

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

Bearbeitet von

Prof. Dr. Gerald Spindler, Eberhard Stilz, Prof. Dr. Gregor Bachmann, Dr. Johannes Benz, Dr. Michael Bormann, Prof. Dr. Andreas Cahn, Dr. Christoph Döbereiner, Dr. Ingo Drescher, Prof. Dr. Holger Fleischer, Dr. Till Fock, Dr. Olaf Gerber, Dr. Andreas Heidinger, Sebastian Herrler, Prof. Dr. Jochen Hoffmann, Christoph Klein, Prof. Dr. Peter Limmer, PD Dr. Sebastian Mock, Sven Petersen, Dr. Oliver Rieckers, Gerrit Sabel, Dr. Alexander Schall, Prof. Dr. Mathias Siems, Stefan Vatter, Dr. Hartmut Wicke

3. Auflage 2015. Buch. XLIII, 2672 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 66243 0

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

Gewicht: 2064 g

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

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

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'o' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

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

Kapitalgesellschaft, OHG (§ 105 Abs. 2 HGB) oder GbR organisiert ist, sollte die Anwendung des Konzernrechts, wie etwa die Frage der Schaffung eines Konzernbetriebsrates, jedenfalls nicht hängen (siehe noch Rn. 19). Das ergibt sich schon daraus, dass der Umgehungsschutz genuiner Regelungszweck des (allgemeinen) Konzernrechts ist (→ Vor § 15 Rn. 30).

III. Das herrschende Unternehmen

1. Grundsätze. Nach dem teleologischen Unternehmensbegriff steht im Mittelpunkt des Konzernrechts der Dualismus der wirtschaftlichen Interessen des Anteilnehmers, die den Kern künftiger Konflikte enthalten (→ Rn. 20). Mit Blick auf den Gesetzeszweck (potentieller Interessenkonflikt) ist eine **wirtschaftliche Betrachtungsweise** geboten, keine formal-juristische wie nach dem institutionellen Unternehmensbegriff.⁴⁴ Daraus ergeben sich folgende Weichenstellungen.

Das herrschende „Unternehmen“ braucht kein „Unternehmer“ im üblichen Wortsinn (selbstständig beruflich Erwerbstätiger) zu sein.⁴⁵ Vielmehr kommen auch der Staat, der mehrfache Aktionär oder der Kommanditist in Betracht.⁴⁶ Die formal-juristische Betrachtung steht der Unternehmenseigenschaft nach dem teleologischen Ansatz nicht entgegen.⁴⁷ Umgekehrt soll die (Form)Kaufmannseigenschaft der hM zufolge nicht per se den Unternehmensbegriff erfüllen.⁴⁸ Dem ist zuzustimmen, da die (vordringende) Gegenmeinung zur Aufspaltung des Unternehmensbegriffs in eine teils wirtschaftliche, teils formal-juristische Betrachtung zwar auf den ersten Blick für eine Vereinfachung sorgt, aber iE die tragenden Prinzipien verdunkelt und damit auf Sicht eher zu weiterer Verkomplizierung dürfte. Stimmiger und für die Praktikabilität des Konzernrechts⁴⁹ ausreichend erscheint es, mit der Formkaufmannseigenschaft die Vermutung eines Unternehmens im Sinne des § 15 zu verbinden.⁵⁰ Denn AG und GmbH sind in aller Regel solche Unternehmen (→ Rn. 23). Anderes ist nur ausnahmsweise denkbar, etwa in Fällen einer Holding, die nur eine einzige Beteiligung hält (→ Rn. 39) oder bei einer ausschließlich nicht-wirtschaftlichen, etwa gemeinnützigen Tätigkeit der Obergesellschaft (→ Rn. 43), wo dann Raum zur Widerlegung der Vermutung bleibt. Das erscheint systematisch wie teleologisch sinnvoll. Wo die anderweitige Interessenbindung nicht erforderlich scheint, kann die teleologische Extension der Einzelvorschrift abhelfen, wo sie zwar vorliegt, aber die Rechtsfolgen zu weit führen, kann umgekehrt teleologisch reduziert werden⁵¹ (→ Rn. 17 aE). So kann nach hier vertretener Ansicht jede Holding, gleich welcher Rechtsform, schon deshalb einen Beherrschungsvertrag abschließen, weil diese Gestaltungsmaßnahme Privataktionären generell offensteht (→ Rn. 47). Abgesehen davon dürfte der Unternehmensbegriff der hM auch keine Schutzlücken im Rahmen der Kapitalaufbringung verursachen.⁵² Denn die §§ 56, 71d AktG verweisen lediglich mit Bezug auf das *abhängige Unternehmen* auf die Definition der §§ 16, 17, während sie direkt jede Aktiengesellschaft als „Obergesellschaft“ definieren, ohne insoweit auf den rechtsformneutralen Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. zu verweisen.⁵³ Daher setzen sie anders als die §§ 16, 17 in ihrer direkten Anwendung auch kein Unternehmen mit anderweitiger wirtschaftlicher Interessenbindung voraus (→ Rn. 51).

⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1996, 1283 f.; im Grundsatz auch MüKoAktG/Bayer Rn. 22; bezüglich Handelsgesellschaften teilw. anders K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 33; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 22; Hensler/Strohn/Maier-Reimer § 15 Rn. 4. Grds zur „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ jetzt Cahn, FS K. Schmidt, 2009, S. 157.

⁴⁵ Zum untergeordneten Unternehmen siehe dagegen → Rn. 53.

⁴⁶ → Rn. 29, 44; vgl. demgegenüber deren fehlende Kaufmannseigenschaft, Baumbach/Hopt HGB § 1 Rn. 50. Nachvollziehbar Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG KonzernR I Rn. 11b, der Analogien bevorzugt hätte. Doch *alea iacta est*.

⁴⁷ Ganz hM, schon BGHZ 69, 334 (338); MüKoAktG/Bayer Rn. 17; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 35; Hüffer/Koch Rn. 11; aA etwa noch Zöllner ZGR 1976, 1, 13 ff.; nach wie vor kritisch, aber nun zust. Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG KonzernR Rn. 11.

⁴⁸ Wie hier Hüffer/Koch Rn. 14; Grigoleit/Grigoleit § 15 Rn. 19; MüKoAktG/Bayer Rn. 16; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 60; MHdB AG/Krieger § 68 Rn. 10; grds. auch Großkomm AktG/Windbichler Rn. 20 aE (anders aber für Holding); aA K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 33, 53 ff.; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 22; Hensler/Strohn/Maier-Reimer § 15 AktG Rn. 5; Mülbart ZHR 163 (1999), 40 ff. S. → Rn. 24, Rn. 39 (Holding) und → Rn. 51.

⁴⁹ Zu diesem Aspekt K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 59.

⁵⁰ So auch Ederle S. 23; Kort DB 1986, 1909 (1911); aA MHdB AG/Krieger § 68 Rn. 11.

⁵¹ Vgl. Bayer ZGR 2002, 933 (948 ff.).

⁵² So aber K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 56, der befürchtet, bei Erfordernis einer anderweitigen Interessenbindung auf Seiten des herrschenden Unternehmens würde nicht jede Aktiengesellschaft von dem Verbot erfasst.

⁵³ S. § 56 Abs. 2 AktG: „Ein abhängiges Unternehmen darf keine Aktien der herrschenden Gesellschaft, ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen keine Aktien an der an ihm mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft ... übernehmen“; sowie § 71d Abs. 1 Satz 2: „Gleiches gilt für den Erwerb oder den Besitz von Aktien der Gesellschaft durch ein abhängiges oder ein im Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehendes Unternehmen ...“.

- 20 Nicht entscheidend ist nach der wirtschaftlichen Betrachtung, ob die anderweitige unternehmerische Betätigung erlaubt ist, sofern sie tatsächlich ausgeübt wird. Der rechtlichen Zulässigkeit (zB Gesellschaftszweck) kommt allenfalls Indizwirkung zu.⁵⁴
- 21 Schließlich geht es beim Unternehmensbegriff nur um die potentielle **Eignung** als übergeordnetes Unternehmen, nicht schon um die tatsächliche Subsumtion als „herrschend“.⁵⁵ Die abstrakte Möglichkeit eines Interessenkonflikts reicht aus.⁵⁶ An dieser Stelle ist also durchaus eine weite Auslegung geboten. Dies wird nicht immer erkannt,⁵⁷ was an den früheren Konzernhaftungsrisiken liegen mag.⁵⁸
- 22 **2. Maßgebliche Beteiligung am untergeordneten Unternehmen.** Die erste Voraussetzung des Unternehmensbegriffs ist eine maßgebliche Beteiligung am untergeordneten Unternehmen.⁵⁹ Dabei stellen sich die gleichen Fragen, wie sie im Zusammenhang mit der maßgeblichen Beteiligung an einem anderen Unternehmen diskutiert werden (→ Rn. 25 ff.). Jedoch ist die Frage des beherrschenden Einflusses von der Frage der maßgeblichen Beteiligung zu trennen.⁶⁰ Unabhängig vom Schwellenwert einer „maßgeblichen Beteiligung“ müssen beim untergeordneten Unternehmen immer zumindest die §§ 16, 17 erfüllt sein, bevor materielle Regeln des Konzernrechts zur Anwendung kommen. Das führt praktisch dazu, dass die Frage der Maßgeblichkeit *in dieser Hinsicht* unerheblich wird. Mit Blick auf die anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung liegt es freilich anders. Dort ist die Maßgeblichkeit ein eigenständiges, vorgelagertes Kriterium, das man richtigerweise nicht in den engeren Kriterien der Beherrschung aufgehen lassen sollte (→ Rn. 27 f.).
- 23 **3. Anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung.** Der maßgeblich beteiligte Anteilshaber muss eine anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung haben. Entscheidend ist, dass diese Interessenbindung **außerhalb** der abhängigen Gesellschaft manifestiert ist. Die Verfolgung von Partikularinteressen innerhalb der abhängigen Gesellschaft aus „privatem“ Gewinn- oder Idealinteresse reicht nicht aus, selbst wenn sie in irgendeiner Form institutionalisiert ist und von ihr Gefahren ausgehen.⁶¹ Ebenso wenig genügen (mittelbare) wirtschaftliche Interessen des Anteilshabers der beherrschten Gesellschaft an deren Tochter- und Enkelgesellschaften (mehrstufige Beteiligung).⁶² In der einfachen GmbH & Co KG bzw. KGaA,⁶³ wo sich die Komplementärgesellschaft auf die Leitung der KG/KGaA beschränkt, sind weder Komplementär noch die an beiden Gesellschaften beteiligten Gesellschafter Unternehmen im Sinne des § 15.⁶⁴ Nach der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtung (→ Rn. 18) liegt hier kein Konzernkonflikt, sondern nur eine *einheitliche Gesellschaft* vor. Dass die beteiligten Gesellschaften ein *einheitliches Unternehmen* bilden, in welchem Interessenkonflikte typischerweise ausscheiden (zB **Betriebsaufspaltung**), reicht dagegen nicht aus, um die Unterneh-

⁵⁴ Das gilt etwa für die Zulässigkeit abweichender wirtschaftlicher Tätigkeit (vgl. Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Rn. 57 aE) oder umgekehrt für die Pflicht zur Wahrung eines Interessengleichlaufs (vgl. MüKoAktG/*Bayer* Rn. 45; Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Rn. 53). Ebenso liegt es bei der Herrschaft, → § 17 Rn. 14.

⁵⁵ Zutr. MüKoAktG/*Bayer* Rn. 13.

⁵⁶ Hüffer/*Koch* Rn. 15; MüKoAktG/*Bayer* Rn. 45; Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Rn. 47. S. aber → Rn. 23 aE.

⁵⁷ BGHZ 148, 123 – MLP; dazu → Rn. 27 ff.

⁵⁸ In diese Richtung auch MüKoAktG/*Bayer* Rn. 18 aE.

⁵⁹ BGHZ 69, 334 (336); aA Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Rn. 47 (geringfügiger Anteil genügt). Doch soweit trägt sein Argument aus §§ 20 ff. nicht. Richtig daran ist allerdings, für die Maßgeblichkeit weniger zu fordern als die hM es tut (→ Rn. 27).

⁶⁰ Zutr. MüKoAktG/*Bayer* Rn. 13; Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Rn. 47; missverstanden von BGHZ 148, 123, s. → Rn. 27.

⁶¹ HM, s. → Rn. 13 sowie → Rn. 43 und schon → Vor § 15 Rn. 26 f.; aA neuerdings Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Rn. 21, der aus der Anerkennung der öffentlichen Hand als Unternehmen (Rn. 43) die generelle Beachtlichkeit konfligierender nicht-unternehmerischer Interessen folgert. Ebenso Emmerich/*Habersack/Emmerich* Rn. 9 ff. und 18; MüKoAktG/*Bayer* Rn. 43; VHW/*Casper* Anh. § 77 Rn. 22; siehe auch Grigoleit/*Grigoleit* Rn. 25 ff. (29). Er kritisiert zwar die pauschale Anerkennung der öffentlichen Hand als Unternehmen, hält dann aber die Erweiterung auf ideelle Zwecke für konsequent. Das zielt im Ergebnis in die hier propagierte Richtung (→ Vor § 15 Rn. 27), ist aber wegen der damit verbundenen Ausweitung des Unternehmensbegriffs zugunsten des in → Rn. 16 f. aufgezeigten Wegs der Extension in Einzelfällen abzulehnen.

⁶² BGHZ 148, 123 – MLP; näher → Rn. 36 f.; K. Schmidt/*Lutter/J. Vetter* Rn. 51; Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Rn. 29.

⁶³ Zugelassen von BGHZ 134, 392.

⁶⁴ Ganz hM, BSG AG 1995, 279 (282); MüKoAktG/*Bayer* Rn. 46; Emmerich/*Habersack/Emmerich* Rn. 23; K. Schmidt/*Lutter/J. Vetter* Rn. 48; MHdB GesR III/*Decher* § 69 Rn. 28; MüKoHGB/*Mülbart* KonzernR Rn. 52 ff.; *Ulmer* NJW 1986, 1579 (1585 f.); grds. abw. Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Rn. 54. Anders liegt es selbstverständlich bei anderweitiger wirtschaftlicher Betätigung der Komplementärgesellschaft oder ihrer Gesellschafter, zB BAG ZIP 1996, 969.

menseigenschaft abzulehnen.⁶⁵ Denn die abstrakte Möglichkeit eines Konflikts genügt (→ Rn. 21). Allerdings muss die anderweitige Interessenbindung auch die **ernsthafte Sorge nachteiligen Einflusses** auf die abhängige Gesellschaft begründen. Darin liegt eine **Einschränkung**, die nicht immer genügend beachtet wird.⁶⁶ Sie erlaubt, die Unternehmenseigenschaft im Einzelfall auszuschließen, wenn keine Konzerngefahr vorliegt.⁶⁷ Damit kann man beispielsweise ungefährliche Betriebsaufspaltungen⁶⁸ oder geringfügige wirtschaftliche Tätigkeiten außerhalb der abhängigen Gesellschaft erfassen. Als Grundlagen anderweitiger wirtschaftlicher Interessenbindung kommen in Betracht:

a) Eigene (mit)unternehmerische Tätigkeit. Der Anteilsinhaber kann selbst Unternehmer sein. Bei natürlichen Personen kommt hier jede Tätigkeit als Gewerbetreibender oder Freiberufler,⁶⁹ allein (Selbstständiger, Einzelkaufmann) oder im Verbund mit anderen (Personengesellschafter, Partner), in Betracht. Bei Kapitalgesellschaften ergibt sich die unternehmerische Tätigkeit regelmäßig schon aus ihrem eigenen Geschäftsbetrieb. Ihre Formkaufmannseigenschaft reicht nach hM aber nicht (→ Rn. 19). Daher ist eine konkrete Betrachtung erforderlich, wobei dem Satzungszweck nur Indizwirkung zukommt (→ Rn. 20). Ist die Kapitalgesellschaft eine einfache Holding, die nur die Beteiligung in der abhängigen Gesellschaft hält, gilt sie nicht als Unternehmen.⁷⁰ Hat die Kapitalgesellschaft einen gemeinnützigen Zweck, kommt es darauf an, ob sie in diesem Rahmen wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.⁷¹ Das Gleiche gilt für alle Rechtsträger mit nicht-unternehmerischen Zwecken (Vereine, Stiftungen) mit Ausnahme des Staates (→ Rn. 44). Die ideale Zwecksetzung schließt die Unternehmenseigenschaft weder aus noch erfüllt sie sie per se (→ Rn. 43). Die unternehmerische Tätigkeit muss keinen Bezug zum Geschäft der untergeordneten Gesellschaft aufweisen,⁷² insbesondere nicht in Konkurrenz zu ihr stehen.⁷³ Der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (→ Rn. 20) entsprechend kann die Tätigkeit auch **mittelbar** ausgeübt werden, etwa durch einen Treugeber vermittelt des Treuhänders.⁷⁴ Entscheidend ist der potentielle Interessenkonflikt (→ Rn. 21). Daran kann es fehlen, wenn die unternehmerische Tätigkeit völlig andersartig ist oder nur in unerheblichem Umfang stattfindet. Denn dann besteht keine „ernsthafte Sorge“ negativen Einflusses (→ Rn. 23).

b) Maßgebliche Beteiligung an anderem Unternehmen. Die maßgebliche Beteiligung des Gesellschafters an einem anderen Unternehmen („multiple maßgebliche Beteiligung“) reicht aus.⁷⁵ Das gilt gleichermaßen für natürliche Personen und Kapitalgesellschaften, auch für Holdinggesell-

⁶⁵ Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 11b; MüKoAktG/Bayer Rn. 45; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 48; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 53; aA etwa Drygala S. 85 ff.; MHdB GesR III/Decher/Kiefner § 67 Rn. 29 (zur Betriebsaufspaltung); eingehend Liebscher GmbH-KonzernR Rn. 80 ff.; ferner Mertens, FS Claussen, 1997, S. 297 ff. (bei satzungsmäßigen Interessengleichlauf zwischen Unternehmerkomplementär und KGaA). Dem für das Steuerrecht folgend BFHE 233, 416 = NZG 2011, 916 (919 Tz. 57) (aber abl. Böhmner FR 2012, 862 sowie zur Vorinstanz Crezelius FR 2010, 297; krit auch Potsch/Stahl NZG 2011, 1017; zust. aber Wächter DStR 2011, 1599). Der Streitfrage ist für das Gesellschaftsrecht durch den Wegfall der Haftungskomponente die Schärfe genommen, → Vor § 15 Rn. 12; ebenso Liebscher GmbH-KonzernR Rn. 80.

⁶⁶ Jetzt aber Grigoleit/Grigoleit Rn. 21.

⁶⁷ Insofern ist eine konkrete Prüfung zulässig und sogar geboten, vgl. LG Heidelberg ZIP 1997, 1787 – SAP; LG Dortmund AG 1981, 236 – Thyssen-Vermögensverwaltung; zu Unrecht kritisch MüKoAktG/Bayer Rn. 45.

⁶⁸ Sofern etwa der Überlassungsvertrag nachteilige Vermögensverlagerungen ausschließt. Skeptisch aber Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 53; MüKoAktG/Bayer Rn. 45.

⁶⁹ BGH NJW 1994, 3288 (3290) = JZ 1995, 519 mit Anm Hirte; NJW 1995, 1544 f.; Hüffer/Koch Rn. 14; Grigoleit/Grigoleit § 15 Rn. 20; Henssler/Strohn/Maier-Reimer § 15 Rn. 6; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 41; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 31 ff.; anders noch nach dem institutionellen Ansatz, v. Godin/Wilhelmi § 15 Anm. 2; Baumbach/Hueck § 15 Anm. 3.

⁷⁰ HM, etwa MüKoAktG/Bayer Rn. 26; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 62, aber anders → Rn. 68 bei Umgehungsstrukturen; anders etwa K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 62; Henssler/Strohn/Maier-Reimer § 15 Rn. 5.

⁷¹ Anders der typisierende Ansatz, K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 42.

⁷² BGHZ 115, 187, 191 – Video; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 22, 31, aber einschränkend in Rn. 23, 31 für Freiberufler und juristische Personen, die keine Handelsgesellschaften sind (dann Berührungspunkte der anderweitigen Tätigkeit mit Beteiligungsunternehmen erforderlich).

⁷³ Daher schließen Wettbewerbsverbote die Unternehmenseigenschaft nicht aus, Großkomm AktG/Windbichler § 17 Rn. 83.

⁷⁴ Bisher unstr., Großkomm AktG/Windbichler Rn. 45; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 66 ff.; s. jetzt aber → Rn. 30 ff.

⁷⁵ Bislang schon hM, MüKoAktG/Bayer Rn. 19–21; ders. ZGR 2002, 933 (945 ff.); Grigoleit/Grigoleit § 15 Rn. 20; MHdB GesR III/Decher/Kiefner § 67 Rn. 24; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 44; Henssler/Strohn/Maier-Reimer § 15 Rn. 6; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 37 ff. (aber in Rn. 47 f. kritisch zur Maßgeblichkeit und stattdessen auf entscheidenden Einfluss auf Ergebnisverwendung abstellend); Großkomm AktG/Windbichler Rn. 32–35; Hüffer/Koch Rn. 11; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 13.

schaften.⁷⁶ Zwar hatte eine Gegenansicht tatsächliches unternehmerisches Agieren des Gesellschafters in der *anderen* Gesellschaft erfordert und dafür auch Rückhalt in der Rechtsprechung ausgemacht zu haben geglaubt.⁷⁷ Doch der BGH hat in MLP klargestellt, dass schon die „maßgebliche Beteiligung“ an sich genügt, und zwar wegen der damit vermittelten *Möglichkeit* zur unternehmerischen Betätigung.⁷⁸ Richtig daran ist, dass der potentielle Interessenkonflikt genügen muss, der schon aus der von einer maßgeblichen Beteiligungen vermittelten *Möglichkeit* zu unternehmerischen Handeln erwächst (→ Rn. 18, 21). Der Schutz des Konzernrechts darf nicht von der schwierigen und von außen kaum verifizierbaren Abgrenzung zwischen Anleger- und Unternehmer-Aktionär abhängen. Nicht zu folgen ist dem BGH allerdings darin, dass zur Begründung einer anderweitigen wirtschaftlichen Interessenbindung nur solche Beteiligungen, die überhaupt die *Möglichkeit* zu unternehmerischer Betätigung im *anderen* Unternehmen vermitteln, als maßgeblich angesehen werden (ab → Rn. 27).

26 Die Beteiligung braucht entsprechend den Grundsätzen zur Herrschaft (→ § 17 Rn. 19) nicht auf Dauer angelegt sein. Auch ein vorübergehender Beteiligungserwerb reicht aus. Die Beteiligung kann unmittelbar auf eigenen Anteilen oder – trotz BGHZ 148, 123 – mittelbar auf der Zurechnung fremder Anteile beruhen (ab → Rn. 30).

27 **aa Maßgeblichkeit der Beteiligung bei Kapitalgesellschaften nach hM.** Nach BGHZ 148, 123 [MLP] liegt „eine maßgebliche Beteiligung nur dann vor, wenn der Aktionär mit den ihm rechtlich zu Gebote stehenden Mitteln (Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung) auf das Unternehmen bestimmen Einfluss nehmen kann“.⁷⁹ Er fordert also wenigstens die *Möglichkeit* zu *unternehmerischer Tätigkeit* im anderen Unternehmen, die überdies auf *gesellschaftsrechtlicher Grundlage* fußen muss.⁸⁰ Damit lehnt sich der BGB bezüglich der Maßgeblichkeit der Beteiligung eng an die Kriterien der Beherrschung nach § 17 an. Dem ist nicht zu folgen.⁸¹ Der BGH ist – offenbar infolge eines missverständlichen Verweises des VW-Urteils auf das VEBA/Gelsenberg-Urteil⁸² – dazu gelangt, das anderweitige *wirtschaftliche* Interesse auf anderweitiges *unternehmerisches* Interesse bzw. auf die *Beherrschung* des *anderen* Unternehmens iS des § 17 zu reduzieren.⁸³ Danach würde der Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. eine (potentielle) Doppelunternehmerschaft des herrschenden Unternehmens voraussetzen, die sich in der Beherrschung der „eigenen“ und einer anderen Gesellschaft manifestiert. Doch so eng muss und darf man den Unternehmensbegriff nicht verstehen, wenn man die Konzerngefahr erst nehmen möchte. Zwar ist dem BGH zuzugeben, dass die Behandlung als „Unternehmen“ nach dem Wortsinn zumindest die *Möglichkeit* zu unternehmerischer Betätigung voraussetzt. Diese ergibt sich aber zwanglos bereits aus den Einflussmöglichkeiten der §§ 16, 17, die ohnehin in wenigstens einem „abhängigen“ Unternehmen bestehen müssen, um das Konzernrecht überhaupt zu eröffnen. Innerhalb dieser vorausgesetzten Beherrschungslage ist die Konzerngefahr nach der Vorstellung des Gesetzes aber nur dann auszuschließen, wenn der Herrscher keinerlei anderweitige wirtschaftliche

⁷⁶ Zutr MüKoAktG/Bayer Rn. 27; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 16; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 62; wohl auch Hüffer/Koch Rn. 13; aA OLG Saarbrücken AG 1980, 26 (28); BGH AG 1980, 342. Zur Holding noch → Rn. 39.

⁷⁷ ADS Rn. 8; Mülberr ZHR 163 (1999), 1 (33 f.); Hommelhoff ZGR 1994, 395 (398 f.).

⁷⁸ BGHZ 148, 123 (125) – MLP, allerdings ohne explizit auf jene Streitfrage einzugehen, die er bisher offen gelassen hatte, vgl. BGHZ 69, 334 (345); NJW 1994, 446; NJW 1997, 943.

⁷⁹ BGHZ 148, 123 (125); zust. Cahn AG 2002, 32 f.; kritisch Mülberr WuB II A, § 312 AktG 1.02; Bayer ZGR 2002, 933 (948 ff.); s. auch MüKoAktG/Bayer § 15 Rn. 22; Henssler/Strohn/Maier-Reimer § 15 Rn. 6.

⁸⁰ BGHZ 148, 123 (125); zust. Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 13 aE; im Übrigen → § 17 Rn. 20 ff.

⁸¹ AA MüKoAktG/Bayer Rn. 22; Grigoleit/Grigoleit § 15 Rn. 20; MHDB GesR III/Decher/Kiefner § 67 Rn. 24 f.; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 45 ff.; NK-AktG/Peres/Oschütz Rn. 5; Cahn AG 2002, 32 f.; auch für Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 14 f. scheint es grds auf die Leitungsmöglichkeit im *anderen* Unternehmen anzukommen; kritisch zum BGH demgegenüber auch Hüffer/Koch Rn. 11; Mülberr WuB II A, § 312 AktG 1.02.

⁸² BGHZ 148, 123 (125) verweist auf BGHZ 135, 107 (113) – VW und BGHZ 69, 334 (346) – VEBA. In BGHZ 135, 113 formuliert der BGH aber lediglich, die Gefahr aus anderweitiger wirtschaftlicher Interessenbindung ergebe sich regelmäßig, wenn der Aktionär „maßgeblich an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist und somit die *Möglichkeit* besteht, dass er sich unter *Ausübung seiner Leitungsmacht* auch in *anderen Gesellschaften* unternehmerisch betätigt.“ (Hervorh d Verf). Doch der Verweis auf BGHZ 69, 334 (346) spricht lediglich von der *Möglichkeit* des Bundes zu beherrschendem Einfluss im *abhängigen* Unternehmen (VEBA), *nicht* in *anderen* Unternehmen. Und auch im VW-Fall formuliert der BGH als Grundsatz, es gehe „um anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, er [der Herrscher] könne wegen dieser Bindung seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluß auf die Aktiengesellschaft zu deren Nachteil ausüben.“ Allgemein zu dem Missverständnis, dem der BGH hier offenbar erlegen ist, auch MüKoAktG/Bayer Rn. 13 sowie oben im Text → Rn. 21.

⁸³ Das zeigen auch die unmittelbar anschließenden Ausführungen in BGHZ 148, 125 f. zu den Grundsätzen der „kombinierten Beherrschung“ (→ § 17 Rn. 25).

Interessenbindung hat.⁸⁴ Denn *nur dann* besteht jene idealtypische wirtschaftliche Interessenbündelung, derzufolge es pauschal und generell irrational erschiene, wenn er seinen Einfluss zum Schaden der Gesellschaft ausnutzte. Daraus folgt umgekehrt, dass eine anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung, welche eine rationale Neigung des Herrschers begründen kann, die Interessen seiner eigenen Gesellschaft zurückzustellen, bereits bei maßgeblichen Beteiligungen unterhalb der Schwelle der §§ 16, 17 bestehen kann. Man denke beispielsweise an die Familien Porsche und Piërch, welche zwar die Porsche-AG, wegen des VW-Gesetzes nicht aber die VW-AG beherrschten und sich am Ende im Zuge der Übernahmeschlacht doch zugunsten der letzteren verhalten haben.⁸⁵ Die auf unternehmerischer Einflussmöglichkeit bestehende Ansicht des BGH ist mithin zu eng. Sie widerspricht auch den Wertungen neuerer Gesetze, die geringere Beteiligungswerte für beachtlich halten (→ Vor § 15 Rn. 2 aE), ferner der allgemeinen Auffassung, dass persönliche Haftung als Personengesellschafter (und nicht Herrschaft über eine Personengesellschaft) für das abweichende Interesse ausreicht (→ Rn. 29) und schließlich den Ausführungen in BGHZ 90, 381 (391) – BuM zum Einfluss kraft Sperrminorität,⁸⁶ wo festgestellt wurde: „Denn ein Aktienbesitz von mehr als 25% sichert seinem Inhaber ein unter Umständen ausschlaggebendes Mitspracherecht ... Der damit gegebene Einfluss lässt erfahrungsgemäß auf Seiten des Aktionärs ein ihm entsprechendes Unternehmensinteresse vermuten.“ Hinter der Auffassung des BGH im MLP-Fall mag ein Bedürfnis stehen, das Privataktionärsprivileg auszudehnen und vor allzu onerosen Berichtspflichten zu schützen. Dem wäre auf den ersten Blick zuzugeben, dass es an einer dem § 17 Abs. 2 entsprechenden Entlastungsmöglichkeit für das Merkmal der anderweitigen wirtschaftlichen Interessenbindung fehlt. Doch ist dem besser mit dem Kriterium der „ernsthaften Sorge nachteiligen Einflusses“ auf die beherrschte AG (→ Rn. 23) abzuhelfen.⁸⁷ Was dann noch übrig bleibt, muss vom Konzernrecht erfasst werden können.

bb) Eigener Ansatz. Löst man sich von der zu engen Vorstellung nach BGH MLP, die anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung setze die Möglichkeit zu unternehmerischer Betätigung voraus, werden die Kriterien der §§ 16, 17 (beherrschender Einfluss, gesellschaftsrechtliche Grundlage) als notwendige Bedingungen einer solchen Interessenbindung überwunden. Das bedeutet zunächst, dass die abweichende Interessenbindung des Herrschers auch auf **rein schuldrechtlichen Beziehungen** zu anderen Unternehmen beruhen kann. Zwar werden derartige Fälle jenseits einer eigenen unternehmerischen Tätigkeit des Herrschers selten sein. Undenkbar sind sie aber nicht. Beispiel: Der Vater ist bloßer Privataktionär der X-AG. Seine Tochter betreibt ein eigenes Unternehmen durch die Y-GmbH. Der Vater gewährt dem Unternehmen seiner Tochter umfassend Kredit und Sicherheit, ohne eine Beteiligung zu erwerben. Von nun an hat er zweifellos eine ganz erhebliche „anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung“, kraft derer er etwa seine eigene AG zu ungünstigen Geschäften mit der Y-GmbH veranlassen könnte, um jene zu stützen (letzteres unterscheidet den Fall gerade von einem Privatkredit des Vaters an die Tochter zur Finanzierung eines Eigenheims, der nur das reine Privatinteresse betrifft). Im Regelfall werden anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen des Herrschers jenseits eigener (mit)unternehmerischer Tätigkeit freilich über **Gesellschaftsbeteiligungen** vermittelt. Insoweit steht nach MLP aber nur fest, dass eine Beherrschungsmöglichkeit nach § 17 oder Mehrheitsbesitz nach § 16 ausreichen.⁸⁸ Im Übrigen differenziert die hM zu Recht zwischen Personengesellschaften (→ Rn. 29) und **Kapitalgesellschaften**. Bei letzteren darf sich das Konzernrecht nach dem vorstehend Gesagten der wachsenden Bedeutung geringerer Beteiligungen nicht verschließen. So sollte nicht nur eine 30%-Beteiligung (§ 29 WpÜG) oder im Anschluss an BGHZ 90, 381 (391) entgegen verbreiteter Auffassung eine Sperrminorität genügen.⁸⁹ Vielmehr muss eine Beteiligung mit **10% des Kapitals oder der Stimmrechte**, worin etwa das KWG⁹⁰ oder die InsO⁹¹ maßgebliche Beteiligungen

⁸⁴ Für eine enge Verständnis des Privataktionärsprivileg mit Recht auch Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 14a, dessen Folgerung, nur bei natürlichen Personen den konkreten Nachweis einer anderweitigen wirtschaftlichen Interessenbindung zu fordern, freilich zu weitgehen dürfte (→ Rn. 17 und 19).

⁸⁵ Siehe dazu aber auch die Lesart von Möllers NZG 2014, 361 ff.

⁸⁶ Es ging dort um die – mittlerweile durch ausdrückliche Kodifikation einer 10%-Schwelle in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 4 InsO überholte – Frage, unter welchen Umständen eine Aktienbeteiligung als unternehmerisch angesehen werden kann mit der Folge, dass die GmbH-typischen Grundsätze kapitalersetzender Darlehen zur Anwendung kamen.

⁸⁷ In diesem Sinne zB OLG Hamm ZIP 2000, 2302.

⁸⁸ S. nur MüKoAktG/Bayer Rn. 22; Henssler/Strohn/Maier-Reimer § 15 Rn. 6; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 47; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 48; Großkomm AktG/Windbichler Rn. 33; Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 14.

⁸⁹ Zutr. Großkomm AktG/Windbichler Rn. 37; aA MüKoAktG/Bayer Rn. 22; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 45.

⁹⁰ § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG, vor allem iVm § 2b Abs. 1a Nr. 2 und 3 KWG.

⁹¹ §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 4 InsO; zur Ratio des Kleinbeteiligtenprivilegs im Rahmen des neuen Subordinationsrechts siehe iÜ Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 175.

erblicken, auch im allgemeinen Konzernrecht grds. ausreichen.⁹² Denn es geht wie gezeigt um den potentiellen Konflikt zwischen abhängiger Gesellschaft und anderweitiger wirtschaftlicher Interessenbindung, nicht um die Beherrschungsmöglichkeit in der anderen Gesellschaft.⁹³ Dieser Interessenkonflikt hängt nicht am Einfluss des Anteilinhabers auf die Dividendenverteilung in der anderen Gesellschaft,⁹⁴ da es ihm lediglich auf die Steigerung oder zumindest die Bewahrung seines Beteiligungswertes ankommen kann. Damit nicht genug. Hat man sich einmal von der Vorstellung gelöst, dass die konfliktträchtige anderweitige Interessenbindung zwingend *unternehmerisches Handeln* in einem anderen Unternehmen ermöglichen muss, wird offenbar, dass es – entsprechend den anerkannten Grundsätzen zu den Personengesellschaften (→ Rn. 29) – prinzipiell auch ausreichen muss, wenn der betreffende Gesellschafter umfassend für die Schulden einer anderen Kapitalgesellschaft eintreten muss (Globalbürgschaft⁹⁵), wenn er diese leitet oder wenn er in hohem Umfang Kredit gewährt hat. Denn in all diesen Fällen ist genug Grund für den Herrscher denkbar, die eigene Gesellschaft zu Lasten jener anderen zu beachteiligen, um dort davon zu profitieren. Die gleichen Grundsätze gelten selbstverständlich auch für Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften.

29 cc) Beteiligung an Personengesellschaften. Der Maßgeblichkeit des Interessenkonflikts entspricht es, bei der **Personengesellschaft** auf die **persönliche Haftung** abzustellen⁹⁶ und nicht aktives Mitunternehmertum (→ Rn. 24) oder gar die Beherrschung der Gesellschaft zu verlangen. Der gewöhnliche **Kommanditist** ist wie ein Privataktionär zu behandeln, während ein „herrschender“ Kommanditist als maßgeblich beteiligt und im Übrigen auch als „mittelbarer Unternehmer“ (→ Rn. 24) anzusehen ist.⁹⁷

30 c) Zurechenbarkeit fremder Beteiligungen oder sonstiger wirtschaftlicher Interessen.
aa) Möglichkeit der Zurechnung. Seit dem MLP-Fall ist fraglich geworden, inwieweit sich die „maßgebliche Beteiligung“ aus der Zurechnung von Anteilen Dritter ergeben kann. Der BGH hat systematisch zutreffend entschieden, dass eine Zurechnung nach § 16 Abs. 4 die Unternehmenseigenschaft voraussetzt, sie also nicht begründen könne (→ § 16 Rn. 19). Er hat daraus aber offenbar den Umkehrschluss gezogen, dass eine Zurechnung nach allgemeinen Kriterien nicht in Betracht kommt.⁹⁸

31 Dieser Schluss wäre jedoch unhaltbar. Das ergibt sich schon aus einer einfachen Erwägung. Wenn der A, der bisher lediglich Hauptaktionär der X-AG war, durch einen Strohmann B als mittelbarem Stellvertreter die Mehrheit an der Y-AG erwirbt, wäre er kein Unternehmen, da § 16 Abs. 4 mangels vorbestehender Unternehmenseigenschaft nicht greifen kann, obwohl hier am Konzernkonflikt nicht zu zweifeln ist und offenkundig eine Umgehungs konstruktion gewählt wurde.⁹⁹

32 In Wahrheit stellt sich hier also die bisher ungeklärte Frage der Zurechnung von Merkmalen im Rahmen der Unternehmensqualität.¹⁰⁰ § 16 Abs. 4 ist hierfür nicht einschlägig. Gleichwohl ist die

⁹² Zu eng daher BGHZ 148, 123 (125 f.) – MLP; MüKoAktG/Bayer Rn. 22; Hüffer/Koch Rn. 11; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 48; tendenziell wie hier wohl Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 14, 14a und vor allem Großkomm AktG/Windbichler Rn. 38 ff., die einerseits an die 20% des § 271 Abs. 1 Satz 3 HGB anknüpfen, andererseits Beteiligungen unter 5% als nicht maßgeblich ansehen will. An letzterem dürfte im Übrigen auch nach der (anders motivierten) Herabsetzung der Minderheitenquoten auf 1% in §§ 142, 148 festzuhalten sein.

⁹³ S. schon → Rn. 20; im Grds. auch MüKoAktG/Bayer Rn. 22.

⁹⁴ Das halten Verteidiger der engen Auslegung (etwa Kölner Komm AktG/Koppensteiner AktG Rn. 48; MüKoAktG/Bayer Rn. 22; Cahn AG 2002, 30 (32)) für maßgeblich, da der Aktionär sonst kaum Vorteilsverlagerungen zum anderen Unternehmen hin veranlassen werde.

⁹⁵ Die hM scheint demgegenüber eine gesellschaftsrechtliche Fundierung der Haftung zu fordern (vgl. explizit K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 43). Das wird im Kapitalgesellschaftsrecht kaum vorkommen (theoretisch denkbar wäre die Übernahme von Nachschusspflichten zur Verlustdeckung im Rahmen einer Liquidation). Doch fraglich ist, worin unter der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Zweck einer Beschränkung auf gesellschaftsrechtliche Haftung liegen sollte. Es ist doch Gemeingut, dass persönliche Sicherheiten die gesetzliche Haftungsbeschränkung bei kleinen Kapitalgesellschaften praktisch derogiert und funktional zu einer Mithaftung der Betreiber geführt haben.

⁹⁶ BSG AG 1995, 277 (282); MüKoAktG/Bayer Rn. 23; Grigoleit/Grigoleit § 15 Rn. 20; Hensler/Strohn/Maier-Reimer § 15 Rn. 6; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 43; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 49; MHdB AG/Krieger § 68 Rn. 8.

⁹⁷ Zur Unternehmenseigenschaft herrschender Kommanditisten auch BAG ZIP 1996, 145; Laule, FS Semler, 1993, S. 541 ff.

⁹⁸ Jedenfalls wurde nur die Zurechnung nach § 16 Abs. 4 diskutiert.

⁹⁹ Mit ähnlicher Argumentation wendet sich Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 67 gegen den Ansatz von: Zöllner ZGR 1976, 1 (11 f.), nur den in eigenem Namen wirtschaftlich Tätigen als Unternehmen zu begreifen.

¹⁰⁰ So auch Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 66 ff. mit Hinweis auf die parallele Lage bei Stimmverboten, BGHZ 46, 47 (53).

Zurechnung fremder Anteile möglich und notwendig.¹⁰¹ Dies entspricht bisheriger hL¹⁰² und Rechtsprechung. So wurden in BGHZ 62, 193 [Seitz] drei Unternehmen lediglich aufgrund besonderer tatsächlicher Umstände (Beherrschung durch dieselben Familienstämme) zusammen als herrschende Unternehmen angesehen, obwohl sie für sich jeweils nur eine Minderheitsbeteiligung inne hatten (zweimal je 25% sowie einmal unter 5%).¹⁰³ Jedenfalls für das dritte dieser Unternehmen, das nur minimal am abhängigen Unternehmen beteiligt war, hing von dieser Zurechnung die Begründung der Unternehmenseigenschaft ab. Der Fall bestätigt zugleich, dass für die Zurechnung im Rahmen des Unternehmensbegriffs nicht § 16 Abs. 4 direkt oder analog einschlägig ist. Das versteht sich daraus, dass es dem Konzernrecht auch um „Abhängigkeit“ bzw. „einheitliche Leitung“, nicht nur um den formalen Mehrheitsbesitz des § 16 geht.

bb) Grundlagen und Umfang der Zurechnung. Zu klären bleiben die Grundlagen und der 33
Umfang der Zurechnung von Beteiligungen und anderen wirtschaftlichen Interessen sowie ihre mögliche Richtung. Fest steht dabei, dass die Zurechnung der Unternehmenseigenschaft beim Hintermann nicht zur **Absorption** beim Vordermann führt.¹⁰⁴ Zur Zurechnung fremder Beteiligungen muss nach dem Zweck des Konzernrechts grds. alles führen, was taugliche Grundlage einer Beherrschung nach § 17 Abs. 1 sein könnte.¹⁰⁵ Das sind über die Fälle des § 16 Abs. 4 (Treuhandverhältnisse, Abhängigkeit) hinaus vertragliche Bindungen wie Innengesellschaften, Stimmbindungs- und Konsortialvereinbarungen sowie alle rechtlichen und tatsächlichen Umstände sonstiger Art, die zur Begründung von Abhängigkeit führen können,¹⁰⁶ solange nur (a) eine hinreichend sichere Grundlage besteht und (b) die Verbindung gesellschaftsrechtlich fundiert ist (dazu → § 17 Rn. 20 ff.). Allerdings ist die Zurechnung bei mehrstufigen Beteiligungen abzulehnen (dazu → Rn. 36 f.).

Nach Ansicht des OLG Köln,¹⁰⁷ das mit einem Stimmrechtskonsortium aus einer Vielzahl bloßer 34
Privatgesellschafter zu tun hatte, die zusammen die Mehrheit im Familienunternehmen hielten, soll die Zurechnung des anderweitigen wirtschaftlichen Interesses eines dieser Konsorten voraussetzen, dass er beherrschenden Einfluss auf das Konsortium ausüben könne. Erforderlich wäre also die Mehrheit in der Mehrheit am Familienunternehmen gewesen. Richtig daran ist, dass ein Hauptkonsort mit anderweitiger wirtschaftlicher Interessenbindung, dessen eigene Beteiligungsmacht nicht zur Herrschaft im abhängigen Unternehmen ausreicht, durch die Zurechnung der Anteile der von ihm über das Konsortium dominierten nicht-unternehmerischen Aktionäre zum herrschenden Unternehmen aufstiege. Höchst fraglich ist dagegen schon, ob die Konsortial-GbR selbst durch die Zurechnung des abweichenden wirtschaftlichen Interesses ihres Beherrschers zum Unternehmen würde. Nach teilweiser Ansicht soll eine teilrechtsfähige GbR¹⁰⁸ allein durch die Zurechnung der abweichenden wirtschaftlichen Interessen eines herrschenden Hintermannes zum „herrschenden“ Unternehmen werden können.¹⁰⁹ Dem steht aber entgegen, dass es grundsätzlich keine „umgekehrte Zurechnung“ von hinten nach vorne gibt (→ Rn. 38). Die Konsortium ist das Beherrschungsmittel des Hintermannes. Die Konsortial-GbR erscheint dementsprechend nicht als herrschendes Unternehmen, sondern als vom Konsorten beherrschtes. Zwar ist das Trennungsprinzip zwischen Gesellschafter und Gesellschaft bei teilrechtsfähigen Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit weniger stark ausgeprägt als bei Kapitalgesellschaften. Dennoch sollte man die bloße Mehrheitsmacht innerhalb der GbR nicht *per se* für einen Zurechnungsdurchgriff bezüglich abweichender Interessen von Gesellschaftern ausreichen lassen, da hier die Treuepflichten Grenzen setzt, welche die Verfolgung bloßer Partikularinteressen zu Lasten der Gesellschaft bzw. des Gesellschaftszwecks verbieten. Nur wenn die GbR sich die abweichenden wirtschaftlichen Interessen eines oder mehrere herrschender Gesellschafter genuin zu eigen

¹⁰¹ Grds wie hier K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 39 ff.; Hensler/Strohn/Maier-Reimer § 15 Rn. 10.

¹⁰² Dazu Großkomm AktG/Windbichler Rn. 44 ff.; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 66 ff. sowie Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 18a ff.

¹⁰³ Das Argument beruhte nicht etwa auf der (zumal unterschiedlichen) Familienzugehörigkeit oder auf dem Koordinierungsbedarf an sich, sondern darauf, dass man unterstellte, dass der faktische Koordinierungszwang in den drei Gesellschaften im Außenverhältnis gegenüber der abhängigen Gesellschaft zu einem koordinierten Auftreten geronnen sein würde.

¹⁰⁴ Das entspricht der Lage bei § 16 Abs. 4, → § 16 Rn. 16; wie hier Emmerich/Habersack/Emmerich Rn. 19; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 67 („auch der Treugeber als Unternehmen“), ebenso → Rn. 69 aE.

¹⁰⁵ Ebenso K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 40; Grigoleit/Grigoleit Rn. 22 und 24.

¹⁰⁶ Siehe § 17 ab → Rn. 24; BGHZ 62, 193 (199).

¹⁰⁷ OLG Köln ZIP 2001, 2089 (2091) = AG 2002, 89 = DB 2002, 420; zust. K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 63; Grigoleit/Grigoleit Rn. 24.

¹⁰⁸ Nur solche können nach zutr hM Unternehmen sein (→ Rn. 42). Freilich sind Konsortien entgegen der hM in aller Regel als Außengesellschaften anzusehen (→ Rn. 41).

¹⁰⁹ K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 63; Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 69; wie hier dagegen MHdB GesR III/Decher/Kiefner § 67 Rn. 33.

gemacht hat,¹¹⁰ sollte sie selbst zum herrschenden Unternehmen iS. der §§ 15 ff. werden. Dafür spricht auch die Erwägung des OLG Hamm gegen die Unternehmenseigenschaft von als Innengesellschaft konstruierten Konsortien, „weil sich die Berichtspflicht gem. § 312 AktG gerade auf die unternehmerischen Beziehungen zum herrschenden Unternehmen erstrecken muss, während das Konsortium selbst in einem solchen Fall gar nicht in anderer Weise wirtschaftlich tätig wird, so dass sich die Abhängigkeitsberichte in solchen Fällen regelmäßig in Negativtesten erschöpfen würden.“¹¹¹ Diese Erwägung spricht zugleich für eine Begrenzung der **wechselseitigen Zurechnung** zwischen den Konsorten. In Entsprechung der Grundsätze gemeinschaftlicher Herrschaft (→ § 17 Rn. 15 ff.), wo die ungenügenden Herrschaftsanteile der einzelnen Partner wechselseitig zugerechnet werden, muss es einem herrschenden Konsorten nämlich auch zugerechnet werden, wenn sich seine Herrschaft nur aus dem Zusammenspiel mit weiteren unternehmerischen oder nicht-unternehmerischen Konsorten ergibt. Diese wechselseitige Zurechnung der Stimmkraft bei horizontalem Einfluss müsste wiederum auch die abweichenden wirtschaftlichen Interessenbindungen erfassen und damit die nicht-unternehmerischen Aktionäre zu Unternehmen emporheben, weil sie über das Konsortium das eine Unternehmen beherrschen, während sie kraft der Zurechnung über eine abweichende wirtschaftliche Interessenbindung verfügen.¹¹² Das ist aber mit Blick auf die Haftungsfolgen allenfalls dann sachgerecht, wenn das anderweitige wirtschaftliche Interesse des Mitherrschers auch tatsächlich ihre Handlungen mitbeeinflussen wird (→ § 17 Rn. 18).¹¹³ Die „ernsthafte Sorge nachteiligen Einflusses“ durch die anderweitige Interessenbindung (→ Rn. 23 aE) erscheint hier als das geeignete Kriterium, um die Folgen der umfassenden wechselseitigen Zurechnung einzugrenzen. So können anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen einzelner der gemeinschaftlich herrschenden Konsorten sicher nicht dazu führen, alle im Konsortium verbundenen Gesellschafter diesen Interessen zu unterwerfen. Vorweg scheidet eine Zurechnung außerdem aus, wenn lediglich ein oder mehrere nicht-unternehmerische Aktionäre das Konsortium beherrschen. Eine Zurechnung abweichender wirtschaftlicher Interessen anderer von ihnen dominierter Aktionäre ist nicht angezeigt, da diese sich auf die Unternehmensleitung nicht auswirken können. Eine Zurechnung findet auch dann nicht statt, wenn, wie offenbar im Fall des OLG Köln, niemand beständige Herrschaftsmacht auf sich vereinigt. Jedoch sollte man entgegen dem OLG Köln nicht generell erfordern, dass der Konsorte das Konsortium beherrschen muss. Vielmehr muss im Zeichen der abstrakten Gefährlichkeit (→ Rn. 21) zur Zurechnung des anderweitigen Interesses ausreichen, wenn ein Konsorte **maßgeblich** beteiligt ist, also zB den größten Anteil hält, ohne notwendig die Mehrheit der Mehrheit zu erreichen. Dann liegt schon sehr nahe, dass er das Konsortium dominieren kann. Für die Maßgeblichkeit kommt es hier auf das relative Gewicht im Konsortium an (vgl. demgegenüber → Rn. 27). Zu eng erscheint auch die Auffassung des OLG Hamm, die in einer GbR verbundenen Konsorten würden nur dann (jeweils jeder für sich) zum Unternehmen, wenn sie *im Verbund* anderweitige wirtschaftliche Interessen verfolgen.¹¹⁴ Das wäre eher ungewöhnlich und kann die potentiellen Gefahren nicht hinreichend erfassen.

35 Eine Zurechnung der anderen wirtschaftlichen Interessenbindungen kann auch über eine Treuhandkonstruktion begründet werden, die zur Unternehmenseigenschaft des Treugebers führt, zB die des Erben bei Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker. Auch kommt die Zurechnung einer anderen wirtschaftlichen Interessenbindung in Betracht, wenn ein Hintermann das wirtschaftliche Risiko eines persönlichen haftenden Gesellschafters übernimmt, was bei Gestaltungen zur Vermeidung der Publizitätspflicht (s. § 264a Abs. 1 HGB) vorkommen mag. Sie führt aber nicht zur Unternehmenseigenschaft, wenn sich die eigenen wirtschaftlichen Interessen des Hintermannes ausschließlich auf dieselbe Personengesellschaft beziehen.

36 **cc) Einschränkung der Zurechnung bei mehrstufiger Beteiligung.** Die mittelbare Zurechnung einer anderweitigen wirtschaftlichen Interessenbindung über die Herrschaftsmittel der §§ 16, 17 kann nicht über das beherrschte Unternehmen selbst führen.¹¹⁵ Diese Einschränkung der Zurechnung hat der BGH unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 4 zutreffend erfasst. Sāhe

¹¹⁰ So liegt es etwa in den Fällen, wo Gesellschaften oder Konsortien mit gleichem Mitgliederkreis anderweitige wirtschaftliche Tätigkeiten durchführen bzw. Beteiligungen verwalten, Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 69. Ähnlich Grigoleit/Grigoleit Rn. 24.

¹¹¹ OLG Hamm NZG 2001, 563 (565) = AG 2001, 146 = ZIP 2000, 2302. Freilich sollte man Stimmrechtskonsortien wegen ihres auf Außenwirkung gerichteten Zwecks in aller Regel als Außengesellschaften ansehen (→ Rn. 41).

¹¹² Grds ebenso K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 67; Klosterkemper S. 134 ff.

¹¹³ Ähnliche Einschränkung bei K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 67.

¹¹⁴ OLG Hamm NZG 2001, 563 (565) = AG 2001, 146 = ZIP 2000, 2302.

¹¹⁵ BGHZ 148, 123 (127); K. Schmidt/Lutter/J. Vetter Rn. 51; für einfache Mehrstufigkeit (Hauptgesellschaft – Mutter – Tochter) auch Kölner Komm AktG/Koppensteiner Rn. 29. Zur Bedeutung für Holdingstrukturen → Rn. 39.