

# Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 1: §§ 1-149

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Gerald Spindler, und Eberhard Stitz, Präsident des Staatsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg, Präsident des Oberlandesgerichts a.D., Die Bearbeiter: Prof. Dr. Gregor Bachmann, Prof. Dr. Walter Bayer, Richter am Oberlandesgericht a.D., Dr. Marc Binger, Dipl.-Kfm., Dr. Michael Bormann, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Andreas Cahn, Prof. Dr. Matthias Casper, Dr. Christoph Döbereiner, Notar, Thomas Dörr, Präsident des Landgerichts, Dr. Ingo Drescher, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Dr. Friedemann Eberspächer, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Roland Euler, Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, Dr. Till Fock, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Olaf Gerber, Rechtsanwalt und Notar, Prof. Dr. Roland Hefendehl, Dr. Andreas Heidinger, Dipl.-Kfm., Rechtsanwalt, Sebastian Herrler, Notar, Prof. Dr. Jochen Hoffmann, Dr. Timo Holzborn, Rechtsanwalt, Dr. Matthias Katzenstein, Richter am Oberlandesgericht, Dr. Christoph Klein, Dipl.-Kfm., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Prof. Dr. Peter Limmer, Notar, Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Sebastian Mock, Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller, Richter am Oberlandesgericht, Sven Petersen, Rechtsanwalt, Dr. Oliver Rieckers, Rechtsanwalt, Dr. Arndt Rölike, Richter am Oberlandesgericht, Dr. Gerrit Sabel, Dipl.-Kfm., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Alexander Schall, Dr. Michael Schild von Spannenberg, Dipl.-Kfm., Richter am Oberlandesgericht, Dr. Philipp Scholz, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Dr. Oliver Seiler, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Mathias Siems, Dr. Bernd Singhof, Rechtsanwalt, Stefan Vatter, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Rüdiger Veil, Dr. Frank Wamser, Vizepräsident des Landgerichts, Prof. Dr. Hartmut Wicke, Notar, Dr. Martin Würthwein, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, und Dr. Andreas Wüsthoff, Rechtsanwalt

4. Auflage 2019. Buch. XLIV, 2916 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 70327 0

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Aktiengesetz](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Gesellschafterrechte grds der Disposition der satzungsändernden Mehrheit. Diese hat bei Beschlüssen, welche Gesellschafterrechte entziehen (*expropriation of shares*), allerdings *bona fide in the best interest of the company* zu handeln.<sup>175</sup> Ansonsten wäre der Zustimmungsbeschluss zu einem Gewinnabführungsvertrag jedenfalls angreifbar (zB über sec. 33 oder sec. 994 Companies Act 2006), wenn nicht sogar nichtig (das alte Case law ist insoweit unklar).<sup>176</sup> Nach den vorgenannten Grundsätzen ist auch der Abschluss eines Unternehmensvertrags nach deutschem Recht zwischen zwei ausländischen Gesellschaften für zulässig zu halten, sofern die Untergesellschaft ihren Sitz in Deutschland hat (zB die deutsche Betriebs-Limited mit der Holding-Limited. Nach der Logik von SEVIC ist einer ausländischen Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland unter den gleichen Voraussetzungen (Eintragung im deutschen Handelsregister, grds. Zulässigkeit nach Heimatrecht) auch der Weg zum Squeeze Out nach deutschem Recht (§§ 327a ff.) zu eröffnen. Daran kann angesichts der unterschiedlichen Verfahrens- und Rechtsmittelwege (Beschlussverfahren, gerichtliche Mitwirkung) auch nach der teilweisen Harmonisierung durch die Übernahmerichtlinie ein Interesse bestehen, welchem sich das deutsche Recht nicht lediglich mit Berufung auf die Nationalität der Gesellschaft verweigern darf. Ferner ist – vorbehaltlich der Vergleichbarkeit zu einer deutschen Aktiengesellschaft – die **Eingliederung einer ausländischen Gesellschaft mit Sitz in Deutschland** zuzulassen, und zwar sowohl durch eine deutsche Aktiengesellschaft wie auch durch eine vergleichbare ausländische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland.<sup>177</sup>

Auch die **faktische Konzernierung** einer ausländischen Gesellschaft mit Inlandssitz kann nicht mehr ohne Weiteres mit der Unzuständigkeit des deutschen Rechts abgetan werden. Allerdings stellen die §§ 311 ff. eine Besonderheit der deutschen Aktiengesellschaft dar, deren Struktur normalerweise vor Fremdeinfluss schützt (→ Rn. 29). Vor allem wenn eine fremde Gesellschaft diesem Typus entspricht,<sup>178</sup> kommt aber die Heranziehung der deutschen Normen unter dem Aspekt der Ermöglichungswirkung in Betracht. Im Ergebnis würde der ausländischen Untergesellschaft mit Inlandssitz damit die Wahl eröffnet, ob sie ihre Konzernierung nach dem Heimatrecht (zB die Rozenblum-Kriterien) oder nach deutschem Recht, dh durch freiwillige Befolgung der §§ 311 ff., legitimiert. Eine zwingende Beurteilung nur nach deutschem Recht wäre dagegen nur denkbar, wenn eine entsprechende Schutzlücke nach dem ausländischen Gesellschaftsstatut besteht (etwa weil die Normen zur Konzernermöglichung im Ausland unanwendbar sind).<sup>179</sup> Auch darf dadurch kein Widerspruch zum Innenrecht der ausländischen Gesellschaft entstehen.<sup>180</sup> Wo es nicht (auch) um Ermöglichung, sondern (nur) um Schutz geht, erscheint die Anwendung deutschen Rechts auf Fälle diskriminierender Schutzlücken (eben, → Rn. 36) beschränkt. Das wird aber kaum vorkommen. Nach diesen Maßgaben finden die **Mitteilungspflichten** nach §§ 20 ff. in ausländischen Untergesellschaften grundsätzlich keine Anwendung.<sup>181</sup> Anders muss es aber sein, soweit die §§ 19, 328 zur **wechselseitigen Beteiligung** eingreifen, weil diese eine Ermöglichungswirkung haben (→ § 19 Rn. 11 f.). Auch sind ausländische Gesellschaften einzubeziehen in den **Zustimmungsdispens** nach § 89 Abs. 4 S. 2.<sup>182</sup> Im Rahmen der **betrieblichen Mitbestimmung** ist die ausländische Gesellschaft mit tatsächlichem Inlandssitz auf jeder Ebene ein Konzernunternehmen nach § 54 BetrVG. Das ergibt sich zum einen aus der Offenheit des Unternehmensbegriffs (→ Rn. 32) sowie aus den Zwecken des Betriebsverfassungsgesetzes, wonach der Konzernbetriebsrat innerhalb Deutschlands dort angesiedelt werden soll, wo die unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden (→ § 18 Rn. 7, 19). Das gilt umso mehr, als die ausländische Provenienz beteiligter Gesellschaften nach Inspire kein Garant mehr für gemeinschaftsweite Tätigkeit ist, wie nach dem EBRG erforderlich.

<sup>175</sup> *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd* [1900] 1 Ch 656; näher *Kasolowsky/Schall* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 4 Rn. 71 mwN.

<sup>176</sup> Zum Ganzen siehe *Schall* Companies Act sec. 33 Rn. 15 ff.

<sup>177</sup> Zwar ist die Eingliederung ausdrücklich auf Rechtsträger mit (Verwaltungs)Sitz im Inland beschränkt und noch dazu beidseitig auf die Rechtsform der AG reduziert. Doch muss auch die Eingliederung als Strukturmaßnahme auf beiden Seiten einer ausländischen Gesellschaft offen stehen, sofern sie im Typenvergleich einer deutschen AG ebenbürtig sind. Da hierfür eine deutsche Registrierung der fremden Gesellschaft (zumindest als Zweigstelle) erforderlich ist, sind die potentiellen Gläubiger hinreichend geschützt, so dass eine analoge Anwendung des § 327b Abs. 3 (s. noch Hüffer/Koch/Koch § 311 Rn. 12) nicht erforderlich scheint, vielmehr unzulässig diskriminieren dürfte.

<sup>178</sup> So etwa eine französische SA, die für ein „dual board“ optiert hat, vgl. dazu *Storck* ECFR 2004, 36 (42).

<sup>179</sup> IE wie hier (Sonderanknüpfung europarechtlich kaum zu rechtfertigen) *Hirte* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 82 f.

<sup>180</sup> Vgl. dazu *Schall* ZIP 2005, 965 (974 ff.) (gegen Erstreckung des GmbH- Gläubigerschutzes auf die Limited).

<sup>181</sup> Ganz hM, Kölner Komm AktG/Koppensteiner § 20 Rn. 34; Emmerich/Habersack/Emmerich § 20 Rn. 26.

<sup>182</sup> Großkomm AktG/Windbichler, 5. Aufl. 2017, § 15, Rn. 63.

39 **3. Das englische Konzernrecht im Überblick.** In England sind Unternehmensgruppen nicht generell geregelt.<sup>183</sup> Stattdessen existieren vereinzelte Spezialregelungen etwa zur Konzernbilanz,<sup>184</sup> zur Konzernbesteuerung<sup>185</sup> oder auch zum Verbot wechselseitiger Beteiligungen.<sup>186</sup> Die Behandlung von Unternehmensgruppen durch das *Common law* ist uneinheitlich. Im Ausgangspunkt wird die eigene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft betont.<sup>187</sup> Wann demgegenüber die Unternehmensgruppe betrachtet werden kann, wird meist im Zusammenhang des „*piercing the veil*“ diskutiert, ohne dass bis jetzt eine ganz klare Linie zu erkennen wäre.<sup>188</sup> Ein Beispiel bietet der *DHN*-Fall, der eine Betriebsspaltung betraf.<sup>189</sup> Dort wurde der enteigneten Besitzgesellschaft kurzerhand das Recht auf Entschädigung für den gesamten verlorenen Geschäftsbetrieb (und nicht bloß für den Grundstücks-wert) gewährt. Allerdings hat die englische Rechtsprechung das Konzept des Durchgriffs im Gesellschaftsrecht mittlerweile extrem verengt.<sup>190</sup> Nach dem sog. *evasion principle* soll nur noch der Einsatz einer Gesellschaft zur Umgehung einer bestehenden Verbindlichkeit des Gesellschafters zu einem (nach deutscher Diktion dann „umgekehrten“) Durchgriff gegen die Gesellschaft führen. Die beiden einzigen unter diesem Prinzip noch anerkannten Fälle betrafen die (versuchte) Umgehung einer Verkaufspflicht durch Übertragung des Grundstücks auf eine vom Verkäufer kontrollierte Gesellschaft<sup>191</sup> sowie das (versuchte) Unterlaufen eines Wettbewerbsverbots durch Betrieb des Konkurrenzgeschäfts mittels einer neugegründeten Kapitalgesellschaft.<sup>192</sup> Außerdem gilt dafür ein strenges Subsidiaritätsprinzip, der Durchgriff kommt nur als *remedy of last resort* zum Zug.<sup>193</sup> Darüber hinaus hat der Supreme Court ausgesprochen, dass der Durchgriff nicht zur Begründung einer neuen Verbindlichkeit führen dürfe, für welche niemand kontrahiert habe.<sup>194</sup> Auch wenn man die Richtigkeit dieser Aussage angesichts der beiden Durchgriffsfälle *Jones* und *Gilford* hinterfragen kann,<sup>195</sup> stellt sie ein klares Verdikt jedes Versuchs dar, mittels einer Durchgriffshaftung an der kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung vorbei in die Taschen der herrschenden Gesellschafter zu greifen. Damit existiert schon im Ansatz **keine Durchgriffshaftung im Konzern**, selbst bei enger „qualifiziert faktischer“ Konzernierung.<sup>196</sup> Für den Gläubigerschutz<sup>197</sup> ist allenfalls die potentielle Haftung von „parent companies“ als „shadow directors“ beachtlich, die jedoch durch sec 251 (3) Companies Act 2006 für den Regelfall ebenfalls praktisch ausgeschlossen wurde,<sup>198</sup> um ein Konzernrecht durch die Hintertüre zu vermeiden.<sup>199</sup> Im Übrigen muss man der Besonderheit von Konzernen bei der Auslegung der einzelnen vertraglichen oder gesetzlichen Regeln gerecht werden. Mit diesem an die von-freienfels'sche „Normanwendungslehre“ anklingenden Ansatz, nicht mit dem Argument der *single economic unit*, lässt sich im *DHN*-Fall zur Enteignung im Fall einer Betriebsspaltung auch heute noch das gleiche Ergebnis erzielen. Grundsätzlich steht man dem in England dem „**Gruppeninteresse**“ jedoch sehr skeptisch gegenüber. Die Gesellschafter sollen die Vorteile der eigenen Rechtsper-

<sup>183</sup> Großkomm AktG/Windbichler Vor § 15 Rn. 73; Weller/Bauer ZEuP 2015, 6 (10 ff.); monographisch zur Konzernhaftung Alexander Dahnert, Konvergenz der Konzernhaftung im englischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, 2012 (allerdings durch den neuen Leitfall *Prest v Petrodel* in Teilen überholt).

<sup>184</sup> Sec. 398 ff. Companies Act 2006.

<sup>185</sup> Sec. 402 ff. Income and Corporation Taxes Act 1988.

<sup>186</sup> Sec. 136 ff. Companies Act 2006 (zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen, näher → § 19 Rn. 1).

<sup>187</sup> Leitfall ist *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22 (House of Lords), das die Vorinstanzen *Broderip v Salomon* [1895] 2 Ch 323 (Chancery Division and Court of Appeal) aufhob; ferner etwa *Trustor AB v Smallbone* (No 3) [2001] 3 All ER 987; *Schall* ZIP 2005, 965 ff.

<sup>188</sup> Dazu jetzt (sehr restriktiv) *Prest v Petrodel Resources Ltd and others* [2013] UKSC 34; *VTB Capital PLC v Nutritek International Corp and others* [2013] UKSC 5; eingehend *Schall* Companies Act sec. 1 Rn. 35 ff.; *Schall* ECFR 2016, 549 ff.

<sup>189</sup> *DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council* [1976] 3 All ER 462 (Court of Appeal).

<sup>190</sup> *Prest v Petrodel Resources Ltd and others* [2013] UKSC 34; *Schall* Companies Act sec. 1 Rn. 35 ff.; eingehend und teilweise kritisch *Schall* ECFR 2016, 549 ff.

<sup>191</sup> *Jones v Lipman* [1962] 1 WLR 832.

<sup>192</sup> *Gilford Motors Co Ltd v Horne* [1933] Ch 935.

<sup>193</sup> Zu deren Unklarheit kritisch *Schall* ECFR 2016, 549 (571 f.).

<sup>194</sup> *VTB Capital PLC v Nutritek International Corp and others* [2013] UKSC 5, Rn. 132; bestätigt durch *Prest v Petrodel Resources Ltd and others* [2013] UKSC 34, Rn. 34.

<sup>195</sup> *Schall* ECFR 2016, 549 (568 f.).

<sup>196</sup> Insoweit hätte der vormalige Leitfall *Adams v Cape* [1990] Ch 433 möglicherweise noch Spielraum gelassen, weil er das Argument der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns (*single economic unit*) zwar verwarf, dies aber nur für den Regelfall.

<sup>197</sup> Zum englischen Gläubigerschutz allg. *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, 251 ff.

<sup>198</sup> Danach reicht das bloße Befolgen von Weisungen der Muttergesellschaft per se nicht aus, um deren Eigenschaft als *shadow director* zu begründen. Es muss also eine weitergehende Unterwerfung stattfinden.

<sup>199</sup> *Davies/Rickford* ECFR 2008, 48 (62 mit Fn. 70).

sönlichkeit nicht ohne deren Kehrseite genießen.<sup>200</sup> Allerdings ist das Gruppeninteresse beim Minderheitenbehelf gegen „unfair prejudice“<sup>201</sup> umfassend anerkannt worden.<sup>202</sup> Das Gleiche gilt im Rahmen der Direktorenhaftung, etwa wegen der Bestellung von Konzerngarantien.<sup>203</sup>

# § 15 Verbundene Unternehmen

**Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbstständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind.**

**Schrifttum:** → Vor § 15.

	Rn.	Übersicht	Rn.
<b>I. Systematik und Teleologie</b> .....	1–9	c) Zurechenbarkeit fremder Beteiligungen oder sonstiger wirtschaftlicher Interessen .....	30–38
1. Die Unternehmensverbindungen des § 15 .....	1–4	4. Beispiele für übergeordnete Unternehmen .....	39–44
2. Anwendungsbereich .....	5–8	a) Holdinggesellschaften .....	39
3. Teleologie .....	9	b) BGB-Gesellschaft .....	40–42
<b>II. Der Unternehmensbegriff</b> .....	10–17	c) Sonstiges .....	43
1. Ausgangspunkt .....	10	d) Der Sonderfall der öffentlichen Hand ..	44
2. Die teleologischen Unternehmensbegriffe des Konzernrechts .....	11–17	5. Maßgeblicher Zeitpunkt für Unternehmenseigenschaft .....	45
a) Herrschendes Unternehmen .....	13	6. Wesentliche Einzelanalogien .....	46–51
b) Abhängige, gleichgeordnete und wechselseitig beteiligte Unternehmen .....	14	a) Unternehmensverträge mit dem Privataktionär .....	47
c) Kritik .....	15	b) Mitteilungspflichten des Privataktionärs .....	48
d) Eigener Lösungsvorschlag .....	16, 17	c) Keine Anwendung der §§ 311 ff. ....	49
<b>III. Das herrschende Unternehmen</b> .....	18–51	d) Mitbestimmungsrecht .....	50
1. Grundsätze .....	18–21	e) Erweiterungen außerhalb des materiellen Konzernrechts (Formkaufleute) ....	51
2. Maßgebliche Beteiligung am untergeordneten Unternehmen .....	22	<b>IV. Spezialgesetzliche Beschränkungen der Unternehmenseigenschaft</b> .....	52–55
3. Anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung .....	23–38	1. Herrschende Unternehmen .....	52
a) Eigene (mit)unternehmerische Tätigkeit .....	24	2. Abhängige Unternehmen .....	53, 54
b) Maßgebliche Beteiligung an anderem Unternehmen .....	25–29	3. Ausländische Rechtsträger .....	55
		<b>V. Rechtliche Selbstständigkeit</b> .....	56

<sup>200</sup> Gegen derlei „Cherry-Picking“ siehe *Tate Access Floors Inc v Boswell* [1991] Ch 512, 531 per Browne-Wilkinson, Vice-Chancellor: „In my judgement controlling shareholders cannot, for all purposes beneficial to them, insist on the separate identity of such corporations but then be heard to say the contrary when discovery is sought against such corporations.“

<sup>201</sup> Sec. 994 Companies Act 2006. Siehe dazu die Kommentierung von Schall/*Ringe Companies Act* 2014.

<sup>202</sup> Die Obergesellschaft darf sich auf das Gruppeninteresse berufen, *Nicholas v Soundcraft Electronics* [1993] BCLC 360: „The withholding of sums due to a subsidiary company; by a parent company does not amount to unfairly prejudicial conduct when the purpose of that action is to keep the whole group afloat.“

Umgekehrt darf die Minderheit der Untergesellschaft die schlechte Leitung in der Obergesellschaft rügen, *Gross v Rackind* [2004] EWCA Civ 815 = (2004) 4 All ER 735. Rechtsschutz wurde auch in einer Holzmüller-Situation gewährt, *Re Scottish Cooperative Wholesale Society Ltd v Meyer* [1959] AC 324 (noch zum Vorläuferbehelf gegen „shareholder oppression“, vgl. *Sealy*, Cases and Materials in Company Law, 7. Aufl. 2001, 517 ff.). Im Übrigen stellen Konzernfragestellungen nur einen kleinen Teil des Case law zu sec. 994 Companies Act 2006 dar, vgl. die Darstellung bei *Sealy*, Cases and Materials in Company Law, 7. Aufl. 2001, 528 ff.

<sup>203</sup> *Charterbridge Corp v Lloyds Bank Ltd* [1970] Ch 62 = [1969] 2 ALL ER 1185: Direktoren einer Tochtergesellschaft hatten Verbindlichkeiten ihrer Muttergesellschaft besichert. Weil der Zusammenbruch der Mutter auch für die Tochter dramatische Folgen gehabt hätte, wurde dies gebilligt; *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corporation* [1986] Ch 246 = [1985] 3 ALL ER 52 (CA); *Armour Hick Northern Ltd v Armour Trust Ltd* [1980] 3.

## I. Systematik und Teleologie

- 1 **1. Die Unternehmensverbindungen des § 15.** § 15 ist die einleitende Definitionsnorm des Konzernrechts. In seinem Mittelpunkt steht der Unternehmensbegriff (ab → Rn. 10). Oberbegriff sind die „verbundenen Unternehmen“. Davon sind die folgenden Unternehmensverbindungen erfasst:
- Die Mehrheitsbeteiligung (§ 16)
  - Die Beherrschung (§ 17)
  - Der Konzern (§ 18) mit dem zentralen Merkmal der **einheitlichen Leitung**
  - Die wechselseitige Beteiligung (§ 19)
  - Die Verbindung durch Unternehmensvertrag (§§ 291, 292)
- 2 Die meisten dieser Verbindungen sind bipolar. Das gilt insbesondere für die Abhängigkeit nach § 17, die im Zentrum des Konzernschutzrechts nach den §§ 311 ff. steht (→ § 17 Rn. 1). Nur der eigentliche Konzern in § 18 kann aus mehreren Unternehmen bestehen. Die Merkmale der Unternehmensverbindung müssen unmittelbar zwischen den betroffenen Unternehmen erfüllt sein. Eine indirekte Verbindung reicht nicht aus. So sind Schwesterunternehmen nicht schon deshalb „verbundene Unternehmen“, weil sie durch dieselbe Mutter beherrscht werden.<sup>1</sup> Vielmehr bedarf es der einheitlichen Leitung nach § 18. Im Rahmen der §§ 16, 17 sorgt aber die Zurechnung nach § 16 Abs. 4 für eine bipolare Direktverbindung zwischen Mutter und Enkelgesellschaft, die zusätzlich neben den Beziehungen Mutter – Tochter und Tochter – Enkelin besteht.
- 3 Den Kern der Unternehmensverbindungen bildet das **Stufenverhältnis** von Mehrheitsbeteiligung (§ 16) über Beherrschung (§ 17) zum Überordnungskonzern (§ 18 Abs. 1). Es wird von einer Kette widerleglicher Vermutungen gestützt (§ 17 Abs. 2, § 18 Abs. 1 S. 3), mit Hilfe derer das Gesetz von der Mehrheitsbeteiligung auf das Vorliegen eines Konzerns schließt. Besonders gefährlich ist diese Vermutungstreppe unter dem jetzt erledigten Aspekt der Konzernhaftung (→ Vor § 15 Rn. 12 ff.) geworden.
- 4 Für die Definitionsnormen gilt das **Enumerativprinzip**. Weitere Formen der Unternehmensverbindungen nach dem Aktiengesetz bestehen nicht. Sie können nicht im Weg erweiternder Auslegung oder analoger Anwendung der *Definitionsnormen* geschaffen werden. Das bedeutet aber nicht, dass die *sachlichen Regelungen* des Konzernrechts nicht im Einzelfall einer Analogie zugänglich wären.<sup>2</sup>
- 5 **2. Anwendungsbereich.** Auf § 15 bzw. den Begriff der „verbundenen Unternehmen“ wird innerhalb wie außerhalb des Aktiengesetzes verwiesen. Im **Aktiengesetz** finden sich das Auskunftsrecht (§ 131 Abs. 1 S. 2, § 131 Abs. 3 Nr. 1), bestimmte Berichtspflichten des Vorstandes (§ 90 Abs. 3 S. 1, **nicht** § 90 Abs. 2 S. 1) oder der Sonderprüfer (§ 145 Abs. 4 S. 2), des Weiteren die Vorschriften über den Erwerb oder die Finanzierung eigener Aktien für Arbeitnehmer (§ 71 Abs. 1 Nr. 2, § 71a Abs. 1 S. 2), über Kredite an Verwaltungsmitglieder (§ 89 Abs. 4 S. 2, § 115 Abs. 3 S. 2) und zur bedingten Kapitalerhöhung (§ 192 Abs. 2 Nr. 3) sowie die Strafnorm des § 400 Abs. 1. Auch die Vorschriften zum Abhängigkeitsbericht nach den §§ 312 ff. sind hier zu nennen. Genau zu differenzieren ist dort aber zwischen dem Bestehen der Berichtspflicht, die nur bei bestimmten Verbindungen eingreift, und ihrem Umfang, wofür die Definition des § 15 uneingeschränkt gilt.<sup>3</sup>
- 6 In **anderen Gesetzen** wird immer seltener auf die verbundenen Unternehmen im Sinn des Aktiengesetzes verwiesen. Entfallen sind zentrale Verweise im KWG oder im Zusammenschlussbegriff des GWB.<sup>4</sup> Verblieben sind etwa Verweise im Umwandlungsgesetz (§ 8 Abs. 1 S. 3 UmwG, § 8 Abs. 2 S. 1 UmwG), oder im MontanMitbestG (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 MontanMitbestG). Neu hinzugekommen ist etwa der Verweis im Rundfunkstaatsvertrag (§ 28 Abs. 1 S. 2 RStV<sup>5</sup>). Entfallen sind die früheren Verweise im VAG; (§ 13 Abs. 1a S. 7 VAG, § 53d Abs. 1 S. 1 VAG, § 54 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 VAG aF). Das neugefasste VAG definiert verbundene Unternehmen (zB in § 256 VAG oder § 286 VAG) jetzt vollkommen autonom (§ 7 Nr. 30 und Nr. 15 VAG).

<sup>1</sup> → § 17 Rn. 2; ähnlich die mangelnde Berücksichtigung von Schwesterunternehmen bei § 271 HGB, dazu kritisch Kropff FS Ulmer, 2003, 847 (850). Dagegen werden Schwestergesellschaften in moderneren Regelwerken zunehmend schon bei Abhängigkeit bzw. Kontrolle berücksichtigt, etwa § 1 Abs. 7 S. 2 KWG, § 1a Abs. 3 S. 3 UBGG. Siehe auch K. Schmidt FS Druey, 2002, 551 (566).

<sup>2</sup> So auch Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 4a.

<sup>3</sup> Unklar MüKoAktG/Bayer Rn. 4 aE.

<sup>4</sup> § 37 GWB; siehe aber noch § 39 Abs. 2 S. 3 GWB: Erstreckung der Pflichtangaben auf verbundene Unternehmen. Auch sonst verweisen Gesetze, die einem eigenständigen Konzernbegriff folgen, häufig für bestimmte Erstreckungs- und Zurechnungsfragen auf die aktienrechtlichen Definitionen, → § 16 Rn. 5 f., § 17 Rn. 6.

<sup>5</sup> Dazu VG Hannover BeckRS 2013, 58864.



Mit „verbundenen Unternehmen“ kann aber auch der gleichlautende Begriff des **Handelsrechts** 7 (§ 271 Abs. 1 HGB) gemeint sein. Er ist enger zu verstehen, da er an die Bilanzpflicht<sup>6</sup> nach § 290 HGB anknüpft. Diese setzt entweder einen (Unterordnungs)Konzern (→ § 18 Rn. 5) oder „Kontrolle“ der Mutter über die Tochter voraus, und erfasst damit weder den bloßen Mehrheitsbesitz noch den Gleichordnungskonzern. Außerdem beschränkt sie sich auf Unternehmen mit Sitz im Inland.<sup>7</sup> Von den streitigen Fällen sind wegen des näheren Sachzusammenhangs bzw. der systematischen Stellung im Dritten Buch des HGB dem Handelsrecht zuzuordnen die §§ 22, 268, 319 HGB<sup>8</sup> sowie § 17 Abs. 4 PublG,<sup>9</sup> dem Aktienrecht aber § 51a Abs. 2 GmbHG.<sup>10</sup>

Die verbundenen Unternehmen des § 15 können auch **mittelbar** zum Zug kommen, nämlich als 8 Auslegungskriterien für Zurechnungsfragen bei anderen Normen.<sup>11</sup> Als Beispiel seien unzulässige Leistungen durch oder an verbundene Unternehmen genannt (§ 57 AktG,<sup>12</sup> § 30 GmbHG).<sup>13</sup> Prominent war jüngst der Rückgriff des BVerfG auf die §§ 16, 17 AktG zur Beantwortung der Frage, wann ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen der Grundrechtsbindung aus Art 1 Abs. 3 GG unterliegt.<sup>14</sup> Auch die Kautelarpraxis kann sich der vom AktG angebotenen Definitionsnormen bedienen.<sup>15</sup>

**3. Teleologie.** Der Zweck des § 15 ist rechtstechnischer Natur. Er schafft einen Oberbegriff, der 9 die Aufzählung der einzelnen Unternehmensverbindungen erspart.<sup>16</sup> Davon zu unterscheiden ist der Zweck des materiellen Konzernrechts (→ Vor § 15 Rn. 26 ff.). Er prägt die Auslegung des Unternehmensbegriffs sowie der Herrschaft in § 17.<sup>17</sup>

## II. Der Unternehmensbegriff

**1. Ausgangspunkt.** Im Zentrum des Konzernrechts steht der Unternehmensbegriff. Das Gesetz 10 definiert ihn bewusst nicht,<sup>18</sup> so dass er durch Wissenschaft und Praxis auszufüllen ist. Einigkeit herrscht über die folgenden Rahmenbedingungen. Der Unternehmensbegriff des § 15 ist **rechtsformneutral** konzipiert.<sup>19</sup> Er erfasst sämtliche potentiellen Unternehmensträger, deutsche

<sup>6</sup> Str. ist, ob es einer konkreten oder lediglich einer abstrakten Bilanzpflicht bedarf, siehe Großkomm AktG/Windbichler Rn. 6; Baumbach/Hopt/Merkel HGB § 271 Rn. 2; ADS HGB § 271 Rn. 50; Kölner Komm AktG/Claussen/Korth HGB § 271 Rn. 18 ff.

<sup>7</sup> Das war das Problem in BGH BB 2004, 2009 ff. mit Anm Ekkenga, wo der Wirtschaftsprüfer dem Board der amerikanischen Konzernmutter angehört hatte.

<sup>8</sup> HM, BGH BB 2004, 2009 (zu § 319) = NZG 2004, 770; Baumbach/Hopt/Merkel HGB § 319 Rn. 5, 13; Ulmer FS Goerdeler, 1987, 623; eingehend zum Ganzen Kropff FS Ulmer, 2003, 847; aA in Großkomm AktG/Röhrich/Schall § 33 Rn. 47; Ekkenga BB 2004, 2013 f.: Der Zweck der Unvereinbarkeitsregel des Prüferrechts sei ein anderer als der des Konzernbilanzrechts und gebiete ein weiteres Verständnis.

<sup>9</sup> Für Handelsrecht ADS HGB § 271 Rn. 32; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 7.

<sup>10</sup> HM, Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 51a Rn. 26; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 7.

<sup>11</sup> Großkomm AktG/Windbichler Rn. 5. Siehe etwa OLG Köln BeckRS 2013, 19480 (Verbot der Informationsweitergabe (due diligence) sowohl an Unternehmen, die selbst Brauerei betreiben, als auch an Unternehmen, die mit solchen iS der §§ 15 ff. AktG verbunden sind; OLG Düsseldorf NZBau 2011, 317: keine unwiderlegliche, wohl aber widerlegliche Vermutung wettbewerbsbeschränkender Absprachen unter verbundenen Unternehmen im Rahmen des § 97 GWB).

<sup>12</sup> AllgM, Hüffer/Koch/Koch § 57 Rn. 17.

<sup>13</sup> BGHZ 81, 311 = NJW 1982, 383; OLG Brandenburg BeckRS 2008, 02 649, Rn. 21 (mit zweifelhaftem Abstellen auf bloße personelle Verflechtung, dazu → § 17 Rn. 44); LG Hamburg BeckRS 2013, 1852; Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 30 Rn. 18. Zur Zurechnung im Rahmen der alten Eigenkapitalersatzregeln jetzt einschränkend BGH ZIP 2008, 1390 mit krit. Anm. Jungclauss/Chr. Keller EWiR 2008, 463 (mangels Weisungsbefugnis keine Zurechnung einer beherrschten AG als Darlehensgeber); zust. (auch für das neue Recht) Habersack ZIP 2008, 2385 (2389 ff.); aA Schall ZIP 2010, 205 ff. (Verweis auf §§ 15 ff. zwar zu weit, aber Wertung des § 17 Abs. 2 auch bei AG zu beachten; zu einem ähnlichen Streit um die Fruchtbarmachung des § 17 Abs. 2 AktG im Steuerrecht siehe BFHE 233, 416 = NZG 2011, 916; krit. Pötsch/Stahl NZG 2011, 1017).

<sup>14</sup> BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 53 mit Anm Pfeiffer LMK 2011, 322526; dem folgend BGH NZG 2012, 1033 Rn. 13.

<sup>15</sup> Vgl. OLG Brandenburg ZUM 2013, 212 zur Weiterübertragung von durch eine Verwertungsgesellschaft eingeräumten Rechten („Nicht als Übertragung gilt eine Weitergabe an verbundene Unternehmen im Sinne von § 15 AktG...“); OLG Brandenburg BeckRS 2013, 14619 (im Vergleich unter 2d).

<sup>16</sup> Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 7.

<sup>17</sup> Zur Möglichkeit gespaltener Auslegung bei abweichender Teleologie von Einzelgesetzen, die auf die §§ 15 ff. verweisen, → Vor § 15 Rn. 11.

<sup>18</sup> BegrRegE Kropff S. 27.

<sup>19</sup> BegrRegE Kropff S. 27; BAGE 136, 114 = NZA 2011, 524 (525 f. Rn. 30) – UKE Hamburg-Eppendorf; BAGE 137, 123 = NZA 2011, 866 Tz. 26; Hüffer/Koch/Koch Rn. 10; s. jetzt aber auch Grigoleit/Grigoleit § 15 Rn. 6. Das bedeutet aber nicht, dass ein „Unternehmen“ im Sinn des § 15 selbst Unternehmer sein muss, BAG NZG 2005, 512 (513 aE) = NZA 2005, 647 = ZIP 2005, 915; siehe auch → Rn. 19. Ferner schließt es die Einbeziehung nicht-(teil)rechtsfähiger Strukturen (Innengesellschaften) nicht aus (→ Rn. 41 f.).

wie ausländische (→ Rn. 55 und → Vor § 15 Rn. 32), von Kapitalgesellschaften über Vereine<sup>20</sup> und Stiftungen bis hin zu natürlichen Personen (Einzelkaufmann oder Privatperson)<sup>21</sup> und Körperschaften des öffentlichen Rechts,<sup>22</sup> auch wenn manche Verbandsformen aus außerkonzernrechtlichen Gründen nicht für bestimmte Unternehmensverbindungen in Betracht kommen (ab → Rn. 52). Im Übrigen kennt das deutsche Recht keinen einheitlichen Unternehmensbegriff.<sup>23</sup> Stattdessen ist in unterschiedlicher Weise nach dem Zweck der jeweiligen Norm auszulegen (teleologischer Unternehmensbegriff).<sup>24</sup> Beim Unternehmensbegriff des § 15 geht es dabei vor allem um die Konzerngefahr (→ Vor § 15 Rn. 26 f.), die nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur von einer anderweitigen wirtschaftlichen Interessenbindung des herrschenden Gesellschafters ausgeht.

- 11 2. Die teleologischen Unternehmensbegriffe des Konzernrechts.** Im Konzernrecht hat sich dieser teleologische Ansatz sowohl gegen den **institutionellen Unternehmensbegriff** wie auch gegen den **funktionalen Unternehmensbegriff** durchgesetzt. Ersterer blickte formal auf die Kaufmannseigenschaft<sup>25</sup> (oder in neuerer Spielart auf einen kaufmännisch eingerichteten Betrieb),<sup>26</sup> während letzterer auf die strategische Steuerung des Unternehmens „vom Schreibtisch des Aktionärs“ abhob.<sup>27</sup> Beide wurden der Konzerngefahr aber nicht gerecht.
- 12** Die teleologische Auslegung führt stattdessen zu zwei **verschiedenen Definitionen** des Unternehmensbegriffs,<sup>28</sup> einer für übergeordnete („herrschende“) und einer für untergeordnete („abhängige“) sowie für gleichgeordnete bzw. wechselseitig beteiligte Unternehmen. Hintergrund ist, dass Konzerngefahr und Privataktionärsprivileg nur auf der Seite des herrschenden Unternehmens im Rahmen der §§ 291 ff. zu erfassen sind.
- 13 a) Herrschendes Unternehmen.** Seit der Leitentscheidung des BGH in VEBA/Gelsenberg versteht die hM als herrschendes Unternehmen jeden **maßgeblich beteiligten Anteilsinhaber**, der neben seiner Beteiligung an der Gesellschaft noch **eine anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung** hat, die nach Art und Intensität ernsthafte Sorge begründet, er könne wegen dieser Bindung seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluss auf die Gesellschaft nachteilig ausüben.<sup>29</sup>

<sup>20</sup> BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569 – ADAC.

<sup>21</sup> BegrRegE Kropff S. 27; BGHZ 69, 334 (338) = NJW 1978, 104; BGHZ 122, 123 (127) = NJW 1993, 1200; FG Düsseldorf EFG 2001, 1349; Hüffer/Koch/Koch Rn. 14; MüKoAktG/Bayer Rn. 16; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 14; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 55 ff.

<sup>22</sup> BGHZ 135, 107 = NJW 1997, 1855 – VW; BGHZ 175, 365 = NJW 2008, 1538 – UMTS; BAGE 136, 114 = NZA 2011, 524 (525 f. Rn. 29 ff.) – UKE Hamburg-Eppendorf. S. → Rn. 44.

<sup>23</sup> AllgM, Hüffer/Koch/Koch Rn. 9; MüKoAktG/Bayer Rn. 9; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 32; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 15 f.; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 10; Henssler/Strohn/Maier-Reimer/Kessler Rn. 2; speziell zur Rechnungslegung Petersen/Zwerner DB 2008, 481; zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff siehe OLG Düsseldorf AG 2008, 859 = NJOZ 2008, 3758 (öffentliche Hand kein Unternehmen, aber Unternehmensfiktion des § 36 Abs. 3 GWB anwendbar); ferner Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 23. Selbst das AktG spricht beim „Unternehmen“ teils vom Rechtsträger (so in den §§ 15 ff.), teils vom Gegenstand seiner Geschäftstätigkeit (§§ 3, 23).

<sup>24</sup> BGHZ 69, 334 (336 ff.) = NJW 1978, 104; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 8; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 32; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 15 ff.; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 49 ff.; Grigoleit/Grigoleit § 15 Rn. 17; Hölters/Hirschmann Rn. 4; Ederle, Verdeckte Beherrschungsverträge, 2010, 18 ff.; s. schon K. Schmidt ZGR 1980, 277 ff.

<sup>25</sup> v. Godin/Wilhelmi Anm. 2; Janberg/Schlaus AG 1967, 33 (37 f.).

<sup>26</sup> Milde, Der Gleichordnungskonzern im Gesellschaftsrecht, 1996, 34 ff.

<sup>27</sup> Kropff BB 1965, 1281 ff.; Möhring NJW 1967, 1 ff.; dagegen Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 26 ff. Zum gescheiterten Versuch einer Wiederbelebung siehe die Argumentation der Berufungsführer im Fall des OLG Köln ZIP 2001, 2089 = AG 2002, 89 = DB 2002, 420.

<sup>28</sup> So auch K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 32; Henssler/Strohn/Maier-Reimer/Kessler Rn. 2 ff.; Grigoleit/Grigoleit Rn. 17 und 30; Wachter/Franz Rn. 4; nur eingeschränkt zust. Großkomm AktG/Windbichler Rn. 13, die zwar mit der hM anwendungsbezogen unterscheiden will, aber eine begriffliche Unterscheidung in § 15 nicht angelegt sieht. Die teleologischen Unternehmensbegriffe der hM für über- und untergeordnete Unternehmen dagegen prinzipiell abl. Leuschner, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, 66 ff., 70 ff., der einen relativen, auf die Teleologie des konkreten Normkontextes zugeschnittenen Unternehmensbegriff fordert.

<sup>29</sup> BGHZ 69, 334 (336 ff.) = NJW 1978, 104 – VEBA/Gelsenberg; BGHZ 74, 359 (364 f.) = NJW 1979, 2401 – WAZ; BGHZ 80, 69 (72) = NJW 1981, 1512 – Süssen; BGHZ 95, 330, 337 = NJW 1986, 188 – Autokran; BGHZ 135, 107 (113) = NJW 1997, 1855 – VW; BGHZ 148, 123 (125 f.) = NJW 2001, 2973 – MLP; OLG Düsseldorf NZG 2004, 622 (623 f.); OLG Hamburg NZG 2001, 471 = AG 2001, 479 = DB 2000, 2008 f.; OLG Hamm AG 2001, 146 f.; BFHE 233, 416 = NZG 2011, 916 (919 Rn. 54 ff.); Hüffer/Koch/Koch Rn. 10 f.; Grigoleit/Grigoleit § 15 Rn. 17 f.; Hölters/Hirschmann Rn. 5; Wachter/Franz Rn. 5; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 11; MüKoAktG/Bayer Rn. 13 f.; Bayer ZGR 2002, 933 (938 ff.); NK-AktR/Peres/Walden Rn. 3; BeckHdB AG/Liebscher § 14 Rn. 12 f.; Cahn AG 2002, 30 f.; im Grds. auch Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 20, 22 ff., aber weitergehend wohl in Rn. 21 für Anerkennung konfligierender nicht-unternehmerischer

Die maßgebliche Beteiligung an einem einzigen Unternehmen („Privataktionär“) reicht nicht zur Begründung der Unternehmenseigenschaft.<sup>30</sup>

**b) Abhängige, gleichgeordnete und wechselseitig beteiligte Unternehmen.** Beim abhängigen Unternehmen geht es um die Transparenz der gefährlichen Beherrschung sowie um Umgehungsschutz.<sup>31</sup> Die anderweitige Interessenbindung spielt keine Rolle. Das Nämliche gilt für gleichgeordnete, wechselseitig beteiligte und an Gewinngemeinschaften (§ 292 Abs. 1 Nr. 1) beteiligte Unternehmen. Im Bereich artifiziereller Rechtsträger versteht die hM als Unternehmen zu Recht **jede rechtlich selbstständige Organisationsform, die ein Unternehmen tragen kann**,<sup>32</sup> sofern nicht rechtsformspezifische Besonderheiten der Konzernierung entgegenstehen (→ Rn. 53 f.). Bei natürlichen Personen ist dagegen tatsächliche Unternehmensträgerschaft erforderlich (→ Rn. 53).

**c) Kritik.** Die Herausarbeitung der teleologischen Unternehmensbegriffe ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings werfen die eingangs skizzierten Entwicklungen (→ Vor § 15 Rn. 2 ff. und → Rn. 28) neue Fragestellungen auf. Grundsätzlich ist zu klären, inwieweit am Erfordernis anderweitiger wirtschaftlicher Betätigung angesichts der in dieser Pauschalität überholt wirkenden Anschauung des Gesetzgebers von der erhöhten Konzerngefahr heute noch festzuhalten ist. Der längst nicht ausgelotete<sup>33</sup> Unternehmensbegriff der hM ist ferner zu hinterfragen bei der Unternehmenseigenschaft in Holdingkonstruktionen (Rn. 39) angesichts der entfallenen Haftungskomponente (→ Vor § 15 Rn. 12 ff.), der Maßgeblichkeitsschwelle der anderweitigen Beteiligung (ab → Rn. 27) angesichts der gestiegenen Bedeutung geringerer Beteiligungswerte (→ Vor § 15 Rn. 5), der Sonderbehandlung der öffentlichen Hand (→ Rn. 44) sowie überall dort, wo Verweise auf die Definitionsnormen nicht im Zusammenhang mit der Konzerngefahr stehen (→ Rn. 51).

**d) Eigener Lösungsvorschlag.** Bei der Grundsatzfrage nach dem Festhalten am anderweitigen wirtschaftlichen Interesse zeigt sich ein Spannungsverhältnis zwischen Schutzbedarf und Unternehmensbegriff. Einerseits ist die Beschränkung der Schutzmechanismen des Konzernrechts auf die *anderweitige* unternehmerische Tätigkeit des Anteilsinhabers nicht mehr zeitgemäß. Neuere Gesetze sind nicht so restriktiv, und auch der BGH hat sich den Schranken des Unternehmensbegriffs mehrfach entzogen.<sup>34</sup> In die gleiche Richtung weisen Ansätze, welche die Unternehmenseigenschaft von Handelsgesellschaften typisieren oder überhaupt nur natürliche Personen als „Privataktionäre“ aus dem Unternehmensbegriff ausgrenzen wollen. In der Tat erscheint die den §§ 15 ff. zugrunde liegende Vorstellung des Gesetzgebers nicht unüberwindbar (→ Vor § 15 Rn. 28). Sie lässt sich auch nicht mit einem organisationsrechtlichen, auf die Konzernermöglichung abhebenden Verständnis neu begründen,<sup>35</sup> da die Gefahr faktischen Einflusses durch Private nicht zu leugnen und die Vorenthaltung der §§ 291 ff. unter diesem Blickwinkel nicht zu

Interessen; teilweise anders jetzt Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 9a f., der grds. jeden Rechtsträger als Unternehmen anerkennen und nur natürliche Personen mit einer einzigen Beteiligung als Privataktionäre von der Anwendung des Konzernrechts ausschließen möchte, weil (nur) dort die abstrakte Möglichkeit der Konzerngefahr ausgeschlossen sei; tendenziell ebenso, aber weniger weitgehend K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 33: Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand sowie von Handelsgesellschaften (wg gesetzlicher Typisierung) generell zu bejahen, anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung im Einzelfall nur bei Privatpersonen und sonstigen Rechtsträgern relevant; dem folgend auch Henssler/Strohn/Maier-Reimer/Kessler Rn. 5. Zu einem ähnlichen Ergebnis wie die hM gelangt Mülbart ZHR 163 (1999), 1 ff. auf Basis seines organisationsrechtlichen, auf die Erlangung der Privilegierungsmöglichkeiten der §§ 291 ff., §§ 311 ff. abhebenden Verständnisses des Unternehmensbegriffs. Die hM abl. Leuschner, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, 70 ff. und schon S. 26 f, 39 ff. bezüglich des Ausschlusses von Privataktionären. Näher zur Diskussion gleich im Text. Zu Detailfragen der teleologischen Definition des herrschenden Unternehmens ab → Rn. 39 ff. und insbes. → Rn. 51.

<sup>30</sup> Das entspricht der Vorstellung des Gesetzgebers, Ausschussbericht zu den § 20 und § 21 bei Kropff S. 41 f.

<sup>31</sup> Hüffer/Koch/Koch Rn. 9; Wachter/Franz Rn. 15; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 25; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 53; siehe aber Leuschner, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, 72, der auf den weiteren Kontext der Konzernbilanz hinweist.

<sup>32</sup> Zu abhängigen Unternehmen Hüffer/Koch/Koch Rn. 14; MüKoAktG/Bayer Rn. 47 f.; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 25; Henssler/Strohn/Maier-Reimer/Kessler Rn. 11; Wachter/Franz Rn. 15; Hölters/Hirschmann Rn. 10; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 73 und 75; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 86; MHdB AG/Krieger § 69 Rn. 13; zu gleichgeordneten, wechselseitig beteiligten Unternehmen und Gewinngemeinschaften Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 17, 88 ff., 90, 91; grundlegend Mülbart ZHR 163 (1999), 41 ff. (aber Gewinngemeinschaft nur mit tatsächlichem Unternehmensträger). Teilw. abl. Leuschner, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, 72: Einbeziehung jedes Unternehmensträgers nur für Umgehungsschutz, nicht aber für Konsolidierung nach §§ 290 ff. HGB, §§ 11 ff. PublG gerechtfertigt, wo es stattdessen auf die Unternehmensqualität im handelsrechtlichen Sinn ankomme. Weitere Detailfragen noch → Rn. 51 ff.

<sup>33</sup> So zutr. Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 21.

<sup>34</sup> So hinsichtlich der öffentlichen Hand (→ Rn. 44) sowie der Durchgriffshaftung (→ Vor § 15 Rn. 12 ff.).

<sup>35</sup> So aber Mülbart ZHR 163 (1999), 1 (28 ff., 31 f.).



rechtfertigen ist. Auf der anderen Seite droht ohne das Erfordernis des *anderweitigen* unternehmerischen Interesses eine Ausweitung des belastenden Abhängigkeitsrechts gegen die Privilegierungsabsicht des Gesetzgebers sowie eine Inflation von Minikonzernen (jede Einpersonen-GmbH, GmbH & Co KG oder Personengesellschaft).

- 17 Aus diesem Dilemma führen mehrere Wege. Einer davon wäre, die partielle Erweiterung des Unternehmensbegriffs fortzuführen, um die praktischen Auswirkungen seiner Beschränktheit zu minimieren.<sup>36</sup> Ein anderer wäre, den Unternehmensbegriff vom Erfordernis der *anderweitigen* wirtschaftlichen Interessenbindung zu befreien, aber bei zweifelhaften Ergebnissen eine teleologische Reduktion der jeweiligen Vorschrift vorzunehmen. Schließlich könnte man umgekehrt daran denken, die engere Definition beizubehalten, und stattdessen die einschlägigen Sachvorschriften nach Bedarf zu erweitern.<sup>37</sup> Letzterem ist zu folgen. Denn das Problem stellt sich nicht für alle Gesellschaftsformen, sondern in erster Linie für den Großaktionär der AG, der anders als der GmbH-Gesellschafter keine Lenkungsbefugnisse hat. Greift er dennoch in die Geschäfte der AG ein, drohen ihm aber nur ungenügende Sanktionen.<sup>38</sup> Daher ist der herrschende Privataktionär durch teleologische Extensionen bzw. Analogien in geeigneten Fällen miteinzubeziehen, anstatt den Unternehmensbegriff mit „Zwergkonzernen“ zu denaturieren, ebenso wie umgekehrt trotz Vorliegen einer *anderweitigen* Interessenbindung überschießende Rechtsfolgen grds. einer teleologischen Reduktion zugänglich wären.<sup>39</sup> Dementsprechend wird hier den teleologischen Unternehmensbegriffen der hM gefolgt, und anschließend für diverse Erweiterungen des Aktienkonzernrechts plädiert (→ Rn. 46 ff. und insbes. → Rn. 51). Damit lässt sich auch dem Telos der allgemeinen Definitionen in Zusammenschau mit ihren jeweiligen Anwendungsbereichen in anderen Normen und Rechtsgebieten besser gerecht werden als mit dem Ansatz der partiellen Erweiterung des Unternehmensbegriffs (dafür insbesondere *Emmerich, J. Vetter*). Denn mit letzterem wird schon nicht plausibel, warum bei natürlichen Personen oder auch bei nicht handelsrechtlichen Rechtsträgern (Vereine, Stiftungen) an der *anderweitigen* wirtschaftlichen Betätigung im Einzelfall strikt festgehalten werden soll,<sup>40</sup> während diese bei Handelsgesellschaften bloß formell vorzuliegen braucht, bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften wiederum überhaupt nicht. Die eigentliche Frage ist doch, ob man die Vorstellung des Gesetzes von einer spezifischen Konzerngefahr noch akzeptieren kann oder muss, oder eben nicht. Mit Blick darauf scheint mir, als müsse man die *anderweitige* wirtschaftliche Tätigkeit entweder überall konkret einfordern oder überall verwerfen.<sup>41</sup> Das ändert sich mE aber auch nicht, wenn man die Ermöglichungsfunktion in den Vordergrund rückt, weil die effektive Ausübung unternehmerischer Kontrolle durch den Mehrheitsaktionär, welche nach dieser Sicht vom Konzernrecht privilegiert werden soll,<sup>42</sup> nicht davon abhängt, dass dieser sich noch *anderweitig* engagiert.<sup>43</sup> Erkennt man beispielsweise mit der typisierenden Sicht jede GmbH per se als Unternehmen an, könnte der Privataktionär durch die Zwischenschaltung einer GmbH, deren Alleingesellschafter-Geschäftsführer er ist, praktisch mit der AG einen Beherrschungsvertrag zu seinen Gunsten abschließen. Hält man das iE für richtig, wäre es überzeugender, den Beherrschungsvertrag direkt zuzulassen. Hält man es dagegen für falsch, darf man den Ausschluss des Privataktionärs nicht so einfach aushebeln lassen.<sup>44</sup> Allein daran, ob natürliche Personen eine Holding zwischenschalten, und ob diese Holding als Kapitalgesellschaft, OHG (§ 105 Abs. 2 HGB) oder GbR organisiert ist, sollte die Anwendung des Konzernrechts, wie etwa die Frage der Schaffung eines Konzernbetriebsrates, jedenfalls nicht hängen (siehe noch Rn. 19). Das ergibt sich schon daraus, dass der Umgehungsschutz genuiner Regelungszweck des (allgemeinen) Konzernrechts ist (→ Vor § 15 Rn. 30).

<sup>36</sup> So (mit geringfügigen Unterschieden) *Emmerich/Habersack/Emmerich* Rn. 9a f.; *K. Schmidt/Lutter/J. Vetter* Rn. 33, 53 ff.

<sup>37</sup> Siehe zur ähnlichen methodischen Problematik bei der Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand *Kölner Komm AktG/Koppensteiner*, 2. Aufl. 1986, Rn. 70, 84; ferner *Milbert* ZHR 163 (1999), 1 (3 f.).

<sup>38</sup> So schon → Vor § 15 Rn. 14. § 117 ist schon wegen des erforderlichen Vorsatzes ein zahnloser Tiger, → § 117 Rn. 1.

<sup>39</sup> Vgl. *Bayer ZGR* 2002, 933 (948 ff.). Freilich ist der Bedarf hierfür wesentlich geringer, nachdem bereits das Kriterium der ernsthaften Sorge nachteiligen Einflusses zum Ausschluss unerheblicher *anderweitiger* Interessenbindungen führt (→ Rn. 23).

<sup>40</sup> *K. Schmidt/Lutter/J. Vetter* Rn. 33; (nur für natürliche Personen) *Emmerich/Habersack/Emmerich* Rn. 9a.

<sup>41</sup> AA jedoch *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, 70 ff. aus Basis seines relativen Unternehmensbegriffsverständnisses.

<sup>42</sup> → Vor § 15 Rn. 28; *K. Schmidt/Lutter/J. Vetter* Rn. 37.

<sup>43</sup> Anders *K. Schmidt/Lutter/J. Vetter* Rn. 38, der aufgrund der primären Ermöglichungsfunktion dafür hält, die gesetzliche Typisierung des *anderweitigen* Interesses bei Formkaufleuten im Konzernrecht anzuerkennen.

<sup>44</sup> Daher so nicht überzeugend *K. Schmidt/Lutter/J. Vetter* Rn. 55 aE; gegen ihn auch *Ederle*, Verdeckte Beherrschungsverträge, 2010, 22 ff.