

**terung des Haftungsfonds**, also kein Zugriff auf das Vermögen des als Konzernspitze fungierenden Rechtsträgers. Es kommen dieselben Erwägungen zum Tragen wie bei der kapitalmarktrechtlichen Bußgeldbemessung (Art. 30 II UAbs. 3 Marktmissbrauchs-VO und hierzu soeben → Rn. 34 ff.): der unzweideutige Bezug des Art. 83 IV ff. DS-GVO auf die Bußgeldbemessung – Adressat des Bußgeldes ist die Person iSd Art. 4 Nr. 7 f. DS-GVO – sowie die einschneidenden Folgen (etwa auch für Gesellschaftsgläubiger) stehen einem rechtsfortbildenden Zugriff auf andere als den *in concreto* verantwortlichen Rechtsträger entgegen. Weder das kartellrechtliche Vorbild<sup>134</sup> (ErwGr 150 S. 3 ErwGr) noch der Gedanke effektiver Rechtsdurchsetzung<sup>135</sup> können diesen positivrechtlichen Befund überwinden.<sup>136</sup> Es bewendet – falls erforderlich – bei der organisationsrechtlichen Gewährleistung eines bereichsspezifischen Informations- und Weisungsrechts der Konzernspitze (näher → § 76 Rn. 126 ff.).

**e) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.** Eine ganze Reihe von Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts erstrecken die Sanktionierung von Rechtsverletzungen auf den Unternehmensinhaber (§ 8 II UWG, § 99 UrhG, § 14 VII MarkenG, § 44 DesignG). Danach kommt eine Haftung der Obergesellschaft für Verstöße von Untergesellschaften grds. in Betracht, soweit diese als deren „Beauftragte“ (§ 8 II Alt. 2 UWG, § 99 Alt. 2 UrhG, § 14 VII Alt. 2 MarkenG, § 44 Alt. 2 DesignG) anzusehen ist.<sup>137</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH ist dafür aber Voraussetzung, dass die Untergesellschaft „in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert ist, dass einerseits der Betriebsinhaber [dh die Mutter] auf das beauftragte Unternehmen [dh die Tochter] einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss hat und dass andererseits der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zu Gute kommt“<sup>138</sup>. Richtigerweise kann die Obergesellschaft nur dann als „Unternehmensinhaberin“ gelten, wenn sie selbst Trägerin der unternehmerischen Tätigkeit ist, im Rahmen derer der Verstoß durch die zu diesem Zwecke „eingegliederte“ Tochter begangen wurde, was insbes bei Holding-Gesellschaften nicht der Fall ist.<sup>139</sup> Die bloße Einflussnahme auf das Unternehmen der Untergesellschaft wirkt nicht haftungsbegründend,<sup>140</sup> sondern es bedarf vielmehr ihrer konkreten Einbindung in den Betrieb der Obergesellschaft.<sup>141</sup> Angesichts dieser Anforderungen stellt sich in den betreffenden Strukturen der Unternehmensverbindung nicht die Frage des Umgangs mit Defiziten verlässlicher Einflussinstrumente.

**f) Weitere Konstellationen.** Es gibt eine ganze Reihe weiterer Regelungsbereiche, die ebenfalls Haftungssanktionen mit Konzernbezug vorsehen – freilich eine gewisse Distanz zur herkömmlichen Rechtsfigur des Haftungsdurchgriffs aufweisen und wohl auch keine grds. Probleme der Einflussinstrumente bzw. der Legalitätskontrolle aufwerfen.<sup>142</sup> So erstreckt sich der verbraucherschutzrechtliche **Unterlassungsanspruch** in gleichem Maße

<sup>134</sup> Hierzu und zu anderen Bußgeldvorschriften Uebele EuZW 2018, 440 (443 f.).

<sup>135</sup> Ehmann/Selmayr/Nemitz DS-GVO Art. 83 Rn. 71; Uebele EuZW 2018, 440 (445).

<sup>136</sup> Eine Mithaftung ebenfalls ablehnend Faust/Spittka/Wybitul ZD 2016, 120 (124); Grünwald/Hackl ZD 2017, 556 (559); kritisch auch Paal/Pauly/Frenzel DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 83 Rn. 20 („überschießende Tendenz“; „unzureichende Gesetzgebungstechnik“); Gola/Heckmann/Gola DS-GVO Art. 83 Rn. 24.

<sup>137</sup> Instrukktiv zur Unternehmensinhaberhaftung Blach, Konzerndeliktsrecht, 2022, 233 ff.; vgl auch Werner WRP 2018, 286.

<sup>138</sup> BGH NJW-RR 2005, 1489 (1490) mwN; BGH GRUR 2012, 1279 Rn. 61.

<sup>139</sup> H. F. Müller FS Windbichler, 2020, 905 (914 ff., 922).

<sup>140</sup> Mit dieser Tendenz jedoch OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2001, 30205114; noch weitergehend OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2005, 3632 (3634) (Einflussnahmepotenzial genüge, wobei jedoch ein „Betriebsorganismus“ gerade in der Person der Obergesellschaft bejaht wurde).

<sup>141</sup> MüKoUWG/Fritzsche § 8 Rn. 373; OLG Hamburg GRUR-RR 2018, 27 Rn. 69 f. Mit derselben Tendenz (allenfalls „besonders intensive Form der Einwirkung auf die Aktivitäten der Tochtergesellschaften“ könne genügen) H. F. Müller FS Windbichler, 2020, 905 (915 f., 917, 922). Zur – insbes im Kontext des faktischen Konzerns – uneinheitlichen Rspr. vgl Blach, Konzerndeliktsrecht, 2022, 246 ff.

<sup>142</sup> Vgl neben den folgenden Beispielen aus jüngster Zeit etwa auch § 15 I StromPBG.

wie die Sanktionen des Rechts des geistigen Eigentums auch auf den „Inhaber des Unternehmens“ (§ 2 I 2 UKIG; näher soeben → Rn. 40). Eine konzernbezogene Haftungserstreckung für Abwicklungskosten, die sich aus dem Betrieb von **Anlagen im Bereich der Kernenergie** ergeben, ist in § 1 NachhaftG vorgesehen.<sup>143</sup> Indessen betrifft diese Konzernbindung eine Haftungserstreckung für **öffentlich-rechtliche Folgekosten eines regulären Betriebs**, nicht hingegen Sanktionen für Rechtsverletzungen. Ebenfalls potenziell auf eine konzernbezogene Folgenbeseitigung gerichtet ist die Sanierungspflicht im Bereich des Bodenschutzrechts gemäß § 4 III 4 Alt. 1 BBodSchG. Sie trifft nicht nur den Verursacher, Grundstückseigentümer und Inhaber der tatsächlichen Gewalt, sondern auch denjenigen, der „aus handelsrechtlichem oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund für eine juristische Person einzustehen hat, der ein Grundstück, das mit einer schädlichen Bodenveränderung oder einer Altlast belastet ist, gehört“. Ein solcher „gesellschaftsrechtlicher Rechtsgrund“ ist freilich im Aktienrecht gesetzlich nur in § 322 verankert (Eingliederung) und im Übrigen rechtsfortbildend allenfalls in exzentrischen Ausnahmekonstellationen anzuerkennen (Diskurs zur sog. Durchgriffshaftung → § 1 Rn. 92 ff.).<sup>144</sup>

### III. Unternehmen

- 42 1. Grundlagen.** Zentralkriterium der in § 15 vorgesehenen Definitionen ist das „Unternehmen“. Da die Gesetzesverfasser bewusst von einer Legaldefinition abgesehen haben,<sup>145</sup> ist sein Inhalt vermittels einer teleologisch-systematischen Bewertung zu präzisieren.<sup>146</sup> Positivrechtlich hervorgehoben ist die „**rechtliche Selbständigkeit**“ des Unternehmens, die nach allgemeiner Auffassung denkbar weit, dh **im Sinne jeder Form rechtlicher Selbständigkeit** (nicht nur juristische Personen) verstanden wird;<sup>147</sup> das Kriterium hat damit allein den „negativen“ Gehalt, dass innerhalb eines Rechtsträgers keine konzernrechtsrelevanten Probleme auftreten. Unstreitig ist ferner die grds. **Rechtsformunabhängigkeit** dieser Bewertung und damit des Unternehmensbegriffs.<sup>148</sup> Im Übrigen ist heute weitgehend anerkannt, dass die komplexe Struktur des Aktienkonzernrechts eine im Grundsatz nach Maßgabe des Normumfelds differenzierende Konkretisierung des Unternehmensbegriffs erforderlich macht und zulässig erscheinen lässt.<sup>149</sup> Dabei ist **sowohl die individualschützende als auch die ordnungspolitische Ausrichtung** konzernrechtlicher Vorschriften zu berücksichtigen. Im Mittelpunkt der Diskussion stand stets die Unternehmenseigenschaft des **übergeordneten** (zumeist: herrschenden) Rechtsträgers in einem Über-/Unterordnungsverhältnis. Nach gesicherter hM wird die Unternehmenseigenschaft insoweit grds. durch das Vorliegen einer **anderweitigen** (dh: außerhalb des untergeordneten Unternehmens liegenden) **erwerbswirtschaftlichen Interessenbindung** konstituiert, die nach Art und Intensität stark genug ist, um die Besorgnis einer schädigenden Einflussnahme zu begründen (→ Rn. 43 ff.).<sup>150</sup> Das **untergeordnete** Unternehmen muss – entsprechend breitflächiger Anordnung – AG sein, es wird aber idR keiner

<sup>143</sup> Vgl auch BeckOGKAktG/Müller, Stand: 1.10.2024, § 317 Rn. 27. Näher Kessler/Schulz NVWZ 2017, 577 (581 f.).

<sup>144</sup> Näher zu den in Bezug genommenen gesellschaftsrechtlichen Einstandspflichten BeckOKUmweltrecht/Giesberts/Hilf, Stand: 1.10.2024, BBodSchG § 4 Rn. 45 ff.; Blach, Konzerndeliktsrecht, 2022, 267 ff.

<sup>145</sup> Vgl RegBegr Kropff S. 27; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 30; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 7 (Vermeidung der Aufzählung aller denkbaren Unternehmensverbindungen).

<sup>146</sup> Vgl BGH NJW 1978, 104 = BGHZ 69, 334; K. Schmidt ZGR 1980, 277 (280); Koch Rn. 9; MüKoAktG/Bayer Rn. 10; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 32, 34 ff.; MüKoGmbHG/Liebscher Anh. § 13 Rn. 67 f. mwN (auch zu den früher vertretenen funktionalen bzw. institutionellen Unternehmensbegriffen).

<sup>147</sup> Vgl etwa Koch Rn. 20; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 94.

<sup>148</sup> BGH NJW 1978, 104 = BGHZ 69, 334; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 56; Koch Rn. 6, 14.

<sup>149</sup> Vgl BGH NJW 1978, 104 = BGHZ 69, 334; BGH NJW 1979, 2401 (2402) = BGHZ 74, 359 (bezogen auf § 23 I 2 GWB). Aus der Lit. etwa Mülbart ZHR 163 (1999), 1 (7).

<sup>150</sup> StRspr; vgl BGH NJW 1978, 104 = BGHZ 69, 334; BGH NJW 1979, 2401 (2402) = BGHZ 74, 359 (bezogen auf § 23 I 2 GWB); BGH NJW 1981, 1512 (1513) = BGHZ 80, 69; BGH NJW 1986, 188 (189) = BGHZ 95, 330; BGH NJW 1997, 1855 (1856) = BGHZ 135, 107; BGH NJW 2001, 2973 (2974) = BGHZ 148, 123; vgl auch Koch Rn. 10; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 10.

weiteren Qualifikation unterworfen (→ Rn. 55). Schließlich bedarf der Unternehmensbegriff auch in **Gleichordnungsverhältnissen** keiner näheren Spezifizierung, weil eine solche weder aus Individualschutz noch aus ordnungspolitischen Gründen angezeigt ist (→ Rn. 56).

**2. Konkretisierung der anderweitigen erwerbswirtschaftlichen Interessenbindung.** **a) Keine Ersetzung durch besondere Einflussintensität.** Eine auf eine **einzig** (dh die konzernrechtlich in Frage stehende) **Gesellschaft** konzentrierte besondere Anteilshöhe, intensive Einflussnahme bzw. Beherrschung durch einen Gesellschafter qualifiziert diesen nicht schon als Unternehmer im konzernrechtlichen Sinne.<sup>151</sup> Auch hinsichtlich des Abschlusses eines **Unternehmensvertrags** sind keine überzeugenden Anhaltspunkte für eine Abweichung vom Erfordernis anderweitiger Interessenbindung erkennbar.<sup>152</sup>

**b) Natürliche Personen – Rechtsformen.** Aus dem Grundsatz der **Rechtsformunabhängigkeit** folgt, dass **natürliche Personen** als Unternehmer zu qualifizieren sein können, die als Einzelkaufleute, im Rahmen einer Personengesellschaft oder vermittelt ihrer Beteiligung an einer anderen Kapitalgesellschaft die Geschäftsleitung eines externen Unternehmens beeinflussen.<sup>153</sup> Die externe unternehmerische Bindung kann auch auf eine freiberufliche Tätigkeit bezogen sein,<sup>154</sup> weil die Art der unternehmerischen Entfaltung die spezifische Konzerngefahr nicht berührt. Nach denselben Grundsätzen können alle **verselbständigte Organisationen** (Kapitalgesellschaften, eV, Außen-GbR etc), deren Beteiligung an einer Gesellschaft konzernrechtlich zu bewerten ist, als Unternehmen zu qualifizieren sein, wenn sie zusätzlich ein Unternehmen tragen bzw. an einem anderen unternehmerisch tätigen Rechtsträger beteiligt sind.<sup>155</sup> Entgegen zum Teil vertretener Auffassung<sup>156</sup> ist die Unternehmenseigenschaft bei Personengesellschaften und Formkaufleuten (§ 6 HGB) nicht etwa per se, dh unabhängig von der externen unternehmerischen Entfaltung zu bejahen. Denn die Kaufmannseigenschaft als solche trägt den teleologischen Rahmenbedingungen des Konzernrechts (Konzerngefahr; ordnungspolitische Funktion) nicht hinreichend Rechnung.<sup>157</sup>

**c) Mittelbare unternehmerische Entfaltung.** Die externe unternehmerische Interessenbindung kann – **unmittelbar** – durch externe Unternehmensträgerschaft oder durch eine mit persönlicher Haftung verbundene<sup>158</sup> unternehmerische Geschäftsleitungstätigkeit begründet werden. Hinsichtlich einer **Kapitalbeteiligung** soll nach der Rspr. und der überwiegenden Lit. die **Möglichkeit beherrschender Einflussnahme**, insbes vermittelt einer Mehrheitsbeteiligung, als relevante externe Interessenbindung genügen.<sup>159</sup> Dagegen mag zwar eingewendet werden, dass bei passiver Verwaltung externer Beteiligung weder eine konkrete Konzerngefahr noch ein ordnungspolitische Relevanz der Beteiligung be-

<sup>151</sup> BGH NJW 1978, 104 = BGHZ 69, 334; MüKoAktG/Bayer Rn. 14. Abw. Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 9af.; Habersack AG 2016, 691 (692).

<sup>152</sup> Ebenso MüKoAktG/Altmeppen § 291 Rn. 7 ff.; K. Schmidt/Lutter/Langenbacher § 291 Rn. 14, 27; jetzt auch Koch § 291 Rn. 8. Vgl. auch die Darstellung bei Emmerich/Habersack/Emmerich § 291 Rn. 9a mwN.

<sup>153</sup> Vgl. BGH NJW 1978, 104 (105) = BGHZ 69, 334.

<sup>154</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 3288 ff.; 1995, 1544 (1545); Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 11b.

<sup>155</sup> AllgM, vgl. etwa MüKoAktG/Bayer Rn. 16. Speziell zur GbR als herrschende Gesellschaft LAG Köln NZG 2021, 156.

<sup>156</sup> So etwa Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 22 (bzgl. §§ 16, 19, 20, 21); K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 53 ff.; Henssler/Strohn/Keßler Rn. 4f.

<sup>157</sup> Zutr. etwa MüKoAktG/Bayer Rn. 16; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 60; Koch Rn. 14; Bürgers/Körper/Fett Rn. 9.

<sup>158</sup> Zu diesem Kriterium vgl. K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 43 mwN; Bayer ZGR 2002, 933 (946 f.).

<sup>159</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 1855 (1856) = BGHZ 135, 107; BGH NJW 1986, 188 (189) = BGHZ 95, 330; BGH NJW 2001, 2973 = BGHZ 148, 123; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 44; Koch Rn. 11; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 36 f.; MüKoAktG/Bayer Rn. 18 mwN. AA (eine tatsächliche Ausübung von Leitungsmacht fordernd) Zöllner ZGR 1976, 1 (13 ff.). Vgl. auch die Darstellung bei Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 13.

steht.<sup>160</sup> Allerdings besteht aus Gründen der Rechtssicherheit sowie zur Vermeidung schwer kontrollierbarer Umgehungsstrategien ein Bedürfnis nach Typisierung, wie sie etwa auch in § 17 I für das **Beherrschungskriterium** verankert ist. Nach dem Rechtsgedanken dieser Vorschrift ist daher eine potentielle Einflussnahme aufgrund einer **Mehrheitsbeteiligung** genügend,<sup>161</sup> die Feststellung konkreter Einflussnahme bzw. gar einer übergreifend-koordinierenden Aktivität<sup>162</sup> nicht erforderlich.<sup>163</sup> Auch in der Frage der **Relevanz von Minderheitsbeteiligungen** kann auf die für die Ausfüllung des Beherrschungskriteriums anerkannten Einflussmöglichkeiten abgestellt werden (vgl. → § 17 Rn. 9 ff.).<sup>164</sup> In diesem Sinne hat der BGH die als relevante externe Interessenbindung hinreichende Minderheitsbeteiligung so definiert, dass sie **durch Verknüpfung mit weiteren verlässlichen Umständen rechtlicher oder tatsächlicher Art die Möglichkeit zu beständiger und umfassend ausübender Einflussnahme auf gesellschaftsrechtlicher Basis** schafft.<sup>165</sup> Den Anforderungen soll dann genüge getan sein, wenn die HV der AG erfahrungsgemäß so besucht sind, dass die betreffende Minderheitsbeteiligung regelmäßig ausreicht, um Beschlüsse mit einfacher Mehrheit durchzusetzen und wenn der Minderheitsaktionär gleichzeitig mit zwei Mandaten im AR vertreten ist.<sup>166</sup> Nicht überzeugend hat der BGH demgegenüber die Unternehmenseigenschaft einer natürlichen Person abgelehnt, die sowohl Mehrheitsaktionär und Vorstandsvorsitzender einer AG als auch Minderheitsbeteiligter an deren Tochtergesellschaften war und in diesen als Aufsichtsratsvorsitzender fungierte.<sup>167</sup> Die gesellschaftsrechtlich basierte (formelle und informelle) Einflussmöglichkeit des Mehrheitsaktionärs in den Tochtergesellschaften begründet für die Muttergesellschaft eine Konzerngefahr. Das zentrale Argument des Gerichts, herkömmliche Sanktionen würden einen hinreichenden Schutz der Mutter-AG sicherstellen (§§ 93, 117, 243 II), vernachlässigt Transparenzmechanismen des Konzernrechts (Abhängigkeitsbericht und besondere Prüfungsanforderungen, §§ 312 ff.), die der Effektivierung von Haftungssanktionen<sup>168</sup> dienen. Nicht genügend ist aber jedenfalls ein rein schuldvertragliches, dh nicht spezifisch gesellschaftsrechtliches Einflusspotential.<sup>169</sup>

- 46 d) Besonderes Gewicht der externen Interessenbindung.** Das von der Rspr. und hL postulierte **Gewichtungselement** der externen Interessenbindung („nach Art und Intensität die Besorgnis nachteiliger Einflussnahme begründend“)<sup>170</sup> ist bislang weder deutlich konturiert noch in den Präzedenzfällen zur Ablehnung der Unternehmenseigenschaft herangezogen worden. Es sollte nach den Umständen des Einzelfalls ausgefüllt<sup>171</sup> und auf Fälle beschränkt werden, in denen die **Unternehmenssphären offenkundig ohne Wechselwirkungen bleiben**. Die Formel, wonach der Interessenkonflikt so stark ausgeprägt sein muss, dass herkömmliche Regelungen (§§ 93, 117, 243 II, Treupflicht) nicht zur Bewältigung hinreichen,<sup>172</sup> ist wenig aussagekräftig; auch lässt sie die erwähnten Transparenzmechanismen des Konzernrechts außer Betracht, die unter Umständen einen Haftungsschutz erst effektuieren.

<sup>160</sup> In diesem Sinne Mülberr ZHR 163 (1999), 1 (33 f.).

<sup>161</sup> BGH NJW 2001, 2973 (2974) = BGHZ 148, 123.

<sup>162</sup> So aber Adler/Düring/Schmaltz AktG Rn. 8.

<sup>163</sup> Ebenso MüKoAktG/Bayer Rn. 21; Koch Rn. 11.

<sup>164</sup> Vgl. auch K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 45 ff. AA BeckOGK AktG/Schall, Stand: 1.10.2024, Rn. 71.

<sup>165</sup> BGH NJW 2001, 2973 (2974) = BGHZ 148, 123; BGH NJW 1997, 1855 = BGHZ 135, 107.

<sup>166</sup> BGH NJW 1997, 1855 (1856 f.) = BGHZ 135, 107.

<sup>167</sup> BGH NJW 2001, 2973 (2974 f.) = BGHZ 148, 123.

<sup>168</sup> Kritisch auch Cahn AG 2002, 30 (34). Allgemein dazu Emmerich/Habersack/Habersack § 312 Rn. 2; BeckOGK AktG/Müller, Stand: 1.10.2024, § 312 Rn. 3.

<sup>169</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 1893 (1896 f.) = BGHZ 90, 381; Koch Rn. 15; AA BeckOGK AktG/Schall, Stand: 1.10.2024, Rn. 72.

<sup>170</sup> BGH NJW 1997, 1855 (1856) = BGHZ 135, 107; BGH NJW 2001, 2973 (2974) = BGHZ 148, 123.

<sup>171</sup> Ähnlich GK-AktG/Windbichler Rn. 36 (typisierende Gesamtbetrachtung).

<sup>172</sup> In diesem Sinne BGH NJW 2001, 2973 (2974 f.) = BGHZ 148, 123; Koch Rn. 11.

e) **Holding und Treuhand.** Bei der Einschaltung einer **Zwischenholding** ist nach 47 den genannten Grundsätzen zu unterscheiden: Der **Holdingrechtsträger** selbst ist bereits dann ein Unternehmen, wenn er neben der in Frage stehenden Beteiligung auf mindestens eine weitere Gesellschaft maßgeblichen Einfluss ausüben kann. Auf die tatsächliche Einflussnahme kommt es nicht an, Anteilsverwaltung ist genügend, das bloße „Parken“ auf der Ebene der Holding daher kein Grund für die Ablehnung der Unternehmenseigenschaft.<sup>173</sup> **Zusätzlich ist auch der Gesellschafter** der Holding jedenfalls dann als Unternehmen zu qualifizieren, wenn er außerhalb der Holding eine maßgebliche unternehmerische Interessenbindung verfolgt. Darüber hinaus sollte der Gesellschafter aber bereits dann als Unternehmen behandelt werden, wenn in der Holding (einflussrelevante) Beteiligungen an mehreren Gesellschaften zusammengefasst sind und zwar unabhängig von einer tatsächlichen Einflussnahme des Gesellschafters auf die Beteiligungsgesellschaften.<sup>174</sup> Die naheliegende Möglichkeit einer latenten Orientierung der Tochtergesellschaften an den Interessen des Gesellschafters begründet (auch) eine auf seine Person gerichtete Konzerngefahr. Ähnliches gilt bei der Einschaltung von **Treuändern**. Hier ist die auf den Treuhänder verlagerte unternehmerische Interessenbindung ebenfalls auch dem Treugeber zuzurechnen (Rechtsgedanke § 16 IV).<sup>175</sup> Ein **Rechtsträger, der nicht als Anteilsinhaber, sondern ausschließlich als Leitungsorgan** eines Gleichordnungskonzerns (§ 18 II) eingesetzt wird, verfolgt insoweit keine eigenständigen unternehmerischen Interessen und ist daher ungeachtet anderweitiger unternehmerischer Interessenbindung im Hinblick auf seine fremdbestimmte Leitungstätigkeit nicht als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne zu qualifizieren.<sup>176</sup>

f) **Innengesellschaften/Stimmrechtskonsortien.** Besondere Schwierigkeiten ergeben 48 sich bei einer Herrschaftsausübung vermittelt **Innengesellschaften** bzw. rechtlich nicht verselbständigter GbR (zB: **Stimmrechtskonsortien**; Familiengesellschaften etc). Angesichts des Erfordernisses der Ausübung gesellschaftsrechtlichen Einflusses ist die Unternehmenseigenschaft jedenfalls von der Existenz eines selbständigen Rechtsträgers abhängig.<sup>177</sup> Innengesellschaften kommen daher auch dann nicht als konzernrechtliche Unternehmen in Betracht, wenn sie auf mehrere Gesellschaften in relevanter Weise Einfluss nehmen können.<sup>178</sup>

Die Einflussnahme vermittelt der Innengesellschaft kann aber unter Umständen **deren** 49 **Gesellschaftern zugerechnet** werden;<sup>179</sup> diese sind – den allgemeinen Regeln entsprechend – als Unternehmer zu behandeln, sofern sie neben der Beeinflussung einer AG durch die Innengesellschaft auch externe unternehmerische Interessen verfolgen – sei es durch eine weitere Einflussphäre der Innengesellschaft, sei es auf andere relevante Weise (anderweitige unmittelbare oder beteiligungsmäßige Entfaltung des Gesellschafters). Die Mitwirkung im Rahmen der Innengesellschaft kann aber grds. nur dann als relevante Einfluss-

<sup>173</sup> Ebenso und näher MüKoAktG/Bayer Rn. 26 f. Weitergehend, für generelle Unternehmensqualität der Holdinggesellschaft Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 16. Einschränkung Koch Rn. 12: Nur bei Verwaltung durch die Holding, nicht bei bloßem „Parken“.

<sup>174</sup> Ebenso MüKoAktG/Bayer Rn. 33; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 17; Koch Rn. 12; Cahn AG 2002, 30 (32 f.). AA BeckOGKActG/Schall, Stand: 1.10.2024, Rn. 83; wohl auch Mülberr ZHR 163 (1999), 1 (34).

<sup>175</sup> Zutr. Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 19; GK-AktG/Windbichler Rn. 45, vgl auch Bürgers/Körper/Fett Rn. 19.

<sup>176</sup> Zutr. Koch Rn. 12; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 61; AA K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 64; Beck-OGKActG/Schall, Stand: 1.10.2024, Rn. 87.

<sup>177</sup> In diesem Sinne BGH NJW 1991, 2765 (2766) („Gesellschaftszweck auf das bloße anteilige Halten der Aktien beschränkt“); OLG Hamm NZG 2001, 563 (564 f.). Vgl auch BGH NJW 1993, 2114 (2115 f.) („nicht Familiengemeinschaft, die ohne zusätzliche gesellschaftsrechtliche Abreden ausschließlich durch Eheschließung oder dadurch zusammengehalten wird, dass die Mitglieder voneinander abstammen“).

<sup>178</sup> Zutr. BAG NZG 2005, 512 (514) = BAGE 112, 166; OLG Hamburg AG 2001, 479 (481); MüKo-AktG/Bayer Rn. 29; Koch Rn. 13; GK-AktG/Windbichler Rn. 16; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 58 mwN.

<sup>179</sup> Vgl K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 67.

nahme eines Gesellschafters qualifiziert werden, wenn dieser **im Rahmen der Innengesellschaft über beherrschenden Einfluss** verfügt; der **dominierende Innengesellschafter** ist als Unternehmen zu qualifizieren, wenn er außerhalb der Innengesellschaft eine unternehmerische Interessenbindung verfolgt<sup>180</sup> oder wenn die Innengesellschaft mehrere Gesellschaften beherrscht.<sup>181</sup> **Fehlt es an einer dominierenden Stellung** eines einzelnen Gesellschafters, so kann die durch die Innengesellschaft vermittelte Einflussnahme jedem Innengesellschafter zugerechnet werden,<sup>182</sup> weil jeder Innengesellschafter potentiell an der bewusst geschaffenen Einflussmöglichkeit der Innengesellschaft partizipiert. Folglich sind in diesem Fall **alle Innengesellschafter Unternehmer**, wenn die **Innengesellschaft mehrere Gesellschaften beherrscht**; im Übrigen hängt die Unternehmereigenschaft jedes einzelnen Innengesellschafters vom Vorliegen einer gesonderten, externen unternehmerischen Interessenbindung ab.<sup>183</sup>

- 50 **3. Ausnahmen von der anderweitigen erwerbswirtschaftlichen Interessenbindung.** Nach der Rspr. des BGH gilt das Kriterium der multiplen erwerbswirtschaftlichen Interessenbindung nicht für **Körperschaften des öffentlichen Rechts**. Diese werden **bereits dann als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne** behandelt – dh den regulären konzernrechtlichen Bindungen unterworfen –, **wenn sie eine einzige Gesellschaft beherrschen**; zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die gemeinwohlorientierte bzw. politische Ausrichtung des hoheitlichen Rechtsträgers im Rahmen der Beherrschung einer Gesellschaft den Interessengleichlauf mit den Minderheitsaktionären in ähnlicher Weise beeinträchtigen kann wie eine externe erwerbswirtschaftliche Entfaltung.<sup>184</sup>
- 51 Zwar ist die **grds. Anwendung des Konzernrechts** auf die öffentliche Hand zu **begrüßen, nicht aber die Ausnahme vom Erfordernis multiplen Beteiligungsbesitzes**; sie wird dem Begriff Unternehmen nicht gerecht, ist hinsichtlich der **Gleichstellung zwischen Konzerngefahr und hoheitlicher Einflussnahme angreifbar** und sie entspricht schließlich auch nicht dem ordnungspolitischen *telos* des Konzernrechts.<sup>185</sup> Der Gefahr einer schädigenden Einflussnahme durch öffentlich-rechtliche Anteilseigner kann durch konzernunabhängige Mechanismen sowie unter Umständen durch Einzelanalogien zum Konzernrecht begegnet werden.
- 52 Die (erweiterte) Anwendung des Konzernrechts betrifft auch **Gemeinden** mit Anteilsbesitz. Insoweit stehen die konzernrechtlichen Haftungsfolgen und Einflusssschranken in einem kaum auflösbaren **Spannungsverhältnis zu den gesetzlichen Vorgaben des Gemeindefinanzrechts**, die eine weitgehende Sicherstellung der hoheitlichen Bindung gebieten.<sup>186</sup> Derartige Vorgaben des Gemeindefinanzrechts oder andere Regelungen des öffentlichen Organisationsrechts **beeinflussen die anwendbaren aktienrechtlichen Regelungen nicht**: Es steht öffentlich-rechtlichen Körperschaften frei, sich für oder gegen eine Interessenverfolgung im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Rechtsformen zu entscheiden. Die privatrechtlichen Rahmenbedingungen bilden eine Vorgegebenheit dieser Entscheidung, wie gerade auch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der Inanspruch-

<sup>180</sup> OLG Köln AG 2002, 89 (90).

<sup>181</sup> In diesem Sinne OLG Hamm NZG 2001, 563 (565); MüKoAktG/Bayer Rn. 35.

<sup>182</sup> Vgl zur wechselseitigen Zurechnung BeckOGKAktG/Schall, Stand: 1.10.2024, Rn. 78, 82, 86.

<sup>183</sup> Für eine generelle Zurechnung der durch die Innengesellschaft vermittelten Beherrschung an alle Gesellschafter Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 20b mwN.

<sup>184</sup> Vgl BGH NJW 1997, 1855 (1856) = BGHZ 135, 107. Im Wesentlichen zust. und mit Darstellung der Entwicklung und des Meinungsstandes MüKoAktG/Bayer Rn. 38–44; ebenso BeckOGKAktG/Schall, Stand: 1.10.2024, Rn. 88; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 33 f.; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 69 f.; Raiser ZGR 1996, 458 (464 f.); Henssler/Strohn/Keßler Rn. 7. Näher zum Problem auch Schön ZGR 1996, 429 (452 f.); ausf. auch Bayer FS K. Schmidt, 2019, Bd. II, 65 ff.

<sup>185</sup> Grds. kritisch auch Mülberr ZHR 163 (1999), 1 (13 ff., 34 ff.); Michalski/Servatius GmbHG SystDarst 4 Rn. 11.

<sup>186</sup> Vgl etwa das Gebot der Sicherstellung öffentlicher Zweckverfolgung bzw. der Haftungsbegrenzung in bestimmter Höhe nach Art. 87 I, 92 I BayGO. Aus Sicht der NRWGO vgl Koch Rn. 18. Näher dazu Steiner/Brinktrine/Haak, Besonderes Verwaltungsrecht, § 1 F II 2 Rn. 224 ff.

nahme privatrechtlicher Rechtsformen zeigen (kein spezifisches „Verwaltungsgesellschaftsrecht“).<sup>187</sup> Eine gewisse Absicherung der Gemeinwohlausrichtung kann durch deren Verankerung im Gesellschaftszweck unter Abweichung vom (regulären) dezentralen Gewinnziel erreicht werden.<sup>188</sup> Für Zweckänderungen gilt allerdings insoweit das Einstimmigkeitsprinzip (§ 33 I 2 BGB); auch ist die effektive Suspendierung vom dezentralen Gewinnziel bei näherer Betrachtung mit erheblichen Rechtsnachteilen verbunden, namentlich mit einem Ausschluss der positiven Fortführungsprognose hinsichtlich der Überschuldungsmessung und einer Haftung der beherrschenden Körperschaft analog § 302 f.<sup>189</sup>

Hinsichtlich der **Treuhandanstalt** wurde deren konzernrechtliche Bindung dadurch eingeschränkt, dass diese kraft sondergesetzlicher Anordnung von den Vorschriften über herrschende Unternehmen grds. ausgenommen wurde (§ 28a EGAktG).<sup>190</sup> Zutr. waren allerdings insoweit die Regeln des faktischen Konzerns angesichts der Außergewöhnlichkeit der Rahmenbedingungen ohnehin im Wege der teleologischen Reduktion außer Anwendung zu lassen.<sup>191</sup> 53

Es liegt in der Konsequenz der Rspr. des BGH auch andere, nicht-erwerbswirtschaftliche Rechtsträger, wie etwa **Religionsgemeinschaften, Gewerkschaften** und **gemeinnützige Stiftungen**, unabhängig von einem multiplen Beteiligungsbesitz als Unternehmen zu behandeln.<sup>192</sup> 54

**4. Untergeordnetes Unternehmen.** Der **Abschnitt der §§ 291 ff. über „verbundene Unternehmen“** behandelt fast ausschließlich Über-/Unterordnungsverhältnisse (Ausnahme: Gleichordnungskonzern nach § 328 und die systemfremden Vorschriften des *Squeeze-Out*, §§ 327a–327f). Während für das übergeordnete Unternehmen die vorstehend erörterten Qualifizierungen gelten, ist als untergeordnetes Unternehmen in den §§ 291 ff. **zumeist eine AG bzw. KGaA** in Bezug genommen („Gesellschaft“), weil das Aktienkonzernrecht primär (und systematisch konsequent) die Folgen konzernmäßiger Einwirkungen auf eine AG behandelt. Darüber hinaus werden in einer Vielzahl verstreuter Einzelvorschriften aktienrechtliche Gebote zur Vermeidung von Umgehungen auf Verhältnisse von mit einer AG verbundenen bzw. abhängigen „Unternehmen“ erstreckt (§§ 20 VII, 71 I Nr. 2, 71a I 2, 71d S. 2, 89 II, 90 I 3 Hs. 2, III 1, 131 I 2, III Nr. 1, 136 II, 145 III, 192 II Nr. 3, 293a II 1, 312 I 1, 2, 313 I 1, 313, 314–316, 318, 400 AktG; §§ 290 ff. HGB). Diese Fälle eines positivrechtlichen Zurechnungsdurchgriffs beziehen nach dem zugrundeliegenden Zweck alle Rechtsträger mit ein, welche die jeweiligen Verbindungsvoraussetzungen erfüllen, ohne dass eine multiple unternehmerische Interessenbindung oder auch nur ein Geschäftsbetrieb erforderlich ist.<sup>193</sup> Erfasst werden ggf. auch Anstalten des öffentlichen Rechts, sofern diese in einer konzernrechtlichen Verbindung zu einer AG nach Maßgabe der erwähnten Vorschriften stehen. Allerdings ist die Beherrschung durch einen Privatrechtsträger mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter einer Anstalt grds. unvereinbar.<sup>194</sup> 55

**5. Gleichgeordnete Unternehmensverbindungen.** Die wenigen Regeln für Verbindungen ohne Über-/Unterordnungsverhältnis werfen hinsichtlich der teleologischen Bestimmung des Unternehmensbegriffs keine größeren Schwierigkeiten auf. Jeder Rechts- 56

<sup>187</sup> Vgl auch Spindler ZIP 2011, 689 mwN; Hüffer FS Hopt, 2010, Bd. I, 901 (904 f.). AA etwa Ipsen JZ 1955, 593 (598). Näher → §§ 394, 395 Rn. 4.

<sup>188</sup> Näher und mwN MüKoAktG/Bayer Rn. 42.

<sup>189</sup> Näher dazu Grigoleit, Gesellschafterhaftung, 2006, S. 348 ff. Vgl auch → § 1 Rn. 9.

<sup>190</sup> BGBl. 1992 I 1257 (1284). Vgl dazu Timm FS Semler, 1993, 611 ff.; AG Halle-Saalkreis AG 1993, 522 ff. (Vorlage gem. Art. 100 I 1 GG); KG GmbHR 1993, 663 f. Kritisch K. Schmidt JZ 1992, 856 (866).

<sup>191</sup> Zutr. und mwN MüKoAktG/Bayer Rn. 44.

<sup>192</sup> Ebenso MüKoAktG/Bayer Rn. 43; KK-AktG/Koppensteiner Rn. 58; GK-AktG/Casper GmbHG Anh. § 77 Rn. 22.

<sup>193</sup> Zutr. MüKoAktG/Bayer Rn. 48; Koch Rn. 19.

<sup>194</sup> Ebenso LAG Berlin AG 1996, 140 ff.; U. H. Schneider WM Sonderbeilage 3/2000, 24 (32). AA Bezenberger/Schuster ZGR 1996, 481 (484 ff.); Koch Rn. 19; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 25; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 74.

träger mit erwerbswirtschaftlichem Unternehmen kann an einem Gleichordnungskonzern und an einer Gewinngemeinschaft beteiligt sein (§ 291 II),<sup>195</sup> jede Kapitalgesellschaft an einer wechselseitigen Beteiligung (§§ 19, 328).<sup>196</sup>

#### IV. Verbindungsformen als Elemente des Kriteriums „verbundene Unternehmen“

- 57 Kraft der gesetzlichen Legaldefinition des § 15 wird das Kriterium verbundene Unternehmen **durch bestimmte Verbindungsformen konstituiert**, die ihrerseits in den nachfolgenden Vorschriften definiert werden: Mehrheitsbeteiligung (§ 16), Beherrschung (§ 17), Konzernierung iS (§ 18), wechselseitige Beteiligung (§ 19) sowie unternehmensvertragliche Verbindung (§§ 291 f.). Die Verbindungsformen bilden die Anknüpfung für eine Anwendung der für alle verbundenen Unternehmen geltenden Regelungen (→ Rn. 1). Die meisten konzernrechtlichen Vorschriften sind aber in spezifischer Weise auf eine bestimmte Verbindungsform bezogen. **Die wichtigsten Verbindungsformen** sind die **unternehmensvertragliche Verbindung** als Anknüpfung des für den **Vertragskonzern** geltenden Regelungskomplexes (§§ 291 ff.) und die **Beherrschung als Voraussetzung der Regulierung faktischer Konzerne** (§§ 311 ff.). Die Eingliederung (§ 319 ff.) ist in § 15 nicht eigens genannt, aber ohne Weiteres eine Unternehmensverbindung, weil die eingegliederte Gesellschaft von der Obergesellschaft iSv § 17 beherrscht wird.<sup>197</sup>
- 58 Die Verbindungsformen stehen (anders als Vertragskonzern und faktischer Konzern) **in keinem Ausschlussverhältnis** zueinander und sie **überschneiden sich** angesichts der definitorischen Struktur **häufig**. Eine Unternehmensverbindung kann auch durch Einflussnahme vermittelt eines zwischengeschalteten Rechtsträgers begründet werden, etwa zwischen der Ober- und der Enkelgesellschaft aufgrund der Einschaltung einer Tochtergesellschaft als Beherrschungsmittler oder durch Einsetzung eines Treuhänders als Beherrschungsmittler (§ 16 IV<sup>198</sup>). Ohne unmittelbare rechtliche Verbindung können auch verschiedene unter einheitlicher Leitung stehende Gesellschaften als verbundene Unternehmen zu qualifizieren sein (§ 18). Die wechselseitige Beteiligung (als solche) eines herrschenden Unternehmens mit einem Drittunternehmen führt nicht zu einer konzernrechtlichen Verbindung zwischen diesem und dem abhängigen Unternehmen.<sup>199</sup> Schuldrechtliche Einflussnahme als solche reicht nach der auf gesellschaftsrechtliche Verbindung ausgerichteten Konzeption der §§ 15 ff. ebenfalls nicht aus (vgl bereits → Rn. 45).<sup>200</sup>

#### § 16 In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen

(1) **Gehört die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen oder steht einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte zu (Mehrheitsbeteiligung), so ist das Unternehmen ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen, das andere Unternehmen ein an ihm mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen.**

(2) <sup>1</sup>**Welcher Teil der Anteile einem Unternehmen gehört, bestimmt sich bei Kapitalgesellschaften nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrags der ihm gehörenden Anteile zum Nennkapital, bei Gesellschaften mit Stückaktien nach der Zahl der Aktien.** <sup>2</sup>**Eigene Anteile sind bei Kapitalgesellschaften vom Nennkapital, bei Gesellschaf-**

<sup>195</sup> Vgl Mülberr ZHR 163 (1999), 1 (42 f.); Henssler/Strohn/Keßler Rn. 11.

<sup>196</sup> Vgl Mülberr ZHR 163 (1999), 1 (43 f.); Koch § 328 Rn. 2; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter § 328 Rn. 5.

<sup>197</sup> Vgl nur Koch Rn. 21.

<sup>198</sup> Vgl zu dessen auf Umgehungsschutz abzielender ratio Koppensteiner FS K. Schmidt, 2009, 927 (928); Bork ZGR 1994, 237 (246).

<sup>199</sup> Zutr. MüKoAktG/Bayer Rn. 2; Koch Rn. 21.

<sup>200</sup> Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 14 mwN; BeckOGKaktG/Schall, Stand: 1.10.2024, Rn. 72.