1. Teil: Gang der Untersuchung

Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff stellt nach der Rspr. den Einstieg in die Konzernhaftung dar. Die enorme praktische Bedeutung läßt sich daran ablesen, daß ca. 75% aller deutschen AGen und 40-50% aller GmbHs konzernverbunden sind[1]. Der Unternehmensbegriff hat im letzten Jahr durch das VW-Urteil eine neue Dimension erfahren, da öffentlich-rechtliche Körperschaften neu bewertet wurden[2]. Aus dieser Rspr könnten sich weitreichende Folgen für die Konzernhaftung ergeben.
In dieser Arbeit wird zunächst die allgemeine Definition des Unternehmensbegriffes betrachtet, wie sie sich seit dem Inkrafttreten des Aktiengesetzes 1965 in Rspr. und Lit. entwickelt hat. Außerdem soll am Beispiel des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns darauf eingegangen werden, ob die Unternehmenseigenschaft eine Haftungsvoraussetzung darstellt. Danach soll die Ausweitung des Unternehmensbegriffes durch das VW-Urteil diskutiert werden. Anschließend wird ein Ausblick geschaffen, welche Auswirkungen die Rspr. auf andere Unternehmensträger haben könnte. Insbesondere werden dabei die Holding, der Verein anhand eines Fußball-Bundesligaklubs, die Stiftung und die Genossenschaft behandelt.

2. Teil: Konzernrechtlicher Unternehmensbegriff

A. Bestimmung des Unternehmensbegriffes

Die Schwierigkeiten, den Unternehmensbegriff zu bestimmen, resultieren daraus, daß der Gesetzgeber diesen in den §§ 15ff AktG nicht näher definiert hat, da es ihm zu kompliziert erschien und mit großen praktischen Schwierigkeiten verbunden war[3].

I. Ansätze zur Bestimmung des Unternehmensbegriffs

§ 15 AktG setzt nach seinen Rechtsfolgen voraus, daß der Adressat fähig ist, ein Träger von Rechten und Pflichten zu sein[4]. Dadurch wird klargestellt, daß nur Unternehmen, nicht aber Privatpersonen an Unternehmens-

---

1 Kraft/Kreutz B V 2 (S. 57).
2 BGH v. 17.3.1997 DB 1997, 1121f.
3 RegE bei Kropff, S. 27; KK/Koppensteiner § 15 Rn 8; Reinhardt/Schultz Rn 615.
4 Miegel S. 102; vgl. Koppensteiner ZHR 131, 289 (312).

verbindungen im Sinnes des Konzernrechts teilhaben können[5]. Von dieser Grundlage aus sind verschiedene Lösungsansätze zur Bestimmung des Unternehmensbegriffes entwickelt worden.

1. Funktioneller und institutioneller Unternehmensbegriff

Nach dem funktionellen Unternehmensbegriff liegt ein Unternehmen dann vor, wenn eine juristische oder natürliche Person sich unternehmerisch planend und entscheidend betätigt[6]. Der institutionelle Unternehmensbegriff verlangt dagegen eine gewerbliche Betätigung im Wirtschaftsleben und ein Mindestmaß an institutioneller Einrichtung[7].

2. Teleologischer Unternehmensbegriff

Demgegenüber meinte die Rspr., daß der Begriff des herrschenden Unternehmens nach der jeweiligen Bestimmung, also dem Normzweck auszulegen sei[8]. Nach diesem teleologischen Verständnis ist auf den methodischen Gesetzeszweck und nicht auf den Wortlaut abzustellen, es findet also eine zweckbezogene Wertung statt[9]. Entscheidendes Kriterium bei der teleologischen Auslegung sei die Gefährdung, die sich für den Minderheitsgesellschafter und die Gläubiger ergeben kann, die sogenannte konzerntypische Gefährdungslage[10]. Aufgrund dieses Schutzgedankens ist die Gefährdungslage aus Sicht des abhängigen Unternehmens zu betrachten[11]. Eine solche Lage liege insbesondere dann vor, wenn die unternehmerischen Interessen des Mehrheitsgesellschafters außerhalb der Gesellschaft stark genug sind, um zum Nachteil dieser Gesellschaft zu handeln[12]. Das ist dann der Fall, wenn der Gesellschafter nicht nur innerhalb, sondern auch außerhalb der Gesellschaft wirtschaftliche Interessen verfolgt[13].

---

[5] KK/Koppensteiner § 15 Rn 7; Lutter FS Steindorff S. 125 (129); Wiedemann ZIP 1986, 1293 (1302); Zöllner ZGR 1976, 1 (7); Emmerich/Sonnenschein § 2 II (S. 27).

[6] Möhring NJW 1967, 1; Kropff BB 1965, 1281 (1285); Brauksiepe BB 1966, 869 (871); Wiedemann/Martens AG 1976, 197 (198).

[7] Godin/Wilhelmi § 15 Anm. 2; Schäfer NJW 1967, 1741; Janberg/Schlaus AG 1967, 33 (37).

[8] BGH v. 13.10.1977 BGHZ 69, 334 (337) „VEBA“; BGH v. 8.5.1979 BGHZ 74, 359 (364) „WAZ“; BGH v. 16.2.1981 BGHZ 80, 69 (72) „Süssen“.

[9] K.Schmidt ZGR 1980, 277 (280); Immenga/Mestmäcker § 23 Rn 12; RegE bei Kropff S. 41; Wiedemann/Martens AG 1976, 197 (199); GHEK/Geßler § 15 Rn 17.

[10] Kort DB 1986, 1909 (1910); Hefermehl FS Geßler S. 203 (214); Timm NJW 1992, 2185 (2188).

[11] BGH v. 4.3.1974 BGHZ 62, 193 (197) „Seitz“; Siegels S. 50; Wiedemann/Martens AG 1976, 197 (199).

[12] BGH v. 13.9.1991 BGHZ 115, 187 (190); Roth/Altmeppen Anh. § 13 Rn 2; Würdinger § 63 2 b (S. 283); Timm NJW 1992, 2185 (2188).

3. Stellungnahme

Für eine zweckbezogene Argumentation spricht, daß der Begriff des Unternehmens umgangssprachlich offen gefaßt ist, und somit eine exakte juristische Definition nicht möglich ist[14]. Ferner sind der funktionelle und institutionelle Unternehmensbegriff in vielerlei Hinsicht problematisch.

a) Zu große Reichweite des Unternehmensbegriffes

Gegen beide Unternehmensbegriffe spricht § 18 II AktG, der den Gleichordnungskonzern regelt, da dort die einheitliche Leitungsmacht das Subjekt der Leitung nicht zum Unternehmen macht[15]. Außerdem bleibt unklar, warum auch ein einzelnes Unternehmen einbezogen ist. Der Schutzzweck wird in solchen Fällen nicht berührt, da sowohl der einzelne Gesellschafter als auch die Leitung in aller Regel ein gemeinsames Interesse an einer erfolgreichen Tätigkeit haben werden[16]. Daher sind diese Unternehmensbegriffe zu weit.

b) Zu enger Unternehmensbegriff

Auf der anderen Seite ist der Unternehmensbegriff zu eng, da ein planender Einfluß bzw. eine institutionelle Einrichtung gefordert wird, also die Fälle schlichter Abhängigkeit durch eine Mehrheitsbeteiligung nicht in Betracht kommen[17]. Gegen den institutionellen Unternehmensbegriff spricht zudem, daß das Minimum der erforderlichen Einrichtung nicht präzise zu beschreiben ist[18].

c) Zwischenergebnis

Funktioneller und institutioneller Unternehmensbegriff sind abzulehnen.

4. Versuch einer Vereinigung beider Unternehmensbegriffe

Aufgrund dieser Argumente will Zöllner die beiden Unternehmensbegriffe vereinigen. Er ist der Auffassung, aus § 134 I 4 AktG schließen zu können, daß die Beherrschung eines Unternehmens allein nicht ausreicht, sondern vielmehr ein weiteres Merkmal hinzukommen muß[19]. Allerdings können teleologische Kriterien ergeben, daß dasselbe Wort eines Gesetzes an

---

[13] BSG v. 27.9.1994 NJW-RR 1995, 730 (732); BAG v. 8.3.1994 NJW 1994, 3244 (3245); Emmerich/Sonnenschein § 2 III (S. 28); Fleck WM 1986, 1205 (1206); Michalski/Zeidler NJW 1996, 224 (225).

[14] KK/Koppensteiner § 15 Rn 11; Miegel S. 40; Wiedemann/Martens AG 1976, 197 (199); Hohrmann S. 27.

[15] Koppensteiner ZHR 131, 289 (308); KK/Koppensteiner § 15 Rn 17; Haesen S. 9.

[16] KK/Koppensteiner § 15 Rn 17, Schulze-Osterloh ZGR 1983, 129 (148); Geßler FS Knur S. 145 (148); Kort DB 1986, 1909; Wiedemann/Martens AG 1976, 197 (200).

[17] Kort DB 1986, 1909; KK/Koppensteiner § 15 Rn 17; Zöllner ZGR 1976, 1 (8).

[18] Zöllner ZGR 1976, 1 (10); Hefermehl FS Geßler S. 203 (211); KK/Koppensteiner § 15 Rn 18.

[19] Zöllner ZGR 1976, 1 (15); ders. AG 1978, 40 (41).

unterschiedlichen Stellen etwas Unterschiedliches bedeutet[20]. Außerdem stellte Zöllner selbst fest, daß § 134 I 4 AktG nur eine periphere Vorschrift des Aktienrechts darstellt[21]. Dann ist es aber verfehlt, das gesamte Konzernrecht um diese Norm herum aufzubauen[22]. Ferner kann auch der Schutzzweck des Konzernrechts gefährdet sein, da wiederum die schlichte Abhängigkeit außer Betracht bleibt[23]. Der Versuch von Zöllner kann somit nicht überzeugen.

5. Ergebnis

Der teleologische Unternehmensbegriff erweist sich als überlegen. Ein Unternehmen ist damit anzunehmen, wenn die unternehmerischen Interessen des Mehrheitsgesellschafters außerhalb der Gesellschaft stark genug sind, um zu ihrem Nachteil zu handeln.

II. Bestimmung des teleologischen Unternehmensbegriffes

Nach der teleologischen Argumentation ist der konzernrechtliche Unternehmensbegriff aufgrund der unterschiedlichen Schutzzwecke für abhängige und herrschende Unternehmen unterschiedlich zu definieren[24].

1 Unternehmensbegriff bei herrschenden Unternehmen

Zu klären ist, wann die unternehmerischen Interessen des Gesellschafters außerhalb der Gesellschaft so stark sind, daß die konzerntypische Gefährdungslage besteht.

a) statische Merkmale

Einige versuchten, mit statischen Merkmalen den Unternehmensbegriff zu erfassen.

aa) typische Gefährdungslage bei bloßer Kaufmannseigenschaft

Eine Auffassung nimmt ein Unternehmen bereits an, wenn ein Eintrag als Handelsgewerbe ins Handelsregister erfolgt ist und damit die handelsrechtliche Unternehmenseigenschaft besteht[25]. Dagegen spricht aber, daß der Sinn und Zweck dieser Eintragung nur darin besteht, im Interesse der Verkehrssicherheit auf Kapitalgesellschaften immer Kaufmannsrecht anzuwenden[26]. Da das Konzernrecht aber verfolgt ganz andere Schutz-

---

[20] Koppensteiner § 15 Rn 23.

[21] KK/Zöllner § 134 Rn 45; KK/Koppensteiner § 15 Rn 23.

[22] Koppensteiner ZGR 1979, 91 (94).

[23] Koppensteiner ZGR 1979, 91 (94); Hohrmann S. 30.

[24] KK/Koppensteiner § 15 Rn 10; Geßler/Hefermehl § 15 Rn 9; Luchterhandt ZHR 132, 149 (154); Adler/Düring/Schmaltz § 15 AktG Rn 2; T.Raiser § 51 Rn 2.

[25] Hefermehl FS Geßler S. 203 (216); Baumbach/Hueck AktG § 15 Anm. 3; Miegel S. 116.

[26] GHEK/Geßler § 15 Rn 30; Haesen S. 22; KK/Koppensteiner § 15 Rn 34; Koppensteiner ZHR 131, 289 (309) Anm. 56.

zwecke verfolgt, verbietet sich die Gleichsetzung von konzernrechtlichem und handelsrechtlichem Unternehmensbegriff[27].

bb) keine Erfassung von Freiberuflern

Andere wollten Freiberufler vom Unternehmensbegriff ausnehmen, da sie nach der Auffassung des Gesetzgebers andere Primärziele als den Erwerb von Geld hätten[28]. Allerdings bleibt die Möglichkeit eines Interessenkonfliks nicht ausgeschlossen, weswegen auch Freiberuflern die Unternehmenseigenschaft zuzubilligen ist[29].

cc) Ergebnis

Anhand von statischen Merkmalen läßt sich die Unternehmenseigenschaft nicht erfassen.

b) Gefährdungslage bei maßgeblicher Beteiligung

Mangels statischer Kriterien ist daher der Einfluß außerhalb der Gesellschaft stark genug, wenn eine weitere maßgebliche Beteiligung vorliegt[30]. Allerdings muß dieser Einfluß gesellschaftsrechtlich bedingt und nicht nur wirtschaftlicher Natur sein, da wirtschaftliche Faktoren zum allgemeinen Risiko marktwirtschaftlicher Betätigung gehören und damit mit dem allgemeinen Zivilrecht zu lösen sind[31]. Streitig ist aber, in wieweit über die maßgebliche Beteiligung hinaus eine Leitungsmacht erforderlich ist.

aa) maßgebliche Beteiligung ausreichend

Nach der Rspr. und Teilen der Literatur ist es ausreichend, wenn der Aktionär eine weitere maßgebliche Beteiligung besitzt, während eine tatsächliche Ausübung der Herrschaftsmacht unerheblich ist[32].

bb) Forderung einer tatsächlichen Herrschaftsmacht

Andere verlangen demgegenüber zusätzlich zur maßgeblichen Beteiligung eine tatsächliche Ausübung der Herrschaftsmacht[33].

cc) Entscheidung

Gegen die zweite Auffassung spricht, daß schon die Mehrheitsbeteiligung allein einen entscheidenden Einfluß sichert und damit wenigstens eine

---

[27] K.Schmidt HandelsR § 4 I 1 a (S. 64); Kort DB 1986, 1909 (1910); Timm NJW 1992, 2185 (2188); Wiedemann ZIP 1986, 1293 (1302); T.Raiser § 51 Rn 2.

[28] Miegel, S. 125; Baumbach/Hueck AktG § 15 Anm. 3.

[29] BGH v. 19.9.1994 ZIP 1994, 1690; KK/Koppensteiner § 15 Rn 20; MüHbAG/Krieger § 68 Rn 7.

[30] MüHbAG/Krieger § 68 Rn 8; Haesen S. 20; KK/Koppensteiner § 15 Rn 28.

[31] BGH v. 26.3.1984 BGHZ 90, 380 (381); OLG Frankfurt v. 25.11.1995 AG 1998, 139 (140); KK/Koppensteiner § 17 Rn 50; Hüffer § 15 Rn 12.

[32] BGH v. 25.11.1996 WM 1997, 316 (317); BGH v. 13.12.1993 NJW 1994, 446; MüHbAG/Krieger § 68 Rn 8; KK/Koppensteiner § 15 Rn 21; Scholz/Emmerich Anh. KonzernR Rn 30; Roth/Altmeppen Anh. § 13 Rn 5.

[33] Wiedemann/Martens AG 1976, 197 (201); Kort DB 1986, 1909 (1911); GHEK/Geßler § 15 Rn 29.

abstrakte Gefahr der Ergebnisverlagerung besteht[34]. Wenn aber ein wirkungsvoller Schutz durch das Konzernrecht erreicht werden soll, muß bereits diese abstrakte Gefahr abgewehrt werden. Eine fehlende tatsächliche Einflußnahme schließt somit die Unternehmenseigenschaft nicht aus.

2. Unternehmensbegriff bei abhängigen Unternehmen

Ein untergeordnetes Unternehmen hat aus teleologischer Sicht zum Schutz vor schädigender Einflußnahme immer Unternehmensqualität[35]. Der Unternehmensbegriff ist somit in der denkbar umfassendsten Form zu interpretieren. Er erfaßt also jeden identifizierbaren Rechtsträger, sofern er sich wirtschaftlich betätigt[36].

III. Unternehmenseigenschaft als Haftungsvoraussetzung

Fraglich ist, für welche Sachverhalte die Unternehmenseigenschaft Grundlage einer Haftung sein kann, bzw. wann auf allgemeines Gesellschaftsrecht zurückzugreifen ist. Den Ausgangspunkt der Debatte bildete der Fall Süssen, in dem der BGH die Unzulässigkeit einer Befreiung von einem Wettbewerbsverbot von der Unternehmenseigenschaft abhängig machte[37]. Teilweise war man hingegen der Auffassung, daß auch das Abstellen auf die gesellschaftliche Treuepflicht und die Mißbrauchskontrolle ausgereicht hätte, so daß der Rückgriff auf den Unternehmensbegriff nicht notwendig wäre[38]. Besondere Bedeutung erlangte diese Frage bei der Beurteilung des qualifiziert faktischen Konzerns.

1. Anwendbarkeit auf andere Rechtsformen als die AG

Dann müßte der Unternehmensbegriff überhaupt auf andere Rechtsformen, wie hier die GmbH, anwendbar sein. Einige meinen, daß der Unternehmensbegriff nicht auf andere Rechtsformen übertragbar sei[39]. Allerdings gibt die Rechtsform keinen Aufschluß darüber, ob ein Interessenkonflikt vorliegt. Daher können die im Aktienrecht formulierten Voraussetzungen auch auf andere Rechtsformen übertragen werden[40].

---

[34] Hachenburg/P.Ulmer Anh. § 77 Rn 21; Scholz/Emmerich Anh. KonzernR Rn 30; vgl. auch KK/Koppensteiner § 15 Rn 22.

[35] Hachenburg/P.Ulmer Anh. § 77 Rn 23; KK/Koppensteiner § 15 Rn 53; Hüffer § 15 Rn 14.

[36] Emmerich/Sonnenschein § 2 III 2 b (S. 31); GroßkommAktG/Würdinger v. § 15 Anm. II 3 a; MüHbAG/Krieger § 68 Rn 11; GHEK/Geßler § 15 Rn 59.

[37] BGH v. 16.2.1981 BGHZ 80, 69 (72); vgl. Timm ZGR 1987, 403 (427).

[38] K.Schmidt AG 1994, 189 (192).

[39] Priester ZIP 1986,137 (141); Reinhardt/Schultz Rn 612, 613.

[40] Haesen S. 22; Godin/Wilhelmi § 15 Anm. 2; P.Ulmer ZHR 148, 391 (409); T.Raiser § 51 Rn 3; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 53 Rn 8; Scholz/Emmerich Anh. KonzernR Rn 29; Reul S. 48; Schlinkert S. 97; Hüffer § 15 Rn 11.

2. Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern

Der BGH macht auch im Bereich der Haftung von Einzelpersonen in der GmbH die Unternehmenseigenschaft zur wesentlichen Voraussetzung.

a) uneingeschränkte Haftung – von „Autokran“ und „Video“

Im Fall „Autokran“ schrieb der BGH auch einer Einzelperson die Unternehmenseigenschaft zu, wenn diese einen maßgeblichen Einfluß in einem anderen Unternehmen hat[41]. Im Video-Urteil meinte er, der Mehrheitsgesellschafter, der gleichzeitig alleiniger Geschäftsführer ist, stehe bereits dann persönlich für die Verluste der Gesellschaft ein, wenn er sich anderweitig unternehmerisch betätigt und somit in sich den typischen Interessenkonflikt verkörpert[42].

b) Stellungnahmen der Literatur

Beide Entscheidungen wurden aufgrund der unübersehbaren Haftungsausweitung im Schrifttum vielfach kritisiert. Praktisch wurde darin die Aufgabe der beschränkten Haftung bei der GmbH gesehen[43]. Daher forderten Stimmen in der Lit., bei natürlichen Personen aufgrund der erheblichen Haftungsverpflichtungen hinsichtlich der Unternehmenseigenschaft besondere Sorgfalt anzuwenden, bzw. Kleinunternehmen ganz vom Unternehmensbegriff auszunehmen[44].

c) Einschränkungen der Haftung – „TBB“ und „EDV“

Auf die vielfache Kritik in der Literatur am Video-Urteil hat der BGH mit einer Klarstellung im TBB-Urteil und den folgenden Urteilen reagiert. Der BGH machte deutlich, daß eine Interessenbeeinträchtigung den Haftungsgrund darstellt[45]. Nach der neueren Rspr ist es ebenfalls erforderlich, daß Kausalität zwischen der konzernspezifischen Handlungsweise und dem Haftungseintritt vorliegt[46]. Diese klarstellenden Entscheidungen wurden dann in der Literatur mit Erleichterung aufgenommen[47]. Allerdings bestätigte der BGH im übrigen, daß eine Privatperson Unternehmenseigenschaft haben kann und somit konzernrechtlich haftet[48]. Daher bleibt

---

[41] BGH v. 16.9.1985 BGHZ 95, 330 (337); vgl. P.Ulmer NJW 1986, 1579 (1581).

[42] BGH v. 23.9.1991 BGHZ 115, 187 (195).

[43] Flume DB 1992, 25 (29); Knobbe-Keuk DB 1992, 1461 (1463); Timm GmbHR 1992, 213 (219); vgl. auch Stimpel ZGR 1991, 144 (154).

[44] Hommelhoff ZGR 1994, 395 (399); Flume DB 1992, 25 (29); Priester ZIP 1986, 137 (141).

[45] BGH v. 29.3.1992 BGHZ 122, 123 (131) „TBB“; BGH v. 13.12.1993 NJW 1994, 446 „EDV“.

[46] BGH v. 25.11.1996 WM 1997, 316 (317); BGH v. 12.2.1996 NJW 1996, 1283; BGH v. 13.12.1993 NJW 1994, 3288 (3290).

[47] Lutter JZ 1993, 580; Krieger ZGR 1994, 375 (376); G.Raiser NJW 1995, 1804 (1805).

[48] BGH v. 29.3.1992 BGHZ 122, 123 (127); BGH v. 13.12.1993 NJW 1994, 446; LG Frankfurt v. 20.1.1997 AG 1998, 98 (99).

die grundsätzliche Kritik am dogmatischen Ansatz, die im folgenden erläutert wird, bestehen.

3. Dogmatische Kritik in der Literatur

Karsten Schmidt sieht das Hauptproblem in der Differenzierung zwischen Konzern- und allgemeinem Verbandsrecht und kritisiert eine Verselbständigung des Unternehmensbegriffes auf der Rechtsfolgenseite[49]. Die Unternehmensdebatte sei von der Konzernhaftung wegen der qualifizierten Beeinträchtigung einer Gesellschaft zu trennen und nur anwendbar, wo es nach Sinn und Zweck auf den Konflikt kollidierender Unternehmensinteressen ankommt[50]. In den Fällen des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns sei in keinem Fall die Haftung ausgeschlossen, wenn die Tätigkeiten, die hier auf mehrere Gesellschaften verteilt wurden, in einem einzelnen Unternehmen gebündelt wären[51]. Folglich sei die Unternehmenseigenschaft nur die Begehungsweise, nicht aber die tatbestandsmäßige Voraussetzung der Haftung[52]. Daher sei es verfehlt, den Zugang zur Konzernhaftung über die extensive Definition des Unternehmensbegriffes zu suchen, vielmehr seien die allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts, z. B. die gesellschaftliche Treuepflicht, zu berücksichtigen[53].

4. Stellungnahme: „Roma locuta, causa finita“

Auf der anderen Seite kann davon ausgegangen werden, daß aufgrund der gefestigten Rspr. eine abrupte Abkehr vom Unternehmensbegriff nicht in Betracht gezogen wird[54]. Insoweit gilt „Roma locuta, causa finita“ – trotz der dogmatischen Bedenken. Eine Verdrängung der bisher herrschenden Lehre wird dann nur gelingen, wenn diese überlegen ist. Selbst Schmidt sieht nicht das Urteil selbst, sondern nur die Ausführungen in den Entscheidungsgründen für die unternehmerische Praxis als bedrohlich an[55]. Ein Unterschied kann sich daher nur ergeben, wenn die Wertungen von Schmidt die Interessenlage besser berücksichtigen. Schmidt will die Konzernherren hinsichtlich ihrer Haftung nicht schlechter stellen wie nach allgemeinem Gesellschaftsrecht, während die herrschende Lehre Wertungswidersprüche innerhalb des Konzernrechts vermeiden will. Diese

---

[49] K.Schmidt AG 1994, 189 (195).

[50] K.Schmidt GesellschaftsR § 17 I 2 c (S. 499); ders. AG 1994, 189 (191).

[51] Vgl. Lutter ZIP 1985, 1425 (1435); Priester ZGR 1993, 512 (525).

[52] K.Schmidt AG 1994, 189 (194); ebenso Kübler NJW 1993, 1204 (1205).

[53] K.Schmidt AG 1994, 189 (190); Knobbe-Keuk DB 1992, 1461 (1463); Hoffmann-Becking 59. DJT S. R 8 (R 27); vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG Anh. KonzernR Rn 11; K.Schmidt GesellschaftsR § 17 I 2 d (S. 500).

[54] T.Raiser ZGR 1996, 458 (463).

[55] K.Schmidt in: Hommelhoff/Stimpel/P.Ulmer S. 109 (111).

beiden Gesichtspunkte sind ähnlich berechtigt[56]. Wenn somit das Konzernrecht als Ansatzpunkt gebilligt wird, besteht auch keine Alternative zur Anwendung des Unternehmensbegriffes[57].

c) Ergebnis

Die dogmatischen Bedenken von Schmidt können somit nicht überzeugen.

B. Öffentlich-rechtliche Körperschaft als Unternehmen

Fraglich ist, wie der Unternehmensbegriff zu definieren ist, wenn ein öffentlich-rechtlicher Träger statt einer juristischen Person des Privatrechts einen entscheidenden Einfluß ausübt. Hierbei ist wiederum zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen zu differenzieren.

I. öffentliche Körperschaft als herrschendes Unternehmen

Öffentliche Körperschaften könnten hinsichtlich ihrer Unternehmenseigenschaft in besonderer Art und Weise zu behandeln sein.

1. Anwendbarkeit des Konzernrechts

Fraglich ist, ob für öffentliche Körperschaften das Konzernrecht überhaupt Anwendung findet.

a) „VEBA-Urteil“

Im VEBA-Urteil stellte der BGH klar, daß konzernrechtliche Vorschriften auch für die öffentliche Hand gelten[58]. Das Gefährdungspotential einer Beteiligung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft sei dem eines Privatmanns gleichzusetzen, da sich auch hier für die privaten Aktionäre die Gefahr der Aufopferung des Unternehmensziels ergeben kann[59].

b) Ablehnung der Unternehmenseigenschaft

Das Schrifttum lehnt demgegenüber teilweise eine Qualifizierung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts als Unternehmen ab.

aa) Sonderstellung des öffentlichen Rechts

(1) Teilweise wird eingewandt, daß der Gesetzgeber sich durch § 15 AktG gegen die Einbeziehung öffentlicher Körperschaften in den Konzernbegriff ausgesprochen habe, da er um die Beteiligungen des

---

[56] T.Raiser ZGR 1995, 156 (160); Hommelhoff ZGR 1994, 395 (400); Krieger ZGR 1994, 375 (378).

[57] Emmerich GmbHR 1987, 213 (215); Siegels S. 265.

[58] BGH v. 13.10.1977 BGHZ 69, 334 (338); vgl. LG Essen v. 27.1.1976 AG 1976, 126 (Vorinstanz); LG Köln v. 30.1.1976 AG 1976, 244 „Lufthansa“; Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rn 4; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 52 Rn 8; Reinhardt/Schultz Rn 624.

[59] BGH v. 13.10.1977 BGHZ 69, 334 (339); KK/Koppensteiner §15 Rn 41; Würdinger § 75 II 1 (S. 359).

Staates wußte, ohne diese zu regeln[60]. Außerdem bleibe auch die privatrechtlich organisierte Wirtschaftstätigkeit weiterhin Bestandteil des öffentlichen Rechts, da der Staat seine rechtsstaatliche Verantwortung auch gegenüber Tochtergesellschaften zu realisieren und diese zu kontrollieren hat[61]. Daher begründe das öffentliche Recht eine Sonderstellung und habe Vorrang vor dem Privatrecht[62].

(2) Gegen diese Argumentation ist einzuwenden, daß in den meisten Fällen der fraglichen Körperschaften gar keine Sonderrechte eingeräumt werden sollen[63]. Ferner gibt es keine Befugnis des Staates, die von ihm selbst gesetzten Rechtsnormen zu durchbrechen. Aus diesem Grund bleibt das allgemeine Gesellschaftsrecht anwendbar, wenn der Staat nicht selbst die Durchbrechung (wie z. B. in §§ 394, 395 AktG) vorschreibt[64].

(3) Ein genereller Vorrang des öffentlichen Rechts ist somit abzulehnen.

bb) andere Bewertung aufgrund der Gemeinwohlbindung?

(1) Andere wenden ein, daß aufgrund der Bindung der öffentlichen Hand an das Gemeinwohl, insbesondere bei kommunalen Eigengesellschaften der Daseinsvorsorge, der Unternehmensbegriff nicht anzuwenden sei[65].

(2) Dagegen spricht, daß nur dann, wenn die Schutzzwecke des Gesellschaftsrechts erfüllt sind, dieses überhaupt als ein Mechanismus benutzt werden kann, der politische Vorgaben in privatrechtliche Formen umsetzt[66]. Darüber hinaus kann auch eine überindividuelle und gemeinwohlorientierte Tätigkeit nicht zu Lasten einzelner Bürger ausgeübt werden, da das öffentliche Wohl die Gefährdungslage des abhängigen Unternehmens nicht vermindert, sondern vielleicht sogar aufgrund politisch gewollter Sozialtarife erhöht[67].

(3) Damit ist ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung von gemeinwohlorientierten Unternehmen nicht ersichtlich[68]. Das Konzernrecht ist also umfassend anzuwenden.

---

[60] Rittner FS Flume II S. 241 (247).
[61] Ehlers JZ 1990, 1089 (1093); Stober NJW 1984, 449 (445).
[62] Luchterhandt ZHR 132, 149 (166); Brohm NJW 1994, 281.
[63] Würdinger DB 1976, 613 (615); Schön ZGR 1996, 529 (435).
[64] T.Raiser ZGR 1996, 458; Schön ZGR 1996, 429 (448); Emmerich/Sonnenschein § 2 IV 2 (S. 34); Weimar ZGR 1992, 447 (481); Lutter/Timm BB 1978, 836 (838).
[65] Borggräfe DB 1978, 1433 (1436).
[66] Wiedemann § 2 II 2 d aa(S. 129); Schön ZGR 1996, 429 (431).
[67] BGH v. 13.10.1077 BGHZ 69, 334 (340); KK/Koppensteiner § 15 Rn 44; Kropff ZHR 144, 74 (77); Engellandt S. 40; Emmerich AG 1976, 225 (226).
[68] Paschke ZHR 152, S. 263 (266); T.Raiser ZGR 1996, 458 (463); Lutter/Timm BB 1978, 836 (840).

cc) gleicher Schutz durch öffentliches Recht

Eine andere Bewertung ergibt sich aber, wenn das öffentliche Recht den Schutzauftrag ebenso erfüllen kann wie das Gesellschaftsrecht. Teilweise wird behauptet, daß öffentlich-rechtliche Vorschriften generell ein schädigendes Verhalten verbieten würden[69]. Dem ist entgegenzusetzen, daß den Geschädigten häufig kein Ersatzanspruch zur Verfügung steht, da der Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG Verschulden voraussetzt und nicht bei bloßen riskanten wirtschaftlichen Geschäften eingreift[70]. Anderes gilt allerdings für kommunale Eigengesellschaften ohne außenstehende Aktionäre, wenn ein Gläubigerschutz aufgrund gesetzlich angeordneter Betriebspflicht nicht erforderlich ist[71]. Für diesen Fall bedarf es aus teleologischen Gründen nicht des Konzernrechts.

c) anwendbare Vorschriften

Bedenken bestehen insoweit, als daß nicht alle Bestimmungen des Konzernrechts, wie z.B. die Haftung gesetzlicher Vertreter gem. §§ 309 II, 317 III AktG, für öffentliche Unternehmen nicht anwendbar sind und somit die öffentliche Körperschaft nicht in jeder Hinsicht einer privaten Gesellschaft gleichzustellen ist[72]. Ferner ist ein öffentliches Interesse nicht per se ein aliud zu dem privaten Interesse[73]. Demzufolge können einige Normen des Konzernrechts nicht angewandt werden.

(1) Teilweise wird aber auch vorgeschlagen, nur von Fall zu Fall konzernrechtliche Normen, insbesondere § 117 AktG sowie die allgemeinen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts, anzuwenden[74].

(2) Gegen diese Auffassung spricht, daß sie eine Zurückwendung hinter das VEBA-Urteil darstellt und eine unnötige Umorientierung erzwingt, die nicht notwendig ist, da die Anwendung der gesellschaftlichen Treuepflicht zu ähnlichen Ergebnissen führt[75]. Ein Unterschied ergibt sich hauptsächlich in der Beweislastverteilung für das Vorliegen eines Konzerns. Aufgrund der Gefährdung der Gläubiger ist aber die generelle Anwendung

---

69 Naendrup S. 131; Borggräfe DB 1978, 1433 (1438).

70 KK/Koppensteiner § 15 Rn 45; Haesen S. 27; Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433 (439); vgl. Kropff ZHR 144, 74 (76).

71 Brauksiepe BB 1966, 869 (872); Wiedemann/Martens AG 1976, 232 (235) Fn. 52; Naendrup S. 131; KK/Koppensteiner § 15 Rn 45; vgl. Adler/Düring/Schmaltz § 15 AktG Rn 12.

72 Zöllner AG 1978, 40 (43); Emmerich WirtschaftsR S. 220; Hohrmann S. 107; KK/Koppensteiner § 15 Rn 51.

73 BGH v. 13.10.1977 BGHZ 69, 334 (339); Würdinger § 75 II 1 (S. 358).

74 Zöllner AG 1978, 40 (43); Zöllner ZGR 1976, 1 (31), Werner JuS 1977, 141 (143); Wiedemann/Martens AG 1976, 232 (234); Berkemann S. 197.

75 Raiser ZGR 1996, 458 (463).

des Unternehmensbegriffs vorzuziehen, weil dann die öffentliche Körperschaft für die Unanwendbarkeit des Konzernrechts die juristische Beweislast trägt[76].

d) Zwischenergebnis

Die öffentliche Hand hat zumindest bei mehrfacher Beteiligung an Gesellschaften Unternehmenseigenschaft.

3. Konzernkonflikt bei einfacher Beteiligung der Körperschaft

Ein Konzernkonflikt könnte auch bei der Beteiligung der öffentlichen Hand an nur einer Gesellschaft vorliegen.

a) Das VW-Urteil

Nach der neuen Rspr. ist für Körperschaften öffentlichen Rechts auch dann die Unternehmenseigenschaft zu bejahen, wenn nur ein Unternehmen beherrscht wird[77]. Zuvor wurde bereits in der Literatur für solche Fälle eine einfache Beteiligung als ausreichend erachtet[78]. Im Gegensatz Privatmann sei die öffentliche Hand stets über das wirtschaftliche Interesse hinaus an das öffentliche Wohl gebunden[79].

b) ablehnende Meinung

Teilweise wird die entgegenstehende Auffassung vertreten, daß auch bei öffentlichen Unternehmen eine Beteiligung an mehreren Gesellschaften notwendig ist. Dies wird damit begründet, daß bereits im Gesetz zwischen einfachen und Unternehmensaktionär unterschieden wird und daher eine einfache Beteiligung den Gesellschafter nicht zum Unternehmen mache[80].

c) Stellungnahme

Das Grundbild des Aktienrechts besteht darin, ein Unternehmen für die Gesellschaft und die Aktionäre gewinnbringend zu betreiben[81]. Bei einer einfachen Beteiligung ist es möglich, daß das unternehmerische Ziel zugunsten des öffentlichen Auftrags vernachlässigt wird. Dann besteht auch hier aufgrund des Spannungsfeldes zwischen außerökonomischen und wirtschaftlichen Zielen die Möglichkeit eines Konzernkonflikts[82].

---

[76] KK/Koppensteiner § 15 Rn 52.

[77] BGH v. 17.3.1997 DB 1997, 1121 (1122); interessanterweise war dieses Grundsatzurteil gar nicht erforderlich, da die Vorinstanz (OLG Braunschweig v. 27.2.1996 ZIP 1996, 875 (877)) die Unternehmenseigenschaft bereits nach der bisherigen Rspr. rechtsfehlerfrei bejaht hat.

[78] Scholz/Emmerich Anh. KonzernR Rn 32, 33; T.Raiser ZGR 1996, 458 (464); Paschke ZHR 152, 263 (268); Hachenburg/P.Ulmer Anh. § 77 Rn 22; Koppensteiner ZGR 1979, 91 (99).

[79] Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433 (442); Paschke ZHR 152, 263 (269); Engellandt S. 41.

[80] Zöllner ZGR 1976, 1 (25); Adler/Düring/Schmaltz § 15 Rn 14.

[81] Emmerich AG 1976, 225; Würdinger § 75 II 1 (S. 358); Berkemann S. 197; Schön ZGR 1996, 429 (438).

[82] BGH v. 17.3.1997 DB 1997, 1121 (1122); T.Raiser ZGR 1996, 458 (465).

Schließlich läßt sich argumentieren, daß kleinere Gemeinden, die nur eine einzige Gesellschaft betreiben, mit größeren gleichgestellt werden und somit die Gleichbehandlung der Gemeinden gesichert wird[83]. Somit ist der Rechtsprechung zuzustimmen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß in den meisten Fällen diese Erweiterung kaum relevant sein wird, da schon der Besitz von Eigenbetrieben oder Anstalten bereits zur anderweitigen Interessenbindung genügt[84].

II. Die Körperschaft als abhängiges Unternehmen

Fraglich ist, ob die öffentliche Körperschaft auch ein abhängiges Unternehmen sein kann. Die Rspr. erklärte dies für unzulässig, da eine Unterwerfung unter eine private Fremdsteuerung den gesetzlich vorgeschriebenen unmittelbaren Einfluß des Landes (und damit die verfassungsrechtlich gebotene Bindung an die demokratische Willensbildung) aufgebe[85]. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird teilweise danach differenziert, inwieweit die Aufgabe eine Anbindung an den Hoheitsträger erfordert[86]. Zumindest für einen Großteil der öffentlichen Unternehmen ist damit aber eine Abhängigkeit ausgeschlossen.

C. Auswirkungen auf andere Unternehmensträger

Nach den vorherigen Ausführungen besteht eine besondere Gefahr, wenn der Gesellschafter nicht-wirtschaftliche Zwecke fördert, da nicht generell ausgeschlossen werden kann, daß das eigentliche Gesellschaftsinteresse gefährdet wird[87]. Legt man dieses Bild zugrunde, könnte diese Definition des Unternehmensbegriffes weitreichende Auswirkungen auf andere Unternehmensträger haben. Dies ist im folgenden zu untersuchen.

I. BGB-Gesellschaft und Stimmrechtskonsortien

Die BGB-Gesellschaft ist aufgrund der Rechtsformunabhängigkeit des Konzernrechts nach den gleichen Vorschriften wie für die AG zu behandeln[88]. Im folgenden werden einige Zweifelsfälle der BGB-Gesellschaft diskutiert.

---

83 T.Raiser ZGR 1996, 458 (463).
84 Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433 (442); vgl. BGH v. 19.9.1988 BGHZ 105, 168.
85 LAG Berlin v. 27.10.1995 AG 1996, 140 (142).
86 T.Raiser ZGR 1996, 458 (470).
87 Vgl. Scholz/Emmerich Anh. KonzernR Rn 34; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 52 Rn 8; T.Raiser ZGR 1996, 458 (464).
88 KG v. 6.4.1979 AG 1980, 78; T.Raiser § 51 Rn 7; Ruwe DB 1988, 2037.

1. Das Aktionärskonsortium

Ein Aktionärskonsortium ist eine BGB-Gesellschaft, deren Zweck darin besteht, Beteiligungsmöglichkeiten und Einflußmöglichkeiten bei der AG koordiniert wahrzunehmen[89]. Unproblematisch liegt ein Unternehmen vor, wenn das Konsortium sich über die Verwaltung der Aktien hinaus wirtschaftlich betätigt[90]. Bei einfacher Beteiligung hingegen wird das Konsortium am Erfolg des Unternehmens interessiert sein. Da ein gegenläufiges Interesse – wie es bei der öffentlichen Körperschaft die öffentlich-rechtliche Aufgabenstellung ist – hier nicht besteht, ist folglich die Unternehmenseigenschaft zu verneinen[91]. Ein Interessenkonflikt kann aber vorliegen, wenn ein Mitglied des Konsortiums unternehmerisch tätig ist und die Gesellschaft majorisieren kann[92]. Nur in solchen Fällen ist das Konsortium als herrschendes Unternehmen einzustufen ist.

2. Gemeinschaftsunternehmen

Gemeinschaftsunternehmen sind solche, die sich in einem Abhängigkeitsverhältnis gegenüber zwei oder mehr an ihnen beteiligten Unternehmen befinden[93]. Eine Auffassung verneint die Unternehmenseigenschaft, da eine mehrfache Abhängigkeit durch das Aktiengesetz ausgeschlossen sei[94]. Dagegen spricht aber, daß aus dem Singular des Wortlautes nicht automatisch der Ausschluß der mehrfachen Beteiligung folgt[95]. Zudem ist der grundlegende Interessenkonflikt auch bei der Beherrschung durch mehrere Unternehmen in ähnlicher Weise gegeben[96]. Daher ist die Unternehmenseigenschaft der herrschenden Gesellschaften zu bejahen[97].

3. Die abhängige BGB-Gesellschaft

Bei der abhängigen Personengesellschaft bestehen aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter besondere Gefahren, die eine

---

89 LG Heidelberg AG 1998, 47 (48), Ruwe AG 1980, 21.

90 LG Heidelberg v. 24.9.1997 AG 1998, 47 (48); Janberg/Schlaus AG 1967, 33 (37); Koppensteiner ZHR 131, 289 (292); Ruwe DB 1988, 2037; GHEK/Geßler § 15 Rn 39.

91 LG Heidelberg v. 24.9.1997 AG 1998, 47 (48).

92 LG Heidelberg v. 24.9.1997 AG 1998, 47 (48); vgl. Adler/Düring/Schmaltz § 15 AktG Rn 11.

93 BGH v. 4.3.1974 BGHZ 62, 193.

94 Vgl. GroßkommAktG/Würdinger § 18 Anm. 8; Koppensteiner ZHR 131, 289 (299); Schweda DB 1974, 1993 (1995); Luchterhandt ZHR 132, 149 (164).

95 Ruwe DB 1988, 2037 (2039); Geßler FS Knur S. 145 (161).

96 BGH v. 4.3.1974 BGHZ 62, 193 (197); OLG Karlsruhe v. 30.5.1972 DB 1972, 1572; Ruwe DB 1988, 2037 (2040).

97 BAG v. 18.6.1970 BAGE 22, 390 (394); BGH v. 4.3.1974 BGHZ 62, 193; OLG Karlsruhe v. 30.5.1972 DB 1972, 1572; Geßler FS Knur S. 145 (161); Haesen S. 52.

vorgehende Zustimmung aller Gesellschafter notwendig machen[98]. Die Gläubiger werden durch die aktienrechtlichen Vorschriften geschützt[99].

II. Holdinggesellschaft

Bei einer Holding ist zwischen der einfachen und der mehrfachen Beteiligung an anderen Unternehmen zu unterscheiden.

1. Mehrfache Beteiligung

Eine Holding ist nach den normalen Grundsätzen Unternehmen, wenn sie an mindestens zwei Gesellschaften beteiligt ist[100].

a) andere Bewertung bei Betriebsaufspaltung?

Eine andere Auffassung wurde gelegentlich für die Fälle der Betriebsaufspaltung vertreten. Wenn der Mehrheitsgesellschafter bei Besitz- und Betriebsgesellschaft identisch ist, soll nach einer Auffassung kein Konzernkonflikt vorliegen, da der Gesellschafter seine Interessen typischerweise ausschließlich über die Betriebsgesellschaft wahrnehme[101].

b) Kritik

Dagegen spricht, daß rein begrifflich aufgrund der mehrfachen Beteiligung ein Konzernsachverhalt vorliegen kann[102]. Ferner kann die Betriebsaufspaltung kann für die Gläubiger ein abstrakt gefährlicher Tatbestand sein[103]. Daher ist nicht die Unternehmenseigenschaft abzulehnen, sondern nur fraglich, ob eine Haftung aufgrund nachteiliger Einflußnahme ähnlich des qualifiziert faktischen Konzerns möglich ist[104].

c) GmbH & Co. KG

Nach denselben Regeln die GmbH &Co. KG zu beurteilen. Sie ist mangels des Interessenkonfliks kein Konzern, wenn ihre einzige Funktion in der Geschäftsführung liegt[105].

---

[98] Vgl. §§ 109, 119 HGB; Emmerich AG 1991, 303 (309); Emmerich/Sonnenschein § 27 II 2 (S. 438).

[99] Emmerich/Sonnenschein § 27 II 2 (S. 438); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht § 43 III 4 b (S. 1294).

[100] Wiedemann/Martens AG 1976, 197 (201); KK/Koppensteiner § 15 Rn 35, Ruwe AG 1980, 21 (22); Lutter FS Steindorff S. 125 (128); Kraft/Kreutz B V 2 (S. 58).

[101] Mayer DStR 1992, 791 (792); T.Raiser § 56 Rn 4.

[102] Hachenburg/P.Ulmer Anh. § 77 Rn 155; Wiedemann ZIP 1986, 1293 (1301); Roth/Altmeppen Anh. § 13 Rn 9.

[103] Vgl. BGH v. 9.10.1986 ZIP 1987, 169 (170); P.Ulmer ZHR 148, 391 (398); G.Raiser NJW 1995, 1804.

[104] Bejahend: Sigle: in Hommelhoff/Stimpel/P.Ulmer S. 167 (172); Wiedemann ZIP 1986, 1293 (1303); G.Raiser NJW 1995, 1804; verneinend: Priester ZIP 1986, 137 (145); Hachenburg/P.Ulmer Anh. § 77 Rn 155.

[105] BSG v. 27.9.1994 AG 1995, 279 (282); Mayer DStR 1992, 791 (793); MüHbGmbH/Decher § 69 Rn 28; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 52 Rn 8; P.Ulmer NJW 1986, 1579 (1585).

2. Eindimensionale Holding

Umstritten ist die Unternehmenseigenschaft einer sogenannten eindimensionalen Holding, die an einer Gesellschaft beteiligt ist.

a) keine Unternehmenseigenschaft der eindimensionalen Holding

Einige meinen, eine Unternehmenseigenschaft sei aufgrund der einfachen Beteiligung ausgeschlossen[106]. Es liege gerade kein Mehrheits-Minderheitskonflikt vor, weil auch die Holding nur am Florieren des Unternehmens interessiert sei[107]. Dann wäre die Zwischenschaltung einer Holding das geeignete Mittel, die Haftung auf das unternehmerische Vermögen zu begrenzen[108].

b) Eindimensionale Holding als Unternehmen

Die Gegenauffassung hält auch eine mittelbare Beteiligung zur Bejahung der Unternehmenseigenschaft für ausreichend[109].

c) Stellungnahme

Bei der Qualifizierung der Holding ist zu differenzieren.

aa) eindimensionale Holding mit vermittelter Beteiligung

Die Annahme der ersten Auffassung geht fehl, wenn die Holding oder ein Privatmann über eine Zwischenholding mehrere Enkelgesellschaften leitet, da gerade dann – trotz formaler Beteiligung der Holding an nur einer Gesellschaft – genau die gesetzliche Konfliktlage entsteht[110]. Folglich ist die Zwischenholding Unternehmen.

bb) keine Vermittlung weiterer Beteiligungen

Die Holding, die tatsächlich nur an einer Gesellschaft beteiligt ist, ist dagegen anders zu beurteilen. Die bloße Möglichkeit einer anderweitigen Beteiligung reicht nicht für die Annahme eines Unternehmens aus, weil auch jeder Privataktionär dies tun kann[111]. Teilweise wurde aber mit Rücksicht auf das Verbot wechselseitiger Beteiligung gem. § 71 d S. 2 AktG; §§ 30, 33 GmbHG angenommen, daß auch hier ein Unternehmen vorliege[112]. Die Anwendung des Verbots der wechselseitigen Beteiligung kann aber statt über den Unternehmensbegriff über die sachgerechte Normaus-

---

[106] Vgl. Hachenburg/P.Ulmer Anh. § 77 Rn 115; Priester ZIP 1986, 137 (144); Stimpel ZGR 1991, 144 (157).

[107] OLG Saarbrücken v. 12.7.1979 AG 1980, 26 (28); KK/Koppensteiner § 15 Rn 35; Wiedemann/Martens AG 1976, 197 (201); Lutter/Timm BB 1978, 836 (837).

[108] Assmann 100 Jahre GmbHG S. 657 (713); P.Ulmer NJW 1986, 1579 (1586).

[109] Lutter ZHR 151, 444 (452); Sigle in: Hommelhoff/Stimpel/P.Ulmer S. 167 (172); Roth/Altmeppen Anh. § 13 Rn 8; Ehlke DB 1986, 523 (527), Greitzhaus GmbHR 1989, 455; MüHbGmbH/Decher § 69 Rn 27.

[110] Ruwe DB 1988, 2037 (2038); T.Raiser § 51 Rn 6; Greitzhaus GmbHR 1989, 455 (456); Lutter in: Holdinghandbuch A 35; Scholz/Emmerich Anh. KonzernR Rn 31; Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rn 4; MüHbAG/Krieger § 68 Rn 9.

[111] Holding-Hb./Lutter A 35.

legung gelöst werden[113]. In dieser Konstellation ist es also nicht notwendig, den Unternehmensbegriff zur Begründung heranzuziehen.

3. Ergebnis

Nur wenn eine Holding keine weiteren Beteiligungen vermittelt, ist sie nicht Unternehmen.

III. Idealvereine

Probleme stellen sich auch im Bereich von Idealvereinen hinsichtlich der Anwendung des Unternehmensbegriffs. Im folgenden wird nur vom herrschenden Verein ausgegangen, da der abhängige Verein mit Rücksicht auf §§ 32, 38, 39 BGB selten ist[114]. Der herrschende Verein soll am Beispiel eines Bundesligaklubs dargestellt werden, der seine Lizenzspielerabteilung ausgegliedert hat[115].

1. Vereinsrechtliche Zulässigkeit

Dazu müßte ein Bundesligaklub in Form des Idealvereins überhaupt zulässig sein.

a) keine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit

Dann dürfte keine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit vorliegen. Unter einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ist eine planmäßige, dauernde Tätigkeit zu verstehen, die nach außen gerichtet auf den Erwerb vermögenswerter Vorteile abzielt[116]. Fußballvereine können aufgrund ihrer Transferentschädigungen[117], ihres Umsatzes[118] und Personaleinsatzes wenigstens als „mittlere Industriebetriebe“ angesehen werden[119].

b) Nebenzweckprivileg

Für einen Fußballverein könnte aber das Nebenzweckprivileg eingreifen. Das ist der Fall, wenn der Verein einen ideellen Hauptzweck hat, aber im Rahmen dieses Hauptzwecks wirtschaftliche Ziele verfolgt[120]. Dann muß

---

[112] Lutter ZHR 151, 444 (452); ders. FS Steindorff S. 125 (129).

[113] Holding-Hb./Lutter A 35; Rowedder/Koppensteiner Anh. § 52 Rn 8.

[114] Emmerich/Sonnenschein § 29a I 2 a (S. 458).

[115] Momentan sind eher Ausgliederungen im Bereich des Merchandising zu beobachten: so hat Eintracht Frankfurt eine Vermarktungs-GmbH mit dem Verein als alleinigen Gesellschafter gegründet, vgl. Kicker Nr. 31/1998 (9.4.1998), S. 27; allerdings schlug Anfang dieses Monats die DG Bank ein Konzept vor, mit dem durch Ausgliederung der Lizenzspielerabteilungen die Bundesligaklubs im August 1999 an die Börse gehen sollten, vgl. Kicker Nr. 46/1998 (2.6.1998) S. 51.

[116] Knauth JZ 1979, 339 (340); Kraft/Kreutz J I 2 b aa (S. 263)

[117] Der Transfer von Stefan Effenberg zu Bayern München bringt Mönchengladbach ca. 8 Millionen ein (plus 5,5 Millionen gespartes Gehalt), vgl. Kicker Nr. 40/1998 (11.5.1998), S. 49; die festgeschriebene Ablösesumme für Krassimir Balakov (VfB Stuttgart) liegt sogar bei 70 Millionen, vgl. Kicker Nr. 46/1998 (2.6.1998), S. 53.

[118] In der Saison 1995/1996 betrug der Umsatz in der Ersten Bundesliga 650 Millionen, vgl. Schad S. 252.

[119] Schon Heckelmann AcP 179, 1 (2), Hopt BB 1991, 778 (779).

[120] BGH v. 30.11.1954 BGHZ 15, 315 (319); BGH v. 29.9.1982 BGHZ 85, 84 (93); Staudinger/Weick § 21 Rn 12.

der größere Teil der Tätigkeit unmittelbar der ideellen Zweckverfolgung dienen, die Nebentätigkeit also funktional untergeordnet sein[121]. Der Status als Idealverein könnte sich daraus ergeben, daß in der Förderung des Breitensports ein ideeller Zweck gesehen werden kann. Dagegen läßt sich aber einwenden, daß die Einnahmen der Bundesligavereine gerade nicht diesem satzungsgemäßen Idealzweck, sondern vielmehr der Erhaltung der Berufsfußballabteilung dienen[122]. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Vereinstätigkeit auch nicht ideell zu überhöhen ist, da ansonsten z.B. auch Privatschulen oder Sekten unter das Nebenzweckprivileg fallen würden[123]. Daher ist eine Einordnung der Bundesligavereine unter das Nebenzweckprivileg äußerst schwierig.

c) Schlußfolgerungen

Aufgrund dieser Entwicklung plädieren bereits viele dafür, daß die Bundesligavereine in die Rechtsform der Kapitalgesellschaft zu überführen[124]. Andere wollen stattdessen die Rechtsform des Vereins beibehalten, aber einige Grundsätze des Vereinsrechts modifizieren, z. B. die volle Rechnungslegung, das Anbringen von Grundkapital oder die Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter analog § 93 AktG einführen[125]. Eine grundlegende Änderung kann aber nur vom Gesetzgeber erwartet werden[126]. Bis dahin ist rechtstatsächlich weiter davon auszugehen, daß Bundesligavereine den Charakter eines Idealvereins haben.

2. Konzernrecht und Vereinsrecht

Beim herrschenden Verein stehen Vereins- und Konzernrecht in einem engen Zusammenhang. Daraus folgt eine im folgenden darzustellende teleologische Zweckbestimmung des Unternehmensbegriffes.

a) Die konzernrechtliche Betrachtung des BGH im ADAC-Urteil

Der BGH hat im ADAC-Urteil auch auf den Verein, der an mehreren Gesellschaften beteiligt war, den bekannten Unternehmensbegriff angewandt und kam so zu einer konzernrechtlichen Zurechnung[127].

b) Vereinsrechtliche Betrachtung

Fraglich ist aber, ob durch die konzernrechtliche Zurechnung die Stellung eines Idealvereins aufgegeben wird. Dann wäre der Verein ein

---

[121] OLG Celle v. 26.8.1991 Rechtspfleger 1992, 66 (67); K.Schmidt GesellschaftsR § 23 III 3 d (S. 677); Reichert/van Look Rn 131; Wiedemann § 2 I 2 b (S. 100); Heckelmann AcP 179, 1 (22); Malatos S. 66; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn 19.
[122] Malatos S. 66.
[123] K.Schmidt GesellschaftsR § 23 III 3 d (S. 677).
[124] Malatos S. 78; Heckelmann AcP 179, 1 (54); Hopt BB 1991, 778 (784).
[125] K.Schmidt AcP 182, 1 (20).
[126] Vgl. K.Schmidt AcP 182, 1 (29).
[127] BGH v. 29.9.1982 BGHZ 85, 84 (90); dazu K.Schmidt Verbandszweck S. 128.

unzulässiger Wirtschaftsverein, gegen den die Verwaltungsbehörden gem. § 22, 43 II BGB einschreiten können.

aa) Die Auffassung des BGH

Die Rspr. will die Tätigkeit der abhängigen Gesellschaft dem Verein nicht zurechnen, da das abhängige Unternehmen ein selbständiges Rechtssubjekt sei, dessen Tätigkeit nicht als eine des Vereins zu qualifizieren wäre[128].

bb) Kritik in der Literatur

Teile der Literatur haben diese ausschließlich konzernrechtliche Betrachtung kritisiert. Sie wollen die Tätigkeit der ausgegliederten Gesellschaft dem Verein als erwerbswirtschaftliches Handeln direkt zurechnen, außer wenn diese vom Nebenzweckprivileg gedeckt ist[129].

cc) Stellungnahme

Auszugehen ist vom Zweck des § 22 BGB. Damit soll erreicht werden, daß die Normativbedingungen des Gesellschaftsrechts nicht durch das Vereinsrecht unterlaufen werden[130].

(1) Bei der Ausgliederung bestehen Gefahren für die Mitbestimmung der Vereinsmitglieder, da die ausgegliederte Gesellschaft schwerlich zu kontrollieren ist[131].

(2) Ferner ist es möglich, daß der Verein aufgrund fehlender Mindestkapitalausstattung nicht in der Lage ist, die Forderungen der Gläubiger zu befriedigen. Die Rspr. argumentiert, daß die fehlende Mindestkapitalausstattung durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der persönlichen Haftung des Vereinsvorstandes nach konzernrechtlichen Vorschriften ausgeglichen werde[132]. Dagegen spricht aber wiederum, daß nicht sichergestellt ist, daß der Vorstand des Vereins seiner Nachschußpflicht gem. § 302 AktG nachkomme[133].

(3) Wenn man mit dem BGH die konzernrechtliche Haftung ausreichen läßt, muß der Unternehmensbegriff auch bei einer einzigen Beteiligung eingreifen, da sonst die konzernrechtlichen Ansprüche nicht greifen

---

[128] BGH v. 29.9.1982 BGHZ 85, 84 (88); Palandt/Heinrichs § 21 Rn 3; Hemmerich BB 1983, 26.

[129] Flume AT I/2 § 4 II 2 (S. 113); Soergel/Hadding §§ 21,22 Rn 40; K.Schmidt AcP 182, 1 (20); Staudinger/Weick § 21 Rn 12; Reuter ZIP 1984, 1052 (1060).

[130] BGH v. 14.7.1966 BGHZ 45, 395 (397); BGH v. 29.11.1956 BGHZ 22, 240 (244); Heckelmann AcP 179, 1 (26).

[131] BGH v. 5.6.1975 BGHZ 65, 15; K.Schmidt Verbandszweck S. 128; Reichert/van Look Rn 112a.

[132] OLG Düsseldorf v. 11.12.1978 Rechtspfleger 1979, 259; Hemmerich BB 1983, 26 (28); Heckelmann AcP 179, 1 (28).

[133] Emmerich/Sonnenschein § 29a I 3 (S. 461); K.Schmidt AcP 182, 1 (11).

würden[134]. Aus teleologischen Gesichtspunkten ist daher auch die Beteiligung eines Vereins an einer einzigen Gesellschaft ausreichend zur Bejahung seiner Unternehmenseigenschaft. Im Regelfall wird also der Bundesligaverein nach konzernrechtlichen Gesichtspunkten für seine ausgegliederte Lizenzspielerabteilung die Haftung übernehmen müssen[135]. Die weiteren vereinsrechtlichen Probleme sind nicht an dieser Stelle zu behandeln.

IV. Stiftungen

Wenn Stiftungen sich an anderen Unternehmen beteiligen, spricht man von Unternehmensstiftungen[136]. Dazu gehören alle Stiftungen, die selbst ein Unternehmen betreiben, die persönlich haftende Gesellschafter einer OHG oder KG sind oder die auf ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben können[137].

1. Stiftung als herrschendes Unternehmen

Zunächst ist zwischen stiftungsrechtlicher Zulässigkeit und konzernrechtlichen Auswirkungen zu unterscheiden.

a) Zulässigkeit einer Unternehmensstiftung

Fraglich ist, ob eine unternehmensverbundene Stiftung zulässig ist.

aa) uneingeschränkte Zulässigkeit

Teilweise wird mit dieser Ausnahme von einer uneingeschränkten Zulässigkeit einer Unternehmensstiftung ausgegangen[138].

bb) analoge Anwendung des Vereinsrechts

Eine Gegenauffassung lehnt eine solche Stiftung ab, außer wenn die unternehmerische Tätigkeit sich in einem nur untergeordneten Nebenengagement erschöpfe und der Förderungszweck nicht anders zu erreichen ist[139]. Das Vereinsrecht sei analog anzuwenden; ansonsten liege ein Verstoß gegen die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung vor, weil ein Verein die Grenzen des § 22 BGB zu beachten hat[140].

cc) Stellungnahme

Gegen die letzte Auffassung spricht, daß bei einer Stiftung im Unterschied zum Verein nicht eine nicht-wirtschaftliche Haupttätigkeit, sondern vielmehr

---

[134] MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn 33; Hemmerich BB 1983, 26 (29).
[135] Vgl. Hopt BB 1991, 778 (784); K.Schmidt GesellschaftsR § 23 III 3 d (S. 667).
[136] Emmerich/Sonnenschein § 29a II 1 (S. 462); Schlinkert S. 30.
[137] Staudinger/Rawert v. § 80 Rn 84; Kronke S. 187; Palandt/Heinrichs v. § 80 Rn 11; Flume AT I/2 § 4 V 1 (S. 133); RGRK/Steffen v. § 80 Rn 11.
[138] Seifart/Pöllath § 13 Rn 12; Palandt/Heinrichs v. § 80 Rn 11; Schwintowski NJW 1991, 2736 (2737); Timm ZGR 1996, 247 (264).
[139] MüKo/Reuter v. § 80 Rn 6; Staudinger/Rawert v. § 80 Rn 110.
[140] Staudinger/Rawert v. § 80 Rn 94; MüKo/Reuter v. § 80 Rn 6.

der Stiftungszweck maßgeblich ist[141]. Außerdem war dem Gesetzgeber eine unternehmerische Stiftung bekannt. In solchen Fällen des beredten Schweigens bleibt mangels Regelungslücke kein Raum für eine Analogie[142]. Eine Diskussion führt zu diesem Zeitpunkt nicht weiter, da rechtstatsächlich die Unternehmensstiftung besteht[143]. Außerdem schränken die §§ 4 I c, 4 II b StiftG NW die Zulässigkeit einer solchen Stiftung ein, da keine Genehmigung erteilt werden darf, wenn das Vermögen des Stifters der gesetzlich vorgegebenen Kontrolle entzogen wird und die Erteilung einer Genehmigung für eine wirtschaftliche Stiftung in das Ermessen der erteilenden Behörde gestellt wird.

b) Konzernrechtliche Auswirkungen

Auch hier ist zwischen einfacher und mehrfacher Beteiligung zu unterscheiden.

aa) mehrfache Beteiligung

Immer wenn die Stiftung über ihren Zweck hinausgehende Aufgaben hat, entsteht der typische Konzernkonflikt[144]. Ein Vorrang des Stiftungsrechts scheidet nach dem Rechtsgedanken des § 87 BGB aus, wenn dadurch die Gläubiger und Minderheitsgesellschafter belastet werden[145]. Die Stiftung, die sich zur Förderung ihres Zweckes am Markt betätigt, muß folglich sich nach den Regeln des Unternehmensrechts behandeln lassen[146]. Zu bedenken ist aber, daß das Unternehmensinteresse das Stiftungsinteresse nicht vollkommen beseitigen darf. Daher ist de lege ferenda darüber nachzudenken, ob die Stiftung nur Beteiligungen erwerben darf, die keine qualifizierte Herrschaft zulassen[147].

bb) einfache Beteiligung

(1) Nach dem LG Heidelberg besteht bei einfacher Beteiligung kein Interessenkonflikt, da die Stiftung am wirtschaftlichen Wohlergehen des Unternehmens interessiert sei[148].

(2) Es ist aber zu berücksichtigen, daß eine sogenannte Selbstzweckstiftung, deren Zweck sich ausschließlich in der Vermögensverwaltung

---

[141] K.Schmidt DB 1987, 261 (262); Timm ZGR 1996, 247 (265).
[142] Berndt S. 32; Soergel/Neuhoff v. § 80 Rn 65; Kronke S. 210.
[143] Kohl NJW 1992, 1922 (1923); Schwintowski NJW 1991, 2736 (2738); Soergel/Neuhoff v. § 80 Rn 70.
[144] Kronke S. 232; vgl. Seifart/Pöllath § 13 Rn 6.
[145] Schwintowski NJW 1991, 2736 (2740); Kohl NJW 1992, 1922 (1924); Emmerich/Sonnenschein § 29a II 3 (S. 464).
[146] Kohl NJW 1992, 1922 (1924); Emmerich/Sonnenschein § 29a II (S. 463); Schwintowski NJW 1991, 2736 (2740); Staudinger/Rawert v. § 80 Rn 119; Schlinkert S. 97.
[147] Schwintowski NJW 1991, 2736 (2741).
[148] LG Heidelberg v. 24.9.1997 AG 1998, 47 (48); Kohl NJW 1992, 1922 (1923).

erschöpft, unzulässig ist[149]. Aufgrund dieses Verbots ist die Stiftung von einem vom Unternehmensinteresse divergierenden eigenen Zweck gekennzeichnet[150]. Also liegt in der Stiftung selbst bereits immer die konzerntypische Gefährdungslage[151]. Folglich wäre selbst im Falle einer 100%igen Beteiligung der Stiftung einer Gesellschaft aufgrund der divergierenden Interesse ein Schutz der Gläubiger durch das Konzernrecht notwendig[152]. Diese Ansicht stimmt mit den Grundgedanken des VW-Urteils überein und ist somit vorzuziehen.

2. Stiftung als abhängiges Unternehmen

Eine Stiftung als abhängiges Unternehmen wird schwerlich anzunehmen sein, da eine Beteiligung Dritter an ihr ausgeschlossen und ihre Zweckbestimmung unabänderlich ist[153].

V. Genossenschaften

Auch bei Genossenschaften ist zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen zu differenzieren.

1. Genossenschaft als herrschendes Unternehmen

Eine Genossenschaft kann herrschendes Unternehmen sein, wenn der zentrale Förderzweck gem. § 1 II GenG gewahrt bleibt[154]. Umstritten sind allerdings solche Genossenschaften, in deren Tätigkeit sich in der Verwaltung des Beteiligungsbesitzes erschöpft.

a) Unzulässigkeit der Halte- und Pachtgenossenschaften?

Solche Halte- oder Pachtgenossenschaften werden teilweise als unzulässig angesehen, weil sie ihren Förderauftrag gegenüber ihren Mitgliedern nur mittelbar ausüben, was gegen § 1 I GenG verstoße[155].

b) Kritik

Dagegen spricht aber die Vorschrift des § 1 II Nr. 1 GenG, der solche Beteiligungen unproblematisch zuläßt[156]. Die Kapitalbeteiligung muß im allgemeinen jedoch in Bereichen erfolgen, die mit dem Unternehmensgegenstand der e.G. in sachlichem Zusammenhang stehen[157].

---

[149] Soergel/Neuhoff v. § 80 Rn 70; Staudinger/Rawert v. § 80 Rn 22; Schwintowski NJW 1991, 2736 (2740), Flume AT I/2 § 4 V 1 (S. 133) Anm. 146.
[150] Schwintowski NJW 1991, 2736 (2740); Soergel/Neuhoff v. § 80 Rn 70.
[151] Schwintowski NJW 1991, 2736 (2740); Schurr S. 117.
[152] Kohl NJW 1992, 1922.
[153] Staudinger/Rawert v. § 80 Rn 119; Emmerich/Sonnenschein § 29a II 1 (S. 463).
[154] Emmerich AG 1991, 303 (311); Müller Anh. II § 93s Rn 1; Beuthien in: Mestmäcker/Behrens S. 133 (136); LWMS/Metz § 1 Rn 286.
[155] Müller § 1 Rn 37, 37a; Gaßner Rechtspfleger 1980, 409 (414).
[156] Emmerich AG 1991, 303 (311); Großfeld/Berndt AG 1998, 116 (120); Reul S. 97.
[157] LWMS/Metz § 1 Rn 296; Müller § 1 Rn 61.

c) Anwendbarkeit des Konzernrechts

Die Bestimmung der Unternehmenseigenschaft erfolgt bei herrschenden Genossenschaften nach dem konzernrechtlichen Unternehmensbegriff[158]. Nach den Grundsätzen des VW-Urteils wäre eine Genossenschaft auch schon bei einer einzigen Beteiligung Unternehmen, da der Förderungszweck der Genossenschaft nicht mit dem Interesse des Unternehmens übereinstimmen muß.

2. Genossenschaft als abhängiges Unternehmen

Zunächst ist zu untersuchen, ob überhaupt eine Beherrschung der eingetragenen Genossenschaft möglich ist.

a) eingetragene Genossenschaft im Normalfall

Verschiedene Möglichkeiten der Beherrschung kommen in Betracht.

aa) durch das Stimmrecht

Bei der Genossenschaft ist keine Beherrschung durch das Stimmrecht möglich, da gem. § 43 III 1 GenG jeder Genosse nur über eine Stimme verfügt[159]. Auch die Mehrstimmenrechte gem. § 43 II GenG begründen keine Abhängigkeit, da gem. § 43 III 5 GenG maximal drei Mehrfachstimmen möglich, die Mindestzahl der Genossen gem. § 4 GenG aber sieben beträgt[160]. Teilweise wird vertreten, daß eine Abhängigkeit durch Stimmrechtsbindungsverträge entstehen kann[161]. Solche Verträge sind jedoch in der Regel gem. § 138 BGB nichtig, da der gem. § 43 III 1 GenG bezweckte Minderheitenschutz unterlaufen wird[162].

bb) aufgrund tatsächlicher Umstände

Teilweise wird in der Lit. in Ausnahmefällen eine Abhängigkeit aufgrund tatsächlicher Umstände angenommen[163]. Allerdings gehören diese Umstände zu den allgemeinen Risiken einer wirtschaftlichen Betätigung (siehe schon unter A II 1 c). Auch aus einer überlegenen Kapitalmacht folgt nicht die Abhängigkeit, da eine Genossenschaft personalistisch und nicht kapitalistisch organisiert ist[164]. Eine Abhängigkeit aus tatsächlichen Umständen kommt mithin nicht in Betracht.

---

[158] Reul S. 49; Müller Anh. II § 93s Rn 5.
[159] OLG Frankfurt v. 25.11.1995 AG 1998, 139 (140); Müller Anh. II § 93s Rn 47; Merle AG 1979, 265 (268); Großfeld/Berndt AG 1998, 116 (120).
[160] Beuthien: in Mestmäcker/Behrens S. 133 (156); v.Detten S. 11.
[161] So v.Detten S. 15; Beuthien: in Mestmäcker/Behrens S. 133 (156).
[162] Müller § 43 Rn 80; Großfeld/Berndt AG 1998, 116 (121); Reul S. 129.
[163] Emmerich/Sonnenschein § 29 III 1 (S. 451); Müller Anh. II § 93s Rn 51.
[164] RG v. 21.12.1915 RGZ 87, 409; Müller § 1 Rn 2; Merle AG 1979, 265 (269).

cc) durch Satzungsänderung

Eine Abhängigkeit kann möglich sein, wenn durch eine Satzungsänderung das Recht zum Bestellen des Vorstandes gem. § 24 II 2 GenG auf eine herrschende Gesellschaft übertragen wird. Allerdings ist auch dann gem. §§ 24 III 2, 40 GenG eine jederzeitige Abwahl des Vorstands möglich[165]. Eine Abhängigkeit wird daher nur in Ausnahmefällen vorliegen.

b) Zentralgenossenschaften

Eine andere Bewertung könnte sich bei Zentralgenossenschaften ergeben. Solche Zentralgenossenschaften haben als Mitglieder überwiegend andere eingetragene Genossenschaften. Bei Zentralgenossenschaften sind Mehrstimmrechte gem. § 43 III 7 GenG möglich, wenn nur das Gebot der genossenschaftlichen Gleichbehandlung beachtet wird, weswegen eine Beherrschung über die Generalversammlung möglich ist[166].

c) Ergebnis

Grundsätzlich können nur Zentralgenossenschaften beherrscht werden. Dann sind aufgrund der Rechtsformunabhängigkeit des Unternehmensbegriffes die Schutzvorschriften anzuwenden.

3. Teil: Zusammenfassung

1. Zur Bestimmung der Unternehmenseigenschaft ist im Konzernrecht der teleologische Unternehmensbegriff anzuwenden. Ein Unternehmensträger ist hiernach als Unternehmen anzusehen, wenn die Interessen des Mehrheitsgesellschafters außerhalb der Gesellschaft so stark sind, daß die Gefahr besteht, dieser könne zum Nachteil der Gesellschaft handeln.
2. Handelt es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit, so liegt ein Unternehmen vor, wenn außerhalb der Gesellschaft eine weitere maßgebliche Beteiligung gehalten wird.
3. Es ist nicht fehlerhaft, in der Unternehmenseigenschaft eine Haftungsgrundlage, z. B. im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern, zu sehen und nicht das allgemeine Gesellschaftsrecht anzuwenden. Auch Privatpersonen können daher den konzerntypischen Interessenkonflikt in sich verkörpern.

---

[165] Emmerich/Sonnenschein § 29 III 1 (S. 452); Merle AG 1979, 265 (270); Beuthien in: Mestmäcker/Behrens S. 133 (161).
[166] Emmerich AG 1991, 303 (311); Großfeld/Berndt AG 1998, 116 (120); Beuthien in: Mestmäcker/Behrens S. 133 (156); v.Detten S. 12.

4. Körperschaften öffentlichen Rechts sind aufgrund des möglichen Widerspruchs zwischen öffentlichen und privaten Recht bereits bei einer einzigen maßgeblichen Beteiligung Unternehmen.

5. Eine BGB-Gesellschaft ist mangels eines inneren Interessenkonflikts erst dann herrschendes Unternehmen, wenn sie außerhalb der Gesellschaft, an der sie beteiligt ist, wirtschaftliche Ziele verfolgt.

6. Eine Holdinggesellschaft ist nur dann kein Unternehmen, wenn über eine Zwischenholding keine weiteren Beteiligungen vermittelt werden. Da Gegensatz zu öffentlichen Unternehmen in einer einfachen Beteiligung kein Interessenkonflikt liegt, ist der herrschende Gesellschafter nur bei mehrfacher Beteiligung Unternehmen.

7. Aufgrund der möglichen Differenz zwischen ihrer Zweckbestimmung und des unternehmerischen Interesses sind Idealvereine und Stiftungen bei einer einzigen Beteiligung ebenfalls Unternehmen.

8. Genossenschaften treten in der Regel nur als herrschende Unternehmen auf. Die Unternehmenseigenschaft ist schon bei einer einzigen maßgeblichen Beteiligung anzunehmen, da Förderzweck der Genossenschaft und Unternehmensinteresse sich unterscheiden können.