

Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Michael Kling, Herbert Leßmann
und Ralph Backhaus

Band 26

Nadine Hartung

Die Gewährung
konzernweiter Leistungen
und ihr Schicksal beim
Betriebsübergang auf einen
konzernfremden Dritten

Kapitel 1: Einleitung

A. Ausgangssituation

Konzerne sind ein alltägliches Phänomen, mit dem man als Verbraucher, als Unternehmer und auch als Arbeitnehmer ständig in Kontakt kommt. Dabei kann man nicht immer ohne Weiteres feststellen, welcher „Konzernteil“ oder welches „Konzernorgan“ einem gerade gegenüber tritt. In vielen Fällen wird dies nicht entscheidend sein. Auch Arbeitnehmer werden den Konzern im Arbeitsalltag häufig als Einheit wahrnehmen und sich als Mitarbeiter der Unternehmensgruppe betrachten. Bei genauerer Betrachtung besteht ein Konzern allerdings aus selbstständigen Gesellschaften, die miteinander verbunden sind. Diese Gesellschaften handeln aufgrund der Konzernverbindung nicht immer nur im eigenen Interesse, sondern auch im Interesse der übergeordneten Unternehmung. In Unternehmensgruppen erhalten die Arbeitnehmer daher regelmäßig neben dem eigentlichen Entgelt im Hinblick auf die Tatsache, dass sie für ein Unternehmen der Gruppe tätig sind, weitere Vergünstigungen von Konzerngesellschaften, die nicht ihre Arbeitbergesellschaft sind. Dabei spielt die Tatsache, dass sich unterschiedliche Unternehmen verpflichtet haben, zunächst für den Arbeitnehmer keine Rolle, da er die verpflichteten Gesellschaften und sich gleichermaßen als Teil des Konzerns wahrnimmt. Welche dieser Gesellschaften Arbeitgeber eines Arbeitnehmers ist und welche Gesellschaft dem Mitarbeiter bestimmte Leistungen zugesagt hat, wird indes spätestens im Falle der Veräußerung eines Betriebes oder Betriebsteils an einen konzernfremden Dritten relevant. Dies sei an einem Beispiel illustriert:

Ein Arbeitnehmer arbeitet seit Jahren in der Informationstechnologieabteilung eines internationalen Automobilkonzerns, welche unter dem Dach der Muttergesellschaft angesiedelt ist. Er erhält von seiner Arbeitgeberin ein monatliches Grundgehalt. Seine Arbeitgeberin zahlt zudem für ihn Beiträge in eine Direktversicherung ein. Darüber hinaus erhält er eine jährliche variable Vergütung, die von der Erreichung bestimmter Umsatzkennzahlen der operativen Tochtergesellschaft abhängt. Weiterhin ist er aufgrund einer Konzernbetriebsvereinbarung zur Teilnahme an einem konzernweiten Jahreswagenprogramm berechtigt. Danach können Mitarbeiter konzernverbundener Unternehmen alle zwei Jahre von der operativen Gesellschaft einen von ihr produzierten Jahreswagen zu ermäßigten Preisen erwerben. Vor einigen Jahren hat sich der Arbeitnehmer zudem entschlossen, an einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm zu partizipieren und hat

Optionen auf Anteile an einer italienischen Tochtergesellschaft erworben. Alle Vergünstigungen, die er als Mitarbeiter in einem internationalen Automobilkonzern erhält, empfindet der Arbeitnehmer als Entlohnung für seine Arbeitsleistung. Nach diesen Einkünften hat er seine Lebensplanung ausgerichtet. Darüber, wer ihm die einzelnen Leistungen versprochen hat, wer sie erbringt und warum, hat der Arbeitnehmer sich regelmäßig keine Gedanken gemacht. Nun erfährt er, dass die Informationstechnologieabteilung an ein mittelständisches Unternehmen, welches nicht in den Konzern eingebunden ist, veräußert werden soll. Er fragt sich, welchen Einfluss diese Veräußerung auf seine Vergütung und die ihm versprochenen Zusatzleistungen hat.

Gegenstand dieser Arbeit soll die Beantwortung der Frage sein, welche der in der oben beschriebenen Weise „konzernweiten“ Leistungen bei Betriebsübergang auf einen konzernfremden Dritten nach § 613a Abs. 1 BGB übergehen.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist dabei die Feststellung, dass der Konzern im Recht noch immer eine Ausnahmeerscheinung darstellt, die nur unvollständig rechtlich erfasst ist. Im Gesellschaftsrecht, dessen Wertungen im Arbeitsrecht weitgehend übernommen werden, trifft man stetig auf den Idealtyp der unabhängigen Gesellschaft als einer vom Recht bereitgestellten Möglichkeit der gemeinsamen unternehmerischen Betätigung von Privatpersonen.² Um deren Kapitaleinsatz im Rahmen der Volkswirtschaft zu fördern, so wird dargelegt, seien Kapitalgesellschaften nicht nur mit Rechtspersönlichkeit versehen worden, sondern auch mit dem Privileg der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung.³ Bedenkt man aber, dass den juristischen Personen schon seit den Kinderjahren gestattet ist, selbst Anteile an anderen Unternehmensträgern zu erwerben,⁴ so verliert dieses klare, historisch gewachsene Bild an Konturen.

Charakteristisch für eine Unternehmensbeteiligung ist, dass sie – anders als die reine private Kapitalbeteiligung – in der Regel im Rahmen eines gezielten wirtschaftlichen Konzentrationsprozesses mit dem Zweck des Ausbaus von Marktmacht erfolgt.⁵ Notwendig im Rahmen solcher Prozesse ist die Ausrichtung

2 Vgl. *Antunes*, Liability of Corporate Groups, S. 1 ff. und 13 ff.; *Berle/Means*, The Modern Corporation, S. XIV f.; *Blumberg*, Multinational Challenge, S. 232; *C. E. Fischer*, AcP 154 (1955), 85 (116); *Landwehr*, Durchgriffshaftung, S. 21; *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, Rdn. 2 und 13; *Sura*, ZHR 145 (1981), 432 (437 ff.).

3 *Antunes*, Liability of Corporate Groups, S. 124; *Hansmann, Kraakman*, Yale Law Journal 110 (2000), 387 (390 ff.); *Katsuhito*, American Journal of Comparative Law 47 (1999), 583 (589); *Landwehr*, Durchgriffshaftung, S. 31 f.; *Noll*, ORDO 43 (1992), 205 (214); *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 2 Rdn. 18 und § 3 Rdn. 10 ff.

4 Vgl. dazu *T. Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 50 Rdn. 8 f.; *Vandekerckhove*, Piercing the Corporate Veil, S. 4 ff.

5 *Blumberg*, Multinational Challenge, S. 232; *Dettling*, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts, S. 8 f.; *Immenga/Conard* (Hrsg.), International Encyclopedia Of Comparative Law XIII/7, S. 1 ff.; *Kallmeyer* in GmbH-Handbuch, Band I, Rdn. 2815; *Mellewigt*, Konzernorga-

an einem bestimmten wirtschaftlichen Ziel. Unternehmen beteiligen sich also an anderen, um im Rahmen ihrer Unternehmensstrategie auf jene Einfluss auszuüben. Es kommt zur Bildung von verbundenen Unternehmen unter einheitlicher Leitung, also zur Konzernbildung.⁶ Auch Unternehmensgruppen profitieren dabei vom Privileg der beschränkten Haftung, indem sie bestimmte Geschäftsfelder (Spartenbildung) oder bestimmte Produktionsabschnitte (vertikale Konzernbildung) rechtlich selbstständig organisieren und so die Risiken auf die einzelnen Gesellschaften des Verbundes beschränken.⁷ Je größer die Zahl der beteiligten Unternehmen ist, umso kleiner ist häufig der Einfluss einzelner Glieder auf das Schicksal der Gesamtheit. Dies erhöht die Flexibilität des Konzerns am Markt und damit den Erfolg von Unternehmensgruppen.⁸ So verbreiteten sich Unternehmensverbindungen immer stärker, beschäftigten immer mehr Mitarbeiter, traten immer mehr Gläubigern gegenüber und hielten schließlich auch im Mittelstand Einzug.⁹

nisation, S. 17; *T. Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 50 Rdn. 9 f.; *E. Scheffler*, Konzernmanagement, S. 18f.

- 6 Im Folgenden werden die Begriffe „Konzern“ und „Unternehmensgruppe“ synonym verwendet.
- 7 *Ammann, Hucke*, DStR 1998, 1391; *Hill*, American Journal of Comparative Law 48 (2000), 39 (50 ff.); *Hommelhoff*, Mestmäcker/Behrens (Hrsg.), Konzerne im internationalen Vergleich, S. 91 (94 f., 117); *Kirchner*, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 3 (1984), 223 (228 f.); *Landers*, University of Chicago Law Review 42 (1974/75), 589; *Passow*, Betrieb, Unternehmung, Konzern, S. 113 f.; *Wazlawik*, NZI 2009, 291 (293); *Wiedemann*, Unternehmensgruppe, S. 13 f.; *Windbichler* in Großkomm AktG I, Vor § 15 Rdn. 17.
- 8 Grundlegend dazu *Gleichmann*, Sugarman/Teubner (Hrsg.), Corporate Groups, S. 435 (437); *Immengal/Conard* (Hrsg.), International Encyclopedia Of Comparative Law XIII/7, S. 4 f.; *Kallfass*, Mestmäcker/Behrens (Hrsg.), Konzerne im internationalen Vergleich, S. 19 (23 ff.); *Lutter*, Reichert/Schiedermair/Stockburger/D. Weber (Hrsg.), Recht, Geist und Kunst, S. 105 (105 f.).
- 9 Dieser Befund wird national und international einheitlich zur Verbreitung und Relevanz von Konzernen getroffen. So Erwägungsgrund 1 der Siebenten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 83/349/EWG, ABl. L 193 vom 18.07.1983, S. 1; *Amponsem*, S. *Bauer, Gerpott, Mattern*, Zeitschrift für Führung und Organisation 1996, 219; *S. Becker, Schumm*, Esser/Schamp (Hrsg.), Metropolitane Region, S. 105 (108 ff.); *Blumberg*, Hastings International and Comparative Law Review 24 (2001), 297; *Brinkmann*, Spaltung von Rechtsträgern, S. 33 f.; *Collins*, Oxford Journal of Legal Studies 10 (1990), 353; *Davies*, ZIAS 1995, 532 (532 f.); *Ebke*, Mestmäcker/Behrens (Hrsg.), Konzerne im internationalen Vergleich, S. 279 (279 f.; 284 f.); *Gleichmann*, Mestmäcker/Behrens (Hrsg.), Konzerne im internationalen Vergleich, S. 581 (583); *Graeber*, NZI 2007, 265; *Hopt*, Reichert/Schiedermair/Stockburger/D. Weber (Hrsg.), Recht, Geist und Kunst, S. 74; *Jackson*, Harvard Law Review 107 (1994), 509; *Lehmann*, Grochla (Hrsg.), Handwörterbuch der Organisation, Stichwort: Konzernorganisation, S. 1105 ff.; *Lutter*, U. H. *Schneider*, BB 1977, 553; *Monopolkommission*, 17. Hauptgutachten, BT-Drucksache 16/10140, S. 133 ff.; *Prinz*, Finanz-Rundschau Ertragssteuerrecht 2006, 566 (566 f.); *Raabe*, Konzernmanagement, S. 2; *Sadowski*, ZIAS 1995, 612 (615); *G. Schenk*, zfbf 49 (1997), 652; *B. T. Schmidt*, Integrierte Konzernführung, S. 1 ff.; *Sommer*, Handelsblatt v. 21.05.2007, Nr. 95,

In der wirtschaftswissenschaftlichen und rechtlichen Diskussion spielt der Konzern als Wirtschaftsakteur zwischen Markt und Organisation¹⁰ aus diesem Grund eine große Rolle. So haben die letzten Jahre gezeigt, dass Unternehmensgruppen durch ihre Adaptionsfähigkeit am besten auf veränderte Anforderungen aufgrund der Verlagerung von Kapazitäten aus dem produzierenden Gewerbe hin zum Dienstleistungssektor, der rapiden Technologisierung und der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem globalen Markt reagieren können.¹¹ Konzerne werden daher von den einzelnen Volkswirtschaften und auch auf dem europäischen Binnenmarkt als unverzichtbar angesehen. Die dort stattfindenden Restrukturierungs- und Reorganisationsprozesse erkennt man zunehmend als notwendig an¹² – auch wenn die Auswirkungen für die Mitarbeiter gravierend sind¹³.

Die Effizienzanforderungen im Konzern stehen in einem gewissen Gegensatz zu den Sicherheitsbedürfnissen der Arbeitnehmer, insbesondere dem legitimen Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes und der Kontinuität der Arbeitsbedingungen. Die Aufgabe der rechtlichen Bewertung von Unternehmensgruppen wird – anders als zu Beginn der Entwicklung des Konzernrechtes – nicht mehr darin gesehen, Konzerneinfluss die Legitimation zu verwehren oder ihn stark einzuschränken, sondern vielmehr darin, die Konzernorganisation zu befördern, Transparenz zu schaffen und einen Interessenausgleich der Beteiligten herbeizuführen.¹⁴ Geht es um den Schutz der Arbeitnehmer von konzernverbundenen

S. 1 (mit Verweis auf Handelsblattranking auf S. 17-20); *Timmann*, Konzerninteressen in der Satzung, S. 19; *W. Werner*, Columbia Law Review 81 (1981), 1611 (1630, 1662 ff.); *Williamson*, Journal of Economic Literature 1981, 1537 (1554 ff.).

10 Zu dieser Einordnung vgl. *Assmann*, Sugarman/Teubner (Hrsg.), Corporate Groups, S. 317 (320 f.); *Lutter*, Fischer/Möhring/Westermann (Hrsg.), Festschr. Carl Hans Barz, S. 199 (200 f.); *Teubner*, Festschr. Ernst Steindorff, S. 261 (265); *Windbichler* in Großkomm AktG I, Vor § 15 Rdn. 18.

11 Auch hierbei handelt es sich um einen umfassend festgestellten Entwicklungsstand. Unter anderem *Bloch, Berg, Roberts*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 19 (2003), 441 (441 f.); *Eylert, Gotthardt*, RdA 2007, 91; *Kleinhenz*, Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 63. DJT, Band I Gutachten, S. B 39; *Waas*, RdA 2007, 76 (77).

12 Siehe dazu nur *Brinkmann*, Spaltung von Rechtsträgern, S. 33 f.; *Europäische Kommission*, KOM(2005) 120, ABl. C 65 vom 17.03.2006, S. 58 (58 ff.); *Europäische Sozialpartner*, Antizipation und Bewältigung des Wandels: ein dynamisches Herangehen an die sozialen Aspekte von Unternehmensumstrukturierungen. Erste Runde der Anhörung der europäischen Sozialpartner auf branchenübergreifender und sektoraler Ebene (http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/anticipatingandmanagingchange_de.pdf – abgerufen am 21.08.2006), S. 1 ff. Diese Entwicklung dürfte sich aufgrund der jetzigen Weltwirtschaftskrise verschärfen.

13 Zur Interessenlage vgl. *Coen*, RdA 1983, 348 (348 ff.); *Cooke, Earnshaw, Marchington, Rubery*, International Journal of Human Resource Management 15 (2004), 276 (276 f.).

14 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BR-Drucksache 354/07,

Unternehmen, so wurde der angestrebte Ausgleich zwischen den Sicherheitsbedürfnissen von Mitarbeitern und Effizienzanforderungen von Arbeitgebern, nicht zuletzt auf europäischer Ebene, mit dem Schlagwort der „Flexicurity“ versehen.¹⁵ Das in dieser Wortschöpfung verschmolzene Gegensatzpaar ist insbesondere in den Fällen zum Ausgleich zu bringen, in denen Wirtschaftsakteure danach streben, ihre Organisation effizient an geänderte Marktumstände anzupassen, indem sie Arbeitsbedingungen zum Nachteil der Mitarbeiter ändern, Arbeitnehmer entlassen oder Unternehmensbereiche „abspalten“ oder einstellen.

Um geänderten Marktbedingungen gerecht zu werden, veräußern Unternehmungen im wirtschaftlichen Alltag häufig Betriebe oder Betriebsteile, manchmal ganze Unternehmen. Diese Einheiten und ihre Mitarbeiter werden so aus einem Unternehmensverbund herausgelöst. Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn eine organisatorische Einheit aufgrund eines Rechtsgeschäfts von einem Inhaber auf einen anderen übergeht. Rechtlich folgen die Arbeitsverhältnisse der im Betrieb Beschäftigten der Organisation, sie gehen kraft Gesetzes auf den Erwerber über (§ 613a Abs. 1 BGB).¹⁶ Dies bedeutet, es findet eine gesetzliche Überleitung derjenigen Arbeitsverhältnisse, die der übergehenden wirtschaftlichen Einheit zuzuordnen sind, statt. Die Arbeitgeberpartei wird ausgewechselt.¹⁷ Dies trifft nicht nur für Deutschland, sondern auch für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu, da die nationalen Regelungen

S. 56 f. und 93 f. sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum MoMiG, BT-Drucksache 16/6140, S. 24 (41 f.); *Irujo*, European Business Organization Law Review 6 (2005), 65 (69 ff.); *Kort*, NZA 2009, 464 (465); *G. Ch. Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 526 ff. Rdn. 866 ff.; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 64 f.

- 15 „Flexicurity“ ist ein europaweit verwendeter Kunstbegriff, der sich aus den englischen Begriffen „flexibility“ (Flexibilität) und „security“ (Sicherheit) zusammensetzt. Er tauchte vermehrt im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Lissabon-Strategie auf, u.a. auch im Achtzehnmonatsprogramm des deutschen, des portugiesischen und des slowenischen Vorsitzes der EU für den Zeitraum von Januar 2007 bis Juni 2008, Ratsdokument 17079/06 POLGEN 125, S. 37 (http://www.eu2007.de/includes/Download_Dokumente/Trio-Programm/triodeutsch.pdf). – abgerufen am 25.04.2007). Siehe aber auch *Gruppe „Indikatoren“ des EMCO*, EMCO Reports 2/2009, S. 2 ff. In den Niederlanden wurde schon in den 90er Jahren ein Gesetz mit der Bezeichnung „Flexibilität und Sicherheit“ verabschiedet; dazu *Pennings*, ZIAS 1999, 153 ff.
- 16 § 613a BGB findet auch bei Verschmelzungen, Spaltungen oder Vermögensübertragungen Anwendung, soweit Betriebe oder Betriebsteile übergehen, vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a) RL 2001/23/EG. So auch BAGE 95, 1 (10 f.) = AP Nr. 209 zu § 613a BGB mit Anm. *Knickenberg* („**Kreis-krankenhaus**“); *Brinkmann*, Spaltung von Rechtsträgern, S. 75 ff.; *Hörtnagl*, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 324 UmwG Rdn. 1 f.; *Müller-Bonanni*, Betriebsinhaberwechsel, S. 10 ff., 16 ff., 24 ff., 29 ff.; *Schalle*, Bestandsschutz, S. 57 ff.; *Schaub/Koch*, ArbR-Hdb., § 118 Rdn. 1, 5 ff.; *Schmitker*, *Grau*, ZIP 2008, 394 (397). Vgl. auch die gesetzlichen Regelungen in § 324 UmwG und § 613a Abs. 3 BGB.
- 17 Vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG; *Alsbaek*, Betriebsübergang, S. 37, 42, 186, 193; *Kasseler Handbuch II/Hattesen*, 6.7 Rdn. 93 f.; *Lipinski*, Sonderkündigungsschutz, S. 3 f.

insoweit durch die Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergangsrichtlinie)¹⁸ teilharmonisiert sind.

Mit der vorliegenden Arbeit wird das oben beschriebene Spannungsverhältnis aufgegriffen, welches dadurch entsteht, dass bei Betriebsübergängen organisatorische Einheiten aus einem Gesamtorganismus herausgetrennt werden und sich damit die für die übergehenden Arbeitsverhältnisse geltenden Rahmenbedingungen verändern.¹⁹ Die Herauslösung einer Einheit erfolgt gleich auf mehreren Ebenen. So wird bei einem Betriebsübergang auf einen konzernfremden Dritten eine organisatorische Einheit aus dem Betrieb, auf nächster Ebene aus dem Unternehmen und auf wieder übergeordneter Ebene aus der Unternehmensgruppe herausgenommen. Im nächsten Schritt wird sie als eigener Betrieb, Betriebsteil oder Bestandteil eines anderen Betriebes im Rahmen eines neuen Unternehmens, welches in einen Konzern eingebunden sein kann oder nicht, fortgeführt.

B. Annäherung an den Untersuchungsgegenstand

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst die Einbettung des Arbeitgebers und damit indirekt des Arbeitsverhältnisses in einen Konzern. Die Tätigkeit für ein Konzernunternehmen unterscheidet sich von der für ein unabhängiges Unternehmen dadurch, dass der Arbeitnehmer eines Konzerns nicht mehr einer rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit gegenübersteht, sondern einer wirtschaftlichen Einheit, die in mehreren rechtlich selbstständigen Gesellschaften organisiert ist. Daraus können sich für den Arbeitnehmer Vorteile ergeben, weil verschiedene Personen ihm im Hinblick auf sein Arbeitsverhältnis Vorteile versprechen, damit der Mitarbeiter seine Leistung am Konzerninteresse ausrichtet. Damit sind aber auch Gefahren verbunden, da eine übergeordnete Einheit über die Unternehmensstrategie entscheidet und damit auch über die Frage, ob sich der Konzern weiter auf dem Betätigungsfeld des Arbeitnehmers engagieren will und in welcher Form.

Unternehmensgruppen treten in der Rechts- und Wirtschaftsrealität in vielfältigen Gestaltungen auf. Je nach der Organisation der Unternehmensgruppe ist der Einfluss auf das einzelne Arbeitsverhältnis unterschiedlich stark. Daher stellt

18 ABl. L 82 vom 22.03.2001, S. 16 ff. oder unter <http://eur-lex.europa.eu>.

19 Zu diesem Punkt vgl. unter anderem *Bracker*, Betriebsübergang, S. 81 ff.; *Cooke, Earnshaw, Marchington, Rubery*, International Journal of Human Resource Management 15 (2004), 276 (277); *Karthaus*, AuR 2007, 114. Dies dürfte nach der neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Fall „**Klarenberg/Ferrottron**“ (EuGH EuZW 2009, 223 (225 f.)) in gesteigertem Maße zutreffen. Danach ist für die Anwendbarkeit der Vorschriften zum Betriebsübergang die Wahrung der organisatorischen Selbstständigkeit der übergehenden wirtschaftlichen Einheit keine notwendige Voraussetzung mehr. So auch BAG NZA 2009, 905 (907).

sich die Frage, wann man von einem Konzern spricht und wie dieser rechtlich einzuordnen ist (dazu I.). Aus der Beantwortung dieser Frage lassen sich Rückschlüsse für die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien ziehen (dazu II.). Entscheidend ist insoweit regelmäßig, wie das Personalmanagement im Konzern organisiert ist (dazu III.).

I. Rechtliche Einordnung des Konzerns

Der Konzern ist eine wirtschaftliche Erscheinung, die wirtschaftswissenschaftlich zwischen dem Markt und der Organisation eingeordnet wird,²⁰ da die einzelnen verbundenen Unternehmen zwar meist als wirtschaftliche Einheit aufgefasst werden, aber auch wirtschaftswissenschaftlich Wert auf die rechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Gliedgesellschaften gelegt wird. Rechtlich baut die über das Aktienrecht hinaus geltende Legaldefinition des Konzerns in § 18 Abs. 1 AktG²¹ auf dem Tatbestand der Abhängigkeit, geregelt in § 17 AktG, auf. Danach ist ein rechtlich selbstständiges Unternehmen von einem anderen abhängig, wenn das herrschende Unternehmen in der Lage ist, unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auszuüben (§ 17 Abs. 1 AktG). Da Abhängigkeit im Aktiengesetz als gesellschaftsrechtlicher Begriff allgemein geregelt ist und nach Auffassung des Gesetzgebers im Regelfall durch Mehrheitsbesitz vermittelt wird (§ 17 Abs. 2 AktG), wird im Folgenden – auch im Hinblick auf Rechtsklarheit – Abhängigkeit als Grundlage für eine Konzernbildung nur bei einer gesellschaftsrechtlichen Beherrschungsgrundlage angenommen.²² Wird von der Beherrschungsmöglichkeit durch ein Unternehmen in der Art und Weise Gebrauch gemacht, dass es abhängige Unternehmen durch einheitliche Leitung zusammenfasst, so entsteht ein Unterordnungskonzern im Sinne von § 18 Abs. 1 S. 1 AktG. Wird einheitliche Leitung ausnahmsweise ohne Abhängigkeit ausgeübt, so kommt ein Gleichordnungskonzern in Betracht (§ 18 Abs. 2 AktG). Einheitliche Leitung beschreibt die Ausrichtung der auch untereinander konzernverbundenen Unternehmen (§ 18 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. AktG) an einem

20 Vgl. Ausführungen in Kapitel 1, Seite 4, und Nachweise in Fußnote 10.

21 Die §§ 15 ff. AktG und auch § 18 Abs. 1 AktG sind rechtsformneutral formuliert.

22 So auch BAG AP Nr. 2 zu § 13 GmbHG mit Anm. Kraft, Bl. 529; BGHZ 90, 381 (395 ff.) („BuM/WestLB“); BGHZ 121, 137 (145) („WAZ“); BGHZ 135, 107 (114) („VW“); Münch-KommAktG/Bayer, § 17 Rdn. 21 f.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 3 Rdn. 17 ff.; Harsch, Die einheitliche Leitung im Konzern, S. 64; Passow, Betrieb, Unternehmung, Konzern, S. 110; T. Raiser, Festschr. Bruno Kropff, S. 243 (250); Sattler, Tarifvereinheitlichung im Konzern, S. 26; Sura, ZHR 145 (1981), 432 (447 ff.); Träger, Treupflicht, S. 19, 23 f. Anderer Ansicht unter anderem Bayreuther, Abhängige Unternehmen, S. 328 ff., der auf wirtschaftlich-existenzielle Abhängigkeit abstellen will.

einheitlichen Unternehmungsziel.²³ Dies verlangt – unabhängig von der Entscheidung für eine zentrale oder dezentrale Konzernleitung – die Festlegung der grundlegenden Konzernziele, der Organisation, der Konzernführung sowie der Konzernstrategie und vor allem auch der Konzernfinanzierung, so dass vom engen Leitungsbegriff auszugehen ist.²⁴ Dabei privilegiert das im Aktiengesetz geregelte allgemeine Konzernrecht zwar den Vertragskonzern im Sinne von § 18 Abs. 1 S. 2 AktG, verbietet aber die Ausübung einheitlicher Leitung allein aufgrund faktisch bestehender Abhängigkeit nicht, sondern erkennt letztere als regelmäßige Grundlage für den Abschluss von Unternehmensverträgen (§ 291 Abs. 1 S. 1 AktG) an.²⁵ Aufgrund der bestehenden wirtschaftlichen Verbreitung, Akzeptanz und Effizienz auch faktischer Konzerne ist eine Marginalisierung dieser, insbesondere die Annahme ihrer Unzulässigkeit, abzulehnen.²⁶ Sowohl

23 Einige nehmen sogar eine Verpflichtung des Leitungsorgans der Muttergesellschaft zur Konzernleitung gegenüber der abhängigen Gesellschaft an. So *Harsch*, Die einheitliche Leitung im Konzern, S. 166, 168, 203; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 43 ff., 54 ff., 76 ff., 166 ff.; *Hommelhoff* zustimmend *Kropff*, ZGR 1984, 112 (116); *U. H. Schneider*, BB 1981, 249 (253, 257). Gerade im Hinblick darauf, dass mit einer zentralen Konzernleitung häufig erhöhte Gefahren für Minderheitsgesellschafter, abhängige Gesellschaften und Gläubiger einhergehen, wird dies – im Ergebnis überzeugend – von anderen abgelehnt. Siehe dazu *Abeltshausen*, Leitungshaftung, S. 42 f., 44 f.; *Drexler*, ZHR 161 (1997), 491 (509 f.); *Fleischer*, DB 2005, 759 (761 f.); *Konzen*, ZIP 1984, 269 (271); *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (83).

24 Zum engen Leitungsbegriff vgl. *Milde*, Der Gleichordnungskonzern, S. 77 ff.; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht, S. 36; *Rehbinder*, ZGR 1977, 581 (591 f.); *Windbichler* in Großkomm AktG I, § 18 Rdn. 25 f. Das Vorliegen einer Leitung im finanziellen Bereich hält die Rechtsprechung zumindest für ausreichend, um einheitliche Leitung anzunehmen. Vgl. BGHZ 107, 7 (20) („Tiefbau“); BGHZ 115, 187 (191) („Video“). Diese Voraussetzungen werden in den besprochenen Fällen regelmäßig vorliegen, da die Gewährung konzernweiter Leistungen meist aufgrund einer festgelegten Konzernpolitik erfolgt und ein Mittel zur Ausrichtung an einem gemeinsamen Konzernzweck ist. Zudem setzt die Gewährung die Allokation von Finanzmitteln im Konzern voraus, also eine konzernweite Finanzplanung und Kontrolle von Kennzahlen. Die Randgebiete, welche vom weiten Konzernbegriff zusätzlich erfasst werden, sind insoweit nicht von gesondertem Interesse für die vorliegende Fragestellung. Von einem weiten Verständnis der einheitlichen Leitung gehen aus: BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Konzern mit Anm. *Rasch*, Bl. 397 („Stinnes-Transocean“); *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 18 AktG Rdn. 13 f.; *Geßler*, BB 1977, 1313 (1315); *Guth*, GmbH-Konzernrecht, S. 26; *Konzen*, ZIP 1984, 269 (270); *Veil*, Unternehmensverträge, S. 15 f.

25 Faktische Abhängigkeit besteht zumeist schon, wenn es zum Vertragsabschluss kommt. Vgl. *Bälz*, Festschr. Ludwig Raiser, S. 287 (293, 305); MünchKommAktG/*Bayer*, § 18 Rdn. 6; *Bayreuther*, Abhängige Unternehmen, S. 89 ff.; *Hommelhoff*, Mestmäcker/Behrens (Hrsg.), Konzerne im internationalen Vergleich, S. 91 (98 ff.).

26 *Abeltshausen*, Leitungshaftung, S. 43 f.; *Areeda*, Harvard Law Review 97 (1983), 451 (454 f.); *Assmann* in Großkomm AktG I, Einleitung Rdn. 639 f.; *Geßler*, ZHR 145 (1981), 457 (459 ff.); *Thiele*, Konzernatbestand, S. 13. Einschränkungen der Zulässigkeit der Leitung nehmen einige Autoren zumindest im Hinblick auf jene faktischen Konzerne vor, die so verdichtet geleitet werden, dass vormalig ein qualifizierter faktischer Konzern anzunehmen war. Vgl. dazu *Bälz*,