HEINZ KEINERT

Vereinskonzern

facultas

Heinz Keinert

Vereinskonzern

facultas

E-Mail des Autors:
heinz.keinert@jku.at

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung des Autors oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2017 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas Universitätsverlag, 1050 Wien
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung
und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.
Druck: Facultas AG
Printed in Austria
ISBN 978-3-7089-1572-2

Vorwort

2013 ist das Sammelwerk „Der große Verein. Festschrift für Walter Melnizky zum 85. Geburtstag“ erschienen, herausgegeben vom Österreichischen Automobil-, Motorrad- und Touring Club ÖAMTC, zu Ehren seines langjährigen Präsidenten und Ehrenpräsidenten. Im Gefolge diese Themenbands, zu dem auch der Autor des vorliegenden Werks einen Beitrag geleistet hatte, sind Gespräche über Rechtsfragen des Großvereins nicht abgerissen. Sie haben den Anstoß gegeben, sich mit einer in Österreich bis dahin völlig vernachlässigten Thematik vertieft zu befassen, die in der Rechtswirklichkeit des (sehr) großen Vereins schon seit längerem auftritt: dem *Vereinskonzern.*

Anders als in Deutschland, wo sich sogar ausführliche neuere Monographien zu diesem Thema finden, gab es bis vor ganz kurzer Zeit in Österreich nur einige Stellungnahmen, welche die *Zulässigkeit* eines Konzerns mit einem Verein an der Spitze *voraussetzen* (vor allem einen unveröffentlichten Vortrag von *Michael Bartl* sowie einen Aufsatz von *Saria* aus 2016). Erst nach Fertigstellung der hier vorliegenden Untersuchung ist der Sammelband „Konzernrecht“, herausgegeben von *Haberer/Krejci* (Herbst 2016) erschienen, der auch ein Kapitel „Der Verein als Konzernbaustein“ von *Krejci* enthält. Erfreulicherweise wird auch dort die Zulässigkeit eines Konzerns mit einem Verein als herrschendem Unternehmen für statthaft erachtet, allerdings offenbar auch nicht für näher begründungsbedürftig (vgl hier Kapitel A). Wichtige Inhalte jenes Sammelwerks konnten vor Drucklegung dieser Kurzmonographie noch berücksichtigt werden, zumal sich die Ergebnisse auch im einzelnen weithin mit den hier erarbeiteten decken.

Der erste Teil dieser Untersuchung *(Kapitel A)* stellt *Grundüberlegungen* zum Vereinskonzern an, vorrangig einem solchen mit dem Verein als *Obergesellschaft* (insbesondere mit Kapitalgesellschaften als Tochterunternehmen). Zunächst wird erörtert, ob ein Vereinskonzern nach österreichischem

Recht prinzipiell *zulässig* ist; dies wird (erstmals) näher begründet. Es folgen die *Voraussetzungen,* vor allem das Problem der „Unternehmereigenschaft“ sowie die Anwendung der Varianten des Konzerntatbestands nach den §§ 15 AktG/115 GmbHG auf die *Besonderheiten* des Vereins als leitenden Unternehmens.

Obwohl damit der Vereinskonzern auch für das österreichische Recht als endgültig etabliert gelten darf, bleibt für die Lösung von Grund- wie von Detailfragen viel zu tun. Ich selbst versuche, immerhin zur Klärung zweier zentraler Problemkomplexe beizutragen (welche beide bei *Krejci* unbehandelt bleiben):

- zum einen zur *Konzernleitungspflicht,* speziell des Vereins als herrschenden Unternehmens, sowie kurz zu dessen Pflicht zur Konzern*überwachung*; dabei werden wesentliche *Unterschiede* gegenüber dem Aktienkonzern herausgearbeitet (in der vorliegenden Kurzmonographie *Kapitel B,* insbesondere II);

- zum anderen zu den Problemen und Gefahren von *Doppel-* und *Mehrfachmandaten,* namentlich solchen in Geschäftsführungsorganen auf mehreren Konzernebenen. Diesen praktisch sehr wichtigen Problembereich behandle ich ausführlich in einer weiteren Monographie, die aus der vorliegenden Untersuchung herausgewachsen ist („Interessenkonflikte durch Organverflechtungen. Namentlich im Konzern bei AG, GmbH, Genossenschaft und Verein“, 2017; ebenfalls bei facultas).

- Darüber hinaus habe ich mich an anderer Stelle, nämlich in einer parallel zu diesem Forschungsprojekt entstandenen und im selben Verlag publizierten dritten Monographie ausführlich mit den „*Informationspflichten* des Leitungsorgans eines Vereins gegenüber den Mitgliedern“ (gleichfalls 2017) beschäftigt. Zusätzlich zur Erörterung für den Verein ganz *allgemein* gilt auch dort besonderes Augenmerk dem großen Verein und dem *Vereinskonzern.* Diese Konstellation wird daher dort nicht bloß bei der Konkretisierung der Berichtspflichten nach § 20 VerG entsprechend berücksichtigt, also über Beteiligungsgesellschaften eines herrschenden Vereins, sondern auch im Zu-

sammenhang anderer Informationspflichten sowie deren Grenzen.

Eine ausführliche, zusammenhängend lesbare Gesamtschau der reichhaltigen Ergebnisse beschließt diese Kurzmonographie.

Bad Leonfelden, Ostern 2017 *Heinz Keinert*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 7
Inhaltsübersicht 11
Literaturverzeichnis 19
Abkürzungsverzeichnis 25

A. Grundüberlegungen zum Vereinskonzern 29

I. Hauptfrage: Möglichkeit eines Vereinskonzerns in Österreich? 29

II. Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ 33
1. Grundsätzliches 33
2. Unternehmen/Unternehmer nach UGB (KSchG) 34
   a. Kostendeckung auf dem Markt 34
   b. Gegenstück 35
   c. Strenge Betrachtung beim Verein 35
   d. Flexiblere Betrachtung beim Verein 36
3. Spezifisch konzernrechtlicher Unternehmensbegriff 37
   a. Österreichische herrschende Meinung: Weitgehende Folgenlosigkeit des Tatbestandsmerkmals „Unternehmen“ 37
      aa. Beschränkte normative Bedeutung 37
      bb. Stufenweiser Bedeutungsverlust 38
   b. Deutschland 40
4. Teleologische Auslegung auch des Konzernbegriffs insgesamt 42
   a. Methodischer Ansatz 42
   b. Anwendungsfälle der Rechtsprechung 42
5. Eigene Stellungnahme und Anwendung auf den (österreichischen) Vereinskonzern 43

III. Konzerntatbestand nach § 15 AktG/ § 115 GmbHG 45

1. Verschiedene Konzernbegriffe. Einheitlicher Begriff im AktG/GmbHG....45
2. § 15 Abs 1 AktG: Tatsächliche einheitliche Leitung....47
3. § 15 Abs 2 AktG: Abhängigkeit/beherrschender Einfluss, insbesondere aufgrund Beteiligung....50
a. Herrschende Meinung: Widerlegbare Konzernvermutung....51
b. Bloße Beherrschungsmöglichkeit genügt....51
c. Mögliche Beherrschungsinstrumente....52
d. „Vermutungskette“....55
e. Vereinskonzern im besonderen....56

B. Konzernleitungspflicht und Konzernüberwachung beim herrschenden Verein....57

I. Konzernleitungspflicht des Geschäftsführungsorgans in Deutschland....57
1. Deutsches Aktienrecht....57
a. Grundsatz....57
b. Intensität (Dichte) der Leitungspflicht: Nach herrschender Meinung bloße „Oberleitung“....58
c. Fazit....59
2. Übertragbarkeit auf den (deutschen) Vereinskonzern....59

II. Anwendbarkeit auf das österreichische Recht, insbesondere Konzernleitungspflicht im Vereinskonzern....61
1. Konzernleitungspflicht bei *Kapital*gesellschaften....61
a. Grundsatz....61
b. Bandbreite der Konzernleitungspflicht....63
c. Maßgebliche Bedeutung des Gesellschaftszwecks und des Statuts....66
2. Übertragbarkeit auf den (österreichischen) Verein?....67
a. Vereinszweck als Leitstern....67
b. Beteiligungen als Vereinsvermögen....68

c. Namentlich: bei Anteilsmehrheit 69
d. Folgerung: Gebot einheitlicher, nicht jedoch „straffer“ Leitungspflicht in den wichtigsten Bereichen („Oberleitung“) 69
3. Entsprechend: Mindestinhalt einer (bloßen) Konzern*ober*leitungspflicht 72
a. Konzernorganisation 72
b. (Strategische) Planung 74
c. Finanzbereich 74
d. Informationswesen 75
e. Steuerung und Überwachung 76
f. Rechnungswesen 77
g. Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit 78
h. Weitere Bereiche 78
i. Konzernrichtlinien 78
4. Satzung und Vereinszweck 79
5. Praxisbeispiele 80

III. Konzernüberwachungspflicht (des Geschäftsführungs sowie des Kontrollorgans) 81
1. Grundsatz 81
2. Besonderheiten im Vereinskonzern 82
3. Aufsichtsorgan im besonderen 82

IV. Anhang: Konzerninterne Organverflechtungen. Namentlich: Bewältigung von Interessenkonflikten 84

C. Ergebnisse 85

I. Grundüberlegungen zum Vereinskonzern 85
1. Hauptfrage: Möglichkeit eines Vereinskonzerns in Österreich? 85
a. Meinungsstand 85
b. Eigene Ansicht 85
2. Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ 86

a. Unternehmen/Unternehmer nach UGB (KSchG) 86
b. Spezifisch konzernrechtlicher Unternehmensbegriff 87
c. Teleologische Auslegung auch des Konzernbegriffs insgesamt 89
d. Eigene Stellungnahme und Anwendung auf den (österreichischen) Vereinskonzern 89
3. Konzerntatbestand nach § 15 AktG/ § 115 GmbHG 90
a. Verschiedene Konzernbegriffe. Einheitlicher Begriff in AktG/GmbHG 90
b. Tatsächliche einheitliche Leitung (§ 15 Abs 1 AktG/§ 115 Abs 1 GmbHG) 91
c. Abhängigkeit/beherrschender Einfluss, insbesondere aufgrund Beteiligung (§ 15 Abs 2 AktG/§ 115 Abs 2 GmbHG) 92

II. Konzernleitungspflicht und Konzernüberwachung beim herrschenden Verein 95

1. Konzernleitungspflicht des Geschäftsführungsorgans in Deutschland 95
a. Deutsches Aktienrecht 95
b. Übertragbarkeit auf den (deutschen) Vereinskonzern 96
2. Anwendbarkeit auf das österreichische Recht, insbesondere Konzernleitungspflicht im Vereinskonzern 96
a. Konzernleitungspflicht bei österreichischen Kapitalgesellschaften 96
aa. Grundsatz 96
bb. Bandbreite der Konzernleitungspflicht 97
cc. Maßgebliche Bedeutung des Gesellschaftszwecks und des Statuts 98
b. Übertragbarkeit auf den (österreichischen) Verein 98
aa. Vereinszweck als Leitstern 99
bb. Beteiligungen als Vereinsvermögen 99

cc. Namentlich bei Anteilsmehrheit 99
dd. Folgerung: Gebot einheitlicher, nicht jedoch „straffer“ Leitungspflicht in den wichtigsten Bereichen („Oberleitung“) 100
c. Entsprechend: Mindestinhalt einer (bloßen) Konzernoberleitungspflicht 101
d. Satzung und Vereinszweck 103
e. Praxisbeispiele 103
3. Konzernüberwachungspflicht (des Geschäftsführungs- sowie des Kontrollorgans) 104
4. Anhang: Konzerninterne Organverflechtungen, namentlich Bewältigung von Interessenkonflikten 105

Sachverzeichnis 107

A. Grundüberlegungen zum Vereinskonzern

I. Hauptfrage: Möglichkeit eines Vereinskonzerns in Österreich?

1. Ein gesetzlich normiertes *materielles* Konzernrecht besitzt Österreich nur rudimentär, vor allem in Gestalt der Konzerndefinition für die beiden *Kapitalgesellschaften* AG und GmbH (§ 15 AktG und, wortgleich, § 115 GmbHG). Das UGB enthält ein Konzern*rechnungslegungs*recht, gleichfalls nur für Kapitalgesellschaften als Mutterunternehmen (mit Konzernabschluss und Konzernlagebericht; §§ 244 ff UGB).

2. Neben diesen Regelungen für die beiden Kapitalgesellschaften lässt sich dem Recht der *Genossenschaft* seit jeher jedenfalls die Möglichkeit von *Beteiligungen* „an juristischen Personen des Unternehmens-, des Genossenschafts- und des Vereinsrechts sowie an unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaften" (also offener Gesellschaft/Kommanditgesellschaft) entnehmen, „wenn diese Beteiligung der Erfüllung des *satzungsmäßigen Zwecks* der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgnissen der Einlage dient" (§ 1 Abs 2 GenG) und diese Möglichkeit im Statut vorgesehen ist (§ 5a Abs 1 Z 2 GenG).

Seit 2005 erstreckt darüber hinaus § 22 Abs 5 GenG ausdrücklich die Regeln für die Konzernrechnungslegung auf den Fall, dass Mutterunternehmen eine Genossenschaft ist.

Damit besteht jedenfalls die Möglichkeit der Entstehung eines *„Genossenschaftskonzerns"* mit der Genossenschaft als herrschendem Unternehmen, nicht aber als beherrschtem, da solches den genossenschaftlichen Grundsätzen widerspräche (insbesondere dem genossenschaftlichen Förderauftrag und der Genossenschaftsautonomie)[1].

[1] Siehe bereits eingehend *Keinert,* Aktuelle Rechtsprobleme des Genos-

3. *Offen* ist hingegen für das österreichische Recht, ob auch ein *„Vereinskonzern"* möglich ist.

Für das *deutsche* Recht wird dies grundsätzlich bejaht – was sich auch in mehreren Monographien zu diesem Thema niederschlägt[2] –, und das, obwohl § 21 BGB dies für den Verein erheblich zu erschweren scheint. Denn der Vereinszweck darf „nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet" sein[3]. Die Umschreibung des Konzernbegriffs im deutschen Recht (§§ 15 ff dAktG) entspricht weitestgehend der österreichischen, wobei Deutschland freilich seit der großen Aktienrechtsreform 1965 ein ausgebildetes materielles Konzernrecht besitzt. Ungeachtet der weit eingehenderen Regelung deckt sich § 18 dAktG („Konzern und Konzernunternehmen") im Kern jedoch nach wie vor mit dem Inhalt des österreichischen § 15 AktG. – Ebenso ist übrigens auch in Deutschland die Möglichkeit der Genossenschaft anerkannt, sich im Rahmen ihres jeweiligen Förderauftrags für ihre Mitglieder als herrschendes Unternehmen an Unternehmensverbindungen zu beteiligen (während ihre Unterordnung im Konzern oder die Begründung einer Abhängigkeit zu Recht als bedenklich angesehen werden)[4].

Für Österreich fehlte bisher (vgl aber hier unten 5!), soweit ersichtlich, eine Auseinandersetzung über die grundsätzliche Zulässigkeit eines Vereinskonzerns[5].

---

senschaftsverbunds, einschließlich Kartell-, Konzern- und Kapitalaufbringungsfragen (1992) 44 ff; *Keinert,* Primärgenossenschaft als beherrschtes (abhängiges) Konzernunternehmen? ecolex 1992, 331. Vgl weiters jüngst *van Husen,* Die Genossenschaft als Konzernbaustein, in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz 3.14 mwN.

[2] *Leuschner,* Das Konzernrecht des Vereins (2011); *Sprengel,* Vereinskonzernrecht. Die Beteiligung von Vereinen an Unternehmensverbindungen (1998).

[3] Dazu hier unten II.

[4] Etwa *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs,* Genossenschaftsgesetz § 1 Rz 57 f.

[5] Der jüngst erschienene Aufsatz von *Saria,* Repräsentation und Vertretung von Vereinen im Vereinskonzern, GeS 2016, 101 (101, 110 f) setzt ohne Begründung die Zulässigkeit einfach voraus. Schon vorher ist Gleiches aus einem unveröffentlichten Vortrag von *Michael Bartl* hervorgegangen. – Nicht zufällig kommt im eingehenden Sachverzeichnis des Standardwerks von *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer* das Schlagwort „Kon-

4. ME spricht *nichts* dagegen, wie in Deutschland die für Kapitalgesellschaften entwickelten Konzerngrundsätze auch in Österreich dann *entsprechend* anzuwenden, wenn als Obergesellschaft ein Verein fungiert.

Dafür lassen sich vor allem folgende Gründe geltend machen:

a. Primär ist der Konzernbegriff unbestritten *rechtsformneutral*[6]. Das zeigt schon die allgemeine Konzerndefinition des § 15 AktG (§ 115 GmbHG). Insbesondere der Begriff des „Unternehmens“[7] umfasst an sich jegliche Rechtsform; auch Einzelunternehmen und sogar solche, die in Form nicht rechtsfähiger Personengesellschaften betrieben werden[8], können prinzipiell Teil eines Konzerns sein.

Aufgrund dieser Rechtsform*un*abhängigkeit ist die Beteiligung eines Vereins an einem Konzern, insbesondere als herrschendes Unternehmen, nicht verwehrt.

b. Außerdem stünde einer *Analogie* zu den Kapitalgesellschaften sowie zur Genossenschaft nichts entgegen; im Gegenteil: Aus dem Fehlen eines ausgeformten materiellen Konzernrechts in Österreich lässt sich sogar größere diesbezügliche Flexibilität erschließen als im deutschen Recht, welches ja den Konzern eingehend regelt.

c. In dieselbe Richtung weist schließlich die weitestgehende *Gestaltungsfreiheit* beim Verein (vgl § 3 Abs 1 VerG)[9].

5. Erst nach Fertigstellung dieser Untersuchung ist das umfangreiche Sammelwerk „Konzernrecht“ erschienen[10]. Er-

---

zern“ nicht vor, geschweige denn „Vereinskonzern“.

[6] Für Deutschland: *Bayer* in Münchener Kommentar zum AktG I § 15 Rz 16 mwN.

[7] Siehe hier unten II.

[8] Ebenso für Deutschland *Bayer* (siehe soeben) § 15 Rz 16 mwN (unternehmerisch tätige BGB-Gesellschaft).

[9] Dazu etwa *Keinert,* Mitgliederversammlung des Vereins (2012) 3 f mwN.

[10] Haberer/Krejci (Hrsg), Konzernrecht (2016).

freulicherweise findet sich darin auch ein Kapitel „Der Verein als Konzernbaustein“, in welchem *Krejci* gleichfalls den in dieser Monographie näher begründeten Standpunkt vertritt.

Allerdings hält auch *Krejci*[11] sich nicht lange auf mit der Begründung der *Zulässigkeit* eines Vereinskonzerns an sich: Ein „spezielles Vereinskonzernrecht“ und „spezifische Vereinskonzerntatbestände“ kenne die österreichische Rechtsordnung nicht; allein das bedeute immerhin, dass die Bildung eines Vereinskonzerns „nicht verboten“ sei. Ein generelles Hindernis könne nur dann entstehen, falls das Vereinsrecht „vorweg schon dem Betrieb eines Unternehmens“ entgegenstünde (an diesem Kriterium hält *Krejci* fest; dazu unten II). Die Zulässigkeit von *Vereins*verbindungen deute das VerG immerhin an durch die Anerkennung von Haupt- mit Zweigvereinen, sowie von Verbänden und Dachverbänden (siehe § 1 Abs 4 und 5 VerG). Über eine Unterwerfung etwaiger *unternehmerischer* Vereinstätigkeiten unter eine „einheitliche wirtschaftliche Leitung“ – womit auf die Konzerndefinition nach § 15 AktG/§ 115 GmbHG angespielt wird – sage dies jedoch nichts aus.

Ob damit immerhin eine Rolle als herrschender Verein in einem Konzern als zulässig anerkannt werden soll, ist nicht ganz klar.

Obwohl sie demnach die Zulässigkeitsfrage letztlich in Schwebe lässt, fährt die Darstellung sogleich fort mit der Erörterung möglicher Konzerngestaltungen (etwa eben mit einem Verein als Konzernspitze!) und den daraus sich ergebenden Problemen, etwa der Art des Zustandekommens, der Beendigung, oder der *Grenzen* der Zulässigkeit[12].

In der Folge geht die Erörterung umgehend auf konkrete Fragen ein, insbesondere die Vorfrage der Zulässigkeit eines Betreibens von *Unternehmen.*

---

[11] *Krejci* in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 4.9, 4.44.

[12] *Krejci* (ebendort) Rz 4.10 ff. In Rz 4.11 wird nochmals speziell für den „klassischen Konzern, der am Betrieb von Unternehmen anknüpft“, unter anderem die *Frage* der Zulässigkeit der Bildung eines Konzerns entsprechend § 15 AktG/§ 115 GmbHG ausgesprochen – jedoch ohne Antwort. Die Rede ist auch von „komplexen Analogieproblemen“ (Rz 4.12).

Die Statthaftigkeit der Konzernbildung wird im Ergebnis somit letztlich auch bei *Krejci* im wesentlichen bloß *vorausgesetzt,* aber nicht eigentlich begründet.

II. Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“

1. Grundsätzliches

a. Nach dem Gesetzeswortlaut setzt ein Konzernverhältnis die Eigenschaft aller Beteiligten als „rechtlich selbständige *Unternehmen*“ voraus (§ 15 AktG, § 115 GmbHG).

Ebenso ist in *Deutschland* etabliert, dass „beherrschender Einfluss“ im Rechtssinn (§ 17 dAktG) sowie ein Konzernverhältnis (dort § 18) nur zwischen Unternehmen bestehen können. Nur dann sei somit Konzernrecht anwendbar[13].

Was den Terminus „Unternehmen“ betrifft, so ist hiermit nach österreichischem wie nach deutschem Recht in Wahrheit der *Rechtsträger* dieses Unternehmens gemeint[14]. Die Frage geht somit dahin, ob dessen Inhaber beherrschenden Einfluss hat.

b. Voraussetzung einer – wenigstens entsprechenden – Anwendung konzernrechtlicher Regeln bleibt somit grundsätzlich die Eigenschaft sämtlicher Beteiligten als Unternehmen/ Unternehmer. Im Zusammenhang eines Vereinskonzerns betrifft das demnach sowohl die Gesellschaften, an welchen der herrschende Verein beteiligt ist, als auch diesen selbst. Während aber die Unternehmereigenschaft der Tochtergesellschaften meistens von vornherein außer Frage stehen wird, erscheint sie häufig bei einem Verein als Obergesellschaft nicht

---

[13] Zahlreiche Nachweise bei *Leuschner,* Konzernrecht des Vereins 66 (kurz zusammengefasst dort 74).

[14] Etwa *Koppensteiner* in Kölner Kommentar AktG § 15 Rz 16; *Koppensteiner/Rüffler,* GmbHG § 115 Rz 7; *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG I § 15 Rz 11.

selbstverständlich.

Maßgebend ist daher, *welcher* Unternehmensbegriff hier zugrunde zu legen ist: der allgemeine nach *UGB* (und KSchG; hier unten 2), oder ein *eigener,* konzernrechtlich geprägter Unternehmensbegriff (unten 3)?

2. Unternehmen/Unternehmer nach UGB (KSchG)

„Unternehmen" im Sinn des § 1 Abs 2 UGB (und schon zuvor des § 1 Abs 2 KSchG) ist „jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger *wirtschaftlicher* Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn ausgerichtet sein". Bei einem Verein als Obergesellschaft stehen regelmäßig zwar das Vorliegen einer entsprechenden „Organisation" sowie die Dauerhaftigkeit außer Frage, nicht hingegen dasjenige einer *eigenen wirtschaftlichen* Tätigkeit.

a. Kostendeckung auf dem Markt

Während nach deutschem Recht ein ideeller Verein laut § 21 BGB „nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet" sein darf, kann er nach österreichischem Recht seit jeher auch Unternehmer sein[15]. Seine wirtschaftliche Tätigkeit muss sich nur im Rahmen des sogenannten „Nebentätigkeitsprivilegs" (Nebenzweckprivilegs) halten, das heißt sie muss dem ideellen Vereinszweck untergeordnet sein und lediglich *dessen* Erreichen dienen[16], nicht aber der Gewinnausschüttung oder einem sonstigen unmittelbaren Vermögenserwerb durch die Mitglieder oder Dritte[17].

Der weitere Unternehmensbegriff des UGB (und entspre-

---

[15] Siehe etwa schon Korinek/Krejci (Hrsg), Der Verein als Unternehmer (1988); nach UGB: *Keinert,* Das neue Unternehmensrecht (2006) Rz 8 (mit den Beispielen Rotes Kreuz und ÖAMTC).

[16] *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer,* Das Recht der Vereine[5] (2016) 225 ff mwN.

[17] Mit ähnlicher Akzentuierung vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer,* VerG § 1 Rz 32 ff sowie *Krejci* in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 4.3 f und 4.24 ff.

chend des § 1 Abs 2 KSchG) bestätigt dies: Generell verfolgen Unternehmen den Zweck, auf dem *Markt* wirtschaftlich werthafte Leistungen anzubieten, gegen ein *zumindest* auf *Kostendeckung* zielendes Entgelt, somit als selbständige Erwerbstätigkeit[18].

b. Gegenstück

Im Gegensatz dazu *verzichten* Non-Profit-Organisationen jedenfalls auf ein kostendeckendes Entgelt, benötigen daher zusätzlich anderweitige Finanzierungen, etwa durch Mitgliedsbeiträge, Spenden oder Subventionen; insoweit sind sie also *keine* Unternehmen. Allerdings könnten sie in einem *Teil*bereich ihrer Tätigkeit wirtschaftliche *Unternehmen* führen (sogar gewinngerichtete, ohne damit jedoch die Kosten ihrer eigenen Tätigkeit decken zu können)[19].

c. Strenge Betrachtung beim Verein

In strenger Betrachtung schiene beispielsweise ein Autofahrerclub den Unternehmensbegriff nach UGB eher *nicht* zu erfüllen:

Zwar bietet er wirtschaftlich werthafte Leistungen an (namentlich stationäre Pannenhilfe, Prüfdienste). Dies tut er aber weder auf dem *Markt* im Sinn von „allgemeinem Markt“[20], sondern nur gegenüber seinen Mitgliedern. Noch zielen die Entgelte, soweit solche von den Mitgliedern verlangt werden (bei Autofahrerclubs etwa für Kfz-Prüfungen usw), zumindest auf *Kostendeckung.* Vielmehr leisten die Mitglieder dann im allgemeinen lediglich Kosten*beiträge*, während ein erheblicher Teil des Aufwands aus Mitgliedsbeiträgen gedeckt wird.

---

[18] *Krejci,* Unternehmensrecht[5] (2013) 45/46 sowie in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 4.21 f. *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer,* Das Recht der Vereine[5] (2016) 227.

[19] Siehe *Krejci,* Unternehmensrecht 49 mwN sowie in Haberer/Krejci Rz 4.22.

[20] Diese engere Bedeutung verwendet anscheinend etwa *Krejci,* Unternehmensrecht 49.

d. Flexiblere Betrachtung beim Verein

Neuere Ansichten sehen allerdings beide Kriterien flexibler:

aa. Die *Kostendeckung* könne auch bestehen in einer *Kombination* von Mitgliedsbeitrag und zusätzlichem Entgelt. Genauer: Die Finanzierung dürfe nur nicht *überwiegend,* geschweige denn fast ausschließlich statt aus Leistungsentgelten gespeist werden aus Mitgliedsbeiträgen, Spenden, Subventionen oder ähnlichem[21].

Noch weitergehend soll sogar ausreichen, dass die Gegenleistung als Vergütung für die konkrete Leistung immerhin „ernst zu nehmen" sei, mag der Betrieb auch nur über Drittleistungen aufrecht zu erhalten sein[22].

bb. Was die Marktorientierung betrifft, so ist zwar unbestritten, dass die Leistungen auf einem *„öffentlichen Markt"* anzubieten sind. Einen solchen verlangt auch der OGH; auf die Größe komme es jedoch nicht an[23].

Im Schrifttum wird allerdings mitunter vertreten, bei einer *Vielzahl* an bereits bestimmten Bezugsberechtigten könne sich ein quasi „*innerer* Markt" herausbilden, mit diesen Bezugsberechtigten als „Marktgegenseite" (etwa: Vertriebsorganisation bei einer Buchgemeinschaft). Auch dies reiche für unternehmerische Tätigkeit aus[24].

Im besonderen bei *großen Vereinen,* etwa einem österreichweit tätigen Autofahrer- oder Buchclub, lasse die Vielzahl an Mitgliedern diese als Marktgegenseite erscheinen und erfordere eine entsprechende Vertriebsorganisation. Das mache den Verein zum Unternehmer[25].

Selbst nach dieser weitgehenden Ansicht würde somit je-

---

[21] *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer,* Das Recht der Vereine[5] (2016) 225, 227; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB § 26 Rz 39.
[22] So *Dehn* in Krejci, Reformkommentar § 1 UGB Rz 32, 53.
[23] OGH 18.4.2012, 3 Ob 34/12i ecolex 2013, 42.
[24] *Dehn* (siehe vorhin) Rz 28.
[25] *Dehn* (siehe vorhin) Rz 58.

doch für die Annahme einer Kerntätigkeit des Vereins in einer „kommerziellen Marktsituation“ nicht ausreichen, wenn der Verein eine wirtschaftlich relevante Tätigkeit ausübt und dafür auf Dauer eingerichtet ist sowie ein zusätzliches Entgelt für Leistungen verlangt[26]. Zumindest müsste noch ein gleichsam *„vereinsinterner“* Markt aufgrund sehr großer Mitgliederzahl hinzukommen.

cc. Kann man sich mit diesen gelockerten Auffassungen anfreunden, dann ließe sich unter den obigen Voraussetzungen sogar Unternehmereigenschaft nach *UGB* bejahen.

3. Spezifisch konzernrechtlicher Unternehmensbegriff

a. Österreichische herrschende Meinung: Weitgehende Folgenlosigkeit des Tatbestandsmerkmals „Unternehmen“

Die österreichische Gesellschaftsrechtslehre weist dem § 15 AktG (und § 115 GmbHG) nur geringe Bedeutung zu.

aa. Beschränkte normative Bedeutung

An diese Konzerndefinition knüpfe kaum eine materielle Regelung der wichtigsten Problembereiche eines Konzerns an. Ihre Hauptbedeutung liege vielmehr darin, dass durch sie implizit die *Zulässigkeit* eines Konzerns anerkannt werde; geht doch der Gesetzgeber (insofern sogar explizit) von der *Tatsache* des Bestehens von Konzernverhältnissen aus (etwa auch von der faktischen Ausübung von Leitungsmacht), *ohne* diese zu verbieten[27].

---

[26] So aber möglicherweise *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer,* Das Recht der Vereine[5] (2016) 225 und 227 („möglicher Anhaltspunkt für unternehmerische Tätigkeit“).

[27] *Doralt/Diregger* in Münchener Kommentar zum AktG V[4] (2015), ÖKonzernR Rz 13 mwN; *Doralt/Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I § 15 Rz 6, 20, 48 mwN. Vgl auch *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG I § 15 Rz 3 (im wesentlichen „System einer bloß faktischen Anerkennung

Die Rechtsprobleme von Unternehmensverbindungen seien daher ganz *überwiegend* mit Hilfe *allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundsätze* zu lösen – etwa dem Rückgriff auf die zwingende Organisationsstruktur einer AG, das Verbot der Einlagenrückgewähr und die Generalklauseln des Gleichbehandlungs- und des Treuegrundsatzes[28].

Das ziehe einen gewichtigen *Systemunterschied* gegenüber dem *deutschen* Konzernrecht nach sich: Dieses betrachte als konzernspezifische „Gefahrenquelle" das herrschende *Unternehmen* mit seinen Möglichkeiten, normiere folglich als Angelpunkt den Unternehmensbegriff. In *Österreich* dagegen seien jene allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien anzuwenden – *ohne* Unterschied, ob etwa ein beherrschender Gesellschafter (namentlich Aktionär) *selbst* Unternehmer sei[29]. Das zwar *historisch* mit dem deutschen Recht gemeinsame, nach österreichischem Recht hingegen weitgehend *folgenlose* Begriffsmerkmal „Unternehmen" *verdecke* lediglich diesen Unterschied. – Dass freilich umgekehrt eine tatsächliche Unternehmenstätigkeit mit entsprechenden unternehmerischen Interessen noch zusätzliche Sicherungen erfordere, werde hierdurch nicht ausgeschlossen.

bb. Stufenweiser Bedeutungsverlust

Im Ergebnis führt das dahin, dass – teilweise in starker Anlehnung an deutsche Meinungen[30] – aufgrund *teleologischer* Betrachtung der Unternehmensbegriff für den Konzern immer weniger wichtig, ja am Ende praktisch sogar irrelevant wird. Dieser Erosionsprozess des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals vollzieht sich in mehreren Stufen:

---

von Konzernen").

[28] Siehe die Nachweise bei *Doralt/Diregger* in Münchener Kommentar AktG, ÖKonzernR Rz 4; *Doralt/Diregger,* AktG § 15 Rz 8; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/931.

[29] Siehe die zahlreichen Nachweise bei *Doralt/Diregger* in Münchener Kommentar AktG, ÖKonzernR Rz 5; *Doralt/Diregger,* AktG § 15 Rz 9 (auch zum hier Folgenden) sowie Rz 42 („keine überragende Bedeutung").

[30] Vgl auch hier unten b.

Zunächst wird für Einzelfragen ausschließlich auf den immanenten *Zweck* der in Betracht kommenden (Konzern-)Regeln abgestellt[31]. Verweisen daher Normen auf die Definition des § 15 AktG, so könne auch extensive, ja analoge Anwendung auf Nichtunternehmer geboten sein[32]. Namentlich Minderheits- und Gläubigerschutz beruhe wie gesagt auf den *allgemeinen* Gesellschaftsrechtsprinzipien, insbesondere auf den Bindungen, denen jeder Gesellschafter und Organwalter unterliege[33].

Soweit derartige besondere Normzwecke fehlen, wird das Unternehmenserfordernis *reduziert* auf folgende Frage: Was ist zur *Herrschaftsausübung* (durch das beherrschende „Unternehmen“) erforderlich? Erkennbare unternehmerische *Organisation* oder, falls nicht vorhanden, wenigstens „unternehmerisches *Interesse*“[34].

Wenn es aber in Wahrheit um die „Art der Herrschaftsausübung“ gehe, dann könne es auch auf *diese* – wie ich sagen würde: minimale – Unternehmensqualität nicht mehr ankommen. Denn warum die Beherrschung durch einen unternehmerisch tätigen Rechtsträger typischerweise gefährlicher sein solle als diejenige durch einen Nichtunternehmer, sei nicht ersichtlich[35].

---

[31] Für das deutsche Recht siehe *Koppensteiner* in Kölner Kommentar AktG § 15 Rz 9 ff und vor allem 15 ff; weitere Nachweise bei *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG § 15 Rz 9.

[32] Vgl OGH als KOG 10.3.2003, 16 Ok 20/02 GesRZ 2003, 170 (Postbus AG; für kartellrechtliche Zusammenschlusskontrolle); siehe hierzu auch bereits 23.6.1997, 16 Ok 2/97 SZ 70/124 (Medienzusammenschluss: „wirtschaftlich planender und lenkender Einfluss auf die Unternehmensleitung“; demnach nur ausnahmsweise durch Minderheitsgesellschafter). *Doralt/Diregger* in AktG § 15 Rz 42.

[33] *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG § 15 Rz 9 mwN.

[34] Vgl die Nachweise schon bei *Krejci,* Gutachten 252 ff, insbesondere 255 f; vgl auch *Doralt/Diregger* in AktG § 15 Rz 42 (in der Regel werde es ausreichen, dass unternehmerische Interessen verfolgt werden, sogar bloß mittelbar, nämlich über weitere Beteiligungen); *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG § 15 Rz 10 mwN (mit zutreffendem Hinweis auf den darin liegenden Zirkelschluss).

[35] Siehe die Belege bei *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG § 15 Rz 10.