

Das „Unternehmen“ im Unionsrecht: Rechtsträger oder wirtschaftliche Einheit?

Akad. Rat Dr. ANTON ZIMMERMANN,
Wiss. Ass. VICTOR HABRICH,
Wiss. Ass. LAURA KORN,
und
Prof. Dr. MARC-PHILIPPE WELLER, Universität Heidelberg*

Inhaltsübersicht

ZGR 2023, 399–429

I. Einleitung	400
II. Der Unternehmensbegriff im deutschen Recht	402
III. Europäisches Gesellschaftsrecht	403
1. Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)	404
2. Gesellschaftsrechtsrichtlinie (GesRRL)	408
3. Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO)	409
4. (Gescheiterte) Konzernrechtsrichtlinie (KonzernRRL)	409
5. Zwischenergebnis	410
IV. Kartellrecht (Art. 101 f. AEUV)	410
1. Unternehmen im Kartellrecht	411
2. Rechtfertigung (nur) durch Besonderheiten des Kartellrechts	412
3. Zwischenergebnis	416
V. Datenschutzrecht (Art. 83 DSGVO)	416
1. Ausgangspunkt: Legaldefinition (Art. 4 Nr. 18 f. DSGVO)	416
2. Abweichende Lesart bei der Bußgeldbemessung nach Art. 83 DSGVO?	417
3. Zwischenergebnis	424
VI. Weitere Bereiche des Europäischen Wirtschaftsrechts	425
1. Europäisches Bilanzrecht (EU-Bilanz-RL)	425
2. Europäisches Kapitalmarktrecht (MiFID II und MAR)	426
3. Europäisches Insolvenzrecht (EuInsVO)	427
4. Lieferkettenregulierung: Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD-Entwurf)	428
VII. Ergebnisse in Thesenform	429

* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Wiss. Ass. Victor Habrich, Wiss. Ass. Laura Korn sowie Akad. Rat. Dr. Anton Zimmermann forschen und lehren am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Die Idee zu dem Beitrag entstand infolge einer Anfrage aus der Praxis zu einem verwandten Thema.

Der Unternehmensbegriff durchzieht das gesamte Wirtschaftsrecht der Europäischen Union. Als Dreh- und Angelpunkt kommt dem Begriffsverständnis, insbesondere in Haftungsfragen, überragende Bedeutung zu. Mangels einer ausdrücklichen, vor die Klammer gezogenen Begriffsbestimmung bedarf es einer gesonderten Analyse der einzelnen Teilrechtsgebiete. Dabei ergibt sich ein klares Bild. Außerhalb des Kartellrechts wird ein enger Unternehmensbegriff verwendet, der das Unternehmen mit der einzelnen juristischen Person bzw. Gesellschaft gleichsetzt. Allein im Kartellrecht ist der Unternehmensbegriff an der wirtschaftlichen Einheit orientiert – ausnahmsweise und nicht verallgemeinerbar.

The concept of an “undertaking” permeates the economic law of the European Union. It serves as a decisive pivotal point especially when it comes to questions of liability. In the absence of a generally applicable definition, each field of EU law in which the term is used must be individually analysed. These assessments draw a clear picture: Outside of EU competition law, the term “undertaking” is construed narrowly and solely refers to an individual legal entity or company. Only within the specific context of competition law, the concept of an “undertaking” is understood as an economic unit. However, this understanding of the term is not the rule but rather the exception and, thus, cannot be applied to other fields of EU law.

I. Einleitung

Das „Unternehmen“ ist ein Kernbegriff des Wirtschaftslebens. In rechtlicher Hinsicht ist er allerdings nicht so konturenscharf wie die Begriffe „Gesellschaft“ oder „juristische Person“. Dabei ist das Unternehmen ein zentraler Anknüpfungspunkt für rechtliche Fragestellungen aus verschiedenen Rechtsgebieten.¹ Namentlich im Unionsrecht erfüllt er eine wichtige Funktion: So hängen von Definition und Reichweite des Unternehmensbegriffs der Adressat von Rechten und Pflichten, die Reichweite der Haftung sowie die Höhe von Bußgeldern, die sich oft am Gewinn des „Unternehmens“ orientieren, ab.

Der EuGH hat mit seiner Rechtsprechung zum Kartellrecht für Furore gesorgt: Im Rahmen der Bußgeldbemessung sei der Unternehmensbegriff losgelöst von der konkret kartellbeteiligten (Konzern-)Gesellschaft zu verstehen²: Sofern die Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft bestimmenden Einfluss³ ausübte und beide Gesellschaften einheitlich am Markt auftreten⁴, erstreckte sich das Unternehmen auf die gesamte wirtschaftliche Einheit. Dies führt dazu, dass es für die Bemessung der Bußgeldhöhe nicht nur auf den Umsatz der ein-

1 Vgl. zum Begriff des „Internationalen Unternehmensrechts“ WELLER, ZGR 2010, 679, 682 ff.

2 EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536, Rdn. 59 – *Akzo Nobel and Others v Commission*.

3 Ausführlich dazu EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 – *Akzo Nobel and Others v Commission*.

4 EuGH, Urt. v. 6. 10.2021 – C-822/19, ECLI:EU:C:2021:800, Rdn. 41 – *Sumal*.

zelen kartellverstrickten (Konzern-)Gesellschaft, sondern weitergehend auf den des gesamten Konzerns ankommt.⁵

Inzwischen wird in der Literatur die Frage diskutiert, ob der weite kartellrechtliche Unternehmensbegriff auf andere Regelungsmaterien ausstrahlt.⁶ So ist etwa die Bußgeldbemessung bei datenschutzrechtlichen Verstößen in Art. 83 DSGVO missverständlich geregelt und wird daher teilweise im kartellrechtlichen Sinne verstanden.⁷ Folgte man dieser Ansicht, hätte dies zur Folge, dass sich Bußgelder in Reaktion auf Verstöße gegen die DSGVO nach dem Konzernumsatz und nicht nur nach dem Umsatz der konkret gegen die DSGVO verstoßenden Gesellschaft bemessen würden.

Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend verschiedene Regelungsmaterien des EU-Wirtschaftsrechts daraufhin analysiert werden, welchen Begriff des „Unternehmens“ (*undertaking*) das Unionsrecht verwendet. Dabei soll geprüft werden, ob sich aus ihnen ein allgemeiner unionsrechtlicher Unternehmensbegriff entwickeln lässt und welchen Inhalt ein solcher gegebenenfalls hätte.

Untersucht wird namentlich, ob ein Unternehmen rechtsträgerbezogen oder aber – vom konkreten Rechtsträger losgelöst – im Sinne einer rechtssubjektsübergreifenden wirtschaftliche Einheit zu verstehen ist. Die Begriffsklärung hat nach dem Prinzip der unionsrechtsautonomen Auslegung zuvörderst anhand konkreter Rechtssätze des primären und sekundären Unionsrechts zu erfolgen. Die *Tour d’horizon* beginnt mit der Zentralmaterie des Unionswirtschaftsrechts, dem Europäischen Gesellschaftsrecht und dem dortigen Begriffsverständnis (*unter III.*). Diesem wird die – abweichende – Interpretation im Kartellrecht gegenübergestellt (*unter IV.*), bevor sodann das Datenschutzrecht (*unter V.*), das Europäische Bilanz-, Kapitalmarkt- und Insolvenzrecht sowie die geplante Corporate Sustainability Due Diligence Directive analysiert werden (*unter VI.*). Zuvor soll jedoch zur Problemerkennung und als Vergleichsfolie der Unternehmensbegriff im deutschen Recht in Erinnerung gerufen werden (*unter II.*).

5 HEINRICH, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Haftungseinheit des europäischen Kartellbußgeldrechts, 2016, S. 79, 81.

6 Vgl. die Beiträge in HOMMELHOFF, Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, ZGR-Sonderheft 22, 2020; jüngst POELZIG, AG 2023, 97 ff.; demnächst auch ACKERMANN, ZEuP 3/2023 (im Erscheinen).

7 Näher infra unter V.

II. Der Unternehmensbegriff im deutschen Recht

Im deutschen kodifizierten Konzernrecht meint Unternehmen die *einzelne* Gesellschaft, nicht dagegen eine Gruppe mehrerer Rechtsträger oder eine wirtschaftliche Einheit. Dies ergibt sich bereits aus den Begriffsbestimmungen des allgemeinen Teils zu verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG) und zum Konzern (§ 16 Abs. 1 S. 1 AktG). So sind nach § 15 AktG verbundene Unternehmen „rechtlich selbständige Unternehmen“, die in einem besonderen Verhältnis zueinander stehen; nach § 16 Abs. 1 S. 1 AktG bilden einen Konzern die „einzelnen [...] Konzernunternehmen“. Mit dem Begriff des Unternehmens lassen sich somit gruppen- und konzernangehörige Gesellschaften nicht verklammern.⁸

Diese begriffliche Unterscheidung setzt sich im gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip fort.⁹ Danach ändert die einheitliche Leitung von Konzernunternehmen nichts daran, dass letztere rechtlich selbständig bleiben und jedes für sich Träger von Rechten und Pflichten ist.¹⁰ Für die Verbindlichkeiten einzelner Tochtergesellschaften haftet im faktischen Konzern¹¹ grundsätzlich nur deren eigenes Gesellschaftsvermögen – und nicht die Muttergesellschaft als deren Gesellschafterin (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 AktG; § 13 Abs. 2 GmbHG).¹² Damit bietet der Gesetzgeber eine Möglichkeit der Haftungssegmentierung, die den Erfolg dieser Organisationsform gegenüber dem Einheitsunternehmen ausmacht.¹³

Ein Haftungsdurchgriff wird von Rechtsprechung und Lehre nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen bejaht (etwa in der Fallgruppe der Vermögensvermischung),¹⁴ was wiederum die Aussage stützt, dass das Trennungsprinzip den Grundsatz darstellt.¹⁵

8 Vgl. WELLER/LIEBERKNECHT, in: Bork/Schäfer, Komm. z. GmbHG, 5. Aufl., 2022, Anh § 13, Rdn. 5 ff.

9 Jüngst POELZIG, AG 2023, 97 ff. („Das Trennungsprinzip ist ein fundamentaler Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts.“), ferner WELLER/LIEBERKNECHT, aaO (Fn. 8), § 13 GmbHG Rdn. 24 ff.

10 Vgl. KRIEGER, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts 4, 5. Aufl., 2020, § 70 Rdn. 65.

11 Anders ist die Situation im Vertragskonzern (Verlustausgleichspflicht) und im Eingliederungskonzern (Gesamtschuldnerhaftung), KRIEGER, aaO (Fn. 10), § 70 Rdn. 65.

12 HOMMELHOFF, ZGR 2019, 379, 388 ff.; KRIEGER, aaO (Fn. 10), § 70 Rdn. 65.

13 Vgl. KRIEGER, aaO (Fn. 10), § 70 Rdn. 65.

14 WELLER/LIEBERKNECHT, aaO (Fn. 8), § 13 GmbHG Rdn. 34 ff.; ARLT, in: Münchener Komm. z. AktG 5. Aufl., 2019, § 1 AktG Rdn. 63 ff.

15 WELLER, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004.

Ferner ist speziell im geltenden deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht – d.h. gerade für den Bereich der Bußgeldverhängung – anerkannt, dass für eine allgemeine bußgeldrechtliche „Konzernhaftung“ kein Raum ist; der Wortlaut von § 30 OWiG steht dem eindeutig entgegen.¹⁶ Der BGH führt dazu aus:

„Die einzelnen konzernabhängigen Schwestergesellschaften sind im Verhältnis zueinander ebenso selbstständige juristische Personen wie in ihrem Verhältnis zur Muttergesellschaft. Eine die bußgeldrechtliche Haftung begründende Zurechnung von Vermögen könnte daher nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung erfolgen. An einer solchen fehlt es.“¹⁷

Wenn im inländischen Recht vom „Unternehmen“ die Rede ist, gilt nach alledem das Rechtsträgerprinzip, das nicht auf die wirtschaftliche Einheit, sondern auf den konkreten Rechtsträger abstellt.¹⁸ Im Folgenden soll diskutiert werden, ob dies in derselben Weise auch für den Unternehmensbegriff im Unionsrecht gilt.

III. Europäisches Gesellschaftsrecht

Die Zentralmaterie des unternehmensbezogenen Unionsrechts ist das Europäische Gesellschaftsrecht.¹⁹ Eine ausdrückliche Definition des Begriffs „Unternehmen“ (*undertaking*) hält das Europäische Gesellschaftsrecht, einschließlich des Bilanz-, Kapitalmarkt- und Insolvenzrechts, zwar nicht bereit. Den einzelnen europäischen Rechtsakten des Gesellschaftsrechts bzw. denjenigen mit gesellschaftsrechtlichem Bezug lässt sich jedoch entnehmen, dass der Begriff des Unternehmens im Europäischen Gesellschaftsrecht synonym mit dem der einzelnen „Gesellschaft“ (*company*) zu verstehen ist: Dies wird namentlich anhand der Niederlassungsfreiheit (*unter 1.*), der Gesellschaftsrechtsrichtlinie (*unter 2.*), der SE-VO (*unter 3.*) und nicht zuletzt *e contrario* am Scheitern der Konzernrechtsrichtlinie (*unter 4.*) sichtbar.

16 MEYBERG, in: BeckOGK OWiG 36. Edition, 1.10.2022, § 30 Rdn. 36; BGH NJW 2012, 164, 165 f.

17 BGH NJW 2012, 164, 165 f.

18 MEYBERG, aaO (Fn. 16), § 30 OWiG Rdn. 36; BGH NJW 2012, 164, 165: „Diese gesetzgeberische Entscheidung für das Rechtsträgerprinzip [...]“.

19 WELLER/HÜBNER, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl., 2021.

1. Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)

Der primärrechtliche Art. 49 AEUV gewährleistet die Niederlassungsfreiheit für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats.²⁰ Art. 54 Abs. 1 AEUV stellt dabei „die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften“ (*companies*) den natürlichen Personen gleich.²¹

a) Der Rechtsträger als Gesellschaft

Zentralbegriff der Niederlassungsfreiheit ist die „Gesellschaft“ und damit der konkrete Rechtsträger des Unternehmens. Konturiert wird der Gesellschaftsbegriff durch Art. 54 Abs. 2 AEUV.²² Der niederlassungsrechtliche Gesellschaftsbegriff verweist zwar zunächst auf das Gesellschaftsrecht im jeweiligen Gründungsstaat.²³ Der Gesellschaftsbegriff des Art. 54 AEUV ist jedoch nicht deckungsgleich mit den jeweiligen mitgliedstaatlichen Definitionen.²⁴ Nach einem unionsrechtsautonomen²⁵, am Normzweck orientierten Verständnis werden vielmehr alle Wirtschaftssubjekte erfasst, die einen Erwerbzweck verfolgen und keine natürlichen Personen sind.²⁶ Ferner ist allgemein anerkannt, dass aus der Wendung „sonstigen juristische Personen“ in Art. 54 Abs. 2 AEUV nicht geschlossen werden darf, Gesellschaften könnten nur solche sein, die nach nationalem Gesellschaftsrecht „echte“ juristische Personen sind.²⁷ Erfasst werden vielmehr auch teilrechtsfähige Organisationsformen (etwa Gesamthandsgesellschaften).²⁸

20 Näher WELLER, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 29ff.

21 WELLER, aaO (Fn. 20), S. 31ff.

22 FORSTHOFF, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 77. EL September 2022, Art. 54 AEUV Rdn. 3.

23 Vgl. KORTE, in: Calliess/Ruffert, Komm. z. EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 54 AEUV Rdn. 4; J. TIEDJE, in: v.d.Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 54 AEUV Rdn. 19; FORSTHOFF, aaO (Fn. 22), Art. 54 AEUV Rdn. 18f.

24 MÜLLER-GRAFE, in: Streinz, Komm. z. EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 54 AEUV Rdn. 2; TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 660.

25 Vgl. speziell zum Gesellschaftsbegriff TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 659: „die europäische Begriffsbildung [...] verfolgt ein europäisch-autonomes Regelungsziel“.

26 Vgl. J. TIEDJE, aaO (Fn. 22), Art. 54 AEUV Rdn. 19; TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 659; MÜLLER-GRAFE, aaO (Fn. 24), Art. 54 AEUV Rdn. 2.

27 FORSTHOFF, aaO (Fn. 22), Art. 54 AEUV Rdn. 6.

28 KORTE, aaO (Fn. 23), Art. 54 AEUV Rdn. 27; FORSTHOFF, aaO (Fn. 22), Art. 54 AEUV Rdn. 6: „sofern sie nach dem nationalen Recht [...] über eine rechtlich verfestigte Struktur verfügen, die ein Auftreten im Rechtsverkehr erlaubt.“

b) Gleichsetzung von Gesellschaft und Unternehmen

Art. 49 Abs. 2 AEUV spricht von „Unternehmen“ und verweist dabei im selben Atemzug „insbesondere“ auf „Gesellschaften“ (i.S.v. Art. 54 Abs. 2 AEUV). Soweit es nicht um die in Art. 49 Abs. 1 AEUV adressierten Staatsangehörigen (= natürliche Personen) als Unternehmensträger geht (z.B. Einzelkaufleute), werden in Art. 49 Abs. 2 AEUV mithin die Begriffe Unternehmen und Gesellschaft gleichgesetzt.

Mit dieser prominenten primärrechtlichen Verankerung des Unternehmensbegriff definiert und prägt das Europäische Gesellschaftsrecht den Begriff des Unternehmens auch für die anderen Bereiche des Europäischen Wirtschaftsrechts – mit Ausnahme des Kartellrechts, das Eigengesetzlichkeiten folgt. Art. 49 Abs. 2 AEUV macht deutlich, dass die Niederlassungsfreiheit das Unternehmen als akzessorisch zu und untergeordnet gegenüber seinem konkreten Rechtsträger, der Gesellschaft oder dem Einzelunternehmer, ansieht.

c) Die Gruppe ist keine Gesellschaft

Das weite Begriffsverständnis lässt theoretisch die Frage zu, ob bei Gesellschaften, die aufgrund einer wirtschaftlichen Verflechtung miteinander verbunden sind (gruppen- oder konzernangehörige Gesellschaften), nicht nur die einzelnen Gesellschaften, sondern daneben auch die Gruppe oder der Konzern selbst – auch wenn die Gruppe als solche anerkanntermaßen keine Rechtspersönlichkeit besitzt²⁹ – begrifflich als *eine* Gesellschaft i.S.v. Art. 54 Abs. 1, 2 AEUV verstanden werden können.

Einem solchen, an der wirtschaftlichen Einheit orientierten Verständnis erteilen jedoch Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit eine klare Absage. Nach Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV gewährleistet die Niederlassungsfreiheit zum einen das Gründen von Agenturen und Zweigniederlassungen, zum anderen das Gründen von Tochtergesellschaften. Bei der *Gründung* von Tochtergesellschaften ist konzeptionell allein die (perspektivische) Muttergesellschaft die Begünstigte der Niederlassungsfreiheit.³⁰ Mit anderen Worten: Der sachliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst zwar die Gruppen-

29 KALSS/KLAMPFL, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 57. EGL August 2022, E.III. Rdn. 454.

30 Vgl. SCHÖN, ZGR 2019, 343, 350: „Damit wird [...] dem Mutterunternehmen letztlich ein primärrechtlich verbürgtes Wahlrecht zugebilligt, wirtschaftliche Aktivitäten im EU-Ausland mit und ohne Haftungsbeschränkung auszuüben“; Hervorhebung durch Verf.

oder Konzern*bildung*; der persönliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit – abgesteckt durch den Gesellschaftsbegriff – erfasst indes denklogisch nicht die Gruppe oder den Konzern selbst.

Entsprechendes gilt in Bezug auf die Gruppen- oder Konzern*leitung* in Art. 49 Abs. 2 AEUV, die auf die einzelne Muttergesellschaft bei der Leitung ihrer ausländischen Tochtergesellschaften zugeschnitten ist. Dies untermauert Art. 49 Abs. 2 AEUV, der die „Leitung von Unternehmen [*undertakings*], insbesondere von Gesellschaften [*companies*] im Sinne des Artikels 54 Abs. 2“ gewährleistet. Dafür spricht erstens die systematische Stellung von Art. 49 Abs. 2 AEUV nach Art. 49 Abs. 1 AEUV, der in Satz 2 das Gründen von Tochtergesellschaften im EU-Ausland gewährleistet und damit implizit (nur) auf die Muttergesellschaft abstellt. Zweitens lässt sich dafür eine normzweckorientierte Auslegung anführen, wonach das Gründen und Leiten von ausländischen Tochtergesellschaften eine Gewährleistung (nur) zugunsten der inländischen Muttergesellschaft ist und nicht etwa ein Recht der Gruppe oder des Konzerns.

d) Die europäische Konzernbildungs- und Konzernleitungsfreiheit sprechen gegen ein gruppenbezogenes Unternehmensverständnis

Würde man schließlich den Begriff der Gesellschaft bzw. des Unternehmens mit dem der Gruppe oder des Konzerns gleichsetzen, müssten erstens Muttergeschäftsleitungen die Gruppe oder den Konzern binnenmarktweit wie ein Einheitsunternehmen führen (Leitungseinheit) und zweitens Muttergesellschaften für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften einstehen (Haftungseinheit). Ein solches Szenario verstieße gegen Art. 49, 54 AEUV; im Einzelnen:

Die Leitung einer Gruppe oder eines Konzerns als Einheitsunternehmen wäre unionsweit aufgrund der unterschiedlichen Gesellschaftsstatute rechtlich gar nicht möglich. Denn die mitgliedstaatlichen Gesellschaftsstatute divergieren teils erheblich *in puncto* Leitungsfreiheit bzw. Weisungsgebundenheit der Tochter-Geschäftsleitungen.³¹ Damit würde die Nutzung des Konzerns als Organisationsform rechtspraktisch weitestgehend ausgeschlossen und die unternehmerische Auslandsbetätigung von Gesellschaften erheblich beeinträchtigt werden.³² Dies liefe der Niederlassungsfreiheit zuwider, die nicht nur ausdrücklich die grenzüberschreitende Betätigung über feste Einrichtungen wie Tochtergesellschaften mit Haftungsbeschränkung (Konzernbildung-

31 Vgl. HOMMELHOFF, ZGR 2019, 379, 403.

32 HOMMELHOFF, ZGR 2019, 379, 403, 408.

freiheit, Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV)³³ sondern auch die grenzüberschreitende Unternehmensleitung gewährleistet (Konzernleitungsfreiheit, Art. 49 Abs. 2 AEUV).³⁴ Der in der Niederlassungsfreiheit verbürgte Konzernleitungs- und Konzernorganisationsschutz würde so im Ergebnis ausgehöhlt werden.³⁵

Außerdem würde eine Einheitsbetrachtung die Haftungsbeschränkung der inländischen Muttergesellschaft mit Blick auf Verbindlichkeiten der ausländischen Tochtergesellschaften außer Kraft setzen. Der praktische Unterschied zwischen der Gründung von rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften und rechtlich unselbständigen Agenturen und Zweigniederlassungen, die der Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 AEUV klar unterscheidet, wäre weitgehend eingeebnet; in der Folge würde „die europäisch vorausgesetzte Wahl- und Organisationsfreiheit“ beseitigt.³⁶

Die Haftungstrennung im Konzern wird ferner durch die EU-Grundrechte-Charta verbürgt.³⁷ So fällt die Gründung haftungsbeschränkter Gesellschaften als Organisation des Unternehmens in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 EU-Grundrechte-Charta).³⁸ Eingriffe in diese Freiheit sind rechtfertigungsbedürftig; insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss gewahrt werden (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechte-Charta).³⁹ Wenn man generell einen an der wirtschaftlichen Einheit orientierten und von

33 Vgl. TEICHMANN, ZGR 2014, 45, 66; „Die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Konzernbildung (durch Errichtung von Tochtergesellschaften) ist [...] in Art. 49 und Art. 54 AEUV bereits angelegt“.

34 HOMMELHOFF, ZGR 2019, 379, 403, 408.

35 HOMMELHOFF, in: Geibel/Heinze/Verse (Hrsg.), Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem, 2023, S. 112: „erst der Konzern erschließt den Unternehmen den Binnenmarkt in seiner ganzen Vielfalt mitsamt seinen mannigfaltigen Chancen“; „ohne den Konzern würde die Niederlassungsfreiheit für Unternehmen weithin ins Leere laufen, bliebe im Wesentlichen ‚nudum ius‘“, kritisch J. PRÜTTING, in: Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, ZGR-Sonderheft 22,2020, S. 191 f.

36 TEICHMANN, ZGR 2014, 45, 66; vgl. SCHÖN, ZGR 2019, 343, 350: „Der Europäische Gerichtshof hat mehrfach entschieden, dass nationales Recht die Auswahl unter diesen verschiedenen Varianten nicht einschränken darf“; mit Verweis auf „EuGH, Rs. 270/83 (Kommission/Frankreich), Slg. 1986, 285 ff (Rdn. 22); EuGH, Rs. C-253/03 (CLT-UFA), Slg. 2006, I-1861 (Rdn. 14)“; siehe dazu ferner DERS., EWS 2000, 281 ff.; zur Ausübung der Niederlassungsfreiheit in Konzernstrukturen HOMMELHOFF, aaO (Fn. 39), S. 108 ff., vgl. ferner EuGH, Urteil v. 21.10.2010 – C-81/09 (Idryma Typou), ECLI:EU:C:2010:622, wonach die Niederlassungsfreiheit (und Kapitalverkehrsfreiheit) durch eine nationale Regelung beeinträchtigt ist, die – selbst nur punktuell innerhalb eines speziellen Rechtsgebiets – eine gesamtschuldnerischen Bußgeldhaftung von Aktiengesellschaft und Aktionären anordnet; zu diesem Urteil auch ACKERMANN, ZEuP 3/2023 (im Erscheinen).

37 POELZIG, AG 2023, 97, 99.

38 POELZIG, AG 2023, 97, 99; näher dazu J. PRÜTTING, aaO (Fn. 35), S. 203 f.

39 POELZIG, AG 2023, 97, 99.

konkreten Rechtsträgern unabhängigen Unternehmensbegriff annähme, läge eine zu pauschale und damit unverhältnismäßige Negierung des niederlassungsfreiheitsrechtlichen Rechtsträgerprinzips und damit eine Verletzung der Artikel 16, 52 EU-Grundrechte-Charta nahe.

2. Gesellschaftsrechtsrichtlinie (GesRRL)

Die Gesellschaftsrechtsrichtlinie⁴⁰ verwendet primär den Begriff der Gesellschaft; teilweise ist aber auch vom „Unternehmen“ die Rede; daher lassen sich auch aus der GesRRL Rückschlüsse auf die Bedeutung des Unternehmensbegriffs ziehen.

Das synonyme Begriffsverständnis von Gesellschaft und Unternehmen zeigt sich insbesondere an Art. 65 GesRRL (zusätzliche Schutzvorkehrungen für Transaktionen mit nahe stehenden Parteien). Der dort verwendete Terminus „Mutterunternehmen“ (*parent undertaking*) spricht gegen ein Verständnis von Unternehmen als Oberbegriff von Mutter- und Tochtergesellschaft. Würde auf die wirtschaftliche Einheit abgestellt, dürfte es schließlich kein „Mutterunternehmen“ sondern nur ein einziges Unternehmen (bestehend aus Mutter- und Tochtergesellschaften) geben. Für eine klare Unterscheidung von Gesellschaft bzw. Unternehmen einerseits und Gruppe bzw. Konzern andererseits sprechen ferner Umkehrschlüsse aus Sonderregeln, die für letztere gelten. Dazu gehört zum einen Art. 67 GesRRL, der das Verbot des Erwerbs eigener Aktien auf abhängige Gesellschaften erstreckt. Zum anderen sind die Sonderregelungen für Verschmelzungen und Spaltungen im Konzern hervorzuheben (Art. 110-115, 132, 154 GesRRL).

Die 2021 erlassene Mobilitätsrichtlinie⁴¹ unterscheidet bei der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in Art. 86 GesRRL n.F. ausdrücklich zwischen „Unternehmen und Unternehmensgruppen“ (*undertakings* und *groups of undertakings*).

Auch das sekundäre Europäische Gesellschaftsrecht behandelt die Begriffe Gesellschaft und Unternehmen folglich synonym und geht mithin von einem rechtsträgerbezogenen Unternehmensbegriff aus.

40 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. L 169, S. 46 ff.

41 Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. L 321, S. 1 ff.

3. Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO)

Die Artikel 2 Abs. 2 und 32 ff. SE-VO sehen ausdrücklich die Gründung einer SE als Holding vor. Aus den Regelungen zur Haftung lässt sich schlussfolgern, dass nach der SE-VO die SE-Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften jedenfalls in haftungsrechtlicher Hinsicht getrennt – und nicht etwa zusammen als eine Einheit bzw. ein Einheitsunternehmen – betrachtet werden: Zum einen haftet nach Art. 1 Abs. 4 Satz 2 SE-VO „jeder Aktionär [...] nur bis zur Höhe des von ihm gezeichneten Kapitals“. Zum anderen enthält die SE-VO keine Regelungen zu konzernrechtlichen Haftungsansprüchen.⁴² Letzterer Bereich ist auf europäischer Ebene bislang ausgeklammert; an den „haftungsrechtlich entscheidenden Stellen“ ist das jeweilige nationale Gesellschaftsrecht maßgeblich.⁴³

4. (Gescheiterte) Konzernrechtsrichtlinie (KonzernRRL)

Die Behandlung des Phänomens „Konzern“ ist in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt.⁴⁴ Daher plante die damalige Europäische Wirtschaftsgemeinschaft in den 1970er Jahren eine Harmonisierung über eine Konzernrechts-RL. Für die hier interessierende Frage nach der Haftung eines Unternehmens ist das diesbezügliche Gesetzgebungsverfahren erhellend. Aufschlussreich ist namentlich der gescheiterte Vorentwurf einer 9. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, der Konzernrechtsrichtlinie (KonzernRRL) aus dem Jahr 1974/1975.⁴⁵

Gemeinsames Merkmal aller Vorschläge verschiedenster Expertenkommissionen⁴⁶ war die rechtliche Selbstständigkeit der Tochtergesellschaften (siehe das *Forum Europaeum Konzernrecht*: „Verbindung mehrerer rechtlich selbstständiger Gesellschaften“⁴⁷).⁴⁸ Da der Vorentwurf der KonzernRRL von diesem Verständnis indes abwich und diametral entgegengesetzt eine pauschale Haftung der Muttergesellschaft für die Schulden ihrer Tochtergesellschaften vor-

42 JARZEMBOWSKI, Grundlagen für eine Europäische Konzernhaftung für private haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaften, 2019, S. 366.

43 JARZEMBOWSKI, aaO (Fn. 42), S. 366, 382.

44 LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., 2018, 12.5.

45 Vorentwurf einer RL auf der Grundlage des Art. 52 Abs. 3 Buchst. g des EWG-Vertrags zur Angleichung des Konzernrechts, Dok. XI/328/74-D und Dok. XI/593/75-D.

46 Dazu JARZEMBOWSKI, aaO (Fn. 45), S. 356 ff.

47 *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 674.

48 JARZEMBOWSKI, aaO (Fn. 42), S. 357.

sah⁴⁹, war er zum Scheitern verurteilt; in Europa herrscht bis heute ein derartiges Einheitsverständnis gerade nicht vor.⁵⁰

Der jüngere *European Model Companies Act* (ECMA) erteilt in Section 15.17 einer grundsätzlichen haftungsrechtlichen Einheitsbetrachtung dann auch eine klare Absage, indem er die sog. *parent liability* abschließend auf drei klar umrissene Haftungsfälle beschränkt.⁵¹

Mit dem EuGH in der Rechtssache *Impacto Azul* (2013) ist eine „fehlende Harmonisierung der Regelungen betreffend Unternehmensgruppen auf Unionsebene“ zu konstatieren; „die Mitgliedstaaten [sind] grundsätzlich weiterhin für die Bestimmung des auf eine Verbindlichkeit eines verbundenen Unternehmens anwendbaren Rechts zuständig“⁵². In haftungsrechtlicher Hinsicht wird somit eine Einheitsbetrachtung im Unionsrecht auch höchstgerichtlich ausdrücklich abgelehnt.

5. Zwischenergebnis

Der Begriff des Unternehmens wird im Europäischen Gesellschaftsrecht mit dem des einzelnen Rechtsträgers („Gesellschaft“) gleichgesetzt. Der Konzern als wirtschaftliche Einheit wird nicht vom Unternehmensbegriff umfasst.

IV. Kartellrecht (Art. 101f. AEUV)

Im Europäischen Kartellrecht der Art. 101, 102 AEUV hat der Unternehmensbegriff eine Sonderbedeutung. Er wird hier grundlegend anders interpretiert als im Europäischen Gesellschaftsrecht, nämlich im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit unabhängig von konkreten Rechtsträgern (*unter 1.*). Allerdings ist dieser genuin kartellrechtliche Grundsatz nicht verallgemeinerbar, weil die Interpretation des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit mit mehreren Besonderheiten der kartellrechtlichen Regelungssituation gerechtfertigt wird (*unter 2.*).

49 LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 12.2; J. SCHMIDT, *Der Konzern* 2017, 1, 2.

50 Eine Ausnahme bildet unter den 27 Mitgliedstaaten lediglich Portugal, LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 12.5.

51 Dazu JARZEMBOWSKI, aaO (Fn. 42), S. 377f.

52 EuGH, Urt. v. 20.6.2013, Rs. C-186/12 (*Impacto Azul*), ECLI:EU:C:2013:412, Rdn. 35.

1. Unternehmen im Kartellrecht

a) Unternehmen im Sinne der Art. 101 f. AEUV: wirtschaftliche Einheit

Im europäischen Kartellrecht gilt der sogenannte funktionale Unternehmensbegriff.⁵³ Ein „Unternehmen“ im Sinne der Art. 101 Abs. 1, 3 und Art. 102 Satz 1 AEUV ist nach der Rechtsprechung des EuGH „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“⁵⁴ Adressat und Subjekt der kartellrechtlichen Verbotsvorschriften ist folglich die jeweilige wirtschaftliche Einheit, bestehend aus einer einheitlichen Organisation personeller, materieller oder immaterieller Mittel, die dauerhaft einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt.⁵⁵

Der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit steht nicht entgegen, dass diese aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird,⁵⁶ solange diese nicht unabhängig voneinander am Markt auftreten.⁵⁷ Maßgeblich ist, ob eine Abhängigkeit der jeweiligen Unternehmen untereinander und insbesondere zur Muttergesellschaft in der Form besteht, dass eine autonome Bestimmung des Marktverhaltens nicht mehr gegeben ist.⁵⁸ Bei fehlender Unabhängigkeit wird nach der Entscheidungspraxis der Kommission eine gesamtschuldnerische Buße gegen Mutter- und Tochterunternehmen verhängt.⁵⁹

53 Vgl. dazu ZIMMER, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Aufl., 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdn. 9; GRAVE/NYBERG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Komm. z. Kartellrecht, 4. Aufl., 2020, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdn. 100; WEIß, in: Calliess/Ruffert, Komm. z. EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 101 AEUV Rdn. 25.

54 Unter anderen siehe EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Rdn. 21 – *Höfner und Elser*; EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, Rdn. 54 – *Akzo Nobel*; EuGH, Urt. v. 10.1.2006 – C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, Rdn. 107 – *Cassa di Risparmio di Firenze u. a.*; EuGH, Urt. v. 11.7.2006 – C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, Rdn. 25 – *FENIN/Kommission*.

55 EuG, Urt. v. 10.3.1992 – T-11/89, ECLI:EU:T:1992:33, Rdn. 311 – *Shell/Kommission*; WEIß, aaO (Fn. 53), Art. 101 AEUV Rdn. 25; CORNELIUS, NZWiSt 2016, 421, 422.

56 EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, Rdn. 55 – *Akzo Nobel*; vgl. auch EuGH, Urt. v. 14.12.2006 – C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, Rdn. 40 – *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*.

57 Bei einer Beteiligung der Muttergesellschaft von (nahezu) 100 % gilt eine widerlegliche Vermutung für das Fehlen eines unabhängigen Marktverhaltens der jeweiligen Tochtergesellschaft, vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, Rdn. 60 ff. – *Akzo Nobel*.

58 HELLMANN, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., 2016, § 46 Geldbußen und Zwangsgelder, Rdn. 8 ff.

59 Vgl. EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, Rdn. 55 – *Akzo Nobel*; THOMAS/LEGNER, NZKart 2016, 155.

Es handelt sich bei der wirtschaftlichen Einheit also sowohl um die Adressatin der kartellrechtlichen Verbotsnormen als auch um das Ahndungs- und Haftungssubjekt, das im Rahmen der Sanktionierung zur Bußgeldbemessung herangezogen wird.⁶⁰

b) Digital Markets Act

Der Digital Markets Act (DMA) könnte von Zielrichtung her, als Sonderwettbewerbsrecht qualifiziert werden.⁶¹ Deswegen überrascht es nicht, dass Art. 2 Nr. 27 DMA auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff Bezug nimmt.⁶²

Beim Digital Services Act (DSA) findet sich dagegen keine klare Begrifflichkeit: Einerseits soll für die Umsatzberechnung gemäß Art. 3 lit. x iVm Artikel 5 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates eine gewisse Zusammenrechnung auf Grundlage einer wirtschaftlichen Einheit erfolgen. Demgegenüber stellen Art. 3 lit. f DSA sowie Erwägungsgrund 44 sowie Art. 52 DSA auf die einzelnen Rechtsträger ab.

2. Rechtfertigung (nur) durch Besonderheiten des Kartellrechts

Wie nachfolgend zu zeigen ist, beruht der dargestellte funktionale Unternehmensbegriff des Kartellrechts nicht auf verallgemeinerbaren Erwägungen des Unternehmens- oder Bußgeldrechts, sondern rechtfertigt sich allein aus den Besonderheiten des Kartellrechts.

a) Besonderer Schutzzweck des Kartellrechts als Rechtfertigung

Der Schutzzweck des europäischen Kartellrechts liegt darin, den Wettbewerb als solchen zu gewährleisten.⁶³ Die Wahrung des freien, wirksamen und unverfälschten Wettbewerbes dient der Schaffung und Absicherung eines funktionierenden Binnenmarktes.⁶⁴ Die Weite des funktionalen Unternehmensbegriffs

60 CORNELIUS, NZWiSt 2016, 421, 424.

61 KÄSEBERG/GAPPA, in: Podszun, Digital Marktes Act, 2023, Art. 1 Rdn. 2f.

62 BONGARTZ/KIRK, in: Podszun, Digital Marktes Act, 2023, Art. 2 Rdn. 131 ff.

63 EuGH, Urt. v. 4.6.2009 – CL-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rdn. 38 – *T-Mobile Netherlands u. a.*; EuGH, Urt. v. 6.10.2009 – C-519/06 P, ECLI:EU:C:2008:738, Rdn. 63 – *Aseprofar / GlaxoSmithKline*.

64 IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2019, Einleitung, A. Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln in der Wirtschaftsverfassung der EU, II. Wettbewerb und Bin-

trägt dieser Zielsetzung dadurch Rechnung, dass er die Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts „eher früher als später“ auslöst.⁶⁵

Zu denken ist etwa an die Zusammenschlusskontrolle, welche gem. Art. 1 Abs. 2, 3 Fusionskontrollverordnung (FKVO) ab gewissen Schwellenwerten durchzuführen ist. Bei Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffes, welcher auch der FKVO zugrunde liegt,⁶⁶ wird die gesamte wirtschaftliche Einheit in den Blick genommen. Dadurch werden die maßgeblichen Schwellenwerte häufiger erreicht, womit Zusammenschlüsse auch häufiger auf ihre Vereinbarkeit mit wettbewerbsrechtlichen Vorschriften überprüft werden können.

Ähnlich verhält es sich bei der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AUEV: Maßgeblich ist dabei, ob das jeweilige „Unternehmen“ seine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat. Ob eine beherrschende Stellung vorliegt, bestimmt sich in erster Linie nach dem Marktanteil des Unternehmens,⁶⁷ wobei ebenfalls ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde gelegt wird.⁶⁸ Indem auf die gesamte wirtschaftliche Einheit abgestellt wird, wird die Anteilsschwelle häufiger erreicht mit der Folge, dass ein insgesamt größerer Teil des Marktverhaltens von Unternehmen der Missbrauchskontrolle und damit der behördlichen sowie gerichtlichen Überprüfung unterliegt als wenn die Rechtsträger isoliert betrachtet würden.

Mangels (wirtschaftlicher) Unabhängigkeit nehmen Unternehmen einer wirtschaftlichen *Einheit* typischerweise *einheitlich* Einfluss auf das Wettbewerbsgeschehen eines Marktes.⁶⁹ Da etwaige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen dieses einheitlichen Auftretens einen größeren Einfluss auf den Wettbewerb haben können als es bei Tätigwerden einzelner (unabhängiger) Unternehmen der Fall wäre, ist es zweckmäßig und gerechtfertigt, etwaige Verstöße der gesamten wirtschaftlichen Einheit zuzurechnen und auch die Buße

nenmarkt: Grundlagen, Rdn. 17 ff.; OSTERRIETH/SCHÖNIG, in: Fezer/Büscher/Obergfell, Komm. z. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., 2016, Zweiter Teil: Lauterkeitsrechtliche Spezialthemen, Allgemeine Marktbedingen (S. 1), Rdn. 101 fff.;

65 FRENZEL, in: Paal/Pauly, Beck'scher Kompakt-Komm. z. DS-GVO und BDSG, 3. Aufl., 2021, Art. 83 DSGVO Rdn. 20; HIRSBRUNNER/RATING, in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje, Komm. z. Europäischen Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 3 VO (EG) 139/2004 Rdn. 8 ff.

66 KÖRBER, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2020, Art. 1 FKVO Rdn. 27.

67 Siehe WEIß, aaO (Fn. 53), Art. 102 AEUV Rdn. 4; zu Bsp. aus der Praxis vgl. EuGH, Urt. v. 3.6.1991 – C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rdn. 60 – *AKZO / Kommission*; EuG, Urt. v. 12.12.1991 – T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, Rdn. 92 – *Hilti v Commission*.

68 WEIß, aaO (Fn. 53), Art. 102 AEUV Rdn. 4.

69 DANNECKER/DANNECKER, NZWiSt 2016, 162, 167.

am Umsatz der gesamten wirtschaftlichen Einheit zu bemessen.⁷⁰ Durch die Anwendung eines weiten Unternehmensbegriffs wird folglich dem effektiven Schutz des funktionierenden Wettbewerbs und damit spezifischen Bedürfnissen des Wettbewerbsrechts Rechnung getragen.

b) Notwendiger Ausgleich durch Konzernprivileg

Mit dem funktionalen Unternehmensbegriff gehen für die Unternehmen Härten einher, weil damit die Kontrolldichte und auch Bußgeldrisiken erheblich steigen. Als „Ausgleich“ stellt das Kartellrecht einen spezifisch kartellrechtlichen Begrenzungsmechanismus in Gestalt eines Konzernprivilegs zur Verfügung. Das Konzernprivileg stellt das „Gegenstück“⁷¹, das „Spiegelbild“⁷² oder die „Kehrseite“⁷³ zu der (dem weiten Unternehmensbegriff geschuldeten) gegenseitigen Zurechnung von Kartellverstößen innerhalb des Konzerns bzw. der wirtschaftlichen Einheit dar: Danach gilt das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen *nicht* innerhalb der wirtschaftlichen Einheit selbst, das heißt auch nicht zwischen Unternehmen desselben Konzernverbundes.⁷⁴ Hintergrund dieser Erwägung ist, dass die einer wirtschaftlichen Einheit unterfallenden Unternehmen von vornherein nicht die Freiheit genießen, ihr Marktverhalten autonom zu bestimmen. Folglich bedürfen sie innerhalb der Unternehmensgruppe auch keines Schutzes dieser Freiheit vor wettbewerbswidrigen Absprachen.⁷⁵ Die Zurechnung von Verstößen bzw. die einheitliche Sanktionierung eines Konzerns gehen also nach der Systematik des Kartellrechts Hand in Hand mit einer Privilegierung gruppeninterner Absprachen.

c) Identität von Verbotsnormadressat und Abnungssubjekt im Kartellrecht

Schließlich ist zu beachten, dass der funktionale Unternehmensbegriff im Kartellrecht eine Doppelrolle einnimmt und unter rechtsethischen Gesichtspunkten auch einnehmen muss: Die Anknüpfung an die Umsätze der gesamten wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer kartellrechtlichen Konzernhaftung

70 Vgl. dazu FAUST/SPITTKA/WYBITUL, ZD 2016, 120, 121.

71 FAUST/SPITTKA/WYBITUL, ZD 2016, 120, 124.

72 GRAVE/NYBERG, aaO (Fn. 53), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdn. 121.

73 TIMNER/RADLANSKI/EISENFELD, CR 2019, 782, 784 Rdn. 18.

74 GRAVE/NYBERG, aaO (Fn. 56), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdn. 119.

75 Dies ist Ausfluss des kartellr. Selbstständigkeitspostulats, vgl. GRAVE/NYBERG, aaO (Fn. 56), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdn. 121; EuGH, Urt. v. 28.5.1998 – C-7/95 P, ECLI: EU:C:1998:256, Rdn. 87 – *Deere / Kommission*.

passt nur dort, wo der Konzern selbst Normadressat derjenigen Rechtsnormen ist, deren Verletzung sanktioniert wird.⁷⁶ Es wäre binnensystematisch unstimmig, würde das Unternehmen sanktioniert, ohne dass es zuvor gegen eine es treffende eigene Verpflichtung verstoßen hat. Der funktionale Unternehmensbegriff ist deshalb nur sinnvoll, sofern er zumindest innerhalb des betreffenden Rechtsgebiets konsequent verwendet wird.

Das europäische Kartellrecht setzt deshalb den Gleichlauf zwischen Verbotsnormadressat und dem verantwortlichen Ahndungssubjekt voraus. So wird im Rahmen der kartellrechtlichen Bußgeldbemessung nach Art. 23 VO (EG) 2003/1 konsequenterweise ebenfalls an die wirtschaftliche Einheit im Sinne des Art. 101 AEUV angeknüpft.⁷⁷

d) Rechtsfolgenseitige Kartellspezifität: Umsatzbemessung anhand des kartellbefangenen Produkts

Auch auf Seiten der Bußgeldbemessung bedarf der funktionale Unternehmensbegriff eines Ausgleichs: Wird auf den Umsatz abgestellt, so erschiene es bei einer Einbeziehung des gesamten Unternehmens rechtsethisch nicht schlüssig, bei vielseitig tätigen Unternehmen auch diejenigen Sparten mit einzurechnen, die mit der kartellbefangenen Tätigkeit nichts zu tun haben.

Das Kartellrecht ist wegen seiner Wettbewerbsausrichtung im Stande, dieses Ausgleichs-Petitum systematisch kohärent zu erfüllen: Im Kartellrecht erfolgt die Bußgeldzumessung „auf der Grundlage des Wertes der verkauften Waren oder Dienstleistungen“.⁷⁸ Maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Bemessung ist demgemäß ausschließlich der konkrete Teil des Konzernumsatzes, den das jeweilige Unternehmen mit dem kartellbefangenen Produkt erzielt hat.⁷⁹ Anderweitige Umsätze, die der (Misch-)Konzern mit anderen Produkten, die nicht Gegenstand wettbewerbswidriger Vereinbarungen waren, erwirtschaftet hat, bleiben dabei außer Betracht.⁸⁰

76 DANNECKER/DANNECKER, NZWiSt 2016, 162, 168.

77 BIERMANN, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2019, Art. 23 VO 1/2003 Rdn. 119; EuGH, Urt. v. 26.11.2013 – C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rdn. 52 – *Groupe Gascogne*.

78 Vgl. dazu die Leitlinien der Europäischen Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Rdn. 5.

79 TIMNER/RADLANSKI/EISENFELD, CR 2019, 782, 784 Rdn. 19.

80 AaO Rdn. 19.

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Europäische Kartellrecht einem funktionalen Unternehmensbegriff folgt, der sowohl den Adressaten kartellrechtlicher Verbote als auch korrespondierend das Ahnungssubjekt bei Verstößen festlegt und für die Bemessung der Bußgeldhöhe eine Rolle spielt.

Zugleich ist aber auch zu betonen, dass der funktionale Unternehmensbegriff nur unter bestimmten Voraussetzungen als sachgerecht gilt, die den Spezifika des Kartellrechts geschuldet sind. Es lässt sich deshalb gerade nicht der Schluss ziehen, das Kartellrecht sei ein geeigneter Ausgangspunkt für einen verallgemeinerungsfähigen Unternehmensbegriff im Unionsrecht.

V. Datenschutzrecht (Art. 83 DSGVO)

Im relativ jungen Datenschutzrecht spielt der Begriff des Unternehmens eine zentrale Rolle. So wird er in der DSGVO gleich mehrfach verwendet. Seine Bedeutung ist hier allerdings umstritten: Einerseits soll das Unternehmen laut Erwägungsgrund Nr. 150 Satz 3 DSGVO bei der Verhängung von Gelbußen wegen Datenschutzverstößen gemäß Art. 83 DSGVO wie im Kartellrecht (Art. 101f. AEUV) verstanden werden.⁸¹ Andererseits definiert Art. 4 Nr. 18 DSGVO das Unternehmen rechtsträgerbezogen (*unter 1.*). Dieser letztere, legaldefinierte Unternehmensbegriff ist u.E. auf die restliche Verordnung zu erstrecken, insbesondere auch auf Art. 83 DSGVO. Teilt man diese Ansicht, folgt das Datenschutzrecht gerade nicht dem auf die wirtschaftliche Einheit abstellenden Unternehmensbegriff des Kartellrechts (*unter 2.*).

1. Ausgangspunkt: Legaldefinition (Art. 4 Nr. 18f. DSGVO)

Der Begriff des Unternehmens wird in Art. 4 Nr. 18 DSGVO legaldefiniert. Dabei wird auf „eine natürliche oder juristische Person“ und mithin auf den konkreten Rechtsträger Bezug genommen.⁸² Dies erhellt e contrario ferner Art. 4 Nr. 19 DSGVO. Dieser sieht für eine Mehrheit von Unternehmen, die durch Abhängigkeitsverhältnisse verbunden sind und bei denen deshalb eine wirtschaftliche Einheit im Raum steht, gerade nicht den Begriff des Unterneh-

81 Die betreffende Passage des Erwägungsgrundes lautet:

„Werden Geldbußen Unternehmen auferlegt, sollte zu diesem Zweck der Begriff ‚Unternehmen‘ im Sinne der Artikel 101 und 102 AEUV verstanden werden.“

82 ZIEBARTH, in: Sydow/Marsch, Komm. z. DSGVO/BDSG, 3. Aufl., 2022, Art. 4 DSGVO Rdn. 207: „Grundlegendes Erfordernis dürfte die Rechtsfähigkeit sein, also die Fähigkeit, eigene Rechte und Pflichten zu erwerben.“

mens, sondern den der Unternehmensgruppe vor.⁸³ Folgerichtig ist die Verordnung u.E. dahin auszulegen, dass eine Mehrheit von Einzelunternehmen nur dann als Kollektiv adressiert wird, wenn die DSGVO von einer „Unternehmensgruppe“ spricht.

2. Abweichende Lesart bei der Bußgeldbemessung nach Art. 83 DSGVO?

Umstritten ist, ob der in Art. 4 Nr. 18 DSGVO definierte Unternehmensbegriff auch für den Begriff des Unternehmens in der Bußgeldvorschrift des Art. 83 DSGVO maßgeblich ist.⁸⁴ Die Vorschrift verwendet den Unternehmensbegriff in den Absätzen 4 – 6, die für die maximale Höhe von Bußgeldern an den Jahresumsatz des jeweiligen „Unternehmens“ anknüpfen.⁸⁵ Im Einzelnen:

a) Ausgangspunkt: Einheitlichkeit der Begriffe in der Verordnung

Für eine Auslegung des Unternehmensbegriffs in Art. 83 DSGVO anhand von Art. 4 Nr. 18 DSGVO spricht zunächst das Wesen der Legaldefinition: Die einleitenden Begriffsbestimmungen sind Teil des verfügenden Verordnungstextes und keine bloß unverbindlichen Auslegungsvorschläge. Das Konzept der Legaldefinitionen verlöre seinen Sinn, würde der Begriff im Nachgang mit wechselndem Bedeutungsgehalt verwendet.

Diesem Gesichtspunkt kommt im Fall von Bußgeldnormen wie Art. 83 DSGVO besondere Bedeutung zu: Im Unionsrecht gilt für Vorschriften mit Strafcharakter der Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 EuGrCh).⁸⁶ Zu diesen Vorschriften mit Strafcharakter zählen auch Regeln über strafähn-

83 SCHILD, in: BeckOK DatenschutzR, Stand 11/2022, Art. 4 DSGVO Rdn. 160.

84 Bejahend FAUST/SPITTKA/WYBITUL, ZD 2016, 120, 124; MOOS/SCHEFZIG, in: Taeger/Gabel, Komm. z. DSGVO BDSG TTDSG, 4. Aufl., 2022, Art. 83 DSGVO Rdn. 47; verneinend etwa HOLLÄNDER, in: BeckOK DatenschutzR, Stand: 10/2021, Art. 83 DSGVO Rdn. 13; offenlassend BERGT, in: Kühling/Buchner, Komm. z. DSGVO BDSG, 3. Aufl., 2020, Art. 83 Rdn. 39 ff.; a. A. Campos Sánchez-Bordona, SchlussA v. 27.4.2023 in der Rs. C-807/21, Rdn. 47.

85 Zur daraus folgenden erheblichen Bedeutung der Auslegung des Unternehmensbegriffs s. etwa ZIEBARTH, aaO (Fn. 82), Art. 4 DSGVO Rdn. 211.

86 DREWES, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2019, Art. 4 Rdn. 5: „Vor diesem Hintergrund bestehen erhebliche Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 49 Abs. 1 S. 1 GRCh, wenn derselbe Begriff innerhalb der DSGVO unterschiedlich ausgelegt werden soll.“

liche Sanktionen des Verwaltungsrechts,⁸⁷ zu denen Art. 83 DSGVO gehört.⁸⁸

Es erschiene unter Bestimmtheitsaspekten problematisch, könnten sich Adressaten von Bußgeldern nicht an ausdrücklichen Legaldefinitionen desselben Rechtsakts orientieren: Denn anders als bei offenen Rechtsbegriffen ohne Legaldefinition hat der Rechtsunterworfenen bei legaldefinierten Begriffen – dem Sinn der Legaldefinition entsprechend – gerade infolge der gesetzlichen Begriffsbestimmung keinen Anreiz mehr, sich weitergehender Erkenntnisquellen zu bedienen.

b) Keine abweichende Lesart wegen Erwägungsgrund 150 zur DSGVO

Ein abweichendes Verständnis des Unternehmensbegriffs in Art. 83 DSGVO scheint auf den ersten Blick Erwägungsgrund 150 Satz 3 der DSGVO nahe-zulegen.⁸⁹ Hiernach soll der Begriff im Zusammenhang mit der Gelbuße wie in Art. 101 f. AEUV verstanden werden.

Der Bedeutungsgehalt des Hinweises auf Art. 101 f. AEUV ist nicht eindeutig. Man könnte ihn beispielsweise, worauf teilweise hingewiesen wird, lediglich als eine Klarstellung dessen verstehen, dass nur wirtschaftlich tätige Unternehmen gemeint sein sollen.⁹⁰ Teilweise will man den Erwägungsgrund allerdings auch dahin deuten, er strebe eine Synchronisierung des Unternehmensbegriffs mit demjenigen des Kartellrecht an: Das Unternehmen im Rahmen von Art. 83 sei nicht rechtsträgerbezogen zu verstehen; gemeint sei vielmehr die wirtschaftliche Einheit.⁹¹

Selbst wenn man den Erwägungsgrund 150 in diesem Sinne verstünde, hätte er keine Bedeutung für die Auslegung des Unternehmensbegriffs in Art. 83

87 S. etwa JARASS, Komm. z. EuGrCh, 4. Aufl., 2021, Art. 49 Rdn. 7: „Erfasst werden repressive Sanktionen wegen der Verantwortlichkeit einer natürlichen oder juristischen Person von einigem Gewicht (vgl. Rdn. 8 zu Art. 48). Dementsprechend wird das Bestimmtheitsgebot auch auf Geldbußen in wettbewerbsrechtlichen Verfahren angewandt.“ ESER/KUBICIEL, in Meyer/Hölscheidt, Komm. z. EuGrCh, 5. Aufl., 2019, Art. 49 Rdn. 10; BLANKE, in: Calliess/Ruffert, Komm. z. EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 49 EuGrCh Rdn. 1; gds. auch KOKOTT, NZWiSt 2017, 409, 410.

88 DREWES, aaO (Fn. 86), Art. 4 Rdn. 5.

89 Für die betreffende Passage des Erwägungsgrundes siehe oben (Fn. 85).

90 So FAUST/SPITTKA/WYBITUL, ZD 2016, 120, 124: „Der Verweis auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff könnte auch dazu dienen, wirtschaftliche von nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten abzugrenzen.“

91 ZIEBARTH, aaO (Fn. 82), Art. 4 DSGVO Rdn. 209. Campos Sánchez-Bordona, SchlussA v. 27.4.2023 in der Rs. C-807/21, Rdn. 45 ff.

DSGVO; denn dieser ist (allein) im Lichte der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 18 DSGVO zu verstehen. Das ergibt sich aus dem gegenüber einer Legaldefinition untergeordneten Stellenwert der Erwägungsgründe bei der Auslegung unionsrechtlicher Verordnungen. Zudem würde die Transposition des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs in die DSGVO auch nicht zu der grundlegenden Verschiedenheit von Datenschutz- und Kartellrecht passen:

(1) Nachrang der Erwägungsgründe gegenüber dem verfügenden Verordnungstext

Zwischen dem verfügenden Verordnungstext und den Erwägungsgründen besteht ein hierarchisches Verhältnis.⁹² Dabei geht der EuGH zwar davon aus, dass die Erwägungsgründe Eingang in die Auslegung unionsrechtlicher Vorschriften finden können und dass ihre Berücksichtigung oftmals geboten erscheint.⁹³ Jedoch gilt dies nur, soweit sie nicht in Widerspruch zum Wortlaut des verfügenden Textes stehen, der folglich in Konfliktfällen Vorrang genießt. In den Worten des Gerichtshofs ist der Stellenwert der Erwägungsgründe so zu veranschlagen, dass

„die Begründungserwägungen eines Gemeinschaftsrechtsakts rechtlich nicht verbindlich sind und weder herangezogen werden können, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht.“⁹⁴

(2) Widerspruch zu Bestimmungen der Verordnung

Ein solches Abweichen von Bestimmungen der DSGVO läge vor, wollte man das Unternehmen in Art. 83 DSGVO entgegen der Legaldefinition gemäß Art. 4 Nr. 18 DSGVO im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit verstehen.

Zwar ist richtig, dass der in Art. 83 DSGVO verwendete Begriff sich in der englischen Sprachfassung von dem in Art. 4 Nr. 18 DSGVO legaldefinierten unterscheidet („undertaking“ in Art. 83 und „enterprise“ in Art. 4 Nr. 18 DSGVO).⁹⁵ Jedoch ergibt sich daraus aus zwei Gründen letztlich kein durgreifendes Argument:

Erstens verwendet die klare Mehrzahl der Sprachfassungen in Art. 4 Nr. 18 DSGVO und Art. 83 DSGVO denselben Begriff. Beispielhaft genannt seien neben der deutschen die französische („entreprise“), die niederländische („onderneming“), die italienische („impresa“), die portugiesische („empresa“) und

92 Ausf. dazu GUMPP, ZfPW 2022, 446 ff.

93 EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-298/00, BeckRS 2004, 76116.

94 EuGH, Urt. v. 24.11.2005 – C-136/04, BeckRS 2005, 70929.

95 FAUST/SPITTKA/WYBITUL, ZD 2016, 120, 123.

die spanische („empresa“). Wenn aber außer der englischen praktisch alle Sprachfassungen den Begriff einheitlich verwenden, wäre es mit dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der Sprachfassungen⁹⁶ kaum vereinbar, sich in einer Auslegungsfrage nur auf eine einzige Sprachfassung zu stützen, wenn diese von der Mehrzahl der übrigen abweicht.

Zweitens ist die englische Sprachfassung in sich u.E. nicht kohärent abgefasst. Zwar spricht Art. 4 Nr. 18 DSGVO in der Tat von „enterprise“, während in Art. 83 der Begriff „undertaking“ verwendet wird. Jedoch ist zugleich in Art. 4 Nr. 19 DSGVO von einer „group of undertakings“ die Rede, bei dem es sich um „a controlling undertaking and its controlled undertakings“ handeln soll. Der Begriff „undertaking“, der dann in Art. 83 DSGVO wieder aufgegriffen wird, wird also zumindest in Art. 4 Nr. 19 DSGVO auch in der englischen Sprachfassung im Sinne des an *einem* konkreten Rechtsträger verankerten Einzelunternehmens verstanden.⁹⁷ Auch der englische Wortlaut weist also nicht eindeutiger auf ein Verständnis des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit hin.

c) *Verschiedenheit zwischen Datenschutz- und Kartellrecht*

Schließlich spricht gegen eine Übertragung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs auf die DSGVO, dass dessen Prämissen im Datenschutzrecht nicht gelten. Traditionell handelt es sich bei dem europäischen Datenschutz- und Kartellrecht um zwei voneinander getrennte Rechtsgebiete. So weisen sowohl die Europäische Kommission⁹⁸ als auch der EuGH⁹⁹ darauf hin, dass die persönliche Dimension von Daten für sich genommen kein Gegenstand des Wettbewerbsrechts ist und eine rechtliche Bewertung damit zusammenhängender Fragen allein nach *autonomen* datenschutzrechtlichen Bestimmungen vorzunehmen ist. Zur Lösung datenschutzrechtlicher Problemkreise gelten kartellrechtliche Kategorien als ungeeignet.¹⁰⁰ Es herrscht zudem Einigkeit da-

96 S. etwa WEGENER, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 19 Rdn. 28; vgl. auch KOKOTT, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 55 EUV Rdn. 3.

97 So der zutr. Hinweis bei SCHRÖDER, in: Kühling/Buchner, Komm. z. DS-GVO BDSG, 3. Aufl., 2020, Art. 4 Nr. 18 Rdn. 2.

98 Kommission, Entsch. v. 11.3.2008, COMP/M.4731, C (2008) 927 (final), Rdn. 368 – *Google/ DoubleClick*.

99 EuGH, Urt. v. 23.11.2006 – C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rdn. 63 – *Asnef-Equifax .I. Administración del Estado*.

100 KAMANN/MILLER, NZKart 2016, 405; Moonen, „Competition Law and Data“, Präsentation im Rahmen der „Lunch-Talk“-Reihe des Global Competition Law Centre vom 14.9.2015, abrufbar unter www.coleurope.eu/events/77th-lunch-talk-competition-enforcement-time-big-data-myths-and-realities (Stand: 26.2.2023).

rüber, dass das Kartellrecht nicht direkt zum Zweck des Datenschutzes verwendet werden kann und soll.¹⁰¹

Dies spiegelt sich auch darin wieder, dass die oben skizzierten Spezifika, die den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff rechtfertigen,¹⁰² für die DSGVO nicht greifen. Nicht nur hat das Datenschutzrecht einen gegenüber dem Kartellrecht grundverschiedenen Schutzzweck (*unter (1)*). Es fehlt der DSGVO auch an einem Konzernprivileg (*unter (2)*). Außerdem käme es in der DSGVO bei Anwendung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs zu einem Auseinanderreißen von Pflichtigem und Ahnungssubjekt (*unter (3)*). Schließlich könnte die im Kartellrecht bekannte Bußgeldbemessung anhand der kartellbefangenen Produkte nicht in die DSGVO übertragen werden (*unter (4)*).

(1) Grundverschiedener Schutzzweck der DSGVO

Die DSGVO verfolgt, anders als das Kartellrecht, keinen Zweck, dessen Erreichung erst durch die Ausweitung des Unternehmensbegriffs auf die wirtschaftliche Einheit ermöglicht wird. Das europäische Datenschutzrecht dient vielmehr primär dem Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten von natürlichen Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.¹⁰³ Im Gegensatz zum Kartellrecht hängt die sachliche Anwendbarkeit der datenschutzrechtlichen Bestimmungen gerade nicht von etwaigen Umsatz- oder Marktanteilsschwellen ab. Maßgeblich ist lediglich die Verarbeitung personenbezogener Daten durch den jeweiligen „Verantwortlichen“ im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO, also durch jedes Unternehmen, das über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet.

Da diese Entscheidung in der Regel – auch bei Beherrschung durch die Muttergesellschaft – von jeder Tochtergesellschaft selbst getroffen wird,¹⁰⁴ lässt sich hier nicht von einem einheitlichen Auftreten sprechen. Die Ausweitung des Unternehmensbegriff, insbesondere auf den Konzern, ist also im System des EU-Datenschutzrechts nicht mit dessen Funktion oder Schutzzweck zu rechtfertigen.

101 BUCHNER, WRP 2019, 1243, 1244; freilich schließt das Verstrickung nicht gänzlich aus, s. etwa BGH, GUR 2020, 1318.

102 *Supra*, IV., 2.

103 Vgl. ErwGr. 10 S. 1 f. zur DSGVO; EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, Rdn. 39, 42 – *Schrems*; ZERDICK, in: Ehmman/Selmayr, Komm. zur DSGVO, 2. Aufl., 2018, Art. 1 Rdn. 7f.; ERNST, in: Paal/Pauly, Beck'scher Kompakt-Komm. z. DS-GVO und BDSG, 3. Aufl., 2021, Art. 1 DSGVO Rdn. 1.

104 HESSEL/POTEL, K&R 2020, 654, 655.

(2) *Kein Konzernprivileg unter der DSGVO*

Die Übertragung des funktionalen Unternehmensbegriffs widerspricht ferner der Systematik der DSGVO, da diese keine Entsprechung zum kartellrechtlichen Konzernprivileg kennt.¹⁰⁵ Es fehlt damit ein wesentliches Ausgleichsinstrument, das im Kartellrecht die Verhältnismäßigkeit des weiten funktionalen Unternehmensbegriffs sicherstellt.

Zwar sieht die DSGVO vor, dass mehrere Unternehmen, so auch Mutter- und Tochtergesellschaft, „gemeinsam Verantwortliche“ (Art. 26 DSGVO) sein können. Allerdings geht dies gerade nicht mit einer mit dem kartellrechtlichen Konzernprivileg vergleichbaren Privilegierung der Verantwortlichen einher, welche den freien Datenfluss innerhalb des Konzerns erlauben würde.¹⁰⁶ Vielmehr bleibt es bei dem Grundsatz, dass jede Datenverarbeitung eines jeden Verantwortlichen einer gesonderten datenschutzrechtlichen Bewertung unterfällt. Auch zwischen den Gesellschaften innerhalb einer Unternehmensgruppe sind folglich datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten.¹⁰⁷ Mangels einer solchen „spiegelbildlichen“ Privilegierung des konzerninternen Datentransfers schiene es wertungswidersprüchlich,¹⁰⁸ einseitig zulasten der Unternehmen im Rahmen der Sanktionierung eine bußgelderhöhende Auslegung des Unternehmensbegriffs vorzunehmen.

(3) *Drohendes Auseinanderfallen von Pflichtigem und Ahnungssubjekt*

Eine Übertragung des kartellrechtlichen Regelungskonzepts auf die datenschutzrechtlichen Vorschriften zur Bußgeldbemessung würde zudem voraussetzen, dass auch die DSGVO den aus dem Kartellrecht bekannten Gleichlauf von primär Pflichtigem und Ahnungssubjekt bei Verstößen vorsieht. Dies ergibt sich daraus, dass das Bußgeld gerade eine Ahndung der Nichtbeachtung von Pflichten sein soll. Mit anderen Worten kann der funktionale Unternehmensbegriff nur dort zur Bußgeldbemessung herangezogen werden, wo er auch bereits im Rahmen der Verbotstatbestände zur Anwendung kommt.

Allerdings ist dies in der DSGVO gerade nicht der Fall. Die Verbotsnormen der DSGVO können sich nicht an das „Unternehmen“ im kartellrechtlichen

105 Dazu auch JACQUEMAIN/SCHWARTMANN, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Komm. z. DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., 2020, Art. 83 DSGVO Rdn. 75.

106 Siehe zum Erfordernis einer Rechtsgrundlage bzw. berechtigten Interesses für die Übermittlung der Daten zwischen den „gemeinsam Verantwortlichen“ iSd. Art. 26 DSGVO EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-40/17, ECLI:EU:C:2018:1039, Rdn. 94 – *Fashion ID*; FAUST/SPITTKA/WYBITUL, ZD 2016, 120, 124; PILTZ, in: Gola/Heckmann, Komm. z. DS-GVO und BDSG, 3. Aufl., 2022, Art. 26 DSGVO Rdn. 17f.

107 CORNELIUS, NZWiSt 2016, 421, 425; GRÜNWARD/HACKL, ZD 2017, 556, 559.

108 So TIMNER/RADLANSKI/EISENFELD, CR 2019, 782, 784; GRÜNWARD/HACKL, ZD 2017, 556, 559.

funktionalen Sinne richten, weil selbst Erwägungsgrund Nr. 150 DSGVO diesen nur für die Zwecke des Bußgeldes vorsieht. An allen übrigen Stellen der Verordnung ist der Unternehmensbegriff deshalb in jedem Fall in dem in Art. 4 Nr. 18 DSGVO festgelegten Sinn zu verstehen.¹⁰⁹

Hinzu kommt, dass datenschutzrechtliche Pflichten sich in erster Linie noch nicht einmal an das Unternehmen richten, sondern an den „*Verantwortlichen*“ (vgl. Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 DSGVO), also gemäß Art. 4 Nr. 7 DSGVO an „*die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet*“. Für die Bestimmung des Pflichtigen gilt demnach das Rechtsträgerprinzip, das einer Anwendung der weiten kartellrechtlich-funktionalen Betrachtung entgegensteht.¹¹⁰ Die für die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit konstitutive Entscheidung über die Datenverarbeitung ist dabei klar von einer bloßen Beherrschung der datenverarbeitenden Tochter durch die Muttergesellschaft zu trennen. Eine Tochtergesellschaft kann, wie dargelegt, zwar von einer Konzernmutter beherrscht werden. Diese müsste, um „*Verantwortliche*“ zu sein, aber an der konkreten Entscheidung über die Datenverarbeitung zumindest beteiligt sein, was regelmäßig nicht der Fall sein wird.¹¹¹

Das dem europäischen Datenschutzrecht zugrundeliegende Verantwortungsprinzip wird sodann folgerichtig auch auf Haftungsebene fortgeführt, wie der eigene privatrechtliche Haftungstatbestand der Verordnung zeigt:¹¹² So stellt Art. 82 Abs. 1 DSGVO, welcher die Schadensersatzansprüche Betroffener regelt, klar, dass diese nur gegenüber „*den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter*“ und damit gegenüber der konkreten juristischen Person und gerade nicht gegenüber einer wirtschaftlichen Einheit bestehen.

Normadressat der datenschutzrechtlichen Vorschriften ist nach alledem nur der für die jeweilige Verarbeitung Verantwortliche sowie gegebenenfalls der Auftragsverarbeiter. Einen „Konzerndatenschutz“, demzufolge der Konzern als solcher, ohne Rücksicht auf die die konkrete Entscheidung vornehmende Gesellschaft, d.h. allein kraft wirtschaftlicher Einheit, „*Verantwortlicher*“ im Sinne der DSGVO wäre, gibt es nicht.¹¹³

109 So auch Campos Sánchez-Bordona, SchlussA v. 27.4.2023 in der Rs. C-807/21, Rdn. 48.

110 So auch SCHILD, in: BeckOk Datenschutzrecht, 44 Ed., Stand 05/2023, Art. 4 Rdn. 88; kritisch RASCHAUER, in: Sydow/Marsch, Komm. z. DSGVO, 3. Aufl., Art. 4 Rdn. 133.

111 HESSEL/POTEL, K&R 2020, 654, 655 mwN; krit. RASCHAUER, in: Sydow/Marsch, Komm. z. DSGVO, 3. Aufl., 2022, Art. 4 Rdn. 133.

112 Dazu CORNELIUS, NZWiSt 2016, 421, 425; HESSEL/POTEL, K&R 2020, 654, 658.

113 SCHILD, aaO (Fn. 83), Art. 4 DSGVO Rdn. 88.

(4) *Keine Möglichkeit der produktbezogenen Bußgeldbemessung in der DSGVO*

Wie oben dargestellt, ist die kartellrechtliche Bußgeldbemessung anhand des Umsatzes einer ganzen wirtschaftlichen Einheit nur sinnvoll einsetzbar, weil bei kartellrechtlichen Verstößen eine sachgerechte Beschränkung auf kartellbefangene Produktparten möglich ist. Im Gegensatz dazu lassen sich Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften regelmäßig gerade keinem bestimmten Produkt oder keiner bestimmten Dienstleistung zuordnen. Insofern fehlt es im Datenschutzrecht an einem entscheidenden, die Bußgeldhöhe limitierenden Verhältnismäßigkeitsfaktor. Lässt sich jedoch aufgrund dieser faktischen bzw. tatsächlichen Umstände der kartellrechtliche Maßstab zur Bemessung des Grundbetrages nicht auf das Datenschutzrecht übertragen, so erscheint es systemwidrig, den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff in Art. 83 Abs. 4–6 DSGVO hineinzulesen.¹¹⁴

(5) *Zwischenergebnis*

Zwischen dem europäischen Kartell- und Datenschutzrecht bestehen grundlegende Unterschiede sowohl mit Blick auf deren jeweilige Zweckrichtung, Systematik und Anwendungspraxis. Vor diesem Hintergrund ist eine grundsätzlich autonome Auslegung der beiden Rechtsgebiete geboten. Aufgrund dieser, in der Literatur als „*gravierend*“¹¹⁵ beschriebenen Unterschiede lassen sich auch originär kartellrechtliche Konzepte und Begrifflichkeiten, wie vorliegend der funktionale Unternehmensbegriff, grundsätzlich nicht in das Datenschutzrecht übertragen.

3. *Zwischenergebnis*

Nach alledem ist der Begriff des Unternehmens in der DSGVO einheitlich im Sinne der in Art. 4 Nr. 18 DSGVO gegebenen Definition zu verstehen, sodass er allein auf den konkreten Rechtsträger abstellt.¹¹⁶ Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff findet im Rahmen der DSGVO keine Anwendung, auch nicht im Rahmen der Geldbußenbemessung nach Art. 83 DSGVO.¹¹⁷

114 SCHILD, aaO (Fn. 83), Art. 4 DSGVO Rdn. 20.

115 TIMNER/RADLANSKI/EISENFELD, CR 2019, 782, 784 Rdn. 19.

116 So auch FAUST/SPITTKA/WYBITUL, ZD 2016, 120, 124; MOOS/SCHEFZIG, aaO (Fn. 84), Art. 83 DSGVO Rdn. 47 A. A. ACKERMANN, ZEuP 3/2023 (im Erscheinen).

117 A. A. ACKERMANN, ZEuP 3/2023 (im Erscheinen); a. A. Campos Sánchez-Bordona, SchlussA v. 27.4.2023 in der Rs. C-807/21, Rdn. 47

VI. Weitere Bereiche des Europäischen Wirtschaftsrechts

Das bislang auf den Gebieten des Europäischen Gesellschafts-, Kartell- und Datenschutzrechts gezeigte Bild wird durch weitere Sekundärrechtsakte des Europäischen Wirtschaftsrechts bestätigt.

1. Europäisches Bilanzrecht (EU-Bilanz-RL)

Dem Europäischen Bilanzrecht liegt eine klare Unterscheidung zwischen Gesellschaft bzw. Unternehmen einerseits und Gruppe und Konzern andererseits zugrunde.

Im Jahr 1983 wurde eine gesonderte Konzernbilanz-RL¹¹⁸ geschaffen, die 2013 in der EU-Bilanz-RL¹¹⁹ aufgegangen ist. Nach Art. 21 EU-Bilanz-RL sind „ein Mutterunternehmen und alle seine Tochterunternehmen [...] zu konsolidierende Unternehmen“ (Konsolidierungsbetrachtung).¹²⁰ Erfüllt ein Mutterunternehmen einen der enumerativ aufgezählten Tatbestände der Beherrschungsmöglichkeit in Art. 22 Abs. 1 EU-Bilanz-RL, hat dieses zwingend einen konsolidierten Abschluss anzufertigen (Konzern- vs. Einzelrechnungslegung).¹²¹ Der Konzernabschluss besteht nach Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 EU-Bilanz-RL aus konsolidierter Bilanz, konsolidierter Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) und Anhang; daneben tritt der Konzernlagebericht.¹²²

Da den Spezialvorschriften der Art. 21 ff. EU-Bilanz-RL eine konstitutive – und nicht nur deklaratorische – Funktion zukommt, erkennt auch das Bilanzrecht an, dass Mutter- und Tochterunternehmen begrifflich zwei verschiedene Einheiten sind. Indem ferner die Mutter- und Tochtergesellschaften begrifflich mit *Mutterunternehmen* (*parent undertaking*) und *Tochterunternehmen* (*subsidiary undertaking*) gleichsetzt werden, scheidet auch im Europäischen Bilanzrecht ein Begriffsverständnis von Unternehmen (*undertaking*) als begriffliche Zusammenfassung mehrerer Konzerngesellschaften aus.

118 Siebente RL 83/349/EWG des Rates v. 13.6.1983 aufgrund von Artikel 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss, ABL. L 193, S. 1ff.

119 RL 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der RL 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der RL 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABL. L 182, S. 19ff.

120 Näher dazu KALSS/KLAMPFEL, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 58.EGL, April 2023, E.III., Rdn. 278ff.

121 Dazu LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 23.44ff.

122 LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 23.50.

Untermauert wird dieser Befund durch die Legaldefinitionen in Art. 2 EU-Bilanz-RL von „Mutterunternehmen“ (Nr. 9), „Tochterunternehmen“ (Nr. 10), „Gruppen“ (Nr. 11) und „verbundenen Unternehmen“ (Nr. 12). Für einen allgemeingültigen Unternehmensbegriff mit dem Bedeutungsinhalt „Gruppe“ oder „verbundene Unternehmen“ ist daneben kein Raum.

Schließlich wird diese Begriffslinie auch im besonderen Teil der Nachhaltigkeitsberichterstattung fortgesetzt, wie ein Blick in Art. 29a Abs. 1 EU-Bilanz-RL, geändert durch die Corporate Sustainability Reporting Directive (CRSD) aus dem Jahr 2022¹²³, offenbart. Dort ist die Rede von „Mutterunternehmen einer großen Gruppe nach Artikel 3 Abs. 7“ (*parent undertakings of a large group*), was ebenfalls eine Trennung der Rechtsträger impliziert.

2. Europäisches Kapitalmarktrecht (MiFID II und MAR)

Die kapitalmarktrechtlichen EU-Rechtakte sehen Spezialregelungen für Konzerne und Mutter- bzw. Holdinggesellschaften vor, teilweise um zusätzliche Anforderungen aufzustellen, teilweise um Privilegien vorzusehen.¹²⁴ Dieser Differenzierung bedürfte es nicht, wenn die konzernangehörigen Gesellschaften zusammen als ein (Einheits-)Unternehmen verstanden würden.

Dass mit dieser begrifflichen Unterscheidung zwischen Unternehmen/Gesellschaften einerseits und Konzernen andererseits auch eine rechtsfolgenrelevante Unterscheidung einhergeht, zeigen insbesondere Art. 70 der Finanzmarkt-Richtlinie (MiFID II)¹²⁵ zu „Sanktionen bei Verstößen“ und Art. 30 der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)¹²⁶ zu „verwaltungsrechtlichen Sanktionen und anderen verwaltungsrechtlichen Maßnahmen“. Nach Art. 70 Abs. 6f) MiFID II macht es für die Bemessungsgrundlage (jährlicher Gesamtumsatz) des Bußgelds einen Unterschied, ob es sich um ein (Einheits-)Unternehmen oder „um ein Mutterunternehmen oder ein Tochterunternehmen des Mutter-

123 Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl. L 322, S. 15 ff.

124 LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 47), 12.13.

125 Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 173, S. 349 ff.

126 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. L 173, S. 1 ff.

unternehmens [handelt]“. Der Begriff des Unternehmens (*undertaking*) fasst somit nicht alle Konzerngesellschaften zusammen („Mutterunternehmen“; „Tochterunternehmen“).

Ein entsprechendes Verständnis liegt Art. 30 Abs. 2 UAbs. 3 MAR zugrunde („Falls es sich bei der juristischen Person um eine Muttergesellschaft oder eine Tochtergesellschaft handelt [...]“).

3. Europäisches Insolvenzrecht (EuInsVO)

In den Begriffsbestimmungen der EuInsVO (Art. 2) kommt zum Ausdruck, dass auch das Europäische Insolvenzrecht mit Unternehmen die einzelne Gesellschaft meint. Beispielsweise wird in Art. 2 Nr. 13 die „Unternehmensgruppe“ definiert als ein Mutterunternehmen *und* alle seine Tochterunternehmen.¹²⁷ Damit ist ausgeschlossen, dass Mutter- und Tochterunternehmen zugleich dasselbe Unternehmen sind.

Auf dieser Begriffsgrundlage baut das Grundprinzip der EuInsVO auf: „eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz“.¹²⁸ Aus diesem rechtsträgerbezogenen Insolvenzverständnis folgt insbesondere das Subprinzip der Trennung der Verfahren: Selbst wenn mehrere Gesellschaften einen Konzern bilden, ist für jede Gesellschaft ein separates Insolvenzverfahren durchzuführen.¹²⁹ Daran scheint *prima facie* zwar das eingeführte Gruppenkoordinationsverfahren zu rütteln.¹³⁰ Dieses vermag das Trennungsprinzip aber nicht ins Wanken zu bringen: Zum einen bleibt die Autonomie der Einzelverfahren aufrechterhalten; zum anderen findet eine materielle Konsolidierung gerade nicht statt; es soll lediglich eine prozedurale Koordinierung zwischen den Verwaltern stattfinden.¹³¹ Mithin werden bei Gruppen und Konzernen auch in der Insolvenz die Prinzipien der Trennung der Vermögensmassen und der beschränkten Haftung hochgehalten.¹³²

127 Siehe auch Art. 2 Nr. 14 EuInsVO zu „Mutterunternehmen“.

128 Vgl. LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 17.19; siehe beispielsweise EuGH v. 15.12.2011, Rastelli, C-191/10, ECLI:EU:C:2011:838, Rdn. 25.

129 LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 17.20; vgl. J. SCHMIDT, KTS 2015, 19, 21.

130 Dazu im Einzelnen LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 17.99 ff.

131 LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 17.100.

132 LUTTER/BAYER/J. SCHMIDT, aaO (Fn. 44), 17.100.

4. Lieferkettenregulierung: Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD-Entwurf)

Der im März 2022 von der Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD-Entwurf)¹³³ erfasst mit dem Begriff des „Unternehmens“, wie aus der ausdrücklichen Begriffsbestimmung in Art. 3 lit. a CSDDD-Entwurf folgt, grundsätzlich nur einzelne juristische Personen.¹³⁴ Da gruppen- und konzernangehörigen Gesellschaften in ihrer Gesamtheit keine Rechtspersönlichkeit zukommt, lassen sich eine Gruppe oder ein Konzern nicht unter diesen Unternehmensbegriff fassen.

Der CSDDD-Entwurf hält somit am Rechtsträgerprinzip fest.¹³⁵ Dies folgt auch aus Art. 1 Abs. 1 lit. a CSDDD-Entwurf¹³⁶, der zwischen eigenen Tätigkeiten des Mutterunternehmens und Tätigkeiten des Tochterunternehmens unterscheidet.¹³⁷ Unterstützt wird die synonyme Verwendung der Begriffe Gesellschaft und Unternehmen schließlich dadurch, dass die englische Sprachfassung in der Begriffsbestimmung des Art. 3 CSDDD-Entwurf nicht von *undertaking*, sondern von *company* spricht.

Die geschilderte Fokussierung auf den einzelnen Rechtsträger erfasst auch das in Art. 20 CSDDD-Entwurf vorgesehene Bußgeldsystem. Gemäß Art. 20 Abs. 3 CSDDD-Entwurf richtet sich die Bußgeldhöhe insbesondere nach dem Umsatz des Unternehmens. Es findet sich in dem Entwurf allerdings – anders als in der DSGVO – noch nicht einmal ein Erwägungsgrund, der darauf hindeuten würde, dass hier der wirtschaftliche Unternehmensbegriff aus dem Kartellrecht gelten soll. Vielmehr ist insofern von einer Anwendbarkeit der Legaldefinition in Art. 3 lit. a CSDDD-Entwurf auszugehen, sodass es auf den Umsatz des konkreten Rechtsträgers ankommt. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der Umsatz des Unternehmens auch an anderen Stellen des Richtlinienentwurfs auftaucht und dort, weil er unter anderem für die Anwendbarkeit der

133 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final.

134 Eine Ausnahme gilt für „Finanzunternehmen“, bei denen es auf die Rechtsform für die Einbeziehung nicht ankommt, vgl. Art. 3 lit. a) iv).

135 KÖNIG, NZG 2022, 1186, 1187; vgl. STEUER, ZIP 2023, 13, 23: „Das in Art. 15 CSDDD-E adressierte ‚Unternehmen‘ ist nur der jeweilige Rechtsträger“.

136 Die Vorschrift lautet:

„Diese Richtlinie enthält Vorschriften über a) Verpflichtungen von Unternehmen in Bezug auf tatsächliche und potenzielle negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt in Bezug auf ihre eigenen Tätigkeiten, die Tätigkeiten ihrer Tochterunternehmen [...].“

137 Vgl. STEUER, ZIP 2023, 13, 23.

Richtlinie auf bestimmte Unternehmen maßgebend ist, auf den konkreten Rechtsträger bezogen sein muss.

VII. Ergebnisse in Thesenform

1. Die im Unionsrecht vorgefundenen Regelungen zum „Unternehmen“ haben ein duales Bild ergeben: Nur im Kartellrecht wird ein an der wirtschaftlichen Einheit orientierter funktionaler Unternehmensbegriff verwendet. Dieser begrenzt das Unternehmen gerade nicht auf eine einzelne juristische Person. Der funktionale Unternehmensbegriff hat seine Wurzel in – nicht verallgemeinerbaren – Besonderheiten des Kartellrechts.
2. Eine Analyse der außerkartellrechtlichen Regelungen des primären und sekundären EU-Wirtschaftsrechts – Gesellschaftsrecht, Datenschutzrecht, Bilanzrecht, Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht und Lieferkettenrecht – ergibt demgegenüber, dass der funktionale Unternehmensbegriff hier nicht verwendet wird und mithin kein allgemeines Rechtsprinzip des Unionsrechts darstellt. Vielmehr gilt in allen diesen Teilrechtsgebieten ein auf den konkreten Rechtsträger abstellender, enger Unternehmensbegriff.