfahrensbeginn – wenn überhaupt jemals – kaum je feststellen.⁴⁷ Auch die Regierungsbegründung geht davon aus, dass keine positive Feststellung erforderlich sei, „dass und welche Kooperationsvorteile eine Verfahrenskoordination erwarten lässt“.⁴⁸ Gewisse Zweifel, wie sie ein pflichtgemäß gewissenhaft arbeitender Richter von Berufs wegen naturgemäß hegt, werden sich mithin in aller Regel kaum ausschließen lassen. Praktisch wird die Entscheidung über den Antrag auf Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes damit in aller Regel zu einer gerichtlichen Ermessensentscheidung. Bei Zweifeln muss das Gericht sein Ermessen ausüben und die Ermessensausübung begründen. Aber selbst bei Zweifeln kann das Insolvenzgericht den Gruppen-Gerichtsstand einrichten.

V. Konkurrierende Anträge

1. Prioritätsprinzip

Im Verhältnis konkurrierender Konzentrationsanträge mehrerer gruppenangehöriger Schuldner gilt das Prioritätsprinzip (arg. § 3a Abs. 1 S. 3 InsO *e contrario*).⁴⁹ Später gestellte Anträge sind unzulässig (arg. ex § 3a Abs. 1 S. 3 Hs. 2 InsO).⁵⁰ Die Reihenfolge mehrerer Insolvenzanträge in Bezug auf verschiedene gruppenangehörige Unternehmen ist irrelevant (arg. § 3 Abs. 2 InsO *e contrario*). Die Geltung des Prioritätsprinzips hat mit dem Gedanken der Rechtshängigkeitssperre (§ 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO, § 4 InsO) nichts zu tun, weil die Verfahrensgegenstände angesichts divergierender Anträge, Lebenssachverhalte und Antragsteller verschieden sind.⁵¹ Abzustellen ist nach wohl h. M. auf den Zeitpunkt der Antragstellung. Auf die Erfüllung der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen kommt es ebenso wenig an wie darauf, ob die Voraussetzungen für eine Ablehnung des Konzentrationsantrages gem. § 3a Abs. 2 InsO vorliegen. Das gilt aus Gründen der Rechtsklarheit auch dann, wenn der Konzentrationsantrag bei einem örtlich unzuständigen Gericht gestellt und auf Antrag an das zuständige Gericht verwiesen worden ist. Entsprechendes gilt, wenn der Konzentrationsantrag beim örtlich zuständigen, zunächst nicht mit einem Insolvenzantrag angerufenen Gericht gestellt worden ist, das erst später im Wege der Verweisung „angerufen“ worden ist. Eine Differenzierung nach einzelnen Zulässigkeitshindernissen ist insoweit letztlich nicht sachgerecht. Nach dem Erstantrag gestellte Anträge sollen nach teilweise vertretener Ansicht ohne Weiteres als unzulässig abzuweisen sein.⁵² Das bringt zwar vordergründig Rechtsklar-

Rn. 11; *Sternal* in Heidelberger Kommentar zur InsO, 10. Aufl. 2020, § 3a Rn. 8; *Wimmer-Amend* in Frankfurter Kommentar zur InsO, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 22.

⁴⁶ Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/407 Rn. 27.

⁴⁷ Zutreffend *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 1; *Thole* KTS 2014, 351 (359).

⁴⁸ Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/407, 27; dem folgend *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 11 aE; *Sternal* in Heidelberger Kommentar zur InsO, 10. Aufl. 2020, § 3a Rn. 9; *Wimmer-Amend* in Frankfurter Kommentar zur InsO, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 23.

⁴⁹ Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/407, 27; *Baumert* in Braun, Kommentar InsO, 5. Aufl. 2012, § 3a Rn. 18; *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 9; *Sternal* in Heidelberger Kommentar zur InsO, 10. Aufl. 2020, § 3a Rn. 10; *Thole* KTS 2014, 351 (358); *Wimmer-Amend* in Frankfurter Kommentar zur InsO, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 19.

⁵⁰ IERG gleich *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 9, 14.

⁵¹ AA *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 9; *Thole* KTS 2014, 351 (358).

⁵² *Prütting* in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 14; wohl auch *Baumert* in Braun, Kommentar InsO, 5. Aufl. 2012, § 3a Rn. 18 (etwas unklar).

heit, birgt aber durchaus Zweifelsfragen, insbes. wenn der zuerst gestellte Antrag unzulässig oder unbegründet ist und deswegen abgelehnt wird. Wenn der zeitlich später gestellte Antrag ansonsten zulässig ist und vom Gericht positiv beschieden würde, hätte eine vorher erfolgte Abweisung als unzulässig zur Folge, dass dann ein erneuter Antrag wieder in zeitliche Konkurrenz mit weiteren Anträgen anderer gruppenangehöriger Schuldner geraten und dabei ins Hintertreffen geraten könnte. Der Wettlauf würde dann mehrmals nacheinander in Gang gesetzt. Das aber wird dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung letztlich nicht voll gerecht. Vorzugswürdig erscheint deshalb, dass das Gericht, bei dem ein nachfolgender Antrag gestellt worden ist, mit seiner Entscheidung solange zuwarten kann und muss, bis das vorher angerufene Gericht unanfechtbar entschieden hat. Nur so lässt sich vermeiden, dass Konzentrationsanträge durch unzulässige oder sonst aussichtslose Anträge torpediert werden. Das Prioritätsprinzip bleibt dann unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der konkurrierenden Anträge sinnvoll gewahrt.

2. Zeitgleiche Anträge und unklare Antragsreihenfolge

Sind konkurrierende Anträge verschiedener gruppenangehöriger Schuldner zeitgleich gestellt, ist der Antrag des Schuldners maßgeblich, der im vergangenen abgeschlossenen Geschäftsjahr die meisten Arbeitnehmer beschäftigt hat (§ 3a Abs. 1 S. 3 Hs. 1 Alt. 1 InsO); die anderen Anträge sind unzulässig (§ 3a Abs. 1 Hs. 2 InsO). Das Kriterium der Anzahl beschäftigter Arbeitnehmer ist fragwürdig, insofern auf den Umgang der Beschäftigungsverhältnisse keine Rücksicht genommen wird. Zeitgleiche Antragstellung wird praktisch kaum je vorkommen. Teilweise wird deshalb vertreten, Zeitgleichheit sei bei Antragstellung innerhalb derselben Stunde des Tages anzunehmen (analog § 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO),⁵³ nach anderer Ansicht genügt ein enger zeitlicher Zusammenhang, wie zB bei Eingang innerhalb eines Tages.⁵⁴ Dabei muss man sich klarmachen, dass das Prioritätsprinzip, das nach der gesetzlichen Regelung grds. gelten soll, bei einem großzügigen Maßstab für die Annahme der Gleichzeitigkeit unterlaufen würde. Deshalb ist davon auszugehen, dass es auf die genaue Uhrzeit der Antragstellung ankommt. Ist die genaue Uhrzeit, wie es nicht selten der Fall sein wird, nicht feststellbar und die Antragsreihenfolge innerhalb eines Tages deshalb unaufklärbar, kommt § 3a Abs. 1 S. 3 Hs. 1 Alt. 2 InsO mit derselben Rechtsfolge zur Anwendung: maßgeblich ist wiederum der Antrag des Schuldners, der im vergangenen abgeschlossenen Geschäftsjahr die meisten Arbeitnehmer beschäftigt hat; der oder die anderen Anträge sind unzulässig (§ 3a Abs. 2 S. 3 Hs. 2 InsO). Die Zulässigkeit früher gestellter Anträge bleibt selbstverständlich unberührt. Im Verhältnis zu nachrangig gestellten Anträgen gilt das zur Unzulässigkeit kraft Priorität Gesagte: Über sie kann und darf das angerufene Gericht erst nach unanfechtbarer Entscheidung über früher gestellte Anträge entscheiden.

VI. Zusammenfassung

Die neu eingeführte Konzentration der insolvenzgerichtlichen Zuständigkeit am Gruppen-Gerichtsstand ist eine hoch komplizierte und teilweise durchaus dornenvolle Innovation. Die zahlreichen Unklarheiten der gesetzlichen Neuregelung werfen derart viele Zweifelsfragen auf, dass es längere Zeit in Anspruch nehmen wird, bis sich der gewünschte Bündelungseffekt einigermaßen reibungslos einstellen wird. Nicht hinreichend klar geregelt ist die örtliche Eingangszuständigkeit für den Schuldnerantrag. Streitpotenzial bergen auch das Erfordernis fehlender offensichtlich untergeordneter Bedeutung des antragstellenden Schuldners und die Möglichkeit der Ablehnung der Konzentration nach richterlichem

⁵³ Prütting in Kübler/Prütting/Bork, Kommentar InsO, 83. EL 2020, § 3a Rn. 10.

⁵⁴ Sternal in Heidelberg Kommentar zur InsO, 10. Aufl. 2020, § 3a Rn. 10.

Erkennen. So sinnvoll das Ziel der Verfahrenskonzentration auch sein mag, hat die Regelung doch insgesamt einige grundlegende Schwächen und könnte im Detail wesentlich präziser gearbeitet sein. In der Gesamtwürdigung handelt es sich deshalb um eine nicht in jeder Hinsicht geglückte Innovation. Dieser doch recht ernüchternde Befund sollte indessen für den Jubilar *Werner Ebke* kein Grund sein, den besonderen Geburtstag nicht gebührend zu feiern. Die herzliche Gratulation sei deshalb verbunden mit den allerbesten Wünschen!



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

RICHARD M. BUXBAUM

Ex Ante or Ex Post? Legislative or Judicial? A Comparative Evaluation of the Treatment of Fiduciary-Duty Breaches by the Controlling Shareholder

I. Introduction

An intriguing question that comparative inquiry might clarify if not fully answer is whether an ex ante approach to potential fiduciary-duty violations is preferable to an ex post treatment of these violations after they occur. A frequently cited example is that of judicial consideration of proposed boilerplate language in the field of commercial law¹: German review of *allgemeine Geschäftsbedingungen* before they are adopted by commercial entities dealing with private parties like consumers, contrasted with challenges to allegedly unfair conditions adopted without prior review in the United States.² The case used here to discuss that legal-cultural issue, however, is one taken from the field of Company Law/*Gesellschaftsrecht*.

A subject within that field much discussed by courts and academics in both countries concerns the treatment of fiduciary duties in the Konzern. And though not graced with a single noun, it is of concern in the United States as well under a variety of more diffuse umbrella terms, such as “affiliated enterprise system” or simply “corporate groups”.³

What follows in this necessarily brief essay is an overview of what might be called the United States version of the German Konzern in the specific context of preemptive versus reactive approaches to the problems suggested by the title of this contribution. That the functional equivalent of this legal concept can be found in most modern legal regimes is not surprising. However labeled, it describes an arrangement in which a minority-shareholder position exists in the dominated subsidiary; and it generates the familiar problem of the fiduciary obligations of the parent to acknowledge the potentially conflicting or at least different interests of that minority holding as contrasted with that of the majority shareholder.

Already a generation ago Berkeley’s Melvin Eisenberg demonstrated how founder-block holdings persisted over generations into the postwar era, even in companies well up in the

¹ The origin of the ex ante system in the need for standardized terms of commerce and finance for the modern economy, beginning with the *Gründerjahre*, is convincingly portrayed in the classic work of Konrad Zweigert/Hein Koetz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3d ed., Tübingen 1994), esp. at 325.

² Of course, U.S. federal agencies (e.g., the Federal Trade Commission in a broad sector, the Securities Exchange Commission and Comptroller of the Currency in more specific ones) also have significant pre-clearance authority that, once exercised, may block litigation over unfair or collusive behavior. But in the large field of Corporation (Company) Law to be discussed here, these are only marginal intrusions into what is primarily state law.

For a current comparative discussion of the utility and feasibility in the United States of a wider scope of judicial pre-clearance of agency regulations, see the thorough and nuanced study by Michael Asimow, Gabriel Bocksang Hoha, Marie Cirotteau, Yoav Dotan & Thomas Perroud, *Between the Agency and the Court: Ex Ante Review of Regulations*, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 68 Am.J.Comp.L. 332 (2020), also available at <https://doi.org/10.1093/ajcl/avaa016>.

³ In the United States context, see alone the pioneering treatment of these regimes by Phillip Blumberg; now Phillip Blumberg, K. A. Strasser, N.L. Georgapopoulos & J. Gowin, *The Law of Corporate Groups* (2d ed. 2020).

Fortune 500 rankings.⁴ Early in this century Duke's Deborah DeMott identified the de facto power of family holdings as perhaps the single most challenging issue for state corporation law.⁵ In 2006 Stanford's Ronald Gilson provided an excellent comparative analysis of the dominant-shareholder problem.⁶ And over some four decades, the University of Connecticut's Phillip Blumberg made both of these issues the foundation of his magisterial treatment of all aspects of affiliated-enterprise structures.⁷

The consequence of these dominant ownership structures in the context of mergers is a subject still worth pursuing in both legal regimes, but it will be pursued here only as a boundary condition underlying another problem; namely, the use by a dominant shareholder – whether an entity or an individual – of its power to make operational decisions formally required to be made by the directors of the subsidiary (or in default of their legitimate authority by its body of shareholders). Even that, however, is a subject too broad for a *Festschrift* contribution, and so the treatment here will be of a sub-category uniquely relevant to the *Konzern* setting; namely, transactions that have no analogies in conflict-of-interests situations that arise in the stand-alone entity.

II. The Beginning

1. Early Cases

The rich jurisprudence in the United States permits us to begin with cases that, like *Monsieur Jourdain*, spoke prose without knowing it as such. The common practice of directors sitting on the board of two entities engaged in trade with each other stands at the entrance to the question. Early in the 20th century, this was considered sufficiently suspect to justify condemnation.⁸

By the end of the 1930s, however, the same court that had so held in the just-cited case followed other jurisdiction in moving to the equivalent of a business-judgment review, at least as an abstract proposition.⁹

Neither of the just-cited cases involved a true affiliated-enterprise situation. Only two years after *Everett v. Phillips*, however, that context was central to an important New York state case, one that fairly may be characterized as the start of the jurisprudence to be discussed here.

*Chelrob v. Barrett*¹⁰ involved a parent entity, Long Island Lighting Company, its wholly owned subsidiary, Queens Borough Gas & Electric Company, and Nassau & Suffolk Lighting Company, a wholly owned subsidiary of *Queens* (though brought into the fold only after

⁴ *Melvin A. Eisenberg*, *The Structure of the Modern Corporation*, 1977.

⁵ *Deborah A. DeMott*, *Guests at the Table?: Independent Directors in Family-Influenced Public Companies*, 33 *J. Corp. Law* 819 (2006).

⁶ *Ronald Gilson*, *Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy*, 119 *Harv. L. Rev.* (2006). This seminal work examines both dominant owner-manager and dispersed owner-manager agency problems within a shareholder profit-maximization framework. Its analysis is directly relevant to the corporate-group issue.

⁷ *Blumberg*, *supra* n. 3.

⁸ *Globe Woolen Co. v. Utica Gas Electric Co.*, 121 N.E. 378 (N.Y. 1918).

⁹ See, e.g., *Everett v. Phillips*, 43 N.E. 2d 18 (N.Y. 1942). The dissent provides a summary of the doctrine regnant at the time: “Contracts between two corporations having common officers are, of course, not void per se (but are voidable by either corporation, irrespective of the balance of benefits (*Globe Woolen Co. v. Utica Gas Electric.*; or by a court of equity at the instance of either corporation (or its stockholder), where it appears that such a contract was made in bad faith, fraud, other breach of trust or under circumstances preventing “an unprejudiced exercise of judgment.”

¹⁰ 57 N.E. 2d 825 (N.Y. 1944)