

CHRISTIAN CORNETT

## Traubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften

Juristische Reihe **TENEA** / [www.jurawelt.com](http://www.jurawelt.com) Bd. 41



41



**TENEA**



**Dr. Christian Cornett**, geboren am 31. Januar 1968, wurde mit dieser von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Arbeit an der Universität Heidelberg von Prof. Dr. Peter Hommelhoff promoviert. Nach einer Assistenz im Hauptsitz einer Bank in Frankfurt am Main ist der Verfasser seit 1998 in einer Anwaltskanzlei vorrangig im Bereich Unternehmenskauf und Gesellschaftsrecht tätig.

Dr. Christian Cornett ist verheiratet und hat drei Kinder.

Die Arbeit erörtert die Frage der Ausgestaltung der Haftung im Recht der polykorporativen Unternehmen.

Schwerpunkte der Arbeit sind die Elemente der Treupflicht eines herrschenden Unternehmens und dessen Verpflichtung zur Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft. Diese zentralen Wertungen werden unter dem Blickwinkel des konzernspezifischen Interessenkonflikts dargestellt.

Die Arbeit baut auf die These auf, dass eine die Wertungen der Haftungsregelung im verbundenen Unternehmen aufgreifende tatbestandsarme Regelung – insbesondere im europäischen Kontext – eher Akzeptanz finden wird als eine detaillierte Regelung. Von dieser These ausgehend präsentiert der Verfasser am Ende seiner Arbeit einen Regelungsvorschlag für eine Generalklausel zur Regelung der behandelten Haftungsfrage im Recht der polykorporativen Unternehmen.

Die gemachten Ausführungen gehen dabei von dem geltenden Recht vor dem sogenannten »Bremer-Vulkan«-Urteil des Bundesgerichtshofes vom 17. September 2001 aus.

TENEA



**Tenea** (ἡ Τενέαι), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]  
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

**CHRISTIAN CORNETT**

Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse  
abhängiger Gesellschaften

TENEA

---

---



Christian Cornett:

Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse  
abhängiger Gesellschaften

(Juristische Reihe TENEА/www.jurawelt.com; Bd. 41)

Zugleich Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg  
Dissertation 2002

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,  
alterungsbeständigem Papier

© TENEА Verlag für Medien  
Berlin 2003

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Digital-Print-Service · 10119 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TENEА-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2003

ISBN 3-86504-011-X

## Danksagung

Der Grossteil dieser Arbeit ist an der Universität Heidelberg entstanden, beendet wurde die Arbeit neben der Tätigkeit des Verfassers in einer Frankfurter Kanzlei.

Der Dank des Verfassers gilt in erster Linie Professor Dr. Peter Hommelhoff für die Anregung zu dieser Arbeit, das dem Verfasser entgegengebrachte Vertrauen und die langjährige ebenso wohlwollende und geduldige, fachliche und menschliche Unterstützung. Unter anderem hat insbesondere die dem Verfasser ermöglichte Teilnahme an Sitzungen des Forschungsprojekts Konzernrecht in Europa das Verständnis für die Einbettung der Thematik in einen größeren Kontext nachhaltig beeinflusst. Herrn Privatdozent Dr. Christian Schubel gebührt grosser Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg dankt der Verfasser für die Aufnahme in das Graduiertenkolleg der Universität zum zum *Unternehmerischen Handeln nach deutschem, internationalem und ausländischem Recht*. Zahlreiche Anstöße zu in dieser Arbeit aufgegriffenen Fragen stammen von den übrigen Teilnehmern des im Graduiertenkollegs der Universität Heidelberg. Den übrigen Teilnehmern sei ganz herzlich gedankt. Besonderer Dank für Anregungen, fachliche Diskussionen und förderlichen Gedankenaustausch während der Erstellung der Arbeit gebührt den Freunden aus Heidelberg, insbesondere Matthias Hettich, Jens Kollmar, Bernhard Maluch, Marc von Samson-Himmelstjerna und, nur alphabetisch an letzter Stelle, Umberto Tombari.

Für die Zuteilung von Stipendien während der Zeit in Heidelberg gebührt dem DAAD und der Deutschen Forschungsgemeinschaft großer Dank. Außerdem dankt der Verfasser dem British Council für die Förderung eines Studienaufenthaltes in London. Unvergessen sind ausserdem die unzähligen Helfer während der inspirierenden Aufenthalte des Verfassers in Heidelberg, an der Queen Mary and Westfield University und der Harvard Law School.

—

Grenzenlose Dankbarkeit gebührt meiner Familie: insbesondere meiner verstorbenen Mutter Maria Caroline Cornett und dem unvergessenen Anwalt Marius Hansen, vor allem aber meiner lieben Frau Patricia Nacimiento und unseren wunderbaren Kindern Rebecca, Helena und Alexander.

Christian Cornett





## **Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften**

Zur Idee einer konzernhaftungsrechtlichen Generalklausel als Abrundung  
der Haftungsregelung im polykorporativen Unternehmen

<b>Inhalt</b>	<b>Seite</b>
Danksagung	iii
Gliederung	iii
Begründung der Themenwahl, Problemdarstellung und Gang der Arbeit	xi
<b>Erster Teil:</b>	
<b>Betrachtung des Privilegs der beschränkten Haftung</b>	
<b>A. Rolle der Haftung in der Rechtsordnung</b>	1
I. Begriff und Inhalt der Haftung	1
II. Arten der Haftung	3
1. Verschuldenshaftung	3
2. Gefährdungshaftung	4
3. Problemspezifische Betrachtung der Gefährdungshaftung	5
4. Vorbehalt gegen ein zu rigides Vorverständnis der Haftung	6
III. Betrachtung zum Regelungsansatz der Verschuldenshaftung	7
IV. Funktionelle Betrachtung der Haftung	10
V. Zusammenfassung der Haftungsbetrachtungen	13
<b>B. Funktion des Haftungsprivilegs im Kapitalgesellschaftsrecht</b>	14
I. Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen zur beschränkten Haftung	15
II. Historische Einordnung der Bestimmungen zur beschränkten Haftung	16
III. Theorie der beschränkten Haftung bei der Kapitalgesellschaft	20
1. Herleitung aus dem Trennungsprinzip	20
2. Zweck, Funktion und Eigenschaft des Haftungsprivilegs	24
a. Bedeutung der Normzweckbetrachtung	24
b. Normzweck der Haftungsbeschränkung	27
IV. Durchbrechungen des Haftungsprivilegs:	30
1. Stichwort 'Durchgriff'	31
2. 'Durchgriff' aufgrund von Mißbrauch oder als Normanwendung?	33
a. Mißbrauchsbetrachtungen: subjektive Durchgriffslehre	33
b. Zur 'objektiven Durchgriffslehre'	35
c. 'Durchgriff' als Normzweckbetrachtung	35
3. Einbettung des Durchgriffsgedankens in die behandelte Problematik	39
<b>C. Haftung neben oder Haftung trotz Haftungsprivileg ?</b>	41

<b>I. Allgemein zivilrechtliche Haftung neben der Haftungsbeschränkung</b>	41
1. Haftung kraft Verhalten	42
2. Haftung auf vertraglicher Grundlage	43
3. Haftung kraft Rechtsscheins	44
4. Identifikation	45
5. Umgehungsbetrachtung	46
6. Gemeinsame Betrachtung	47
<b>II. Haftung trotz Haftungsbeschränkung - Stichwort 'Durchgriff'</b>	47
1. Unterkapitalisierung	52
2. Vermögensvermischung	56
3. Sphärenvermischung	58
4. Fremdsteuerung	59
5. Institutionsmißbrauch	61
6. Bedeutung der allgemeinen Durchgriffshaftung für diese Arbeit	62
<b>D. Rolle des Haftungsprivilegs im Recht der verbundenen Unternehmen</b>	67
<b>Zweiter Teil:</b>	
<b>Eine Generalklausel zur Erfassung der Wertungsgrundlagen des Haftungsprivilegs</b>	71
<b>A. Grundlegende Erwägungen zu rechtlichen Wertungsmaßstäben</b>	71
<b>I. Methodische Vorbemerkung zum Erkennen der Wertungsgrundlagen</b>	72
1. Unterschiedliche methodische Strömungen	73
a. Begriffsjurisprudenz	73
b. Interessenjurisprudenz	74
c. Wertungsjurisprudenz	74
2. Bedeutung des methodologischen Bewußtseins	75
<b>II. Anwendung wertungsgebundene Regeln durch den Richter</b>	76
<b>III. Explizite Wertungsvorgaben als regelungstechnischer Ansatz</b>	79
<b>B. Relevanz verfassungsmäßiger Wertungsvorgaben</b>	82
<b>I. Wirtschaftsrechtliche Grundbetrachtungen</b>	82
<b>II. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorgaben?</b>	83
<b>III. Grundgesetzbedeutung durch Grundrechte</b>	84
<b>IV. Bedeutung einzelner Grundrechte für die Haftungsfrage?</b>	86
1. Freie Entfaltung der Persönlichkeit und allgemeine Handlungsfreiheit	86
2. Grundrecht der Vereinigungsfreiheit	87
3. Freiheit beruflicher und gewerblicher Betätigung	87
4. Eigentumsfreiheit	87
<b>V. Fehlen verfassungsmäßiger Wertungsvorgaben für die Haftungsfrage</b>	88
<b>C. Zur Einbettung von Generalklauseln in die Rechtsordnung</b>	89
<b>I. Betonung der Bedeutung der Ausgangsposition</b>	89
<b>II. Rechtsevolution, Kodifikation und dogmatisches Rechtsverständnis</b>	90
<b>III. Rechtshistorische Betrachtung</b>	93
<b>IV. Illustration am Beispiel der allgemeinen Verschuldenshaftung</b>	94

V. Bedeutung der allgemeinen Haftungsregel für die Problematik	95
<b>D. Zur Möglichkeit einer Regelung durch eine Generalklausel</b>	96
I. Zum "Wesen" der Generalklauseln	96
II. Zur Rolle der Generalklauseln im Rechtssystem	99
1. Aufgaben der Generalklauseln	99
2. Rolle des Richters bei der Anwendung von Generalklauseln	102
a. Rechtsvergleichender Ausblick zur Rolle des Richters	103
b. Rolle des Richters in Deutschland	105
3. Besondere Gefahren bei Generalklauseln	108
4. Anwendung von Generalklauseln	112
III. Generalklauseln im deutschen Privatrecht	116
1. Ursprüngliche Generalklauseln aus der Zeit der Kodifizierung	116
2. Geschichtliche Betrachtung zur Haltung gegenüber Generalklauseln	118
3. Generalklauseln im heutigen Recht	120
a. Generalklauseln im Wirtschaftsrecht am Beispiel des § 1 UWG	121
b. Generalklauseln im modernen Privatrecht: § 307 BGB (§ 9 AGBG)	123
4. Betrachtung zur Verwendung von Generalklauseln im deutschen Recht	126
IV. Aufnahme expliziter Wertungsvorgaben in eine Generalklausel	126
<b>E. Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht</b>	130
I. Allgemeine zivilrechtliche Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht	130
II. Voraktiengesetzliche Überlegungen zu einer Generalklausel	131
III. Konzern erwägungen und Generalklausel im Aktiengesetz von 1937	137
IV. Vom Aktiengesetz von 1937 zum Aktiengesetz von 1965	144
<b>F. Eine Haftungsgeneralklausel im Recht der verbundenen Unternehmen?</b>	148
I. Allgemeine Tendenz als Grund für die Haftungsgeneralklausel?	148
II. Europäisierung als Grund für eine Haftungsgeneralklausel?	149
III. Weiterentwicklung als Grund für eine Haftungsgeneralklausel?	156
IV. Ergebnis: Raum für die diskutierte Haftungsgeneralklausel	158
V. Ausblick auf den weiteren Gang der Arbeit	160
<b>Dritter Teil:</b>	
<b>Verantwortlichkeit für abhängige Kapitalgesellschaften</b>	161
<b>A. Spezifische Problematik der polykorporativen Wirtschaftseinheit</b>	161
I. Problemdarlegung	162
II. Polykorporatives Unternehmen und autonome Gesellschaft	168
1. Zur Terminologie: Merkmale der Unternehmenseinheit	169
2. Nur gesellschaftsrechtlich begründete Abhängigkeitsverhältnisse	170
III. Erfassung des spezifischen, nicht des allgemeinen Risikos	172

1.	Das Haftungsprivileg in der freien Marktwirtschaft	172
2.	Zur Risikoverschiebung im polykorporativen Unternehmen	174
3.	Zur rechtlichen Beurteilung des zu akzeptierenden Risikos	180
IV.	Aspekte der Leitung und Haftung im verbundenen Unternehmen	181
1.	Kompetenzverteilung der Leitung	181
2.	Gleichlauf von Herrschaft und Haftung?	182
V.	Im Brennpunkt: Überlagerung der Interessen	187
1.	Sicherung der Gläubigerinteressen im Interessenkonflikt	188
2.	Frage der Bedeutung des Eigeninteresses der Gesellschaft	189
a.	Zur historischen Dimension der Frage des Eigeninteresses	189
b.	Abgrenzung und Festlegung eines Eigeninteresses	191
c.	Einfluß von Beherrschung auf das Eigeninteresse	195
d.	Unternehmensinteresse: Das Interesse des polykorporativen Gebildes	197
e.	Zur zentralen Bedeutung des Eigeninteresses für die Haftungsfrage	201
3.	Einwände gegen die zentrale Bedeutung des Eigeninteresses	203
4.	Schutz und Wahrung des Eigeninteresses als zentraler Gesichtspunkt	203
B.	Einbettung der Haftungsfrage in das Recht der verbundenen Unternehmen	205
I.	Fokussierung auf die abhängige Gesellschaft oder den Konzern?	205
II.	Fokussierung auf die haftungsrelevanten Faktoren	207
III.	Im Ergebnis nur auf die Haftungsfrage begrenzte Wertungen	208
C.	Beschränkte Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen	209
I.	Übernahme des Haftungsprivilegs in das kodifizierte Recht der verbundenen Unternehmen	210
1.	Entwicklung zum heutigen kodifizierten deutschen Recht	211
2.	Entwicklung zur Haftungsregelung im dritten Buch des AktG 1965	213
3.	Zweispurigkeit im deutschen Recht: unkodifiziertes GmbH-Konzernrecht	215
II.	"Allgemeiner Teil" des Konzernrechts: Die §§ 15ff. AktG	219
1.	Zum Begriff der verbundenen Unternehmen im Aktiengesetz	220
a.	Anmerkung zur fehlenden Definition des Unternehmensbegriffs	221
b.	Zum Unternehmensbegriff im Recht der verbundenen Unternehmen	222
2.	Mehrheitsbeteiligungen	226
3.	Anknüpfungspunkt der Konzernhaftung: Die Abhängigkeit	226
4.	Konzern und Konzernunternehmen nach § 18 AktG	228
5.	Wechselseitige Beteiligung	229
6.	Durch Unternehmensverträge verbundene Unternehmen	229
III.	Vertragskonzerne nach §§ 291ff. AktG	230
1.	"Andere Unternehmensverträge" nach § 292 AktG	231
2.	Unternehmensverträge nach § 291 AktG	231
a.	Vertragskonzerne als ein Produkt des Steuerrechts	232
b.	Weisungsrecht und Interessenumbruch	235
c.	Zustandekommen und Abändern von Unternehmensverträgen	239
d.	Spezifische Schutzregelungen im Vertragskonzern	241
aa.	Sicherung von Gesellschaft und Gläubigern der Gesellschaft	241
bb.	Verantwortlichkeit im Vertragskonzern	244
cc.	Sicherung der außenstehenden Aktionäre	246
3.	Schlußbetrachtung zur Konzeption der Vertragskonzernregelung	247
IV.	Sogenannte "faktische Konzernverhältnisse": §§ 311ff. AktG	250
1.	Zweck und Grundkonzept der §§ 311 bis 318 AktG	252
2.	Umsetzung der Schutzgedanken in faktischen Konzernverhältnissen	254

a.	Kontrolle der Eigeninteressenwahrung im Abhängigkeitsbericht	254
b.	Zur Möglichkeit einer Sonderprüfung	256
c.	Verantwortlichkeit in faktischen Konzernverhältnissen	257
3.	Schlußbetrachtung zur Gesetzeskonzeption der faktischen Konzerne	258
a.	Betonung der Grundidee: Das Schädigungsverbot und seine Rücknahme	260
b.	Insbesondere zu Nachteilsausgleich und Schadensersatzpflicht	262
c.	Zur Wirkung der vorgesehenen Schutzmechanismen	264
4.	Sogenannt "qualifiziert faktische Konzernverhältnisse"	265
V.	Weiterführung der Haftungsgedanken im GmbH-Konzernrecht	268
1.	Unterschiedliche Merkmale von Aktiengesellschaft und GmbH	269
2.	Herausbildung des GmbH-Konzernrechts in der Rechtsprechung	273
3.	Ansatz der Haftungsfrage im GmbH-Konzern: Die Treupflicht	274
4.	Ein Schritt in die andere Richtung: Das Fertighaus-Urteil	276
5.	Fortentwicklung zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern	279
a.	Erste Rechtsprechung: Das Autokran-Urteil	282
b.	Weiterentwicklung des Haftungsprinzips im Tiefbau-Urteil	283
c.	Stein des Anstoßes: Das Video-Urteil	285
d.	Das Aufatmen nach dem TBB-Urteil	288
e.	Rechtsprechung nach TBB: gefestigte Haftungsfigur	290
f.	Verteilung der Beweislast im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern	291
g.	Das sich ergebende Bild des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns	295
D.	Systematische Betrachtung zur konzernspezifischen Haftung	301
I.	Konzernspezifische oder allgemeine Haftung?	301
1.	Rechtsnormen bei Funktionsunfähigkeit der spezifischen Regelung	302
2.	§ 117 AktG: Schadensersatz bei Beeinflussung der Gesellschaft	304
a.	Entwicklung zu § 117 AktG	304
b.	Haftungstatbestand des § 117 AktG	306
c.	Verhältnis des § 117 AktG zur Vertragskonzernregelung	310
d.	Verhältnis des § 117 zu § 311ff. AktG	310
aa.	Gesteigerte Anforderungen des § 117 gegenüber den §§ 311ff.	312
bb.	Gesteigerte Anforderungen der §§ 311ff. gegenüber § 117 AktG	314
cc.	Zum Zusammenspiel des § 117 und der §§ 311ff. AktG	314
e.	Anwendung des § 117 AktG im Recht der verbundenen Unternehmen	318
3.	Ursprüngliche Gesetzeskonzeption: Der E § 284 des Referentenentwurfes	319
II.	Vorteile einer Konzernhaftung gegenüber der Durchgriffshaftung	325
1.	Zum Ausnahmecharakter einer Haftung trotz Haftungsprivileg	326
2.	Konzernhaftung als 'geordneter Haftungsdurchgriff'	328
3.	Konzernspezifische Haftung als sektoraler Konzerndurchgriff?	331
4.	Zur Systematik: Verlustausgleichspflicht oder Ausfallhaftung?	334
5.	Rechtssystematische Betrachtung zur Haftungsgrundlage	340
E.	Eigeninteresse und Treupflicht als Kern des Gläubigerschutzkonzeptes	343
I.	Verankerung des Maßstabs Eigeninteresse im geltenden Recht	343
1.	Eigeninteressenwahrung als Abrundung der Liquidationsregeln	345
2.	Zum Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft als deren Bestandsinteresse?	349
3.	Ansatz des Vorschlags: 'Eigeninteresse' als Haftungsmaßstab	353
a.	Kein Eigeninteresse als 'Seele' der Kapitalgesellschaft	353
b.	Eigeninteresse als ein die Haftungsordnung erhaltendes Korrektiv	355
c.	Gläubigerschutzkonzept Eigeninteresse als zwingendes Recht	357
d.	Eigeninteresse zur Abwehr eines übergeordneten 'Konzerninteresses'	359
e.	Vorliegen und Ausmaß der Eigeninteressenbeeinträchtigung	361
aa.	Eigeninteresse als Maßstab für vertretbares Ermessen	362
bb.	Indizien zur Beeinträchtigung des Eigeninteresses im Einzelfall	366
cc.	Zum Maßstab Eigeninteresse bei nur punktueller Beeinträchtigung	369

<b>dd.</b> Ausmaß der Eigeninteressebeeinträchtigung	370
<b>ee.</b> Auf Benachteiligungen anzurechnende Vorteile	371
<b>ff.</b> Bedeutung des Ausmaßes der Interessenbeeinträchtigung	373
4. Zur Wahrung des Eigeninteresses im Recht der Konzernhaftung	375
5. Zur Wahrung des Eigeninteresses bei qualifizierter Abhängigkeit	380
6. Insbesondere zum Eigeninteresse einer Einmanngesellschaft	382
<b>II. Verankerung der Treupflicht im geltenden Recht</b>	385
1. Eigeninteresse und Treupflicht gegenüber einer abhängigen Gesellschaft	386
2. Zu Gehalt und Grundlage der Treupflicht	388
<b>a.</b> Die dem Treupflichtansatz zugrundeliegenden Erwägungen	388
<b>b.</b> Vorbemerkung zur Frage der Grundlage der Treupflicht	393
<b>c.</b> Zur Grundlage der Treupflicht	395
<b>aa.</b> Eigenständige Grundlage aus dem gesetzlichen Begründungszusammenhang	396
<b>bb.</b> Der rein zivilrechtliche Ansatz: Treupflicht aus § 242 BGB	397
<b>cc.</b> Vorbemerkung zur spezifisch gesellschaftsrechtlichen Grundlage	398
<b>dd.</b> Zusammenhang von Mitgliedschaft und Treupflicht	399
<b>ee.</b> Zum Verhältnis von Treupflicht und Rechtsmißbrauch	401
3. Rechtsformübergreifender Charakter der Treupflicht	403
<b>a.</b> Darlegung und Erläuterung des rechtsformübergreifenden Ansatzes	403
<b>b.</b> Abriß zur Entwicklung des Treupflichtansatzes als Rechtsfortbildung	405
<b>aa.</b> Herkunft der Treupflicht aus dem Recht der Personengesellschaften	405
<b>bb.</b> Übernahme der Treupflicht für die Kapitalgesellschaft im GmbH-Recht	406
<b>cc.</b> Übernahme der Treupflicht ins Aktienrecht	406
<b>dd.</b> Bedeutung dieser Entwicklung für den vertretenen Ansatz	408
4. Insbesondere zur Treupflicht bei der Einmann-Gesellschaft	409
<b>a.</b> Sonderung zwischen Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern	409
<b>b.</b> Bestehen der Treupflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft	411
<b>c.</b> Abbedingung der Treupflicht durch die Gesellschaftergesamtheit?	412
<b>d.</b> Wertungswidrigkeit des bei Abbedingung entstehenden Schutzdefizits	415
<b>e.</b> Zwischenergebnis: Treupflicht bei sowohl Mehrpersonen- als auch Einmanngesellschaften	418
5. Handhabung und Intensität der Treupflicht	419
<b>a.</b> Zum - jeweils im Einzelfall zu bestimmenden - Inhalt der Treupflicht	419
<b>b.</b> Handhabung der Treupflicht durch Konkretisierung der Wertungen	423
<b>c.</b> Treupflichtkonkretisierung durch Interessenabwägung	425
<b>aa.</b> Recht des Gesellschafters zur Wahrung seiner Interessen	426
<b>bb.</b> Treubindung als Schranke für die Wahrung von Gesellschafterinteressen	428
<b>cc.</b> Verhältnismäßigkeit etc.	431
<b>d.</b> Charakteristisches Moment: gesteigerte Treupflicht bei gesteigertem Einfluß	432
<b>aa.</b> Möglichkeit der Beeinträchtigung anderer schutzwürdiger Interessen	432
<b>bb.</b> „Einfluß und Treubindung“ statt "Rechtsmacht und Verantwortung"	434
<b>e.</b> Bedeutung anderer, an die Gesellschaft anknüpfende Momente	437
<b>aa.</b> Bedeutung der Rechtsform der jeweiligen Gesellschaft?	437
<b>bb.</b> Bedeutung der "Realstruktur" der jeweiligen Gesellschaft	439
<b>f.</b> Bedeutung anderer, an den Gesellschafter anknüpfender Momente	441
6. Gesteigerte Treupflicht eines herrschenden Unternehmens	442
<b>III. Beweislastermäßigungen zum vertretenen Gläubigerschutzkonzept</b>	445
1. Allgemein zu Beweislast und richterlichem Beurteilungsspielraum	445
<b>a.</b> Zur Ausübung des richterlichen Ermessens bei der Beweiswürdigung	446
<b>b.</b> Vom Gesetzgeber zu entscheidendes Beweismaß	447
<b>c.</b> Beweislast und freie Beweiswürdigung - Grundsatz des § 286 ZPO	449
<b>d.</b> Beweislastumkehr	450

e.	Beweislastverteilung und mögliche Beweiserleichterungen	451
f.	Anscheinsbeweis und Erfahrungssätze bei typischen Geschehensabläufen	452
aa.	Zum Verhältnis von Anscheinsbeweis und materiellem Recht	453
bb.	Anscheinsbeweis und Indizienbeweis	454
cc.	Entkräftung des Anscheinsbeweises	456
g.	Zur Verteilung der Substantiierungslast nach Wahrnehmungsbereichen	456
h.	Zur Beweislast für Interessenbeeinträchtigung und Schadenshöhe	458
i.	Allgemeine Gründe für eine veränderte Beweislastverteilung	459
2.	Bedeutung problemspezifischer Besonderheiten für die Beweislastfrage	460
a.	Bedeutung des Einzelfallcharakters für die Frage der Beweislastverteilung	461
b.	Problemspezifische Parallele: Die Beweislastverteilung im qualifiziert faktischen Konzern	462
c.	Beweislast für Wahrung oder für Beeinträchtigung des Eigeninteresses?	467
aa.	Unternehmerischer Ermessensfreiraum und Beweislast für Unvertretbarkeit	468
bb.	Undurchschaubarkeit der Verhältnisse	469
cc.	Unstatthaftigkeit des Rückschlusses auf Interessenbeeinträchtigung	470
dd.	Raum für die Momente des Einzelfalls in der Beweisregelung	472
ee.	Beweisführung zur Treupflichtskonkretisierung	472
ff.	Fehlende Interessenbeeinträchtigung aufgrund von Ausgleichszahlungen?	473
3.	Zur problemspezifischen Ausgestaltung der Beweislastregelung	473
a.	Einleitendes zur sprachlichen und satzbaumäßigen Formulierung	473
b.	Beim Aufbau der materiellen Beweislastregelung zu beachtende Momente	474
aa.	Ausnahmeregelung vom Prinzip der Haftungsbeschränkung	474
bb.	Beweiserbringungsschwierigkeiten, Anscheinsbeweis und Substantiierungslast	475
cc.	Raum für die Umstände des Einzelfalls durch Gewichtung von Indizien	475
IV.	Verbindung der Wertungen zur Haftungsgeneralklausel: Die Treupflicht gegenüber dem Eigeninteresse	476
1.	Zur Treupflicht als Generalklausel	476
a.	Grundlegende Bedenken gegen die Treupflicht als Generalklausel ?	478
b.	Zur Treupflicht als de facto bereits geltende Generalklausel	479
c.	Wäre ein auf der Treupflicht aufbauender offener Tatbestand als zentrale Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen denkbar?	482
2.	Verbindung der Wertungsgesichtspunkte Treupflicht und Eigeninteresse zur Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen	485
a.	Zusammenspiel der Wertungen: Treupflicht und Eigeninteresse	485
b.	Art des Zusammenspiels	486
d.	Insbesondere: Aufrechterhaltung der Wertungsgesichtspunkte bei abhängigen Einmann-Gesellschaften	487
3.	Raum für den Ausgleichsgedanken im Rahmen der Treupflicht	488
<b>Vierter Teil:</b>		
<b>Zusammenfassung und Regelungsvorschlag</b>		490
<b>A. Wesentliche Betrachtungen dieser Arbeit in Thesenform</b>		490
I.	Regelung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen	491
1.	Der Regelung zugrundeliegende Gedanken	492
2.	Verantwortlichkeit im Eingliederungskonzern	493
3.	Verantwortlichkeit im Vertragskonzern	493
4.	Verantwortlichkeit beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages	495
5.	Verantwortlichkeit bei qualifiziert faktischen Abhängigkeiten	496
II.	Verdichtung der angestellten Betrachtungen zu Wertungen	497
1.	Zur Haftung als Aspekt der Unternehmensregelung	498
2.	Haftung und Haftungsprivileg im Recht der verbundenen Unternehmen	500

3. Materielle Durchbrechung der Haftungsbeschränkung	502
4. Treupflicht als Wertungsgrundlage der Verantwortlichkeit	504
5. Eigeninteresse als Wertungsmaßstab der Verantwortlichkeit	505
6. Verbindung der Wertungen Treupflicht und Eigeninteresse	509
<b>III. Betrachtungen zur zeitgemäßen Ausformung des Haftungsprivilegs</b>	509
1. Frage der Kodifikation	509
2. Ziele des verfolgten Regelungsansatzes	513
3. Raum für Generalklauseln im Recht der verbundenen Unternehmen?	515
4. Nationale oder europäische Regelung?	519
5. Systemimmanente Durchbrechung des Haftungsprivilegs?	519
6. Betonung des Einzelfallcharakters	521
7. Berücksichtigung von Indizien bei der Einzelfallentscheidung	523
8. Zur Verteilung der Beweislast	524
<b>B. Vorschlag einer Generalklausel zur Regelung der Haftungsfrage</b>	526
<b>I. Vorbemerkung zur Frage der Plazierung einer Generalklausel</b>	526
<b>II. Formulierungsvorschlag für eine Generalklausel</b>	528
Literaturverzeichnis	
Abkürzungsverzeichnis	



## Begründung der Themenwahl, Problemdarstellung und Gang der Arbeit

Wirtschaftliche Aktivität wird immer häufiger in der Form eines verbundenen Unternehmens entfaltet. Dadurch wird faktisch ein Höchstmaß an flexibler Standfestigkeit im Wirtschaftsleben erreicht. Dies erfordert wiederum eine Flexibilität der Rechtsordnung.<sup>1</sup>

Es ist schwer, genaue Angaben darüber zu machen, wieviele der Kapitalgesellschaften in der EU Teil eines verbundenen Unternehmens sind. Allgemein wird angenommen, daß mindestens 2 von 3 Gesellschaften in irgendeiner Weise einem verbundenen Unternehmen angehören.<sup>2</sup> Der Konzern ist eine "*legale Realität*",<sup>3</sup> verbundene Unternehmen sind ein notwendigerweise zu integrierender Bestandteil unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung geworden.

Die beschränkte Haftung ist ein Rechtsinstitut, das angesichts der Integration von Kapitalgesellschaften in verbundene Unternehmen, forciert durch Umstrukturierungen und Internationalisierung der Wirtschaft, eine andere Rolle in der Rechtswirklichkeit erhalten hat, als dies zur Zeit der Regelschaffung absehbar war. Seinerzeit wurde die Regelung der beschränkten Haftung mit Blick auf die autonom disponierende Gesellschaft konzipiert. Die Haftungsbeschränkung war ursprünglich zum Schutze natürlicher Personen bestimmt, wird aber durch die Konzerneinbindung - genauer die Einbindung in polykorporative Unternehmen<sup>4</sup> - heute in der Wirtschaft weitgehend zur Erreichung anderer Zwecke eingesetzt. Der Grund dafür, daß die auf die einzelne Gesellschaft zugeschnittene Gesetzeskonzeption heute zu überdenken ist, liegt somit in der Änderung der wirtschaftlichen Gegebenheiten, auf die die geltende Regelung Bezug nimmt: Die Rechtsfragen, die die beschränkte Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen aufwirft, sprengen den Rahmen des klassischen Gesellschaftsrechts. Das Privileg der beschränkten Haftung von Kapitalgesellschaften ist eine klassische gesellschaftsrechtliche Regelung. Das Gesellschaftsrecht ist jedoch eines der Rechtsgebiete, die sich in den letzten Jahrhunderten sehr stark entwickelt haben, in Zukunft ist es "*zu einem modernen, den wirtschaftlichen und*

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 14 m.w.N.

<sup>2</sup> Es gibt zahlreiche unterschiedliche Zahlenangaben darüber, wie viele Gesellschaften konzernverbunden sind. Einen Eindruck vermitteln die 70% Prozent, von denen die Kommission der EU als Schätzung bei der Vorbereitung der 9. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie ausging.

<sup>3</sup> So Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 332.

<sup>4</sup> Den Begriff des polykorporativen Verbandes benutzte früh Raiser, Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung (1964), S. 51, 54, und die hier aufgegriffene, die Vielkörperlichkeit des verbundenen Unternehmens treffende Bezeichnung benutzt Teubner, Unitas Multiplex (1991), S. 203; eingehend dazu unten im dritten Teil unter A.

*sozialen Entwicklungen der Gegenwart gerecht werdenden Unternehmensrecht fortzuentwickeln".<sup>5</sup>*

In dieser Arbeit soll untersucht werden, ob die gesetzgeberischen Wertungen, die der ursprünglich auf die einzelne Kapitalgesellschaft ausgerichteten Haftungsbeschränkung zugrunde liegen, auch für die in ein polykorporatives Unternehmen eingebundene Kapitalgesellschaft Gültigkeit besitzen.

Die Arbeit soll dabei zum einen zur Klärung der mit dem Haftungsprivileg verbundenen materiellrechtlichen Probleme beitragen. Dies soll dadurch geschehen, daß untersucht wird, ob bzw. wieweit auch bei der in ein polykorporatives Unternehmen integrierten Kapitalgesellschaft die Voraussetzungen gegeben sind, die die beschränkte Haftung rechtfertigen. Zum anderen soll untersucht werden, wie das Privileg der beschränkten Haftung im polykorporativen Unternehmen im Zuge der Entwicklung rechtstechnisch am vorteilhaftesten ausgestaltet werden kann. Die Problemstellung, der sich die Arbeit insofern widmet, ist, ob das Konzept der beschränkten Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen durch eine tatbestandsreiche Regelung wertungsstimmig umgesetzt werden kann, oder ob stattdessen eine tatbestandsarme Regelung der Haftungsproblematik zu überlegen ist. Während das Problem einer tatbestandsreichen Regelung in der Komplexität des Rechtsproblems und dessen Vielfältigkeit sowie den ständigen Veränderungen der einzelnen Haftungskonstellationen liegt, stehen einer tatbestandsarmen Regelung andere Bedenken als einer tatbestandsreichen Regelung gegenüber. Insbesondere ist die Ausformung einer tatbestandsarmen Norm ein schwieriger Balanceakt, da die verschiedensten Interessen in die bei der Anwendung der Regelung zugrundezulegenden rechtlichen Wertungen Eingang finden müssen.

Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf eine bestimmte Vermögensmasse gibt es weltweit, doch sind die rechtlichen Regelungsansätze zum Erreichen einer Haftungsbeschränkung verschiedenartig. In vielen Rechtsordnungen kommt es jedoch in bestimmten Fällen trotz des grundsätzlichen Privilegs der beschränkten Haftung zu einer Haftung der Gesellschafter für die Verpflichtungen der Gesellschaft. In dieser Arbeit geht es nun darum, die Rolle des Haftungsprivilegs im Recht der verbundenen Unternehmen zu beschreiben und aufzuzeigen, wie die Ausformung der Kodifizierung dieser - mit dem Wortlaut der Haftungsbeschränkung zum Teil nicht übereinstimmenden Rechtslage - aussehen könnte. Dabei ist stets zu berücksichtigen, daß gesetzliche Vorschriften geeignet sein müssen, den notwendigen Schutz bzw. den erforderlichen Ausgleich zu gewährleisten,

---

<sup>5</sup>

Vgl. nur BVerfGE 50, 290, 296 (Mitbestimmungsurteil).

ohne den bestehenden Formenreichtum und die Vielgestaltigkeit von Unternehmensverbindungen einzuengen.<sup>6</sup>

Ziel der Arbeit ist es, am Ende der Untersuchung einen Regelungsvorschlag für die behandelte Frage zu präsentieren. Dazu zerfällt die Arbeit in vier Teile:

Im ersten Teil der Arbeit wird die Bedeutung der Rechtstradition für die Entwicklung und Ausformung des Privilegs der beschränkten Haftung dargestellt. Dazu wird die Theorie der auf das Kapitalgesellschaftsvermögen beschränkten Haftung dargelegt und ausblickend die systematische Einbettung des Haftungsprivilegs in das Wirtschaftsrecht aufgezeigt.

Im zweiten Teil wird zuerst die Bedeutung der gesetzgeberischen Wertungen bei den Erwägungen zur Gestaltung der Regelung der beschränkten Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen dargestellt. Danach werden die Generalklausel als Mittel der rechtstechnischen Gestaltung vorgestellt und die Möglichkeiten für eine Regelung der behandelten Haftungsfrage in Form einer Generalklausel dargestellt.

Der dritte Teil der Arbeit präsentiert die materiellrechtlichen Haftungsregelungen der Kapitalgesellschaft im deutschen Recht der verbundenen Unternehmen. Es wird dargestellt, worin sich die Rechtfertigung des Haftungsprivilegs im Unternehmensverbund prinzipiell von dem grundsätzlich unbedingten Haftungsprivileg einer unabhängigen Kapitalgesellschaft unterscheidet. Den Regelungen zur Verantwortlichkeit im verbundenen Unternehmen werden allgemeine Grundbedingungen der Aufrechterhaltung der Haftungsbeschränkung einer Kapitalgesellschaft gegenübergestellt. Dabei werden die Treupflicht und als Haftungsmaßstab das Eigeninteresse abhängiger Kapitalgesellschaften als zentrale Wertungen dargestellt.

Im abschließenden vierten Teil werden die dargelegten Rechtsentwicklungs- und Rechtsausgestaltungsgrundsätze mit den materiellen Erkenntnissen kombiniert. Abschließend werden thesenhaft die gewonnenen Erkenntnisse zur zeitgemäßen Ausformung des Haftungsprivilegs dargelegt und ein Regelungsvorschlag präsentiert.

---

Die vorliegende Arbeit wurde Ende 1998 eingereicht und spiegelt die Rechtslage zum 31. Dezember 1998 wieder. Seither erschienene Urteile, Literatur etc. wurden nur in geringem Maße eingearbeitet. Die Arbeit ist dementsprechend unter anderen noch auf dem Stand vor

---

<sup>6</sup> Vgl. so bereits richtig DJT-Konzernrecht (1967), Rn. 204.

dem Urteil des BGH vom 17. September 2001 („Bremer Vulkan“). In dieser - nach Einreichen der Arbeit erschienenen - Entscheidung hat der BGH in einem obiter dictum, das seinen Niederschlag im 1. Leitsatz gefunden hat, den Bestandschutz einer abhängigen GmbH gegen existenzgefährdende Eingriffe ihres Alleingeschafters für den Fall bejaht, dass die GmbH infolge der Eingriffe ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. Der BGH hat mit diesem auf gesellschaftsrechtliches Instrumentarium aufbauenden Urteil zugleich abgelehnt, dass Haftungssystem des Aktienkonzernrechts auf den faktischen GmbH-Konzern anzuwenden. Die vorliegende Arbeit gibt somit den Stand vor dem in dem Urteil vom 17. September 2001 angelegten „Abschied vom qualifizierten faktischen Konzern“ wieder<sup>7</sup> und berücksichtigt in den gefundenen Wertungen und Ergebnissen noch nicht die sich aus dem Urteil ergebenden Implikationen.

---

7 Vgl. zu diesem Urteil nur H. Altmeppen, ZIP 2001, 1837 oder P. Ulmer, ZIP 2001, 2021ff, vgl. auch das Beiheft 70 zur ZHR: Haftung im qualifiziert faktischen Konzern – verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil? Mit Beiträgen von Decher, Goette, Hommelhoff und Ulmer.

## **Erster Teil: Betrachtung des Privilegs der beschränkten Haftung**

In diesem ersten Teil der Arbeit wird die Bedeutung, der Inhalt, die Entwicklung und die Ausformung des Privilegs<sup>1</sup> der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung bei der Kapitalgesellschaft<sup>2</sup> dargestellt.<sup>3</sup> Dazu wird zuerst die Bedeutung der Haftung in der Rechtsordnung aufgezeigt. Im Anschluß daran wird die Haftungsbeschränkung als Ausnahmeregelung dargestellt.<sup>4</sup> Hieran knüpft sich eine kurze Darstellung der Fälle der Durchbrechung der Haftungsbeschränkung. Dabei sind die Einbettung der Haftungsbeschränkung in die allgemeine Haftungsregelung und die unscharfen bzw. elaborierten Abgrenzungen dieser Einbettung darzustellen. Am Ende dieses ersten Teil wird die Verwendung des Haftungsprivilegs im verbundenen Unternehmen aufgezeigt.

### **A. Rolle der Haftung in der Rechtsordnung**

Dogmatik und Ideologie der Haftung und Haftungsbeschränkung werfen immer wieder Grundsatzprobleme auf. Dabei stellen die Haftung in dogmatischer Hinsicht und die Beschränkung derselben in rechtspolitischer Hinsicht besondere Ansprüche an eine Rechtfertigung. Im folgenden soll zuerst die Haftung und daraufhin die Haftungsbeschränkung bei der Kapitalgesellschaft betrachtet werden.<sup>5</sup>

### **I. Begriff und Inhalt der Haftung**

Der Ausdruck "Haftung" wird in der Rechtssprache in mehrfacher Bedeutung verwendet,<sup>6</sup> in dieser Arbeit ist mit dem Begriff Haftung der Umstand gemeint, daß ein Rechtssubjekt für eine Verbindlichkeit eintreten muß. Haftung bedeutet damit soviel wie

---

<sup>1</sup> Diese Bezeichnung verwendet etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 419. Daß es sich beim Privileg der beschränkten Haftung wirklich um ein Privileg handelt, wird an der Grundentscheidung der Rechtsordnung deutlich: Diese geht vom Grundsatz der unbeschränkten Haftung natürlicher Personen für ihre Verpflichtungen aus.

<sup>2</sup> Mit dem Sammelbegriff Kapitalgesellschaft sind im folgenden GmbH und Aktiengesellschaft gemeint. Vgl. zum Begriff Kapitalgesellschaft die Legaldefinition des Begriffes Kapitalgesellschaft in § 1 Abs. 1 UmwG 1969. Auf die KGaA wird im folgenden nicht eingegangen werden.

<sup>3</sup> Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2114 spricht von der Haftungsbeschränkung als vom Privileg der Gesellschafter, durch die juristische Persönlichkeit von der Verantwortung für die in der Gesellschaft für sie als Miteigentümer betriebenen Geschäfte abgeschirmt zu sein.

<sup>4</sup> Das von der Rechtsordnung verliehene "Privileg" der Haftungsbeschränkung des Kapitalgesellschafters bedarf somit einer Rechtfertigung, vgl. hierzu gleich unten unter B und wie hier etwa Wiedemann, Haftungsbeschränkung (1968), S. 6; vgl. auch dens. zum Privileg der Haftungsverschonung, Kapitalgesellschaftsrecht (1993) S. 153; vgl. ebenso Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 611 oder schon im Titel Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993).

<sup>5</sup> Vgl. zur problemspezifischen Abgrenzung ähnlich nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 691.

<sup>6</sup> Vgl. etwa Larenz, Allgemeiner Teil I (1982), S. 22.

*Verantwortlichkeit*. Mit der Haftung ist die Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht des Rechtssubjektes verbunden.<sup>7</sup>

Ausgangspunkt jeder haftungsrechtlichen Betrachtung ist, daß der Inhaber eines Rechtsgutes den daran entstehenden Schaden selber tragen muß. Dieser Grundsatz des *casum sentit dominus* gilt, es sei denn, ein anderer muß den Schaden tragen, weil diesem der Schaden zugerechnet wird. Wird der Schaden also jemandem zugerechnet, so knüpft die Rechtsordnung hieran die Haftung.<sup>8</sup>

Ziel der Vorschriften über die Schadensersatzpflicht ist es, "*die Rechtskreise der Einzelnen, innerhalb deren diese ihre individuelle Freiheit entfalten und ihre Interessen wahren dürfen, voneinander abzugrenzen. [...] Die Norm steckt somit den geschützten Bereich des anderen ab*".<sup>9</sup>

Im Bereich der Vermögenshaftung spricht man von *unbeschränkter* Haftung, wenn das ganze Vermögen des Schuldners haftet, und von *beschränkter Haftung*, falls nur sachlich, ziffernmässig oder quotal für eine Schuld gehaftet wird. Dabei bildet die unbeschränkte Vermögenshaftung die Regel.<sup>10</sup> Zur beschränkten Haftung kommt es lediglich, falls eine solche vereinbart ist, wie z.B. bei der Höchstbetragsbürgschaft oder wenn das Gesetz die beschränkte Haftung angeordnet hat. Dies ist z.B. der Fall bei der beschränkten Haftung der Erben für Nachlaßverbindlichkeiten<sup>11</sup>, bei der beschränkten Haftung von Kommanditisten<sup>12</sup> oder bei der in dieser Arbeit zu behandelnden Haftung von Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft.

Mit Haftung und Haftungsbegrenzung ist im Gesellschaftsrecht der Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter mit ihrem außergesellschaftlichen Vermögen gemeint<sup>13</sup>. D.h.: Nicht die Gesellschafter haften, sondern die Gesellschaft selbst haftet mit dem Gesellschaftsvermögen, das als mitgliedsunabhängige Sondervermögensordnung<sup>14</sup> zu charakterisieren ist.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil I (1982), S. 22.

<sup>8</sup> Vgl. Deutsch, Unerlaubte Handlungen (1993), S. 1f.

<sup>9</sup> Vgl. so - in Anlehnung an die Protokolle zum BGB - Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 44. Vgl. hierzu auch den Dresdner Entwurf eines allgemeinen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866. "Wer von seinem Rechte, innerhalb der Grenzen derselben, Gebrauch macht, hat den daraus für einen Anderen entspringenden Schaden nicht zu vertreten."

<sup>10</sup> Vgl. allgemein zur Haftung Larenz, Allgemeiner Teil I, S. 21ff.

<sup>11</sup> Vgl. zu § 1975 BGB z.B. Palandt-Edenhofer, BGB (2002) Rn. 1.

<sup>12</sup> Vgl. zu § 161 Abs. 1 HGB Schlegelberger-Martens, HGB (1986), Rn. 25f.

<sup>13</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 535.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu z.B. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 196ff. und die Ausführungen gleich unten unter B.

<sup>15</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 196.

Man spricht von primärer Haftung oder von Ausfallhaftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, je nachdem, ob die Mitglieder gleich oder erst nach dem vergeblichen Versuch der Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen in Anspruch genommen werden können.

## **II. Arten der Haftung**

Die Rechtsordnung kennt die vertragliche sowie die außervertragliche Haftung. Bei der vertraglichen Haftung gilt, sofern nicht im Gesetz oder im Vertrag etwas anderes bestimmt ist, der Verschuldensgrundsatz des § 276 BGB.<sup>16</sup> D.h., daß ein Vertragspartner für sein schuldhaftes Verhalten, das vorsätzlich oder fahrlässig sein kann, haftet. Daneben gibt es auch die unmittelbar im Rechtsgeschäft begründete Haftung wie etwa die Bürgschaft oder den Garantievertrag.<sup>17</sup>

Bei der außervertraglichen Haftung handelt es sich dagegen nicht um eine im Vertrag begründete Haftung, sondern um ein gesetzliches Schuldverhältnis aufgrund zurechenbarer Schädigung.<sup>18</sup> Da diese Haftungsfälle eine Ausnahme vom eingangs dargelegten Grundsatz der Sachzuständigkeit des Inhabers sind, bedarf die Haftung eines besonderen Grundes. Da diese Arbeit sich mit den Gründen und der Funktion des Haftungsprivilegs sowie den Regelungsmöglichkeiten auseinandersetzt, ist es nötig, zuerst deren historisch gewachsenen Hintergrund bzw. die positiv-rechtlich konzipierten Haftungsgründe<sup>19</sup> aufzuzeigen.

### **1. Verschuldenshaftung**

Im Regelfall ist jede Person nur für ihr eigenes Handeln verantwortlich.<sup>20</sup> Dabei gilt der Grundsatz, daß wer für einen Schaden verantwortlich ist, diesen im vollen Umfang zu ersetzen hat.

Dieses Prinzip der Verschuldenshaftung gilt aber nur für die Normen, in denen die Verantwortlichkeit überhaupt an das Handeln von Personen geknüpft ist. Die Verschuldenshaftung ist also eine Verhaltenshaftung. Das Gesetz gewährt bei der Unrechtshaftung einen Anspruch auf Schadensersatz.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil I (1982), S. 255.

<sup>17</sup> Auf die auf einem allgemeinen schuldrechtlichen Vertrag beruhende Haftung wird im folgenden nicht eingegangen, in dieser Arbeit geht es nur um die Haftung aufgrund Gesetzes; eine ähnliche Abgrenzung verwendet Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 245; vgl. problembezogen zu dieser Abgrenzung im zweiten Teil unter B.I.

<sup>18</sup> Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil II (1977), S. 522.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu Deutsch, Unerlaubte Handlungen (1993), S. 3.

<sup>20</sup> Ausnahmen hiervon sind die Haftung für das Verhalten von Organen, Vertretern und Gehilfen, vgl. nur § 31 BGB.

<sup>21</sup> Vgl. §§ 823, 249 BGB.

Mit dem Wort "Schadensersatz" wird deutlich gemacht, daß mit der Haftung das Schadensrisiko auf den schuldhaft Handelnden übergewälzt wird.<sup>22</sup> Die Verschuldenshaftung knüpft an ein Verhalten an. Wie jede Haftung hat die verhaltensbezogene Haftung eine kompensatorische Funktion. Außerdem - und dieser Funktion vorgelagert - hat sie jedoch eine präventiv-steuernde Funktion: Durch normgerechtes Verhalten soll der Schadenseintritt möglichst vermieden werden.<sup>23</sup>

## **2. Gefährdungshaftung**

Im Gegensatz zur Verschuldenshaftung steht das Verursachungsprinzip, das in der Gefährdungshaftung Ausdruck findet. Die Gefährdungshaftung bildet insofern das Gegenstück zur Verschuldenshaftung, als daß sie verschuldensunabhängig ist: Bei der Gefährdungshaftung hat eine Person für ein sachlich begrenztes Risiko einzustehen, und zwar regelmäßig ohne Rücksicht auf Unrecht und Verschulden und darauf, wer die Gefahr verwirklicht.<sup>24</sup>

Es gibt im geltenden Recht keine allgemeine Rechtsregel der Gefährdungshaftung, und obwohl eine solche schon des öfteren erwogen worden ist,<sup>25</sup> scheint es doch in Anbetracht der dann jeweils im Einzelfall vorzunehmenden Abgrenzung zur Verschuldenshaftung zumindest fraglich, ob eine ganz allgemeine Regel befürwortet werden sollte.<sup>26</sup> Im geltenden deutschen Haftungsrecht verbietet der Ausnahmecharakter jener Bestimmungen des BGB und anderer Gesetze, die eine Haftung ohne Verschulden statuieren, eine Ausdehnung der Gefährdungshaftung. Die strengere Haftung wird allgemein als Ausnahme von der herrschenden Verschuldenshaftung begriffen.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Vgl. Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 69.

<sup>23</sup> Vgl. Hommelhoff, Produkthaftung (1990), S. 770 m.w.N. Ders., Recht der Konzernhaftung (1994), S. 398 betont das Präventive eines Bewußtseins um eine drohende Haftung im verbundenen Unternehmen: Eben das Risiko einer spezifischen Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen soll demjenigen Gesellschafter, der einen beherrschenden Einfluß auf die abhängige Gesellschaft ausüben kann, die Notwendigkeit demonstrieren, sich besonders vorsichtig zu verhalten, damit dies Haftungsrisiko nicht realisiert wird.

<sup>24</sup> Ausnahmen hiervon sind, wie erwähnt, die Haftung für das Verhalten von Organen, Vertretern und Gehilfen, vgl. Medicus, Bürgerliches Recht (1991), Rn. 604, mit einer Auflistung der Normen der Gefährdungshaftung.

<sup>25</sup> Vgl. z.B. den Vorschlag zu einem § 835 BGB bei Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 328: Wird durch eine Quelle erhöhter Gefahr ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so hat der Inhaber der Quelle den Schaden zu ersetzen.

<sup>26</sup> Darauf kann hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Daß die offenen Grenzen zur deliktischen Haftpflicht dazu führen müßten, daß das gesamte einzelgesetzliche System versinken würde, fürchtet Laufs, Haftungssystem (1994), S. 15.

<sup>27</sup> Vgl. statt aller Thomas in Palandt, BGB (2002), Einf v § 823 Rn. 1.



Strengere Haftungsmaßstäbe sind nach ganz allgemeiner Auffassung deshalb Sache des Gesetzgebers<sup>28</sup>.

Der Grund für die Gefährdungshaftung ist darin zu sehen, daß die Rechtsordnung es hinnimmt, daß jemand in seinem Interesse bestimmte Gefahren für andere schafft oder unterhält. Als Korrelat hierzu wird dem Gefahrenerzeuger das Risiko dafür aufbürdet, daß ein anderer dadurch zu Schaden kommt.<sup>29</sup> Aus einem Risikoverteilungsgesichtspunkt bedeutet Gefährdungshaftung somit nichts anderes als den Ausgleich von Nachteilen, die für einzelne Personen in einer als unabänderlich oder notwendig vorausgesetzten technischen Welt oder Wirtschaftsordnung unabwendbar sind.<sup>30</sup>

Der Grundsatz der Verschuldenshaftung setzt - implizit - eine klare Unterscheidbarkeit zwischen Zufall und Verschulden voraus. Wo jedoch die Haftung an ein erlaubtes, wenngleich gefährliches Verhalten anknüpft, wird dies zweifelhaft. Denn erlaubte Gefährdungen sind die spezifischen Lebensrisiken der modernen Welt.<sup>31</sup>

### **3. Problemspezifische Betrachtung der Gefährdungshaftung**

Es gibt für den in der Gefährdungshaftungsüberlegung zum Ausdruck kommenden Gedanken der allgemeinen Risikoerwägungen in der Rechtsprechung zahlreiche Beispiele der Verwendung von Risikobetrachtungen. Bereits an dieser einleitenden Stelle sollen deshalb einige der Gedanken aus der Rechtsprechung zur Gefährdungshaftung eine Ausformulierung mit Bezugnahme auf die hier zu behandelnde Problematik<sup>32</sup> finden:

---

<sup>28</sup> Vgl. so und hierzu ganz allgemein Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), z.B. S. 245, der dies de lege lata auch nicht anzweifelt.

<sup>29</sup> Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil II (1977), S. 522.

<sup>30</sup> Vgl. Steindorff, Wirtschaftsordnung (1974), S. 641.

<sup>31</sup> Vgl. statt aller etwa Braun, NJW 1998, S. 2318, S. 2321, für den diese spezifischen Lebensrisiken an die Stelle anderer Risiken getreten sind, die man früher als Schicksal bezeichnet hätte. Braun, aaO., führt aus, daß bei der Verschuldenshaftung der Schädiger in der Regel voll für den Schaden aufzukommen hat, daß es sich bei der Gefährdungshaftung jedoch regelmäßig um ein dem Umfang nach begrenzte Haftung handelt. Dies sollte man gerade bei der Erörterung der hier behandelten Haftungsproblematik in mente haben.

<sup>32</sup> Vgl. zum Gedanken der Gefährdungshaftung im Recht der verbundenen Unternehmen etwa Stimpel, Rechtsprechung zum Gläubigerschutz (1986), S. 49 und Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 126. Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 204ff. vertritt die Auffassung, daß eine Art Gefährdungshaftung für einen bestimmten Risikobereich etwa für die Fälle des qualifiziert faktischen Konzerns, vgl. dazu unten im zweiten Teil unter C.V.5., der richtige Ansatz ist. Dies würde die Haftung und Gefahrtragung für die Beherrschung von bestimmten Risiken des modernen Wirtschaftsleben demjenigen auferlegen, der diese Aufgabe am kostengünstigsten bewerkstelligen kann (Ansatz des 'cheapest risk avoider', aaO. S. 204). An dieser Stelle soll der Gedanke der Gefährdungshaftung eingehend vorgestellt werden, weil anhand einer solch objektive Haftungsnorm die Unterschiede zum Ansatz der subjektiven Verschuldenshaftung klar aufgezeigt werden können.

Sinn der konzernspezifischen Betrachtungen zur beschränkten Haftung könnte z.B. sein, der Verwirklichung eines *konzernspezifischen* Haftungsrisikos zu begegnen.<sup>33</sup> Die Verwirklichung eines allgemeinen Geschäftsrisikos wäre dagegen nicht von konzernrechtlicher Relevanz<sup>34</sup>. Dieser Gedanke könnte ebenso dadurch ausgedrückt werden, daß die Haftung des herrschenden Unternehmens sich auf die *durch die Abhängigkeit gesteigerten Gläubigerisiken*<sup>35</sup> beschränken solle, während es das normale Ausfallrisiko einer Kapitalgesellschaft nicht zu tragen hat<sup>36</sup>.

An dieser einleitenden Stelle kann nicht weiter auf die Bedeutung von gefährdungshaftungsartigen Überlegungen eingegangen werden. Hier sollte lediglich der unterschiedliche Begründungsansatz einer Haftung aufgrund von Verschuldensbetrachtungen einerseits und der Haftung aufgrund einer besonderen Gefährdungslage andererseits aufgezeigt werden, um die verschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen<sup>37</sup> deutlich aufzuzeigen.

#### **4. Vorbehalt gegen ein zu rigides Vorverständnis der Haftung**

Bereits an dieser einleitenden Stelle sei davor gewarnt, die Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen mit einer Einordnung in unterschiedliche Haftungskategorien anzugehen. Es sollte nicht vorschnell beurteilt werden, ob es sich bei der Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen um eine deliktische oder gesetzlich angeordnete Haftung, um eine vertragliche bzw. vertragsähnliche Haftung, um eine Gefährdungs- oder Verschuldenshaftung, um eine an einen Zustand oder ein Verhalten anknüpfende Haftung handelt.

---

<sup>33</sup> Die Abgrenzung des konzernspezifischen Risikos erfolgt gegenüber dem allgemeinen Geschäftsrisiko. Denn das herrschende Unternehmen hat grundsätzlich das gleiche Recht auf Irrtum und Fehler in unternehmerischen Ermessensentscheidungen wie die Leitung einer unabhängigen Gesellschaft, vgl. dazu insgesamt die Darstellung unten im zweiten Teil unter A.III.

<sup>34</sup> Vgl. so zur analogen Betrachtung des Unfallrisikos und des allgemeinen Lebensrisikos nach der Lehre von den Risikobereichen etwa die Betrachtungen des BGH in NJW 1952, 1010 (Krückenfall).

<sup>35</sup> Die Problematik der beschränkten Haftung ist eine Frage des Gläubigerschutzes. Das allgemeine Gläubigerschutzprinzip ist ein zentraler Grundsatz des Gesellschaftsrechts. Der Gläubigerschutz ist ein gefestigter Bestandteil der gesamten Rechts- und Wirtschaftsordnung und liegt dieser Arbeit somit zugrunde. Das Gläubigerschutzprinzip verlangt, daß die Haftungs- und Vermögensstruktur der Unternehmensträger so einzurichten ist, daß die Gläubiger kein unangemessen hohes Risiko der Nichterfüllung ihrer Forderungen tragen (vgl. so Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 516f.) In dieser Arbeit wird das Bedürfnis des angemessenen Gläubigerschutzes im Recht der verbundenen Unternehmen untersucht, betrachtet wird die Angemessenheit der Verwendung des Privilegs der Haftungsbeschränkung im Recht der verbundenen Unternehmen.

<sup>36</sup> Diese Betrachtung ist auf die hier zu behandelnde Problemstellung abgewandelt aus BGHZ 57, 25, 32 (Verfolgungsfall, 1971).

<sup>37</sup> Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 205 hält die genaue inhaltliche Bestimmung der Voraussetzungen für das Eingreifen einer solchen Gefährdungshaftung für problematisch. Diese Arbeit bemüht sich eben um die Erarbeitung und Ausformung dieser Haftungs Voraussetzungen.

Denn die Haftung erfüllt in der Rechtsordnung unterschiedlichste Funktionen. Eine Haftungsregelung ist multifunktional. Deshalb sollte - statt des Versuchs einer Einordnung in vorgefertigte Kategorien - die Haftung teleologisch beurteilt werden.<sup>38</sup>

Um ein teleologisches Verständnis zu erhalten, gilt es, die Problematik zu verstehen. Anschließend sind am Problem orientierte Überlegungen anzustellen, gesetzliche und mögliche gesetzgeberische Wertungen zu ergründen etc. Erst bei der Umsetzung dieses Verständnis ist dann auf bestehende Kategorien zurückzugreifen.

Auch dabei ist jedoch davor zu warnen, die Haftung als eine von jeglichem Vorverständnis losgelöste und feststehende Größe einzuordnen. Vielmehr ist auf die mit dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandel einhergehende veränderte Rolle der Haftung in einer sich verändernden Rechtswirklichkeit hingewiesen.

"Die Haftung" als solche ist keine vom Problem zu trennende Rechtsfolge. Dementsprechend hat sich nicht nur der Inhalt der Haftung, sondern ebenso die Aufgabe, welche der Haftung in der Rechtsordnung zukommt, im Zuge des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandels geändert. Auf eine mögliche Tendenz der Objektivierung der Haftung, vielleicht einen graduellen Prozeß des Übergangs von einer Verschuldens- zur Gefährdungshaftung kann hier dabei nur hingewiesen werden.<sup>39</sup> Daß es dabei verstärkt zu einem Zusammenspiel objektiver und subjektiver Elemente, nicht zuletzt in der Beweislastregelung kommt, sei hier jedoch a priori dahingestellt.<sup>40</sup>

### **III. Betrachtung zum Regelungsansatz der Verschuldenshaftung**

Zur Regelung der allgemeinen Verschuldenshaftung haben die verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlichen Regelungsansätze<sup>41</sup> gewählt, welches hier zur Illustration skizziert sei:

Nach § 823 Abs. 1 BGB, einer der zentralen Haftungsnormen des deutschen Rechts, ist derjenige, welcher vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die

<sup>38</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Funktionen der Haftung gleich unten unter III.

<sup>39</sup> Die Objektivierungstendenz spiegelt sich beispielsweise in der bereits konstatierten Neigung zur Anerkennung erfolgsbezogener Verkehrspflichten ab; vgl. etwa früh hierzu Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (1976), S. 161ff. m.w.N. In der Literatur wird denn auch gelegentlich von einem Trend gesprochen, die Lage von Gesellschaftsgläubigern immer weiter zu verbessern. Zu Recht ist jedoch darauf hingewiesen worden, vgl. nur Hommelhoff, Wider das Akzessoritätsdogma in der GbR (1998), S. 13, daß es eben der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleiben sollte, diesem (aaO. als durchaus fragwürdig bezeichnetem) Trend Raum zu geben.

<sup>40</sup> Vgl. problembezogen zum Wechselspiel zwischen materiellrechtlichen und beweisrechtlichen Wertungen unten im zweiten Teil unter E.III.

<sup>41</sup> Vgl. Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (1976), S. 176. Auf die Frage einer Verbindung dieser Regelungsansätze wird unten eingehend einzugehen sein. Ein unterschiedlicher Grundansatz schließt eben nicht aus, daß für eine bestimmte Haftungsfrage ein anderer Regelungsansatz gewählt wird, wie gleich unten unter D.III.1. am Beispiel des neben dem § 823 stehenden § 826 BGB illustriert.

Freiheit das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.<sup>42</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat sich damit bei der zentralen Bestimmung der deliktischen Haftung - der allgemeinen Verschuldenshaftung - für das Enumerationsprinzip entschieden.<sup>43</sup> Der großen deliktischen Generalklausel wurde im Interesse rechtssicherer Grenzen der Handlungsfreiheit eine Absage erteilt.<sup>44</sup>

Damit regelt das deutsche Gesetz die Verschuldenshaftung eingehender als andere Rechtsordnungen,<sup>45</sup> die beispielsweise mit einer Art Culpanorm den regelungstechnisch einfacheren Haftungstatbestand des widerrechtlich schuldhaften Eingriffes in die Rechtssphäre des Geschädigten anwenden.<sup>46</sup> Diese generalklauselartige Culpanorm besagt, daß ein Verursacher für einen Schaden verantwortlich ist, der aufgrund von unverantwortlichem Verhalten eintritt, welches ihm als vorsätzlich oder fahrlässig zugerechnet werden kann<sup>47</sup>. Der Rechtsprechung der Gerichte ist es somit überlassen worden, den allgemeinen Grundsatz der Verschuldenshaftung zu konkretisieren.<sup>48</sup>

---

<sup>42</sup> Der "Tatbestandsreichtum" einer solchen Norm ist sehr anschaulich am Beispiel von dreizehn zu erfüllenden Tatbestandsmerkmalen als Voraussetzungen des Eintritts der Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB dargestellt bei Zippelius, Juristische Methodenlehre (1985), S. 30.

<sup>43</sup> Vgl. zu § 823 Mugdan, Motive Band II (Recht der Schuldverhältnisse), S. 725 sowie zum Verhältnis von § 823 BGB zu generalklauselartigen Regelungen Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 254.

<sup>44</sup> Vgl. Laufs, Haftungssystem (1994), S. 10. Der "Tatbestandsreichtum" der gesamten deutschen Haftungsregelung wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß von gewichtiger Seite vertreten worden ist, daß das deutsche Gesetz eine Generalklausel nur im Deliktsrecht, und dort nur innerhalb verhältnismäßig enger Grenzen kennt, vgl. so Larenz, Methodenlehre (1991), S. 478.

<sup>45</sup> Vgl. zum Unterschied einer weiten Norm und einer an Grundtatbeständen ausgerichteten Deliktshaftung auch das Recht der Niederlande, vgl. Timmermann, Haftungsdurchgriff im niederländischen Recht, ZGR 1993, 489, 492; vgl. auch Laufs, Haftungssystem (1994), passim.

<sup>46</sup> Vgl. zu Nachweisen dieses Haftungstatbestandes im gemeinen Recht sowie in anderen Rechtsordnungen BGB-RGRK (Steffen) (1989), Rn. 1 zu § 823.

<sup>47</sup> Eine solche allgemeine Deliktisnorm gibt es in vielen Rechtsordnungen, erinnert sei an dieser Stelle an die berühmte Generalklausel aus dem französischen Code Civil: in Art. 1382, 1383 heißt es so: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Vgl. zur Generalklausel bzw. tatbestandsreichen Regelung bei der Ausformung des klassischen Deliktsrechts etwa Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 108f. m.w.N. Daß der Verzicht auf eine deliktische Generalklausel französischen Musters im deutschen Recht gerade für die Frage einer angemessenen Haftungslage im Recht der verbundenen Unternehmen Bedeutung hat, wird richtig vorausgesetzt etwa bei Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 378 m.w.N.; auch zur Verwendung der deliktischen Generalklausel bei Konzernproblemen etwa im niederländischen Recht neben der Geschäftsführerhaftung Schanze, aaO. S. 380. Ders., Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 496. meint allgemein, deliktsrechtliche Haftungen mit einer deliktsrechtlichen Generalklausel hätten bei gläubigerschädigenden Verhaltensweisen geringere Schwierigkeiten, das Deliktsrecht zum Gläubigerschutz einzusetzen. Diese Grundüberlegung ist bemerkenswert, könnte gerade sie doch das Wählen eines 'deutschen Sonderwegs' begründen. Insofern ist

Zu Recht ist in der Diskussion um die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen bereits auf die Bedeutung des Unterschiedes dieses Regelungsansatzes aufmerksam gemacht worden.<sup>49</sup> Außerhalb Deutschland könnte der Eindruck bestehen, daß eine Eigendynamik, die aus der abschließenden Aufzählung des § 823 Abs. 1 entstanden ist und die von der Entwicklung von Anspruchsgrundlagen im deutschen Haftungsrecht begleitet worden ist,<sup>50</sup> auch im deutschen Recht der verbundenen Unternehmen anzutreffen sei.

An dieser Stelle sei nur darauf hingewiesen, daß Regelungsart und Entwicklung des materiellen unlösbar miteinander verbunden sind. Dazu wurde der Unterschied zwischen tatbestandsreicher und generalklauselartiger Regelung hier an der Grundregelung der Haftung skizziert. Auf die Einzelheiten der Regelung ist hier nicht weiter einzugehen; um zu den Wertungen der Haftungsregelung zu gelangen und von dem Wechselspiel zwischen Regelungsansatz und den materiellrechtlichen Implikationen des einmal gewählten Regelungsansatzes abzusehen, sollen im folgenden statt dessen die der Regelung zugrundeliegenden Funktionen der Haftung betrachtet werden.

---

interessant, daß in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 150 und später 197ff. darauf hinweist, daß seiner Auffassung nach in Frankreich für eine gesellschaftliche Treupflicht wie sie das deutsche Recht kennt, allein schon deshalb gar kein Bedarf bestehe, weil mit den Art. 1382 f. eine Generalklausel zur Verfügung stehe, *"die dem Richter ohne dogmatischen Begründungsaufwand nach seinem Ermessen die Statuierung außervertraglicher Verhaltenspflichten"* gestatte.

<sup>48</sup> Hier soll nicht weiter auf diese Unterschiede eingegangen werden; vgl. statt aller nur von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (1996) m.w.N. Auch die bestehende Diskussion zur geltenden Regelung und den Reformvorschlägen zu u.a. § 823 BGB kann hier nicht aufgegriffen werden.

<sup>49</sup> Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 188 bemerkt etwa zum Vergleich des §§ 1382 CC mit dem Katalog der in § 823 Abs. 1 abschließenden Typisierung der Verletzung absoluter Rechte, daß die Rechtsprechung erkannt hätte, *"daß der Katalog der in § 823 Abs. 1 aufgezählten sowie der darüber hinaus sachenrechtlich anerkannten "sonstigen" absoluten Rechte für den erforderlichen Deliktsschutz unternehmerischer Tätigkeit, deren Interessen in ersten Linie rein finanzieller Natur sind, zu kurz greift."*

<sup>50</sup> Vgl. nur die in den Kommentaren im Anschluß an § 823 angeführten Sondergruppen, womit Fallgruppen gemeint sind, über die beispielsweise Jauernig (Teichmann), *BGB, § 823 Anm. VIII.* meint, ihre Problematik sei erst *"nach Erlaß des BGB und besonders in den letzten Jahren ins Blickfeld getreten"*, und sie ließen sich *"im Aufbau des Tatbestandes und hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht in gleicher Weise behandeln wie die übrigen Sachverhalte."* Bemerkenswert für die hier behandelten Fragen ist insofern, daß etwa Koppensteiner im Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (1987) § 317, Rn. 21 es offen läßt, ob ein Anspruch einer abhängigen Gesellschaft gegen ein herrschendes Unternehmen auf Unterlassung rechtswidriger Nachteilszufügung als Ausprägung des - im Rahmen der Verschuldenshaftung zu § 823 BGB entwickelten Rechtsprechung zum "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" - zu bewerten ist. Bereits an dieser Assoziation wird der Zusammenhang zwischen Ausformung der Verschuldenshaftungsregelung, Einordnung von Ansprüchen und der Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen deutlich. Daß das Schaffen von Sonderanspruchsgrundlagen im deutschen Recht hier nicht haltmacht, illustrieren für das Vertragsrecht beispielhaft die positive Vertragsverletzung (pVV) und die vorvertragliche Haftung (cic.). Auf diese Sonderanspruchsgrundlagen sei hier deshalb verwiesen, weil an ihnen exemplarisch illustriert werden kann, weshalb man außerhalb Deutschlands den "im deutschen Recht konstruierten Haftungsgrundlagen" oftmals bereits aus rein systematischen Betrachtungen skeptisch gegenübersteht: es ist dies die allgemeine Skepsis gegenüber dem Komplizierten, wo dies als möglicherweise überflüssig oder doch unnötig komplizierend erscheint.

#### **IV. Funktionelle Betrachtung der Haftung**

Bei den in dieser Arbeit anzustellenden Haftungsbetrachtungen wird weitgehend eine wertungs- und funktionsorientierte Betrachtungsweise angelegt, weil die Funktionalität als methodische Grundprinzip gerade bei der hier gestellten Frage des Inhalts und der Gestaltung einer Haftungsregelung erfolversprechend scheint.<sup>51</sup>

Die Funktion der Haftung hängt von der Wirtschaftsordnung ab.<sup>52</sup> In der geltenden Rechtsordnung dient die Haftung zuerst einmal der *Leistungserzwingung*<sup>53</sup>: Mit der vertraglich begründeten Haftung für Verbindlichkeiten gewährt die Rechtsordnung den Gläubigern eine Vollstreckungsmöglichkeit. Der Hauptzweck der außervertraglichen Haftung ist die Schadensabnahme durch die Überwälzung der Risikozuständigkeit auf den Schädiger.<sup>54</sup>

Die Haftung hat daneben jedoch noch zahlreiche andere Funktionen. Da sich diese Arbeit das Ziel gesetzt hat, die zeitgemäße Ausformung der Haftungsfrage im polykorporativen Unternehmen zu betrachten und dabei auf den Zweck der Regelung Wert zu legen, ist es wichtig, sich die unterschiedlichen Funktionen der Haftung deutlich zu machen. Es wird im folgenden nicht versucht, diese Funktionen im einzelnen darzustellen und darzulegen, ob diese oder jene Funktion eher von der Verschuldens- oder der Gefährdungshaftung übernommen wird.<sup>55</sup> Es geht hier darum, in aller Kürze die verschiedenen Funktionen vorzustellen, die die Haftung in der Rechtsordnung hat.

Die Haftung ist zum einen ein Mittel der *Sanktion*. Damit dient sie gleichzeitig auch der *Generalprävention*,<sup>56</sup> denn die Verhinderung des Schadens ist ein idealistisches Ziel des

---

<sup>51</sup> Da es dieser Arbeit insbesondere um die Erarbeitung der der behandelten Frage zugrundeliegenden Wertungen und deren Nutzbarmachung geht, ist eine funktionelle Betrachtung angebracht, vgl. hierzu z.B. Wiethölter, Die GmbH im modernen Gesellschaftsrecht (1969), S. 41. Vgl. zu funktionsbestimmten Rechtsbegriffen auch Larenz, Methodenlehre (1991), S. 482 und zum Zusammenhang zwischen Wertentscheidungen und den funktionsbestimmten Rechtsbegriffen aaO. S. 486.

<sup>52</sup> Vgl. grundlegend bereits Eucken, Wettbewerbsordnung (1949), S.57, der die Haftung als Voraussetzung für eine Wirtschaftsordnung sieht, in der Freiheit und Selbstverantwortung herrschen (S. 62).

<sup>53</sup> So im Anschluß an Wiedemann z.B. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 438.

<sup>54</sup> So zum Zweck der Verschuldenshaftung Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 69 m.w.N. und den Sonderfällen, bei denen die Prävention der Schadensabnahme vorgelagert ist, S. 73. Bei der Gefährdungshaftung ist das einzige Ziel die Risikoverlagerung, die somit ebenfalls die Schadensabnahme bezweckt, Deutsch, aaO. S. 77.

<sup>55</sup> Dazu ist auf die umfangreiche Literatur zur Regelung der Haftungsfrage zu verweisen, etwa Esser, Grundlagen (1969); Deutsch, Haftungsrecht (1976); Will, Quellen (1980) oder insgesamt Blaschczok, Risikozeuweisung (1993), passim.

<sup>56</sup> Vgl. so Steindorff, Wirtschaftsordnung (1974), S. 641, mit Nachweisen auch der Kritik an der Deutung von Schadensersatzpflichten als Mittel der Sanktion und Generalprävention. Daß der konzernspezifische Gläubigerschutz präventiv wirken sollte, meint etwa Hommelhoff, Konzernpraxis nach 'Video'(1992), S. 314.

Haftungsrechts.<sup>57</sup> Diese Prävention wirkt zum Teil dadurch besonders stark, daß das Haftungsrisiko oft unberechenbar ist und zu prohibitiver Höhe ansteigen kann.<sup>58</sup> Die Haftung beugt dadurch dem Schadenseintritt vor bzw. verhindert diesen dadurch, daß sie zur Vermeidung der Sanktion anregt.

Eng verbunden mit der präventiven Funktion der Haftung ist somit die sich aus der Haftung ergebende *Verhaltenskontrolle*.<sup>59</sup> Durch die Haftung wird dabei zum einen die Herbeiführung des die Haftung auslösenden Tatbestandes tendenziell verhindert. Zum anderen wird diesem für die Zukunft entgegengewirkt<sup>60</sup>.

Das Haftungsrecht hat also eine Steuerungsfunktion.<sup>61</sup> Durch die verhaltenssteuernde Funktion der Norm wird "*die Verteidigungslinie der Rechtsordnung vorverlegt*" und so ein Verhalten verlangt, welches generell der Erhaltung zivilrechtlicher Güter dient.<sup>62</sup> Anders ausgedrückt, beeinflußt die Haftung das Verhalten so, daß die der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Interessenberücksichtigungen und Wertungen im größtmöglichen Umfange umgesetzt werden. Die Haftungsregeln ermöglichen so z.B. eine Inanspruchnahme der Gesellschafter, wenn sie ihre in der Unternehmensordnung übernommenen Pflichten nicht sorgfältig ausführen<sup>63</sup> und beeinflussen so deren Verhalten. Desweiteren erfüllt die Haftung eine Art *Garantiefunktion*.<sup>64</sup> Damit ist die Surrogation des verletzten Interesses in den Schadensersatzanspruch gemeint. Bei dieser Betrachtung setzt sich das verletzte Interesse somit im Schadensersatzanspruch fort. Damit hat die Haftung folglich eine Funktion der Gütergarantie.<sup>65</sup>

---

<sup>57</sup> Vgl. Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 72.

<sup>58</sup> Vgl. Deutsch, Haftungsrecht ((1976), S. 71.

<sup>59</sup> Vgl. so etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 438, für den etwa die Haftung als Verhaltenskontrolle zu ordentlicher Unternehmensführung anhält.

<sup>60</sup> Vgl. zu den zwei präventiven Funktionen der Haftung Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 71.

<sup>61</sup> So etwa im Anschluß an Steindorff und Mertens Teubner, Politik des Gesetzes in der Konzernhaftung (1990), S. 263 und 265 m.w.N. Für den Kontext dieser Arbeit besonders interessant ist die Feststellung Teubners, aaO. S. 271, daß Haftungsnormen, wenn sie ihren gesetzlichen Steuerungszweck erfüllen sollen, das wirtschaftliche 'Steuerungszentrum' treffen müssen.

<sup>62</sup> So in Anlehnung an Wiethölter Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 48. Hier sei dazu noch angeführt, daß es ganz generell die Grundidee verhaltenssteuernder Regelung auf wirtschaftlichem Gebiet sein sollte, daß den Entscheidungsträgern Nutzen und Kosten aus einer Handlung untrennbar zugerechnet werden, vgl. wie hier bereits Adams, Beschränkte Haftung (1991), S. 53.

<sup>63</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 536. Dieser Betrachtung liegt die Überlegung zugrunde, daß die persönliche Einstandspflicht ein wirksames Regulativ ordentlicher Verwaltung bildet, vgl. dazu aaO. S. 539. Noch weiter geht Steindorff, Wirtschaftsordnung (1974), S. 638, für den die Unternehmensverantwortung in zivilrechtlicher Ausgestaltung sich als ein vielseitiger Entwicklung zugängliches Instrument anbietet.

<sup>64</sup> Deutsch, Haftungsrecht (1976) S. 48. Vgl. hierzu auch die entsprechenden Betrachtungen bei Lutter, Kapital (1964), S. 49ff., zur Garantiefunktion des Kapitals als Zugriffs- und damit Haftungsobjekt in der Kapitalgesellschaft.

<sup>65</sup> Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 72.

Bei einer wettbewerbsorientierten Betrachtungsweise hat die Haftung dazu eine *Auslesefunktion*, indem sie die Auslese der Betriebe und leitenden Persönlichkeiten ermöglichen oder erleichtern soll. Die Haftung wird so als Teil der Lenkungsmechanik der vollständigen Konkurrenz angesehen.<sup>66</sup> Als Folge hiervon würde bei einer starken Haftung Kapital sorgfältiger investiert<sup>67</sup>.

Bemerkenswert ist für die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung noch die *Sicherungsfunktion* der Haftung bei der Kapitalgesellschaft. Hier wird die Haftung als Bereitstellung einer Leistung aufgefaßt, deren Erfüllung im Augenblick noch nicht einmal geplant ist.<sup>68</sup> Die Haftung gewährt also Sicherheit und "ersetzt" Kapital.<sup>69</sup>

Die einzelnen Haftungstatbestände haben dabei wiederum besondere Funktionen, so etwa die *Überwindungsfunktion* des § 826 BGB, wonach eine formale Rechtsposition nicht in sittenwidriger Weise ausgenutzt werden darf. An § 826 BGB zeigt sich ebenso die *Entwicklungsfunktion* einer Norm: entwickelt sich in der Rechtswirklichkeit ein neues Verhalten, durch das ein Schaden zugefügt wird, daß der Gesetzgeber jedoch noch nicht als rechtswidrig abgestempelt hat, so wird nicht selten auf die Sittenwidrigkeit zurückgegriffen.<sup>70</sup> Solche Funktionen werden oft wenig beachtet, sie zeigen aber deutlich die Einbettung der multifunktionalen Haftung in die Rechtsordnung und damit die

---

<sup>66</sup> Vgl. Eucken, Wettbewerbsordnung (1949), S. 58, der für eine Ausweitung der Haftung plädiert (S. 61); differenzierend hierzu etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 437; vgl. zum ordoliberalen Ansatz auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 538 und 546; vgl. zur Bedeutung für die hier behandelte Problematik Schanze, Einmanngesellschaft (1975), S. 56f.; Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 200.

<sup>67</sup> Vgl. Eucken, Wettbewerbsordnung (1949), S. 58, der in diesem Zusammenhang auch anführt, daß eine möglichst universelle Haftung konzentrationshemmend sei. Der von Eucken vertretene, ordoliberalen Ansatz, wonach derjenige, der den Nutzen hat, auch den Schaden zu tragen habe, und daß der, der über Pläne und Handlungen entscheidet, auch die Verantwortung tragen müsse, ist - dies sei bereits an dieser Stelle ausdrücklich betont, im Recht der Kapitalgesellschaften nicht geltendes Recht; vgl. zur Ablehnung eines "Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung" gleich unten im zweiten Teil unter A.IV.2. So sehr rechtspolitisch auch dafür gesagt werden kann: Es ist eben nicht, wie von Eucken gefordert, geltendes Recht, daß eine Haftungsbeschränkung nur dort gerechtfertigt ist, wo ein Kapitalgeber nicht oder nur begrenzt für die Geschäftsführung verantwortlich ist, etwa beim Kleinaktionär oder beim Kommanditisten. Dieser eher auf die nationale Volkswirtschaft als auf die heute allgemein anzutreffende international und betriebswirtschaftlich ausgerichtete, klassisch *ordoliberalen* Standpunkt, der als einer von mehreren rechtspolitischen Standpunkten dem deutschen Haftungsrecht im Konzern zwar einzelne Impulse gegeben, es aber eben nicht alleinentscheidend geprägt hat, ist samt seiner Einbettung in die Diskussion anschaulich dargestellt bei Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), etwa S.197ff. m.w.N.; vgl. hierzu auch unten im ersten Teil unter E.IV und im zweiten Teil unter C.I.1. und 2.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu Wiedemann, Haftungsbeschränkung (1968), S. 14.

<sup>69</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 536 und 538, und im Anschluß an diesen z.B. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 439. Wenn in der Literatur desweiteren, vgl. etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 117, 135 m.w.N., angeführt wird, für die Gesellschaftsgläubiger einer Personalgesellschaft hätte die Einstandspflicht der Gesellschafter kapitalersetzende Funktion, so ist dies zwar korrelativ richtig; die wechselseitige Beziehung ist doch wohl eher so, daß bei der Kapitalgesellschaft das Kapital die Einstandspflicht der Gesellschafter ersetzt.

<sup>70</sup> Vgl. zur Überwindungs- und Entwicklungsfunktion und zu § 826 BGB z.B. Deutsch, Unerlaubte Handlungen (1993), S. 123 in Anlehnung an BGHZ 26, 391 (1958) und BGHZ 33, 20 (1960).



Notwendigkeit der Abstimmung der einzelnen Haftungsregeln innerhalb des gesamten Rechtssystems.

Dazu hat die Haftung, und diese Funktion interessiert in der hier vorliegenden Arbeit besonders, eine *Ausgleichs- bzw. Distributivfunktion*, da durch die Regelung der Haftungsfrage der aktualisierte Verlust verteilt wird. Inhalt dieser Verteilungsfunktion ist somit, eine distributive Gerechtigkeit<sup>71</sup> zu sichern, sofern eine solche *"tunlich und billig"*<sup>72</sup> ist.<sup>73</sup> Hiermit korrespondiert, daß die Haftung im Vertragsrecht durch seine ausgleichende Funktion ein Teil des allgemeinen Interessenausgleichs ist.<sup>74</sup>

## **V. Zusammenfassung der Haftungs betrachtungen**

Wie gezeigt wurde, erfüllt die Haftung in der Rechtsordnung viele Funktionen. Traditionell stand dabei die persönliche Verantwortlichkeit für verschuldetes Fehlverhalten im Vordergrund<sup>75</sup>. Die Rolle der Haftung in der Rechtsordnung ist jedoch in einem Wandel begriffen, und: die Haftung hat ganz unterschiedliche Funktionen. Zentral dabei ist, daß die Haftung die Bereiche freiheitlicher Entfaltung voneinander abgrenzt. So fungiert sie als Korrektiv, falls die von der Rechtsordnung geschützten Interessenbereiche geschädigt werden.

Diese Arbeit stellt die Frage nach der Ausformung der Haftungsregelungen in einem Bereich, wo diese Interessenwahrung sich durch die wirtschaftliche Entwicklung - der Einbindung der autonomen Kapitalgesellschaft in ein polykorporatives Unternehmen -

---

<sup>71</sup> Esser, Grundlagen (1969), S. 73.

<sup>72</sup> Vgl. Esser, Grundlagen (1969), S. 74.

<sup>73</sup> Vgl. zur Schadensstreuung durch die Haftung auch Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 70 mit Darlegung der Komplementarität der distributiven und der präventiven Funktionen. Diesem tritt Blaschczok, Risikoweisung (1993), S. 47, entgegen, der mit Esser meint, daß eine Gegenüberstellung so nicht richtig sei. Vgl. allgemein zur Distributionsfunktion z.B. Blaschczok aaO. etwa S. 28, 59 und besonders 340ff. An letzterem Ort geht Blaschczok auf die Überschätzung einer der Funktionen - der distributiven - ein. Dazu sei hier folgendes bemerkt: Die einzelnen Funktionen der Haftung sollen an dieser Stelle lediglich skizziert werden. Da letztlich immer mehrere Funktionen gleichzeitig erfüllt werden und es Interdependenzen zwischen diesen gibt, erscheint eine Überbewertung der einzelnen Funktion und des einzelnen Zweckes der Haftung gefährlich: die Haftung erfüllt mehrere Funktionen *gleichzeitig und nebeneinander*. Eben dieses Zusammenspiel der Funktionen muß bei einer funktionellen Betrachtung der Haftung beachtet werden.

Während z.B. Esser dem Schadensersatz eine Doppelnatur zuspricht (aaO. S. 74), so wird in der hier vorliegenden Arbeit von einer Multifunktionalität der Haftung ausgegangen. Daß diese funktionelle Bedeutungen jedoch nicht von allen als relevant angesehen werden belegt der Gedankengang v. Bars, AcP 1994, 93, S. 95, der sich mit dem privatrechtlichen "Verteilungsgedanken" nicht anfreunden kann, da für ihn *"das Haftungsrecht, schon weil es ein Privatrecht ist, nicht die Aufgabe hat, Vermögen umzuverteilen, sondern es soll Vermögen erhalten, also Schäden zwischen Personen ausgleichen, die nichts anderes miteinander verbindet als das Schadensereignis selbst."*

<sup>74</sup> Vgl. hierzu gerade im Zusammenhang mit der in dieser Arbeit behandelten Problematik etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 52.

<sup>75</sup> Vgl. dazu das oben in diesem Teil unter II.1 Gesagte.

verändert hat, und wo deshalb die systematische Funktion der Haftung zu überdenken ist. Dazu ist als nächstes die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung der Kapitalgesellschaft zu betrachten.

### **B. Funktion des Haftungsprivilegs im Kapitalgesellschaftsrecht**

Die gesellschaftliche Funktion der Rechtsinstitute wird oftmals nicht zum Ausgangspunkt für die Gestaltung von Rechtsfolgen gemacht. Dies rührt zum Teil daher, daß eine brauchbare Antwort auf die Frage nach der Funktion rechtlicher Institute weitgehend nur mit Methoden zu gewinnen ist, die der herkömmlichen - dogmatischen - Rechtswissenschaft fremd sind.<sup>76</sup> Ein Grund hierfür ist, daß bei solch' funktionalem Denken versucht wird, Form und Inhalt zu verbinden, und dies kontrastiert zum Teil eben mit formalem juristischen Denken. Insbesondere dort, wo dieses formale Denken sich nicht länger an den wirtschaftlichen Gegebenheiten orientiert, greifen Regelungsansätze leicht ins Leere.

Der Jurist sollte sich aber nicht nur darüber im Klaren sein, was rechtlich erlaubt ist und was nicht, sondern er muß auch die immanenten Grenzen der Rechtssätze und Rechtsinstitute beachten, die sich aus deren Einbettung in die Gesellschaftsordnung ergeben.<sup>77</sup> Da diese Arbeit die Frage nach der zeitgemäßen Ausformung des Haftungsprivilegs stellt, müssen die hier angestellten Überlegungen sich stark an dessen heutiger gesellschaftlicher Funktion<sup>78</sup> orientieren; denn es ist bei einer der Wirklichkeit angepaßten Methode nur natürlich, daß die in der Wirklichkeit anzutreffenden Lebensverhältnisse in die Normen selbst zurückschlagen.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Vgl. hierzu beispielsweise Steindorff, Wirtschaftsordnung (1976), S. 621.

<sup>77</sup> Vgl. Kronstein, Recht der internationalen Kartelle (1967) S. 7 und zum Problem einer institutionenbezogenen Rechtsfindung S. 508ff. Kronstein hebt die Bedeutung des Blickes für die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Rechtsinstitutionen und den Rechtssystemen hervor. Eben diese Zusammenhänge sucht diese Arbeit darzustellen, vgl. zu diesem wirtschaftsrechtlichen Ansatz (aaO. S. 68) und bereits Kronstein, Wirtschaftsrecht (1928), S. 10 und auf die hier behandelte Problematik bezogen dens., Die abhängige juristische Person (1931), passim. Wirtschaftsrecht ist dabei nicht nur eine Normendisziplin, die Inhalt und Zweck der Normen feststellt, die sich auf die Wirtschaft als solche beziehen; es ist nicht nur die Wissenschaft von dem Rechte der Wirtschaft, sondern auch von dem Leben des Rechts in der Wirtschaft. Kronstein folgt somit einer teleologischen und funktionsorientierten Rechtsauslegung, die klare Kenntnis des Zwecks und bei mehreren Zielen des vorrangigen Zieles voraussetzt, und die Schwierigkeiten darin sieht, "Zielsetzung und Grundidee der rechtlichen Ordnung zu finden oder eine Wertordnung innerhalb der Rechtssätze festzustellen", vgl. Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, (1957) S. 26. Zur von Kronstein beeinflussten Schule zählen etwa Biedenkopf, Fikentscher, Mestmäcker, Steindorff und Rehbinder, vgl. hierzu problembezogen auch Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 475.

<sup>78</sup> Hierbei wird davon ausgegangen, daß eine der Eigenarten des Wirtschaftsrecht eben seine Funktionalität ist, vgl. dazu für das Gesellschaftsrecht etwa Tschäni, Funktionswandel im Gesellschaftsrecht (1978), S. 68.

<sup>79</sup> Verdichtet stützt sich die hier angestellte Betrachtung auf Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers (1974), S. 15.

Diese Arbeit versucht, eine funktionelle Betrachtung des Haftungsprivilegs im Recht der verbundenen Unternehmen vorzunehmen. Dazu ist es unbedingt nötig, zuerst auf den traditionell dogmatischen Gehalt der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen der Kapitalgesellschaft einzugehen.

### **I. Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen zur beschränkten Haftung**

Bildlich gesprochen wirkt die beschränkte Haftung wie ein Sicherheitsnetz für den Unternehmer. Die Haftungsbeschränkung ist dabei gedacht wie ein Damm, der die Fluten eines geschäftlichen Mißerfolgs nicht in den übrigen Vermögensbereich eindringen läßt.<sup>80</sup>

Der Haftungsbeschränkung werden dabei allgemein gesamtwirtschaftlich und gesellschaftlich zu begrüßende Effekte bescheinigt, wie etwa die Beflügelung von unternehmerischem Pioniergeist.<sup>81</sup> Die beschränkte Haftung ist in unserer industrialisierten kapitalistischen Welt ein kaum fortzudenkender Teil unserer Wirtschaftsordnung.

Der Ausschluß der Haftung der Gesellschafter muß jedoch im Gesetz bestimmt werden, er ergibt sich keineswegs zwingend<sup>82</sup> aus dem Wesen der juristischen Person<sup>83</sup> und ist

---

<sup>80</sup> Dieses Bild benutzt in Anlehnung an Wiedemann etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 352.

<sup>81</sup> Vgl. so und zu anderen positiven Effekten der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 353f., sehr kritisch gegenüber Lehmann wiederum Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2119.

<sup>82</sup> Vgl. so für die GmbH Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 605, oder etwa für die Aktiengesellschaft Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz (1971), § 1, Anm. 17. Vgl. auch allgemein Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 350 oder Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 11. Daß die beschränkte Haftung schon gar nicht als zwingende Folge der Rechtspersönlichkeit aufgefaßt werden kann, zeigt nach Reh binder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 579 auch die Existenz von KGaA und Genossenschaft.

<sup>83</sup> Vgl. so bereits früh etwa Schlegelberger/Quassowski, Aktiengesetz (1939), § 48 Anm. 8. In dieser Arbeit wird nicht vertieft auf die mit dem Begriff und dem Wesen der juristischen Person verbundene Diskussion eingegangen. Die unterschiedlichen Auffassungen der Fiktionstheorie, der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit oder etwa von der juristischen Person als ein verselbständigtes und einem bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen werden hier nicht näher erörtert, weil der Theorienstreit weitgehend keine praktische Bedeutung hat (so auch Wiedemann Gesellschaftsrecht I (1980) S. 191 und Flume, Juristische Person (1983) S. 21 m.w.N.). Lediglich dort, wo auf die grundlegenden Überlegungen zur juristischen Person nicht verzichtet werden kann, greift diese Arbeit die theoretischen Überlegungen auf. Vgl. zum Begriff der juristischen Person z.B. Wiedemann, aaO. S. 188ff., K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 157ff. oder insgesamt hierzu etwa Flume, aaO. S. 23, für den die juristische Person etwa eine "Wirkungseinheit oder Organisationseinheit ist, die auf Grund der Rechtsordnung mit Rechtsfähigkeit begabt ist". In dieser Arbeit wird die juristische Person als eine praktische Denkform für einen Komplex von Rechtsbeziehungen angesehen, die durch die Satzung und deren Ergänzung sowie Legalisierung durch die übergeordnete Rechtsordnung normiert sind, wobei die Ausgestaltung der juristischen Person im Einzelnen sehr unterschiedlich gestaltet sein kann, vgl. hierzu Müller-Freienfels, Durchgriff (1957), S. 529 und 531 m.w.N. Nach dem hier angelegten Verständnis entspricht dies der Auffassung, daß das Wesen der juristischen Person einfach als eine durch Einhaltung gewisser Normen zum Rechtssubjekt geformte Kapitalbindung aufgefaßt werden kann, vgl. so bereits Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931), S. 69.

nach hier vertretener Ansicht ebensowenig wesensnotwendig.<sup>84</sup> Der Ausschluß der Haftung der Mitglieder eines rechtsfähigen Verbandes<sup>85</sup> ist keine logische oder notwendige Konsequenz der juristischen Person.<sup>86</sup> Das Gesetz könnte<sup>87</sup> somit durchaus bestimmen, daß die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft auch persönlich verpflichtet werden<sup>88</sup>. Das Haftungsprivileg existiert, weil es eine positive rechtspolitische Entscheidung für die grundsätzliche Erwünschtheit der Haftungsbeschränkung gibt.<sup>89</sup>

Das hier behandelte Privileg der beschränkten Haftung mußte somit ausdrücklich bestimmt werden<sup>90</sup> und ist denn auch vom Gesetzgeber in den Bestimmungen des § 13 Abs. 2 GmbHG<sup>91</sup> und § 1 Abs. 1 S. 2 AktG<sup>92</sup> gleichlautend so formuliert, daß *"für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet."* Dieser positiv-rechtliche Haftungsausschluß wäre für den Rechtsverkehr unannehmbar und nicht funktionsfähig, wenn die Gesellschafterhaftung nicht durch eine andere Art von Gläubigerschutz als die Haftung ersetzt worden wäre. Im folgenden soll nun der Hintergrund der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung dargelegt werden.

## **II. Historische Einordnung der Bestimmungen zur beschränkten Haftung**

Die Kapitalgesellschaft ist vom historischen Ausgangspunkt betrachtet nur Instrument zur rechtstechnischen Verselbständigung der wirtschaftlichen Betätigung der Gesellschafter.

---

<sup>84</sup> Vgl. ebenso etwa Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz (1988) § 13 Rn. 8 oder Hachenburg/Raiser GmbHG (1989) § 13 Rn. 18. Anschaulich hierzu auch die Darstellung bei Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 218.

<sup>85</sup> Auch aus den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft ergibt sich für die einzelnen Mitgliedsstaaten keine Verpflichtung, nur das Vermögen der juristischen Person für deren Verpflichtungen eintreten zu lassen, das Privileg der beschränkten Haftung ist also nicht europarechtlich gewährleistet, vgl. hierzu etwa Werlauff, EC Company Law, (1993), S. 23. Angemerkt sei auch, daß im Zuge der EG-Beratungen eine generelle Durchgriffshaftung bei der Einpersonen-GmbH wieder fallengelassen wurde, vgl. nur Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 201.

<sup>86</sup> Vgl. z.B. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 202, und bereits. ders. Juristische Person als Sondervermögen (1975) S. 11. Vgl. auch die Betrachtungen zur Produkthaftung im Konzern bei Roth, Produkthaftung und Haftungsdurchgriff (1988) oder Hommelhoff, Produkthaftung (1990).

<sup>87</sup> Vgl. zu einer unbeschränkten Haftung des Aktionärs bei nur teileingezahltem Mitgliedschaftsrecht nach dem AktG von 1884 etwa Hommelhoff, Eigenkontrolle (1985), S. 79.

<sup>88</sup> So ganz generell für die Mitglieder der juristischen Person etwa Müller-Freienfels, Durchgriff (1957), S. 528.

<sup>89</sup> Vgl. so Schanze/Kern, Konzernhaftung (1991), S. 424 m.w.N.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu jedoch die rechtshistorisch - aber nach hier vertretener Auffassung eben *nur* rechtshistorischen - Äußerungen v. Savignys betreffend die schon vor der positiv-rechtlichen Normierung bestehenden Umgehungsmöglichkeiten etwa bei T. Baums, Gesetz über Aktiengesellschaften 1843 (1981), S. 170ff.

<sup>91</sup> GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477) mit allen späteren Änderungen.

<sup>92</sup> AktG: Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089) mit allen späteren Änderungen.

Sie dient vor allem der Haftungsbeschränkung.<sup>93</sup> Die Gesellschafter stellen der Kapitalgesellschaft Eigenkapital in einem zum Schutz des Rechtsverkehrs formalisierten Verfahren endgültig zur Verfügung und die Gesellschafter dürfen der Kapitalgesellschaft das Kapital nur nach einem vergleichbar gestalteten Verfahren wieder entziehen.<sup>94</sup> Nach traditioneller Auffassung ist es die Ausstattung mit einem gesperrten Eigenkapital, welche eine generelle Haftungsbeschränkung rechtfertigt.<sup>95</sup>

Dieses Garantiekapitalsystem wurde für die typische Publikumsgesellschaft entwickelt, in der kein einzelner Aktionär auf die Geschäftsführung Einfluß nehmen kann<sup>96</sup>: Traditionell ist die gedankliche Abgrenzung des unternehmensgebundenen Sondervermögens und die Aufbringung eines angemessenen Kapitals die Voraussetzung der vollständigen Entlassung der Mitglieder aus ihrer Verantwortung. Denn ohne diese Enthftung war eine Beteiligung von Anlagegesellschaftern schwer durchführbar, da diese mit geringem finanziellen Aufwand und ohne Einfluß auf die Verwaltung nur ein begrenztes Risiko einzugehen bereit sind<sup>97</sup>.

Der Blick in die Rechtsgeschichte zeigt den Ursprung der geltenden Regelung: Nach dem Übergang von der korporativ-ständischen zur bürgerlich-liberalen Sozialordnung wuchs eine neue Betrachtungsweise der zentralen privatrechtlichen Begriffe der Privatautonomie und des Privateigentums heran.<sup>98</sup> Der einzelne Bürger sollte sich wirtschaftlich betätigen können und somit auch die Möglichkeit haben, sich mit anderen in Gesellschaften zusammenzuschließen, um seine Geschäfte tätigen zu können. Die Zunahme wirtschaftlicher Aktivitäten und insbesondere die Kolonialisierung und später die Industrialisierung verlangten nach Kapitalsammelstellen. Die benötigten großen Kapitalmengen wurden von Investoren geleistet, die nichts mit dem Geschäftsbetrieb zu tun hatten, und im Zuge dieser Entwicklung kam es dann zur ersten Kodifizierung der

---

<sup>93</sup> Darstellend z.B. Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2113.

<sup>94</sup> Vgl. Wiedemann, Kapitalgesellschaftsrecht (1993), S. 147.

<sup>95</sup> Vgl. hierzu anschaulich etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 727f., kritisch hierzu etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 351; vgl. statt aller zur Diskussion etwa die Beiträge auf dem am 4.7.1997 in Frankfurt abgehaltenen Symposium "Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in Europa"; AG 1998 S. 345ff.; vgl. auch die Anmerkungen gleich unten.

<sup>96</sup> Vgl. K. Lehmann, Die geschichtliche Entwicklung im Aktienrecht (1895), S. 68ff.

<sup>97</sup> Vgl. so Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 203, der seine Betrachtungen jedoch auf diese traditionelle Form der Haftungsbeschränkung - die ja ebenso für den Kommanditisten gilt - beschränkt. Vgl. zur Entwicklung der beschränkten Haftung auch Eucken, Wettbewerbsordnung (1949), S. 59f., der aus ordo-liberalen Gesichtspunkten jedoch besonders auf den Zusammenhang von Herrschaft und Haftung fokussiert, vgl. dazu unten im zweiten Teil unter A.IV.2.

<sup>98</sup> Vgl. hierzu Kübler, Gesellschaftsrecht (5. Aufl., 1998), § 2 I.

begrenzten Haftung Anfang des 19. Jahrhunderts.<sup>99</sup> Die gesetzliche Regelung der Haftungsbegrenzung entstand, als Aktien erstmals eine relativ breite Streuung unter Publikumsaktionären fanden. Diese Aktionäre wie Mitglieder offener Handelsgesellschaften zu behandeln, hätte unheilvolle Wirkungen mit sich gebracht. Viele hätten den Gesellschaften das von diesen für die großen Aufgaben der Industrialisierung so dringend benötigte Kapital nicht überlassen, wenn damit eine persönliche Haftung verbunden gewesen wäre: Es kam zur Haftungsbegrenzung. Für die heutige Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen ist dabei bemerkenswert, daß die Publikumsaktionäre dabei die Geschäfte der Gesellschaften nicht beeinflussen und auf diese Weise Verluste verhindern konnten.<sup>100</sup> Daß ein Kapitalgeber durch die beschränkte Haftung mit Sicherheit weiß, daß der Verlust aus seiner Beteiligung einen vorher festgesetzten Betrag nicht überschreiten kann, spielt für die Finanzierung von Unternehmen auch heute noch eine wesentliche Rolle.<sup>101</sup> Gleichzeitig muß betont werden, daß die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung die Möglichkeit gewährt, prohibitive Transaktionskosten zu verhindern. Auch brauchen Unternehmen nicht auf risikobehaftete unternehmerische Aktivität zu verzichten, da die Haftungsbeschränkung durch Verwendung der Haftungsbeschränkung als Haftungsschott<sup>102</sup> eine Risikokalkulation ermöglicht.<sup>103</sup>

Hier soll nicht weiter auf die Einzelheiten der geschichtlichen Entwicklung zum heutigen Gesellschaftsrecht und die wirtschaftliche Bedeutung des Haftungsprivilegs eingegangen werden. Ein kurzer zeitgeschichtlicher Abriß war jedoch nötig, um zu folgendem Zwischenergebnis zu gelangen: Die Kapitalgesellschaft mit dem Prinzip der beschränkten Haftung ist ein Produkt des geschichtlichen und gesamtgesellschaftlichen Wandlungsprozesses<sup>104</sup>, der zu der liberalistischen Ausrichtung unserer Wirtschaftsordnung geführt hat. Heute ist die in der Kapitalgesellschaft gegebene Möglichkeit der Haftungsbegrenzung kaum aus der Wirklichkeit fortzudenken. Es ist mehr als nur die Auffassung einzelner, daß ohne die Haftungsbegrenzung weder die Entwicklung der Industrialisierung, des Eisenbahnverkehrs und der leistungsfähigen Großbanken noch eine

---

<sup>99</sup> Vgl. Art. 33 des französischen Code de Commerce von 1807, vgl. hierzu auch Werlauff, Selskabsret (1989), S. 33 mit weiteren Ausführungen auch zur vorgeschichtlichen Geschichte der beschränkten Haftung.

<sup>100</sup> Vgl. Vagts, Konzernrecht (1986), S. 39f; vgl. auch Roth, Zur beschränkten Haftung (1986) S. 372; und insgesamt Orhnlial, Limited Liability and the Corporation (1982).

<sup>101</sup> Vgl. dazu etwa Adams, Beschränkte Haftung (1991), S. 48f.

<sup>102</sup> Gemeint ist der erstrebte Erfolg einer Risikoabschottung; denn nicht die wirtschaftliche Einheit, sondern nur die rechtliche Einheit der Kapitalgesellschaft trägt das Risiko. Diesen einprägsamen Begriff verwendet etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 112.

<sup>103</sup> Vgl. hierzu und insgesamt zur ökonomischen Bedeutung der beschränkten Haftung etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 359f. m.w.N.; vgl. zur Risikoproblematik im Recht der verbundenen Unternehmen im dritten Teil unter A.III.

<sup>104</sup> Vgl. Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), S. 11.

Vielzahl kleinerer Unternehmen damals und heute möglich sind<sup>105</sup>. So ist denn die Aufrechterhaltung der Haftungsbegrenzung bezeichnet worden als *"der Preis, den das Wirtschaftsleben für die Möglichkeit von Wachstum und von Vorteilen zu zahlen hat, die mit der beschränkten Haftung einhergehen"*.<sup>106</sup> Denn letztlich bringt das Privileg der beschränkten Haftung von Kapitalgesellschaften gesamtwirtschaftliche Vorteile.<sup>107</sup>

Das Haftungsprivileg ist somit heute ein kaum fortzudenkender Teil unserer Marktordnung<sup>108</sup> und entspricht heute nach Auffassung breiter Kreise wohl einem humanitären Grundbedürfnis unserer Zeit.<sup>109</sup>

Das Funktions- und Strukturgefüge der Gesetze erklärt sich aus den vielfältigen Veränderungen des Wirtschaftsgefüges in dem skizzierten historischen Ablauf. Das Rechtssystem hat sich schrittweise den sich wandelnden Gegebenheiten und Anforderungen der Zeit angepaßt. Es stellt sich die Frage, ob das Rechtssystem den Anforderungen gerecht wird, wie wir sie heute vorfinden, oder ob es nötig ist, dieses Rechtssystem den veränderten Gegebenheiten anzupassen. Die beschränkte Haftung wurde in das Rechtssystem eingeführt, um auftretenden Anforderungen des Wirtschaftslebens entgegenzukommen. Das Privileg der beschränkten Haftung war dabei auf die selbständige Kapitalgesellschaft zugeschnitten. Die geltenden Kapitalgesellschaftsgesetze enthalten Regeln, die die beschränkte Haftung einer Gesellschaft begründen und rechtfertigen.

In dieser Arbeit soll die Frage untersucht werden, ob und inwieweit auch bei der in einem Unternehmensverbund stehenden Kapitalgesellschaft die Voraussetzungen gegeben sind, die die beschränkte Haftung rechtfertigen. Dabei sollen insbesondere die Wertungen erarbeitet werden, die sich aus der historischen Entwicklung der Bestimmungen und der

---

<sup>105</sup> Diese generelle, aber die Notwendigkeit und Berechtigung der Möglichkeit der Haftungsbegrenzung zutreffend beschreibende und gleichzeitig eingängige Aussage machte Hopt auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht S. R60. Vgl. dazu auch die Ausführungen zum rechtspolitischen Grundkonzept der Aktiengesellschaft bei Hommelhoff, Eigenkontrolle (1985), etwa S. 59.

<sup>106</sup> So die Aussage von Lord Justice Lawton in *Rolled Steel Ltd. vs British Steel Corp. (C.A)* [1986] 1 Ch. 246,309.: *"the price the business world has to pay for the potentiality for growth and convenience which goes with limited liability"* (1986), vgl. dazu auch Druey, Gutachten (1992), S. H 30.

<sup>107</sup> Vgl. zu diesen Vorteilen etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 370. An gleicher Stelle wird auch dargelegt, warum bereits aus wirtschaftlichen Gründen dies Prinzip nicht schrankenlose Geltung beanspruchen kann. Hierauf wird im zweiten Teil dieser Arbeit ausführlich eingegangen.

<sup>108</sup> So wird z.B. davon ausgegangen, daß ein organisierter Kapitalmarkt ohne beschränkte Haftung nicht zu existieren vermag, vgl. Adams, Beschränkte Haftung (1991), S. 48. m.w.N.

<sup>109</sup> Vgl. so und insgesamt zur Legitimation der Haftungsabschottung Hommelhoff, Produkthaftung im Konzern (1990), S. 768 m.w.N. Vgl. zur Humanisierung der Wirtschaft auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 544. In dieser Arbeit wird auf die politische Grundentscheidung, daß eine Haftungsbeschränkung möglich ist, nicht weiter eingegangen. Dies wird mit der bestehenden Rechtordnung zugrundegelegt.

Entwicklung seither für die Frage der Haftungsbeschränkung im polykorporativen Unternehmen ergeben.

### **III. Theorie der beschränkten Haftung bei der Kapitalgesellschaft**

Die Problematik der Haftungsbegrenzung ist international. Dabei wurde schon im letzten Jahrhundert auf die Problematik der Legitimität des Privilegs der beschränkten Haftung und der Haftungsabschottung abgestellt.<sup>110</sup> Der zentrale Punkt hierbei ist das sogenannte Trennungsprinzip;<sup>111</sup> denn das Haftungsprivileg ist in engem Zusammenhang mit dem als Korrelat der Haftungsbegrenzung aufzustellenden Gläubigerschutz,<sup>112</sup> insbesondere den Kapitalerhaltungsregelungen zu sehen: Erst der auf dem Trennungsprinzip aufbauende kapitalgesellschaftsrechtliche Grundsatz der Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals schafft die theoretische Legitimation für die Beschränkung der Haftung, denn den Haftungsrückhalt der juristischen Person bilden deren *eigene* vermögenswerte Gegenstände.<sup>113</sup> Die Kapitalerhaltung dient dem Gläubigerschutz, der als notwendiges Korrelat der Haftungsbeschränkung anzusehen ist.<sup>114</sup> Im deutschen Recht ist es diese Kapitalbindung, die das Privileg der beschränkten Haftung verschafft<sup>115</sup> und rechtfertigt.

#### **1. Herleitung aus dem Trennungsprinzip**

Da das Verständnis des Trennungsprinzips<sup>116</sup> somit eine Grundvoraussetzung zum Verständnis der beschränkten Haftung ist, sind hier einige Grunderwägungen zu diesem

---

<sup>110</sup> Vgl. etwa die berühmte englische Entscheidung *Salomon vs Salomon* aus dem Jahre 1897 [1897] AC 22 H.L., vgl. hierzu z.B. Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 78; Druey, Gutachten (1992) S. H 21 und bereits Schanze, Einmanggesellschaft (1975) S. 50f. m.w.N.

<sup>111</sup> Siehe hierzu die Ausführungen gleich unten in diesem Teil unter B.III.1.

<sup>112</sup> Richtig betont so beispielsweise Behrens, Krisensymptome in der Gesellschaftsrechtsangleichung (1996), S. 844, daß es zu den allgemein akzeptierten Grundlagen des Kapitalgesellschaftsrechts gehört, daß das Haftungsprivileg durch einen rechtlichen Schutz der Gläubiger kompensiert werden muß. Die organische Verbindung zwischen dem Haftungsprivileg und einem hiermit korrelierenden, ausreichenden Gläubigerschutz im Recht der verbundenen Unternehmen ist gerade der Betrachtungsgegenstand dieser Arbeit.

<sup>113</sup> Vgl. so und insgesamt zur Bedeutung des Kapitals in der Kapitalgesellschaft Lutter, Kapital (1964), hier zitiert S. 40f.

<sup>114</sup> Vgl. etwa Lutter, Kapital (1964), S. 49ff.; und zu den Funktionsbedingungen des Haftungsprivilegs im Verhältnis zur hier behandelten Problemstellung etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 268 m.w.N.

<sup>115</sup> Vgl. statt aller Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 545.

<sup>116</sup> Das Trennungsprinzip wird in dieser Arbeit als Teil der Grundlage der Kapitalgesellschaft aufgefaßt. Anderer Auffassung sind etwa Flume, Die juristische Person (1985), S. 67ff. und Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), passim. Dies erklärt sich jedoch aus deren anderer Auffassung der juristischen Person als solcher, eine Problematik die in dieser Arbeit nicht aufgegriffen wird. Wilhelm stellt die juristische Person als solche, ihre Selbständigkeit und Unabhängigkeit von ihren Mitgliedern in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen, weshalb es für Wilhelm keinen Durchgriff geben kann. Hier wird das Trennungsprinzip als Voraussetzung der Haftungsbeschränkung verstanden; begriffliches Deduzieren ist abzulehnen, vgl. dazu etwa Lutter, Haftung in der



Prinzip anzustellen.<sup>117</sup> Das Trennungsprinzip bezeichnet die Verselbständigung des Sondervermögens<sup>118</sup> gegenüber Dritten, gegenüber Organpersonen und gegenüber den Gesellschaftern. Das Trennungsprinzip beinhaltet, daß die dem Sondervermögen zugerechneten Vermögensgüter der juristischen Person endgültig gewidmet sind und den Verbandsmitgliedern anstelle von Einzelrechten an diesen nur noch Mitgliedschaftsrechte zustehen.<sup>119</sup>

Das Trennungsprinzip besagt somit, daß das Vermögen der Kapitalgesellschaft getrennt von dem der Gesellschafter ist und deren Schulden nicht auch Schulden der Gesellschaft sind, ebensowenig wie Verpflichtungen der Gesellschaft solche der Gesellschafter.<sup>120</sup>

Für die Legitimation der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung gibt es zwei Ansätze, deren Begründungen zwar beide auf dem Trennungsprinzip<sup>121</sup> aufbauen, aber denen doch eine unterschiedliche Betrachtungsweise zugrundeliegt.<sup>122</sup> Die wohl herrschende Ansicht versteht das von den Gesellschaftern aufgebrauchte Eigenkapital als

Unternehmensgruppe (1982), S. 254. Zum Trennungsprinzip als Grundlage der beschränkten Haftung grundlegend etwa Serick, Rechtsform und Realität, passim, der das Trennungsprinzip als Spezifikum der juristischen Person dargelegt hat. Vgl. aus der Literatur auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 198 oder Coing, Haftungsdurchgriff (1977), S. 1794. Hachenburg/Mertens, GmbHG Anh. § 13 Rn. 1; Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), S. 421. Ausführlich zum Trennungsprinzip ders., Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 403ff. m.z.w.N.

<sup>117</sup> Besonders weil das Trennungsprinzip für die in dieser Arbeit behandelte Problematik von grundlegender Bedeutung ist; vgl. zum Trennungsprinzip im Bezug auf den Risikodurchschlag im verbundenen Unternehmen etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 365ff.

<sup>118</sup> Das Sondervermögen einer juristischen Person bildet einen selbständigen und abgeschlossenen Rechtskreis. Das Sondervermögen ist dabei Zuordnungsendpunkt von Rechten und Pflichten, und somit bildet das Sondervermögen eine Rechts- und Pflichteneinheit und haftet so für alle Schulden der juristischen Person. Dazu bedarf das Sondervermögen einer eigenen Verwaltung und eigener Vertretungsorgane. Hier soll nicht weiter auf den Begriff des Sondervermögens eingegangen werden, vgl. hierzu Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 196. Zum Trennungsprinzip gehört und dem Haftungsausschluß entspricht ebenso die formelle Trennung von Beteiligung und Geschäftsführung, vgl. etwa § 6 GmbHG und § 76 AktG und hierzu etwa Kuhn, Kapitalgesellschaften (1964), S. 47. Hierauf wird im folgenden jedoch nicht eigens eingegangen, da es hier auf den Funktionszusammenhang von Kapital und Haftungsbeschränkung ankommt; vgl. zur Funktionsvoraussetzung, daß die Vermögens- und Interessensphären der Beteiligten in einer Art und Weise getrennt sind, die generelle Beachtung verlangt und respektiert wird, ganz allgemein Kübler, Organpflichten (1984), S. 437ff.

<sup>119</sup> Vgl. allgemein zum Trennungsprinzip Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 9 und ders., Gesellschaftsrecht I (1980), S. 198.

<sup>120</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000), § 13, Rn. 1 und 6 zum Trennungsprinzip bei der GmbH: Aus § 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 GmbHG, wonach die GmbH als solche selbständige Rechte und Pflichten hat, ergibt sich das sogenannte Trennungsprinzip.

<sup>121</sup> Vgl. Schmidt, Verlustausgleich (1992), S. 129.

<sup>122</sup> Bei Überlegungen zur Legitimation der beschränkten Haftung sollte man sich immer bewußt sein, daß der Grundsatz der Haftungstrennung, das Trennungsgebot, als pragmatische Antwort auf praktische Bedürfnisse entstanden ist; hierzu etwa Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 397 m.w.N. Die Legitimation der Haftungsbeschränkung wird im folgenden dargelegt, die Möglichkeit der beschränkten Haftung ist jedoch vor allem pragmatisch als ein Ergebnis des wirtschaftlich-kulturellen Entwicklungsprozesses zu verstehen. Dies sollte man sich eingangs deutlich bewußt machen.

die dem Gläubigerzugriff offenstehende Haftungsmasse, also als Haftungspotential<sup>123</sup>. Der Grundgedanke dieser Legitimation der beschränkten Haftung ist, daß auf eine Haftung der Gesellschafter verzichtet werden kann, weil die Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch das Eigenkapital als Haftungspotential gedeckt werden sollen. Dementsprechend bestehen die Kapitalaufbringungs- und Vermögenserhaltungsregeln, weil es an einer persönlichen Haftung fehlt. Diese Auffassung wird als *Theorie des Haftungsfonds*<sup>124</sup> bezeichnet. Die Garantiefunktion des Stammkapitals rechtfertigt danach den Ausschluß der Gesellschafterhaftung.<sup>125</sup>

Eine funktionell andere Auffassung betrachtet das Eigenkapital als Risikoprämie für die Haftverschonung<sup>126</sup>. Die Haftungsbeschränkung wird dabei dadurch legitimiert, daß in der Kapitalgesellschaft ein gebundenes Garantiekapital vorhanden ist<sup>127</sup>. Dies bezeichnet man als die *Theorie des Risikoeinsatzes*<sup>128</sup>. Einprägsam ist hierzu das Bild der Haftungsbeschränkung als Privileg, das durch einen Kapitaleinsatz erkaufte wird.<sup>129</sup>

Gemeinsam liegt beiden Auffassungen die Sicherheitsfunktion des Eigenkapitals<sup>130</sup> zugrunde. Erst die vom Gesetzgeber geschaffenen Vorschriften für ein rechtlich abgesichertes Haftungskapital rechtfertigen im geltenden Recht somit den Haftungsausschluß und bilden mit der Bestimmung des Haftungsausschlusses eine nicht

---

<sup>123</sup> Hierzu zählen etwa Lutter/Hommelhoff, Haftkapital (1979), S. 58. Vgl. auch Wiedemann, Kapitalgesellschaftsrecht (1993), S. 147 m.w.N.

<sup>124</sup> Vgl. zu Idee und Ausgestaltung dieses Garantiefonds etwa Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 1, 9f. und 52, oder Wiedemann, Haftungsbeschränkung (1968), S. 6 und zur wirtschaftlichen Bedeutung etwa Roth, Zur beschränkten Haftung (1986), S. 380. An dieser Stelle sei angemerkt, daß das Grundkapital der Gesellschaft zwar Haftungsfonds zugunsten der Gesellschaftergläubiger, in erster Linie aber Betriebsmittelfonds ist, vgl. so und insgesamt zu gesetzgeberischen Intentionen zu den Funktionen des Grundkapitals Hommelhoff, Eigenkontrolle (1985), S. 83. Zur Sicherung des Haftungsfonds durch die Kapitalerhaltungsregeln etwa bei der GmbH Ulmer, Erhaltung des satzungsmäßigen Haftungsfonds (1985), S. 601ff.

<sup>125</sup> Vgl. hierzu Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 403 und darstellend auch Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 43.

<sup>126</sup> So ähnlich - zumindest im Gedankenansatz - z.B. Adams, Beschränkte Haftung (1991), S. 29f. der das Eigenkapital als "*Verlustpuffer*" bezeichnet und in diesem daher eine Risikoprämie sieht, aaO. S. 32.

<sup>127</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 7 und 552ff. Besonders die illustrative Darstellung des von Würdinger entliehenen Stausee-Metaphers verdeutlicht diese Garantiefunktion. Vgl. zum Garantiekapital als Haftungsstock in der Literatur zu verbundenen Unternehmen etwa Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 8ff.

<sup>128</sup> Vgl. zum Zusammenhang von Haftungsbeschränkung und Garantiekapital Wiedemann, Kapitalgesellschaftsrecht (1993), S. 147.

<sup>129</sup> Dieses Bild verwendet Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 336.

<sup>130</sup> Diesen Ausdruck verwendet Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 515.

auf lösbare Vorschriftengruppe.<sup>131</sup> Somit besteht ein wechselseitiges Legitimationsverhältnis von Haftung und Kapitalsicherung.<sup>132</sup>

Da das Privileg der beschränkten Haftung also nach geltendem Recht<sup>133</sup> dadurch gerechtfertigt ist, daß ein Gesellschaftskapital vorhanden ist und bleibt, ergeben sich nach hier vertretener Ansicht keine Unterschiede aus den beiden Legitimationsansätzen der Haftungsbeschränkung. Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen zu den unverzichtbaren Voraussetzungen für die beschränkte Haftung gehört<sup>134</sup>. Die Gesellschafter können die haftungsrechtliche Trennung der Vermögensmassen also nur insoweit zu ihrem Vorteil in Anspruch nehmen, als sie auch die Voraussetzungen dieser Trennung wahren.

Der hiermit angesprochene Gedanke des erst durch Erfüllen bestimmter Voraussetzungen gerechtfertigten Haftungsprivilegs soll hier besonders hervorgehoben werden. Denn in dieser Arbeit wird versucht werden, gerade diese nach hier vertretener Auffassung der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Wertungen zur Lösung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen heranzuziehen. Deshalb ist an dieser Stelle daran zu erinnern, daß es im Haftungsrecht letztlich allgemein um die Frage der Risikozurechnung geht.<sup>135</sup> Unter dem Aspekt der Risikozurechnung erfüllt das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip die Funktion, die Risiken der Anteilseigner auf das Vermögen der Gesellschaft einzuschränken. Dem Gesellschafter der Kapitalgesellschaft wird so die Möglichkeit gegeben, sein Maximalrisiko zu kalkulieren. Die übrigen Risiken werden auf die Gläubiger abgewälzt. Diese im Trennungsprinzip begründete Risikoverteilung kann bei

---

<sup>131</sup> Vgl. Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 605.

<sup>132</sup> Im europäischen Kontext betont zu Recht Hommelhoff, *Société fermée européenne - eine supranationale Gesellschaftsform*, (1997), S. 2106, daß eine Kapitalgesellschaft, die ja eben haftungsbeschränkend ist, mit einem hinreichend effektivem Gläubigerschutz auszustatten ist. AaO. S. 2107, betont Hommelhoff das Mindestkapital sowie die Regeln, dessen Aufbringung und Erhaltung sicherzustellen; bezeichnet dies Mindestkapital gleichzeitig jedoch als "*nichts anderes als eine Seriositätsschwelle*". Es sei - entgegen der Vorstellung des nationalen Gesetzgeber vom Mindestkapital als Betriebsvermögen für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit - allenfalls in extrem kapital-un-bedürftigen Gesellschaften in ganz seltenen Ausnahmefällen möglich, ein nur mit dem Mindestkapital (etwa den 50000 DM bei der GmbH) ausgestattetes Unternehmen mit einiger Aussicht auf Erfolg zu betreiben (m.w.N.). Es sei (schon lange) nicht (mehr) das notwendige Betriebskapital der Gesellschaft, um unter anderem die Risiken aus unternehmerischer Betätigung aufzufangen; vgl. dens., *Wider das Akzessorietätsdogma in der GbR* (1998), S. 11 m.w.N.; vgl. hierzu statt aller, vor vorschnellen Angriffen gegen das Mindestkapital warnend, auch Lutter, *Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik* (1998), S. 375ff.

<sup>133</sup> Daß das gesetzliche Garantiekapital derzeit nicht unumstritten ist, ändert am geltenden Recht - und an dieser funktionellen Betrachtung zum derzeitigen Regelungsansatz - nichts; vgl. zur Diskussion um die Berechtigung eines Garantiekapitals etwa die Beiträge auf dem am 4.7.1997 in Frankfurt abgehaltenen Symposium "Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in Europa"; AG 1998 S. 345ff.m.w.N.

<sup>134</sup> Vgl. statt aller BGH, BB 1985, 77.

<sup>135</sup> Vgl. hierzu die Sonderung zwischen der Akzeptanz eines allgemeinen kapitalgesellschaftlichen und eines verbundsspezifischem Risikos unten im dritten Teil unter A.III.

Lichte betrachtet nur unter der Voraussetzung möglich sein, daß die Gesellschaft - entsprechend der Konzeption von der Einzelgesellschaft als rechtlich geschütztem Interessenzentrum - autonom das Interesse verfolgt, ihr Vermögen zu erhalten oder zu vermehren.<sup>136</sup>

Letztlich geht es hierbei um nichts anderes als um die Beachtung der gesellschaftsrechtlichen Strukturprinzipien durch diejenigen, welche über den maßgeblichen gesellschaftsrechtlichen Einfluß verfügen<sup>137</sup>. Eben diese Voraussetzungen für die Haftungsbeschränkung sollen im folgenden durch eine Betrachtung des Normzwecks<sup>138</sup> der Regelung aufgezeigt werden. Gerade hierbei ist es aufgrund der starken wirtschaftlichen Bedeutung und der Verwendung von Kapitalgesellschaften auf vielfältigste Art- beispielsweise eben durch die Einbindung in ein polykorporatives Unternehmen - geboten, über alternative und effektive Gläubigerschutzmechanismen nachzudenken.<sup>139</sup>

## **2. Zweck, Funktion und Eigenschaften des Haftungsprivilegs**

Um die dem Haftungsprivileg zugrundeliegenden Wertungen offenzulegen, ist es nötig sich den Normzweck der Bestimmung bewußt zu machen. Im folgenden ist erst die Bedeutung des Normzwecks im allgemeinen und sodann in der hier behandelten Problemstellung zu verdeutlichen.

**a. Bedeutung der Normzweckbetrachtung** Es ist wichtig sich den Zweck einer Norm deutlich zu machen; denn Ziel der Gesetzesauslegung ist es, den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Regelungszweck zu ermitteln.<sup>140</sup> Dies ist grundsätzlich immer möglich,

---

<sup>136</sup> So unter Berufung auf Reuter zutreffend bereits Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 331. Vgl. zu dieser Voraussetzung als Grundlage eines Eigeninteresses der Gesellschaft die Darstellung unten im zweiten Teil unter A.IV.2.

<sup>137</sup> Vgl. hierzu Mestmäcker, Berufsfreiheit (1974), S. 423.) Im weiteren Sinne entspricht dies auch der Aussage, daß das haftungsrechtliche Trennungsprinzip nur demjenigen zugute kommt, der sich an das organisationsrechtliche Trennungsgebot hält; näher hierzu in Anlehnung an BGHZ 68, 312 (Fertighaus, 1968) K. Schmidt, Verlustausgleich (1992), S. 129.

<sup>138</sup> Die Normzweckbetrachtung ist für die in dieser Arbeit behandelte Problematik sehr wichtig und wird in dieser Arbeit denn auch wiederholt aufgegriffen, vgl. zum verbundenen Unternehmen als Normanwendungsproblem allgemein etwa Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 311, der, aaO. S. 342, richtig anführt, daß der Anwendungsbereich der Norm von deren Schutzzweck bestimmt ist. Eben deshalb werden in dieser Arbeit Normanwendungs- und Normzweckbetrachtungen zusammengefaßt.

<sup>139</sup> Vgl. ähnlich zur Frage des Sinns eines gesetzlichen Mindestkapitals etwa Davies, Legal Capital in Private Companies in Great Britain (1998), S. 348ff.

<sup>140</sup> Dieser allgemeine Auslegungsgrundsatz findet sich themenbezogen z.B. bei Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 165. An dieser Stelle sei folgendes bemerkt: In dieser Arbeit wird einer teleologischen, am Normzweck orientierten juristischen Methode gefolgt. Von dieser aus wird die ganze Problemstellung der Haftungsbeschränkung im verbundenen Unternehmen betrachtet.

denn es gibt keinen Rechtssatz, der nicht einen Zweck, dh.: einem praktischen Motiv, seinen Ursprung verdankt.<sup>141</sup> Dieser Zweck ist dabei metajuristisch.<sup>142</sup> Gerade auf der Ebene regelungsrechtlicher Interessenentscheidungen und Maßnahmen - wie etwa im Wirtschaftsrecht - sind diese für die richterliche Gestaltung maßgebenden Gesetzeszwecke unbedingt zu berücksichtigen.<sup>143</sup>

Der Zweck einer Norm wird dabei zuerst von der Intention des historischen Gesetzgebers bestimmt,<sup>144</sup> der gegenwärtige Zweck einer Norm ist jedoch der Funktion der Norm oder dem Funktionszusammenhang des Rechtsgebietes zu entnehmen, er entfaltet sich aus der Norm<sup>145</sup>. Gerade bei der Weiterentwicklung des Rechts ist deshalb zu berücksichtigen, daß sich das Recht ohne klare Erkenntnis der ratio legis nicht fortbilden läßt: Der Rechtsanwender, der den Willen des Gesetzgebers nicht zur Kenntnis nimmt, weiß nicht einmal, wann er bei seiner Auslegung diesen ursprünglichen Normzweck vereitelt hat. Dies gilt insbesondere, wo der Wortlaut einer Regelung den Normzweck nicht gänzlich umzusetzen vermag,<sup>146</sup> insbesondere wo dies einem starren Normengefüge aufgrund der Vielgestaltigkeit der Wirklichkeit gar nicht möglich wäre. Der Interpret, der den ursprünglichen Normzweck aus der Entstehungsgeschichte nicht feststellt, merkt nicht einmal, wenn er in objektiver Auslegung diesen Normzweck verändert oder durchkreuzt.<sup>147</sup> Gerade darauf muß es aber nach der hier vertretenen Auffassung ankommen: Ob bei der

---

Normzweck und Normanwendungszusammenhänge können nach hier verteilter Auffassung nicht deutlich genug ins Bewußtsein gerufen werden.

<sup>141</sup> So schon v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Band I (3. Aufl. 1893), S. VIII.

<sup>142</sup> Vgl. Kronstein, *Die abhängige juristische Person* (1931), S. 69. Ebenso wie der Zweck einer Norm metajuristisch ist, sind die einer Norm zugrundeliegenden Wertungen außerjuristisch, vgl. hierzu etwa Diederichsen, *Flucht des Gesetzgebers* (1974), S. 6. "*Die Geltung der Norm im Wertungssystem der Gesamtrechtsordnung ist daher immer neu zu überprüfen. Das setzt allerdings die Kenntnis der Ausgangslage, also das Wissen um die Entstehungsgeschichte und den ursprünglichen ("historischen") Normzweck voraus*". (Zitat aus Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung* (1991), S. 487.) Schon an der historischen Komponente von sowohl Normzweck einer Regelung als auch der zugrundeliegenden Wertung wird die nahe Verbindung von Normzweck und Wertungsgrundlage deutlich, vgl. hierzu allgemein die Ausführungen im dritten Teil.

<sup>143</sup> Vgl. Esser, *Vorverständnis* (1970), S. 164.

<sup>144</sup> Vgl. Deutsch, *Haftungsrecht* (1976), S. 66 in Anlehnung an Coing, *Methodenlehre* (1972), S. 30f.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu allgemein Larenz, *Methodenlehre* (1991), S. 484 und in Bezug auf die Haftungsproblematik Deutsch, *Haftungsrecht* (1976), S. 67.

<sup>146</sup> Zwischen Wortlaut und Telos einer Regelung klaffen eben gelegentlich empfindliche Lücken; Dies bei jüngeren Gesetzen für nicht einmalig haltend etwa - bezogen auf eine Haftungsfrage im deutschen Gesellschaftsrecht - K. Schmidt, *Fortschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen* (1980), S. 571f. zur Novelle des § 32a GmbHG.

<sup>147</sup> Diese kritische, aber nach hier verteilter Ansicht gerechtfertigte, Haltung zur 'objektiven Methode der Gesetzesauslegung' findet sich bei Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung* (1991), S. 485.

Ausübung eines einzelnen Rechts gegen den Zweck des Rechtsinstituts verstoßen wird, dem dies einzelne Recht funktionell zugehört.<sup>148</sup>

Daß es bei einer rechtlichen Beurteilung des Haftungsprivilegs nach der hier vertretenen Betrachtungsweise vor allem auf den Normzweck ankommt,<sup>149</sup> ist besonders bei einer für das gesamte Kapitalgesellschaftsrecht so zentralen rechtlichen Norm wie der Haftungsbeschränkung evident<sup>150</sup>. Der methodische Kern der Normzwecklehre<sup>151</sup> ist dabei die teleologische Reduktion der Haftungsbeschränkung<sup>152</sup>, denn Sinn und Tragweite der konkreten Norm müssen im Verhältnis zu einer bestimmten Zuordnungseinheit im Rahmen der Ordnungswahl der jeweiligen Rechtsordnung betrachtet werden.<sup>153</sup>

So gilt insbesondere im polykorporativen Unternehmen, daß die Haftungssegmentierung vom Gesetzgeber bezweckte Steuerungsimpulse nicht ausschalten und auch nicht wesentlich abschwächen darf.<sup>154</sup> Gleichzeitig ist sicherzustellen, daß die der Rechtsordnung zugrundeliegenden Regelungszwecke nicht auseinanderfallen.<sup>155</sup> Es muß auf die Einbindung der einzelnen Bestimmung in die Gesamtregelung geachtet werden, denn das Ziel der Vorschriften ergibt sich nicht aus dem Zweck einzelner Vorschriften, es muß auf das Ziel der Gesamtregelung abgestellt werden. Denn erst das Ziel dieser

---

<sup>148</sup> In Bezug auf die Verletzung der dem Institut der Haftungsbeschränkung zugrundeliegenden Voraussetzungen meint dies - in Anlehnung an Esser - so etwa Immenga, *Personalistische Kapitalgesellschaft* (1970), S. 419. Vgl. zur Frage einer 'funktionswidrigen' Verwendung des Haftungsprivilegs auch Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S.266ff., der richtig zu dem Ergebnis kommt, daß es aufgrund der Organisationsfreiheit, vgl. hierzu unten im dritten Teil unter B.IV.1., und - wie er meint - des Gleichheitsgrundsatzes in einer freien Wirtschaftsordnung keine prima facie festzustellende funktionswidrige Verwendung des Haftungsprivilegs gibt.

<sup>149</sup> So auch Zöllner auf dem DJT 1992, Sitzungsbericht S. R 180 zu dem hier behandelten Thema. Daß die Normzwecklehre im Haftungsrecht der verbundenen Unternehmen die richtige sedes materiae ist, meint auch Teubner, *Politik des Gesetzgebers in der Konzernhaftung* (1990), S. 272.

<sup>150</sup> Vgl. zur Bedeutung des Normzwecks für die in dieser Arbeit behandelten Problemstellung auch K. Schmidt, *Unternehmensbegriff* (1994), S. 191 und 192. Daß sowohl die Haftung trotz Haftungsbeschränkung (i.e. Durchgriff, vgl. unten im zweiten Teil unter B.II.) und das gesamte Konzernaußenrecht ein Normanwendungsproblem darstellen, meint gar Behrens, *Durchgriff über die Grenze* (1982), S. 312.

<sup>151</sup> Die von Wiedemann und Ulmer entwickelte Normzwecklehre wird für den in dieser Arbeit behandelten Problemkomplex rechtsvergleichend mustergültig hervorgehoben von Lutter, *Haftung in der Unternehmensgruppe* (1982), S. 249f., Vgl. zur Normzwecklehre allgemein im Durchgriff die Ausführungen unten in diesem Teil unter B.IV.2.

<sup>152</sup> So etwa die Beschreibung von Scholz/Emmerich, *GmbHG* (2000), § 1 Anm. 80ff., der diese Reduktion der Haftungsbeschränkung in gewisse Fallgruppen darstellt, die durch Mißachtung der gesetzlichen Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung oder durch deren zweckwidrigen Gebrauch gekennzeichnet werden.

<sup>153</sup> Vgl. so ganz allgemein Müller-Freienfels, *Durchgriff* (1957), S. 537.

<sup>154</sup> Vgl. Hommelhoff, *Produkthaftung im Konzern* (1990), S. 770 und zur Risiko- und Haftungssegmentierung bei diversen Unternehmens-Aktivitäten etwa dens., *Recht der Konzernhaftung* (1994), S. 408 m.w.N.

<sup>155</sup> Vgl. Hommelhoff, *Produkthaftung im Konzern* (1990), S. 770.

Gesamtregelung "bestimmt die allen sonstigen Zwecken vorgehenden übergeordneten Gesichtspunkte für die Auslegung der Vorschriften und ist bei Interessenkonflikten für deren Wertung entscheidend."<sup>156</sup>

### **b. Normzweck der Haftungsbeschränkung**

Die Normen des Haftungsprivilegs besagen, daß den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Diese Haftungsbeschränkung ist die Hauptfunktion der meisten Kapitalgesellschaften,<sup>157</sup> und bei Publikumsgesellschaften gar Funktionsvoraussetzung.<sup>158</sup> Die Frage, ob und wieweit an Personal- und Kapitalgesellschaften beteiligte Gesellschafter für deren Verpflichtungen haften müssen, beherrscht die ganze Konstruktion dieser Gesellschaften.<sup>159</sup> Im Rahmen der Betrachtung dieser Arbeit ist die Vermögensverselbständigung der juristischen Person deren ganzer Inhalt<sup>160</sup>, denn das in dieser Arbeit untersuchte Spezialproblem handelt nicht vom Aufbau einer Kollektivperson und der Haftung der beteiligten Personen für diese, sondern vielmehr von einer bestimmten Beziehung zwischen mindestens zwei formell selbständigen Personen. Erst aufgrund dieser Beziehung stellt sich die hier behandelte Frage, ob und unter welchen Umständen eine Haftung der einen für die andere gefolgert werden kann. Es sei daran erinnert, daß - während wie dargelegt die unbeschränkte Haftung dogmatisch grundsätzlich und als rechtspolitisches Postulat als Ausgangspunkt bei Haftungskonstellationen anzusehen ist - diese im Rechtsleben schon längst von der Regel zur Ausnahme geworden ist.<sup>161</sup> Schlagwortartig ist dies so ausgedrückt worden - gerade für den mittelständischen Bereich, in dem die Haftungsscheu in hohem Maße ausgeprägt sei - "*daß es ohne Haftungsbeschränkung nicht geht*".<sup>162</sup>

Die Haftungsbeschränkung bestimmt so die Regelung der Kapitalgesellschaften insgesamt. Die zwingende Kapitalstruktur der Aktiengesellschaft löst nach der

---

<sup>156</sup> So gerade für das Recht der verbundenen Unternehmen Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 147.

<sup>157</sup> Vgl. Lutter, Kapital (1964), S. 39. Hier sei daran erinnert, daß bei der Wahl der Rechtsform nicht nur aus Haftungserwägungen die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform getroffen wird. Die Rechtsformwahl wird zwar auch nach haftungs- aber ebenso nach z.B. handels- und steuerrechtlichen Gründen getroffen, vgl. hierzu im gesamtwirtschaftlichen Kontext etwa Fikentscher, Wirtschaftsrecht II (1983), S. 97.

<sup>158</sup> Vgl. anschaulich etwa Raiser, Kapitalgesellschaften (1991), S. 31 und das oben unter B.II. Gesagte.

<sup>159</sup> Vgl. Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931), S. 72.

<sup>160</sup> Vgl. bereits Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931), S. 86. Daß die juristische Person des Privatrechts eine insgesamt viel komplexere Struktur ist, sei hierdurch nicht abgestritten, vgl. z. B. Kübler, Gesellschaftsrecht (1990) S. 30 m.z.w.N.

<sup>161</sup> Vgl. etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 437 m.w.N.

<sup>162</sup> So ausblickend etwa Hommelhoff, Europäisches Gesellschaftsrecht: die SEF (1996, Vortragsfassung), S. 7.

Regelungskonzeption das Gläubigerschutzproblem<sup>163</sup> bei dieser, und ebenso wird bei der GmbH ganz maßgeblich der Charakter dieser von der gesetzlichen Regelung bestimmt<sup>164</sup>. Die Gläubigerschutzvorschriften rechtfertigen so das Haftungsprivileg und garantieren zugleich seine Funktionsfähigkeit.<sup>165</sup>

Nach dem Gesagten ist es das Ziel der bestehenden Regelung, eine aufgrund der Haftungsbeschränkung nötige interessengerechte Normgestaltung zwischen den an einer möglichst beschränkten und den an einer möglichst weiten Haftung Interessierten<sup>166</sup> zu verwirklichen.

Dies muß als grundlegender Normzweck auch für die hier behandelte Problemstellung gelten.

Die durch die Sicherheitsfunktion des Eigenkapitals gerechtfertigte Haftungsbeschränkung kann so als Risikoverteilung zwischen Gläubigern und Eigenkapitalgebern aufgefaßt werden.<sup>167</sup> Dabei ist eine Wechselwirkung von Vermögensbindung und Risikoverteilung zu beachten.<sup>168</sup> Die Sicherung einer gerechten und den gesetzgeberischen Grundwertungen<sup>169</sup> entsprechende Interessenverteilung ist der Normzweck der Haftungsbeschränkung und des diese legitimierenden Normengefüges bei der autonomen Gesellschaft.<sup>170</sup>

Diese gesetzgeberische Grundwertung der Möglichkeit der unternehmerischen Aktivität mit beschränkter Haftung gilt es in dieser Arbeit immer zu berücksichtigen, und es muß das Ziel dieser Arbeit sein, diese Wertung offenzulegen. Denn selbst wenn man die Entscheidungen des Gesetzgebers betreffend das Haftungsprivileg für rechtspolitisch verfehlt

---

<sup>163</sup> Auf das es hier ankommt, ebenso jedoch auch andere zentrale rechtliche Probleme der Aktiengesellschaft wie das Verhältnis der Aktionäre zu dieser oder untereinander, vgl. hierzu grundlegend Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 219.

<sup>164</sup> Vgl. Raiser, Kapitalgesellschaften (1991), S. 248.

<sup>165</sup> Hierzu etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 269 m.w.N.

<sup>166</sup> Für Merkt, Wettbewerb der Gesetzgeber in Europa (1996), S. 558, der das liberalste Gesellschaftsrecht für das beste hält (S. 566), ist ein Gläubigerschutz nur auf Kosten der Kapitalrendite zu verwirklichen; Merkt (aaO. m.w.N.) beschreibt damit einen Zielkonflikt zwischen den Investoren und den Gläubigerinteressen.

<sup>167</sup> Vgl. zur Risikoteilung zwischen den Gläubigern etwa Adams, Beschränkte Haftung (1991), S. 90 m.w.N.; vgl. problemspezifisch hierzu unten im dritten Teil unter A. III.

<sup>168</sup> Vgl. hierzu auch Wiedemann, Haftungsbeschränkung (1968), S. 9ff.

<sup>169</sup> Vgl. hierzu das im zweiten Teil zu Wertungen und deren Bedeutung Gesagte.

<sup>170</sup> Vgl. zu den Funktionsbedingungen des Haftungsprivilegs auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.268ff., der darauf hinweist, "daß eine unbegrenzte Risikoverlagerung auf die Gläubiger" ebensowenig stattfinden kann, wie "daß die Gläubiger ohne jedes Risiko am Wirtschaften anderer teilnehmen können" und daß es insofern "auch sachgerecht" sei, den Gläubigern "einen Teil des Risikos des wirtschaftlichen Scheiterns zuzuordnen" - daß es sich "allerdings einer grundsätzlichen Feststellung" entziehe, "welche genaue Risikoallokation letztendlich getroffen wird". Der systematische Kontext liefere entscheidende Wertungsgrundlagen für die Frage der Risikoverteilung. Bereits Limmer, aaO. S.270 fordert deshalb, daß es Aufgabe von Rechtsprechung und Gesetzgeber sein müsse, die spezifischen Gläubigerschutzvorschriften fortzuentwickeln. Wertungsgrundlage hierbei müßten die Funktionsbedingungen der betroffenen Regelungen sein.



halten sollte: Wertungen des Gesetzgebers können und dürfen eben nicht ignoriert werden.<sup>171</sup> Gesetzeskorrekturen obliegen dem Gesetzgeber, die Rechtsentwicklung im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Regelungen muß sich innerhalb der vorhandenen Wertungen der Rechtsordnung halten.<sup>172</sup>

Abschließend sei noch angemerkt, daß andere Rechtsordnungen die Haftungsbeschränkung ganz ohne Mindestbeträge kennen. Einige Rechtsordnungen haben früher bestehende Mindestkapitalanforderungen zum Teil abgeschafft.<sup>173</sup> Andere Rechtsordnungen kennen das Mindestkapitalerfordernis, beispielsweise aufgrund von börs- oder gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, nur für die Aktiengesellschaft.<sup>174</sup> Hieraus sei an dieser Stelle nur die Konsequenz gezogen, daß das von den Gesellschaftern aufgebraachte Eigenkapital nicht unbedingte Voraussetzung für das Privileg der beschränkten Haftung ist.<sup>175</sup> Auch in Deutschland hat es zwar Stimmen gegeben, die ein Mindestkapital für unnötig hielten<sup>176</sup>, aber im geltenden Recht ist das Grund- oder Stammkapital Voraussetzung - und gleichzeitig Äquivalent<sup>177</sup> - für die Haftungsbeschränkung, und *„das Haf-*

---

<sup>171</sup> So problembezogen - allerdings jenseits der besonders geregelten Haftungstatbestände des Konzernrechts - bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 269 m.w.N. Der Einzelne sollte sich eben an der Rechtsentwicklungsdynamik innerhalb des organischen Zusammenspiels der Organe unserer demokratischen Rechtsordnung orientieren.

<sup>172</sup> So ähnlich, auf die Treupflicht-Frage bezogen, bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 270; vgl. hierzu unten im zweiten Teil unter D.II.4. sowie E.II.6. ud E.IV.

<sup>173</sup> So z.B. Delaware, vgl. hierzu Vagts, Konzernrecht (1986), S. 41. Interessant ist die Betrachtung von Conard, *The European Alternative to Uniformity in Corporation*, Mich. L. Rev. 89 (1991), 2150ff, 2172, der meint: *"It is hard to believe, that the requirement of 'subscribed' capital serves any useful function today."* Dies in einen weiteren Kontext einordnend Kübler, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung (1994), S. 141ff.; vgl. auch dens., Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in Europa, AG 1998, S. 345 und die im Anschluß hieran publizierten Beiträge des gleichnamigen Frankfurter Symposiums vom 4. Juli 1997. Es sei angemerkt, daß auch die private company des englischen Rechts auf ein Mindestkapital im dargelegten Sinn verzichtet; vgl. statt aller nur Neuling, Deutsche GmbH und englische private company (1997), S. 145ff. m.w.N.

<sup>174</sup> Illustrativ zur Frage des gesetzlichen Mindestkapitals in England etwa Davies, *Legal Capital in Private Companies in Great Britain* (Die AG 1998, S. 346ff.), der nicht nur das teilweise Fehlen eines Mindestkapitals aufzeigt, sondern vielmehr zu Recht illustriert, daß der nötige Gläubigerschutz in den unterschiedlichen Rechtssystemen auf unterschiedliche Arten realisiert werden kann: *"[...] alternative and effective creditor protection mechanisms could be developed [...], i.e. creditor protection in private companies in Britain is not uniquely or even predominantly associated with levels of legal capital."* (AaO. S. 348; vgl. auch S. 352.)

<sup>175</sup> Gelegentlich findet man jedoch auch Aussagen wie: *"Das Stammkapital hat mit der Haftungsbeschränkung nichts zu tun"*, vgl. z.B. Wiethölter, *Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht* (1969), S. 37. Solche Aussagen gründen sich nicht auf gesellschaftsrechtliche sondern auf gesellschaftliche Betrachtungen. Sie mögen zwar interessant sein, und z.B. im von Wiethölter gewählten historisch-dialektischen Kontext mögen sie gerade in der gegenwärtigen Diskussion um ein zukünftiges Unternehmensrecht auch beachtenswert sein. Solche Betrachtungen würden aber den Rahmen dieser wirtschaftsrechtlichen Arbeit sprengen, und es wird ihnen nicht weiter nachgegangen.

<sup>176</sup> Frühere Darstellung und weitere Nachweise etwa bei Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I* (1980), S. 517; daß das Thema diskutiert wird, zeigt etwa das Symposium *"Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in Europa"*, abgedruckt in *Die AG 1998*, S. 345ff. m.w.N.

<sup>177</sup> Vgl. Wiedemann, *Haftungsbeschränkung* (1968), S. 7 mit ausführlichem Literaturnachweis.

*tungsprivileg findet seine Rechtfertigung in der Aufbringung eines zugunsten der Gläubiger gesicherten Sondervermögens*"<sup>178</sup>. Dieser Sinnzusammenhang zwischen Stammkapital und Haftungsbeschränkung bildet eine institutionelle Schranke für die Verwendung des Haftungsprivilegs.<sup>179</sup> Tendenziell ist das Nominalkapital als Haftungsfond allein schon deshalb zu begrüßen, weil das Rechtssystem so die Eigenständigkeit der Kapitalgesellschaft betont und zumindest ansatzweise eine gerechte Risikoverteilung vorbereitet.<sup>180</sup>

#### **IV. Durchbrechungen des Haftungsprivilegs**

*"Es gibt kaum ein Prinzip und kaum eine Norm, die ohne Ausnahme und Einschränkungen angewandt werden kann,"*<sup>181</sup> Auch das Privileg der beschränkten Haftung findet so seine Grenzen, und zwar in allen modernen Rechtsordnungen<sup>182</sup> und in so unterschiedlichen Bereichen wie dem Gesellschafts-, dem Steuer-, dem Arbeits- oder etwa dem Sozialrecht.<sup>183</sup> Die Aufrechterhaltung der Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der Kapitalgesellschaft ist also nicht nur im Recht der verbundenen Unternehmen eine viel diskutierte Frage.<sup>184</sup> Dies wird im europäischen Rahmen etwa deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß für einen Teil der Kapitalgesellschaften die Mitgliedsstaaten der EU bis zu einer Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften für das Konzernrecht besondere Bestimmungen oder Sanktionen vorsehen können, sofern eine **natürliche** Person einziger Gesellschafter mehrerer Gesellschaften oder eine Einpersonengesellschaft oder eine andere **juristische** Person einziger Gesellschafter einer Gesellschaft ist.<sup>185</sup>

Für die unabhängige Gesellschaft sind die Grenzen der Selbständigkeit der juristischen Person unter den Bezeichnungen *Durchgriff durch die juristische Person* oder *Mißachtung der juristischen Person* Gegenstand eines lebhaften rechtstheoretischen

---

<sup>178</sup> So Wiedemann, Haftungsbeschränkung (1968), S. 6 und Gesellschaftsrecht I (1980), S. 539.

<sup>179</sup> Richtig so etwa Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 16.

<sup>180</sup> Dieser Gedanke folgt Wiedemann, Haftungsbeschränkung (1968), S. 16; daß dieser Ansatz auch heute noch Gültigkeit beanspruchen kann, zeigt etwa Lutter, Die AG 1998, S. 375ff.

<sup>181</sup> So etwa Staudinger/Coing, Kommentar zum BGB (1979), Einl. zu §§ 21-89, Rn. 43 und dies aufgreifend etwa Lehmann, Prinzip der beschränkten Haftung (1986), S. 345.

<sup>182</sup> Vgl. so für das europäische Recht etwa Hübner, Durchgriff (1978), S. 708ff. m.w.N.

<sup>183</sup> Vgl. statt aller Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 358.

<sup>184</sup> Gerade die Konzernverantwortlichkeit wird jedoch oftmals als Durchbrechung des Haftungsprivilegs verstanden und deshalb häufig als Haftung bezeichnet (Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 60 m.w.N.)

<sup>185</sup> Vgl. den Wortlaut der Präambel der 12. (sogenannten Einpersonen-GmbH-) Richtlinie der EG vom 22. Dezember 1989 (89/666/EWG).

und rechtsdogmatischen Streites.<sup>186</sup> Dem Durchgriffsgedanken wird auch heute noch von Teilen der Literatur ungebrochene Überzeugungskraft bescheinigt.<sup>187</sup> Beim Durchgriff handelt es sich dabei um ein Bild für eine Vielzahl von Einzelfällen, ein Bild, das sich bei näher Betrachtung als unscharf erweist: Eine befriedigende Lösung "der Durchgriffsproblematik" ist "trotz des Lesens von Hunderten von Urteilen und des Schreibens dicker Bände darüber" noch nicht gefunden worden<sup>188</sup>. Nach hier vertretener Auffassung wird *eine* solche Lösung bereits deshalb nie gefunden werden, weil es aufgrund des heterogenen Problemfeldes, welches mit dem Bild Durchgriff angesprochen wird, eine einzige Lösung der Frage nicht geben kann.<sup>189</sup>

Zur Einordnung der hier behandelten Frage in die allgemeine Haftungsfrage ist es nötig, in diesem ersten Teil dieser Arbeit den Ansatz für eine Verantwortlichkeit sowie die unterschiedlichen Fälle der Ausnahme vom Prinzip der beschränkten Haftung darzustellen.<sup>190</sup> Hieraus ergibt sich zum einen die gesellschaftsrechtliche Einbettung des hier behandelten Problemfeldes, zum anderen werden die Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeit für eine Kapitalgesellschaft deutlich.

### **1. Stichwort 'Durchgriff'**

Der Begriff „Durchgriff“<sup>191</sup> wird in dieser Arbeit als Sammelbezeichnung für alle Zurechnungs- und Haftungsfragen verwendet, für die eine Aussage über die Reichweite des Trennungsprinzips von Bedeutung sein könnte.<sup>192</sup> Dem Begriff kommt also eine Stich-

---

<sup>186</sup> Vgl. so und zur Grenzen der Selbständigkeit der juristischen Person z.B. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 218, und zum bildhaften Begriff des Durchgriffs und zur Bildergalerie zum Durchgriff im US-amerikanischen Recht, dens., Unternehmensgruppe (1988), S. 19. Eingangs sei betont, daß es eine in Voraussetzungen und Rechtsfolgen klar abgegrenzte Durchgriffslehre nicht gibt, und daß der Bundesgerichtshof die Rechtsfigur des Durchgriffs als Notlösung nur in denjenigen Fällen verwendet, in denen die nach Sachlage gebotene unmittelbare Gesellschafterhaftung sich nicht auf klare gesetzliche oder im Wege der Rechtsfortbildung gewonnene Haftungstatbestände stützen läßt (wie hier faßt so den Stand der Durchgriffsdiskussion treffend bereits zusammen Ulmer, Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1580.)

<sup>187</sup> Dies meint etwa Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), S. 421.

<sup>188</sup> Vgl. Vagts, Wohin mit der beschränkten Haftung (1994), S. 230.

<sup>189</sup> Vgl. dazu unten in diesem Teil unter C.II.6.

<sup>190</sup> Vgl. zu materiellen Durchgriffsbetrachtungen die Ausführungen gleich unten.

<sup>191</sup> In der Diskussion wurde der Ausdruck erstmals verwendet von Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen (1955), der den Ausdruck an das englische 'piercing the veil' bzw. 'disregard of legal entity' angelehnt hat, aaO. S. 3. In Frankreich spricht man stattdessen von 'transparence', vgl. unter Hinweis auf Guyon etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 229.

<sup>192</sup> Wie hier Hachenburg/Mertens GmbHG (1989) Anh 13 Rn. 1, 2, 19 und 36; Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 57. Zur 'Sammelbezeichnung' Durchgriff auch Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 289ff. m.w.N., insofern ist im Bezug auf die Durchgriffsvokabel keine Zurückhaltung geboten, vgl. Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 19.

wortfunktion für eine ganze Reihe möglicher Relativierungen des Trennungsprinzips zu,<sup>193</sup> denen einzig das Element der Regelwidrigkeit gemeinsam ist.<sup>194</sup> Die ‚Durchgriffshaftung‘ ist ein Sammelbegriff, unter dem mehrere verschiedene Rechtsinstitute und unterschiedliche Problemlagen zusammengefaßt werden, die tatsächlich nur wenig gemeinsam haben. In dieser Arbeit soll nicht die gesamte Diskussion über den Durchgriff aufgerollt werden,<sup>195</sup> hier sollen lediglich diejenigen Voraussetzungen herausgestellt werden, bei deren Vorliegen es zur Haftung kommt.

Bei den Durchgriffsfällen geht es um Durchbrechungen der Haftungsbegrenzung der Gesellschafter und den Rückgriff auf das Vermögen des hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafters. Allgemein spricht man vom Durchgriff, *„wenn die Selbständigkeit, welche der juristischen Person gegenüber ihren Mitgliedern in personeller und vermögensrechtlicher Hinsicht, dem ‚personalen‘ und ‚realen‘ Substrat also, zukommt, im Einzelfall nicht beachtet, das sogenannte Trennungsprinzip also durchbrochen bzw. aufgehoben wird“*.<sup>196</sup> Diese Auffassung vom Durchgriff könnte also etwa mit folgendem Tatbestand umschrieben werden: Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft haften für die Schulden dieser, wenn die Voraussetzungen für die vermögensmäßige Selbständigkeit nicht erfüllt sind oder die Haftungsbeschränkung mißbraucht wird.<sup>197</sup>

An dieser einführenden Stelle sei bei der Behandlung des Durchgriffs betont, daß zur Frage der Aufhebung des Trennungsprinzips zwischen den nationalen Rechtssystemen erhebliche Wertungsunterschiede bestehen; daß sich selbst innerhalb des deutschen Rechts ein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung bisher nicht herausgebildet hat,<sup>198</sup> und daß es somit im geltenden deutschen Recht keinen allgemeinen Grundsatz gibt, nach dem die Herbeiführung einer Haftungsbeschränkung durch

---

<sup>193</sup> So Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989), Anh. § 13 Rn. 19, 36; vgl. zum Stichwortcharakter des Durchgriffsbegriffs auch die Darstellung bei Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 16.

<sup>194</sup> Vgl. so Wiedemann, Juristische Person und Sondervermögen (1975), S. 17.

<sup>195</sup> Vgl. zum Durchgriff im hier besprochenen Zusammenhang etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991) oder Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991). Hier soll aber eben auf die zahlreichen Ansätze der Literatur seit Serick, Rechtsform und Realität (1955); Müller-Freienfels, Durchgriff (1957) und Drobniß, Haftungsdurchgriff (1959) nicht eingegangen werden. Ausgiebige Literaturübersichten bei Flume, Juristische Person, S. 63; Wilhelm, Rechtsform und Haftung, S. 7.; Schanze, Einmanngesellschaft (1975) S. 15; Drax, aaO. S. 2; Scholz/Emmerich, GmbH-Gesetz (2000), § 13 vor Rn. 56.; vgl. insgesamt die Darstellung bei Hachenburg/Mertens GmbHG (1989) Anh. § 13 Rn. 2ff. mit einem gelungenen Überblick zur subjektiven und zur objektiv-institutionellen Mißbrauchsbetrachtungweise Rn. 28ff. und der Rechtsprechung Rn. 39ff.; vgl. zu den materiellen Haftungsbetrachtungen unten im zweiten Teil unter B.II.

<sup>196</sup> So im Anschluß an Coing etwa Flume, Juristische Person (1983), S. 63, 65.

<sup>197</sup> Diese rechtssatzmäßige Formulierung folgt Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 221.

<sup>198</sup> So etwa Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz (1988), § 13 Rn. 10, hierzu rechtsvergleichend auch Werlauff, Selskabsmasker (1991), S. 33ff.

gesellschaftsrechtliche Formenwahl unerwünscht ist und die Haftungsbeschränkung deshalb per se übergangen werden könnte.<sup>199</sup>

## **2. 'Durchgriff' aufgrund von Mißbrauch oder als Normanwendung?**

Es gibt verschiedene Anknüpfungspunkte<sup>200</sup> für den Durchgriffsgedanken. Diese werden hier kurz angedeutet und in ihrer historischen Entwicklung skizziert.

### **a. Mißbrauchsbetrachtungen: subjektive Durchgriffslehre**

Jedes Zweckgebilde der Rechtsordnung kann zur Erreichung zweckwidriger Ziele mißbraucht werden.<sup>201</sup> Rechtmißbräuchliches Handeln liegt dabei vor, wenn ein Rechtssubjekt von einem ihm formal zustehenden Recht mißbräuchlich Gebrauch macht. Jeder Rechtsnorm, auf die sich das rechtlich relevante Verhalten stützt, liegt jedoch eine bestimmte Interessenlage und Zweckrichtung zugrunde. Daraus ergeben sich inhaltliche Geltungsschranken, denn jeder Mißbrauch ist auf *"die vom Recht im Rahmen eines Rechtsinstitutes gewährten Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten"* beziehbar<sup>202</sup> und jede im Rahmen der Rechtsordnung geschaffene privatautonome Rechtsmacht erfordert Sicherungen gegen Mißbrauch.<sup>203</sup>

Für die hier behandelte Problematik ist dabei interessant der Mißbrauch der "Institution Haftungsprivileg", denn aus diesem allgemeinen Gedanken des Mißbrauchs<sup>204</sup> hat sich unter dem Einfluß US-amerikanischen Rechts jene Diskussion ergeben, die in Deutschland heute unter dem Stichwort 'Durchgriff' diskutiert wird.<sup>205</sup> Von Teilen der

---

<sup>199</sup> So K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 201.

<sup>200</sup> Diese Sonderung ist in der Literatur häufig dargestellt, und so wird auf eine Darstellung hier verzichtet, vgl. stattdessen z.B. Schramm, Konzernverantwortung und Durchgriff (1990), S. 11f. Bei einem Durchgang der Rechtssprechung wird deutlich, daß der Bundesgerichtshof sich keiner dieser unterschiedlichen Lehren angeschlossen hat, vgl. hierzu die Darstellung im II. Teil. Driike, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 17 meint gar, der BGH hätte es nicht nur abgelehnt, sich auf einen Lösungsweg, sondern hätte sich gar nicht auf eine bestimmte Durchgriffsproblematik festgelegt. Ohne das hierauf näher einzugehen wäre, erscheint dies richtig: es handelt sich beim 'Durchgriff' nach hier vertretener Ansicht eben um nichts anderes als teleologisch korrigierendes Recht.

<sup>201</sup> Vgl. so für die hier behandelte Problematik etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 248.

<sup>202</sup> So L. Raiser, Mißbrauch im Wirtschaftsrecht, (1972), S. 732ff.

<sup>203</sup> Vgl. insgesamt hierzu z.B. Rüthers, BGB Allgemeiner Teil (1991), S. 236.

<sup>204</sup> Vgl. etwa Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen (1955), S. 3ff. Bemerkenswert ist gleich an dieser einleitenden Stelle, daß ein Beherrschungsverhältnis nach Serick, aaO. S. 206, keine notwendige Voraussetzung für den Mißbrauch der Rechtsform der juristischen Person ist.

<sup>205</sup> Tschernig, Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz (1995), S. 219 kommt in der Zusammenfassung seiner rechtsvergleichenden Untersuchung zu dem Ergebnis, daß obwohl sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Rechtssystem auch für die Frage der Konzernhaftung der Trennungsgrundsatz das maßgebliche Prinzip darstellt, diesem im deutschen Recht eine wesentlich stärkere Position zukommt als beispielsweise im US-amerikanischen Recht, wo Tschernig eine gewisse Aufweichung des Trennungsprinzips festzustellen meint. An dieser

Literatur wird auch in jüngerer Zeit vertreten, daß eine solche Durchgriffshaftung sich nur mit dem Mißbrauch der Haftungsbeschränkung begründen läßt,<sup>206</sup> bzw. daß es bei Durchgriffsbetrachtungen um den Schutz von zentralen Funktionen und Institutionen des Gesellschaftsrechts geht.<sup>207</sup>

Der Mißbrauchs Betrachtung als Grundlage aller Durchgriffshaftung wird in dieser Arbeit nicht gefolgt.<sup>208</sup> An dieser Stelle soll nur hervorgehoben werden, daß die Durchgriffsbetrachtungen in Deutschland ursprünglich auf Mißbrauchs Betrachtungen aufbauten, welches eine kurze historische Betrachtung aufzeigen mag:

Ende der Vierziger<sup>209</sup> Jahre stand die Abneigung des Ordoliberalismus gegen die Haftungsbeschränkung im Vordergrund, weil diese dem Ausleseprinzip entgegenstehe.<sup>210</sup> Demgegenüber stand die heute noch aktuelle Betrachtung, daß die Haftungsbeschränkung im Wirtschaftsleben nötig ist, und daß ein allgemeines Verbot der Haftungsbegrenzung kein geeignetes Mittel zur Steuerung von Mißbrauch sei.<sup>211</sup> Von dieser Seite wurde betont, die Gefährdung von Gläubigern oder Mitbewerbern sei das entscheidende Kriterium für eine Haftung.

Mitte der Fünfziger Jahre wurde die Diskussion dann durch die *subjektive Mißbrauchs- theorie* belebt.<sup>212</sup> Dabei wird das Erfordernis eines bewußten und gewollten Mißbrauches gestellt, und es wird an ein subjektiv-mißbräuchliches Verhalten der Gesellschafter an-

Betrachtung verdeutlicht sich abermals, wie wichtig es bei rechtsvergleichenden Betrachtungen ist, den Blick für die verschiedene Bedeutung der Grundsätze und die unterschiedliche Einbettung gleicher Grundsätze in das jeweilige Rechtssystem zu wahren.

<sup>206</sup> Vgl. etwa G. Kuhn, Haften für Gesellschaftsschulden (1979), S. 353.

<sup>207</sup> So etwa Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), § 23.II.3.

<sup>208</sup> Die Mißbrauchslehren stoßen heute überwiegend auf Ablehnung, vgl. hierzu etwa Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 78. Die Mißbrauchs Betrachtung soll an dieser Stelle jedoch dargelegt werden, weil sich aus ihr Implikationen für die in dieser Arbeit behandelte Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen ergeben, und weil auch in der neueren Literatur Ansätze der Mißbrauchslehre aufgegriffen werden, vgl. statt aller etwa Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 379, der in BGHZ 122, 123 (TBB, 1993) "eine Konkretisierung und Qualifizierung des 'objektiven Mißbrauchs'" sieht.

<sup>209</sup> Einen guten Überblick über die Entstehung der Durchgriffslehre mit ihren politischen Anfängen in ordoliberalen Ansätzen gibt Schanze, Einmannengesellschaft (1975), S. 58ff.

<sup>210</sup> Vgl. zu Eucken und C. E. Fischer etwa die Nachweise bei Schanze, Einmannengesellschaft (1975), S. 56ff.; insbesondere Eucken stellte aufgrund dieser von ordoliberaler Seite immer wieder pointierten Auslesefunktion die Gläubigerhaftung im Konzern ins Zentrum seiner konzernrechtlichen Überlegungen; vgl. ebenso - dies entwicklungsgeschichtlich einordnend - zu Eucken auch Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 197f. m.w.N.

<sup>211</sup> Vgl. etwa L. Raiser, Gestaltung (1951), S. B 64ff.

<sup>212</sup> Grundlegend Serick, Rechtsform und Realität (1955), dessen Neudenken und gesellschaftstheoretischen Pragmatismus betont z.B. Schanze, Einmannengesellschaft (1975), S. 59, für den das Werk Sericks und die daran von Müller-Freienfels, Durchgriff (1957), S. 523ff. geübte und ebenso lesenswerte Kritik als einige der Höhepunkte der gesellschaftsrechtlichen Diskussion gelten; vgl. Schanze, Normanwendung (1982), S. 42.

geknüpft.<sup>213</sup> Es wird hierbei also an die Auswirkungen angeknüpft, die sich aus dem Umgang der Gesellschafter mit der Gesellschaft ergeben. Bemerkenswert ist, daß hierbei die Überlegung zugrundeliegt, daß die juristische Person einen institutionellen Eigenwert in der Rechtsordnung besitzt.<sup>214</sup>

### **b. Zur 'objektiven Durchgriffslehre'**

Im Gegensatz zur subjektiven Mißbrauchstheorie knüpft die sogenannte *objektive Durchgriffslehre* an eine rechts- und zweckwidrige Verwendung der juristischen Person an, greift auf die allgemeinen Ordnungsprinzipien der Rechtsordnung zurück und verzichtet so auf ein subjektives Element.<sup>215</sup> Die objektive Theorie erfordert für das Vorliegen einer Umgehung nicht wie die subjektive Mißbrauchstheorie den schwierigen Nachweis der Umgehungsabsicht, sondern eben lediglich die objektive Zuwiderhandlung.<sup>216</sup>

### **c. 'Durchgriff' als Normzweckbetrachtung**

Neben diesen beiden institutionellen Lehren<sup>217</sup> steht die *Normanwendungslehre des Durchgriffs*, die auf den Sinngehalt einzelner Normen abstellt und bei dem man durch eine einzelfall- und zweckbezogene Interessenabwägung zum 'Durchgriff' gelangt.<sup>218</sup> Diese Normanwendungstheorie oder Normzwecklehre<sup>219</sup> ist heute weithin akzeptiert,<sup>220</sup>

<sup>213</sup> So z.B. Serick, Rechtsform und Realität (1955), zusammengefaßt S. 208. Vgl. dazu und zur Bedeutung dieser Arbeit aus der Sicht der Zeitgenossen z.B. die Besprechung bei Müller-Freienfels, Durchgriff (1957), etwa S. 536. Vgl. hierzu wiederum Serick, Durchgriffsprobleme (1959), S. 21ff.

<sup>214</sup> Vgl. etwa die kurze Gegenüberstellung der methodischen Ansätze bei Nirk, Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung (1985), S. 455.

<sup>215</sup> Vgl. etwa Erlinghagen, Haftungsfragen (1962) S. 175 m.w.N. in Fn. 49 oder O. Kuhn, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften (1964), S. 35ff, 146ff. und 199f. Vgl. hierzu auch die Darstellung bei Müller-Freienfels, Durchgriffshaftung (1957), S. 537 oder Rehbinder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 580.

<sup>216</sup> Vgl. zum Unterschied zwischen den an den Mißbrauch anknüpfenden Durchgriffslehren etwa G. Kuhn, Haften für Gesellschaftsschulden (1979), S. 354., der der objektiven Durchgriffslehre den Vorzug gibt. Hier ist darauf nicht vertiefend einzugehen.

<sup>217</sup> Vgl. Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991) S. 12ff. Es wird in dieser Arbeit nicht versucht werden, die bereits oft dargestellte Entwicklung der Durchgriffslehre eingehend darzulegen, vgl. statt dessen statt aller trefflich kurz und illustrativ Hübner, Durchgriff (1978), S. 704.

<sup>218</sup> Auf den von Rehbinder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht (1969) entwickelten, vermittelnden Ansatz, wonach die juristische Person in ihren Außenbeziehungen primär dem allgemeinen Privatrecht unterliegt, wird hier nicht weiter eingegangen. Rehbinder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), etwa S. 581 wiederholt diesen Ansatz zwar, im geltenden Recht hat dieser Ansatz jedoch keine ersichtlichen Spuren hinterlassen; vgl. hierzu statt dessen die Abgrenzung zwischen Haftung *neben* und Haftung *trotz* Haftungsprivileg unten im zweiten Teil, B. I. und II.

<sup>219</sup> Begründet von Müller-Freienfels, Durchgriffshaftung (1957) S. 523ff. und mit ihrer konsequentesten Ausarbeitung bei Schanze, Einmannengesellschaft. Vgl. hierzu Hachenburg/Mertens GmbHG (1989), Anh. 13 Rn. 30; Coing, Durchgriff (1977), S. 1793ff; Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 396ff.; Stimpel, Durchgriffshaftung (1987) S. 605; zustimmend zur Normzwecklehre zur hier behandelten Problematik auch Teubner, Politik des Gesetzes in der Konzernhaftung (1990), S.

ihr wird ganz überwiegend gefolgt<sup>221</sup>, und ihre verschiedenen Spielarten beherrschen das Feld.<sup>222</sup>

Illustriert wird die Normzweckbetrachtung durch ein Urteil des Bundesgerichtshofes, welches besagt, es gehöre *"zum Wesen einer mißbräuchlichen Rechtsausübung, daß sich eine solche formal im Rahmen der vom Gesetz gezogenen Grenzen oder gegebenen Möglichkeiten hält"*. Eine solche mißbräuchliche Verwendung einer gesetzlich zugelassenen Rechtsform kann nach diesem Urteil nur angenommen werden, *"wenn durch diese Verwendung Ziele und Zwecke verfolgt werden, für die diese Rechtsform nicht bestimmt ist"*.<sup>223</sup> Bereits anhand der Formulierung dieses einen Urteils zeigt sich exemplarisch, wie aus den Ansätzen einer auf Mißbrauchserwägungen aufbauenden Durchgriffshaftung der Weg zur Haftung trotz Haftungsbeschränkung aufgrund von Normzweckbetrachtungen vollzogen wurde. Die gesamte Entwicklung von der älteren zu einer zeitgemäßen dogmatischen Einordnung zeigt sich beispielhaft an dieser einen Entscheidung des Bundesgerichtshofes, der sich heute im Ergebnis der Normzweckbetrachtung angeschlossen hat.<sup>224</sup>

Bei Anwendung der Normzwecklehre ist jeweils zu fragen ist, ob und inwieweit eine bestimmte Norm in einem konkreten Fall auf diese oder jene juristische Person ihrem Sinn und Zweck nach im Zuge richtiger Gestaltung der sozialen Ordnung anwendbar ist.<sup>225</sup>

Nach der Normzwecklehre ist somit zu prüfen, ob nach Sinn und Zweck der einzelnen Gesetzesnorm die einzelne Gesellschaft in einer bestimmten Situation eine selbständige Zurechnungseinheit darstellt; bei der Normzweckbetrachtung handelt es sich somit um die Frage einer teleologischen Reduktion der Haftungsbeschränkung.<sup>226</sup>

Der Haftungsausfluß kann hiernach nicht gelten, wenn auf diese oder jene Weise der Zweck der Vorschriften, mit einem den Gläubigerschutz gewährleistenden und deshalb auch unter Kontrolle gehaltenen Haftungskapital die fehlende Gesellschafterhaftung

272, insbes. 277f; besonders deutlich Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1992), Anh. § 30 Rn. 51f. Auch für K. Schmidt sind Durchgriffsprobleme lediglich Normanwendungsprobleme, vgl. früh bereits K. Schmidt, Unternehmen und Abhängigkeit (1980), S. 282 und statt aller die weitere Darstellung bei Driike, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 17 und 42ff.

<sup>220</sup> So auch Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 474.

<sup>221</sup> Vgl. Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 7.

<sup>222</sup> So Scholz/Emmerich GmbH Gesetz (2000) § 13 Anm. 81.

<sup>223</sup> Vgl. BGHZ 45, 204, 207f. (Rektor-Fall, 1966).

<sup>224</sup> Explizit so etwa Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 86; Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 604 m.w.N.

<sup>225</sup> So Müller-Freienfels, Durchgriff (1957), S. 536. Vgl zu dessen Auffassung von der juristischen Person als reiner Zweckbegriff, als konstruktive Abbeviatur für komplexe Rechtsbeziehungen, gegenüberstellend etwa Nirk, Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung (1985), S. 455.

<sup>226</sup> So und zusammenfassend zum Normzweck der Vorschriften über das gesetzliche Mindestkapital richtig Driike, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 43f.



auszugleichen, von Grund auf verfehlt wird.<sup>227</sup> Ausgangspunkt muß dabei jeweils der institutionelle Eigenwert der Kapitalgesellschaft sein.<sup>228</sup>

Dabei ist zu berücksichtigen, welchen Sinn und Zweck das konkrete Gesetz in der Rechts- und Wirtschaftsordnung verfolgt, welche höherwertigen Interessen ihm entgegenstehen, welche Interessen es schützt und wo die Grenzen des vom Gesetzgeber gewollten Interessenschutzes liegen, in welchem Zusammenhängen es steht, wie ihm in einer dem Anschein nach zulässigen Weise zuwidergehandelt werden kann, welche Sanktionen dann eintreten usw.: Es geht darum, die einzelne Norm im Rahmen des Normenkomplexes zu sehen, dessen Ratio und Interessenbewertung der Ansatzpunkt für die Lösung sein müssen.<sup>229</sup> Somit geht es nach dieser Auffassung darum, Normzweck und allgemeine Rechts- und Ordnungsgrundsätze zur Bestimmung der Grenzen der Selbständigkeit der juristischen Person heranzuziehen<sup>230</sup>.

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist bei Durchgriffsbetrachtungen die Verdeutlichung des Normzwecks.<sup>231</sup> Denn die Normanwendungstheorie wird am ehesten der Komplexität der mit dem Durchgriff angesprochenen Fragenkreise gerecht.<sup>232</sup> Das Normanwendungskonzept wird hier, bezogen auf die Problematik dieser Arbeit, als Generalklausel aufgefaßt, die den Gerichten die Korrektur von privatautonomen Organisationsentscheidungen ermöglicht, die mit der Struktur und den modernen Steuerungs- und Ordnungsfunktionen des Gesellschaftsrechts nicht zu vereinbaren sind.<sup>233</sup>

Die Haftungsfreistellung der Gesellschafter ist eine Zweckentscheidung der Rechtsordnung, und kann nur so weit reichen, wie eben dieser Zweck es erfordert. Wird dieser Zweck nicht erreicht, kommt es zur Haftung, denn: *"Die Haftungserstreckung auf die*

---

<sup>227</sup> Vgl. so Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 605 für den die Durchgriffshaftungsfälle den Ausfall des gesetzlichen Kapitalsicherungsschutzes gemeinsam haben, aaO. S. 612. Die Richtigkeit dieser Aussage wird deutlich, wenn man sich bewußt macht, daß die Aufbringungs- und Vermögensbindungsregeln zur Sicherung des Stammkapitals eben bestehen, weil es an einer persönlichen Haftung der Gesellschafter fehlt; vgl. zu diesem Ansatz etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 43 und das oben unter B.III.1. Gesagte.

<sup>228</sup> Vgl. hierzu Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), S. 422. Dagegen werden bei der Normzwecklehre eben nicht Betrachtungen über das Wesen der juristischen Person und deren Eigenwert in den Mittelpunkt gestellt, vgl. hierzu z.B. Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 42, der konsequent S. 44ff. - nach hier vertretener Auffassung richtig - gegen eine Ableitung von materiellen Entscheidungen aus dem Wesen der juristischen Person Stellung nimmt.

<sup>229</sup> Vgl. so Müller-Freienfels, Durchgriff (1957), S. 537. Dem bei Müller-Freienfels noch stark von der Interessenjurisprudenz geprägten Ansatz wird dabei in dieser Arbeit in einer von den Gesamtwertungen des Rechtssystems her gedachten Betrachtungsweise gefolgt werden, vgl. dazu das oben unter B.III.2. zum Normzweck Gesagte.

<sup>230</sup> Vgl. Müller-Freienfels, Durchgriff (1957), S. 537.

<sup>231</sup> Nach Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 20 sind Durchgriff und Normanwendung gar zwei Seiten ein und derselben Medaille.

<sup>232</sup> So bereits Hübner, Durchgriff (1978), S. 703.

<sup>233</sup> Ähnlich auch Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), einleitend zu § 23 III.

*Gesellschafter folgt aus den immanenten Schranken der gesellschaftsrechtlichen Handlungsfreiheit.*<sup>234</sup> Die Normzwecklehre macht eben deutlich, daß über eine Aufhebung des Trennungsprinzips nach Maßgabe des anzuwendenden Gesetzeszwecks entschieden werden muß.<sup>235</sup> Als zentrales Moment der normzweckwidrigen Verwendung der Haftungsbeschränkung wird dabei die Außerkraftsetzung der dieses Privileg rechtfertigenden Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsnormen angesehen.<sup>236</sup> Denn die gesetzlichen Vorschriften für ein rechtlich abgesichertes Haftungskapital bilden zusammen mit dem gesetzlichen Haftungsausschluß eine einheitliche Vorschriftengruppe. Zusammen rechtfertigen diese Vorschriften bei rechtssystematischer Betrachtung überhaupt erst das Privileg der beschränkten Haftung.<sup>237</sup> Ein Mißbrauch des Zweckes und damit die Defunktionalisierung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften ist nicht privilegiert, sondern führt zur Haftung.<sup>238</sup>

Für diese Arbeit bleibt als Essenz der Normzweckbetrachtungen festzuhalten, daß die Rechtsordnung dem zweckwidrigen Gebrauch des Haftungsprivilegs begegnen muß. Denn *"die Rechtsfigur der juristischen Person kann nur in dem Umfang Beachtung finden, in dem ihre Verwendung dem Zweck der Rechtsordnung entspricht."*<sup>239</sup> Dies ist nach hier vertretener Auffassung der Kern der Normzweck- oder auch -Normanwendungslehre,<sup>240</sup> die eben den Wertungszusammenhang zwischen Kapital-

---

<sup>234</sup> Vgl. so Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 425 und bereits S. 420 zum Maßstab der Haftungserstreckung.

<sup>235</sup> Wie hier etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 20.

<sup>236</sup> Vgl. so etwa Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), 613ff., vorbereitet von Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 117, 127., vgl. auch Wiedemann, Unternehmensgruppe im Privatrecht (1988), S. 36. Hachenburg/Ulmer (1992) Anh. 30 Rn. 51ff. hat die Haftung trotz Haftungsprivileg nach der Normzwecklehre eben aufgrund des Zusammenhangs zwischen Kapitalsicherung und Ausschluß der Gesellschafterhaftung begründet.

<sup>237</sup> Vgl. hierzu auch besonders anschaulich Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 605f., der meint, der Tatbestand der persönlichen Inanspruchnahme sei allein, ob die Gläubigerschutzfunktion der Kapitalsicherungsvorschriften ausgeschaltet worden ist. Folglich ist für Stimpel, aaO. S. 609, Durchgriffshaftung die notwendige Konsequenz jeder Art von Defunktionalisierung der Kapitalsicherungsvorschriften. Dies entspricht dem in dieser Arbeit vertretenen begrifflich weitem stichwortartigem Gehalt der Durchgriffshaftung.

<sup>238</sup> Vgl. so für die GmbH Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000) § 13, Rn. 11; vgl. auch Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 606ff.

<sup>239</sup> BGHZ 20, 4, 14 oder BGHZ 22, 226, 230. Diese Betrachtung findet sich denn auch in BGHZ 68, 312 (Fertighaus, 1977).

<sup>240</sup> So auch, bei anderer Grundauffassung, Flume, Die juristische Person (1985), S. 67. Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 378 meint, daß diese Formulierung in BGHZ 20, 4, 13 (1956) die *'Geburtsstunde der Formel vom "objektiven Mißbrauch" in der deutschen Nachkriegsrechtsprechung'* sei, nach dem hier Gesagten ist jedoch gerade die Betonung des Normzwecks in dieser Formel für die - nach hier vertretener Auffassung zu befürwortende - Normzwecklehre bedeutsam und charakteristisch.

aufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln, konkursrechtlichen Rechtsbehelfen sowie den Regeln des BGB zu erhalten sucht.<sup>241</sup>

### **3. Einbettung des Durchgriffsgedankens in die behandelte Problematik**

Die Diskussion um die Durchgriffsproblematik wird in zahlreichen Bereichen geführt, etwa bei der Vermögens- oder Sphärenvermischung, der Unterkapitalisierung, der Fremdsteuerung oder des Institutsmißbrauches.<sup>242</sup> Daneben gibt es auch die Eigenhaftung des Gesellschafters aus Vertragsrecht, aufgrund von erwecktem Rechtsschein oder aufgrund von Deliktsrecht<sup>243</sup>.

In dieser Arbeit geht es letztlich um die Ausgangsfrage, ob und wieweit die Selbständigkeit der Kapitalgesellschaft im verbundenen Unternehmen zu relativieren ist.<sup>244</sup> Hier geht es somit um die Bedeutung der Einbindung der einzelnen Kapitalgesellschaft in ein polykorporatives Unternehmen für die Aufrechterhaltung des Haftungsprivilegs.

Während im Vorangehenden die systematische Möglichkeit der Relativierung der Haftungsbeschränkung und die Entwicklung zum geltenden, Normzweck-orientierten Ansatz aufzuzeigen war, sind nun an den materiellen Haftungsfragen die Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeit aufzuzeigen. Auf diese Voraussetzungen ist dann bei der Lösung der Frage der Ausformung der Regelung der Verantwortlichkeit im Recht der verbundenen Unternehmen einzugehen.

### **C. Haftung neben oder Haftung trotz Haftungsprivilegs?**

Wie im Vorangehenden dargelegt, gewährt die Rechtsordnung grundsätzlich die Möglichkeit der unternehmerischen Aktivität bei eingeschränkter Verantwortlichkeit durch die Entfaltung dieser Aktivität im Rahmen einer Kapitalgesellschaft. Gleichzeitig kennt die Rechtsordnung jedoch zahlreiche Fälle, in denen ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft trotz grundsätzlicher Haftungsbeschränkung im Einzelfall haftet. Auf diese Fälle ist im folgenden einzugehen.<sup>245</sup>

<sup>241</sup> Dies richtig betonend denn auch Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 378.

<sup>242</sup> Vgl. z.B. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, (1980), S. 224ff; Ebenroth, Durchgriff (1985).Ebenroth SAG 1985, 124ff.

<sup>243</sup> Es findet sich gar die Auffassung, Durchgriffshaftung sei richtig als Vertrauens- oder Schadensersatzhaftung aufzufassen, so K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 207.

<sup>244</sup> Vgl. Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 8 jedoch mit anderer Auffassung als hier vertreten. Vgl. insgesamt zur Relativierung des Trennungsprinzips Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989), Anh. 13 Rn. 28. Vgl. zum Durchgriff auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.269f., für den die entscheidende Frage die nach der Auslegung bestehender und der Bildung neuer Haftungs Vorschriften ist, weil dadurch die funktionsgerechten Grenzen des Instituts der beschränkten Haftung bestimmt werden.

<sup>245</sup> Daß neben den spezifisch konzernrechtlichen Ansätzen in einzelnen anderen Fällen auch eine direkte Haftung eines herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft oder direkt gegenüber den Gläubigern aus allgemeinen Grundsätzen in Betracht kommt, sei hier nur

Die Möglichkeit der beschränkten Haftung wird von der Rechtsordnung positiv bestimmt,<sup>246</sup> und somit müssen Abweichungen von diesem Grundsatz der beschränkten Haftung eigene Tatbestände sein. Es müssen also *Sondertatbestände* vorliegen, damit es zu einer Haftung für die in ein polykorporatives Unternehmen eingebundene Kapitalgesellschaft kommt.<sup>247</sup> Solche Sondertatbestände können allgemeinen, also nicht für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifischen oder gruppenspezifischen<sup>248</sup> Charakter haben. Für die in dieser Arbeit anzustellenden Haftungsbetrachtungen im Recht der verbundenen Unternehmen sind zuerst die Haftungstatbestände allgemeiner Art und dann die für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifische Haftungstatbestände zu untersuchen.<sup>249</sup>

Dementsprechend sollen im folgenden einleitend die nicht für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifischen Konstellationen dargelegt werden, in denen es zu einer Haftung *neben* der Haftungsbeschränkung kommt.<sup>250</sup> Im Anschluß daran werden Betrachtungen zur Haftung *trotz* Haftungsbeschränkung vorgestellt.<sup>251</sup> Dabei werden

---

vorweggestellt; diese, neben dem besonderen Gläubigerschutz im verbundenen Unternehmen bestehenden sonstigen Haftungsgrundlagen zusammenfassend etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (14. Aufl, 1994) Anh § 13 Rn. 31. mit Verweis auf allgemeine Durchgriffshaftung, Patronats-erklärung sowie sittenwidrige Gläubigergefährdung, jeweils m.w.N. Hier ist auf diese Haftungsgrundlagen kurz einzugehen, weil zu zeigen ist, daß es neben, bzw. trotz der Haftungsbeschränkung in verschiedenen Konstellationen zur Haftung kommen kann.

<sup>246</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter B.1.

<sup>247</sup> Vgl. etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 247.

<sup>248</sup> Diesen Ausdruck - wohl in Anlehnung an die französische Terminologie - verwendet etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 247f. beim Vergleich der Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland und Frankreich.

<sup>249</sup> Ebenso Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 245, 247ff. Ohne daß hier vertiefend darauf einzugehen wäre, sei angemerkt, daß der 'konzernspezifische' Regelungsansatz auch in Deutschland noch grundlegend diskutiert wird, und man sich um die Einordnung des Konzernrechts in das allgemeine Haftungsrecht bemüht. So sind etwa für Wilhelm eben aus diesem allgemeinen Haftungsrecht "*die nicht konzern-spezialgesetzlich bereits vorgesehenen Regeln zu entwickeln,*" weil für ihn "*wenigstens für Haftungsfragen - weder der Konzern Kriterium noch das Konzernrecht von konstitutiver Wirkung ist.*" (Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2113, 2120.) Zu den spezifischen Verantwortlichkeitsregeln im Recht der verbundenen Unternehmen unten im dritten Teil.

<sup>250</sup> Diese Terminologie soll ausdrücken, daß die Haftung der Gesellschafter zusätzlich zu der der Gesellschaft existiert, damit ist also die Haftung aus einem besonderen Verpflichtungsgrund des Gesellschafters gemeint, vgl. ähnlich Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 57, 64. Richtig spricht etwa Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 3 von einer Verpflichtung des Gesellschafters, ohne daß die Trennung von juristischer Person und Mitglied anzutasten wäre. Der Gesellschafter erfüllt den Haftungstatbestand in eigener Person.

<sup>251</sup> In dieser Arbeit wird unter Durchgriffshaftung also die Haftung *trotz* Haftungsbeschränkung verstanden, gemeint sind damit Haftungsnormen, die nicht dem allgemeinen Zivilrecht sondern nur dem Gesellschaftsrecht zugeordnet werden können, vgl. hierzu Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), § 23 II.3. Flume, Die juristische Person (1985), S. 68 versteht entgegen der hier verwandten Terminologie die Auffassung, Durchgriffshaftung als die Haftung des Mitglieds *neben* der Haftungsbeschränkung. Dies erklärt sich aus Flumes grundlegend anderem Verständnis vom Wesen der juristischen Person. Insofern kommt dem in dieser Arbeit vertretenen fiktionstheoretischem Ansatz Bedeutung zu, vgl. hierzu das oben unter B. zum Trennungsprinzip Gesagte.

kurz<sup>252</sup> die allgemeinen Sondertatbestände dargelegt, die zu einer Haftung für eine Kapitalgesellschaft führen können.

### **I. Allgemein zivilrechtliche Haftung neben der Haftungsbeschränkung**

Ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kann sich selbstverständlich auch persönlich verpflichten und ganz allgemein auch persönlich haften. Teilweise kommt es auch zu einer unmittelbaren Haftung des Gesellschafters neben der Haftung der Gesellschaft. Es handelt sich dabei um eine eigene Haftung der Gesellschafter, die außerhalb der Durchgriffsfälle<sup>253</sup> zu betrachten ist,<sup>254</sup> denn eine hinter einer Kapitalgesellschaft stehende Person kann sich neben der juristischen Person *selbst* verpflichten. Diese Fälle haben mit einer 'Durchgriffshaftung' nichts zu tun,<sup>255</sup> es handelt sich hierbei um eine Haftung aus herkömmlichen Haftungsgründen, die systematisch gegenüber der Durchgriffshaftung abzugrenzen ist.<sup>256</sup>

Bevor auf die Fälle der Durchgriffshaftung eingegangen wird, werden also erst die Fälle der Haftung der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft dargelegt, in denen sich die Haftung nicht auf eine Durchbrechung der Haftungsbeschränkung, sondern auf eine eigene Verpflichtung des Gesellschafters gründet, etwa aus Vertrag, nach § 242 oder etwa § 826 BGB.

---

<sup>252</sup> Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 245 schränkt die Haftungsfrage auf die Haftung kraft Gesetz ein, und grenzt damit die Haftung aufgrund eines allgemein schuldrechtlichen Vertrags, wie z.B. der Bürgschaft, aus. Diesem wird hier gefolgt, da hier die spezifischen Haftungsfragen zu untersuchen sind. Lediglich die unter dem 'Stichwort Durchgriff' im deutschen Recht immer wieder diskutierten Aspekte sollen hier ausführlicher dargelegt werden, um aufzuzeigen, wie sehr im geltenden deutschen Recht Rückgriffe auf die den Regelungen zugrundeliegenden Wertungen für die Haftungsfrage entscheidend sind.

<sup>253</sup> In der Literatur wird auf Wiedemann (Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980) S. 222ff.) zurückgehend sowohl von Zurechnungsdurchgriff als auch von Haftungsdurchgriff gesprochen, vgl. etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 21, 23ff.; Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989) Anh. § 13 Rn. 2, 32; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 327. Beim Zurechnungsdurchgriff geht es jedoch nicht um Haftungsfragen sondern um die Frage, ob bzw. wann bestimmte Eigenschaften, Kenntnisse, Erklärungen etc. des Gesellschafters der Gesellschaft zugerechnet werden müssen oder umgekehrt. Dies ist aber nicht das Thema dieser Arbeit, hier geht es um die Abgrenzung zum *Haftungsdurchgriff*, also die Durchbrechung der Haftungsbeschränkung zugunsten einer begrenzten oder unbegrenzten persönlichen Außenhaftung der Gesellschafter. Vgl. zu materiellrechtlichen Zurechnungsfragen etwa Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 68ff.

<sup>254</sup> Ebenso etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 221; zur Theorie des Durchgriffs etwa Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 72ff. m.w.N. Vgl. zum Durchgriff die Ausführungen oben im ersten Teil unter B.IV.

<sup>255</sup> So explizit etwa Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1977), S. 17. Auch Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 59 will von einer Durchgriffshaftung nur dann sprechen, wenn kein besonderer 'bürgerlich-rechtlicher' Verpflichtungsgrund besteht.

<sup>256</sup> So etwa G. Kuhn, Haften für Gesellschaftsschulden (1979), S. 351; Rowedder-Rowedder, GmbHG (1985) § 13 Rn. 24, Nirk, Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung (1985), S. 449.

### 1. Haftung kraft Verhaltens

Eine Haftung des Gesellschafters kann sich etwa deliktisch aus §§ 823 Abs. 1 oder 2 sowie aus § 826 ergeben. "Um ein Durchgriffsproblem handelt es sich dabei nicht",<sup>257</sup> sondern um eine originäre Haftung des Gesellschafters kraft eigenen Verhaltens.<sup>258</sup> Die Haftung neben der Haftungsbeschränkung kann sich also aus einem Verhalten der hinter der juristischen Person stehenden Personen<sup>259</sup> zum Beispiel dann ergeben, wenn diese sich mit der Berufung auf die beschränkte Haftung in Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten setzen würde.<sup>260</sup>

Dabei muß grundsätzlich ein subjektiver Gesichtspunkt hinzukommen, der das Verhalten des sich auf die Selbständigkeit der Kapitalgesellschaft berufenden Gesellschafters als einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten kennzeichnet.<sup>261</sup> Besonders die Generalklausel des § 826 wird in einer Reihe von Entscheidungen als Haftungsgrundlage herangezogen,<sup>262</sup> es handelt sich jedoch jeweils um Einzelfallentscheidungen.<sup>263</sup>

---

<sup>257</sup> So wörtlich etwa der BGH in einem Urteil vom 25. Januar 1984, abgedruckt in NJW 1984, 2284, 2285 (= GmbHR 1985, 51, 53).

<sup>258</sup> Richtig so etwa Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 332; Flume, Die juristische Person (1985), S. 86. Letzterer zählt aaO. - vor der neueren Rechtsprechung des BGH - bemerkenswerterweise auch den qualifiziert faktischen Konzern zu diesen Fällen, auch Kowalski, TBB - Rückkehr zu Autokran (1993), S. 258 meint, der Durchgriff unterscheidet sich von der Konzernhaftung nach TBB nur noch durch die weitere Voraussetzung eines herrschenden Unternehmens (sowie den Rechtsfolgen ;vgl. hierzu auch die Ausführungen unten in diesem Teil unter C.V.5. und den Nachteilen einer solchen Auffassung unten unter D.II.) Wie hier auch Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 60ff. insbesondere zur deliktischen Haftung Rn. 65.

<sup>259</sup> Vgl. etwa Coing, Durchgriffshaftung (1977), S. 1795f.

<sup>260</sup> Vgl. zum venire contra factum proprium etwa die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Haftung für die Verbindlichkeiten eines Vereins in BGHZ 54, 222 (1970, Siedlerverein). Es wird auch vertreten, es gehe hierbei um eine Verhaltenshaftung aufgrund eines Verstoßes es gegen das Gebot von Treu und Glauben, vgl. § 242 BGB. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 237 zählt diese Fälle des venire contra factum proprium zu den Fällen der Haftung kraft Rechtscheins. Tatsächlich ist die hier besprochene Haftung kraft Verhaltens mit der Rechtscheinhaftung eng verwandt. Vgl. hierzu auch Rehbindler, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 602; Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 28 sieht diese Fälle denn ebenso wie die Rechtscheinhaftung als Vertrauenstatbestand an. Aus der Rechtsprechung hierzu etwa BGHZ 91, 324, 327 (1984). Auf eine genaue Abgrenzung kann hier verzichtet werden, hier soll nur systematisch aufgezeigt werden, daß es sich um eine allgemeine zivilrechtliche Haftung handelt. Vgl. zu diesem Verzicht auch Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989) Anh. § 13 Rn. 16 sowie das gleich unten zur Identifikation Gesagte.

<sup>261</sup> Vgl. so die Entscheidung des BGH vom 26. November 1957, abgedruckt in BB 1958, S. 169. In dieser Entscheidung verneinte der Bundesgerichtshof eine Haftung des Gesellschafters.

<sup>262</sup> Vgl. hierzu Nirk, Rechtsfolgenseite der Durchgriffshaftung (1985), S. 451f.

<sup>263</sup> Vgl. etwa die Entscheidungen des BGH in NJW 1979, 2104, 2105 oder NJW 1984, 2284.

## 2. Haftung auf vertraglicher Grundlage

Bei vertraglichen Doppelverpflichtungen, wenn also sowohl die Gesellschaft als auch die hinter dieser stehenden Gesellschafter verpflichtet werden, wird eine Haftung für die hinter der Gesellschaft stehende(n) Person(en) selbständig begründet. Hierzu zählen ausdrückliche Bürgschaften<sup>264</sup> der Gesellschafter<sup>265</sup> für die Verpflichtungen der Gesellschaft, Schuldübernahme oder -beitritt<sup>266</sup>, Garantieverträge, Erfüllungsverträge etc.,<sup>267</sup> ebenso jedoch die in einigen Fällen entschiedene bürgschaftsähnliche Ausfallhaftung.<sup>268</sup>

Einen Sonderfall bilden die Patronatserklärungen<sup>269</sup> eines Gesellschafters, z.B. einer Muttergesellschaft.<sup>270</sup> Dabei ist nach der jeweiligen Ausgestaltung zu entscheiden, ob es zur Haftung kommt.<sup>271</sup>

<sup>264</sup> Vgl. etwa die Entscheidung des BGH abgedruckt in GmbHR 1978, 171. Hier wird besonders deutlich, daß es sich nicht um eine Haftung trotz Haftungsbeschränkung, sondern aufgrund einer vertraglichen Doppelbindung handelt, vgl. hierzu etwa Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 4.

<sup>265</sup> Daß solche Erklärungen an der Tagesordnung sind, zeigt illustrativ die Entscheidung des BGH in BB 1988, 1480, in welcher die Mithaftungsvereinbarung eines Geschäftsführers auf Grund einer Sonderklausel in AGB zugelassen wurde.

<sup>266</sup> Vgl. etwa die Entscheidung des BGH, abgedruckt in NJW 1986, 580ff. Vgl. auch Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 59ffa.

<sup>267</sup> Vgl. etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 237. Eine Aufzählung findet sich etwa in BGHZ 31, 258, 271 (Luft-Taxi, 1959).

<sup>268</sup> Vgl. für verbundene Unternehmen etwa Emmerich / Sonnenschein, Konzernrecht (1993), S. 296. Vgl. auch insgesamt Hachenburg/Ulmer (1991) Anh § 30 Rn. 25.

<sup>269</sup> Die Patronatserklärung ist insbesondere nicht der eigentlichen Konzernhaftung zuzurechnen, wenn sie auch im Konzernverbund häufig anzutreffen ist, vgl. etwa OLG Karlsruhe, DZWIR 93, 20 = WM 92, 2088 (Schotterkleber) und Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (1996), Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 73. Vgl. rechtsvergleichend zusammenfassend zur erklärungsbedingten Haftung und der Vertrauenshaftung etwa Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), S. 171.

<sup>270</sup> Im "Wibru/Swissair"-Urteil des Schweizer Bundesgerichts vom 15.11. 1994 - BGE 120 II.331 = SWZ/RSDA 1995, 93 m. Anm. Druey (= AG 1996, 44f.) wurde beispielsweise bei Fehlen sowohl einer vertraglichen als auch einer deliktischen Grundlage der Weg zu einer Konzernvertrauenshaftung, einer konzernmäßigen Mitverantwortung, eröffnet. Grundlage sei hier "das der *Culpa-Haftung zugrundeliegende, bestimmte gegenseitige Treuepflichten der Partner begründende Vertragsverhandlungsverhältnis*", welches "als Erscheinungsform einer allgemeineren Rechtsfigur aufzufassen" ist. Aufgrund eines auf Erklärungen, welche der Konzernmuttergesellschaft zuzurechnen waren, gestützten Vertrauens, der konkreten Vertrauenslage, könne eine "dem *Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung*" statuiert werden. Aus dieser könnten sich wiederum auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben, deren Verletzung unter Erfüllung bestimmter Voraussetzungen - ähnlich der Haftung aus culpa in contrahendo - Schadensansprüche auslösen könne. In casu hatte die Muttergesellschaft aufgrund der geschaffenen konkreten Vertrauenslage eine Aufklärungspflicht. Indem diese Aufklärungspflicht nicht wahrgenommen wurde, hatte die Muttergesellschaft nach Einschätzung der Richter treuwidrig die Erwartungen enttäuscht, welche aufgrund der Umstände in ihr Konzernverhalten gesetzt werden durften.

<sup>271</sup> Vgl. hierzu und zur Bedeutung erweckten Vertrauens als nicht für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifischen Haftungstatbestand rechtsvergleichend Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 254; insgesamt etwa Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 60; Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. 30 Rn. 25 m.w.N. Wenn gelegentlich, wie etwa von

Zur Haftung auf vertraglicher Grundlage, und nicht aufgrund von Durchgriffsbetrachtungen,<sup>272</sup> kommt es ebenso in den Fällen der Eigenhaftung des Vertreters aus *culpa in contrahendo*.<sup>273</sup> Es handelt sich in allen diesen Fällen um eine Haftung aus besonderem Rechtsgründe und nicht um ein Durchgriffsproblem.<sup>274</sup> Dies gilt für die GmbH ebenso wie für die Aktiengesellschaft.<sup>275</sup>

### **3. Haftung kraft Rechtscheins**

Zu den auf selbständiger Grundlage ruhenden Verpflichtungen zählt auch die Haftung kraft Rechtscheins.<sup>276</sup> Dabei handelt es sich um eine Vertrauenshaftung<sup>277</sup> eines Gesellschafters, der im Publikum oder beim Vertragspartner den Eindruck erweckt, daß er für die Verpflichtungen der jeweiligen Gesellschaft aufzukommen bereit ist.<sup>278</sup>

---

Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 269, betont wird, daß die Bezeichnung dieser Haftungsvorschriften als "Durchgriffshaftung", "Konzernhaftung" oder "Vertrauenshaftung" dann lediglich ein rechtssystematisches Problem sei, erscheint dies jedoch zu pauschal; beispielsweise berührt die Vertrauenshaftung nicht das Haftungsprivileg, zur Vertrauenshaftung kommt es eben nicht *trotz*, sondern *neben* der beschränkten Haftung.

<sup>272</sup> Einige Autoren, z.B. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 332, rechnen diese Fälle zu den Durchgriffsfällen. Dies ist nach hier vertretener Auffassung systematisch ungenau: Es handelt sich eben nicht um einen Durchgriff sondern um eine eigene Haftung. Vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 203 Beispiel 18f.

<sup>273</sup> Vgl. gerade für das Recht der verbundenen Unternehmen die Entscheidung des BGH in BB 1975, S. 1128 und hierzu etwa Rehbinder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 598. Vgl. auch Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 6 oder Nirk, Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung (1985), S. 450; vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 207 oder Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 64 mit dem Beispiel mangelnder Aufklärung über fehlende Kreditwürdigkeit der Gesellschaft.

<sup>274</sup> Vgl. BGHZ 31, 258, 271 (Luft-Taxi, 1959). Vgl. auch Nirk, Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung (1985), S. 450.

<sup>275</sup> Vgl. so etwa Hüffer, AktG (1993) § 1 Rn. 24. Im folgenden wird jedoch weitestgehend das GmbH-Recht aufgegriffen, da es sich - dies ergibt sich bereits rein quantitativ - dabei um das Rechtsgebiet handelt, auf dem es das größere Fallmaterial gibt. Die in diesem Abschnitt für Kapitalgesellschaften angestellten Haftungsbetrachtungen gelten grundsätzlich für sowohl Aktiengesellschaften als auch GmbH, denn die Voraussetzungen für eine Haftung können bei jeder juristischen Person jedweder Größe gegeben sein.

<sup>276</sup> Vgl. etwa BGHZ 62, 216, 224ff. oder BGHZ 64, 11,17. Zur Haftung wegen Rechtscheins als selbständiger, bürgerlichrechtlicher Verpflichtungsgrund anschaulich Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 340 m.w.N.

<sup>277</sup> Vgl. auch Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) S. 287ff., 369. Auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 207 will Durchgriffsfälle als Fälle der Vertrauens- bzw. Schadenshaftung einstufen; für die hier behandelten Fälle ist dem zuzustimmen. Vgl. hierzu auch Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. 30 Rn. 26ff. oder Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 63. Ganz generell sei hier daran erinnert, daß im Bezug auf die Vertrauenshaftung Zurückhaltung angebracht ist, wenn - und da - nicht der gute Glaube an eine falsche Rechtsauffassung geschützt werden soll; vgl. hierzu - mit Blick auf die in dieser Arbeit behandelte Problematik und unter Verweisung auf Canaris, aaO. S. 185 - etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 90.

<sup>278</sup> Vgl. hierzu etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 237; Flume, Die juristische Person (1985), S. 87.



Zur Rechtscheinhaftung kann es zum Beispiel dann kommen, wenn ein bisher persönlich betriebenes Unternehmen in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird und bisherigen Geschäftspartnern keine Mitteilung von der dadurch bewirkten Haftungsbeschränkung gegeben wird.<sup>279</sup> Nach hier vertretener Auffassung muß das entscheidende Kriterium bei der Frage, ob sich der Gesellschafter den Rechtsschein entgegenhalten lassen muß, dabei sein, ob er den Rechtsschein selber erweckt hat.<sup>280</sup> Hierin zeigt sich deutlich, daß die Haftung ihre Ursache nicht in der Gesellschaft findet, sondern beim Gesellschafter. Deshalb handelt es sich also nicht um eine Durchgriffshaftung für Verpflichtungen der Gesellschaft, sondern um eine eigene Haftung des Gesellschafters.<sup>281</sup>

#### **4. Identifikation**

Von Teilen der Literatur wird richtigerweise betont, daß die Identifizierung bzw. Aufhebung der Vermögenstrennung von der Durchgriffshaftung zu trennen ist.<sup>282</sup> Ein anderer Teil der Literatur will bei der 'tatsächlichen oder gedanklichen' Identifizierung eine Abwägung zwischen dem anzuwendenden Rechtssatz und dem Trennungsprinzip und dabei eine wertende Stellungnahme, ob und wieweit die Selbständigkeit aus Gründen der Gerechtigkeit zurückgedrängt werden muß.<sup>283</sup> Wenn diesem subsumtionsmäßig auch zuzustimmen ist, so wird dies dogmatisch hier nicht verfolgt: Wichtig ist für diese Arbeit die Feststellung, daß es die zivilrechtliche Haftung der Gesellschafter neben der beschränkten Haftung des Sondervermögens der Kapitalgesellschaft gibt.<sup>284</sup> Eben hierzu zählt die Identifikationshaftung.

---

<sup>279</sup> Vgl. etwa die Entscheidung des BGH in NJW 1972, 1418.

<sup>280</sup> Dies klingt etwa an in der Entscheidung des BGH in BB 1958, 169.

<sup>281</sup> Vgl. hierzu auch Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 5, der zu den Fällen der Haftung wegen erweckten Rechtscheins auch den Grundsatz des venire contra factum proprium heranzieht.

<sup>282</sup> Vgl. etwa Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 45. Ähnlich wohl auch Flume, Die juristische Person (1985), S. 86, der hierzu auch die Fälle der Vermögensvermischung zählt, dies erklärt sich jedoch aus Flumes grundsätzlich anderer Auffassung der juristischen Person. Bemerkenswert ist auch, daß die Identifikation denn auch an einigen Stellen im Gesetz vorgenommen wird, vgl. etwa § 71d AktG betreffend eigene Aktien; vgl. auch Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 329. Schon daran zeigt sich der allgemeine Charakter der Identifikation, die somit nicht auf Durchgriffsbetrachtungen beruht.

<sup>283</sup> Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen, S. 18; vgl. dens. Gesellschaftsrecht (1980), S. 230.

<sup>284</sup> Im Prinzip gleich Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989), Anh. § 13 Rn. 16, dessen Kommentierung darauf verzichtet, zwischen 'eigentlichen und uneigentlichen Durchgriffsfällen' zu unterscheiden. Mertens muß beiepflichtet werden, daß es auf eine scharfe Abgrenzung nicht ankommt, auf die Abgrenzung der Identifikationsbetrachtung ebensowenig wie auf die Abgrenzung von Rechtsschein und Rechtsformmißbrauch durch Sphärenvermischung. Jedoch ist daran zu erinnern, daß ein Teil der Literatur die 'uneigentlichen Durchgriffsfälle' (Mertens) den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregeln zuordnet und insoweit gar keinen Bedarf für Durchgriffsbetrachtungen sieht, vgl. etwa Flume, Die juristische Person (1985), S. 85ff. und Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 291ff. Letzterer plädiert für eine Organhaftung der Gesellschafter für jede Form von

## **5. Umgehungsbetrachtung**

Zu Fragen bleibt, ob nicht auch allgemeine Umgehungstatbestände zu einer Haftung neben der Haftungsbeschränkung führen können. Falls offensichtlich eine Umgehung vorliegt, so scheint es dem Verfasser dieser Arbeit nicht nötig, auf Durchgriffsbetrachtungen zurückzugreifen.<sup>285</sup> In diesen Fällen sollte stattdessen bei der Beurteilung des Sachverhaltes eine relativierende Betrachtung<sup>286</sup> der Verwendung der juristischen Person vorgenommen werden.<sup>287</sup>

Die primäre Rechtsfolge der Umgehung ist die Anwendung der Norm, deren Umgehung bezweckt worden ist<sup>288</sup>, gegenüber dem ursprünglichen Normadressaten.<sup>289</sup> Es handelt sich bei der Umgehungsbetrachtung somit um eine Zurechnungsfrage und nicht um eine Durchgriffsbetrachtung.

Einflußnahme (vgl. erneut ders., Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2114ff.), greift also z.B. für die Unterkapitalisierung auf ein verschuldensbezogenes Konzept zurück, das etwa von K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 205ff. unterstützt wird. Auf diesen Ansatz einer Organisationsfehlerhaftung wird hier nicht weiter eingegangen, weil in Deutschland die Tradition der Organhaftung im Recht der verbundenen Unternehmen fehlt, vgl. hierzu Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 35 und darstellend etwa Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 84 m.w.N. Wilhelm versucht, der Relativierung der juristischen Person eine konsequente Beachtung derselben entgegenzustellen, Wilhelm aaO.; der von Wilhelm vorgeschlagenen Organhaftung stehen dabei aber de lege lata durchgreifende dogmatische Bedenken gegenüber. Hier seien nur die Durchbrechung des gesetzlichen Kompetenzgefüges und die Möglichkeit haftungsbefreiender Gesellschafterbeschlüsse im Rahmen des § 43 GmbHG erwähnt, vgl. zu den dogmatischen Bedenken etwa Paschke, Durchgriffsproblematik (1988), S. 202 und insgesamt Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 413ff. In der hier vorliegenden Arbeit geht es nicht darum, die in der Literatur bereits oft dargestellten unterschiedlichen Meinungen sämtlich darzulegen, hier geht es lediglich darum, das Problem aufzuzeigen und aus dem Gesichtspunkt der Normzweckbetrachtung einen Problemlösungsvorschlag zu entwickeln. Vgl. hierzu auch Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 39f.

<sup>285</sup> Ebenso etwa Reh binder, Konzernaußenrecht (1969), S. 112ff.; Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 61.

<sup>286</sup> Eine Relativierung des Prinzips der beschränkten Haftung muß nach hier vertretener Ansicht nicht gleich zum 'Durchgriff' führen, anders als hier können wohl die Ausführungen zur ökonomischen Funktion des Privilegs der beschränkten Haftung bei Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 356 verstanden werden. Relativierung wird hier als Bezüglichkeit oder Bedingtheit verstanden, denn nach hier vertretener Auffassung ist das Privileg der beschränkten Haftung eben in Bezug auf die Rechtsordnung zu verstehen und davon bedingt, daß nicht versucht wird, diese zu umgehen. Sollte eine Umgehung vorliegen, kommt es somit nicht zum Haftungsdurchgriff 'durch' die Haftungsbeschränkung, sondern zur direkten Haftung. Vgl. zur Relativierung des Trennungsprinzips wie hier etwa die Darstellung bei Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989) Anh. § 13 Rn. 19ff.

<sup>287</sup> So wären nach hier vertretener Auffassung einige der von Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 21f., als '*gedankliche Identifizierung bei der Vertrags- oder Gesetzesanwendung*' bezeichneten Fälle als Umgehungsfälle einzustufen. Daß eine einheitliche Zurodnung zur Durchgriffs- bzw. zur allgemein zivilrechtlichen Lösung besonders bei Normen, wo es sich um eine '*wirtschaftliche Betrachtungsweise handelt, nicht möglich ist*', meint Reh binder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 588.

<sup>288</sup> Vgl. hierzu etwa § 42 AO und die ausgiebige Literatur zu diesem nach hier vertretener Auffassung steuerrechtlicher Generalklausel.

<sup>289</sup> Vgl. Reh binder, Konzernaußenrecht (1969), S. 115 und dens., Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 586.

## **6. Gemeinsame Betrachtung**

In allen diesen Fällen der Haftung der hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Person(en) kommt es also zur Haftung aufgrund allgemeiner zivilrechtlicher Betrachtungen. Die Abgrenzung zwischen allgemeiner zivilrechtlicher begründeter und auf gesellschaftsrechtlichen Durchgriffbetrachtungen aufbauenden Fällen der Haftung ist nicht immer eindeutig. Die im Vorangegangenen dargelegten Fälle, die in der Literatur teilweise als Durchgriffsfälle eingestuft werden<sup>290</sup>, sind jedoch nach hier vertretener Auffassung nichts anderes als eine Verwirklichung allgemeiner zivilrechtlicher Haftungstatbestände.<sup>291</sup> Denn wie bei der Handelndenhaftung geht es in diesen Fällen um eine unmittelbare Haftung, es bedarf keines Durchgriffs durch die Kapitalgesellschaft.

Eindeutige Kriterien zur Abgrenzung der Haftung aus klassisch zivilrechtlicher Grundlage und der Durchgriffshaftung fehlen weitgehend.<sup>292</sup> Im Einzelfall mag diese Abgrenzung denn auch von geringerer Bedeutung sein, rechtssystematisch ist die Sonderung jedoch wichtig. Denn grundsätzlich sind immer erst die allgemeinen Regeln der Rechtsordnung zu berücksichtigen. Die Spezialregeln entfalten sich auf der Grundlage allgemeiner Regeln und sind erst im Lichte der Rechtsordnung zu verstehen. Die beschränkte Haftung im Kapitalgesellschaftsrecht muß ebenso im Lichte der Rechtsordnung gesehen werden. Denn die Haftungsbeschränkung ist eine Ausnahmeregelung zur grundsätzlichen Haftung. Dieser Wertung entsprechend ist ein Durchgriff durch die Haftungsbeschränkung eine Rückkehr zur haftungsrechtlichen Grundwertung. Ds bedarf dieser Ausnahme zur Ausnahme, wenn die Grundwertung nicht unmittelbar greift. Letzteres ist eben in den dargelegten Fällen der Fall.

Im folgenden werden nun die Fälle der gesellschaftsrechtlich bedingten Haftung neben der Haftungsbeschränkung dargelegt. D.h.: die Fälle, in der die Rechtsordnung ausnahmsweise durch die Ausnahme von der Haftungsbeschränkung zur Aufrechterhaltung der Grundwertung der Haftung gelangt.

## **II. Haftung trotz Haftungsbeschränkung - Stichwort 'Durchgriff'**

Der Ausdruck 'Durchgriff' soll bildlich das Außerachtlassen der eigenen Rechtspersönlichkeit einer Kapitalgesellschaft ausdrücken. Beim Haftungsdurchgriff wird

---

<sup>290</sup> Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989), Anh. § 13 Rn. 1ff. und 15 will z.B. außer der Zurechnung auf den Gesellschafter, die ohne seine Gesellschaftereigenschaft nicht stattfinden würde, thematisch noch mit in den Bereich der Relativierungen des Trennungsprinzip (vgl. aaO Rn. 19ff.) jene Fälle hineinziehen, in dem die Gesellschaftereigenschaft selbst nicht Tatbestandsmerkmal ist. Dies scheint systematisch unkorrekt, im Ergebnis ist Mertens (aaO.) jedoch zuzustimmen, vgl. hierzu auch aaO. Rn. 16.

<sup>291</sup> Wie hier unter Verweisung auf Rehbinder etwa Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 610.

<sup>292</sup> Vgl. hierzu Rehbinder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 603.

‘durch’ die grundsätzlich bei der Kapitalgesellschaft gegebene Haftungsbeschränkung hindurch - trotz dieser - gehaftet.<sup>293</sup> Der Bezeichnung ‘Durchgriff’ kommt wie gesagt in dieser Arbeit lediglich eine Stichwortfunktion zu.<sup>294</sup> Mit dem Stich- oder Schlagwort ‘Durchgriff’ wird dabei im weitesten Sinne das Außerachtlassen der juristischen Person bezeichnet.<sup>295</sup>

Einerseits gilt grundsätzlich der als Topos der Rechtsprechung<sup>296</sup> bezeichnete Grundsatz "Über die Rechtsform der juristischen Person darf nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden"<sup>297</sup>, andererseits kommt es aber in der Rechtswirklichkeit durchaus zur Durchbrechung der Haftungsbeschränkung.<sup>298</sup> Es gibt im geltenden Recht, so wie es in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Ausdruck kommt, keine *Institution Durchgriffshaftung*<sup>299</sup>. Der Begriff des Haftungsdurchgriffs

<sup>293</sup> Vgl. zum Durchgriff etwa Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen (1955); Müller-Freienfels, Durchgriff (1957); Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften (1959); Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 400ff.; Schanze, Durchgriffshaftung (1975); Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 18ff.; grundlegend auch Wiedemann, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung (1975) S. 1038ff.; Coing, Durchgriffshaftung (1977); Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 221ff.; MünchKommBGB - Reuter (1983) Vor § 21 Rn. 19ff mit ausführlichem Literaturnachweis; Bauschke, Mit dem Durchgriff ins kommende Jahrhundert (1984), S. 698f.; Flume, Die juristische Person (1985), S. 79ff.; Nirk, Rechtsfolgenseite der Durchgriffshaftung (1985), S. 443ff. mit ausführlicher Literaturangabe S. 445; Meyer-Landruth/Meyer-Landruth, GmbHG (1987) § 1 Rn. 29; Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 18; Rowedder/Rowedder, GmbHG (1990) § 13 Rn. 22ff; Hachenburg/Mertens, GmbHG 8. Aufl. (1990), Anh. § 13, Rz. 1 bis 83 mit ausgiebigem Literaturnachweis; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 200ff.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992) § 29; Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Rn. 75-93 jeweils m.w.N. Besonders zur Problematik Durchgriff und Haftung im verbundenen Unternehmen etwa die Werke von Serick, Durchgriffsprobleme (1959) insbesondere S. 11ff.; Rehbinder, Konzernau enrecht (1969), S. 85-125; Teubner, Politik des Gesetzes (1979); Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991) und Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1990) sowie Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990). Vgl. zur internationalen Einordnung insgesamt C. Schmidt, Haftungsdurchgriff im IPR (1993).

<sup>294</sup> Vgl. ebenso Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989), Anh. § 13 Rn. 1, 19 und 36 sowie hierzu die Darstellung oben unter B.IV.1. Während dort auf die systematische Bedeutung des Durchgriffs eingegangen worden ist, sollen im folgenden nun die materiellen Durchgriffsbetrachtungen kurz dargelegt werden. Auf die dogmatischen Ansätze der Durchgriffsfrage soll es hier nicht ankommen, vgl. hierzu etwa die Aussage von Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 337, wonach man in der materiellrechtlichen Diskussion der Durchgriffsfrage die dogmatische Fundierung für eine Geschmacksfrage oder aus pragmatischen Gründen für überflüssig halten kann. Vgl. weiterführend auch die zusammenfassenden Betrachtungen gleich unten unter II.6.

<sup>295</sup> Vgl. so etwa Hübner, Durchgriff (1978), S. 703.

<sup>296</sup> So etwa Flume, Die juristische Person (1985), S. 66, 77.

<sup>297</sup> Vgl. nur die Entscheidungen BGHZ 20, 11; 26, 37; 54, 224; 61, 383; 78, 333.

<sup>298</sup> Illustrativ sei zur sich auf "den Durchgriff" stützenden Praxis insbesondere unterer Gerichte auf das ausführliche Urteil des AG Erfurt vom 29.7.91 (etwa abgedruckt in ZIP 1991, 1233-1256) zur "Durchgriffshaftung für Sozialplanansprüche" hingewiesen.

<sup>299</sup> Ausdrücklich wird ein allgemeines Rechtsinstitut des Haftungsdurchgriffs etwa abgelehnt von K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 439; im Ansatz gleich etwa Nirk, Rechtsfolgenseite der Durchgriffshaftung (1985), S. 453, der dies jedoch offenläßt. Bei rechtsvergleichender Betrachtung hat etwa Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 340, festgestellt, daß es einen Haftungsdurchgriff nach geltendem deutschen Recht nicht gibt, ebenso Coing, Durchgriff (1977), S.

ist somit lediglich deskriptiver Art und gibt selbst keinerlei Anhaltspunkte für die Haftungsfrage.<sup>300</sup> Eben deshalb verbietet sich nach richtiger Auffassung auch eine generelle Aussage darüber, welche Rechtsfolgen mit dem Durchgriff verbunden sind.<sup>301</sup> Es handelt sich bei der unter dem Stichwort 'Haftungsdurchgriff' geführten Diskussion um ein allgemeines Problem des Gesellschaftsrechts, das aber besonders bei der GmbH eine Rolle spielt.<sup>302</sup> In dieser Arbeit werden unter der Bezeichnung 'Haftungsdurchgriff' alle diejenigen Fälle zusammengefaßt, bei denen es trotz Haftungsbeschränkung zum Haftungsdurchgriff kommt. Zum 'Durchgriff' kommt es dann, wenn die "*Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen*"<sup>303</sup> einen solchen gebieten.<sup>304</sup> Zahlreiche zweckwidrige Verwendungen<sup>305</sup> des Privilegs der beschränkten Haftung werden unter diesem Stichwort zusammengefaßt, und Durchgriff "*bedeutet hierbei, daß die Gläubiger der betreffenden Gesellschaft nicht nur auf deren Vermögen beschränkt sind, sondern ihre Ansprüche auch gegen die 'hinter'*

---

1793. In der Literatur wird der Durchgriff jedoch ausgiebig behandelt, was Lutter, Gefahren persönlicher Haftung (1994), S. 129 zur Aussage veranlaßt hat, die Erörterung des Durchgriffs stehe in einem ganz und gar umgekehrten Verhältnis zu seiner realen Bedeutung.

<sup>300</sup> So richtig Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 331.

<sup>301</sup> Richtig etwa Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989), Anh. § 13 Rn. 19ff.

<sup>302</sup> Vgl. etwa Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 327.

<sup>303</sup> So das Reichsgericht in RGZ 99, 232, 234; 129, 50, 53f. und diesem folgend der BGH in BGHZ 22, 226, 230; 29, 385, 392 und 54, 222, 224. Vgl. zur Einbettung dieser Aussage in eine ökonomische Betrachtung anschaulich etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 358f.

<sup>304</sup> Durch die Verweisung auf die in dieser Arbeit als zentrales teleologisches Element gerade bei der Haftungsfrage angesehenen "*Zweck der Rechtsordnung*" in der Formulierung etwas anders aber vom Aussagegehalt gleich sind die Entscheidungen in BGHZ 20, 4, 14 oder BGHZ 68, 312, 315. Vgl. insgesamt anschaulich zum 'Bedürfnis' einer Durchgriffshaftung, G. Kuhn, Haften für Gesellschaftsschulden (1979), S. 352. Die Aufzählung *Wirklichkeit des Lebens, wirtschaftliche Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen* entbehrt allerdings bei näherer Betrachtung fast jeden materiellen Aussagegehalts - was ist schon unter diesen Bezeichnungen zu verstehen? Daß damit wenig anzufangen sei, meint etwa K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2075; ähnlich auch Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 85. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 327 drückt dies treffend ähnlich aus, da die Judikatur sich auf generalklauselhafte Wendungen beschränkt, mit denen kaum etwas anzufangen ist. Reh binder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 582 bezeichnet die Durchgriffslehre, wie immer man sie auch dogmatisch fundiere, als eine generalklauselartige Leerformel, in die vielfältige Interessenbewertungen mehr oder weniger unkontrolliert eingehen. Vgl. hierzu jedoch auch Nirk, Rechtsfolgenseite der Durchgriffshaftung (1985), S. 457; Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 204; oder Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), S. 423.

In dieser Arbeit soll nun für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen versucht werden, eine solche generalklauselartige Formel vorzustellen, jedoch eben keine Leerformel, sondern eine auf die gesetzgeberischen Wertungen im Recht der verbundenen Unternehmen aufbauende. Dies ist somit eine Weiterführung des geltenden Rechts, wenn man richtig mit Raiser, aaO. S. 328, davon ausgeht, daß auch im geltenden Recht bei den Fällen der Durchgriffshaftung letztlich die wertende und abwägende Entscheidung im konkreten Fall den Ausschlag gibt. Deutlich zeigen insbesondere die Aussagen G. Kuhns und Rehbinders das Bedürfnis einer 'Haftung trotz Haftungsprivilegs'. Eben diese ist hier mit dem Stichwort 'Haftungsdurchgriff' gemeint; vgl. auch den ganz anderen Gedankenansatz Flumes, Die juristische Person (1983), S. 66.

<sup>305</sup> Vgl. zur Normzweckbetrachtung oben unter B.IV.2.c.

*dieser Gesellschaft stehenden Personen - seien es natürliche Personen oder Gesellschaften - geltend machen können.*"<sup>306</sup> Letztlich heißt Durchgriff weiter nichts, als die Versagung der Berufung auf das Privileg der beschränkten Haftung durch die Gerichte, meistens aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls.<sup>307</sup>

Zwar gibt es wie dargelegt keinen allgemeinen rechtssatzmäßig formulierten Haftungstatbestand des Durchgriffs im Gesetz und kein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut des Durchgriffs.<sup>308</sup> Andererseits wird vertreten, daß die Durchgriffshaftung im Gesellschaftsrecht wohl etabliert sei, die Voraussetzungen im Einzelfall jedoch umstritten seien.<sup>309</sup> Ziel der hier anzustellenden Betrachtungen ist es nicht, über Wesen und Theorie der Durchgriffshaftung nachzudenken, es geht hier darum, die Rechtsfrage der Haftung trotz Haftungsprivilegs darzustellen, um dann die systematische Einordnung vornehmen zu können.

In der Rechtsprechung findet man etwa die Formulierung, daß es zum Durchgriff kommt, wenn die haftungsausschließende Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter aufgehoben ist, und die Schuldverpflichtung auf den Gesellschafter durchgreift.<sup>310</sup> Beschreibend ist auch die rechtssatzmäßige Formulierung<sup>311</sup> *"Mitglieder der Verbandsperson haften für die Schulden des Sondervermögens, wenn die*

---

<sup>306</sup> So Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 248.

<sup>307</sup> Vgl. Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 1 Anm. 77, 87, wo auch der Ausnahmetatbestand der Durchgriffshaftung hervorgehoben wird; ebenso etwa Rowedder/Rowedder, GmbHG (1990) § 13 Rn. 22, 23. Vgl. zum rechtsvergleichenden interessanten Einzelfallcharakter des US-amerikanischen Rechts etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 12. Dabei sollte nicht übersehen werden, daß das US-amerikanische Gesellschaftsrecht Kapitalisierungsvorschriften nur im geringen Umfang kennt. Deshalb ist dort das allgemeine Institut des Haftungsdurchgriffs auch das wichtigste Gläubigerschutzmittel im verbundenen Unternehmen; vgl. gerade unter rechtsevolutionären Gesichtspunkten so rechtsvergleichend Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 37, der gleichzeitig betont, daß in der Rechtsprechung auch die Existenz von fiduciary-duties, besondere Treuepflichten, zugunsten der Gläubiger angenommen wird.

<sup>308</sup> Vgl. statt aller etwa Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989), Anh. § 13, Rz. 1. oder K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 201 und dens., Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH (1994), S. 838, wo angeführt wird, die deutsche Gesellschaftsrechtspraxis sei durchgriffsfeindlich.

<sup>309</sup> Vgl. so etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 359. Daß Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Haftungsdurchgriffs bisher nicht geklärt sind, meint auch Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 76, 92 der der Durchgriffshaftung als eigenständigem Haftungstatbestand, insbesondere neben den Konzernsachverhalten, wenig Raum einräumt, aaO. Anm. 84a.

<sup>310</sup> So etwa das Bundessozialgericht, in den hier behandelten Problemkreis eingeführt von K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2075, vgl. auch dens. Gesellschaftsrecht (1991), S. 200

<sup>311</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 221 und bereits oben im ersten Teil unter B.IV.1.. Weitere Beschreibungen des Durchgriffes etwa bei Flume, Die juristische Person (1985), S. 63f.

*Voraussetzungen für die vermögensmäßige Selbständigkeit nicht erfüllt sind oder die Haftungsbeschränkung zweckwidrig mißbraucht wird.*"<sup>312</sup>

Die Gerichte haben bisher keinen allgemeinen Durchgriffhaftungstatbestand herausgearbeitet, sie wenden sich sogar gegen eine solche verallgemeinernde dogmatische Feststellung.<sup>313</sup> Dabei verfolgen die Gerichte ganz generell eine restriktive Haftungstendenz.<sup>314</sup>

Hier soll nicht versucht werden, auf die unterschiedlichen Richtungen der Durchgriffhaftung oder die zahlreichen Ansätze der Literatur einzugehen.<sup>315</sup> Auch soll nicht näher auf die Ansätze der Literatur eingegangen werden, die eine *"konsequente Rückkehr zur Selbständigkeit der juristischen Person"* verlangen.<sup>316</sup> Hier sollen lediglich die Fallkonstellationen aufgezeigt werden, bei denen es trotz Haftungsbeschränkung im Einzelfall zu einem berechtigten "Durchgriff auf die hinter der Kapitalgesellschaft Stehenden" kommt. Hier sind die einzelnen Fallgruppen, für die der Durchgriff im deutschen Recht diskutiert wird, darzustellen.<sup>317</sup> Diese Haftungskonstellationen sind also, etwa im Gegensatz zu den besonderen Verlustausgleichsregeln des AktG, nicht spezifisch für das Recht der verbundenen Unternehmen entwickelte Tatbestände.

---

<sup>312</sup> Hier wird somit zwischen fehlender Voraussetzung und Zweckwidrigkeiten differenziert, letztlich handelt es sich dabei jedoch materiell um nichts anderes als die oben als zweckwidrigen Gebrauch der Haftungsbeschränkung bezeichneten Fälle.

<sup>313</sup> Treffend etwa Rowedder/Rowedder, GmbHG (1985) § 13 Rn. 22 und ähnlich ders, GmbHG (1990) Rn. 24.

<sup>314</sup> Vgl. Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 77, dort (aaO. Anm. 84a, 92) wird, ebenso wie bei Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), passim, die Ansicht vertreten, daß es fraglich sei, ob neben den konzernspezifischen Durchgriffsfällen überhaupt noch Platz für eine allgemeine Durchgriffshaftung bleibt

<sup>315</sup> Diese sind, wie das gesamte Thema Durchgriff, unerschöpflich, vgl. treffend ebenso bereits K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), passim.

<sup>316</sup> Vgl. zur Trennungstheorie etwa Flume, Juristische Person (1985), S. 63ff., vgl. auch Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 285ff. Bei diesen Ansätzen geht es gar nicht um den Durchgriff als Ausnahme von einer grundsätzlich und abstrakt angeordneten Trennung. Sondern es geht überhaupt um die Berücksichtigung der zwischen den Rechtssubjekten, insbesondere zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern, bestehenden Rechtsbeziehungen, vgl. etwa Wilhelm, aaO., S. 13. Wilhelms durchgehende These ist also, daß die juristische Person ernst zu nehmen ist, die Durchgriffshaftung ist lediglich ein korrigierender Notbehelf (Wilhelm, aaO. S. 340). Für den Kontext dieser Arbeit ist interessant, daß die von Wilhelm geforderte 'Sorgfaltshaftung der Gesellschafter der GmbH aus deren Eigenschaft als Organmitglieder der GmbH' (die 'Organhaftung') gleichzeitig Ausdruck der Pflichtgebundenheit fremdbezogener Machtausübung ist, aaO. S. 337. Auf diesen Ansatz der Verpflichtung als Gegenstück zur Machtausübung ist unten im dritten Teil unter E.2. in der Treupflicht-Diskussion zurückzukommen. Vgl. zur Bedeutung der Arbeit Wilhelms für die Durchgriffsdiskussion etwa Schanze, Normanwendung (1982), S. 43.

<sup>317</sup> In der Literatur finden sich Aufteilungen in drei, vier oder fünf Fallgruppen, im folgenden wird die größtmögliche Differenzierung gewählt. Einzelne Autoren beschäftigen sich noch mit besonderen Konstellationen, auf die hier, wo es vor allem um die systematische Bedeutung der Durchgriffshaftung geht, nicht näher eingegangen wird, vgl. zur horizontalen Unternehmensaufspaltung oder den GmbH-Staffetten etwa Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989) Anh. § 13 Rn. 52f.

Wie oben dargelegt, wird im deutschen Recht einer auf die Normzweckbetrachtung aufbauenden Durchgriffshaftung gefolgt.<sup>318</sup> Dabei kommt es auf die normzweckwidrige Verwendung der Haftungsbeschränkung an; die bereits mit zivilrechtlichen Regeln lösbaren Fälle sind jedoch ausgeklammert.<sup>319</sup> Im folgenden sind nun die Fälle darzulegen, in denen bei der Anwendung des Rechts der besondere Zweck einer Norm über das allgemeine Trennungs-Prinzip der Kapitalgesellschaft siegt.<sup>320</sup>

Es geht dabei im folgenden nicht allgemein darum, ob das Haftungsprivileg angemessen gerechtfertigt sein muß oder wie dogmatisch begründet wird, daß es im Einzelfall zur Haftung kommt. Es muß hier darum gehen, von diesen einzelnen Sondertatbeständen ausgehend Idee und systematischen Ansatz der *hinter den Durchgriffsbetrachtungen liegenden Wertungen* zu verdeutlichen.

### **1. Unterkapitalisierung**<sup>321</sup>

*"Gesetzlich kann nicht bestimmt werden, daß das Stammkapital einer GmbH nach dem mutmaßlichen Kapitalbedarf der Gesellschaft zu bestimmen sei. Denn eine*

---

<sup>318</sup> Vgl. zu methodischen Erwägungen zur Normzweckbetrachtung die Darstellung oben unter B.IV.2.

<sup>319</sup> Vgl. hierzu das gerade oben unter I. 1.-6. Gesagte. Die hier entsprechende Auffassung entspricht wohl der herrschenden Auffassung in der freilich schwer zu überblickenden Literatur, vgl. hierzu etwa Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 81 (m.w.N.) der dieser Auffassung (vgl. aaO. Anm 58 sowie 92f.) insofern einschränkend folgt, daß er kaum einen Bedarf für eine eigene Durchgriffshaftung neben der bürgerlich-zivilrechtlichen und der besonderen Konzernhaftung sieht.

<sup>320</sup> Diese Ausdrucksweise folgt Coing, Durchgriff (1977), S. 1796, der so von einer Begrenzung des Trennungsprinzips bei der Normanwendung im Sinne der Normanwendungstheorie spricht. Nach der in dieser Arbeit vertretener Ansicht handelt es sich dabei um eine systematisch bedingte teleologische Reduktion des Geltungsbereiches der Haftungsbeschränkungsnorm, vgl. hierzu etwa Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 7f. Daß auch in Deutschland die teleologische Auslegung gerade bei gesellschaftsrechtlichen Haftungsfragen von großer Bedeutung ist zeigt exemplarisch eine Entscheidung des OLG Dresden vom 2. Oktober 1996, vgl. etwa ZIP 1996 S. 1868, worin sich das Gericht ausdrücklich auf die Gesetzgebungsmaterialien bezieht. Das Gericht betrachtet ausdrücklich Sinn und Zweck des Gesetzes und stellt dabei - unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhanges - eine einheitliche Haftung für ein Rechtsgebiet fest, das der Gesetzgeber neu geregelt hatte.

<sup>321</sup> Vgl. zur Problematik Haftung bei Unterkapitalisierung etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 400; Benne, Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung (1978), passim; Lutter/Hommelhoff, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung (1979), S. 57ff.; Rehbinder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 584; Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 6; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 224ff.; Rowedder-Rowedder, GmbHG (1990), § 13 Rn. 27; Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 612, 616; Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000) § 13 Rn. 11aff.) m.w.N.; Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 205; S. 96-119; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), s. 335f. m.w.N.; Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 82, 89f.; überzeugend Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1992) Anh. 30 Rn. 1-65 m.w.N. auch der neben den Durchgriffsbetrachtungen bestehenden eigenständige Ansätze der Haftung aufgrund materieller Unterkapitalisierung auf die hier nicht weiter eingegangen wird; kritisch zum Durchgriff bei Unterkapitalisierung Flume, Die juristische Person (1985), S. 83, der meint, daß es sich statt um Durchgriff um eine Verhaltenshaftung handelt.



*solche Vorschrift brächte Rechtsunsicherheit mit sich.*<sup>322</sup> So gibt es denn keine über das Mindestkapital hinausgehenden Kapitalisierungsvorschriften im Recht der Kapitalgesellschaften. Auch scheint eine zuverlässige endgültige Bestimmung des zum nötigen Gläubigerschutz notwendigen Kapitals kaum möglich. Im geltenden Recht gibt es dementsprechend zwar ein abstrakt bemessenes Garantiekapital,<sup>323</sup> eine der jeweiligen wirtschaftlichen und unternehmerischen Betätigung angepaßte angemessene Eigenkapitalausstattung gewährleistet das Gesetz jedoch nicht.<sup>324</sup>

Das Problem der materiellen Unterkapitalisierung ist die Frage, ob und wenn unter welchen Umständen ein ungewöhnliches Mißverhältnis zwischen dem Geschäftsumfang einer Gesellschaft und ihren eigenen Mitteln, also ihrem Eigenkapital, vorliegt, und ob dies einen 'Durchgriff' auslösen kann. In der Lehre wird die Frage der angemessenen Kapitalausstattung bei Kapitalgesellschaften ausgiebig erörtert.<sup>325</sup> Die Gerichte haben dagegen kaum etwas zur Frage des Tatbestandes der Unterkapitalisierung beigetragen.<sup>326</sup> In einem als Leitentscheidung angelegten Urteil<sup>327</sup> wurde eine Durchgriffshaftung abgelehnt, allein die Ausführungen des Urteils zur Diskussion um die Frage der Unterkapitalisierung zeigen jedoch die Vielfältigkeit der Durchgriffshaftung gerade in der Frage der Unterkapitalisierung deutlich.

---

<sup>322</sup> So der Bundesgerichtshof in BGHZ 31, 258 (Luft-Taxi, 1959), S. 268. Trotz der Entscheidungen und obiter dicta zum Durchgriff hat sich eine einheitliche dogmatische Linie zum Durchgriff bei Unterkapitalisierung zumindest bisher noch nicht herausgebildet, vgl. etwa Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 43 mit Rechtsprechungsübersicht, aaO. Rn. 44-48, vgl. hierzu auch die Rechtsprechungsübersicht bei Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 85ff..

<sup>323</sup> Vgl. etwa §§ 7 AktG und 5 GmbHG.

<sup>324</sup> Vgl. hierzu oben unter B und aus der Literatur etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 205; Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 3, 10 und 50.

<sup>325</sup> Vgl. zum Meinungsstand zur Haftung wegen Unterkapitalisierung statt aller den Überblick bei Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 35ff, der überzeugend die Durchgriffshaftung bei qualifizierter materieller Unterkapitalisierung vertritt. Dies ist wohl die überwiegende Meinung, vgl. hierzu und zu der ebenfalls verbreiteten Meinung der Ablehnung jeden Haftungsdurchgriffes bei materieller Unterkapitalisierung die Nachweise bei Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 83a/82a sowie in Anm. 83 die Nachweise derjenigen Autoren, die bereits bei einfacher materieller Unterkapitalisierung die Durchgriffshaftung ermöglichen wollen. Die Diskussion wird hier nicht aufgegriffen. Besonders erwähnt sei jedoch der Vorschlag von Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 206, der den § 13 Abs. 2 GmbHG durch einen Zusatz nachbessern möchte, wonach die Haftungsbeschränkung nur Geltung haben soll, *"wenn für eine den übernommenen wirtschaftlichen Risiken entsprechend angemessene Kapitalausstattung gesorgt worden ist."* Auf den materiellen Gehalt dieser Aussage soll hier nicht eingegangen werden, interessant ist für den in dieser Arbeit verfolgten Ansatz der Frage nach der Ausformung des Haftungsprivilegs aber die von Lehmann vorgeschlagene Konditionierung des Haftungsprivilegs im Gesetzestext.

<sup>326</sup> So explizit Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 607.

<sup>327</sup> BGHZ 68, 312 (Fertighaus, 1977) und hierzu etwa K. Schmidt, NJW 1977, S. 1451 und im Anschluß an BGHZ 95, 330 (Autokran) die Entscheidung noch einmal aufgreifend ders., Haftungsdurchgriff (1985), S. 2074 m.w.N.. Andere Urteile, die die Durchgriffsfrage bei Unterkapitalisierung berühren, sind die Entscheidungen des BGH in BGHZ 55, 224; BGH WM 79, 229; NJW 81, 2810 oder BGHZ 90, 381, 388f. (BuM, 1984).

In der Literatur wird weitgehend anerkannt, daß die Gesellschafter bei völlig unzureichender Kapitalausstattung einer GmbH haften.<sup>328</sup> In den eindeutigen und krassen Fällen, in denen die Kapitalausstattung in offenkundigem Mißverhältnis zum erforderlichen Eigenkapital steht - diese sind als 'qualifizierte Unterkapitalisierung'<sup>329</sup> bezeichnet worden - wird deshalb ein Durchgriff auf die Gesellschafter bejaht.<sup>330</sup> Denn es wäre keineswegs mit der Rechtsordnung zu vereinbaren, wenn jede Art der Gläubigergefährdung erlaubt wäre.<sup>331</sup> Solche Schranken ergeben sich nach hier vertretener Auffassung aus dem Normzweck<sup>332</sup> der gesetzlichen Haftungsordnung, und die Gerichte müssen - wie dies denn auch geschieht<sup>333</sup> - diese Normzweckwahrung als zentrales Kriterium beachten. Diese Betrachtung entspricht ebenso dem Übergang von einer stärker formalen zu einer wertenden Betrachtung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.<sup>334</sup> Ein Teil der Literatur verlangt dabei Mißbrauch der Haftungsbeschränkung und stellt somit auf subjektive Kriterien ab.<sup>335</sup> Die Anhänger einer objektiven Mißbrauchslehre argumentieren normativ-objektiv so, daß sich die Haftung allein aus einer objektiven Unangemessenheit von tatsächlich vorhandenem und erforderlichem Eigenkapital ergibt. Ohne daß auf diesen Ansatz hier vertiefend einzugehen wäre, ist im Theorienstreit der

---

<sup>328</sup> Vgl. etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (14. Aufl., 1995) § 13 Rn. 12. m.w.N. auch der unterschiedlichen theoretischen Ansätze einer Begründung der Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung; gegen die rechtlich wirksame legale Risikoverteilung gerade im verbundenen Unternehmen bei unzureichender Kapitalausstattung einer Gesellschaft etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 250; Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975) S. 19 m.w.N. meint, die Kapitalgesellschaft müsse mit einem dem damit zu erreichenden Zweck angemessenen Kapital ausgestattet sein, hält die Frage aber selbst für sehr umstritten. Auf die interessante Diskussion ist hier nicht näher einzugehen.

<sup>329</sup> So der von Hachenburg/Ulmer (1992) Anh. § 30 Rn. 55ff. herausgearbeitete Tatbestand einer eindeutigen und für Insider klar erkennbar unzureichenden Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft, die einen Mißerfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten läßt.

<sup>330</sup> So etwa Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 336.

<sup>331</sup> Dafür daß es eine Schranke der Gläubigergefährdung unterhalb der Sittenwidrigkeit des § 826 BGB gibt ebenso Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 11. Rechtsvergleichend sei als Exkurs auf Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), S. 165 hingewiesen, der betont, daß etwa im englischen Recht die Frage nach einer adäquaten Kapitalausstattung allein der Risikosphäre der Gläubiger zugewiesen sei.

<sup>332</sup> Zwar ist der Normzwecklehre bei der Frage der Unterkapitalisierung bisher (noch) nicht der entscheidende Durchbruch gelungen, sie ist jedoch unter den Anhängern einer Haftung wegen Unterkapitalisierung am stärksten verbreitet, vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 38 und bereits 37, der (aaO. Rn. 51f. m.w.N.) für die Normzwecklehre eintritt. Vgl. für die normativ-objektive Betrachtung ebenso Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000) § 13 Rn. 12 m.w.N., vgl. auch die dort angeführte Rechtsprechung (aaO. Rn. 14)

<sup>333</sup> Vgl. zu den Äußerungen des BGH oben unter B.IV.2.c.

<sup>334</sup> Vgl. so etwa Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 11 oder dens. Richterrechtlichen Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S. 36ff. Vgl. hierzu insbesondere die Darstellung unten im zweiten Teil unter A.II. sowie D.II.2.b.

<sup>335</sup> Vgl. zur subjektiven Mißbrauchstheorie die Ausführungen im ersten Teil unter B.IV.2.a.

Normzwecklehre eindeutig der Vorzug zu geben,<sup>336</sup> wobei insgesamt in der Rechtsprechung keine einheitliche Linie zur Frage der Haftung bei Unterkapitalisierung feststellbar scheint.<sup>337</sup> Wie bei allen Durchgriffsbetrachtungen kommt es nach hier vertretener Ansicht stets auf den Einzelfall an.<sup>338</sup>

Eine Anmerkung zur Frage der Unterkapitalisierung drängt sich in Anbetracht der in dieser Arbeit behandelten Ausformung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen auf;<sup>339</sup> diese berührt jedoch nicht den Bereich der materiellen sondern die nominelle Unterkapitalisierung<sup>340</sup>, den greifbarsten Bereich der Unterkapitalisierungsfälle.<sup>341</sup> Seit der GmbH-Novelle 1980 befinden sich mit den §§ 32 a,b Regelungen im Gesetz, die eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen regeln.

Die Problematik der Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen ist einerseits nicht mit den Durchgriffsfällen wegen Unterkapitalisierung zu vermengen,<sup>342</sup> systematisch

---

<sup>336</sup> Vgl. statt aller hierzu Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1992), Anh. § 30 Rn. 51f.; vgl. hierzu auch die Ausführungen oben unter B.IV.2.b.: Die Normzweckbetrachtung bezieht sich auf die Überschreitung der Grenzen der Privatautonomie bei der Kapitalausstattung der GmbH und greift daher nach der von Ulmer, aaO., vertretenen Auffassung nur in den Fällen eindeutiger, qualifizierter Unterkapitalisierung.

<sup>337</sup> Von einer schwankenden Rechtsprechung, die eine Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung bisher verneint, sprechen so Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000) § 13 Rn. 14.

<sup>338</sup> Wie hier etwa Rowedder-Rowedder, GmbHG (1990) § 13 Rn. 22, 24 m.w.N. Daß der Bundesgerichtshof systematischen Betrachtungen zur Durchgriffshaftung aus dem Weg geht, wird zum Beispiel in der als Leitentscheidung angelegten Entscheidung in BGHZ 68, S. 312, 316 (Fertighaus, 1977) deutlich, wo keine Antwort auf die Frage gegeben wird, *ob die Vielfalt der in Frage kommenden Sachverhalte überhaupt erlaubt, allgemeine Regeln aufzustellen, unter welchen Voraussetzungen die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person zu versagen ist* (zweifelnd BGH Urteil vom 4. Juli 1961, WM 1961, 1104): Der BGH ließ es im Streitfall hierauf beruhen.

<sup>339</sup> Daß die Unterkapitalisierungsproblematik gerade bei verbundenen Unternehmen eine besondere sein kann, zeigt etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 250, der die legale Risikoverteilung im polykorporativen Unternehmen und damit das Privileg der beschränkten Haftung im Unternehmensverbund davon abhängig machen will, daß eine abhängige Gesellschaft nicht mit einem offenbar unzureichenden Kapital ausgestattet ist. Bemerkenswert ist insofern das etwa von Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 187 festgestellte fast regelmäßige Zusammentreffen von Problemsachverhalten materieller Unterkapitalisierung mit Konzernsachverhalten.

<sup>340</sup> Vgl. hierzu etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 206 oder zu den unterschiedlichen Arten der Unterkapitalisierung Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 20ff. Zur Bedeutung der kapitalersetzenden Darlehen für die Frage des Haftungsprivilegs Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 69f.

<sup>341</sup> So etwa Raiser, Kapitalgesellschaftsrecht (1992), S. 336.

<sup>342</sup> Dies drückt treffend aus Flume, Die juristische Person (1985), S. 84. Es besteht jedoch eine Haftungsparallelität im Konzernverhältnis, vgl. hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 85. Bei den kapitalersetzenden Darlehen ging es nach Auffassung einiger eben nicht um eine Durchgriffshaftung, vgl. statt aller K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 200 ff., insbes. S. 206 m.w.N: Die §§ 32a,b GmbHG regeln bei eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen im Zusammenspiel mit § 32 a KO und § 3b AnfG sowie der das Gesetz zu einem zweistufigen Schutzsystem ergänzenden Rechtsprechung die Frage einer *Umqualifizierung* von Fremdkapital; vgl. beispielsweise Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000), §§ 32a/b Rn.2ff.

ergibt sich andererseits jedoch folgende Betrachtung: Mit diesen Regeln gelang es materiellrechtlich gesehen auf der Rechtsprechung aufbauend, die meisten Fälle der Unterkapitalisierung<sup>343</sup> zu regeln. Rechtssystematisch betrachtet wurde eine begrenzte Haftung<sup>344</sup> über das Eigenkapital hinaus gesetzlich für gewisse Fälle geregelt, ansonsten wäre diese besondere Haftung über andere Rechtsvorschriften ein Teil der Rechtsordnung.<sup>345</sup> Für den Kontext dieser Arbeit bleibt festzuhalten, daß eine bestimmte Haftungsfrage der Unterkapitalisierungsproblematik durch eine gezielte Einzelregelung gesetzlich geregelt wurde, während andere Unterkapitalisierungsaspekte weiterhin nicht geregelt sind.

## **2. Vermögensvermischung**

Zur Haftung trotz Haftungsbeschränkung kann es ferner kommen, wenn die Gesellschafter Gesellschafts- und Privatvermögen nicht ausreichend voneinander getrennt halten, die rechtliche Trennung zwischen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern also im Vermögensbereich nicht ausreichend durchgehalten wird.<sup>346</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kommt eine Haftung der Gesellschafter in Betracht, wenn die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist; *"denn dann können die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ist, nicht*

---

<sup>343</sup> Vgl. so etwa Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 336.

<sup>344</sup> Mit der Rechtsfolge des Rangrücktritts gegenüber Drittgläubigerforderungen im Konkurs, vgl. nur Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991), Anh. 30 Rn. 23.

<sup>345</sup> Hier kann nicht auf §§ 32a/b GmbHG eingegangen werden, vgl. statt aller etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000), §§ 32 a/b Rn. 1ff. Hier sollte nur hervorgehoben werden, daß es im Gesetz eine Regelung der Verantwortlichkeit gibt, die als Bestandteil der GmbH-Novelle 1980, welche u.a. das Hauptziel der Verstärkung des Gläubigerschutzes hatte, ins Gesetz aufgenommen wurde. Bemerkenswert ist die im Zuge der GmbH-Novelle 1980 deutlich gewordene Wertvorstellung des Gesetzgebers, daß dem Gläubigerschutz auch in den nicht in die Reform einbezogenen Teilen des GmbH-Rechts verstärkte Beachtung zukommen soll, hierzu etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 399, 403 m.w.N. Vgl. zur Ähnlichkeit der hier behandelten Problematik und der Frage nach angemessener Kapitalausstattung bzw. einer Haftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung auch Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 29ff.

<sup>346</sup> Vgl. zur Problematik Haftung bei Vermögensvermischung etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 398ff.; Lutter, Haftung der Unternehmensgruppe (1982), S. 251; Rowedder-Rowedder, GmbHG (1990) § 13 Rn. 23, 28; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 224 behandelt diese Fälle unter der Überschrift Sphärenvermischung; vgl. auch Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 606, 615; Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 61ff. auch mit anschaulichen Fallbeispielen zum US-amerikanischen Recht; Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 80-95; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 332f.; Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 88, 92; K. Schmidt, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH (1994), S. 838ff.

*funktionieren*".<sup>347</sup> Gerade bei diesen Fällen wird besonders deutlich, daß es bei Durchgriffsbetrachtungen also um eine Durchgriffshaftung aufgrund der stattgefundenen Mißachtung des Trennungsprinzips geht.<sup>348</sup>

Zu einer Haftung aufgrund von Vermögensvermischung, bzw. Vermögensvermengung, kommt es nicht, wenn Vermögensbewegungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern stattgefunden haben, diese aber ordnungsgemäß verbucht wurden.<sup>349</sup> Das entscheidende Moment für die Haftung aufgrund von Vermögensvermischung ist eben die Verschleierung der Vermögensabgrenzung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern.<sup>350</sup> Nur wenn eine eindeutige Vermögensabgrenzung - durch falsche oder unzureichende Buchführung<sup>351</sup> - nicht vorhanden ist, eine Kontrolle der Buchführung also nicht mehr möglich ist<sup>352</sup>, kommt es zum Durchgriff aufgrund von Vermögensvermischung. Denn *"die deutliche, aus den Büchern zu belegende Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen gehört zu den unverzichtbaren Voraussetzungen für die beschränkte Haftung [...]; die zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger erlassenen Kapitalerhaltungsvorschriften beruhen geradezu darauf, daß ein selbständiges*

---

<sup>347</sup> Vgl. so etwa BGHZ 125, 366, 368 (1994).

<sup>348</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000), § 13 Rn. 15 und zum Trennungsprinzip oben unter B.III.1. Der für gesellschaftsrechtliche Fragen zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat denn auch als einzigen möglichen Anwendungsbereich eines Haftungsdurchgriffes auf die Gesellschafter die Haftung wegen Vermögensvermischung bezeichnet, und stellt hierbei hohe Anforderungen an das Vorliegen einer Vermögensvermischung, vgl. hierzu nur BGHZ 95, 330 ff. (Autokran, 1985) und beispielsweise Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S. 10 m.w.N.

<sup>349</sup> So die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, abgedruckt in ZIP 1985, S. 31. Hier sei angemerkt, daß in der Literatur, etwa von Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 172, bestritten wird, daß es den Durchgriffstatbestand einer Vermögensvermischung überhaupt geben kann. Stattdessen wird argumentiert, daß es sich dabei stets um eine Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten handle.

<sup>350</sup> So Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 615; Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000) § 13 Rn. 11. Es finden sich jedoch auch andere Ansichten darüber, was die Haftung rechtfertigt. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 333 rechtfertigt so auch die Haftung bei Vermögensvermischung aus dem Gedanken des *venire contra factum proprium*. Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 76, 81 schließt sich diesen auf einen Vertrauensstatbestand aufbauenden Betrachtungen an und meint; der Durchgriff sei hier lediglich Metapher. Drüke spricht selbst, aaO. S. 71 überaus anschaulich von einer gegenständlichen Haftungserweiterung, und sieht konsequenterweise die Haftung wegen Vermögensvermischung nicht als Durchgriffshaftung im Sinne eines Mißbrauchs der juristischen Person an, sondern vielmehr als Folge zivilrechtlicher Haftungsinstitute. Vgl. darstellend zu Tatbestandsvoraussetzungen und dogmatischer Begründung Drüke, aaO. S. 73.

<sup>351</sup> Hierzu näher BGHZ 125, 366, 368 (1994) und K. Schmidt, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH (1994), S. 839. Der Bundesgerichtshof meint dazu, es sei nicht zu leugnen, daß die jedenfalls von der geschichtlichen Entstehung her in erster Linie der Selbstinformation des Unternehmers dienende öffentlich-rechtliche Pflicht zur Buchführung und Bilanzierung mittelbar auch gläubigerschützende Funktion hat, so etwa BGHZ 125, 366, 377f.

<sup>352</sup> Vgl. Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 607.

*Gesellschaftsvermögen gebildet und seinem Umfange nach vom Eigenvermögen der Gesellschafter abgegrenzt feststellbar bleibt.*<sup>353</sup>

Der Haftung aufgrund von Vermögensvermischung liegt der Gedanke zugrunde, daß derjenige, der die Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaft für sich in Anspruch nimmt, auch die Vermögensstrennung als deren *Voraussetzung* beachten muß.<sup>354</sup> Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt bei diesen Fällen dazu das Tatbestandsmerkmal, ob der betreffende Gesellschafter aufgrund seines Einflusses in der Gesellschaft für den Tatbestand der Vermögensvermischung verantwortlich ist.<sup>355</sup>

### **3. Sphärenvermischung**<sup>356</sup>

Ähnlich der Vermögensvermischung, und von Teilen der Literatur auch nicht von dieser getrennt betrachtet,<sup>357</sup> werden als Fälle einer Durchgriffshaftung auch jene Konstellationen angesehen, in denen die rechtliche Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern nach außen hin überspielt wird, z.B. durch eine ähnliche Firma, gleichen Sitz und Geschäftsräume, gleiches Personal, Nichteinhaltung gesellschaftsrechtlicher

---

<sup>353</sup> So etwa aus der Rechtsprechung die Entscheidung des BGH in BB 1985, 77 mit Anm. Bauschke, der in seiner Anmerkung von Ratlosigkeit, der 'uferlosen Durchgriffsliteratur' und Ungewichtigkeit zwischen dem literarischen Aufwand und der dürftigen Zahl von Entscheidungen' spricht. Es sei hier noch einmal betont, daß in dieser Arbeit nicht - wie in unzähligen anderen Arbeiten - versucht wird, die Durchgriffsbetrachtungen dogmatisch in ein vielleicht gar nicht vorhandenes Muster einzuordnen. Es geht hier lediglich darum, die empirisch feststellbare Haftung trotz Haftungsbeschränkung darzulegen und diese Feststellung systematisch für die Ausgestaltung der Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen nutzbar zu machen.

<sup>354</sup> Die besondere Bedeutung dieser *"Voraussetzungen für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen"* wird dabei vom Bundesgerichtshof ständig wiederholt, vgl. etwa BGHZ 125, 366, 368 (1994).

<sup>355</sup> Vgl. BGHZ 125, 266, 368 (ZIP 1994, 867, 868); hierzu zweifelnd K. Schmidt, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH (1994), S. 839f. Daß der Bundesgerichtshof sich dabei der Nähe zur in dieser Arbeit behandelten Haftungsproblematik bewußt ist, zeigt die im Anschluß angestellte Betrachtung, daß solche Einflußmöglichkeiten in der Regel nur solche Gesellschafter verfügen, die auf die Gesellschaft einen beherrschenden Einfluß ausüben können, vgl. aaO. S. 369, u.a. mit Hinweis auf BGHZ 122, 123 (TBB, 1993).

<sup>356</sup> Vgl. zur Problematik der Haftung bei Sphärenvermischung die oben erwähnte Literatur und insbesondere etwa Lutter, Haftung der Unternehmensgruppe (1982), S. 251; Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 19; ders. Gesellschaftsrecht (1980), S. 224; Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 6; K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2075f.; ders. Gesellschaftsrecht (1991), S. 201ff.; Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989) Anh. § 13 Rn. 49ff.; Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 22 m.w.N.; Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 88a.

<sup>357</sup> Vgl. etwa Nirk, Rechtsfolgenseite der Durchgriffshaftung (1985), S. 453; K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2075; Driike, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 61ff. m.w.N. S. 83. Letztlich will Driike, aaO. S. 83, im Anschluß an Canaris die Fälle der Sphärenvermischung als Vertrauenshaftung kraft Rechtsscheins einordnen, und damit die Haftung in den Fällen der Sphärenvermischung zu einer Vertrauenshaftung kraft Rechtsscheins machen. Auch Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 88a will für diese Fälle auf den bürgerlich-rechtlichen Haftungsansatz zurückgreifen, vgl. hierzu die Darstellung oben unter C.I.1 bis 3. Die Unterscheidung wird an dieser Stelle der systematischen Vollständigkeit halber durchgeführt

Formalitäten, bei nicht eindeutig zuzuordnenden Willenserklärungen etc. Grundsätzlich kann es zu einer Durchgriffshaftung aufgrund von Sphärenvermischung kommen, wenn im organisatorischen Bereich die Sphären von Gesellschaftern und Gesellschaft nicht mehr zu unterscheiden sind,<sup>358</sup> eine gegenständliche Fixierung also nicht mehr möglich ist.<sup>359</sup>

Teilweise wird diese Sphärenvermischung dogmatisch und strukturell vom allgemeinen Rechtsformmißbrauch getrennt.<sup>360</sup> Dies gilt ebenso für die Fälle der Vermögensvermischung. Auf diese dogmatische Unterscheidung ist hier nicht näher einzugehen. Systematisch bleibt jedoch festzuhalten, daß es sich nach dem Vorgegangenen um eine Haftung *trotz* Haftungsbeschränkung aufgrund der Mißachtung des der Haftungsbeschränkung zugrundeliegenden Trennungsgebots handelt.

Gerade dieses Gebot der Sphärentrennung ist eng mit der Problematik bei abhängigen Gesellschaften verwandt - da eine Sphärenvermischung durch bei Abhängigkeiten leichter auftretenden Gemengelagen begünstigt wird - einfach weil die im unabhängigen Geschäftsverkehr gegebene Grundlage der jeweiligen Interessenwahrung hier fehlt.<sup>361</sup>

#### **4. Fremdsteuerung**<sup>362</sup>

Es wird ganz allgemein diskutiert, ob beherrschende Einflußnahme auf eine Kapitalgesellschaft zum Durchgriff führt. Auch wird vertreten, letztlich könnten alle Durchgriffsbetrachtungen in dem *"Sammelbecken des Ausschlusses eines Rechtsformenmißbrauchs zusammengeführt werden, der dem Zweck dient, eine Verhaltenshaftung des wirtschaftlich Herrschenden"* wiederaufleben zu lassen.<sup>363</sup>

Dem wird wie oben dargelegt hier nicht gefolgt, denn letztlich handelt es sich dabei um den gedanklichen Ansatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung, der sich als

---

<sup>358</sup> Vgl. etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000), § 13 Rn. 16.

<sup>359</sup> Vgl. so Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2076.

<sup>360</sup> Etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1990), S. 23.

<sup>361</sup> Illustrativ zu diesem Gedanken der Nähe der Vermischung von Gesellschaftsphären und der Abhängigkeit sei das in der US-amerikanischen Entscheidung *Bulova Watch Co., Ins. v. K. Hattori & Co. Ltd.*, 508 Federal Supplement 1322, 1341 (1981) verwandte Bild hingewiesen, wo es heißt: *"H. and its American subsidiaries do maintain some independence - about as much as the egg and vegetable in a western omelette. Just as, from a culinary point of view, we focus on the ultimate omelette and not on its ingredients"* ist im Einzelfall eben nicht nur auf die einzelne Gesellschaft zu achten. Gleichzeitig ist andererseits davor zu warnen, nicht auf Einheitsgedanken zu verfallen und leichtfertig über die rechtliche Eigenständigkeit der Person hinwegzugehen.

<sup>362</sup> Vgl. etwa Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 20 oder etwa Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 7; zur Nähe dieses Moments zur hier behandelten Problematik etwa Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 277 und statt aller etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1990) S. 23f. mit großem Literaturnachweis.

<sup>363</sup> So unter Berufung auf Flume etwa M. Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 357.

Rechtsgrundsatz aber eben *nicht* im Recht der Kapitalgesellschaften findet.<sup>364</sup> Es besteht denn auch Einigkeit darüber, daß die Beherrschung allein für eine Durchgriffshaftung nicht genügt,<sup>365</sup> es muß noch ein zusätzliches Kriterium hinzukommen.<sup>366</sup>

Dies wird besonders deutlich, wenn man sich bewußt macht, daß aus dem Umstand der Beherrschung bei der autonomen Kapitalgesellschaft schon deshalb keine Haftung resultieren kann, weil dies das Institut der beschränkten Haftung ganz generell in Frage stellen würde. Denn irgendwie werden letztlich doch immer die Geschicke der Gesellschaft bestimmt, und das Gesellschaftsrecht kennt gerade keinen allgemeinen Ordnungsgrundsatz,<sup>367</sup> wonach jede fremdbezogene Machtausübung pflichtbezogen sei und woraus sich eine Haftung aufgrund von Fremdsteuerung ergeben könnte.<sup>368</sup>

Das besondere Haftungskriterium bei der Beherrschung einer abhängigen Kapitalgesellschaft muß - entsprechend der in den §§ 15ff. und §§ 291ff. AktG zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Wertungen - deshalb sein, ob der herrschende Gesellschafter nur in der abhängigen Gesellschaft oder noch in einem anderen Unternehmen seine Interessen verfolgt.<sup>369</sup> Die Nähe dieses Ansatzes einer Durchgriffshaftung zur Problematik der verbundenen Unternehmen und insbesondere zum in dieser Arbeit angelegten Blickwinkel der Bedeutung der unterschiedlichen in der Gesellschaft gebündelten Interessen der Gesellschaft wird deutlich, wenn man in der Literatur liest, daß *"besonders intensive Formen der Beherrschung der juristischen Person eine*

<sup>364</sup> Vgl. dazu unten im dritten Teil unter A.IV.2; vgl. auch Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1990), S. 24, insbesondere Fn. 61 m.w.N.

<sup>365</sup> *"Allein deshalb, weil jemand eine juristische Person beherrscht, kann nicht auf seine Haftung durchgegriffen werden, denn die Beherrschung an sich gefährdet noch nicht die Interessen der Gläubiger"*, BGHZ 68, 312, 320 (Fertighaus, 1977). Vgl. auch Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 340; Strohn, Verfassung der AktG (1977), S. 172; Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 11 m.w.N.

<sup>366</sup> Eine Extremposition vertritt etwa K. Müller, Haftung der Muttergesellschaft (1977), S. 26, der etwa folgendes meint: *"Da durch die Konzernverbindung die Konzerntochter institutionell zum Instrument der Interessen der Konzernmutter wird, ergibt sich demnach die sachliche Notwendigkeit, daß das Vermögen der Konzernmutter als Haftungssubstanz für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft zur Verfügung steht."* Eine solche Auffassung ist mit dem geltenden Recht jedoch nicht zu vereinbaren, und wird denn auch allgemein zu Recht abgelehnt, vgl. statt aller kritisch hierzu etwa Paschke, Durchgriffsproblematik (1988), S. 199.

<sup>367</sup> Vgl. zum im Kapitalgesellschaftsrecht nicht geltenden Grundsatz von Herrschaft und Haftung im dritten Teil unter A.IV.2.

<sup>368</sup> Vgl. hierzu und zur Bedeutung dieses Ansatzes, auf den hier nicht weiter einzugehen ist, etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 47. Warum dieser Ansatz gerade rechtsvergleichend diskutiert wird, illustriert insgesamt die Arbeit von Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), passim und etwa in der Zusammenfassung S. 329, wo es heißt: *"Der Begriff der Fremdsteuerung skizziert aus der Sicht der Gesellschaft im Grundsatz [...] die rechtliche Trennlinie zwischen erlaubter und schadensersatzpflichtiger organschaftlicher Willensbildung sowie zwischen erlaubter und schadensersatzpflichtiger Einflußnahme hierauf von außen. Fremdsteuerung begründet Haftung und begrenzt sie."*

<sup>369</sup> Vgl. anschaulich so Drüke, Haftung (1990), S. 89 sowie die Darstellung unten im dritten Teil unter C.II.1.b.



*entsprechende Verantwortung und damit auch eine Zusatzhaftung nach sich ziehen müsse, weil dadurch die selbständige Interesseneinheit der juristischen Person zerstört wird."*<sup>370</sup> Im geltenden Recht gilt jedoch, daß allein deshalb, weil jemand eine Kapitalgesellschaft beherrscht, nicht auf seine Haftung durchgegriffen werden kann, *"denn die Beherrschung an sich gefährdet noch nicht die Interessen der Gläubiger"*.<sup>371</sup>

Die Erteilung von Weisungen an sich führt nach dem Gesagten im geltendem deutschen Recht zu keiner Haftung<sup>372</sup> - wenn es sich denn nicht eben um eine für verbundene Unternehmen spezifische Haftung handelt.<sup>373</sup>

### **5. Institutionsmißbrauch**<sup>374</sup>

Als weiterer Tatbestand des Haftungsdurchgriffs wird neben diesen speziellen Erscheinungsformen des Durchgriffs von Teilen der Literatur noch die allgemeine Rechtsfigur des Institutsmißbrauchs angeführt. Ein solcher soll dann und nur dann vorliegen, falls das Privileg der beschränkten Haftung, ohne daß einer der oben dargelegten Durchgriffstatbestände vorliegt, bewußt zur Gläubigerbenachteiligung verwendet wird.<sup>375</sup>

Beim Institutionsmißbrauch werden die Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts formal korrekt ausgeübt; mit dieser Verwendung werden jedoch rechtswidrige Ziele verfolgt oder andere Personen geschädigt. Somit handelt es sich um eine zweck- und funktionswidrige Verwendung des Haftungsprivilegs - oder bildlich gesprochen: *"Der Buchstabe des Gesetzes wird erfüllt, der Geist der Rechtsordnung aber verletzt."*<sup>376</sup>

---

<sup>370</sup> So Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 20.

<sup>371</sup> Vgl. so ausdrücklich etwa BGHZ 68, 312, 320 (Fertighaus, 1977).

<sup>372</sup> Vgl. etwa BHZ 31, 259, 278 (1959). Unter Verweisung auf fünf weitere Entscheidungen des BGH meint Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980) konstatieren zu könne, die Rechtsprechung habe eine Ausfallhaftung wegen Beherrschung überwiegend abgelehnt. Ebenso im Ergebnis K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 203f.

<sup>373</sup> Vgl. so etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000), § 13 Rn. 18 und insgesamt die Ausführungen unten im dritten Teil.

<sup>374</sup> Vgl. zum Institutionsmißbrauch etwa Rehbinder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 583; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 227; Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 7; Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 252f.; Nirk, Rechtsfolge der Durchgriffshaftung (1985), S. 453; Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989) Anh. § 13 Rn. 17; Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 21 m.w.N.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (1992), S. 333f.; Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 91; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 200 meint dagegen, der Institutsmißbrauch passe nicht als dogmatisches Durchgriffskonzept in den Katalog der Durchgriffstatbestände.

<sup>375</sup> So etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2000) § 13 Rn. 17.

<sup>376</sup> So Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 20 und ders., Gesellschaftsrecht I (1980), S. 227f., der im folgenden zwischen institutionellem und individuellem Rechtsmißbrauch sondert. Rehbinder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 597 will dem Rechtsmißbrauchprinzip lediglich eine lückenfüllende Funktion zusprechen. Dies entspricht seinem - richtigen - Ansatz, jeweils vor dem Rückgriff auf Durchgriffsbetrachtungen jeweils zu prüfen, ob

Es kommt in diesen Fällen zum Durchgriff aufgrund des *Doppelspiels*<sup>377</sup> der hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Gesellschafter, weil die Betonung der rechtlichen Verschiedenheit der beiden juristischen Personen rechtsmißbräuchlich ist und daher bei der rechtlichen Beurteilung unberücksichtigt zu bleiben hat.<sup>378</sup>

Ein solcher zum Durchgriff führender Institutsmißbrauch liegt etwa vor, wenn die geschäftlichen Chancen zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern so aufgeteilt sein sollten, daß die Kapitalgesellschaft zwar alle Risiken trägt, die sämtlichen Gewinne aber bei den Gesellschaftern anfallen.<sup>379</sup> Es sei daran erinnert, daß die Trennung der Risiken an sich kein solcher Mißbrauch ist.<sup>380</sup>

## **6. Bedeutung der allgemeinen Durchgriffshaftung für diese Arbeit**

Es ist nicht das Ziel dieser Arbeit die verschiedenen systematischen Ansätze der Durchgriffshaftung gegenüberstellen, zu analysieren oder die zahlreichen rechtssystematischen Aspekte des Problems der Durchgriffshaftung in Angriff zu nehmen.<sup>381</sup> Hier sollte lediglich aufgezeigt werden, daß es in der Rechtsprechung zahlreiche Fälle gegeben hat, in denen es zu einer Haftung für die Verpflichtungen einer

eine haftungsbegründete "Zurechnung ohne Durchbrechung des Trennungsprinzips auf der Grundlage genereller "bürgerlichrechtlicher" - hier allgemein zivilrechtlicher - Interessenbewertung möglich ist." Die Nähe dieses Ansatzes zu den oben unter B.III.2.b. und B.IV.2.c. angestellten Normzweckbetrachtungen ist offenbar.

<sup>377</sup> So etwa in Anlehnung an Wiedemann das OLG Karlsruhe in der Entscheidung vom 7.4.1989, abgedruckt in GmbHR 1990, 303. Dies Doppelspiel besteht, in den hier dargelegten Gedankenbahnen ausgedrückt, darin, daß der Handelnde ein anderes Interesse verfolgt, als von der Rechtsordnung im Rahmen des Rechtsinstituts berücksichtigt werden darf.

<sup>378</sup> So das OLG Karlsruhe in der Entscheidung vom 7.4.1989, abgedruckt in GmbHR 1990, 303.

<sup>379</sup> Vgl. etwa die Entscheidung des BGH in WM 79, 229: die Gesellschafter hatten das außerordentlich hohe Risiko der Gesellschaft auferlegt, die - nicht geringen - Gewinnchancen aber sich vorbehalten. Somit bestand eine begründete Gefährdung der Gesellschaft. Eine solche Gestaltung der Rechtsverhältnisse ist aber keinesfalls mit den gesunden Anschauungen des Verkehrs zu vereinbaren, wenn die Gesellschafter ihre Gesellschaft - insbesondere hinsichtlich der Haftungsmasse - so ausgestaltet haben, daß die einseitige Verfolgung der Interessen der Gesellschafter gegenüber ihrer Gesellschaft unmittelbar zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger ausschlägt, d.h. eine Gläubigergefährdung begründet. Da zumindest bedingter Vorsatz gegeben war, hafteten die Gesellschafter nach § 826 BGB. Vgl. auch die Entscheidung des BGH in NJW-RR 88, 1181f.: In dieser Entscheidung ließ sich eine Durchgriffshaftung rechtfertigen, weil die Kapitalgesellschaft ausschließlich zu dem Zweck gegründet wurde, Handwerker zu benachteiligen, indem ihnen der Zugriff auf die mit ihren Werkleistungen geschaffenen Vermögenswerte unmöglich gemacht wurde (ebenso wie in der vorherigen Entscheidung ging es hier um ein Bauvorhaben). Diese des eigenen Vorteils wegen gewollte Schädigung der Gläubiger verstieß gegen die guten Sitten, und so kam es auch hier zur Haftung nach § 826 BGB.

<sup>380</sup> Ausdrücklich so Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 252, vgl. auch unten in dritten Teil unter A.III.

<sup>381</sup> Vgl. hierzu die im Vorangegangenen aufgeführte Literatur. Was insbesondere die wirtschaftlichen Betrachtungen zur Durchgriffshaftung, wie etwa die Betrachtung der kostengünstigsten Risikobeherrschung, betrifft, sei verwiesen auf Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 360ff. Für Lehmann dent aus ökonomischer Sicht der Durchgriff im Gesellschaftsrecht zur Internalisierung von negativen externen Effekten in bestimmten Einzelfällen, aaO. S. 362.

Kapitalgesellschaft gekommen ist. Diese Fälle sind hier unter dem Stichwort Durchgriff dargestellt worden. Die Rechtsgrundlage der Haftung bildet dabei jeweils die Verpflichtung der GmbH gegenüber den in der Insolvenz ausfallenden Gläubigern und die Erstreckung der Haftung auf die Gesellschafter.<sup>382</sup>

Für diese Arbeit kommt es einzig darauf an, daß aufgrund einer Betrachtung des Zwecks der Norm<sup>383</sup> das Privileg der beschränkten Haftung in zahlreichen Fällen nicht aufrechterhalten worden ist. Diese Fälle sind dabei so verschiedenartig gelagert, daß sich keine einheitliche Tatbestandsbeschreibung für die allgemeine Durchgriffshaftung finden läßt. Es handelt sich um verschiedene Konstellationen, bei denen es zum Durchgriff durch die Haftungsbeschränkung kommt.<sup>384</sup> Nach hier vertretener Auffassung muß das Recht aufgrund dieser zahlreichen möglichen Konstellationen eine Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles gewährleisten.<sup>385</sup> Wie es treffend und prägnant ausgedrückt worden ist: "*Durchgriffstatbestände beruhen auf Wertungen*".<sup>386</sup> Die spezifischen Lösungen sind dabei jeweils anhand des Normzwecks<sup>387</sup> und den dem Rechtsgebiet zugrundeliegenden Wertungsgrundsätzen<sup>388</sup> zu entwickeln.<sup>389</sup>

Das Schlagwort 'Durchgriff' ist letztlich nicht anderes als eine bildliche Umschreibung<sup>390</sup> eines Regelungsinstrument, das die gesetzlichen Bindungen auch dort durchzusetzen

---

<sup>382</sup> Vgl. so zur Unterkapitalisierung etwa Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 52a.

<sup>383</sup> Nachweise der herrschenden Normzwecklehre beim Durchgriff oben unter B.IV.2.

<sup>384</sup> Hübner, Durchgriff (1978), S. 703 meint, es sei kein einheitliches Prinzip oder eine alles umfassende Theorie gefunden worden. Daß eine endgültige dogmatische Erfassung der Durchgriffsfälle ganz ausscheidet meint Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 362.

<sup>385</sup> Eben aufgrund dieser ganz auf die konkreten Umstände des Einzelfalles hin zugeschnittenen Problematik der Unterkapitalisierung ist es gegenwärtig (immer-) noch richtig, die Tatbestände der Durchgriffshaftung nicht generell im Gesetz zu regeln, vgl. so bereits Lutter/Hommelhoff, Nachrangiges Haftkapital (1979), S. 62. Vgl. hierzu auch die Aussage Ulmers, wonach der BGH die Rechtsfigur des Durchgriffs als Notlösung nur in denjenigen Fällen verwendet, in denen die *nach Sachlage* gebotene unmittelbare Gesellschafterhaftung sich nicht auf klare gesetzliche oder im Wege der Rechtsfortbildung gewonnene Haftungstatbestände stützen läßt; vgl. Ulmer, Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1581, Fn. 6.

<sup>386</sup> So ausdrücklich Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 273.

<sup>387</sup> Dies ist eben der Kerngedanke der Normzwecklehre.

<sup>388</sup> Die Bedeutung der Wertungsgrundsätze bei Durchgriffsbetrachtungen zeigt sich etwa bei Reh binder, Rechtsprechung zum Durchgriff (1979), S. 592.

<sup>389</sup> Zur Haftung kommt es somit, wenn eine am Normzweck orientierte Nachvollziehung der Wertung diese ergibt, vgl. zum Zusammenhang von Normzweck und Wertung bei Durchgriffsbetrachtungen etwa Schulte, Trennungsprinzip bei juristischen Personen (1979), S. 9. Vgl. auch dessen illustrative Auflistung jener Fälle und Gesetzesnormen, in denen der Normzweck die Negation der Selbständigkeit juristischer Personen verlangt. aaO. S. 10ff.

<sup>390</sup> Bezeichnenderweise heißt es zu der hier behandelten Problemstellung etwa in einer US-amerikanischen Entscheidung zum Durchgriff, *Bulova Watch Co., Ins. v. K. Hattori & Co. Ltd.*, 508 Federal Supplement 1322, 1341 (1981), denn auch gerade zur hier behandelten Problemstellung, daß das "*problem of the relation between parent and subsidiary corporation is one that is still enveloped in the must of metaphor.*" (Vgl. hierzu etwa Vorpeil, Urteilsprache im internationalen Vergleich (1994), S. 1926.)

versucht, wo die Verwirklichung dieser Bindungen durch eine Ausnutzung des gesellschaftlichen Gestaltungsprivilegs gefährdet wird.<sup>391</sup>

Somit konnte festgestellt werden, daß sich die skizzierten 'Durchgriffs'-Fälle letztlich alle systemstimmig in die Rechtsordnung und insbesondere das geltende Kapitalversicherungsrecht einfügen.<sup>392</sup> Dieser in der Rechtsentwicklung eingeschlagene Weg der Normanwendung sollte ohne ein besonderes 'Durchgriffsschema' weiterverfolgt werden,<sup>393</sup> denn für die Fälle der Haftung trotz Haftungsbeschränkung kann keine *Wunder- oder Einheitsformel* gefunden werden.<sup>394</sup> Alle Versuche, einen Generaltatbestand der Durchgriffshaftung zu entwickeln, sind gescheitert<sup>395</sup> - können nur scheitern.

Lediglich das Normanwendungskonzept als Besinnung auf die gesetzgeberischen Wertungen vermag solche Einheitsformeln für den Durchgriff zu vermeiden und damit den unterschiedlichen Wertungshintergründen der Regelungen gerecht zu werden.<sup>396</sup> Denn die

---

<sup>391</sup> Vgl. hierzu Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 351.

<sup>392</sup> Vgl. hierzu und zur Bedeutung dieses Umstands für die Rechtsfolgen etwa Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 616. Insofern ist anzumerken, daß in der konzernhaftungsrechtlichen Diskussion die Auffassung vertreten wird, die Haftung des herrschenden Unternehmens im qualifiziert faktischen Konzern sei als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz zu begreifen; vgl. zu dieser Auffassung von etwa Ulmer, Assmann und Emmerich insbesondere Stimpel, aaO. S. 609 m.w.N.

<sup>393</sup> Vgl. so bereits Schanze, Normanwendung (1982), S. 44.

<sup>394</sup> Dies meint treffend Wiedemann, Juristische Person als Sondervermögen (1975), S. 18. Wenn etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 35 meint, der Haftungsdurchgriff sei weder von der dogmatischen Grundlage noch von den genauen Anspruchsgrundlage geklärt, oder Paschke, Durchgriffsproblematik (1988) meint, es seien *noch* keine systemstiftenden Wertungsgrundlagen für eine Durchgriffslehre entwickelt worden, so ist diesem insoweit zuzustimmen, daß solche systemstiftenden Wertungsgrundlagen fehlen. Solche Wertungsgrundlagen können nach hier vertretener Auffassung auch gar nicht entwickelt werden. Vielmehr sind die allgemeinen Wertungsgrundlagen des Haftungsprivilegs herauszuarbeiten, und auf diesen aufbauend sind dann die Haftungsfrage und im Ausnahmefall eine teleologische Reduktion der Haftungsbeschränkung zu entscheiden. Angemerkt sei, daß auch für die 'Mutter des Durchgriffs' - das amerikanische Recht - vertreten wird, daß sich unter dem Stichwort des Durchgriffs nicht eine einheitliche Durchgriffsinstitution sondern eine Anwendung heterogener Normzusammenhänge verbirgt; vgl. Blumberg, The Law of Corporate Groups. Procedural Problems (1989), S. 460; vgl. hierzu auch Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 492.

<sup>395</sup> Vgl. hierzu auch Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 10, der bemerkenswerterweise ein Kapitel 'Durchgriffshaftung als Generalklausel' überschreibt. Schon darin drückt sich aus, daß die Idee einer generalklauselartigen Regelung der Haftungsfrage bei Verwendung des Haftungsprivilegs sich bereits in der Diskussion findet. Vgl. hierzu auch den an sich für Durchgriffsansatzgedanken argumentierenden Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 206, der meint, es könne nicht erwartet werden, daß mit einer einzigen abschließenden Tatbestandsdefinition alle Aspekte der Durchgriffshaftung erfaßt werden können.

<sup>396</sup> Vgl. so in Bezug auf die Regelungszusammenhänge etwa Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 314f., für den dies besonders bei internationalen Sachverhalten gilt: Gerade beim Durchgriff über die Landesgrenze ist der Normanwendungslehre zu folgen, weil das Haftungsproblem eben nicht durch eine allgemeingültige Formel sondern entsprechend den jeweiligen, für die unterschiedlichen Regelungszusammenhänge maßgeblichen Schutzzwecken zu betrachten ist, vgl. hierzu unter Bezugnahme auf Hübner, Durchgriff (1978), S. 703 etwa Behrens, aaO., S. 315 mit zahlreichen Regelungsbeispielen S. 315-326. Für Behrens ist also statt der Suche

Durchgriffshaftung sollte nur als Restriktion der Trennungsnorm der Haftungsbeschränkung verstanden werden, bei der es zur Ausfüllung des bei einer Normzweckbetrachtung erkannten normleeren Raumes durch eine andere Norm kommt.<sup>397</sup>

Eine allgemeine Durchgriffsmethode, nach der die Behandlung von Durchgriffsproblemen in der Weise erfolgt, daß die rechtliche Selbständigkeit einer Rechtsperson beiseite geschoben wird, damit der Zugriff auf die hinter ihr stehenden Rechtsträger möglich ist, wird denn auch zu Recht zunehmend in Zweifel gezogen.<sup>398</sup> In der Rechtsprechung finden sich nur Einzelfallentscheidungen mit generalklauselhaften Wendungen<sup>399</sup>. Fehlende Generalisierbarkeit aber ist ein Indiz dafür, daß es spezifische Lösungen der Haftungsfrage für die einzelnen Rechtsbereiche gibt.

In dieser Arbeit interessiert der Bereich der verbundenen Unternehmen, und im folgenden soll der spezifische gesetzliche Lösungsansatz der Frage der Haftung trotz Haftungsprivileg im Recht der verbundenen Unternehmen betrachtet werden. Dabei kann der im Vorangegangenen dargelegte Gedanke der Durchgriffshaftung als Funktionssicherung der Kapitalvorschriften weitergedacht werden. Die Gläubigerschutzvorschriften dürfen nicht defunktionalisiert werden.<sup>400</sup> Dies gilt insbesondere bei den mit besonderer Gefahr verbundenen abhängigen Gesellschaften: *"Denn für die Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung im Konzern ist es notwendig, daß die Schutzmechanismen, die als Gegenpol zum Haftungsprivileg gedacht sind, voll funktionsfähig sind. Nur dann liegt eine institutionell zulässige Verwendung des Rechtsinstituts vor."*<sup>401</sup>

---

nach einer Einheitsformel für den 'Durchgriff' das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip an die gesetzlichen Regelungszwecke anzupassen, aaO. S. 350.

<sup>397</sup> So - in Anlehnung an Rehbinder - bereits richtig Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 13. Diesem, aaO. S. 171, entsprechend ist ein Rückgriff auf die Normzwecklehre eine 'durchgriffsfreie' Lösung.

<sup>398</sup> Vgl. etwa Paschke, Durchgriffsproblematik (1988), S. 198.

<sup>399</sup> So richtig Nirk, Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung (1985), S. 456.

<sup>400</sup> Vgl. zur Defunktionalisierung insgesamt etwa Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), passim, und statt aller darstellend zur Defunktionalisierung der Kapitalerhaltungsregeln für die hier behandelte Problemstellung Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 71ff. m.z.w.N., der diesem Ansatz jedoch kritisch gegenübersteht. Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), § 23 II argumentiert für Haftungsregeln, die sich an den Normzwecken gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutzregeln, und dabei insbesondere an den Vorschriften der Kapitalaufbringung und Kapitalsicherung, orientieren. Diesem und den von Stimpel, Innenhaftung des herrschenden Unternehmens (1986), S. 121 dargelegten Gedanken entspricht es, wenn etwa Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 173 feststellt, die Durchgriffsfallgruppen verbinde die Absicht, der Defunktionalisierung und Verfehlung der Garantiekapitalfunktion entgegenzutreten, womit letztlich nichts anderes als der Normzweck der Kapitalerhaltungsregeln gemeint ist.

<sup>401</sup> So bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.278f. Die in dieser Arbeit erarbeitete Regelung ist letztlich daran zu messen, ob dies verwirklicht wird.

Die bei der Abwägung unterschiedlicher gesetzgeberischer Wertungen erforderliche teleologische Reduktion des § 13 Abs. 2 GmbHG bewirkt somit, daß diese Norm nicht mehr für Gesellschafter gilt, soweit sie den Zusammenhang von Haftungskapital und Haftungsbeschränkung unbeachtet gelassen haben.<sup>402</sup> Ebenso können Gläubigerschutz und Haftungsregeln im kodifizierten Recht der verbundenen Unternehmen folglich als konzernspezifische Weiterentwicklung der Kapitalerhaltungsregeln verstanden werden.<sup>403</sup> In dieser Arbeit wird somit die Auffassung vertreten, die besonderen Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen sei eine systemstimmige<sup>404</sup> gesetzliche Durchbrechung des Haftungsprivilegs,<sup>405</sup> soweit dies zur Erhaltung des Normzwecks nötig ist. Denn sowohl bei allgemeinen Durchgriffsbetrachtungen als auch bei der besonderen Verantwortlichkeit im verbundenen Unternehmen ist am Normzweck zu beurteilen, ob und unter welchen Voraussetzungen Risiken aus Geschäften vom eigenen Vermögen durch Einschaltung einer GmbH auf die Gläubiger verlagert werden können.<sup>406</sup> Die gesellschaftsrechtlich bedingte Abhängigkeitslage im Unternehmensverbund schafft für die Durchgriffsproblematik insofern eine veränderte Bewertungsgrundlage, als das abhängige Gesellschaftsunternehmen in dem Maße nicht mehr ausschließlich im eigenen Interesse handelt, in dem es Konzerninteressen untergeordnet ist.<sup>407</sup> Diese Durchbrechung<sup>408</sup> gilt soweit, als dies nötig ist, um die spezifischen Gefahren der Einbindung in ein verbundenes Unternehmen für die Kapitalvorschriften der Gesellschaft zu kompensieren. Gerade dieser spezifischen Gefahr muß eine gesetzliche Regelung der

---

<sup>402</sup> Vgl. so etwa Immenga, *Personalistische Kapitalgesellschaft* (1970), S. 410. Diese Betrachtung führt unmittelbar zu Ausgleichsbetrachtungen und damit direkt zu dem der deutschen Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen zugrundeliegenden Ausgleichsgedanken.

<sup>403</sup> Vgl. hierzu etwa Ulmer *Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz* (1986), 123 und 126f. Vgl. auch Stimpel, *Durchgriff* (1987), S. 609.

<sup>404</sup> Es sei hier daran erinnert, daß das deutsche Recht nicht in gleicher Weise wie etwa das amerikanische Recht einer allgemeinen Lehre der Durchgriffshaftung bedarf, denn das Gesetz regelt viel weitgehender selbst die auftauchenden Interessenkonflikte durch ein System zwingender Vermögensbindung; vgl. hierzu allgemein Immenga, *Personalistische Kapitalgesellschaft* (1970), S. 396. Eben dieses System gilt es, wertungsstimmig im Recht der verbundenen Unternehmen weiterzudenken.

<sup>405</sup> Vgl. hierzu näher die Vorteile der spezifischen Haftung im polykorporativen Unternehmen gegenüber allgemeinen Durchgriffsbetrachtungen unten im dritten Teil unter D.II., zum Unterschied insbesondere ebenda unter D.II.3.

<sup>406</sup> Vgl. vorerst nur Zöllner in *Baumbach/Hueck, GmbHG* (16. Aufl., 1996), Anh. GmbH-KonzernR. Rn. 75 m.w.N. und ausgiebig hierzu unten im dritten Teil unter A.III.

<sup>407</sup> So für den Durchgriff etwa Paschke, *Durchgriffsproblematik* (1988), S. 199. Damit wird gleichzeitig deutlich, daß der Interessenumbruch von zentraler Bedeutung für die Haftungsfrage ist; vgl. hierzu als Ausgangspunkt für die hier behandelte Problematik unten im dritten Teil unter A.III. und A.V.

<sup>408</sup> Wenn K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (1991), S. 205, zum Beispiel meint, die besondere Konzernhaftung sei kein Durchgriff, sondern geradezu eine Alternative zum Durchgriff, so hängt dies von der jeweiligen Auffassung des Begriffs Durchgriff ab. Da in dieser Arbeit dem Durchgriffsbegriff lediglich eine Stichwortfunktion zukommt, besteht kein Widerspruch zwischen den Auffassungen.

verbundenen Unternehmen begegnen. Um die Voraussetzungen für eine solche Regelung zu erkennen, ist dementsprechend im folgenden auf die Rolle des Haftungsprivilegs im verbundenen Unternehmen einzugehen.

#### **D. Rolle des Haftungsprivilegs im Recht der verbundenen Unternehmen**

Im Vorangegangenen ist die beschränkte Haftung der Kapitalgesellschaft dargelegt worden. Das gesetzliche Leitbild der autonomen Kapitalgesellschaft gilt jedoch nicht für die unzähligen in eine Unternehmensgruppe eingebundenen Kapitalgesellschaft. Für die als Teil eines verbundenen Unternehmens und somit nicht als autonome Einheit in der Wirtschaft auftretende Kapitalgesellschaft ergeben sich jedoch Besonderheiten, die im folgenden kurz darzulegen sind.<sup>409</sup>

Mit einigen Metaphern für das Haftungsprivileg im verbundenen Unternehmen läßt sich gut die Rolle skizzieren, die der Kapitalgesellschaft im verbundenen Unternehmen zukommt. So soll der Einsatz einer Kapitalgesellschaft als *Haftungsschild*<sup>410</sup> im Unternehmensverbund verhindern, daß ein *Stubenbrand das ganze Haus in Flammen setzt*.<sup>411</sup> Ebenso wird vom *Haftungsschott*<sup>412</sup> *gegeneinander abgegrenzter Risikokammern*<sup>413</sup>, den *Schotten im Konzernschiff*<sup>414</sup>, von den *Staumauern zwischen den Haftungsreservoirs*, von den *Staudämmen, die vor einer Überflutung des ganzen Geländes schützen*<sup>415</sup> oder von den *Dämmen, die vor einem Flächenbrand schützen*<sup>416</sup> gesprochen.

Gemeint ist mit diesen Bildern<sup>417</sup> jeweils die Risikoeingrenzung und damit Schadensbegrenzung durch Haftungssegmentierung<sup>418</sup> im verbundenen Unternehmen. Eine solche Vermögenssegmentierung liegt denn auch dem Trennungsprinzip zugrunde.<sup>419</sup>

---

<sup>409</sup> Vgl. zum Recht der verbundenen Unternehmen grundlegend etwa Emmerich/Sonenschein, Konzernrecht (6. Aufl., 1997); Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672ff.; eingehend zur Problematik der Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen unten im dritten Teil unter A. m.w.N.

<sup>410</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 209.

<sup>411</sup> So Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 408.

<sup>412</sup> So Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 408.

<sup>413</sup> Vgl. Lutter, Aufgabe eines Konzernrechts (1986) S. 229. und Hommelhoff, z.B. Gesellschaftsformen als Organisationselemente (1990), S. 94 und 117f.

<sup>414</sup> So etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 352.

<sup>415</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980) S. 222, 229.

<sup>416</sup> Vgl. Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, (1987) S. 355.

<sup>417</sup> An dieser Stelle sei zu diesen Bildern wie auch zu den in dieser Arbeit verwendeten bildhaften Ausdrücken - Durchgriff, juristische Person, Eigeninteresse etc. - eine allgemeine Bemerkung gemacht, die sich an die Ausführungen von Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 4f. zur bilderreichen Sprache insbesondere im US-amerikanischen Haftungsrecht anschließen: Solch' bildhafte Wendungen stellen Ergebnisse allenfalls plakativ fest, während ihnen selbstverständlich

Die Problematik der selbständigen Haftungseinheit im verbundenen Unternehmen ist jedoch eine besondere. Dies wird an folgendem - überzogenen - Gedankengang deutlich, bei dem man nach reinem Formalismus und Rechtsdogmatik ungefähr so schließen könnte: *„die Anteilseigner haften nicht für die Verbindlichkeiten jener Kapitalgesellschaften, an denen sie beteiligt sind. Eine Muttergesellschaft ist Anteilseignerin. Folglich haftet die Muttergesellschaft aufgrund ihrer Anteilseignerschaft nicht für die Verpflichtungen der Tochtergesellschaft.“* Bei einer solchen rigiden Betrachtung wird allerdings übersehen, daß die überkommene Rechtsdogmatik auf völlig andersartige wirtschaftliche Beziehungen<sup>420</sup> angewandt wird, als dem Rechtsinstitut Kapitalgesellschaft ursprünglich zgedacht war. Denn die Haftungsbeschränkung war ursprünglich zum Schutze natürlicher Personen bestimmt gewesen, die lediglich Kapital anlegten, aber nicht selbst an der Unternehmensführung beteiligt waren.<sup>421</sup> Diese Haftungsbeschränkung uneingeschränkt für Muttergesellschaften aufrechtzuerhalten, würde heißen, von dem Umstand völlig abzusehen, daß die eigentlichen Kapitalanleger in gleicher Weise durch die Haftungsbeschränkung der Muttergesellschaft geschützt sind. So verständlich der Wunsch nach partieller wirtschaftlicher Aktivität ohne großes Haftungsrisiko ist, so konfligiert doch genau an dieser Stelle das verständliche Interesse der Haftungssegmentierung mit einem der elementaren Grundsätze des Gesellschaftsrechts: dem Gläubigerschutz. Denn da der Gläubigerschutz stets den Interessen der Gesellschafter vorgeht, dürfen die Gesellschafter die Verluste nicht beliebig zu sozialisieren suchen.<sup>422</sup> Es stellt sich somit die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Belastung auch entfernter Gläubiger als Teilnehmer am Wirtschaftsleben, *"die Sozialisierung wirtschaftlicher Risiken"*, dem entspricht, was der Gesetzgeber mit der ursprünglichen Einräumung der Möglichkeit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat

---

keine genaueren rechtlichen Entscheidungskriterien entnommen werden können. So illustrativ Metaphern auch sein mögen, stets ist die hinter dem Bild stehende Wirklichkeit zu beurteilen.

<sup>418</sup> Vgl. so und zu den Vorteilen hierbei Kallfass, *Analyse* (1990), S. 33, vgl. auch Lehmann, *Privileg der beschränkten Haftung* (1986), S. 352 m.w.N.

<sup>419</sup> Vgl. hierzu oben unter B.III.1.

<sup>420</sup> So ganz generell und ohne Bezugnahme auf ein bestimmtes Rechtssystem Blumberg, *Amerikanisches Konzernrecht* (1991), S. 332, von dem diese zwar sehr einfache, aber eben sehr anschauliche Darstellung übernommen wurde.

<sup>421</sup> Vgl. Blumberg, *Amerikanisches Konzernrecht* (1991) S. 333.

<sup>422</sup> Vgl. so generell zum Gläubigerschutz Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I* (1980), S. 515 und 565. Vgl. überaus anschaulich zur Unverträglichkeit der Externalisierung von Kosten auf Unbeteiligte nach Wettbewerbsgrundsätzen etwa Adams, *Beschränkte Haftung* (1991), S. 53, 56ff. sowie 89; vgl. im Ansatz bereits Eucken, *Wettbewerbsordnung* (1949), S. 60ff. Ausführlich zur Frage der von der Rechtsordnung zu akzeptierenden Externalisierung von Risiken unten bei der Darlegung der in dieser Arbeit behandelten Problematik im dritten Teil unter A.III.



erreichen wollen.<sup>423</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem dritten Buch des Aktiengesetzes über verbundene Unternehmen gerade die Wertung zum Ausdruck gebracht, daß die Problematik im verbundenen Unternehmen rechtsqualitativ eigenständig zu betrachten ist.<sup>424</sup> An diese Wertung knüpft die hier behandelte Fragestellung an.<sup>425</sup> In dieser Arbeit soll die Verwendung des Haftungsprivilegs im polykorporativen Unternehmen einer Betrachtung unterzogen werden, um diese Wertungen deutlich zu machen. Zum Verständnis dieser Arbeit sei dabei betont, daß nach hier vertretener Auffassung Erwägungen und Betrachtungen zur beschränkten Haftung ganz generell oft von tradierter Natur zu sein scheinen und oft auf den Prämissen der Vergangenheit beruhen. Bei den anzustellenden Betrachtungen der hier behandelten Haftungsfrage ist dabei stets zu bedenken, daß die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der einzelnen Kapitalgesellschaft im verbundenen Unternehmen eine völlig andere Rolle erhalten hat, als dies der Gesetzgeber ursprünglich im Sinn hatte. Es ist nötig, sich über die daraus zu ziehenden Konsequenzen Klarheit zu verschaffen. Dabei sollte man sich bewußt machen, daß von berufener Stelle die Theorie in der Haftungsfrage als 'konservativ' bezeichnet worden ist, weil sie das Prinzip getrennter Haftung auch in der Unternehmensgruppe hartnäckig verteidigt.<sup>426</sup>

Die Verbindung mehrerer rechtlich selbständiger Einheiten, etwa Kapitalgesellschaften, zu einer funktionalen unternehmerischen Einheit ist heute überall auf der Welt eine legale rechtliche akzeptierte Realität um in hochkomplexer, legitimer Form unterschiedliche Aktivitäten zu organisieren, Haftungssektoren zu bilden und wirtschaftlich sinnvolle Effekte zu erschließen.<sup>427</sup> Auch ist festzuhalten, daß die Verwendung von Kapitalgesellschaften im polykorporativen Unternehmen an sich nicht von vornherein als etwas Odiöses anzusehen ist. Im Gegenteil: der Wirtschaft erwachsen reale Kostenvorteile, Vorteile bei der Geschäftsführungspolitik etc.<sup>428</sup> So ist denn gegenwärtig keineswegs

---

<sup>423</sup> Daß dieser Gesichtspunkt für die hier behandelte Frage von Bedeutung ist, zeigt die Einbettung dieses Gedankens in die Ausführungen von Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1526; vgl. auch die Bemerkung von Mertens, Anmerkung zum Video-Urteil (AG 1991, 434), der anklingen läßt, daß die Abwägung zwischen Haftungsbegrenzung und Sozialisierung unternehmerischer Risiken seiner Auffassung nach durch eine gesetzgeberische Handlung zu lösen sei; vgl. näher zum sogenannten qualifizierten Konzern unten im dritten Teil unter C.V.5.

<sup>424</sup> Vgl. hierzu unten im dritten Teil unter C.I.; vgl. zu den Zwecken des Konzernrechts weiter nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 678ff. m.w.N.

<sup>425</sup> Vgl. hierzu unten im dritten Teil unter B.

<sup>426</sup> So mit einer Betrachtung zur Praxis Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 273, Fn. 80.

<sup>427</sup> Vgl. statt aller nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 674f., 681 m.w.N. und 766; vgl. zur Grenze der akzeptablen Risikoallokation im verbundenen Unternehmen unten im dritten Teil unter A.III.

<sup>428</sup> Vgl. hierzu z.B. Kalfass, Konzernbildung (1990), S. 23ff.

daran zu denken, der Einbettung von Kapitalgesellschaften in größere Unternehmenseinheiten allgemein durch eine rigide Haftungsregelung entgegenzuwirken. Allerdings: Es gilt,,,,, eine Balance zu finden zwischen der angestrebten wirtschaftlichen Einheit und der ebenso gewollten rechtlichen Vielheit.<sup>429</sup>

Politisch ist dies im europäischen Rahmen<sup>430</sup> etwa so formuliert worden: Unternehmern in der gesamten Gemeinschaft sollte das rechtliche Instrument einer Gesellschaft mit Haftungsbegrenzung geboten werden. Einzelstaatliche Vorschriften für das Konzernrecht (the laws relating to groups) können jedoch besondere Bestimmungen oder Sanktionen vorsehen, die in *Ausnahmefällen*<sup>431</sup> eine Haftung für die Verpflichtungen des Unternehmens auferlegen. Dies gilt zumindest bis zu einer gemeinschaftsweiten Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften.<sup>432</sup>

In dieser Arbeit wird versucht aufzuzeigen, wie die Haftungsregelung für solche Ausnahmefälle aussehen könnte. Es geht in dieser Arbeit darum eine Regelungsmöglichkeit aufzuzeigen, die der Gerechtigkeit auch im atypischen Einzelfall zum Durchbruch verhelfen kann<sup>433</sup>, um in den Fällen von offensichtlichen und eindeutigen Unangemessenheiten der gesetzlichen Regelung<sup>434</sup>, im Einzelfall - etwa mit Hilfe einer Generalklausel - zu gerechten Ergebnissen zu kommen. Dabei wird dem Normzweck große Beachtung zukommen, denn ebenso wie der Normzweck bei den Haftungsfragen im Kapitalgesellschaftsrecht von großer Bedeutung ist,<sup>435</sup> wird in konzernrechtlichen Entscheidungen<sup>436</sup> weitgehend normzweckbezogen geurteilt.<sup>437</sup>

Um einen solchen Regelungsansatz aufzuzeigen soll, bevor im materiellrechtlichen dritten Teil die Haftungsfrage im polykorporativen Unternehmen untersucht wird, im folgenden zweiten Teil die Bedeutung der zugrundeliegenden Wertungen für eine Regelung und insbesondere die Einbettung und Möglichkeit der Verwendung von Generalklauseln im Rechtssystem aufgezeigt werden.

---

<sup>429</sup> Vgl. so etwa Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 740 m.w.N. und dem Hinweis, daß wenn die rechtliche Vielheit in der Unternehmensgruppe nicht gewollt wäre, so wäre es möglich, einen Großteil an Einbindungen durch Fusionen zu beseitigen.

<sup>430</sup> Vgl. die Erwägungsgründe zur 12. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (89/667/EWG) vom 22. Dezember 1989. Die Formulierungen der sogenannten Einpersonen-GmbH-Richtlinie drücken ein generelles Prinzip aus, das hier sachgemäß wiedergegeben ist.

<sup>431</sup> Vgl. hierzu unten im dritten Teil unter D.II.1.

<sup>432</sup> Eine solche scheint jedoch vorläufig nicht zu erwarten, vgl. grundlegend zum Vorschlag einer 9. Richtlinie etwa Werlauff, EC-Company Law (1993) S. 297.

<sup>433</sup> So generell zum ursprünglichen Verwendungsaspekt und zum Zweck der Generalklauseln Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 535 und vertiefend S. 536..

<sup>434</sup> Vgl. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 567.

<sup>435</sup> Vgl. hierzu das oben unter B.IV.2.c Gesagte.

<sup>436</sup> So z.B. in BGHZ 69, 334, 337 (Veba/Gelsenberg, 1977) oder BGHZ 74, 359 (WAZ, 1979).

<sup>437</sup> Richtig sieht dies etwa K. Schmidt, Unternehmensbegriff (1994), S. 191 und 192.

## **Zweiter Teil: Eine Generalklausel zur Erfassung der Wertungsgrundlagen des Haftungsprivilegs**

In diesem Teil werden die Bedeutung der einer Regelung zugrundeliegenden Wertungsgrundlagen und die Möglichkeit der wertungsgebundenen Regelung der verbundenen Unternehmen herausgearbeitet. Denn eine Regelung des Haftungsprivilegs im Recht der verbundenen Unternehmen muß sich - ebenso wie die Berechtigung einer solchen Regelung - an den der Regelung zugrundeliegenden Wertungen messen lassen.

Dazu ist es eingangs nötig, sich einige Grundgedanken der hier behandelten Haftungsproblematik im Recht über das Wesen und die Bedeutung der dem Recht zugrundeliegenden Wertungen zu machen. Im Anschluß hieran wird dann auf die Frage möglicher wirtschaftsrechtlicher Grundwertungen eingegangen.

Soweit es für die Frage nach der zeitgemäßen Ausformung des Haftungsprivilegs notwendig ist, werden danach der rechtsgeschichtliche Rahmen und der rechtliche Charakter von Generalklauseln als eine Möglichkeit für die zeitgemäße Ausgestaltung der Haftungsregelung dargelegt.

Im Anschluß daran werden die bisherigen Überlegungen zur Anwendung von Generalklauseln auf Kapitalgesellschaften präsentiert und die Möglichkeit für eine Haftungsgeneralklausel im Recht der verbundenen Unternehmen dargelegt. Am Ende dieses zweiten Teils wird die Generalklausel als ein möglicher Lösungsweg vorgestellt, um die gesetzgeberischen Wertungen bei der Ausformung der Haftungsregelung im verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen.

### **A. Grundlegende Erwägungen zur Bedeutung rechtlicher Wertungsmaßstäbe**

Bei der Betrachtung der Bedeutung rechtlicher Wertungsmaßstäbe ist eingangs zu klären, ob die dem Recht zugrundeliegenden Wertungen Teil dieses Rahmens - der Rechtsordnung - sind. Es geht somit um die Frage, ob sich das geltende Rechtssystem bloß aus den positiven Einzelnormen des Gesetzes samt Gewohnheitsrecht zusammensetzt oder ob es auch die erkennbaren Gründe und Zwecke dieser Regeln sowie die Grundgedanken ganzer Rechtsgebiete umfaßt.<sup>1</sup> In einer von Teilen der Rechtswissenschaft vertretenen Auffassung - der hier insoweit gefolgt wird - werden dabei Sinn und Zweck sowie erkennbare Gründe der Regelung als Teil des positiven Rechts aufgefaßt<sup>2</sup>.

Nach hier vertretener Auffassung verzerrt eine rein rechtsdogmatische Betrachtung das Bild der zu erkennenden oder zu gestaltenden Wirklichkeit und kann zu Wertungsurteilen

<sup>1</sup> Vgl. zur Bedeutung dieser methodischen Grundposition für das Recht der verbundenen Unternehmen etwa Bydlinski, Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht (1990), S. 16. Auch sei hier an die Generalklausel des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG erinnert, in der die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung *explizit* zum Maßstab der Angemessenheit erklärt werden, vgl. hierzu unten in diesem Teil unter D.III.3.b.

<sup>2</sup> Z.B. von den institutionalistischen Rechtspositivisten, vgl. etwa Weinberger, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus (1985), S. 33, 45. Für diese ist das Recht eine institutionelle Tatsache, etwas, was "in der gesellschaftlichen Realität existent ist"; vgl. hierzu auch Larenz, Methodenlehre (1991), S. 82. In der vorliegenden Arbeit soll nicht weiter auf rechtstheoretische Ansätze eingegangen werden.

führen, die auf unzureichender Abwägung der in Betracht zu ziehenden Wertungsmaßstäbe beruhen.<sup>3</sup> Denn die Funktionsfähigkeit des Rechts hängt von der kontrollierten Einbeziehung vorrechtlicher oder jedenfalls vorpositiver Werturteile<sup>4</sup> - samt deren wiederkehrender Berücksichtigung- ab. Deshalb ist es wichtig, sich über die Wertungen klar zu werden, die der Rechtsordnung zugrundeliegen. Das in dieser Arbeit behandelte Rechtsgebiet wird deshalb weitestgehend mit Hinblick auf die ihm zugrundeliegenden Wertungen dargestellt.

### **I. Methodische Vorbemerkung zum Erkennen der Wertungsgrundlagen**

Es bestehen für jede Gesellschaft Werte, welche in einem bestimmten Augenblick rückhaltlos gebilligt und nicht mehr diskutiert werden, die man daher nicht zu rechtfertigen braucht. Zu den gesellschaftlichen Werten kommen die sich im politischen Prozeß herauskristallisierenden Werte. Solche Werte schlagen sich als gesetzliche Wertungen in Normen nieder, die u.a. die Rechtfertigung von Verhaltensweisen ermöglichen. Somit liegt jeder Rechtsordnung ein System normierter und letztlich kulturell und gesellschaftlich begründeter Wertentscheidungen zugrunde, die auf die Verwirklichung der ihr zugrunde liegenden materiellen Wertordnung gerichtet sind.<sup>5</sup>

Allerdings beziehen sich diese Normen und Modelle auf eine bestimmte Umgebung. Werte und gesetzliche Wertungen können sich so im Laufe der Zeit verändern.<sup>6</sup> Somit stellen sich sowohl Regelungen, als auch deren Kritik und Rechtfertigung nicht als zeitlos und allgemeingültig dar.<sup>7</sup> Jede Rechtsnorm ist somit ein Stück verfestigten politischen Gestaltungswillens oder "geronnener Politik". Das Recht hat die Aufgabe, die Grundlagen der jeweiligen sozialen und politischen Ordnung zu schützen. Es ist eine Bedingung für die Erfüllung dieser Schutzfunktion, daß die von der Rechtsordnung zu schützenden Wertungsgrundlagen offengelegt werden. Dies gilt besonders in den Fällen, da sich die Wertungsgrundlagen oder die durch die Normen geregelten gesellschaftlichen Vorgänge verändert haben. Eine Offenlegung der Wertungsgrundlagen bedingt zum einen, daß man den sozialen Stoff kennen muß, der mit dem Gesetz geregelt bzw. gestaltet werden soll. Ebenso muß man wissen, welchem rechtspolitischen Zweck eine bestimmte Regelung

---

<sup>3</sup> Ebenso etwa Mestmäcker, Rechts- und Wirtschaftswissenschaft (1963), S. 423, der wirtschaftliche Sachverhalte und wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnismethoden hierzu heranzieht.

<sup>4</sup> So Esser, Vorverständnis (1970), S. 165.

<sup>5</sup> So auch Rütters, Unbegrenzte Auslegung (1968/1991), S. 434.

<sup>6</sup> Vgl. ganz allgemein Schlosser, Privatrechtsgeschichte (1993), S. 244ff. und vertiefend hierzu etwa Mayer-Maly, Wertungswandel (1981) oder ders., Werte im Pluralismus (1991), passim.

<sup>7</sup> Vgl. Perelmann, Über die Gerechtigkeit (1967), S. 141. Vgl. hierzu auch Larenz, Methodenlehre (1991), S. 176.

dienen soll.<sup>8</sup> Denn Wertungsgrundlage müssen die Funktionsbedingungen der betroffenen Regelungen sein.<sup>9</sup>

Zum anderen bedingt dies aber auch, daß man sich über die Hintergründe beim Werden der auf ihre Wertungen hin zu untersuchenden Regelung bewußt wird. Dies gilt besondere dann, wenn Rechtsinstitute im Laufe der Zeit ihre Funktion ändern, *denn die wissenschaftliche Beurteilung geht von einem historisch gegebenen Stoff aus, und der Erfolg der Arbeit hängt zunächst ab von der Gründlichkeit historisch-philologischer Forschung; dann von dem Eindringen in den Geist und das Wesen der historisch entstandenen Rechtsverhältnisse.*<sup>10</sup>

Dabei sind - gerade bei Betrachtung der zugrundeliegenden Wertungen - unterschiedliche methodische Auffassungen in der Jurisprudenz zu berücksichtigen. Auf diese ist im folgenden kurz einzugehen, um den in dieser Arbeit gewählten Ansatz rechtmethodisch einzuordnen.

## **1. Unterschiedliche methodische Strömungen**

### **a) Begriffsjurisprudenz**

Die formale Begriffsjurisprudenz<sup>11</sup> ging davon aus, niedere Begriffe ließen sich deduktiv aus höheren ableiten und könnten so jeweils zur Lösung der einzelnen Rechtsfragen herangezogen werden. Der Sinn und die unbestreitbare Leistung der Begriffsjurisprudenz ist das Aufstellen eines abstrakt-begrifflichen Systems; heute ist jedoch jedem Juristen deutlich, daß offene Rechtsprobleme im Wege rein begrifflicher Deduktion nicht mehr gelöst werden können.<sup>12</sup>

Abstrakt-begriffliches Denken beinhaltet den Nachteil, daß, wenn ein Begriff erst einmal vom konkreten Gegenstand gelöst ist, der Rückbezug zur Wirklichkeit - zur Gesamtanschauung des mit dem Begriff Bezeichneten - bei der Rechtsanwendung zumindest erschwert, möglicherweise gar verhindert wird. Außerdem wird zusammen mit der Abstraktion auch die der Regelung zugrundeliegende gesetzgeberische Wertung in den Hintergrund gedrängt - welches gerade für die hier behandelte Problematik, daß verschiedene Wertungen zusammenstoßen, zu vermeiden ist.<sup>13</sup> Dies bedeutet eine Gefahr,

<sup>8</sup> Vgl. hierzu das oben im ersten Teil unter B.III.2.b. und IV.2.c. haftungsspezifisch zum Normzweck Gesagte.

<sup>9</sup> So - und damit die Wichtigkeit der Wertungsbetrachtung gerade für den Kontext dieser Arbeit implizit betonend - Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 273 m.w.N. zur Bedeutung der Wertungsgrundlagen bei der Bestimmung der Gestaltungsfreiheit.

<sup>10</sup> Diese historisch funktionale Ergründung des Rechts erkannte so bereits Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter (2. Aufl. 1834ff.), Band VI, Seite 8; vgl. auch Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht (1957/62), S. 80.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu im Anschluß an Heck etwa Larenz, Methodenlehre (1991), S. 49.

<sup>12</sup> So erwartet nach Larenz 'niemand mehr einen Gewinn für die Lösung offener Rechtsfragen' aus der Begriffsjurisprudenz, vgl. Larenz, Methodenlehre (1991), S. 165.

<sup>13</sup> Vgl. problemtypisch etwa Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 54ff., der auf Larenz aufbauend abstrakten Begriffen die typologische Denkweise gegenüberstellt. Auf die Typenbildung als solche wird in der vorliegenden Arbeit nicht explizit eingegangen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß gerade auch bei der Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Generalklauseln die

nämlich, daß dem abstrakten System und dessen innerer Ordnung mehr Beachtung geschenkt wird als den sich in der Rechtswirklichkeit stellenden Problemen.

Sowohl in Gesetzesnormen als auch bei der allgemeinen Rechtsanwendung darf die Bedeutung von Begriffen natürlich nicht unterschätzt werden. Selbstverständlich kann auch eine moderne zeitgemäße Jurisprudenz nicht auf Begriffe verzichten. Die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen begrifflich lösen zu wollen, ist jedoch nach hier vertretener Auffassung eine unmöglich zu bewältigende Aufgabe. Deshalb bedarf es eines anderen - über die reine Begrifflichkeit hinausgehenden - methodologischen Ansatzes. Denn der Richter hat *"vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen"*.<sup>14</sup>

### **b) Interessenjurisprudenz**

Die Interessenjurisprudenz<sup>15</sup> baut auf dem Gedanken auf, daß das Gesetz auf dem Gebiet des Privatrechts dazu da ist, um mögliche und typische Interessenkonflikte zwischen Einzelnen oder gesellschaftlichen Gruppen in der Weise zu regeln, daß das eine Interesse hinter das andere, meist nur bis zu einem gewissen Punkte, zurückzutreten hat. Einem Interesse wird somit Vorrang gegenüber einem anderen Interesse eingeräumt. Die Interessenjurisprudenz faßt das Gesetz als "Kraftdiagonale ringender Interessen" auf.<sup>16</sup> Von der Interessenjurisprudenz wird die Notwendigkeit lebensnaher Normierungen und Entscheidungen einerseits betont, andererseits jedoch die weitreichende Bindung des Richters und der die Rechtsanwendung vorbereitenden und unterstützenden Rechtswissenschaft an das Gesetz<sup>17</sup> hervorgehoben.

### **c) Wertungsjurisprudenz**

Bereits die Interessenjurisprudenz wies den Richter an, die im Gesetz enthaltenen Werturteile im Hinblick auf den zu beurteilenden Fall denkend nachzuvollziehen.<sup>18</sup>

---

Konkretisierung weitgehend durch Typenbildung erfolgt; vgl. vertiefend etwa Canaris, Systemdenken (1983), S. 152.

<sup>14</sup> So etwa RGZ 99, 232, 234 in einer an die Problematik dieser Arbeit anlehrenden Entscheidung betreffend die Haftung eines Alleingeschafters für eine GmbH. Diese Entscheidung ist - zusammen mit anderen - als Durchbruch der Interessenjurisprudenz gegenüber der Begriffsjurisprudenz angesehen worden, vgl. etwa Coing, Durchgriff (1977), S. 1793.

<sup>15</sup> Vgl. zur Methodendiskussion in der Gegenwart etwa Larenz, Methodenlehre (1991), S. 119ff. oder Bydlinski, Methodenlehre (1982/1991), S. 113ff. Vgl. näher zur Interessenjurisprudenz z.B. Edelmann, Entwicklung der Interessenjurisprudenz (1967); Kallfass, Interessenjurisprudenz (1972) oder die von Ellscheid und Hassemer vorgelegte Dokumentation Interessenjurisprudenz (1974) jeweils m.w.N.

<sup>16</sup> Dieses Bild verwendet Ellscheid, Interessenjurisprudenz (1974), S. 3.

<sup>17</sup> Ellscheid, Interessenjurisprudenz (1974), S. 1 grenzt so gleichzeitig die Interessenjurisprudenz sehr anschaulich einerseits gegen die 'gleichsam wertblinde' (S. 9) Begriffsjurisprudenz im technischen Sinne, andererseits aber auch gegen die Freirechtsschule ab. Vgl. hierzu auch Bydlinski, Methodenlehre (1982/1991), S. 114.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu etwa die Darstellung bei Larenz, Methodenlehre (1991), S. 53.

Versucht man beim Betrachten juristischer Probleme als zentral nicht die unterschiedlichen Interessen, sondern die gesetzlichen Wertungen zu berücksichtigen, so ist man von einer "Interessenjurisprudenz" zu einer "Wertungsjurisprudenz" gelangt.<sup>19</sup> Dabei stellt ein Bevorzugen von oder eine gesetzliche Entscheidung für bestimmte Interessen eine Wertung dar. Die Wertungsjurisprudenz fokussiert bei der richtigen Gesetzesauslegung auf die der Regelung zugrundeliegenden Wertungsgrundlagen. Außer den bewerteten Einzel- oder Gruppeninteressen berücksichtigt der Gesetzgeber dabei allgemeine Ordnungsgesichtspunkte.<sup>20</sup> Der Wertungsjurisprudenz geht es dabei darum, die Auslegung der Rechtssätze und Rechtsbegriffe aus ihrem wirklichen Zusammenhang heraus vorzunehmen.<sup>21</sup>

Die Privatrechtswissenschaft hat sich im Zuge der zeitgemäßen Fortbildung von einer Interessenjurisprudenz zu einer Wertungsjurisprudenz weiterentwickelt. Von den Vertretern der Wertungsjurisprudenz wird hierbei betont, daß ein Denken in Werten zum Wesen der Rechtswissenschaft gehört, und das *"Entscheidungen von Interessenkonflikten prinzipiell nur durch ein Werte realisierendes Erkennen, Gewinnen und Anwenden von Rechtsnormen möglich sei"*.<sup>22</sup>

Für die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung ist zentral, daß die Wertungen, die man in den vom Gesetzgeber erlassenen Normen erkennen kann, somit Folgerungen für die Gesetzesauslegung zulassen. Ebenso können Entscheidungsmaßstäbe für vom Gesetzgeber nicht unmittelbar geregelte Fragen dadurch gelöst werden, daß auf die Wertungen gleichartiger Problemstellungen geachtet wird, und die Lösungen der Fragen auf diese Wertungen, Parallelwertungen,<sup>23</sup> gleichartiger Probleme gestützt werden.

## **2. Bedeutung des methodologischen Bewußtseins**

Im folgenden wird auf die unterschiedlichen methodischen Ansätze nicht weiter eingegangen.<sup>24</sup> Hier sollten die unterschiedlichen Strömungen und die Entwicklung zu

<sup>19</sup> Vgl. Larenz, Methodenlehre (1991), S. 120, für den die Wertungsjurisprudenz unbestritten und allgemein anerkannt ist. Im Ergebnis gleich wenn auch mit differenzierenden Ausführungen Bydliniski, Methodenlehre (1982), S. 123ff., der die Wertungsjurisprudenz als heute vorherrschende methodologische Strömung bezeichnet.

<sup>20</sup> Vgl. Larenz, Methodenlehre (1991), S. 119.

<sup>21</sup> So bereits Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht (1957), S. 24. Wobei dies für Kronstein "nichts Revolutionäres, sondern etwas höchst Konservatives" ist.

<sup>22</sup> So Schlosser, Privatrechtsgeschichte (1993), S. 244ff. m.w.N. zur Wertungsjurisprudenz.

<sup>23</sup> Wo von gleichen Voraussetzungen ausgegangen wird, bietet sich eine solche Parallelwertung an. Daß dies nicht immer der Fall ist, wird im dritten Teil dieser Arbeit deutlich: So hat sich eine Orientierung an Parallelwertungen aufgrund der fehlenden strukturellen und interessenmäßigen Übereinstimmung etwa bei der Übernahme der Regelung der faktischen Abhängigkeitsverhältnisse aus dem Aktiengesellschaftsrecht ins GmbH-Konzernrecht nicht angeboten. Die erforderlichen Kontrollmaßstäbe mußten vielmehr rechtsformimmanent entwickelt werden, vgl. hierzu Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen (1986), S. 37 und insgesamt zur Zweispurigkeit im Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland unten im dritten Teil unter C.I.3. sowie V.1.

<sup>24</sup> Vgl. z.B. zur Bedeutung der Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Methodenlehre als wertbezogene Entscheidung aufgrund philosophischer Voraussetzungen Rüthers, Unbegrenzte Auslegung (1968/1991) S. 433.

einer stärkeren Wertungsorientierung lediglich deshalb skizziert werden, weil die Wendung zur Wertungsjurisprudenz eine Anerkennung und Rückbindung an *vorgegebene Wertungen oder Wertungsmaßstäbe*<sup>25</sup> bedeutet. Dies verdeutlicht die Wichtigkeit des Erkennens und die Notwendigkeit der Beachtung dieser Wertungen. Diese dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen sind im folgenden in den Vordergrund zu stellen. Denn die in den Regelungen ihren Ausdruck findenden Wertungen - und nicht die Regelung an sich - sind das zentrale Anliegen des Gesetzgebers. Denn Rechtsinstitute an sich sind keine "vor- und überpositiven" Ideen, daher nicht aus "dem Recht vorgegeben Strukturen". Daher sind sie "aus dem geltenden Recht mit Inhalt zu füllen".<sup>26</sup> Dieser Arbeit liegt eine Grundauffassung zugrunde, nach der Rechtsregeln in einem bestimmten Regelungszusammenhang miteinander stehen. Dieser Kontext kann letztlich nur dann richtig erkannt werden, wenn nicht die einzelne Norm, sondern die der Norm zugrundeliegende Wertung in den Vordergrund der rechtlichen Betrachtung gestellt wird. Dieser Teil der Arbeit verfolgt das Ziel, die "im Gewande der Konstruktion"<sup>27</sup> zum Teil verhüllten<sup>28</sup> Wertungen offenzulegen, und diese Wertungen - die nach der hier vertretenen Ansicht ebenso verbindlich sind wie jede andere gesetzliche Wertung<sup>29</sup> - somit zugänglich zu machen.

## **II. Anwendung wertungsgebundener Regeln durch den Richter**

Da es der Richterschaft zukommt, die Wertung im Einzelfall zu treffen, ist es nötig sich die Rolle des Richters bei der Anwendung von wertgebundenem Recht<sup>30</sup> zu verdeutlichen. Gerade privatautonome Organisationsentscheidungen muß der Richter dabei am Maßstab der im zwingenden Recht verankerten Wertungsvorgaben messen.<sup>31</sup> Für einen Richter ist das wertende Verstehen und Nachdenken<sup>32</sup> des Gesetzes Alltag, denn

<sup>25</sup> So die Darstellung bei Larenz, Methodenlehre (1991), S. 122 m.w.N. Vgl. auch Bydlinki, Methodenlehre (1982/1991), s. 132.

<sup>26</sup> L. Raiser, Mißbrauch im Wirtschaftsrecht, (1972) S. 733.

<sup>27</sup> Der Ausdruck ist übernommen von Canaris, Systemdenken (1982), s. 157.

<sup>28</sup> Ausdruck von Esser, Vorverständnis (1970), S. 128.

<sup>29</sup> Vgl. ebenso bereits Canaris, Systemdenken (1982), s. 157 und die Ausführungen oben.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unten in diesem Teil unter D.II.2. zur Auslegung von Generalklauseln durch den Richter.

<sup>31</sup> Entsprechend für die im zwingenden Recht verankerten Ziele Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), S. 424.

<sup>32</sup> Nach Radbruch handelt es sich nicht lediglich um Nachdenken sondern um Zu-Ende-Denken, welches nach Esser das volle Hereinnehmen der gesamten Konfliktproblematik impliziert, vgl. Esser, Vorverständnis (1970), S. 130. Dazu ist hier folgende Bemerkung zu machen: während beim Nachdenken versucht wird sich am Wertungsmaßstab des Gesetzgebers zu orientieren, beinhaltet das "Zu-Ende" bzw. "Weiterdenken" eine rechtspolitische Stellungnahme des Rechtsanwenders. Auf diesen rechtspolitische Aspekt der Wertung wird in dieser Arbeit nicht näher eingegangen; daß es sich bei der Rechtspolitisierung der Rechtsfindung um ein großes und komplexes Problem handelt, ist jedoch evident. Das Ziel dieser Arbeit ist jedoch nicht rechtspolitisch, es geht hier um eine Offenlegung der im geltenden Recht Ausdruck findenden Wertungen - also um ein Nachdenken - um damit einen Beitrag zu dem in der Einführung dargelegten Problemkomplex des Rechts der verbundenen Unternehmen zu leisten. Der rechtspolitische Aspekt muß nur soweit



"*Rechtsprechen ist nicht bloßes Nachsprechen von Vorgeschiedenen, sondern [...] Nachdenken einer dem Parlament vorbehaltenen Wertung*".<sup>33</sup> Der Richter hat in der Regel dabei lediglich die Wertungen des objektiven Rechts nachzuvollziehen.<sup>34</sup> Gleichzeitig ist die Einstufung der Einzelnorm in ein Gesamtsystem materieller Wertungen der Kernpunkt richterlicher Rechtsanwendung, und diese Rechtsanwendung ist ein wertbezogener und wertverwirklichender Vorgang<sup>35</sup>. So kann man denn auch nicht sagen, die Richter scheuten den Durchgriff auf die Wertungsfragen.<sup>36</sup>

Die wertende Beurteilung ist somit ein wesentlicher Teil der Rechtsprechung durch den Richter. Das Vornehmen der Wertung darf dabei nicht nur als ein Akt der persönlichen Stellungnahme des Richters<sup>37</sup> verstanden werden. Es wäre falsch, die Wertung stets als einen irrationalen Vorgang anzusehen<sup>38</sup>. Vielmehr ist dem Richter ein objektiver Wertungsmaßstab an die Hand zu geben, denn die Richter sind aufgrund rechtsstaatlicher Grundsätze an vom Gesetzgeber vorgegebenen Wertungen gebunden.<sup>39</sup> Dabei verbietet es ihnen das Prinzip der Gewaltenteilung, sich mit den Wertungen des Gesetzgebers in Widerspruch zu setzen.<sup>40</sup>

Die Wertung soll nach den gesetzlichen Zwecken und Wertungsurteilen erfolgen.<sup>41</sup> Es ist wichtig, daß diese Wertungen miteinander übereinstimmen, denn unabgestimmte Grundwertungen im Gesetz machen Gang und Entwicklung der Rechtsprechung tendenziell unvorhersehbar und sind ein potentieller Quell willkürlicher Judikate.<sup>42</sup> Dies bedeutet Rechtsunsicherheit.<sup>43</sup> Problematisch wird es besonders dort, wo die Gesetze

---

berücksichtigt werden, als es wirklichkeitsfremd wäre, Zivilrecht als unpolitisch aufzufassen; vgl. hierzu etwa Rüthers, die unbegrenzte Auslegung (1968/1991), S. 442.

<sup>33</sup> So Kirchhof, Rechtsfindung (1986), S. 2275 und 2280.

<sup>34</sup> Vgl. Canaris, Systemdenken (1982), S. 147.

<sup>35</sup> Vgl. Rüthers, Unbegrenzte Auslegung (1968/1991), S. 435 m.w.N.

<sup>36</sup> Diese Aussage macht Esser, Wertung (1965), S. 5 mit weiteren lesenswerten Gedanken.

<sup>37</sup> Vgl. zu der hier vertretenen Auffassung etwa die Betrachtungen bei Larenz, Methodenlehre (1991), S. 120 mit einer differenzierenden Anschauung.

<sup>38</sup> Vgl. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1985), S. 214.

<sup>39</sup> Vgl. Zur Rückbindung richterlicher Wertung an das Gesetz ausführlich Esser, Vorverständnis (1970), S. 128ff.

<sup>40</sup> Vgl. so für den Bereich des Gesellschaftsrecht z.B. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 44, auf dessen Betrachtungen betreffend die Entstehungszeit des Gesetzes hier nicht eingegangen werden kann. Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gleich unten in diesem Teil unter D.II.2.b und problembezogen etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen (1986), S. 41f., der von einem dialektischen Prozeß zwischen Gesetzgebung und Justiz bei der Rechtsbildung spricht (m.w.N.).

<sup>41</sup> Vgl. etwa Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 211. Anderer Ansicht z.B. Müller, Richterrecht - Rechtstheoretisch formuliert (1986), für den Konkretisierung nicht Nachvollzug legislatorischer Wertung ist. An dieser Stelle sei zur Klarstellung angeführt, daß es bei den Wertungsbetrachtungen in dieser Arbeit nicht um die Feststellung irgendwelcher vorgegebenen, etwa überpositiven Werte geht. Die hier angestellten Wertungsbetrachtungen sollen die gesetzgeberischen Wertungen ermitteln und darstellen. Vgl. zur Ablehnung einer "materialen Wertlehre" etwa Bydlinski, Methodenlehre (1982/1991), S. 129.

<sup>42</sup> Jede Entscheidung nach richterlichem Rechtsgefühl wird z.B. zu Recht abgewiesen von Larenz, Methodenlehre (1991), S. 123.

<sup>43</sup> So Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988), S. 488.

keinen bestimmten oder einheitlichen gesetzlichen Wertungsmaßstab erkennen lassen, denn für den Richter gilt zwar der Auftrag zur differenzierenden, aber eben widerspruchsfreien Wertung.<sup>44</sup>

Im demokratischen Rechtsstaat sollten sich umstrittene Wertungsfragen im politischen Meinungsbildungsprozeß lösen, der letztlich in das Gesetzverfahren mündet.<sup>45</sup> Die Entscheidung umstrittener Wertungsfragen sollte und darf nicht der Wertung des einzelnen Richters überlassen werden.<sup>46</sup> Wo klare gesetzliche Wertungen fehlen, muß jedoch der Richter auf die der Gesamtrechtsordnung zugrundeliegenden Wertungen zurückgreifen<sup>47</sup>, und ein den unterschiedlichen Wertungen gemeinsames Wertungsgefüge zugrundelegen. Denn rechtliche Konstruktionen treten in ihrer Bedeutung gegenüber den gesetzgeberischen Grundwertungen zurück.<sup>48</sup> Es ist also wichtig, daß die Gerichtshöfe ihre Rechtsprechung in die *Gesamtrechtsordnung* einfügen und sie stets an deren *Grundwertungen* zurückbinden.<sup>49</sup> Hierbei sollten die Gerichte die Wertungsaspekte in den einzelnen Fällen vorsichtig induktiv erschließen.<sup>50</sup>

Aus mehreren vorgegebenen Wertungen käme der Richter so zur "*Herausarbeitung und Entfaltung des Sinnes und Zweckes von Teilen in bezug auf ein gedachtes, organisches, d.h. funktionell zusammenhängendes Ganzes*",<sup>51</sup> das er als Wertungsgrundlage zugrundelegen hat. Dies ist nötig, weil nach hier vertretener Auffassung die richterliche Rechtsauslegung "*den Bezug auf bestimmte, eindeutig normierte Ziele voraussetzt*."<sup>52</sup> Letztlich geht es also um die vertikale Bindung an die soziale und rechtliche Tradition sowie vorgegebene Wertungen unter gleichzeitiger Anerkennung der logischen horizontalen Verbindung der Rechtsbegriffe.<sup>53</sup>

<sup>44</sup> Vgl. Kirchhof, Rechtsfindung (1986), S. 2278.

<sup>45</sup> Vgl. Bydliński, Methodenlehre (1982/1991), S. 135.

<sup>46</sup> Vgl. zur Wertungskollision ganz allgemein Larenz, Methodenlehre (1991), S. 120; Bydliński, Methodenlehre (1982/1991), S. 120.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unten, vgl. zum Verhältnis von Wertungsvorgaben von Gesetz- und Gesamtrechtsordnung einerseits und Dogmatik andererseits auch Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik (1988), S. 5.

<sup>48</sup> Da die Normanwendungslehre den Richter auf die 'Politik des Gesetzes' verweist, vgl. hierzu Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), S. 423, muß dies für Wertungen ebenso gelten wie für die 'Politik des Gesetzes' von der Steindorff spricht, und von dem diese Betrachtung übernommen ist. Vgl. Steindorff, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht (1973), S. 217ff. und zur Bedeutung dieser Betrachtung für die hier behandelte Problematik etwa Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 262.

<sup>49</sup> Vgl. ein Beispiel hierfür etwa bei Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988), S. 476.

<sup>50</sup> Dies bescheinigt so dem BGH in der Rechtsprechung zum Gesellschafterdarlehen Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988), S. 477: Der BGH hat sich "*damit den Vorwurf erspart, seine Rechtsprechung aus hehren, aber manipulierbaren Obersätzen deduziert zu haben*"; vgl. allgemein zur Induktion die Betrachtungen unten in diesem Teil unter D.II.4. zur Auslegung von Generalklauseln.

<sup>51</sup> Vgl. Mittenzwei, Teleologisches Rechtsverständnis (1988), S. 46. Auf die von diesem dargelegten methodisch und historischen Grundlagen einer zweckorientierten Rechtswissenschaft wird im folgenden nicht näher eingegangen.

<sup>52</sup> So Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung in der europäischen Union (1993), S. 17.

<sup>53</sup> Auch insoweit handelt es sich um nichts Neues, verlangte dies doch schon Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht (1957), S. 18.

Abschließend sei zur Bindung des Richters an Wertungen noch bemerkt, daß man in der Literatur auch die *"nicht kodifizierten Wertprinzipien mit der nur von den Gerichten selbst kontrollierten Bindung an außergesetzliche, aber doch 'objektive', also konventionelle Maßstäbe von wechselnder empirischer Basis und Dichte"*<sup>54</sup> findet. Solche Werte sind aber mit den hier angesprochenen Wertungen nicht gemeint. Zum einen erscheint es nicht möglich, diese Werte als konkreten Wertungsmaßstab auszudrücken, und zum anderen sind sie judiziell nicht überprüfbar und sind somit zur Regelung der Haftungsfrage ungeeignet.<sup>55</sup> Eine so zentrale Problemstellung wie die Klärung der Haftungsfrage muß jedoch eine Regelung erfahren, die eine große Rechtssicherheit gewährleistet, und insbesondere logische Folgerichtigkeit und Berechenbarkeit sowie vor allem Sachgesetzlichkeit sind nach der gesellschaftlichen Funktion<sup>56</sup> zu gewährleisten.

### **III. Explizite Wertungsvorgaben als regelungstechnischer Ansatz**

Gerade bei Gedanken, die über das geltende Recht hinausgehen, muß der primäre Ansatz bei den Prinzipien geschehen. Es muß versucht werden, die Leitgedanken in den konkreten Regelungen möglichst konsequent und in optimaler Abwägung zur Geltung zu bringen<sup>57</sup>. Eine der zentralen und wesentlichen Überlegungen dieser Arbeit ist, da wenn ein Rechtsgebiet durch eine tatbestandsreiche Regelung nicht zufriedenstellend und ohne Normwidersprüche geregelt werden kann, dem Richter statt einem Normgefüge explizite gesetzliche Wertungen vorgegeben werden könnten. Der Richter könnte sich bei seiner Entscheidung damit direkt auf die in den Gesetzestext aufgenommenen Wertungen beziehen, ohne seine Wertung hinter Subsumtionen zu verdecken.<sup>58</sup>

Hier geht es darum, ein Problem rechtlich zu erfassen, das aufgrund seiner komplexen Beschaffenheit und sehr unterschiedlichen Erscheinungsformen nach hier vertretener Auffassung mit einer tatbestandsreichen Norm nicht erfaßt werden kann: Zu sehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.<sup>59</sup> Es wird in dieser Arbeit die Auffassung vertreten, daß die dem gegenwärtig geltenden Recht zugrundeliegenden Wertungen zur

<sup>54</sup> So z.B. Esser, Grundsatz und Norm (1990), S. 150. Vgl. insgesamt zur Frage nach übergesetzlichen Wertungsmaßstäben die Darstellung bei Larenz, Methodenlehre (1991), S. 125ff. m.w.N. aus der methodologischen Diskussion.

<sup>55</sup> Der gesamte Problemkomplex des sozial-ethischen Bezuges von Werten wird in dieser Arbeit nicht aufgegriffen: Die auf die soziologische Betrachtung von Norm- und Wertgefügen aufbauende Diskussion ist zwar interessant, bringt aber für das hier behandelte wirtschaftsrechtliche kaum Lösungen. Es geht in dieser Arbeit um die Erarbeitung der zugrundezulegenden rechtlichen Wertungen in einem haftungsrechtlichen Problem. Die gesellschaftlichen Grundlagen werden in dieser Arbeit, so weit dies nötig ist, berücksichtigt, die sozial-ethische Komponente der methodischen Betrachtung der Wertungsjurisprudenz als solcher berührt den Inhalt der haftungsrechtlichen Wertungen jedoch nicht und wird deshalb nicht näher betrachtet.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu etwa Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988), S. 473 und 486.

<sup>57</sup> Bydliski, Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht (1990), S. 28.

<sup>58</sup> Damit wird hier *nicht* behauptet, daß richterlichen Entscheidungen letztlich nur Wertungen zugrunde liegen. Im Gegenteil: wo eine tatbestandsreiche Norm auf einen Sachverhalt anwendbar ist, muß subsumiert werden.

<sup>59</sup> Für das in dieser Arbeit behandelte Problem wird dieser Einzelfallcharakter unten im dritten Teil wiederholt illustriert, vgl. nur unten im dritten Teil unter E.II.5.a.

Bewältigung des Problems ausreichen, die geltenden Normen das Problem jedoch nicht in seinem Kern erfaßt haben bzw. nicht zu fassen vermögen.

Ziel dieser Arbeit ist es deshalb, zum einen diese Wertungen zugänglich zu machen, zum anderen einen Vorschlag für die Ausformung einer Regelung zu erarbeiten, die diese Wertungen zum Ausdruck bringt. Denn nach hier vertretener Auffassung scheint es, als ob gerade die in Deutschland bisher erkannten Wertungen zur Lösung des Problems weitgehend ausreichen und daß deshalb auf diese Wertungen direkt zurückgegriffen werden sollte.<sup>60</sup>

Es wird hier also die Auffassung vertreten, daß die Ansatzpunkte für eine Gesetzesregelung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen inzwischen größtenteils - besonders in der Rechtsprechung - erkannt und geklärt sind, daß diese jedoch in der gesetzlichen Regelung nicht so klar zum Ausdruck kommen, wie dies möglich wäre. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Besonderheit der Haftungsfrage im polykorporativen Unternehmen. Vielmehr ist dies ein allgemeines Phänomen auf einem sich entwickelnden Rechtsgebiet, denn im "*Stadium des werdenden Rechts ist es schwierig, die Haftungserstreckung rechtsatzmäßig zu formulieren*".<sup>61</sup> Dies erscheint jedoch gerade typisch für den Beginn einer Rechtsentwicklung, die zu den eigentlichen Begründungszusammenhängen noch nicht vorgestoßen ist.<sup>62</sup> Dies scheint besonders im multifunktionalen<sup>63</sup> Haftungsrecht<sup>64</sup> zu gelten.

Um es bildhaft auszudrücken: Der Versuch der Ausarbeitung der der Haftungsfrage im polykorporativen Unternehmen zugrundeliegenden Wertungen ist das Ringen um den vom Gesetzgeber in der Haftungsfrage verfehlten Brennpunkt<sup>65</sup>: Es geht um die Verbreiterung des vom Gesetzgeber zu eng gewählten kodifikatorischen Ansatzes<sup>66</sup> bzw. darum, *die seinerzeit noch nicht offengelegten Begründungszusammenhänge wertungsmäßig zu erfassen*. Das Recht diesem "*Brennpunkt der gesetzlichen Wertungen näher zu bringen*" ist das Ziel, das mit dieser Arbeit verfolgt wird. Dies Ziel kann nach der hier vertretenen Auffassung zumindest solange nicht durch ein Normengefüge oder eine tatbestandsreiche

<sup>60</sup> Vgl. hierzu insgesamt unten im materiellrechtlichen dritten Teil unter A. und E.

<sup>61</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 572.

<sup>62</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 533.

<sup>63</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Haftungsfunktionen in Teil I unter A. III.

<sup>64</sup> Als Beispiel sei hier die Entwicklung der Gefährdungshaftung angeführt, vgl. hierzu die Darstellung im ersten Teil unter A. II. 2. und 3. Der Leitgedanke der Gefährdungshaftung könnte in konkretisierender Formulierung der gesellschaftlichen Wertung etwa so lauten: Wer Gefahren in das gesellschaftliche Leben zu seinem unmittelbaren Nutzen einbringt, soll auch die damit verbundenen Lasten tragen. Dieser Leitgedanke ist so jedoch wohl erst entdeckt worden, nachdem einzelne Gesetze, die eine solche Haftung etwa aus "rein pragmatischen Gründen" oder "auf Grund" von Verschuldensfiktionen statuierten, bereits in Geltung standen. Auch dieser Gedanke hat sich also erst nach und nach in der Rechtsprechung entwickelt, vgl. hierzu Will, Quellen (1980), S. 2ff. und zu den hier angeführten Betrachtungen in Anschluß an Larenz Bydlinski, Methodenlehre (1982), S. 134

<sup>65</sup> Dies Bild von K. Schmidt, Kodifikationsidee (1985), S. 64 ist hier leicht abgewandelt.

<sup>66</sup> Vgl. K. Schmidt, Kodifikationsidee (1985), S. 72.

Regelung erreicht werden, wie die Wertungsgrundlage nicht klar herausgearbeitet und im Rechtsbewußtsein verankert ist.

Solange die Wertungsgrundlage nicht eindeutig aufgefächert worden ist, sollte im Namen der Methodenehrlichkeit<sup>67</sup> auf ein tatbestandsreiches Normengefüge verzichtet werden. Es scheint methodenehrlicher, entsprechend der Normzwecklehre die maßgebenden Wertungsgrundlagen einer Gesellschafterhaftung offenzulegen.<sup>68</sup> Zumindest könnte einer rein tatbestandsreichen Regelung ein System von Wertungen zur Seite gestellt werden<sup>69</sup>, indem die bisher in der Rechtspraxis gewonnenen Wertungsmaßstäbe klar angeführt werden<sup>70</sup>. Solch' ein Wertungsmaßstab könnte *explizit vom Gesetzgeber vorgegeben werden*, indem dieser die *objektiven Zwecke der Rechtsordnung*<sup>71</sup> in die Regelung aufnehmen und diese Zwecke damit offenlegen würde. Denn der Gesetzgeber kann einfach keine allein logisch abrufbare, keiner ergänzenden Wertung bedürftige Regel bereit halten, wenn freiheitliches Gestalten respektiert und gefördert werden soll.<sup>72</sup>

Im Rahmen einer solchen Regelung könnten Wertungen ihren Ausdruck finden, die gar nicht als ausschließliche Regelung zu formulieren wären. Dies könnte z.B. dadurch geschehen, daß die Wertungen in Form von übergeordneten Prinzipien in die Regelung aufgenommen würden. Solche Prinzipien erheben gar nicht den Anspruch, ohne Ausnahme zu gelten; sie entfalten ihren eigentlichen Sinngehalt erst in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung. Diese Prinzipien bedürfen

<sup>67</sup> Der Ausdruck ist hier übernommen von Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. XXXIV.

<sup>68</sup> So für die Überwindung des deliktischen Ansatzes bei der Unterkapitalisierung etwa Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 42. Diese - richtige - Betrachtung Ulmers wird hier also auf die Gesamtproblematik angewandt.

<sup>69</sup> Im Ansatz ähnliche Gedanken werden von den Stimmen in der Methodenlehre vertreten, die das Augenmerk primär auf eine gerechte Entscheidung des Einzelfall richten, und sich dabei auf "allgemeine Rechtsgedanken" oder "Prinzipien" berufen. Diese Prinzipien seien unabhängig vom Gesetz wirksam und rechtfertigten sich aus der Natur der Sache; vgl. etwa Esser, Grundsatz und Norm (1956/1990), S. 5. AaO. S. 164 heißt es zur Prinzipienbildung etwa so: "Eine bestimmte reale Sachproblematik erzwingt die Entwicklung einer Lösung, die zunächst noch kasuistisch, ohne Prinzipiensuche und -nachweise erfolgt, dann sich pragmatisch an diese oder jene passende Quellenstelle anlehnt, von der man erst, wenn die Systemwidersprüche nicht länger zu verdecken sind, zugibt, daß man sie nur benutzt, um ein über sie hinausführendes Rechtsprinzip systematisch abzustützen". Wie Larenz, Methodenlehre (1991), S. 139 treffend sagt, ist dies jedoch die Beschreibung der Einbettung neuer Rechtsgedanken in das geltende Recht. Darum geht es bei der hier besprochenen Ermittlung der bestehenden gesetzgeberischen Wertungen eben nicht, Essers Aussage hat für dieses jedoch insofern Bedeutung, als daß auch in Essers Aussage deutlich wird, daß es auf die hinter den einzelnen Normen stehenden Gedanken, in dieser Arbeit als Wertungen bezeichnet, ankommt.

Es kann in der hier vorliegenden Arbeit nicht darum gehen, methodologische Beiträge zu dieser Diskussion zu leisten. Hier geht es lediglich darum, ein bestimmtes Rechtsgebiet zu analysieren und die diesem Rechtsgebiet zugrundeliegenden Wertungen herauszustellen. Dabei soll jedoch keineswegs der Gedanke der einem Rechtssystem zugrundeliegenden Prinzipien oder deren Bedeutung geleugnet werden: Wenn der Prinzipiengedanke nicht aufgegriffen wird, so deshalb, weil in dieser Arbeit eben lediglich das Herausarbeiten der zugrundeliegenden gesetzgeberischen Wertungen und deren Nutzbarmachung für die Rechtsgestaltung im Vordergrund stehen.

<sup>70</sup> Wenn Esser, Grundsatz und Norm (1956/1990) S. 151 etwa meint, erst die Kasuistik teile uns mit was Rechtens ist, wird dem somit hier nicht gefolgt: hier wird, wie oben dargelegt, davon ausgegangen, daß die dem Recht zugrundeliegenden gesetzgeberischen Wertungsmaßstäbe Teil des Rechts sind und vom Richter lediglich anzulegen sind.

<sup>71</sup> Vgl. Mittenzwei, Teleologisches Rechtsverständnis (1988), S. 272.

<sup>72</sup> Vgl. Kirchhof, Rechtsfindung (1986), S. 2278.

desweiteren zu ihrer Verwirklichung der Konkretisierung durch Unterprinzipien und Einzelwertungen mit selbständigen Sachgehalt.<sup>73</sup>

Möglich wäre es auch, den Regeln Richtlinien zur Seite zu stellen, die "hilfsweise zur inhaltlichen Klärung von Regeln herangezogen werden und darüber hinaus Entscheidungskriterien liefern bei Fragen, für die die Regeln keine Antworten enthalten".<sup>74</sup> Diese Möglichkeit böte sich vor allem dort, wo eine Abwägung verschiedener Umstände nötig ist und eine simple Subsumtion nicht möglich ist.<sup>75</sup>

Als materieller Gehalt einer solchen Richtlinie könnte auch auf das allgemeine, als Grundsatz der Gerechtigkeit geforderte Prinzip zurückgegriffen werden, daß keine Macht weiter gehen dürfe, als es der Natur der Sache entspreche,<sup>76</sup> d.h. durch den spezifischen Zweck gefordert wird, dem das betreffende Machtverhältnis im sozialen Leben zu dienen bestimmt ist. Hierzu gehört auch, daß der Machtträger im Verhältnis zu dem seiner Macht Unterworfenen an Treu und Glauben gebunden ist. Hierfür spricht auch, daß das Gerechtigkeitsprinzip an sich keine Norm darstellt, anhand deren man unmittelbar Entscheidungen für das einzelne Rechtsproblem oder den einzelnen Rechtsfall treffen könnte. Vielmehr stellt es einen *sachlichen Richtliniengehalt* zu Verfügung.<sup>77</sup>

## **B. Relevanz verfassungsmäßiger Wertungsvorgaben**

Die Wirtschaftsordnung gestaltet Funktion und Wirkung privatrechtlicher Normen unmittelbar.<sup>78</sup> Deshalb soll im folgenden kurz der Frage nachgegangen werden, ob sich aus der Wirtschaftsordnung mögliche Rahmenwertungen für die Frage des Haftungsprivilegs im polykorporativen Unternehmen ergeben. Dazu sollen die geltenden wirtschaftlichen Grundwertungen des Grundgesetzes und seine mögliche Bedeutung für die hier behandelte Fragestellung kurz dargestellt werden.

## **I. Wirtschaftsrechtliche Grundbetrachtungen**

<sup>73</sup> Vgl. Canaris, Systemdenken (1983), S. 52ff. Wenn man - problembezogen - den ausreichenden Gläubigerschutz beispielsweise als kapitalgesellschaftsrechtliches Prinzip verstünde, so könnte das Ziel dieser Arbeit als Konkretisierung und Greifbarmachung dieses Prinzips für das Recht der verbundenen Unternehmen verstanden werden. Den materiellen Kern solcher Wertungen als Konkretisierungen des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzprinzips für die hier behandelte Haftungsfrage im polykorporativen Unternehmen zu ermitteln und eine sie enthaltende Regelung vorzustellen soll im dritten Teil dieser Arbeit versucht werden.

<sup>74</sup> Vgl. Eckhoff / Sundby, Rechtssysteme (1988), S. 90.

<sup>75</sup> Vgl. Eckhoff / Sundby, Rechtssysteme (1988), S. 98.

<sup>76</sup> Vgl. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1986), S. 220ff. Hier wäre die *justitia protectiva* dann - der Natur der Sache nach - als Schutzrecht auf die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung, also für die von der Haftungsbeschränkung Betroffenen, abzuwandeln.

<sup>77</sup> Vgl. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie (1977), S. 258, der ausführt, daß sich aus der Verbindung dieses Richtliniengehalts mit weiteren Bestimmungsfaktoren Problemlösungen ergeben, in denen *jeweils Allgemeingültiges*, hier wäre an die generellen haftungsrechtlichen Schutzgedanken zu denken, mit *relativ Bedingtem*, wie den konkreten Momenten, *verschmolzen ist*.

<sup>78</sup> Vgl. Mestmäcker, Rechts- und Wirtschaftswissenschaft (1963), S. 420.

Auch die privatrechtliche Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung ist durch die verfassungsrechtliche Grundlegung bestimmt. Das Privatrecht der Bundesrepublik Deutschland beruht auf einer liberal-individualistischen pluralen Wertgrundlage.<sup>79</sup> Nach neoliberaler Auffassung erschöpfen sich dabei die Verfassungsaufgaben darin, ein Wettbewerbssystem zu ermöglichen und zu sichern; denn der Markt sorgt neben den politischen zugleich für befriedigende wirtschaftliche und soziale Ergebnisse wie Wohlstand und freie wirtschaftliche Betätigung.<sup>80</sup>

Das Leitbild der Wirtschaftspolitik ist die *soziale Marktwirtschaft*, eine Ordnung, in der das Prinzip des grundsätzlich vom Markt regulierten *Spiels der wirtschaftlichen Kräfte* gilt, eingebettet in eine Rahmenordnung, die übermäßige marktbeherrschende Machtpositionen zu kontrollieren bzw. ihre Entstehung zu verhindern sucht.<sup>81</sup> Diesem liegt die Annahme zugrunde, daß die staatliche Konsensfähigkeit der unterschiedlichen gesellschaftlichen Interessen für wirtschaftliche Planung nicht vorhanden ist. Deshalb sollte man für die Wirtschaftsordnung ein auf Sachzwängen beruhendes - so unpolitisch wie möglich gestaltetes - Koordinationssystem vorsehen<sup>82</sup>.

Das Grundgesetz gewährt der Wirtschaft die Freiheit, sich auf dem Markt zu betätigen. Diese Freiheit ist eine der wesentlichen Grundentscheidungen unserer Gesellschaftsordnung. Ein Teil dieser Rahmenordnung ist das Gesellschaftsrecht. Die Freiheit der einzelnen Gesellschaft ist jedoch zwei einschränkenden Gesichtspunkten unterworfen, die als Anliegen der Gerechtigkeit und des Sozialschutzes bezeichnet worden sind.<sup>83</sup> Dies bedeutet gleichzeitig, daß eine gesetzlich auferlegte Bindung unternehmerischen Verhaltens an wirtschaftsrechtliche Ziele<sup>84</sup> eine Möglichkeit ist, um höherrangige Zielvorstellungen durchzusetzen.

Im folgenden wird untersucht, ob solche verfassungsrechtlich vorgegebenen Zielvorstellungen oder Grundwertungen die Problematik des Haftungsprivilegs im polykorporativen Unternehmen berühren.

## **II. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorgaben?**

Das Grundgesetz enthält entsprechend seiner weitgehenden Zurückhaltung in Fragen der Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsgestaltung für viele umstrittene Probleme

---

<sup>79</sup> Vgl. Rüthers, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. (1991), S. 17ff.

<sup>80</sup> Bemerkenswert ist auch die (neo-) liberale Grundkonzeption des europäischen Integrationsmodells, welche bis etwa 1965 vorherrschend war, vgl. problembezogen hierzu etwa Tschäni, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts (1978), S. 14.

<sup>81</sup> Vgl. Gierke /Sandrock, Handels und Wirtschaftsrecht (9., Aufl. 1975), S. 29.

<sup>82</sup> Vgl. Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht (1974), S. 17.

<sup>83</sup> So Steindorff, Wirtschaftsordnung (1976), S. 625.

<sup>84</sup> Vgl. Immenga, Bestandsschutz (1976), S. 316. Darauf, daß Immenga zur Unternehmensorganisation das Recht als Sozialtechnik im Dienste wirtschaftlicher Interessen versteht, verweist etwa Steindorff, Wirtschaftsordnung (1976) S. 633 hin, der ebenfalls unternehmerisches Verhalten an die Verfolgung bestimmter Ziele wie Rücksichtnahme auf Arbeitnehmerinteressen und Wahrnehmung des Gemeinwohls hinweist.

unmittelbar keine Regelungen. Für eine Nachprüfung gesellschaftsrechtlicher Normen ist auf allgemeine Verfassungsprinzipien wie Rechts- und Sozialstaatlichkeit und auf die Grundrechte wie Gewährleistung des Privateigentums, die allgemeine wirtschaftliche Handlungsfreiheit und außerdem auf das Gleichheitsgebot zurückzugreifen.<sup>85</sup>

Die Wirtschaftspolitik ist durch das Grundgesetz nicht präzise festgelegt. Der Gesetzgeber hat hier einen großen Regelungsspielraum.<sup>86</sup> Viel diskutiert worden ist in der Bundesrepublik die Frage, ob das Grundgesetz im Bezug auf die *"Wirtschaftsverfassung"*<sup>87</sup> neutral ist.<sup>88</sup> So heißt es etwa *"Das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch in dem Sinn neutral, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte, beachtet."*<sup>89</sup> In einer jüngeren Entscheidung heißt es weiterführend: *"Das Grundgesetz... enthält keine unmittelbare Festlegung und Gewährleistung einer bestimmten Wirtschaftsordnung... Es überläßt dessen Ordnung vielmehr dem Gesetzgeber, der hierüber innerhalb der ihm durch das Grundgesetz gezogenen Grenzen frei zu entscheiden hat, ohne dazu einer weiteren als seiner allgemeinen demokratischen Legitimation zu bedürfen."*<sup>90</sup>

Nach herrschender Lehre ist die grundgesetzliche Wirtschaftsverfassung neutral und damit offen.<sup>91</sup> Die wichtigsten wirtschaftlichen Entscheidungen des Grundgesetzes finden sich außer in den Rechts- und Sozialstaatlichkeitsprinzipien in den Grundrechten, und auf das Grundrechtsverständnis insbesondere der Art. 2 Abs. 1, der Art. 9 Abs. 1 sowie der Art. 12 und Art. 14 GG ist deshalb besonders einzugehen.<sup>92</sup>

### **III. Grundgesetzbedeutung durch Grundrechte**

<sup>85</sup> Vgl. hierzu etwa das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 14, 263, 275 mit Verweis auf BVerfGE 4, 7, 8 sowie 7, 377, 400 und 12, 354, 363.

<sup>86</sup> Vgl. Baumann, Rechtswissenschaft (1989) S. 316.

<sup>87</sup> Vgl. zur Frage der Wirtschaftsfreiheit z.B. Haverkate, Verfassungslehre - Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung (1992), S. 202 m.w.N.

<sup>88</sup> Diese Auffassung gründete sich auf die sogenannte "Investitionshilfe"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 4, 7, 17f., vgl. auch BVerfGE 50, 290, 338 (Mitbestimmung). Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß sich - im Gegensatz zu der vom BVerfGE angenommenen 'wirtschaftspolitischen Neutralität' des GG - der EWGV in Art. 2 und 3, verstärkt durch das Binnenmarktkonzept (Art. 8a EWGV, jetzt Art. 7 EGV) auf eine marktwirtschaftliche Ordnung festlegt. Diese soll durch Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt, geschaffen und gesichert werden. Denn der unverfälschte Wettbewerb ist ein grundlegendes Ziel von zwingender Geltung, nicht lediglich ein Programmsatz (vgl. hierzu den EuGH in der Rechtssache 6/72, Continental Can, Rspr. 1993, 215, 246). Vgl. zum Ganzen etwa Strunz, Europarecht (1992), S. 226 und im Bezug auf die hier behandelte Problematik etwa Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S. 261f.

<sup>89</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377, 399f., vgl. hierzu etwa Baumann, Rechtswissenschaft (1989) S. 317.

<sup>90</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290, 336ff.

<sup>91</sup> Vgl. etwa Scholz in Maunz-Dürig (1981), Art. 12 Rn. 77. m.z.w.N. Im folgenden wird auf die Frage der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes nicht weiter eingegangen.

<sup>92</sup> Vgl. hierzu insgesamt die illustrative Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsurteil). Vgl. zur Bedeutung dieser Grundrechtsbestimmungen auch Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 10.



Das Grundgesetz enthält in seinem Grundrechtsabschnitt verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts. Es legt als höherrangiges Recht die "Bandbreiten" fest, innerhalb derer der einfache Gesetzgeber sein Gestaltungsermessen bei der Fortbildung der Privatrechtsordnung ausüben kann.<sup>93</sup> Es gibt so zahlreiche privatrechtsbezogene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes.<sup>94</sup> Wegen des Vorranges der Verfassung könnte es scheinen, als sei das Privatrecht durch die einschlägigen Grundrechtsbestimmungen stark festgelegt. Die Grundrechtsbestimmungen sind jedoch vielfach so allgemein formuliert und mit unbestimmten, generalklauselartigen Rechtsbegriffen durchsetzt, daß erst die Konkretisierung der Verfassungsbegriffe durch Gesetzgebung und Rechtsprechung deren endgültigen Inhalt bestimmt. Diese Grundentscheidungen der Verfassung entfalten sich somit durch das Medium derjenigen Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen und haben so vor allem auch Bedeutung bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln<sup>95</sup>. Die 'mittelbare' Drittwirkung der Grundrechte erfolgt dabei über die Auslegung der privatrechtlichen Generalklauseln.<sup>96</sup> Hierin wird deutlich, wie bereits im geltenden Recht Generalklauseln die zentrale Stelle zur Vorgabe von Wertungen sind, und deshalb ist hierauf näher einzugehen.

Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte besteht darin, daß diese zwar nicht unmittelbar im Privatrecht gelten, dieses aber prägen.<sup>97</sup> Denn das Grundgesetz enthält *"in seinem Grundrechtsabschnitt verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts. Diese Grundentscheidungen entfalten sich durch das Medium derjenigen Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, und haben vor allem auch Bedeutung bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln.[...]"* Denn diese *"verlangen von den Gerichten eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden."*<sup>98</sup> *"Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das*

<sup>93</sup> Hier seien nur einige der das Privatrecht prägenden Verfassungsprinzipien erwähnt: Die Unantastbarkeit der Menschenwürde nach Art. 1 GG, die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit als Bestandteil der Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, der Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG, die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG, die Gewährleistung des Privateigentums und des Erbrechts nach Art. 14 GG sowie das Demokratie- und Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 GG.

<sup>94</sup> Vgl. z.B. BVerfGE 30, 173 (Mephisto) oder BVerfGE 34, 269 (Soraya). Besondere Erwähnung verdienen in diesem methodischen Kontext die Beschlüsse des BVerfG vom 19. Oktober 1993 und vom 5. August 1994, betreffend die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie bei Konkretisierung von Generalklauseln (Zur Frage der gestörten Vertragsparität und des Haftungsrisikos vermögensloser Bürgen), BVerfGE 89, 214, auch abgedruckt in BB 1994, S. 16ff. mit Weiterführung S. 2296ff.

<sup>95</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 205 und BVerfGE 42, 143, 148 sowie auch zum folgenden die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. 10. 1993 betreffend die Bedeutung von Generalklauseln in Haftungsfällen bei gestörter Vertragsparität, z.B. in BVerfGE 89, 214ff.

<sup>96</sup> Vgl. Bydliński, Präzisierung aktueller Generalklauseln (1989), S. 204.

<sup>97</sup> Vgl. etwa Pieroth / Schlink, Grundrechte (1989), Rn. 210.

<sup>98</sup> So BVerfGE 89, 214, 229 (1993).

*bürgerliche Recht; keine bürgerlich rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.*"<sup>99</sup> Die Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts sind dabei die "Einbruchstellen der Grundrechte in das Bürgerliche Recht".<sup>100</sup> Hierbei verlangen die Generalklauseln<sup>101</sup> von den Gerichten eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden. Denn überall dort, wo gesetzliche Einzelwertungen fehlen oder bei Wertungswidersprüchen in der Rechtsordnung, ist das Wertsystem des Verfassungsgesetzes als vorrangige Rechtsquelle maßgebend<sup>102</sup>. Da in dieser Arbeit die Ausformung der Haftungsregelung in einer tatbestandsarmen Norm vertreten wird, müssen diese verfassungsmäßigen Grundentscheidungen berücksichtigt werden.

#### **IV. Bedeutung einzelner Grundrechte für die Haftungsfrage?**

Die Frage des Grundrechtsschutzes durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG für juristische Personen ist streitig. Grundsätzlich genießen auch juristische Personen den Schutz der Grundrechte, nämlich soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf eine inländische juristische Person anwendbar sind<sup>103</sup>, Art. 19 Abs. 3 GG<sup>104</sup>. Im folgenden sollen kurz diejenigen Grundrechte behandelt werden, die die Haftungsfrage tangieren.

##### **1. Freie Entfaltung der Persönlichkeit und allgemeine Handlungsfreiheit**

Die Geltung des Art. 2 Abs. 1 GG für juristische Personen ist umstritten. Sie ist zumindest denkbar<sup>105</sup>, läßt sich aber nicht generell bejahen oder verneinen<sup>106</sup>. Zumindest die aus Art. 2 Abs. 1 fließenden wirtschaftlichen Betätigungsrechte gelten auch für juristische Personen<sup>107</sup>. Für die Wertungsgrundlage der hier behandelten Haftungsfrage hat Art. 2 Abs. 1 GG nach hier vertretener Auffassung keine Bedeutung, bemerkenswert ist jedoch die Präponderanz-Entscheidung der Bestimmung, wonach der Wert der Freiheit wertmäßig Vorrang vor dem Wert der Gleichheit hat.<sup>108</sup>

<sup>99</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 205f. (Lüth) oder BVerfGE 73, 261, 269.

<sup>100</sup> Vgl. BVerfGE 7, 206 und hierzu etwa Börner, Generalklauseln (1989), S. 212.

<sup>101</sup> Bei Bydlinski, Präzisierung aktueller Generalklauseln (1989), S. 204 die §§ 138 und 242 BGB, dies gilt jedoch generell.

<sup>102</sup> So Rüthers, Unbegrenzte Auslegung (1968/1991), S. 438.

<sup>103</sup> Die herrschende Meinung geht dabei davon aus, daß Art. 19 Abs. 3 GG in jedem Fall die Prüfung erfordert, ob das im konkreten Fall in Frage kommende Grundrecht seinem Wesen nach auf die betreffende juristische Person anwendbar ist, vgl. hierzu etwa Kimminich (1992) im Bonner-Kommentar zum GG, Art. 14, Rn. 112.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu auch Fikentscher, Wirtschaftsrecht II, (1983), S. 97.

<sup>105</sup> Wernicke in Dolzer/ Vogel, Bonner Kommentar zum GG, Art. 2 S. 2.

<sup>106</sup> So Dürig in Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, Art. 2, Rn. 68.

<sup>107</sup> So Dürig aaO.

<sup>108</sup> Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, Art. 2, Rn. 2. Vgl. hierzu auch die Anerkennung einer freien Entfaltung der unternehmerischen Initiative im Konzern, und zu einer Abwägung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG in BVerfGE 14, 263, 282 (Feldmühle, 1962).

## **2. Grundrecht der Vereinigungsfreiheit**

Es ist unbestritten, daß inländische juristische Personen Träger des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 1 GG sein können.<sup>109</sup> Art. 9 beinhaltet das Recht zur Schaffung selbständiger Rechtskreise.<sup>110</sup> Die Verhinderung von Konzernbildung und die Vereinigungsfreiheit der Verbände ist wohl mit Art. 9 Abs. 1, 19 Abs. 2 GG schwer zu vereinbaren.<sup>111</sup> Im Bezug auf die Problemstellung dieser Arbeit gilt jedoch, daß die Frage der Haftung nicht der Satzungsautonomie überlassen werden kann und deshalb auch nicht Bestandteil der Verfassungsgarantie des Art. 9 GG ist.<sup>112</sup>

## **3. Freiheit beruflicher und gewerblicher Betätigung**

*"Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist bei juristischen Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe, zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann."*<sup>113</sup>

Mit der herrschenden Meinung<sup>114</sup> gehört das Grundrecht auf freie gewerbliche Betätigung nach Art. 12 GG zu den bedeutsamsten Grundrechten, die gemäß Art. 19 Abs. 3 auch auf inländische juristische Personen Anwendung finden. Für die Betrachtung der Haftungsbeschränkung ergibt sich hieraus aber keine eigene zugrundezulegende Wertung.<sup>115</sup>

## **4. Eigentumsfreiheit**

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG umfaßt u.a. zum einen das Anteilseigentum als gesellschaftsrechtliches Eigentum<sup>116</sup> und zum anderen die Befugnis, in dem gesellschafts-

---

Es sei daran erinnert, daß das Bundesverfassungsgericht im Feldmühl-Urteil, BVerfGE 14, 263, 270, im Grundsatz die Strukturfreiheit - die unternehmerische Organisationsfreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit - auch für den Konzern bestätigt hat; vgl. hierzu im Bezug auf die in der vorliegenden Arbeit behandelte Problematik bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 261 m.w.N.

<sup>109</sup> Vgl. Scholz (1979) in Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, Art. 9 Rn. 55 oder etwa von Münch (1966) in Dolzer/Vogel, Bonner Kommntar zum GG, Art. 28, Rn. 7 m.w.N.

<sup>110</sup> Vgl. Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 22, der gleichzeitig pointiert, daß dies Recht zur Teilnahme am Markt mit mehreren eigenständigen Rechtssubjekten auch vom Durchgriff betroffen ist.

<sup>111</sup> Vgl. so etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 61.

<sup>112</sup> Vgl. bereits Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 20.

<sup>113</sup> So BVerfGE 50, 290, 363 (Mitbestimmung) und BVerfGE 30, 292, 312 (Erdölbevorratung).

<sup>114</sup> So Scholz (1981) in Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, ART. 12, Rn. 98.

<sup>115</sup> Zu den von Art. 12 zugesicherten Freiheiten gehört die unternehmerische Dispositionsfreiheit, vgl. dazu gleich unten die Ausführungen zu Art. 14 GG.

<sup>116</sup> Vgl. etwa BVerfGE 50, 290, 341 (Mitbestimmungsurteil, 1979).

rechtlich vorgegebenen Rahmen über die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens und die Verwendung seiner Erträge mitzuentcheiden<sup>117</sup>.

Außerdem hat Art. 14 GG Bedeutung für die unternehmerische Dispositionsfreiheit; denn im Zusammenhang von Art. 12 und Art. 14 GG sind die unternehmerische Dispositions- und Organisationsfreiheit sowie alle anderen wirtschaftlichen Teilfreiheiten gewährleistet.<sup>118</sup> Die rechtliche Befugnis, ein Unternehmen nach frei gewählten Zweckmäßigkeitentscheidungen zu betreiben, folgt aus der von Art. 12 GG geschützten Freiheit der Berufswahl und -ausübung.<sup>119</sup>

Soweit es also unternehmerisch zweckmäßig erscheint, muß damit auch das Entfalten unternehmerischer Aktivität mit beschränktem Haftungsrisiko vom Grundgesetz geschützt sein. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß man über sein Eigentum nur solange frei verfügen kann, wie nicht Rechte Dritter verletzt werden.<sup>120</sup> Der Schutz des Eigentums hält sich im gesellschaftsrechtlich vorgegebenen Rahmen, so daß sich aus diesem Grundrecht keine besondere grundgesetzliche, über die gesellschaftsrechtliche hinausgehende Wertung für die in dieser Arbeit behandelte Haftungsfrage ergibt.<sup>121</sup>

#### **V. Fehlen verfassungsmäßiger Wertungsvorgaben für die Haftungsfrage**

Für die Wertungsgrundlagen der Haftungsbeschränkung im polykorporativen Unternehmen ergeben sich nach dem Gesagten für die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung keine relevanten Wertungsvorgaben des Grundgesetzes.

Die Ermittlung der in dieser Arbeit zugrundezulegenden Wertungsgrundlagen berücksichtigt folglich keine verfassungsrechtlichen Wertgrundlagen. Lediglich die Grundwertung der Verfassung für eine unternehmerische Freiheit<sup>122</sup> soll hier noch einmal hervorgehoben werden, denn nichts wäre fataler als die Wichtigkeit dieser Grundwertung bei der Betrachtung einzelner gesellschaftsrechtlicher Wertungen aus den Augen zu verlieren. Festzuhalten ist: In einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung sind Konzerne gesellschaftsrechtlich grundsätzlich erlaubt.<sup>123</sup>

<sup>117</sup> Vgl. BGHZ 82, 192 (1981) und insgesamt etwa Kimminich im Bonner-Kommentar (1992), Art. 14, Rn. 38 und 110ff.

<sup>118</sup> Vgl. hierzu etwa Scholz (1981) in Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, Art. 12, Rn. 124.

<sup>119</sup> Diese Betrachtung folgt dem gedanklichen Ansatz Mestmäckers, Zur gesellschaftsrechtlich organisierten Berufsfreiheit (1974), S. 414.

<sup>120</sup> Hierunter eben auch die schutzwürdigen Interessen der Gläubiger, daraus ergeben sich aber im Bezug auf die hier behandelte Problemstellung keine Schranken für die Gesellschafter vgl. zu diesem Gedanken bereits Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 48 m.w.N. und S. 69.

<sup>121</sup> Vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen Art. 2 GG und Art. 3, 14 Abs. 2 GG, das sich gerade im faktischen Konzern manifestiert, Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S. 262.

<sup>122</sup> Die aber, wie jede Freiheit, ihre Grenze in sich selbst findet; vgl. zum Freiheitsparadoxon, das besagt, daß freiheitssichernde Institutionen nicht so weit geschützt werden dürfen, bis sie Gefahr laufen, sich selbst aufzuheben oder zu beseitigen, in Bezug auf die Freiheit der inhaltlichen Ausgestaltung von bestimmten Organisationsformen im Rahmen des Unternehmensrechts etwa Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 200.

<sup>123</sup> Vgl. etwa Fikentscher, Wirtschaftsrecht II (1983), S. 98.

Während sich aus dem Grundgesetz für die hier behandelte Problemstellung keine relevanten Wertungen ergeben, ist die Einbettung der gesellschaftsrechtlichen Problemstellung in das Wirtschaftsrecht als Ganzes doch zu beachten. Denn das Wirtschaftsrecht ist in einem Zusammenspiel von mehreren Gesetzesregelungen festgelegt. Dabei ist das Gesellschaftsrecht für die Unternehmensstrukturen das entscheidende Recht. Die dem Haftungsprivileg im polykorporativen Unternehmen zugrundezulegenden Wertungen beschränken sich so auf die im dritten Teil darzulegenden gesellschaftsrechtlichen Wertungen.

Vorher ist jedoch im folgenden darauf einzugehen, wie diese Wertungen im Recht umgesetzt und verwirklicht werden. Dabei kommt dem Richter und der Art der Rechtsetzung besondere Bedeutung zu. Der hier vertretene Regelungsansatz kann dabei - gestraft - so ausgedrückt werden, daß es die Aufgabe des Gesetzgebers ist, den gesetzgeberischen Wertungen klaren Ausdruck zu geben, und es daraufhin Aufgabe der Rechtsprechung sein sollte, *"Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren."*<sup>124</sup>

### **C. Zur Einbettung von Generalklauseln in die Rechtsordnung**

Im Vorangegangenen wurde dargelegt, daß die einer Regelung zugrundeliegenden, den Normzweck ausmachenden gesetzgeberischen Wertungen der zentrale Gehalt der Regelungen sind. Dem Ansatz dieser Arbeit entsprechend wurde dabei die Bedeutung dieser Wertungen und die Möglichkeiten der Umsetzung dieser Wertungen in der Rechtswirklichkeit skizziert. Im folgenden ist darauf einzugehen, wie die unterschiedlichen regelungstechnische Ansätze einer tatbestandsreichen bzw. einer generalklauselartigen Regelung Wertungen auszudrücken vermögen.

Dazu ist eingangs der Frage nachzugehen, welche Regelungen in einer Rechtsordnung aus welchen Gründen angewendet werden und wie detailliert einzelne rechtliche Fragen geregelt werden. Für die Betrachtung der Frage, ob und aus welchem Grund sich eine Regelung in einer Rechtsordnung an ziselisierten Tatbestandsregelungen oder an Generalklauseln orientiert, sind dabei einleitend rechtshistorische und rechtssystematische Komponenten zu beachten.

### **I. Betonung der Bedeutung der Ausgangsposition**

Ganz allgemein gilt, daß es in unterschiedlichen Rechtsordnungen verschiedenartige Regelungen gibt, die versuchen, bestimmte typische Interessenkonflikte nach allgemeinen

<sup>124</sup> Vgl. so etwa BVerfGE 34, 269, 287 (Soraya) und zum hier behandelten Kontext nur Hesselberger, *Entwicklungen, Grenzen und Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung* (FS Kellermann, 1991), S. 157.

Kriterien zu erfassen.<sup>125</sup> Für die hier behandelte Problematik darf dabei die rechtsevolutionäre Komponente nicht außer Acht gelassen werden. Dabei ist es wichtig,,,, die Faktoren herauszustellen, die die Weiterentwicklung des Rechts verursachen bzw. bestimmen können.

Im folgenden soll nicht versucht werden, alle diese Faktoren zu berücksichtigen. Es sollen hier lediglich die Aspekte hervorgehoben werden, die für das Verständnis der hier behandelten Problemstellung - der zeitgemäßen Ausformung der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen im Unternehmensverbund - nötig sind. Unterstrichen sei dabei ausdrücklich, daß die zukünftige Rechtslage sich aus einer Weiterentwicklung der vorherigen ergibt; d.h. daß Regelungsinhalt, Regelungsdichte und Regelungsart sich aufgrund der Ausgangsposition und der seither gemachten Entwicklungen ergeben. Diese an sich evident hohe Bedeutung der Ausgangsposition gilt es sich besonders bewußt zu machen; bringen der beschleunigte wirtschaftliche Wandel, die Europäisierung und die damit einhergehende wirtschaftliche Liberalisierung doch Veränderungen mit sich, die auch auf diese Ausgangsposition Einfluß nehmen.

## **II. Rechtsevolution, Kodifikation und dogmatisches Rechtsverständnis**

Bei der Frage der Regelungsart sei eingangs betont, daß es in Deutschland einen stark dogmatisch<sup>126</sup> ausgeprägten Formalismus im Recht gibt. Es geht der Dogmatik dabei um die Erarbeitung innersystematischer Beurteilungsmerkmale in einem Ordnungssystem. Die Dogmatik ist eine Begründung praktischer Entscheidungen aus einer objektivierbaren Konvention mit dem Anspruch, kontrollierbare und einsehbare Maximen der Rechtsanwendung zu liefern.<sup>127</sup>

Die deutsche Rechtsordnung zählt zu den positivistischen und deduktiv-axiomatisch ausgerichteten Rechtssystemen. Sie ist gekennzeichnet durch ihre Ableitungen aus außerwirklichen Geltungspostulaten<sup>128</sup> und hat als besondere Vorteile intelligible Objektivität, abstrakte Gerechtigkeit als Gleichbehandlung des Gleichen sowie formale Rechtssicherheit als Berechenbarkeit der Entscheidungserwartung. Dies bedeutet gleichzeitig einen weitgehenden Mangel an induktiv-pragmatischen Verfahren. Das Rechtsdenken ist zum Teil geprägt von Modellen mit vorgegebenen festen Stellenwert in einem kontingenten System.

Diesem kommt für die hier behandelte Frage bereits deshalb Bedeutung zu, weil rechtliche Regelungen neben der rechtlichen eine generelle gesellschaftliche Bedeutung

---

<sup>125</sup> Gerade bei rechtsvergleichenden Arbeiten zum hier behandelten Fragenkreis ist dies zu Recht bereits etwa betont worden von Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 24.

<sup>126</sup> Vgl. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl* (1970), S. 88.

<sup>127</sup> Vgl. etwa Wieacker, *Leistung der Rechtsdogmatik* (1970), S. 322.

<sup>128</sup> Vgl. Wieacker, *Leistung der Rechtsdogmatik* (1970), S. 323.

haben.<sup>129</sup> Das einmal kodifizierte Recht bleibt buchstäblich bestehen. So sind Kodifikationen denn auch als langfristige Gestaltungs- und Ordnungsaufgaben anzusehen.<sup>130</sup> Sie spiegeln das Recht zur Zeit ihrer Erschaffung wider. Die Fixierung des Rechts in einzelnen Normen formuliert diesen Rechtsstand dabei jedoch auch für die Zukunft. Und: Kodifikationswerk ist eben Menschenwerk. Ungeachtet jedes den Kodifikationen nachgesagten Anspruchs an Lückenlosigkeit und Geschlossenheit trägt selbst die beste Kodifikation provisorische Züge.<sup>131</sup> Denn während die Gesellschaft sich im Laufe der Zeit ändert, ändern sich einmal erlassene Gesetzestexte nur, falls der Gesetzgeber aktiv wird. Geschieht dies nicht, so altern die Kodifikationen. Das Recht muß sich jedoch weiterentwickeln, um die in der Rechtswirklichkeit neu auftauchenden Probleme zu bewältigen. Wenn der Gesetzgeber nicht tätig wird, so klaffen Rechtswirklichkeit und Gesetz auseinander. Dementsprechend sind Re-Kodifikation und De-Kodifikation lediglich Ausdruck kodifikationsgeschichtlicher Normalität.<sup>132</sup> Durch sich verdichtende kodifizierte Regelungen wird das Recht immer komplizierter und ausdifferenzierter, und es wird immer schwieriger, die aus dieser Entwicklung hervorgehenden und sich immer wieder verändernden feingegliederten Zusammenhänge und Gebilde in Kodifikationsform zu fixieren.

<sup>129</sup> Vgl. Wieacker, *Leistung der Rechtsdogmatik* (1970), S. 325. Nach dieser kurzen Klärung der unterschiedlichen rechtssystematischen Ausgangstheorien soll im folgenden aber hierauf nicht näher eingegangen werden. Die unterschiedlichen methodischen Ansätze haben für diese Arbeit jedoch eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Denn gerade *aufgrund* der unterschiedlichen methodischen und gedanklichen Ansätze sind zum einen so unterschiedliche rechtssystematische und methodische Ansätze vorhanden und gerade *weil* sich auf die herrschende Überzeugung die Frage nach der Bedeutung der zugrundeliegenden Wertungen als *die zentrale Frage* entweder stellt oder nicht, ist es nötig, sich dieser unterschiedlichen Grundverständnisse bewußt zu sein. Vgl. zur Bedeutung des unterschiedlichen Vor- und zum Teil auch Selbstverständnis in der Rechtswissenschaft etwa Picker, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik* (1988) S. 3 mit ausführlicher Literaturübersicht und einer - wenn auch sehr rudimentären und vereinfachenden, dem Kontext jedoch angemessenen - Darlegung.

Es wäre - vom logischen und methodischen Standpunkt her gesehen - überaus reizvoll und auch angebracht gewesen, die Bedeutung der unterschiedlichen Grundhaltungen für die in dieser Arbeit gestellten Frage nach der Ausformung der Regelung des Haftungsprivilegs im polykorporativen Unternehmen in dieser Arbeit eingehend darzulegen, nur wäre damit der Rahmen dieser Arbeit gesprengt worden. Die tiefgehenden Unterschiede in der Betrachtungsweise juristischer Probleme und ihrer Lösungsansätze werden in dieser Arbeit oft berührt, und wo der Leser ein anderes methodisches Vor- und Grundverständnis hat, als hier zugrundegelegt wird, mag dies zu Verständnisschwierigkeiten führen. Dementsprechend erscheint es nötig, sich beim Lesen dieser Arbeit der methodischen Grundkontroverse bewußt zu sein. Das Anliegen dieser Arbeit ist es, zu einer angemessenen und international konsensfähigen Ausformung des Haftungsprivilegs im polykorporativen Unternehmen beizutragen. Es wird hier nicht versucht, alle materiellen Facetten des Problems zu beleuchten. Ebenso wenig besteht die Ambition oder Illusion zu *der* "einzigen wahren Lösung" des Problems vorzudringen. Es geht hier vordringlich darum die, rechtsmethodischen und rechtssystematischen Differenzen aufzuzeigen und durch deren Darlegung zu *einer* Lösung der Frage beizutragen.

<sup>130</sup> Vgl. Kübler, *Kodifikation und Demokratie* (1969), S. 648

<sup>131</sup> Vgl. statt aller in aktuellem Bezug K. Schmidt, *ADHGB, HGB und die Besinnung auf den Kodifikationsgedanken* (1997), S. 8.

<sup>132</sup> Vgl. nur K. Schmidt, *ADHGB, HGB und die Besinnung auf den Kodifikationsgedanken* (1997), S. 8, 10 m.w.N.

Ein mit offenen Normen ergänztes Recht paßt sich dagegen der Rechtswirklichkeit auch ohne Novellierung an, und die tatbestandsärmeren und damit flexibleren Regeln sind somit für Veränderungen der Gesellschaft offener.

Für alle Rechtssysteme gilt dabei jedoch, daß die Veränderungen der Gesellschaft ein steigendes Bedürfnis nach Schaffung von neuem und der fortgesetzten Anpassung des bestehenden Rechts mit sich bringen.<sup>133</sup> Bei den Rechtsordnungen, denen die Offenheit durch die Flexibilität ihrer Rechtsinstitute immanent ist, geschieht diese Anpassung laufend. In einer Rechtsordnung wie der deutschen dagegen ist ein ständiger Ausbau des Rechtssystems nötig, um den gesellschaftlichen Veränderungen gerecht zu werden. Der Gesetzgeber hat sich der Aufgabe der Weiterentwicklung der Rechtsordnung jedoch auf einigen Gebieten<sup>134</sup> nicht gestellt, und so übernahmen denn auch in Deutschland nach den Kodifikationen die Richter immer stärker die Verantwortung für die Rechtsentwicklung in den Bereichen, die sich dem Einfluß des staatlichen Normsetzungsapparates mehr und mehr entzogen.<sup>135</sup>

Das immer weiter expandierende Recht der Kapitalgesellschaften hat das Handelsgesetzbuch schon lange verlassen,<sup>136</sup> und ebenso können viele andere Rechtsfragen den zivilrechtlichen Kodifikationen nicht mehr eingegliedert werden<sup>137</sup>. Richter selbst haben dabei geäußert, daß es zu den Aufgaben der Gerichte zähle, das Recht fortzubilden, auch und gerade auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.<sup>138</sup>

Besonders im Bereich der verbundenen Unternehmen, dessen Problemstellungen nach Auffassung vieler das Gesellschaftsrecht schon verlassen haben, stellt sich die Frage, wie die Rechtsprobleme in Zukunft zu regeln sind. Sind die mit den verbundenen Unternehmen auftauchenden Rechtsprobleme überhaupt im Gesellschaftsrecht zu lösen? Oder ist ein neues Unternehmensrecht als Rahmen zu schaffen? Wie sind die Regelungen zu gestalten?

Dies sind die Fragen, die sich bei der Konkretisierung der rechtsevolutionären Betrachtung auf die hier behandelte Fragestellung ergeben. Die bestehenden Rechtsinstitute müssen dazu untersucht werden, und diese Arbeit versucht dabei die Frage der zeitgemäßen Ausformung des Haftungsprivilegs zu untersuchen. Hierbei muß die Möglichkeit der Regelung durch Generalklauseln, bzw. durch Generalklauseln neben den tatbestandsreichen Normen oder dem Normengefüge untersucht werden.

<sup>133</sup> Vgl. nur Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969), S. 647.

<sup>134</sup> So ist z.B. das deutsche GmbH-Konzernrecht bis heute ohne gesetzliche Regelung obwohl es umfassende Bestrebungen hierzu gegeben hat, vgl. dazu unten im dritten Teil unter C.I.3. und V.II.

<sup>135</sup> Vgl. grundlegend dazu nur Dawson, Oracles (1968), S. 461ff., vgl. auch Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 12ff. und 58ff.; wie hier etwa Rütters, Die unbegrenzte Auslegung (1968), S. 13ff.

<sup>136</sup> Vgl. hierzu schon Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969), S. 647.

<sup>137</sup> Vgl. z.B. das AGBG vom 9. Dezember 1976 und hierzu gleich unten unter D.III.3.b.

<sup>138</sup> Vgl. an Fischer anknüpfend etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1526 m.w.N.



### III. Rechtshistorische Betrachtung

Eines der Motive für die Kodifikationen,<sup>139</sup> hier verstanden als die legislatorische Erfassung eines ganzen Rechtsgebietes,<sup>140</sup> war vor allem das frühkapitalistische Bedürfnis strikter Kalkulierbarkeit des Rechts.<sup>141</sup> In den großen Kodifikationen des Privatrechts um die letzte Jahrhundertwende kommt der liberaldemokratische Grundgedanke zum Tragen. Es ist dies die Forderung des sich emanzipierenden Bürgertums auf die Ausgrenzung eines gesellschaftlichen Bereiches, dessen Ordnung nur noch auf allgemeinen Regeln beruhen und damit obrigkeitsstaatlicher Bevormundung und der damit verbundenen Willkür entzogen sein sollte.<sup>142</sup> Den ursprünglichen Kodifikationen ging es dabei darum, staatsbürgerliche Freiheiten zu bestimmen und zu sichern<sup>143</sup> sowie den status quo der gesellschaftlichen Ordnung und ihrer rechtlichen Fixierung nachzuzeichnen und damit auf Dauer sicherzustellen. Inzwischen ist die Kodifikation auf dem europäischen Kontinent zum Muster und zur verbindlichen Norm der Rechtsbildung geworden.<sup>144</sup> Dabei ist jedoch die Idee einer umfassenden und abschließenden Kodifikation des gesamten Rechtsgebietes - das Kodifikationsideal<sup>145</sup> - aufgegeben,<sup>146</sup> weil eine Anpassung der rechtlichen Ordnung an den Wandel der Verhältnisse gewährleistet sein muß. Gleichzeitig werden Generalklauseln in den Rechtsordnungen immer wichtiger.<sup>147</sup> Die Kodifikationen beinhalten teilweise Rechtsnormen, die gewöhnlich vorsehen, daß bestimmte Pflichten unter bestimmten Voraussetzungen entstehen, entfallen oder geändert werden. Eine bestimmte Rechtsfolge wird so vom Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes abhängig gemacht.<sup>148</sup> Eine tatbestandsreiche Regelung knüpft somit das Eintreten einer Folge an das Vorliegen einer ganzen Reihe von Bedingungen die dem

<sup>139</sup> Vgl. allgemein darstellend hierzu Max Weber, Rechtssoziologie (1967), S. 300ff. und Wieacker, Kodifikationsidee (1954), S. 35ff.

<sup>140</sup> Vgl. Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969), S. 645.

<sup>141</sup> Vgl. Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969), S. 645.

<sup>142</sup> Vgl. Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969), S. 645.

<sup>143</sup> Vgl. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 518 m.w.N.

<sup>144</sup> Vgl. Kübler, Kodifikation (1969), S. 646.

<sup>145</sup> Vgl. zum Kodifikationsideal anschaulich Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers (1974), S. 35 und schon vorher S. 6. Diederichsen meint, der Gesetzespositivismus des Bürgertums beruhe auf einer Illusion, "der Illusion der Gebildeten und zugleich Besitzenden, die meinten, ein Ideal auf die Erde herabgezwungen zu haben." Die ganze Schrift Diederichsens ist eine Ablehnung eines konsequenten Gesetzespositivismus (aaO. S. 7ff.), der denn auch für das moderne Zivilrecht totgesagt wird (aaO. S. 60). Ein wesentlicher Unterschied zwischen den stärker regulativen und dem einen Rahmen absteckenden regelungstechnischen Ansätzen ist denn auch, daß ersterer tendenziell eine bestimmte Form bezweckt, letzterer dagegen die freie Gestaltung innerhalb bestimmter Grenzen, denen oft Wertungen zugrundeliegen, erlaubt. Die unternehmerische Gestaltungsfreiheit spricht dabei dafür, statt Formen vorzugeben, Grenzen abzustecken.

<sup>146</sup> So Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 522 m.w.N.

<sup>147</sup> Vgl. zum Zusammenhang zwischen Entwicklung der Kodifikationen und der Generalklausel z.B. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 518ff. und zur zunehmenden Bedeutung der Generalklauseln die ausufernde Rechtssprechung zu § 242 BGB.

<sup>148</sup> Vgl. hierzu z.B. Zippelius, Juristische Methodenlehre (1985), S. 25.

Gesetz zu entnehmen sind.<sup>149</sup> Eine tatbestandsreiche Norm - oder einfach Tatbestandsnorm - ist also eine Norm, die den Tatbestand *wesentlich bestimmt*<sup>150</sup>.

#### **IV. Illustration am Beispiel der allgemeinen Verschuldenshaftung**

Ganz allgemein ist dargelegt worden, eine Haftungsnorm könne entweder als tatbestandsreiche Norm formuliert werden, welche nur ein bestimmtes Vermögensinteresse zu schützen vermöge - oder als Generalklausel, die den Schutz aller irgendwie denkbaren vermögenswerten Interessen enthalten würde.<sup>151</sup> Dies sei hier kurz am Grundsatz der Verschuldenshaftung illustriert.<sup>152</sup>

Nach § 823 Abs. 1 BGB, einer der zentralen Haftungsnormen des deutschen Rechts, ist derjenige, welcher vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.<sup>153</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat sich damit bei der zentralen Bestimmung der deliktischen Haftung - der allgemeinen Verschuldenshaftung - für das Enumerationsprinzip entschieden.<sup>154</sup> Einer großen deliktischen Generalklausel wurde im Interesse rechtssicherer Grenzen der Handlungsfreiheit eine Absage erteilt.<sup>155</sup>

Damit regelt das geltende deutsche Gesetz die Verschuldenshaftung eingehender als viele andere Rechtsordnungen,<sup>156</sup> in denen eine Art "Culpanorm" den einfacheren Haftungstatbestand des widerrechtlich schuldhaften Eingriffes in die Rechtssphäre des

<sup>149</sup> Vgl. hierzu auch die generelle Überstellung der abstrakten Technik des BGB, die allgemein für tatbestandsreiche Regelungen übernommen werden kann, und der Generalklausel, bei Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* (1976), S. 477ff.

<sup>150</sup> Vgl. Deutsch, *Haftungsrecht* (1976), S. 42.

<sup>151</sup> So Stoll, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel* (1976), S. 176. Auf die Frage einer Verbindung dieser Regelungsansätze wird unten einzugehen sein. Ein unterschiedlicher Grundansatz schließt eben nicht aus, daß für eine bestimmte Haftungsfrage ein anderer Regelungsansatz gewählt wird, wie gleich unten unter D.III.1. am Beispiel des neben dem § 823 stehenden § 826 BGB illustriert.

<sup>152</sup> Vgl. zum funktionellen Hintergrund der Verschuldenshaftung das allgemein zur Haftung im ersten Teil unter A.II.1. Gesagte.

<sup>153</sup> Der "Tatbestandsreichtum" einer solchen Norm ist sehr anschaulich am Beispiel von dreizehn zu erfüllenden Tatbestandsmerkmalen als Voraussetzungen des Eintritts der Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB dargestellt bei Zippelius, *Juristische Methodenlehre* (1985), S. 30.

<sup>154</sup> Vgl. zu § 823 Mugdan, *Motive Band II (Recht der Schuldverhältnisse)*, S. 725 sowie zum Verhältnis von § 823 BGB zu generalklauselartigen Regelungen Will, *Quellen erhöhter Gefahr* (1980), S. 254.

<sup>155</sup> Vgl. Laufs, *Haftungssystem* (1994), S. 10. Der "Tatbestandsreichtum" der gesamten Haftungsregelung wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß von gewichtiger Seite vertreten worden ist, daß das deutsche Gesetz eine Generalklausel nur im Deliktsrecht, und dort nur innerhalb verhältnismäßig enger Grenzen kennt, vgl. so Larenz, *Methodenlehre* (1991), S. 478. Daß ein - aus rechtsvergleichender Sicht - durchaus tatbestandsreich geregeltes Rechtsgebiet das tatbestandsärmste Gebiet sein soll, zeigt illustrativ, wie tatbestandsreich die der Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen letztlich zugrundeliegende allgemeine - deutsche - Regelung ist.

<sup>156</sup> Vgl. zum Unterschied einer weiten Norm und einer an Grundtatbeständen ausgerichteten Deliktshaftung auch das Recht der Niederlande, vgl. Timmermann, *Haftungsdurchgriff im niederländischen Recht*, ZGR 1993, 489, 492; vgl. auch Laufs, *Haftungssystem* (1994), passim.

Geschädigten beschreibt.<sup>157</sup> Eine solche generalklauselartige Culpanorm besagt, daß ein Verursacher für einen Schaden verantwortlich ist, der aufgrund von unverantwortlichem Verhalten eintritt, welches ihm als vorsätzlich oder fahrlässig zugerechnet werden kann.<sup>158</sup> Der Rechtsprechung der Gerichte wird es hierbei überlassen, den allgemeinen Grundsatz der Verschuldenshaftung zu konkretisieren.

### **V. Bedeutung der allgemeinen Haftungsregel für die Problematik**

Zu Recht ist in der Diskussion um die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen bereits auf die Bedeutung der Ausformung der allgemeinen Haftungsregelung aufmerksam gemacht worden.<sup>159</sup> So ist nicht auszuschließen, daß außerhalb Deutschland könnte der Eindruck bestehen könne, daß eine Eigendynamik<sup>160</sup>, die aus der abschließenden Aufzählung des § 823 Abs. 1 entstanden ist und die von der Entwicklung von Anspruchsgrundlagen im deutschen Haftungsrecht begleitet worden ist,<sup>161</sup> auch im deutschen Recht der verbundenen Unternehmen anzutreffen sei. Dies führt

<sup>157</sup> Vgl. zu Nachweisen dieses Haftungstatbestandes im gemeinen Recht sowie in anderen Rechtsordnungen BGB-RGRK (Steffen) (1989), Rn. 1 zu § 823.

<sup>158</sup> Eine solche "Culpanorm"-ähnliche, allgemeine Deliktsnorm gibt es in vielen Rechtsordnungen, erinnert sei an dieser Stelle nur an die berühmte Generalklausel aus dem französischen Code Civil: in Art. 1382, 1383 heißt es so:

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Chacun es responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Vgl. zur Generalklausel bzw. tatbestandsreichen Regelung bei der Ausformung des klassischen Deliktsrechts etwa Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 108f. m.w.N.; vgl. auch insgesamt die Darstellung bei von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht (1996), passim. Hierauf kann hier nicht weiter eingegangen werden. Daß der Verzicht auf eine deliktische Generalklausel französischen Musters im deutschen Recht gerade für die Frage einer angemessenen Haftungslage im Recht der verbundenen Unternehmen Bedeutung hat, wird richtig vorausgesetzt etwa bei Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 378 m.w.N.; auch zur Verwendung der deliktischen Generalklausel bei Konzernproblemen etwa im niederländischen Recht neben der Geschäftsführerhaftung übersichtsweise Schanze, aaO. S. 380. Ders., Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 496 meint allgemein, deliktsrechtliche Haftungen mit einer deliktsrechtlichen Generalklausel hätten bei gläubigerschädigenden Verhaltensweisen geringere Schwierigkeiten, das Deliktsrecht zum Gläubigerschutz einzusetzen. Diese Grundüberlegung ist bemerkenswert, könnte gerade sie doch das Wählen eines 'deutschen Sonderwegs' begründen. Insofern ist interessant, daß in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 150 und später 197ff. darauf hinweist, daß seiner Auffassung nach in Frankreich für eine gesellschaftliche Treupflicht wie sie das deutsche Recht kennt, allein schon deshalb gar kein Bedarf bestehe, weil mit den Art. 1382 f. eine Generalklausel zur Verfügung stehe, "die dem Richter ohne dogmatischen Begründungsaufwand nach seinem Ermessen die Statuierung außervertraglicher Verhaltenspflichten" gestatte.

<sup>159</sup> Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 188 bemerkt etwa zum Vergleich des §§ 1382 CC mit dem Katalog der in § 823 Abs. 1 abschließenden Typisierung der Verletzung absoluter Rechte, daß die Rechtsprechung erkannt hätte, "daß der Katalog der in § 823 Abs. 1 aufgezählten sowie der darüber hinaus sachenrechtlich anerkannten "sonstigen" absoluten Rechte für den erforderlichen Deliktsschutz unternehmerischer Tätigkeit, deren Interessen in ersten Linie rein finanzieller Natur sind, zu kurz greift."

<sup>160</sup> Eine Eigendynamik, die sich ebenso auf andere Haftungsbereiche wie das Recht auf Schmerzensgeld, das Arzthaftrecht etc. erstreckt.

<sup>161</sup> Vgl. nur die in den Kommentaren im Anschluß an § 823 angeführten Sondergruppen, womit Fallgruppen gemeint sind, über die beispielsweise Jauernig (Teichmann), BGB, § 823 Anm. VIII. meint, ihre Problematik sei erst "nach Erlaß des BGB und besonders in den letzten Jahren ins Blickfeld getreten", und sie ließen sich "im Aufbau des Tatbestandes und hinsichtlich der

zu dem Gedanken, daß für die Frage der Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen eine Generalklausel als eine mögliche Regelungsform zu überlegen sein könnte.<sup>162</sup> Dazu ist die Generalklausel als Regelungsalternative vorzustellen.

#### **D. Zur Möglichkeit einer Regelung durch eine Generalklausel**

Aus dem Vorhergehenden ergibt sich als Zwischenergebnis, daß die Rechtstradition und die Entstehung von Regelungen Bedeutung dafür haben, ob in einem Rechtssystem eine ziselierte Tatbestandsregelung oder eine Generalklausel zur Regelung von Problemen Gesetz wird. Im folgenden sollen nun die Eigenarten einer auf eine Generalklausel aufbauenden Regelung aufgezeigt werden, um damit Möglichkeiten und Grenzen einer auf einer Generalklausel basierenden Regelung abzustecken.

#### **I. Zum 'Wesen' der Generalklauseln**

Gesetze enthalten neben den tatbestandsreichen Regelungen oftmals sogenannte Generalklauseln.<sup>163</sup> Dies muß so sein, denn eine Bewältigung der Rechtsprobleme in der modernen Welt ist ohne Generalklauseln nicht denkbar.<sup>164</sup> Während tatbestandsreiche

---

*Rechtsfolgen nicht in gleicher Weise behandeln wie die übrigen Sachverhalte". Bemerkenswert für die hier behandelten Fragen ist insofern, daß etwa Koppensteiner im Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (1987) § 317, Rn. 21 es offen läßt, ob ein Anspruch einer abhängigen Gesellschaft gegen ein herrschendes Unternehmen auf Unterlassung rechtswidriger Nachteilszufügung als Ausprägung des - im Rahmen der Verschuldenshaftung zu § 823 BGB entwickelten Rechtsprechung zum "ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" - zu bewerten ist. Bereits an dieser Assoziation wird der Zusammenhang zwischen Ausformung der Verschuldenshaftungsregelung, Einordnung von Ansprüchen und der Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen deutlich. Daß das Schaffen von Sonderanspruchsgrundlagen im deutschen Recht hier nicht haltmacht, illustrieren für das Vertragsrecht beispielhaft die positive Vertragsverletzung (pVV) und die vorvertragliche Haftung (cic). Auf diese Sonderanspruchsgrundlagen sei hier deshalb verwiesen, weil an ihnen exemplarisch illustriert werden kann, weshalb man außerhalb Deutschlands den "im deutschen Recht konstruierten Haftungsgrundlagen" oftmals bereits aus rein systematischen Betrachtungen skeptisch gegenübersteht: es ist dies die allgemeine Skepsis gegenüber dem Komplizierten, wo dies als möglicherweise überflüssig oder doch unnötig komplizierend erscheint - natürlich insbesondere dort, wo die dahinterstehenden Überlegungen und Wertungen nicht deutlich werden. Gerade um das letztere, die Verdeutlichung der die Regelung begründenden Wertungen und Umsetzung derselben in eine konsensfähige Regelung, geht es dieser Arbeit.*

<sup>162</sup> Daß dem hier Gesagten aus anderer, im übrigen ebenfalls rechtsvergleichender, Sicht durchaus entgegengetreten werden könnte, zeigt etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 197, der meint es sei eine Selbsttäuschung, aus angeblichem Respekt vor dem historischen Gesetzgeber, der für das Deliktsrecht eine Regelung nach dem Vorbild des Art. 1382f. CC gerade vermeiden zu wollen, um sich dann unter Berufung auf die nötige Rechtsfortbildung mit der "gesellschaftlichen Treupflicht" eine neue Generalklausel zu schaffen. Hier kann und soll es nicht darum gehen, den einen oder anderen Regelungsansatz einem anderen vorzuziehen. Hier soll es unter Berücksichtigung der Integration Europas lediglich darum gehen, einen konsensfähigen Weg zur Regelung eines anzutreffenden Problems aufzuzeigen.

<sup>163</sup> Vgl. hierzu ganz allgemein etwa Hedemann, Generalklauseln (1933); Werner, Generalklausel und Richterrecht (1966); Streck, Generalklausel und unbestimmter Rechtsbegriff (1970); Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971); ders. Generalklauseln (1978); Garstka, Generalklauseln (1976); Börner, Generalklauseln (1989); Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992); Baeter, Generalklauseln (1994).

<sup>164</sup> So Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 266. So sind denn auch der Aufzählung in § 823 BGB Generalklauseln an die Seite gestellt, so daß man auch sagen könnte, daß das gesetzliche Haftungsrecht in Deutschland zwischen zwei Extremen die Mitte einhält, vgl. so Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 51.

Regelungen oft ein Stück "geronnener Politik" darstellen,<sup>165</sup> sind tatbestandsarme Normen weniger fixiert und somit offener gegenüber den Veränderungen der Gesellschaft, indem sie die Wertungen aus der Realität in die rechtlichen Beurteilungen einfließen lassen.<sup>166</sup>

Es gibt verschiedene Bezeichnungen für Generalklauseln, so werden sie etwa "königliche Paragraphen"<sup>167</sup>, Richtliniennormen, Ermächtigungsnormen, Delegationsnormen<sup>168</sup>, Blankettnormen, unvollständige Rechtsnormen<sup>169</sup> oder einfach Standards<sup>170</sup> genannt.<sup>171</sup>

<sup>165</sup> Vgl. Rüthers, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. (1991), S. 10. Daß Gesetzesvorschriften zeitgebunden formuliert werden, beinhaltet zwei wesentliche Aspekte: Zum einen kann der Normgeber nur regeln, was er als regelungsbedürftig erkannt hat, und zum anderen enthält jede Regelung Wertungen, die sich aus der zeitgebundenen Werteordnung des Normgebers ergeben. Da alle Rechtsnormen somit zeitgebunden formuliert werden, altern sie, und Probleme mit der Anwendung der Norm entstehen dort, wo sich die Wirklichkeit, die die Norm zu regeln suchte, ändert, oder wenn sich im Laufe der Zeit die der Norm zugrundeliegenden Wertungsmaßstäbe ändern; vgl. etwa Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 486.

<sup>166</sup> Auf diesen generellen und eher soziologischen Aspekt der Generalklauseln wird im folgenden nicht explizit eingegangen werden. Interessante Ausführungen hierzu finden sich z.B. in Lüdersen/Noelle-Neumann/Raiser/ Teubner und Zielcke, Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften (1978), passim.

<sup>167</sup> So z.B. Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 243f.

<sup>168</sup> Delegationsnorm, weil die Norm durch ihren Verzicht auf konkrete Regelungen der Rechtsprechung die Aufgabe zuweist, die erforderlichen Rechtssätze selbst zu finden, vgl. hierzu Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 69 mit weiteren, für die hier dargestellte Problematik relevanten Nachweisen aus der Literatur.

<sup>169</sup> Vgl. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 524.

<sup>170</sup> Vgl. Larenz, Methodenlehre (1991), S. 139 oder Teubner (1970). An dieser Stelle sei zum Verhältnis dieser Arbeit zur dogmatischen Methode folgendes gesagt: Wie Steindorff, Politik des Gesetzes (1973) nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit richtig ausführt, kann die Rechtswissenschaft nicht nur streng dogmatisch an Problembereiche herangehen, auf denen sie eine makrogesellschaftliche Verantwortung trägt. Hier muß die Politik des Gesetzes - in dieser Arbeit wird statt dem Ausdruck Politik des Gesetzes von gesetzlich vorgegebenen Wertungen gesprochen - Gegenstand der Rechtswissenschaft sein, vgl. Steindorff aaO. S. 243.

<sup>171</sup> Vgl. insgesamt Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung (1968), S. 212. Vgl. Zur systematischen Abgrenzung von Generalklauseln gegenüber anderen Gesetzesregeln Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Gefahr für Recht und Staat (1933), S. 53ff. Das Werk, dies wird bei einer rechts- und zeitgeschichtlichen Betrachtung des Werkes besonders deutlich, ist - trotz des Titels des Werkes - nicht als eine generelle Ablehnung der Verwendung von Generalklauseln zu sehen. Hedemann hatte 20 Jahre früher die "Königlichen Paragraphen" als Möglichkeit begrüßt, das bürgerliche Recht zu modernisieren und es an die neuen Verhältnisse anzupassen, vgl. Hedemann, Werden und Wachsen (1913). 1933 schrieb er dagegen von der Legitimierung eines politischen Systemes durch Generalklauseln als einem *Hort der Weltanschauung*, vgl. hierzu Hedemann, Flucht in die Generalklauseln (1933) S. 18, 42, 51f. sowie 71ff. Auch ohne auf die - begründeten - Vorbehalte gegenüber Hedemanns Meinungen einzugehen - vgl. z.B. seine Ansichten in der von ihm und Freisler herausgegebenen Festschrift "Kampf für ein deutsches Volksrecht" - und das politische Umfeld der damaligen Zeit in mente habend, müssen einige der Bedenken Hedemanns den Generalklauseln gegenüber heute anders verstanden werden. Die demokratische Verankerung ist heute weit tiefer gehender als zur Entstehungszeit des Werkes, vgl. dazu auch Walther, Positivismus im Dritten Reich (1989), passim. Anderer Ansicht als hier wohl Rüthers, aaO S. 214., vgl. dazu auch Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969) S. 645f. Wenn z.B. Börner, Die Bedeutung der Generalklauseln (1989), S. 212 meint, daß die Erfahrungen der nationalsozialistischen Zeit auch heute noch Anlaß geben sollten, die Generalklauseln nur vorsichtig und in eng begrenzten Ausnahmefällen anzuwenden, so ist ihm hierin allgemein zwar Recht zu geben. Wenn es aaO. aber weiter heißt, daß diese selbst auferlegte Zurückhaltung verdeutlichen würde, daß die deutsche Justiz aus den Fehlern der Vergangenheit gelernt hat und sich nicht nur inhaltlich, sondern auch methodisch von der nationalsozialistischen Zeit distanziert, so ist dem nur differenzierend zu folgen: Auf den Feldern, wo eine an Generalklauseln orientierte Regelung den Anforderungen besser entspricht als eine tatbestandsreiche Regelung, ist auf diese zurückzugreifen. Es sei jedoch gleichzeitig erwähnt, daß in nationalsozialistischer Zeit eine Generalklausel befürwortet wurde, die sich auf die Treupflicht berief. Dies nationalsozialistische

Gelegentlich werden Generalklauseln auch als wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe<sup>172</sup> bezeichnet. Dies erscheint richtig und ist im vorliegenden Kontext besonders hervorzuheben.

Eine eigentliche Definition der Generalklausel erübrigt sich.<sup>173</sup> Gemeinsam ist all diesen Begriffen, daß sie Generalklauseln bezeichnen und wertungsbezogene Rechtsnormen sind, die auf der Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite überwiegend normativ und inhaltlich unbestimmte Entscheidungsnormen enthalten und damit die Anwendung des ihnen zugrunde liegenden Rechtsgedanken auf eine große Zahl von Einzelfällen ermöglichen. Im Gegensatz zu einer "bloß dehnbaren Regel" steht die Generalklausel somit *über* den Einzeltatbeständen.<sup>174</sup> Weitgehend ergänzen die Generalklauseln die zisierten Tatbestandsregelungen des Gesetzes.

Der Unterschied zu tatbestandsreichen Normen ist, daß sich die auf Generalklauseln gestützte Entscheidung an Wertbegriffen orientiert, die sich außerhalb der Gesetzesnorm<sup>175</sup> finden. Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Wertungen überläßt der Gesetzgeber dabei weitgehend dem Richter,<sup>176</sup> der sich also bei der von ihm vorzunehmenden wertenden Auslegung<sup>177</sup> und Anwendung weitgehend an Wertmaßstäben und Vorgaben orientieren muß, die im Gesetz selbst nicht geregelt sind.<sup>178</sup> Oder um es kurz zu sagen: bei der Generalklausel wird im Gegensatz zur tatbestandsreichen Norm *nicht subsumiert, es wird gewertet und wertend Recht gefunden*.<sup>179</sup>

---

Denken beruhte auf der Idee der gegenüber der Volksgemeinschaft bestehenden Verpflichtung des Aktionärs, und eine weitergehende Kommentierung erübrigt sich (worauf mit Recht bereits Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 36f. hinweist).

<sup>172</sup> Vgl. Zippelius, Juristische Methodenlehre (1985), S. 92.

<sup>173</sup> So auch Streck, Generalklausel und unbestimmter Begriff (1970), S. 24. Einige der Definitionen lauten "Tatbestandserfassung, die mit großer Allgemeinheit einen Fallbereich umfaßt und der rechtlichen Behandlung zuführt" oder etwa "besonders weitgehende Individualisierungsermächtigungen an den Rechtsanwender". Vgl. zur Definition der Generalklausel auch Rütters, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 213. Hierzu sei verwiesen auf Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 244f. Teubner, Standards (1971), S. 115, meint es sei verfehlt, die Frage nach dem "Wesen" der Generalklauseln zu stellen, weil diese als Leerformeln rein instrumentalen Charakter haben und ihre Funktion nur je in einer geschichtlichen Situation bestimmt werden kann. Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden, auch in dieser Arbeit wird die funktionale und geschichtliche Komponente bei der Betrachtung von Generalklauseln jedoch nicht außer acht gelassen.

Für eine enge Abgrenzung des Begriffes Generalklausel setzt sich - an sich überzeugend - Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992) ein. Das Ziel der hier vorliegenden Arbeit ist es jedoch nicht, rechtsmethodische Aussagen über den Begriff Generalklausel zu machen, sondern vielmehr den Anwendungsbereich für eine wertungsausfüllungsbedürftige Norm im Bereich des Haftungsprivilegs im polykorporativen Unternehmen aufzuzeigen, und zu diesem Zweck erübrigt sich eine Definition der Generalklausel.

<sup>174</sup> Vgl. Hedemann, Generalklausel (1933), S. 54.

<sup>175</sup> Vgl. ausführlich hierzu Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 524f., 542, 551, 560 jeweils mit Nachweisen.

<sup>176</sup> Vgl. zu der Bedeutung von Wertungen bzw. Wertmaßstäben für den Richter die Ausführungen oben in diesem Teil unter A.II. und gleich unten unter D.II.2.

<sup>177</sup> Vgl. hierzu z.B. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 523.

<sup>178</sup> Vgl. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, S. 211ff.

<sup>179</sup> So einprägsam Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 552, für den der Subsumtionsvorgang zwar auch eigene Wertungen enthält, diese bilden bei der Subsumtion aber nicht den

## II. Zur Rolle der Generalklauseln im Rechtssystem

### 1. Aufgaben der Generalklauseln

Wie oben dargelegt, altern die Kodifikationen, und den Generalklauseln kommt so die Aufgabe zu, die rasche Anpassung der rechtlichen Ordnung an den Wandel der Verhältnisse zu gewährleisten.<sup>180</sup> Überdies - und als Teil dieser Anpassung - scheint besonders die vortreffliche Eignung der Generalklauseln zur Lösung akuter Einzelkonflikte im Sinne einer materiell gerechten Entscheidung, wo eine solche nach einer starren Sachnorm nicht möglich wäre, bemerkenswert. Den Generalklauseln kommt somit eine einzelfallbezogene und einzelfallbegrenzte Wirkung zu<sup>181</sup>.

Im Laufe der Zeit können die Generalklauseln ebenso über die Rechtsprechung zum Aufbau ganz neuer, auf Dauer berechneter Rechtsinstitute dienen.<sup>182</sup> Hierzu ist jedoch anzumerken, daß dies lediglich auf Feldern der Fall ist, wo es sich um überschaubare Rechtsfragen handelt.<sup>183</sup> Dabei sind Generalklauseln als Grundsatznormen somit mögliche Kristallisationspunkte der richterlichen Rechtsfortbildung.<sup>184</sup> Bemerkenswert ist, daß Generalklauseln somit häufig "*starting points oder Aufhänger für die konkrete richterliche Normbildung*" sind, und somit im Laufe der Rechtsentwicklung zu Ergebnissen führen, die vom Gesetzgeber in dieser Ausgewogenheit oftmals vorher nicht zu erlassen gewesen wären.<sup>185</sup> Die Generalklauseln haben somit eine Entwicklungsfunktion,<sup>186</sup> indem sie den Rahmen abgeben, in dem eine Vorarbeit für eine eventuelle spätere, inhaltlich ausgewogene Regelung möglich ist.

---

Schwerpunkt des Rechtsfindungsvorganges, vgl. aaO. S. 553. Vgl. hierzu auch eine für diese - wohl allgemein etwas zu kategorische - Feststellung, die Beschreibung des Verfahrens zur Ableitung von Entscheidungen aus rechtlichen Normen S. 526.

<sup>180</sup> Vgl. etwa Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 522 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>181</sup> Vgl. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 560f.

<sup>182</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 61ff., mit Verweis auf die Schaffung von Rechtsinstituten wie der culpa in contrahendo. Hedemann meint desweiteren, daß die Generalklauseln auch zu einer allgemeinen Hebung des Judiziums auf eine höhere Plattform führen. Ob dies so ist, sei an diesem Ort der Wertung des Lesers freigestellt.

<sup>183</sup> Vgl. hierzu die systemübergreifende Bemerkung Mestmäckers in Macht - Recht - Wirtschaftsverfassung (1973), S. 106 zu der Maßgeblichkeit der Justitiabilität der Kriterien auf den zu beurteilenden Sachverhalt. Nach Mestmäckers Auffassung ist es bisher nur in demjenigen Bereich gelungen, Generalklauseln durch die Rechtsprechung zu konkretisieren, in welchem die systematische Parallelität von Privatrecht und marktwirtschaftlichem Prozeß zu beurteilungsfähigen Mikrostrukturen führt. Diese wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtung zeigt ganz generell auf, daß nur solche Bereiche anhand von Generalklauseln zu konkretisieren sind, deren Probleme sich in Wertungen erfassen lassen - die bei der hier behandelten Problematik auf unternehmerische Gesichtspunkten eingehen müssen, um rechtlich beurteilungsfähig zu sein.

<sup>184</sup> Vgl. Merz, Dauer und Wandel des Rechts (1973), S. 337 und Baeter, Generalklauseln (1994), S. 83ff. Wenn Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992) diesem entgegentritt, so geschieht dies aus einem methodischen Ansatzpunkt, vgl. hierzu Weber, Erwiderung auf Baeter (1994), S. 90.

<sup>185</sup> Vgl. Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969), S. 650 sowie Baeter, Generalklauseln (1994), S. 87 und schon Esser, Grundsatz und Norm (1964) S. 150f. und besonders S. 221ff.

<sup>186</sup> Vgl. hierzu auch Bydliński, Methodenlehre (1982) m.w.N.

Im Laufe der Zeit werden so bei einer Generalklausel durch Güterabwägung, Fallvergleichen und Fallgruppenbildung<sup>187</sup> die Kriterien herausgearbeitet, nach denen der Einzelfall - z.B. eine Frage der Haftung - zu entscheiden ist.<sup>188</sup>

Ebenso kann sich durch eine Reihe von Fällen eine richterliche Generalklausel bilden. Diese bedarf nun ihrerseits von Fall zu Fall einer Konkretisierung. Dadurch beginnt sie, sich allmählich systematisch in Untergruppen aufzugliedern.<sup>189</sup> Generalklauseln können somit der Judikatur die Entwicklungsrichtung vorgeben. Gleichzeitig überlassen sie es jedoch der Rechtsprechung, die benötigten Einzelrechtssätze durch Konkretisierung selbst zu entwickeln.<sup>190</sup> Ein Beispiel für vom Gesetzgeber vorgegebene Wertungen könnte die wertungsgemäße Verteilung wirtschaftlicher Güter,<sup>191</sup> wirtschaftlicher Risiken oder wirtschaftlicher Macht<sup>192</sup> zwischen Beteiligten sein.<sup>193</sup>

Der in der Rechtswirklichkeit laufend festzustellende Aufbau neuer Rechtsinstitute sollte vom Gesetzgeber in Kodifikationen umgesetzt werden, wenn Gesetz und Rechtslage sich decken sollen. Das Kodifizieren sollte als ein Instrument rechtlicher Gestaltung und Ordnung verfügbar sein, wie dies z.B. beim AGBG der Fall gewesen ist, das zu § 242 BGB entwickelte Fallgruppen kodifizierte.<sup>194</sup> Leider kann dies vom Gesetzgeber jedoch

<sup>187</sup> Die Bildung von Fallgruppen unter dem 'Schirm' von Generalklauseln ist ein wesentlicher Faktor in der Rechtsfortbildung. Daß Generalklauseln ein funktionstüchtiges Instrument hierzu sind, verdeutlicht etwa Beater, *Generalklauseln und Fallgruppen* (1994), S. 83ff. Vgl. hierzu auch die Ausführungen unten zu § 242 BGB. Bemerkenswert ist jedoch, daß eine solche Fallgruppenbildung die einzelne Entscheidung auch von den der Generalklausel zugrundeliegenden Wertungen entfernen kann, und die Fallgruppenbildung deshalb auch auf Ablehnung stößt, vgl. so in Anlehnung an Teubner etwa Weber, *Konkretisierung von Generalklauseln* (1992) mit Fazit auf S. 565.

<sup>188</sup> Deutsch, *Haftungsrecht* (1976), S. 109.

<sup>189</sup> So Stimpel, *Richterliche Rechtsfortbildung* (1969), S. 18, vgl. dazu Hüffer, *Treupflicht als Generalklausel* (1990), S. 59.

<sup>190</sup> Vgl. so etwa Hüffer, *Treupflicht als Generalklausel* (1990), S. 67.

<sup>191</sup> Wie z.B. den in dieser Arbeit behandelten wirtschaftlichen Verluste bei Zahlungsunfähigkeit einer im Unternehmensverbund stehenden Kapitalgesellschaft.

<sup>192</sup> Vgl. hierzu beispielsweise die Diskussion um die Treupflicht unten im zweiten Teil unter E.II.2

<sup>193</sup> Vgl. hierzu Hedemann, *Generalklauseln* (1933), S. 61.

<sup>194</sup> Vgl. zum § 9 AGBG die Ausführungen gleich unten in diesem Teil unter D.III.3.b. Problembezogen ist in der Literatur denn auch daran erinnert worden, bezeichnenderweise von Richterseite, vgl. Stodolkowitz, *Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs* (1992), S. 1526, daß gerade die Herausbildung konzernrechtlicher Haftungsregelungen an frühere Diskussionen über die von der Rechtsprechung lange für dem AGBG praktizierte Inhaltskontrolle erinnere, weil die einseitige Gestaltungsmöglichkeit - bei den AGB des Vertragsinhaltes, bei der Unternehmenssegmentierung des Haftungsvolumens - unterschiedlichen Gläubigern/Vertragspartnern unterschiedliche Möglichkeiten bietet. Stodolkowitz, aaO., weist beispielsweise richtig darauf hin, daß Großgläubiger, insbesondere kreditgewährende Banken, aufgrund ihrer wirtschaftlichen Macht größere Sicherung erreichen könnten, beispielsweise durch Herstellung eines konzernmäßigen Kreditverbundes, während die Masse der kleinen Gläubiger, wie Handwerker und Kleinlieferanten aber eben auch Deliktsgläubiger etc. die volle Belastung treffen würde. De facto wird so aufgrund der unterschiedlichen Gestaltungspotentiale im Ergebnis nur gegenüber gewissen Gläubigern eine Haftungsbegrenzung erreicht. Hier soll nicht weiter auf die Implikationen des Gesagten eingegangen werden, betont sei jedoch, daß der hier behandelten Problematik eine gewisse Eigendynamik und Eigengesetzlichkeit innewohnt; ein Umstand, welcher gerade bei Regelungsfragen zu berücksichtigen ist.



im Augenblick aufgrund der gegebenen rechtswissenschaftlichen Diskussion<sup>195</sup> und den wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Voraussetzungen nicht erwartet werden.

Diese gesamte Problematik der "*Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung*"<sup>196</sup> ist altbekannt, und es ist wichtig, sich deutlich zu machen, daß dies nicht die in dieser Arbeit behandelte Fragestellung ist: Es geht in dieser Arbeit nicht um einen jener Fälle, in denen Generalklauseln dem Gesetzgeber dazu dienen, sich einer klaren Stellungnahme zu entziehen<sup>197</sup>.

Das in dieser Arbeit behandelte Problem ist vielmehr eine jener Fragen, in denen gerechtfertigte Tatbestandsöffnungen nicht abzulehnen sind, weil "*die Verwendung offener Formulierungen angemessen erscheint*" und weil "*eine wünschenswerte weitere Konkretisierung zu gesetzestechnisch unerwünschten Einzeldifferenzierungen auf der einen Seite und zu ebenfalls unangemessenen Gesetzeslücken auf der anderen Seite geführt hätte*"<sup>198</sup>.

An dieser Stelle sei angemerkt, daß als ein Grund für das Einführen von Generalklauseln oftmals die Überlastung des Gesetzgebers angeführt wird.<sup>199</sup> Generalklauseln vermögen den Gesetzgeber zu entlasten, indem sie eine gewisse Anpassungsfähigkeit, Elastizität und Flexibilität der Rechtsordnung gewährleisten.<sup>200</sup> Generalklauseln erübrigen so eine ständige Korrektur der gesetzlichen Regelung. Diese Korrekturen finden in einer elastisch sich fortentwickelnden Rechtsprechung statt: Generalklauseln können so zur Versöhnung der miteinander streitenden Kräfte beitragen.<sup>201</sup>

Die wesentliche Aufgabe der Generalklausel liegt darin, die Brauchbarkeit eines Gesetzes auch dann zu gewährleisten, wenn das Gesetz mit Rechtsproblemen konfrontiert wird, die bei der Gesetzgebung nicht abzusehen waren. Dies gilt besonders für Fälle, bei denen es sich um neuartige, bei der Gesetzgebung eben noch nicht aufgetretene Problemstellungen

<sup>195</sup> Vgl. hierzu z.B. die Problemstellung des sogenannten qualifizierten faktischen Konzerns, auf die unten im dritten Teil unter C.V.5 eingehend Bezug genommen wird.

<sup>196</sup> So der Titel eines Vortrags von Diederichsen, auf dem die folgenden Gedanken aufbauen, vgl. dens., *Flucht des Gesetzgebers* (1974), S. 21ff.; bereits der Titel enthält eine Anspielung auf den Gedankengang von Hedemann, *Flucht in die Generalklauseln* (1933).

<sup>197</sup> Vgl. hierzu näher Diederichsen, *Flucht des Gesetzgebers* (1974), S. 25ff. Die Flucht des Gesetzgebers besteht in diesen Fällen darin, einen regelungsbedürftigen Sondertatbestand zu leugnen, so Diederichsen, aaO. S. 22.

<sup>198</sup> Vgl. so und insgesamt hierzu Diederichsen, *Flucht des Gesetzgebers* (1974), S. 22ff.

<sup>199</sup> Vgl. Hedemann, *Generalklauseln* (1933), S. 58f., der an dieser Stelle auch anschaulich die juristisch schwer faßbaren Gründe der *inneren Haltlosigkeit* und der *Ermüdung* anführt. Hiermit ist jedoch aus neuzeitlicher Perspektive eher die Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Aufnahme ethischer Grundentscheidungen in den Gesetzestext angesprochen. Diese Betrachtung läßt sich aus dem Umstellungsprozeß der gesellschaftlichen Werte in der von Hedemann behandelten Zeitspanne erklären. Diesen gesellschaftsstrukturellen Betrachtungen kommt jedoch bei der Betrachtung des hier behandelten, einzelnen Rechtsproblems keine Aussagekraft zu.

<sup>200</sup> Vgl. Werner, *Generalklauseln und Richterrecht* (1966), S. 5; Hedemann, *Generalklauseln* (1933), S. 61.

<sup>201</sup> So K. Schmidt, *Kodifikationsidee* (1985), S. 44f., der die Kodifikationsidee an sich zwar verteidigt, zur flexibleren Gestaltung und Herausbildung von tragenden Rechtsgedanken jedoch eben auf Generalklauseln zurückgreifen will. Diesem ist zuzustimmen.

handelt, die sich möglicherweise erst aus der Eigendynamik einer Regelung oder eines Rechtsinstitutes ergeben haben. Für solche "*Stücke offengelassener Gesetzgebung*"<sup>202</sup> werden der Rechtsanwendung Wertungen vorgegeben.<sup>203</sup>

Der Rechtsanwender soll die in den Generalklauseln zum Ausdruck kommenden Grundentscheidungen nicht unterlaufen können.<sup>204</sup> Dadurch sollen die Generalklauseln "*in unablässiger Erneuerung das lebendig weiterfließende Recht begleiten und beeinflussen.*"<sup>205</sup> Zu den Aufgaben und Funktionen<sup>206</sup> der Generalklauseln gehört auch, dass Generalklauseln einer starren Generalisierung entgegen wirken können, indem sie der "Billigkeit" im Sinne der Gerechtigkeit des Einzelfalles zum Durchbruch verhelfen.<sup>207</sup> Diese Möglichkeit der starken Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles erlaubt bei der Verwendung von Generalklauseln außerdem die Möglichkeit quantitativ abstufbarer Aussagen, eines mehr oder weniger, die lange Zeit im juristischen Denken keine Beachtung fand. Ebenso ermöglicht sie die Beachtung und eventuelle Maßgeblichkeit mehrerer juristischer Kriterien in ihrem Gegen- oder Zusammenspiel,<sup>208</sup> und erlaubt so eine pluralistische Beurteilung des Einzelfalles.<sup>209</sup>

Auf die zahlreichen anderen Funktionen und Aufgaben der Generalklauseln soll hier nicht näher eingegangen werden.<sup>210</sup> In dieser Darstellung sollten nur die Funktions- und Erscheinungsmerkmale dargelegt werden, die für ein Verständnis des Unterschiedes von tatbestandsreicher Regelung und Generalklausel nötig waren.

## **2. Rolle des Richters bei der Anwendung von Generalklauseln**

Historisch bemerkenswert für die hier behandelte Frage der Regelung durch zisierte Tatbestandsregelung oder Generalklauseln ist außer der Entstehung der Rechtsordnungen der hiermit zusammenhängende Unterschied in der dem Richter in den Kodifikationen

<sup>202</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 58 und wie dieser Börner, Die Bedeutung der Generalklauseln (1989), S. 2.

<sup>203</sup> Vgl. zur Bedeutung der Wertungen bei der Rechtsauslegung oben in diesem Teil unter A.

<sup>204</sup> Vgl. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 542.

<sup>205</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 57.

<sup>206</sup> Vgl. Werner, Richterrecht und Generalklausel, (1966), S. 23ff.

<sup>207</sup> Vgl. Canaris, Systemdenken (1982), S. 133.

<sup>208</sup> So Bydlinski, Methodenlehre (1982), S. 136, der dabei betont, daß menschliche Wertungen von unterschiedlicher Stärke sind und an bestimmte Elemente des bewertenden Sachverhaltes anknüpfen - und dementsprechend in ihrer Intensität von der konkreten Ausprägung des Sachverhaltselements abhängen; vgl. zur Bedeutung der menschlichen - in casu: richterlichen - Wertung gleich anschließend unter 2 und bereits oben in diesem Teil unter A.II.

<sup>209</sup> Gerade hierauf wird im materiellrechtlichen Teil zurückzukommen sein, vgl. anschaulich zum Zusammenspiel und konkret zu gewichten einzelnen Faktoren beim Umfang der Treupflicht und insbesondere beim Wahren des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft unten im dritten Teil unter E.

<sup>210</sup> Vgl. etwa zur Auswahlfunktion der jeweiligen Generalklauseln Bydlinski, Präzisierung aktueller Generalklauseln (1989), S. 210. Dabei geht es darum, daß mit Hilfe grammatikalischer, systematischer und historischer Auslegung festgestellt wird, *welche* gesetzlichen Grundwertungen bei der Konkretisierung einer Generalklausel heranzuziehen sind. Da es eben das Ziel dieser Arbeit ist, diese Wertungen offenzulegen, erübrigt sich eine Betrachtung dieser Funktion für die hier behandelte Problemstellung.

zugedachten Rolle. Bevor auf die Rolle des Richters in Deutschland eingegangen wird, soll der Blick kurz ins benachbarte europäische Ausland geworfen werden. Denn es gilt aufzuzeigen, wie unterschiedlich die Rolle des Richters in unterschiedlichen Rechtssystemen ist, und um zu zeigen von welcher großer Bedeutung die unterschiedlichen Rechtstraditionen und nationalen historischen Hintergründe sind.

#### **a. Rechtsvergleichender Ausblick zur Rolle des Richters**

So ist z.B. lediglich das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) aus der Kontinuität eines freiheitlich verfaßten Gemeinwesens erwachsen, und gerade deshalb sind der Art. 1 Abs. 2 und 3 des ZGB interessant. In ihnen hat man nämlich das ganze Gesetz einem generalklauselartigen Auffangtatbestand unterworfen: (Abs. 2) *Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und wo ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.* (Abs. 3) *Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.*<sup>211</sup> In der Schweiz ist der gesamten Kodifizierung des Zivilrechts von 1907 somit eine Art Generalklausel vorangestellt, und das Rechtssystem ist somit systemimmanent offen. Die Bestimmung ermöglicht es, in der Rechtsfortbildung einen vom Gesetzgeber erwünschten Normbildungsprozeß zu sehen.<sup>212</sup> Durch die ausdrückliche Anerkennung der Lückenhaftigkeit des Gesetzes beinhaltet das schweizerische ZGB somit gleichzeitig einen expliziten Verzicht auf eine strenge Begriffsbildung und auf eine in sich geschlossene Systematik<sup>213</sup>. Der schweizerische Richter hat also einen Rechtsfortbildungsauftrag.

Diese Bestimmung sollte hier in das Bewußtsein gerufen werden, weil gerade sie zeigt, da es nötig ist, das geschriebene Recht und seine Prinzipien fortzudenken, welches auf dem Rechtsgebiet<sup>214</sup> dieser Arbeit unbedingt nötig ist.

Im Gegensatz zu der schweizerischen wuchsen die deutsche und alle anderen großen Kodifikationen des Zivilrechts der Neuzeit in der Wissenschaft und wurden dann von bürgerlichen Obrigkeitsstaat durchgesetzt.<sup>215</sup> Hierbei kam dem Richter dann eine andere Rolle zu. So besagt z.B. die Formulierung des Art. 5 des Code civil, da *Il est defendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui*

<sup>211</sup> Vgl. dazu etwa Fikentscher, Methoden des Rechts III (1976), S. 764; vgl. auch gerade in Bezug auf die Bedeutung der Rolle des Richters im geltenden deutschen Recht Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers (1974), S. 53f.

<sup>212</sup> Auf die Erweiterung der Rechtsquellenlehre um das Richterrecht soll hier aber nicht eingegangen werden, vgl. hierzu Fikentscher, Methoden des Rechts (1976), S. 765 und damit anders als Larenz, Methodenlehre (1991), S. 431f, vgl. auch dessen rechtsgeschichtliche und -methodische Einordnung aaO. S. 62. Vgl. zur methodischen Erörterung des pro und contra richterlicher Rechtsfortbildung problembezogen etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen (1986), S. 3. Vgl. zur Unterscheidung der Rechtsfortbildung im engeren Sinne, d.h. praeter oder gar contra legem, von der rechtmethodisch unproblematischen Konkretisierung von Generalklauseln etwa Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung (1965), S. 1ff. und zur Bedeutung für die gesellschaftsrechtliche Problematik Ulmer, aaO. S. 33 m.w.N.

<sup>213</sup> Vgl. Merz, Dauer und Wandel des Rechts (1973), S. 336f.

<sup>214</sup> Vgl. auch Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 330.

<sup>215</sup> Vgl. nur Kübler, Kodifikation (1969), S. 646.

*leurs sont soumises.*<sup>216</sup> Im französischen Recht soll der Richter traditionell also gerade keine generellen Regeln aufstellen.<sup>217</sup>

Im englischen Recht, das keine durchgreifende Kodifikation kennt, ist die Rolle des Richters eine völlig andere. So heißt es z.B. in einem Urteil: "*In our society the judges have in some aspects of their work a discretionary power to do justice so wide that they may be regarded as lawmakers. The common law and equity, both of them in essence systems of private law, are fields where, subject to the increasing intrusion of statute law, society has been content to allow the judges to formulate and develop the law. The judges even in this, their very own field of creative endeavour, have accepted, in the interests of certainty, the self-denying ordinance of stare decisis, the doctrine of binding precedent; and no doubt this judicially imposed limitation on judicial lawmaking has helped to maintain confidence in the certainty and even-handedness of the law.*"<sup>218</sup> Im englischen Recht hat der Richter lediglich eine - begrenzte - Rechtssetzungsaufgabe.

Wenn die Betrachtungen der Rolle des Richters hier erst in dritte Rechtsordnungen gehen, so hat dies seinen Grund: eben weil die Rechtsordnungen so verschieden sind, die Auffassungen der Aufgaben des Richters bei der Rechtsanwendung so unterschiedlich und das juristische Selbstverständnis so sehr divergiert, ist es notwendig, sich bei rechtssystemübergreifenden und besonders bei rechtsvergleichenden Erwägungen von dem an eine bestimmte Rechtsordnung gebundene Vorverständnis zu distanzieren. Die kurzgehaltenen Ausführungen zur Rolle des Richters in einigen Nachbarstaaten Deutschlands sollten zum einen die große Spanne der Rolle aufzeigen, die der Richter in einer Rechtsordnung haben kann, zum anderen sollten diese Betrachtungen dazu beitragen, daß die in dieser Arbeit präsentierten Auffassungen mit einiger Distanz zur

---

<sup>216</sup> "Die Richter haben über die ihnen zugewiesenen Rechtssachen zu entscheiden, aber nicht im allgemeinen gesetzesähnliche Verfügungen zu erlassen."

<sup>217</sup> Vgl. hierzu Frowein, Grenzen des Richterrechts (1986), S. 555 sowie 560f. Problembezogen ist dagegen interessant, daß bei der "*action en comblement du passif*" also der Frage, ob ein Geschäftsführer in voller Höhe oder einem geringeren Betrag zu Schadensersatz zu verurteilen ist, wenn er für Forderungsausfälle bei Insolvenz mitursächlich war, *durch weites richterliches Ermessen die generalklauselartige Weite und Unbestimmtheit des Tatbestandes aufgefangen und korrigiert wird*; vgl. wie hier nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 758 m.w.N.

<sup>218</sup> Vgl. Lord Scarman in *Duport Steels Ltd. vs Sirs* [1980]1 All England Reports, 529, 551. Gleichzeitig sei - problembezogen - jedoch daran erinnert, daß es im englischen Recht kein materielles Billigkeitsprinzip gibt - und daß auch und gerade die Gerichte hieran festhalten; vgl. nur die strikte Vertragsauslegung in *Arcos v. Ronassen* [1933] A.C.470: "*[...] the predictable legal outcome of a case is more important than absolute justice. It is necessary in a commercial legal setting that businessmen at least should know where they stand. The law may be hard, but [...] we are worried that if our courts become too ready to disturb contractual transactions then commercial men will not know how to plan their businesslife [...] The last thing we want to do is to drive business away by vague concepts of fairness which make judicial decisions unpredictable [...]*" Problembezogen sei gleichzeitig an die neuere gesellschaftsrechtliche Gesetzgebung erinnert, vgl. nur sec. 214 Companies Act, und daran, daß die hier behandelte Problemstellung einerseits gesellschaftsrechtlicher Art ist, daß die sich hier entfaltenden Wertungen gerade einen Bereich betreffen, der dem Einfluß der Gläubiger entzogen ist. Eben dies ist der Hintergrund des der hier behandelten Problematik zugrundeliegenden besonderen Schutzerfordernisses, weshalb dem oben zitierten Urteil zwar grundlegend zur unterschiedlichen Rolle des Richters, nicht jedoch problemspezifische Bedeutung zuzumessen ist.

eigenen Rechtsordnung aufgefaßt und in den in der Einführung angesprochenen Kontext eingeordnet werden.

### **b. Rolle des Richters in Deutschland**

Nach diesen Beispielen aus anderen Rechtssystemen ist nun die Rolle des Richters in Deutschland aufzuzeigen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß sich das Richterleitbild in Deutschland im Laufe der Zeit stark gewandelt hat.<sup>219</sup> Unbestreitbar leistet die Rechtsprechung - auf der Lehre aufbauend<sup>220</sup> - in Deutschland gegenwärtig zahlreiche wesentliche Beiträge zur Rechtsfortbildung.<sup>221</sup> Diese Rechtsfortbildung ist in Deutschland legitim,<sup>222</sup> ihr sind jedoch durch die Gewaltenteilung in der Verfassung Grenzen gesetzt.<sup>223</sup> Das heißt, daß während der Gesetzgeber aufgrund seiner Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Verfassung Regelungsziele und -inhalte seiner Gesetze selbst bestimmen kann, steht dem Richter eine vergleichbare Gestaltungsfreiheit nicht zu. Inhaltlich sind ihm durch den rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung Schranken

<sup>219</sup> Vgl. hierzu Hattenauer, Wandlungen des Richterleitbildes (1988); vgl. auch den Überblick bei Hesselberger, Entwicklungen, Grenzen und Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung (1991), S. 153ff. Es kann hier nicht der Ort sein historischen, philosophischen oder politischen Ursachen hierfür im einzelnen nachzugehen. Dies ist zwar interessant, sprengt aber bei weitem den Rahmen dieser Arbeit. Wenn die unterschiedliche Rolle des Richters hier überhaupt einer eigenen Betrachtung unterzogen wird, so ist dies zum einen darin begründet, daß die Rückbindung des Rechts an gesetzgeberisch vorgegebene Wertungen vom Richter vorgenommen wird, vgl. hierzu die Ausführungen oben in diesem Teil unter A.II. Zum anderen - und dies sei hier noch einmal betont - muß die Rolle des Richters jedoch betont werden, weil der funktionale Rechtsvergleich erst dadurch ergiebig wird, daß rechtssystemübergreifende Betrachtungspositionen eingenommen werden, und international konsensfähige Lösungen diesem gerecht werden müssen.

<sup>220</sup> Gerade eines der Urteile zur Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen, BGHZ 95, 330 (Autokran, 1985) ist als "*bedeutsames Beispiel zum Thema des Verhältnisses von Richterrecht und Lehre im ausgehenden 20. Jahrhundert*" bezeichnet worden (so Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 377, Fn. 12) und von gewichtiger Seite ist darauf aufmerksam gemacht worden, daß man sich aus dogmatischer Sicht der Rollenverteilung zwischen Rechtsprechung und Lehre, gerade beim Aufbauen auf Wertungsgesichtspunkte, bewußt bleiben sollte, vgl. Ulmer, Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1579. Vgl. insgesamt zur Rechtsfortbildungsproblematik im Bezug auf die Haftungsfrage im Konzern auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.80ff.

<sup>221</sup> Vgl. zur Rolle des Richters auch die Beiträge zur richterlichen Rechtsfortbildung in der Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (1986).

<sup>222</sup> Vgl. z.B. BVerfGE 34, 269, 287 (Soraya, 1973) oder BVerfGE 65, 182 (Sozialplan, 1983) oder etwa BGHZ 9, 157, 164 (1953): "Ein pflichtbewußter Richter kann sich der Aufgabe, das Recht notfalls fortzuentwickeln, nicht entziehen." Es sei jedoch daran erinnert, daß Rechtsfortbildung ohne Wertmaßstab nicht möglich ist (vgl. Schilling, Das Vollmachtsstimmrecht (1975), S. 269) und somit von rechtspolitischen Vorgaben lebt; vgl. hierzu auch K. Schmidt, Umgang mit kodifiziertem Recht (1985) S. 939f., der mit seinen Überlegungen das Ziel verfolgt, ein kodifikatorisch angelegtes, wenn auch überaus unvollkommenes Gesetz systematisch zu Ende zu denken.

<sup>223</sup> Vgl. etwa Frowein, Grenzen des Richterrechts (1986), S. 558ff. oder Müller, Richterrecht theoretisch formuliert (1986), insbesondere zu Art. 20 Abs. 3 GG S. 67f. Hier finden sich zahlreiche interessante methodische Ansätze, die deutlich den Unterschied von positivistischer und nicht-axiomistischer Richterfunktion - und Rechtsverständnis - aufzeigt; eine Divergenz zwischen zentralen methodischen Betrachtungsweisen, die auch dieser Arbeit weitgehend zugrunde liegt. In dieser Arbeit wird mit der wohl herrschenden Meinung, vgl. Canaris, Systemdenken (1969), S. 145ff. von an legislatorische Wertungen gebundenen Richtern ausgegangen.

gesetzt.<sup>224</sup> Es ist jedoch nicht zu leugnen, daß die Rechtsprechung die Rechtsentwicklung - auch und gerade die Entwicklung des in dieser Arbeit behandelten Gesellschaftsrechts<sup>225</sup> - stark geprägt hat.<sup>226</sup>

Die Gewaltenteilung kann nicht überbetont werden. Der Richter hat keine wie auch immer modifizierte legislative Gewalt, und sein Spruch kann im deutschen Recht deshalb auch niemals eine *formale* Bindungswirkung entfalten, die über die Entscheidung des konkreten Streitfalles hinausreicht.<sup>227</sup> Der Gesetzgeber kann der Justiz durch bewußtes Absehen von einer Normierung komplexer oder neu auftauchender Rechtsverhältnisse jedoch die Fortentwicklung von Rechtsregeln *praeter legem* überlassen.<sup>228</sup> Gerade im Bezug auf offene Haftungstatbestände meint das höchste deutsche Gericht diesem entsprechend, daß es Aufgabe des höchsten deutschen Gerichts sei, Grundsätze zu entwickeln, "*welche die Entscheidung des Einzelfalles normativ zu leiten imstande sind. [...] Diese Aufgabe ist nicht gleichbedeutend mit derjenigen einer unvermittelten, einzel-fallbezogenen Güter- und Interessenabwägung.*"<sup>229</sup> Dies Prinzip gilt gerade für die Ausfüllung von Generalklauseln oder die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe.<sup>230</sup>

Ein Aspekt der organisch natürlichen Fortentwicklung des Rechts verdient bei diesen Betrachtungen betont zu werden, nämlich daß eine bestimmte reale Sachproblematik vom Richter oftmals die Entwicklung einer Lösung erzwingt. Eine solche wird manchmal

<sup>224</sup> Vgl. so Boujong, Auslegung und Fortbildung (1992), S. 207 mit Verweis auf BGHZ 108, 305 (1989).

<sup>225</sup> Vgl. hierzu aus der umfangreichen Literatur nur Henze, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Aktienrecht (1992), Ulmer, Höchstrichterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht (1986); ders., Richterliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986); Hesselberger, Entwicklungen, Grenzen und Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung (1991) oder die drei Abhandlungen von Hommelhoff, 100 Bände BGHZ: Aktienrecht (1987), Lutter, 100 Bände BGHZ: Konzernrecht (1987) oder Raiser, 100 Bände BGHZ: GmbH-Recht (1987), an denen die Bedeutung der Rechtsprechung deutlich abzulesen ist. Vgl. auch die Beiträge zum 6. Symposium der ZGR (1988) zur richterlichen Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht ZGR 1988, S. 292-391. Illustrativ zur Diskussion um die Rolle des Richters bei der Weiterbildung des Haftungsrechts im Recht der verbundenen Unternehmen etwa Flume, Das Video-Urteil (1992), S. 25; Boujong, Auslegung und Fortbildung (1992), S. 207 und hierzu wiederum Flume, Das Video-Urteil II (1992), S. 817ff.

<sup>226</sup> Bemerkenswert ist ebenso, daß auch auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts die Inhaltskontrolle einen wichtigen Platz in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefunden hat. So unterwirft der BGH in ständiger Rechtsprechung Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften einer auf § 242 BGB gestützten Angemessenheitskontrolle, vgl. hierzu z.B. BGHZ 64, 238 oder BGHZ 84, 11. Vgl. auch Ulmer, Richterliche Entwicklungen (1986), S. 26ff. Auf diese Möglichkeit der weiten Kontrollbefugnisse des Richters auch im Gesellschaftsrecht soll hier nur hingewiesen werden.

<sup>227</sup> Daß dies erst recht bei der Konkretisierung von Generalklauseln gilt meint Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik (1988) S. 72.

<sup>228</sup> Vgl. so Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S. 42 m.w.N. Vgl. hierzu auch gerade in Bezug auf den Kontext der Freiheitsbeschneidung Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 201 m.w.N.

<sup>229</sup> Vgl. BVerfGE 66, 116, 138 (Bild/Walraff, 1984). Eben die Herauskrystallisierung dieser normativ leitenden Grundsätze, und die diesen zugrundeliegenden Wertungen und deren Nutzbarmachung ist das Ziel dieser Arbeit.

<sup>230</sup> Vgl. problembezogen hierzu Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S.56. Auf die Ausfüllung, Bestimmung und Konkretisierung von in Generalklauseln enthaltene Wertungen wird unten im dritten Teil unter E. bei der Betrachtungen der Wertungen *Treupflicht* und *Eigeninteresse* einzugehen sein. Gegebenenfalls können diese richterrechtlichen Regeln später gesetzlich normiert werden.

zunächst noch kasuistisch, ohne Prinzipiensuche und -nachweise, erfolgen, und sich pragmatisch an diese oder jene passende Quellenstelle anlehnen. Erst wenn die Systemwidersprüche nicht länger zu verdecken sind, wird dann zugegeben werden, daß man sie nur benutzt, um ein über sie hinausführendes Rechtsprinzip systematisch abzustützen.<sup>231</sup>

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht müssen diese vom Richter herauszuarbeitenden<sup>232</sup> grundlegenden Prinzipien auf sich stark entwickelnden Rechtsgebieten gleichzeitig einen Rückgriff auf die gesetzgeberischen Wertungen, die der gesamten Regelung des Rechtsgebietes implizit zugrundeliegen, beinhalten: Der Richter ist angewiesen, die Wertungsstimmigkeit einer solchen Rechtsentwicklung zu sichern.<sup>233</sup>

Gerade von rechtsvergleichender Seite ist denn auch den deutschen Richtern angeraten worden, sich nicht vom Überangebot der in der Jurisprudenz kursierenden, sich gegenseitig ausschließenden dogmatisch-theoretischen Konzepte ihre "natürliche Unbefangenheit" nehmen zu lassen - sondern stattdessen unmittelbar im Durchgriff auf die "maßgeblichen Wertungen" zu handeln.<sup>234</sup>

Ohne daß auf die zahlreichen Aspekte des Richterrechts in Deutschland einzugehen wäre,<sup>235</sup> mußte hier unterstrichen werden, daß es in Deutschland eine zunehmende Anerkennung richterlicher Rechtsetzungskompetenz gibt.<sup>236</sup> Auch wenn den Richtern teilweise aufgrund positivistischer methodischer Ansätze die Kompetenz abgesprochen wird, normsetzend Generalklauseln zu konkretisieren,<sup>237</sup> stehen nach dem Gesagten der Anwendung und Konkretisierung von Generalklauseln in Deutschland rechtssystematisch

<sup>231</sup> So Esser, Grundsatz und Norm (4. Aufl., 1990), S. 164; vgl. hierzu etwa Larenz, Methodenlehre (1991), S 138.

<sup>232</sup> So ist z.B. die Entwicklung der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern in Deutschland nach hier vertretener Auffassung eine systemgerechte Ausfüllung *intra ius* einer Frage, die vom kodifizierten Gesetz zwar nicht explizit geregelt ist, den dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen jedoch entspricht und folgt; in der Literatur spricht etwa K. Schmidt, Konzernhaftung (1986), S. 149 explizit von der Übernahme von Wertungen bei der Haftungsfrage in qualifiziert faktischen Konzernverhältnissen.

<sup>233</sup> Vgl. für den weiterführenden Aspekt der Rechtsfortbildung ähnlich Hesselberger, Entwicklungen, Grenzen und Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung (1991), S. 159 m.w.N.

<sup>234</sup> So, und dies metaphorisch unterstreichend, Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik (1990), S. 85.

<sup>235</sup> Vgl. statt dessen etwa die Darstellung von Picker, Richterrecht (1988) mit ausgiebigem Literaturnachweis.

<sup>236</sup> Vgl. illustrativ zur Rolle der Richter in Deutschland rechtsvergleichend und theoretisch bereits die Darstellung von Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung (1967), passim. Kriele meint, daß in der Theorie im allgemeinen nicht genügend reflektiert sei, was die Praxis eigentlich macht, wie sie es macht und vor allem, warum sie es so und nicht anders macht, und entwirft deshalb eine Theorie der Rechtsgewinnung, die u.a. zeigen soll, warum eine Monopolisierung des wertenden Element beim Gesetzgeber vergeblich sein muß. Für Kriele hat die gesetzgebende Gewalt eben kein Rechtssetzungs*monopol*, sondern nur ein Rechtssetzungs*prärogative*, und auch der Richter hat demnach eine originäre rechtsschöpferische Gewalt (Kriele, aaO. S. 311.). Daß dabei der Richter an die Entscheidungen des Gesetzgebers gebunden ist, soweit dieser von seiner Prärogative Gebrauch macht, ist evident (Gewaltenteilung).

<sup>237</sup> So etwa Müller, Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert (1986), S. 79. Problembezogen ist darauf hinzuweisen, daß während etwa in Frankreich und im Vereinigten Königreich Richter zu einem weiten richterlichen Ermessen tendieren, ein klar umrissener Sanktionskatalog daher deutschem Rechtsverständnis entspricht; vgl. hierzu im behandelten Kontext etwa Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 714.

keine Bedenken entgegen: Das deutsche Rechtssystem ermöglicht eine Regelung durch Generalklauseln, bei denen die Rechtsanwendung durch Konkretisierung der in diesen Generalklauseln enthaltenen Wertungen geschieht.<sup>238</sup>

### **3. Besondere Gefahren bei Generalklauseln**

Der Aufbau eines Rechtssystems und die Verwendung von Generalklauseln in wichtigen Rechtsbereichen und zum Klären der Rechtsfragen bei schwer als einheitlich zu charakterisierenden Rechtsproblemen bedeutet, daß man sich vom positiven Recht mehr und mehr entfernt. Es liegt jedoch im Ermessen des Gesetzgebers, über die Regelungsdichte der einzelnen Gesetze zu entscheiden. Damit entscheidet der Gesetzgeber gleichzeitig, welchen Rechtsbildungsspielraum er den Gerichten überträgt.<sup>239</sup> Entscheidet sich der Gesetzgeber auf einem Rechtsgebiet für eine Generalklausel, so räumt er damit dem Richter einen gewissen Wertungsspielraum ein.

Wenn man dem Richter größere Wertungsspielräume einräumt, so ergeben sich hieraus auch Gefahren.<sup>240</sup> Die bereits früh skizzierten drei klassischen Gefahrenmerkmale der tatbestandsarmen Regelung sind dabei die *Verweichlichung des juristischen Denkens*<sup>241</sup>, die *Unsicherheit der gesamten Struktur der Rechtsordnung*<sup>242</sup> und die *Willkür der Entscheidung durch Vermischung von ethischem, wirtschaftlichem und politischem Gehalt der Generalklauseln*<sup>243</sup>.

Diese Gefahrenmerkmale entsprechen der allgemeinen Befürchtung, daß der einzelne Richter durch Generalklauseln geradezu eingeladen würde, seinem *subjektiven Rechtsempfinden freien Lauf* zu lassen und damit auf objektive Maßstäbe zu verzichten.<sup>244</sup> Dieser Aspekt ist denn auch in der Diskussion über die in dieser Arbeit behandelte Frage der Haftung im verbundenen Unternehmen hervorgehoben worden.<sup>245</sup>

<sup>238</sup> Daß dies nicht heißt, daß der Richter seine eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle der Wertordnung des Gesetzes treten lassen darf, sei hier nur betont, ebenso etwa Hesselberger, *Entwicklungen, Grenzen und Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung* (1991), S. 156 m.w.N.; vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter D.II.4.

<sup>239</sup> Vgl. hierzu bezogen auf die in dieser Arbeit behandelte Problematik etwa Ulmer, *Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht* (1986), S.42.

<sup>240</sup> So ausgedrückt im Titel von Hedemanns Werk (1933), der "Die Flucht in die Generalklauseln" mit dem Untertitel "Eine Gefahr für Recht und Staat" versah.

<sup>241</sup> Vgl. Hedemann, *Generalklauseln* (1933), S. 66f., der hiermit die Tendenz meint, statt *der schweren Arbeit des Durchkonstruierens* in das *bequeme Polster der Generalklauseln* zu versinken. Vgl. hierzu auch Diederichsen, *Flucht des Gesetzgebers* (1974), S. 21.

<sup>242</sup> Vgl. Hedemann, *Generalklauseln* (1933) S. 56 und 67ff. Das hier angesprochene Problem ist, daß an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters entscheidet. Vgl. zum Ersatz des objektives Maßstabes durch subjektives Empfinden die schon im Titel angelegte Betrachtung der "Gefahr für Recht und Staat". Vgl. auch Hachenburg-Bing in *DJZ* 1932, Sp. 276.

<sup>243</sup> Vgl. Hedemann, *Generalklauseln* (1933), S. 71.

<sup>244</sup> So Hedemann, *Generalklauseln* (1933), S. 68 mit Verweis auf Hachenburg-Bing. Wie die fürchterlichen Erfahrungen mit den Generalklauseln im Dritten Reich zeigten, wurden die Generalklauseln denn auch zu einem fürchterlichen Instrument zur Durchsetzung politischer Zielvorstellungen. Vgl. hierzu Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung* (1991), passim.

<sup>245</sup> Vgl. zu dieser Gefahr z.B. Hoffmann-Becking auf dem Deutschen Juristentag 1992, *Sitzungsbericht* S. R 178.



Bei einer Regelung durch Generalklauseln wird von diesem Gedankenansatz befürchtet, die Vorausberechenbarkeit der Entscheidung und damit das Maß an Rechtssicherheit<sup>246</sup> würde - verglichen mit einer tatbestandsreicheren Lösung - preisgegeben.<sup>247</sup> Diese grundsätzliche Gefahr kann man sich bei Erwägungen zu Regelungen von Rechtsfragen durch Generalklauseln nicht deutlich genug machen; sie darf nicht leichtfertig übergangen werden.<sup>248</sup> Der Kern dieser Gefahr liegt darin, daß auf außerrechtliche Wertmaßstäbe verwiesen und zurückgegriffen wird. Hierbei handelt es sich dem ersten Anschein nach um die Folge der gewonnenen Flexibilität. Ist dies etwa die Kehrseite der Medaille, welche in Kauf genommen werden muß, um die Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung zu gewährleisten?<sup>249</sup>

Nein - denn kommt es wirklich zu einem Verlust? Zu einem Verlust an Rechtssicherheit kommt es zumindest bei jenen Rechtsfragen nicht, in denen de facto eine Scheinsubsumtion<sup>250</sup> geschieht und unter diesem Deckmantel oftmals auch nichts anderes als Wertungen zur Durchsetzung gebracht werden.<sup>251</sup> Denn dabei handelt es sich - zumindest zum Teil - um nichts anderes als die "*nicht einlösbare Wunschvorstellung des Positivismus, jede einzelne Entscheidung als Subsumtion aufzufassen und damit mühelos in das gesetzliche Normenrecht einzubinden*".<sup>252</sup> Und: Wo Wertungen vom Gesetzgeber vorgegeben und in die Generalklausel aufgenommen werden, gibt es eben keinen Anlaß zum Rückgriff auf außerrechtliche Werte.

Der klassische Unterschied zwischen Generalklausel und tatbestandsreicher Regelung reicht an die *fundamentale Kompetenzabgrenzung zwischen dem Gesetzgeber als Rechtsetzer und den Gerichten als Rechtsprecher* heran. Die Generalklausel trifft damit

<sup>246</sup> Die Rechtssicherheit ist ein, gerade auch im Gesellschaftsrecht, relevantes den Interessen von Gesellschaft und Gesellschaftern dienendes Ziel. Allein schon deshalb ist darauf zu achten, daß die Gerichte die Kontrollkompetenz nicht übermäßig in Anspruch nehmen, um dieses Ziel nicht zu gefährden, vgl. hierzu etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S. 39. Solche Erwägungen stehen einer Generalklausel auf einem Gebiet, das bisher bereits richterrechtlich erschlossen ist und wird, jedoch nicht entgegen.

<sup>247</sup> Dies Problem wird angesprochen, wenn in der Literatur einerseits das Bedürfnis nach Flexibilität, Regelungszweck und Systemzusammenhang einerseits und andererseits die Notwendigkeit der Vermeidung arbiträrer Kadizustiz hervorgehoben wird, vgl. etwa Teubner, Unitas Multiplex (1991), S. 206.

<sup>248</sup> Vgl. hierzu auch Baeter, Generalklauseln (1994), S. 88.

<sup>249</sup> Es sei denn, es ergäbe sich eine Möglichkeit, Wertungsmaßstäbe in der Norm vorzugeben und gleichzeitig deren flexiblen Charakter zu bewahren, wie sie durch die Vorgabe expliziter Wertungen erreicht würde; vgl. hierzu das bereits oben in diesem Teil unter A.III. Gesagte.

<sup>250</sup> Wo Subsumtion möglich ist, sollte subsumiert werden; aus Gründen der Methodenehrlichkeit ist es jedoch abzulehnen, den Schein einer Subsumtion dort aufrechtzuerhalten, wo wertend Recht gefunden wird; vgl. hierzu nur Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung (1967), S. 62, der es etwa als "*völlig illusorisch*" bezeichnet, unbedingt "*am Subsumtionsideal festzuhalten*"; Ähnliches gilt für die überkommene Vorstellung vom Richter als "Subsumtionsmaschine"; anschaulich hierzu etwa Hesselberger, Entwicklungen, Grenzen und Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung (1991), S. 155ff. m.w.N.

<sup>251</sup> So Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 563 und 567.

<sup>252</sup> So - in etwas anderem Zusammenhang aber ebenfalls im Bezug auf das positivistische Bestreben, richterlicher Wertung einen Riegel vorzuschieben - Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 529.

einen der zentralen Nerven der Gewaltenteilung.<sup>253</sup> Das große Risiko hierbei ist, daß in einem demokratischen Rechtsstaat Gesetzgebung und Rechtsprechung getrennt bleiben müssen, und die Regelung durch Generalklauseln dem Gewaltenteilungsprinzip entsprechen muß.

Rechtliche Generalklauseln dürfen deshalb unter keinen Umständen dazu führen, daß die Gerichte zu reinen "Billigkeitsentscheidungen" kommen.<sup>254</sup> Die Rechtsprechung muß im Rahmen der Generalklauseln nach den gesetzgeberischen Wertungen entscheiden. Dabei muß es sich stets um Rechtsanwendung handeln.<sup>255</sup> In dieser Arbeit wird der Gewaltenteilungs-Aspekt<sup>256</sup> der Verwendung von Generalklauseln nicht vertieft, daß die hier betrachtete Problematik der Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen in keinsten Weise die Regelungsfelder übersteigt, die heute bereits mit Generalklauseln erfaßt werden.

Dem Gesetzgeber steht bei der Ausformung einer Norm ein weiter Spielraum zur Verfügung. Er kann diesen Freiraum so nützen, daß er auf Rechtsgebieten, wo er mit zahlreichen Einzelfällen rechnet, deren Eigenart und Verschiedenheit seine Vorstellungskraft übersteigen, deren Entstehen er jedoch voraussieht, davon absieht, eine tatbestandsreiche Norm oder ein Normengefüge zu erstellen, und statt dessen auf eine Generalklausel zurückgreift.<sup>257</sup>

Die Ausformung einer Generalklausel zur Klärung der Haftungsfrage ist ein schwieriger Balanceakt. Nach hier vertretener Ansicht muß den Besonderheiten des Einzelfalles in der

<sup>253</sup> Das Bild stammt und ist hier übernommen von Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 243. In dieser Arbeit wird nicht auf mögliche verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der Generalklausel eingegangen werden. Hier wird davon ausgegangen, daß sie unbedenklich ist: Dem Richter muß die erforderliche Beurteilungsfreiheit zugestanden werden, um den Grundentscheidungen der Rechtsordnung und den Entwicklung des Wirtschaftslebens gerecht zu werden, vgl. hierzu BVerfGE 32, 311 (Grabsteinwerbung) zum unten in diesem Teil unter D.III.3.a. besprochenen § 1 UWG.

<sup>254</sup> Bei der Anwendung von Generalklauseln ist die Entscheidung keineswegs gänzlich der Billigkeit überlassen: Im Anschluß an Canaris, Systemdenken (1983), S. 153 sei betont, daß sich auch in der Generalklausel die Gegenläufigkeit der individualisierenden und der generalisierenden Tendenz der Gerechtigkeit bemerkbar macht - wobei letztere zur Systematisierung zu drängen scheint.

<sup>255</sup> Vgl. zur Problematik von Generalklauseln und Gewaltenteilung auch z.B. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 540ff m.w.N. Wenn dieser jedoch auf S. 552 Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit als grundsätzlich gleichrangige Rechtsprinzipien ansieht, "die nebeneinander nie völlig verwirklicht werden, sondern zwischen denen immer nur relativ labile Gleichgewichtslagen hergestellt werden können", so wird diesem hier entgegengetreten: Die in dieser Aussage zum Ausdruck gebrachte komplementäre Auffassung von Einzelfall- und Normgerechtigkeit, und damit letztlich von materieller und formaler Gerechtigkeit kann eben durch die Verwendung einer Generalklausel vermieden werden: dadurch, daß auf die Grundgedanken und Grundwertungen der Regelung *direkt* zurückgegriffen wird, wird beides vereinigt, wenn auch auf einem niedrigeren Normabstraktionsgrad. Dies ist ja gerade der Kern der wertungspuralen Abwägung.

<sup>256</sup> Vgl. illustrativ hierzu die unterschiedlichen Ansätze der Kompetenzfrage zum Verhältnis von Gesetzesrecht und richterrechtlich geschaffener Fallgruppen bei Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 540ff. und Beater, Generalklauseln (1994), S. 85ff. Bemerkenswert ist auch die Auffassung von Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers (1974), S. 32, der meint, die Legislative hätte durch die Verwendung von Generalklauseln auf einen wesentlichen Teil der ihr angestammten Pflichten und Befugnisse verzichtet und damit zu einer wesentlichen Machtumschichtung im Rahmen der Gewaltenteilung beigetragen.

<sup>257</sup> So auch Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 556.

Entscheidung ausreichend Raum gelassen werden. Was die hier nicht weiter zu vertiefende Frage der Gewaltenteilung anbetrifft, so ist bereits in der bestehenden Rechtsprechung zum Konzernrecht, erinnert sei nur an die Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern,<sup>258</sup> der Richter das unverzichtbare Komplement des Parlaments<sup>259</sup> und die rechte Hand des Gesetzgebers.<sup>260</sup> Eine Generalklausel, in deren Rahmen der Richter seiner Rechtsfortbildungstätigkeit nachgeht, würde der Gewaltenteilung von daher somit eher entsprechen als ihr entgegenstehen.

Als eine weitere von Generalklauseln ausgehende Gefahr wird ebenfalls das "Weiterwandern" oder "*Weiterfressen*" in andere Rechtsgebiete angeführt.<sup>261</sup> Dies ist einer der Haupteinwände, die für gewöhnlich gegen die an Generalklauseln orientierte Regelung angeführt werden. Gemeint ist damit die Gefahr, daß die einzelne Generalklausel nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränkt bleibt, sondern daß der in der Generalklausel enthaltene Gedanke sich auf andere Rechtsgebiete ausdehnt. Es handelt sich also um eine postulierte Gefahr des Übergreifens der tatbestandsarmen Regelung auf andere Rechtsgebiete.<sup>262</sup> Diese Betrachtung beschränkt sich nach hier vertretener Auffassung jedoch auf den Erfahrungsbereich der §§ 242 und 826 BGB,<sup>263</sup> und diese Gefahr kann besonders für einen Ausnahmetatbestand, und ein solcher ist die hier zur Diskussion stehende Haftungsregelung, nicht vorgebracht werden: Diese Gefahr ist generell bei der Diskussion um Generalklauseln zwar zu berücksichtigen, bei einem Ausnahmetatbestand zur Durchbrechung des Privilegs der beschränkten Haftung ist die Gefahr des Übergreifens auf andere Rechtsfelder jedoch nicht groß: Zum einen sind Ausnahmen zu gesetzlichen Grundwertungen - wie der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen der Kapitalgesellschaft - immer einschränkend auszulegen,<sup>264</sup> und zum anderen ist darauf zu verweisen, daß die beschränkte Haftung eigentlich eine Ausnahme zur unbeschränkten Haftung ist, welche eine der Grundwertungen der Privatrechtsordnung ist.<sup>265</sup> Da Ausnahmetatbestände zum einen nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen einschränkend ausgelegt werden müssen, weil dazu zum anderen eine Anwendung der Ausnahme nichts anderes ist als eine Rückkehr zur Grundwertung der Rechtsordnung und weil es sich endlich bei der hier behandelten Problematik um Fälle handelt, bei denen in Anbetracht

---

<sup>258</sup> Vgl. hierzu näher im dritten Teil unter C.V.2. und 5.

<sup>259</sup> So Zöllner im Referat auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht S. R. 48.

<sup>260</sup> Den Ausdruck verwandte Hopt auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht S. R. 64. Vgl. zur Diskussion ob Gesetzes- oder Richterrecht als Quelle des Rechts der verbundenen Unternehmen zu bevorzugen ist, auch Druey, Gutachten (1992), S. H 50.

<sup>261</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 7

<sup>262</sup> Vgl. früh Hedemann, Generalklauseln (1933) S. 56 und die schon im Titel angelegte Betrachtung der "Gefahr für Recht und Staat".

<sup>263</sup> So auch Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 244.

<sup>264</sup> Vgl. zur Auslegung von Ausnahmenvorschriften Larenz, Methodenlehre (1991), S. 355f. und unten im dritten Teil unter D.II.1.

<sup>265</sup> Vgl. § 241 BGB und insgesamt oben im ersten Teil unter A. und B.1.

der Vielfältigkeit und fehlenden Einheitlichkeit der Einzelfälle<sup>266</sup> eine detaillierte Regelung unpraktikabel und deshalb unangebracht erscheint, stehen Gesichtspunkte einer Gefahr des Weiterwanderns der Verwendung von Generalklauseln nicht entgegen, solange es eine klare Abgrenzung der Generalklausel zu bestehenden Normen gibt.<sup>267</sup>

Insgesamt dürfen die Gefahren bei der Verwendung von Generalklauseln nicht übersehen werden. Sie verhindern jedoch die in dieser Arbeit zur Diskussion gestellten Regelung der Haftungsregelung im polykorporativen Unternehmen in Form einer auf Wertungen basierenden tatbestandsarmen Norm nicht. Die Betrachtung der mit der Verwendung von Generalklauseln verbundenen Gefahren hat im Gegenteil gezeigt, daß im geltenden Recht die Voraussetzungen für eine Generalklausel zur Lösung der hier behandelten Haftungsfrage möglich ist.

#### **4. Anwendung von Generalklauseln**

Eine Subsumtion unter eine rechtliche Norm setzt hinreichend exakte Tatbestandsmerkmale voraus. Da Generalklauseln solche weitgehend nicht beinhalten, ist die Subsumtionsmethode bei der Auslegung von Generalklauseln weitgehend ungeeignet.<sup>268</sup>

Soweit ersichtlich fehlt bisher eine durchdachte Lehre<sup>269</sup> von der richtigen Anwendung der Generalklauseln.<sup>270</sup> Ob eine solche 'Lehre' überhaupt möglich ist bzw. ob es überhaupt einer solchen bedarf, scheint fraglich. In dieser Arbeit wird die Auffassung vertreten, daß es sich bei der Anwendung von Generalklauseln um eine Konkretisierung<sup>271</sup> durch Ausfüllen tatbestandsarmer Normen mit vorgegebener Wertungen durch den Richter handelt: Es geht eben nicht um die Anwendung tatbestandsreicher Normen im Wege der Subsumtion. Stattdessen handelt es sich bei der Auslegung von Generalklauseln um eine wertende Beurteilung im Einzelfall. Die einzelnen Beurteilungsmerkmale sind dabei im Wege der Induktion<sup>272</sup> aus der Generalklausel zu gewinnen, indem man auf deren Sinn und Zweck abstellt.<sup>273</sup>

<sup>266</sup> Vgl. hierzu insgesamt die Darstellung der Problematik im dritten Teil unter A. und E.

<sup>267</sup> Die Wichtigkeit dieser Abgrenzung betont bereits Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht (1931), S. 19.

<sup>268</sup> Vgl. statt aller nur Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 526 m.w.N.

<sup>269</sup> Vgl. hierzu Wieacker, Privatrechtsgeschichte (1967), S. 477.

<sup>270</sup> Vgl. Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 243.

<sup>271</sup> Vgl. hierzu generell Engisch, Die Idee der Konkretisierung (1953), passim sowie Bydlinski, Präzisierung von Generalklauseln (1989), S. 196ff.

<sup>272</sup> Vgl. dazu auch Bydlinski, Methodenlehre (1982), S. 57f. mit Darlegung des Induktionsbegriffes S. 62f. m.w.N. Unter Induktion wird hier ein Schließen von besonderen Sätzen, die z.B. einen Zustand beschreiben, auf allgemeine Sätze, Hypothesen oder Theorien, verstanden. Vgl. zu dieser induktiven Grundüberlegung - auch bei der Analogie und Prinzipienbildung - gerade für die in dieser Arbeit behandelten Problematik auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 84f. m.w.N. Wie - gerade bei funktionalen und rechtsvergleichenden Betrachtungen im Gesellschaftsrecht - Probleme induktiv und gerade nicht dogmatisch angegangen werden, zeigt etwa Lutter, Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften (1998), S. 191ff.

<sup>273</sup> Vgl. zum Normzweck das oben im ersten Teil unter B.III.2.a. Gesagte.

Bei der Anwendung von Generalklauseln geht es somit darum, die *ratio legis* auf den Einzelfall anzuwenden; es geht darum, die von und in der Generalklausel verkörperten Rechtsgedanken auf den Einzelfall anzuwenden.<sup>274</sup> Diese auf den Motiven der Regelung beruhenden Wertungsprämissen unterscheiden sich damit von der Rechtsdogmatik,<sup>275</sup> und deshalb ist die gewöhnliche dogmatische Auslegungsmethode nicht auf Generalklauseln anzuwenden.

Die Anwendung von Generalklauseln fordert deshalb eine komplexere Abwägung als die Anwendung von tatbestandsreichen Regelungen, weil die auf den Tatbestand anzuwendende Regel für die Entscheidung nur eine teilweise Stütze bilden.<sup>276</sup> Der übrige Teil der die Entscheidung tragenden Erwägungen besteht aus *Wertung*, denn "*Generalklauseln ohne Beziehung zu übergeordneten Werten bleiben ohne Leitmotiv, auf Grund dessen Richtern oder Verwaltungsbeamten erkennbar wird, was vernünftig oder unvernünftig sein soll.*"<sup>277</sup>

Statt nach der dogmatischen Auslegung von Generalklauseln zu fragen, ist also vielmehr die Frage nach einer wertgebundenen Konkretisierung zu stellen.<sup>278</sup> Bei dieser Konkretisierung ist dann die Gesamtheit der systematisch aufschlußreichen konkreteren Regeln, Grundsätze und erkennbaren Wertungen der geltenden Rechtsordnung heranzuziehen.<sup>279</sup> Dies gilt, soweit diese in einem sachlichen, logischen oder teleologischen Zusammenhang mit der Frage stehen.<sup>280</sup> Hier liegt dann auch die Grenze der Anwendung von Generalklauseln; denn "*die Konkretisierung der Generalklausel darf sich nicht mit konkreten gesetzlichen Interessenbewertungen und Prinzipien, die in der geltenden Rechtsordnung maßgeblich sind, in Widerspruch setzen; methodisch als de lege lata verbindlich festgestellte oder feststellbare konkretere normative Maßstäbe*

<sup>274</sup> Ähnlich in Anlehnung an Leenen Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 527.

<sup>275</sup> So Teubner, Generalklauseln (1978), S. 26.

<sup>276</sup> Hierin liegt eben der oben erwähnte induktive Charakter.

<sup>277</sup> Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht (1957), S. 23, der fortsetzt: "*Generalklauseln werden in einer hierarchischen Rechtsordnung sinnvoll, und trotzdem braucht man sie weniger, weil sich die Anwendung dieser Prinzipien von selbst versteht und auch nicht jede Instanz den Versuch macht, die Verantwortung auf die andere Instanz - etwa der Gesetzgeber auf das Gericht oder umgekehrt - zu verlagern.*" (aaO. S. 23). Kronsteins Auffassung ist für die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung allein schon deshalb Aufmerksamkeit zu schenken, weil das von Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931) anschaulich vermittelte Rechtsbild der abhängigen juristischen Person und des Konzerns maßgeblich das entstehende Konzernrecht beeinflusst hat; vgl. statt aller hierzu etwa Teubner, Unitas Multiplex (1991), S. 195.

<sup>278</sup> Vgl. hierzu Bydlinski, Methodenlehre (1982), S. 582ff.m.w.N. Vgl. für den hier interessierenden materiellrechtlichen Problembereich und zur Bedeutung der Erfahrung und Methodengewinnung bei der Konkretisierung der Generalklausel des § 242 BGB für die Konkretisierung der Treupflicht etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 231ff.

<sup>279</sup> Hier ist im Anschluß an Canaris, Systemdenken (1983), S. 152 darauf aufmerksam zu machen, daß sich auch bei der Konkretisierung von Generalklauseln, die "*stets im Lichte der Gesamtrechtsordnung, also vor dem Hintergrund des Systems zu interpretieren sind*", eine deutliche Tendenz zur Systematisierung zeigt. Die Konkretisierung drängt zur systematischen Verfestigung.

<sup>280</sup> Vgl. hierzu auch Bydlinski, Methodenlehre (1982), S. 584.

*dürfen nicht durchkreuzt werden*".<sup>281</sup> Insbesondere darf sich die juristische Auslegung weder über die klar erkennbare Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers hinwegsetzen,<sup>282</sup> noch darf die Auslegung einer Gesetzesnorm immer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehen bleiben, sondern auf diesen Wertungen aufbauend muß die Norm im Zeitpunkt der Anwendung eine vernünftige Funktion haben.<sup>283</sup>

Wenn die Generalklausel deutlich zum Ausdruck bringt, welche Wertungen bei ihrer Anwendung zugrundegelegt werden sollen, so erleichtert dies die Anwendung der Generalklausel selbstverständlich bedeutend. Gleichzeitig werden die Gefahren bei der Verwendung von Generalklauseln begrenzt. Ziel dieser Arbeit muß es deshalb sein, eindeutige Wertungen zu erarbeiten, die bei der Lösung der Haftungsfrage im polykorporativen Unternehmen zugrunde gelegt werden können. Das Feststellen dieser Maßstäbe<sup>284</sup> und Wertungen ist jedoch oft schwierig und nicht immer eindeutig. Bei der Lösung von Rechtsfragen durch die Auslegung von Generalklauseln kommt es daher oft zu Prinzip- oder Normkollisionen. In diesen Situationen muß dann eine Güterabwägung vorgenommen werden. Eine solche Güterabwägung ist jedoch nicht dem freien Ermessen des Richters überlassen, in den Wertungen ist er an das Gesetz gebunden.<sup>285</sup> Der Richter muß das von ihm geforderte Urteil an den vorgegebenen Wertmaßstäben orientieren, die er zu konkretisieren hat.<sup>286</sup> Zwar gibt es keine feste Rangordnung aller Güter und Rechtswertungen,<sup>287</sup> doch sind Generalklauseln im *Lichte der Wertordnung des Gesetzes*<sup>288</sup> auszulegen. Danach gibt es für die Güterabwägung zumindest drei Grundsätze:

<sup>281</sup> So zutreffend Bydlinski, Methodenlehre (1982), S. 584.

<sup>282</sup> Vgl. hierzu statt aller etwa Larenz, Methodenlehre (6. Aufl., 1991) S. 218.

<sup>283</sup> Vgl. so zum Schlagwort des "Altern der Kodifikationen" etwa Hesselberger, Entwicklungen, Grenzen und Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung (1991), S. 159. m.w.N.

<sup>284</sup> Vgl. zu den bei der Konkretisierung anzulegenden Maßstäben auch Bydlinski, Präzisierung von Generalklauseln (1989), S. 199ff., der S. 203 zwar fünf Konkretisierungsmittel aufzeigt, insbesondere jedoch die gesetzlichen Grundwertungen betont, denen auch der erste Rang unter den aufgeführten Konkretisierungsmitteln zukommt (S. 212), Ebenso Canaris, ZAS 1970, 147. Auf die übrigen von beiden Verfassern angeführten Kriterien wird hier nicht zurückgegriffen, daß auch Canaris die gesetzlichen Wertungen an erster Stelle nennt, sei jedoch hervorgehoben. Auf die "rechtsethischen Maximen und Standards des allgemeinen Rechtsbewußtseins", die "maßgebliche Rechtsüberzeugung und die Verkehrssitte der beteiligten Kreise" und die "richterliche Eigenwertung bei Streben nach möglichst weitgehender Zustimmung" wird hier jedoch verzichtet: dem Verfasser dieser Arbeit scheinen die zuletzt genannten Auslegungskriterien für die hier behandelte Problemstellung gehaltlos. In dieser Arbeit geht es vorrangig darum, den Inhalt und die Bedeutung der grundlegenden Wertungen im Bereich der beschränkten Haftung aufzuzeigen und nutzbar zu machen, vgl. hierzu die Einführung in diese Arbeit.

<sup>285</sup> Vgl. hierzu generell Mestmäcker, Rechts- und Wirtschaftswissenschaft (1963), S 422. Auf die hier bezogene Problematik bezogen etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 244ff., insbesondere zur Abwägung S. 254.

<sup>286</sup> Vgl. hierzu allgemein Larenz, Methodenlehre (1991), S. 288ff. und 474 sowie das oben in diesem Teil unter A.II. und D.II.2.b. zur Rolle des Richters Gesagte.

<sup>287</sup> Vgl. z.B. Larenz, Methodenlehre (1991) S. 405.

<sup>288</sup> Vgl. z.B. die Abwägungen in BVerfGE 7, 198 (Lüth).

Zunächst kommt es darauf an, ob sich nach der im Gesetz enthaltenen *Wertordnung* ein eindeutiger Wertvorzug eines der hier betroffenen Güter gegenüber dem anderen feststellen läßt.<sup>289</sup> Einer vorrangigen Wertung ist zu folgen.

Wenn es sich jedoch um gleichrangige Rechte oder um Güter bzw. gleichrangige Wertungen handelt, deren Disparität einen abstrakten Vergleich ausschließt, dann kommt es zum anderen auf das *Ausmaß* an, in dem das geschützte Rechtsgut überhaupt betroffen ist. Hierbei ist entsprechend dem im Wertungsgefüge Ausdruck findenden Maßstab zu gewichten und abzuwägen.

Drittens gilt das Prinzip der *Verhältnismäßigkeit*, das auch als Grundsatz des schonendsten Mittels oder der geringstmöglichen Einschränkung von Rechten ausgedrückt werden kann. Danach darf die Beeinträchtigung des einen Gutes nicht weiter gehen, als dies um des anderen oder eines vorrangig erkannten Rechtswertes willen erforderlich ist. Entsprechendes muß für die Einschränkung bzw. Berücksichtigung von Wertungen gelten. Bemerkenswert ist hierbei, daß es sich bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit um ein materielles Rechtsprinzip handelt, das zum methodischen Leitfaden der Konkretisierung von Normen wird.

Die Güterabwägung - die hier als Weg der Konkretisierung von Generalklauseln entweder als Wertungs-, Güter- oder Interessenabwägung<sup>290</sup> vorgeschlagen wird - folgt somit wenigstens bis zu einem gewissen Grad angebbaren Grundsätzen. Somit ist sie auch nachprüfbar, und keine der oben angesprochenen Gefahren ist dieser Abwägung als übergroße Gefahr der Regelungsmöglichkeit durch eine Generalklausel entgegenzuhalten. Eine nicht zu unterschätzende Schwierigkeit besteht jedoch dort, wo gleichrangige Wertungen sich gegenüberstehen: zwei gleichberechtigten, aber sich entgegenstehenden Wertungen kann nämlich nicht entsprochen werden. Natürlich wäre es leicht zu sagen, dies könne geschehen: Für nichts ist es nämlich leichter, volle allseitige Zustimmung zu erzielen als dafür, daß es gut ist, den Kuchen für später zu behalten, es aber auch gut ist, ihn sogleich aufzuessen. Nur hilft dieser Konsens gar nichts, sobald sich herausstellt, daß es sich um denselben Kuchen handelt.<sup>291</sup> Denn - um mit einem Bild Lutters zur Haftungskanalisation im Unternehmen fortzufahren - man kann den Kuchen nur entweder haben oder essen.<sup>292</sup> Bei gleichrangigen Wertungen ist dem Richter also eine Kollisionswertung an die Hand zu geben. Genau dies ist das wertungsmäßige Kernproblem dieser Arbeit: Es geht darum zu skizzieren, wann der Gläubiger einer in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Kapitalgesellschaft das Ausfallrisiko

<sup>289</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden Larenz, Methodenlehre (1991), S. 412f., der diese Güterabwägung für die Normenkollision beschreibt. Hier wird sie - der Problematik der Arbeit entsprechend - auf die entsprechende Konkretisierung von Generalklauseln dargelegt.

<sup>290</sup> Vgl. zur Konkretisierung der Treupflicht durch eine Interessenabwägung unten im dritten Teil unter E.II.5.c.

<sup>291</sup> An diesem Kuchen-Beispiel zeigt Bydlinski, Methodenlehre (1982), S. 167 im Anschluß an eine juristische Exemplifikation auf, daß es in den schwierigeren sozialen Konfliktsituationen einen wertungsmäßigen Konsens gar nicht gibt.

<sup>292</sup> Dieses Kuchenbild ist entliehen von Lutter im St. Galler Konzerngespräch (1986), S. 136.

tragen soll - der Gläubiger also leer ausgeht- und wann es zur Haftung für die Verpflichtungen der Kapitalgesellschaft kommen soll - der Gläubiger also den Kuchen bekommt.<sup>293</sup> Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, die die Rechtsordnung für die Gewährung des Privilegs der beschränkten Haftung bedingt, so kommt es nach der Wertung des Gesetzgebers nicht zur Haftung. Wo diese Voraussetzungen im Lichte einer systematischen Wertung jedoch nicht erfüllt sind, scheidet eine Berufung auf die Haftungsbeschränkung dagegen aus. Diese Wertungen zu erarbeiten und einen Vorschlag für die Ausformung einer diese Wertungen verkörpernden Regelung zu machen, ist das Ziel, das sich diese Arbeit gesteckt hat.

### **III. Generalklauseln im deutschen Privatrecht**

#### **1) Ursprüngliche Generalklauseln aus der Zeit der Kodifizierung**

Schon in das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896<sup>294</sup>, das BGB, wurden bei der Kodifikation eine nicht unwesentliche Anzahl von Generalklauseln aufgenommen, z.B. die Generalklauseln zur Leistung nach Treu und Glauben, § 242 BGB,<sup>295</sup> oder zur Wahrung der guten Sitten §§ 138 und 826 BGB.<sup>296</sup>

§ 826 BGB enthält dabei in der *eigentlichen Generalklausel des Deliktsrechts*<sup>297</sup> eine die Haftung statuierende Generalklausel. Es gab zwar Bedenken gegen die Aufnahme tatbestandsarmer Normen in das Gesetz; der Gesetzgeber entschied sich unter Rückbindung an den Zweck (Sinn) der Norm dann jedoch eindeutig für Generalklauseln, wie eine der Anmerkungen zu § 138 BGB belegt: *"Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes*<sup>298</sup> darf

<sup>293</sup> Auch Schanze spricht von einer von Interessengegensätzen beherrschten Verteilung nur eines Kuchens, vgl. Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 477. Presser, limited liability (1992), S. 164 spricht für das US-amerikanische Recht vom *'chaos of conflicting policies [...] the paradox posed by American law's dual wish to aid entrepreneurs of modest means by offering limited liability, and at the same time avoid the burden [...] on corporate liability.'* Eben dieses Paradox der beschränkten Haftung aufgrund eines Wertungskonflikts gilt es für verbundene Gesellschaften anzugehen; vgl. gerade zur Haftung im verbundenen Unternehmen Presser, aaO. S. 174ff.

<sup>294</sup> Vgl. RGBl. S. 195.

<sup>295</sup> Daß gerade § 242 BGB für die hier behandelte Problemstellung von großer Bedeutung ist, wird beispielsweise dadurch illustriert, daß § 242 BGB von Teilen der Literatur als Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht herangezogen wird, vgl. hierzu statt aller etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 225ff. 242ff. m.w.N. und unten im dritten Teil unter E.II.2.c.bb. Auf § 242 BGB, welcher als offene Norm ohne direkt subsumtionsfähigen Inhalt stets einer wertenden Konkretisierung im Einzelfall bedarf, soll hier nicht weiter eingegangen werden, da die Anwendungsfelder des § 242 BGB schier endlos sind und den Rahmen dieser Arbeit sprengen würden. Hervorzuheben ist jedoch, daß die Generalklausel des § 242 BGB in den einschlägigen Kommentaren eine so ausgiebige Erörterung erfährt, und bereits ein Überblick über die Kommentarliteratur zeigt, wie groß der Spielraum ist, den das deutsche Zivilrecht der Regelung durch Generalklausel ermöglicht; für diese Arbeit relevante Nachweise zu § 242 BGB etwa bei Hennrichs, aaO.

<sup>296</sup> Außerdem etwa noch die Klauseln §§ 157, 226, 1353 und 1666 BGB.

<sup>297</sup> Vgl. nur Deutsch, Unerlaubte Handlungen (1993), S. 123.

<sup>298</sup> Die sogenannte Freirechtsbewegung, der die Generalklauseln mit ihrem *ethischen* Einschlag als Ideal erscheinen mußten, wollte den Richter denn auch nicht aus seiner Verantwortung entlassen,



*indessen unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift im Großen und Ganzen nur in dem Sinne angewandt wird, in dem sie gegeben ist".*<sup>299</sup>

Der Gesetzgeber hat sich zwar bemüht, im BGB weitgehend eine große Bindung des Richters an die ausgearbeiteten Tatbestandsmerkmale der einzelnen Bestimmungen des BGB zu erreichen. Trotzdem entschied er sich z.B. mit § 138 BGB in einer zentralen Rechtsfrage dafür, einer Generalklausel den Vorzug zu geben: Die Privatautonomie, auf der das ganze BGB aufbaut, erfährt in § 138 BGB eine Begrenzung<sup>300</sup> durch die Bindung an die "guten Sitten".<sup>301</sup> Man kann in der Aufnahme dieser und der übrigen Generalklauseln in das Gesetz ein zurückhaltend formuliertes Eingeständnis dafür sehen, daß die zentrale Aufgabe der Rechtsanwendung entgegen der Vorstellung vom Recht als einem logisch geschlossenen Begriffssystem nicht im Subsumieren, sondern in der wertenden Gebotsbindung besteht.<sup>302</sup> Der Gesetzgeber hat damit *ein Stück der Gesetzgebung offengelassen*.<sup>303</sup> Damit hat der Gesetzgeber gleichzeitig die mit den Unsicherheiten der richterlichen Wertung verbundenen Gefahren für die Rechtssicherheit also bewußt in Kauf genommen.

Ein Grund für die Einbeziehung von Generalklauseln in das Zivilrecht war, daß der Gesetzgeber hoffte, die Unvollkommenheit des Gesetzes, die infolge der Verwendung abstrakter Rechtssätze entstanden war, durch die Aufnahme von Generalklauseln lindern zu können.<sup>304</sup> So haben sich die Generalklauseln denn auch zu einem Korrektiv<sup>305</sup> für Regelungen verschiedener Abschnitte des BGB entwickelt.<sup>306</sup> Die Generalklauseln haben so die ständige Anpassung des BGB an den Wandel der Bedürfnisse und Anschauungen möglich gemacht.<sup>307</sup> Davor, diese Unvollkommenheit abstrakter, sowohl gesetzlich wie

---

sondern ihn unter höhere Richtlinien stellen, vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 11, vgl. auch S. 74ff; vgl. dazu etwa Larenz, Methodenlehre (1991), S. 59ff.

<sup>299</sup> Vgl. hierzu die Motive, Band I (Allgemeiner Teil), S. 211ff.

<sup>300</sup> Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Kommentar (2002) Rdnr. 1 zu § 138.

<sup>301</sup> Die guten Sitten sind dabei der Auffassung aller billig und gerecht denkenden Menschen zu entnehmen. In § 138 BGB ist also die Rückbindung des Rechts an die Werte der Gesellschaft zu finden. Auch die Generalklausel der guten Sitten wird nach ihren Funktionen differenziert betrachtet. Als erstes besteht die *Rezeptionsfunktion*, womit die Aufnahme von außerrechtlichen sozialen Ordnungsgefüge in die juristische Kontrolle gemeint ist. Zweitens die *Transformationsfunktion*, die ausdrückt, daß neue gesellschaftliche und wirtschaftliche Sachverhalte mit einer Orientierung an kollektiven Wertvorstellungen in rechtliche Normen transformiert werden. Und Drittens die *Delegationsfunktion* zur Aufstellung funktioneller Normen für das Wirtschafts- und Gesellschaftsleben in richterlicher Rechtsfortbildung. (Vgl. hierzu Teubner, Standards (1971), S. 60ff., 99f. und 116ff.) Hier sei nur die Offenheit und Flexibilität der Multifunktionalität der Generalklausel betont, die bei Vorgabe der adäquaten Wertungen mit der Multifunktionalität der Haftung flexibel abgestimmt werden könnte.

<sup>302</sup> So Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 267. Auf diese Wertbezogenheit wird im dritten Teil dieser Arbeit unter A. eingehend Bezug genommen.

<sup>303</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 58.

<sup>304</sup> Vgl. Börner, Die Bedeutung der Generalklauseln (1989), S. 7.

<sup>305</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 7 und 70.

<sup>306</sup> Vgl. Börner, Die Bedeutung der Generalklauseln (1989), S. 17.

<sup>307</sup> Vgl. nur Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 62.

auch richterrechtlich aufgestellter Rechtssätze,<sup>308</sup> durch Perfektionierungsansätze zu leugnen, wird auch heute zu Recht gewarnt.<sup>309</sup>

Zusammenfassend kann man den konzeptorischen Gedanken des Gesetzgebers bei der Aufstellung der allgemeinen zivilrechtlichen Generalklauseln dahingehend zusammenfassen, daß der Gesetzgeber durch die Generalklauseln das BGB den Veränderungen der Bedürfnisse und Wertauffassungen der Gesellschaft öffnen wollte.

Dieser Öffnung standen jedoch von jeher starke Bedenken gegenüber, so daß die Korrekturfunktion der Generalklauseln ihre Grenzen in den tragenden Grundgedanken des BGB finden.<sup>310</sup> Generalklauseln haben also einen gewissen Gehalt,<sup>311</sup> und ihre Verwendung bedeutet nicht, daß die Entscheidung im Ermessen des Richters liegt. Die Grenzen der Tragweite von Generalklauseln lassen sich jedoch losgelöst von ihrem jeweiligen Regelungsgehalt kaum endgültig festlegen, und so ist denn auch die Grenze der Generalklauseln im BGB einmal *funktionell* dahin bestimmt worden, *"daß die Generalklauseln nur zur Abwehr der ihrem Geist widersprechenden Vertragsselemente berufen ist, nicht aber umgekehrt zum Angriff in das Gebiet der Vertragsfreiheit übergehen darf."*<sup>312</sup>

## **2) Geschichtliche Betrachtung zur Haltung gegenüber Generalklauseln**

Aufgrund der grundlegenden systematischen Bedeutung, die die Verwendung von Generalklauseln mit sich bringt und aufgrund der dargelegten Gefahren beim Einsatz von Generalklauseln, ist es notwendig, den zeitgeschichtlichen Zusammenhang bei der Anwendungen von Generalklauseln zu berücksichtigen.

Die Gefahren bei Verwendung von Generalklauseln wurden schon früh erkannt. So gab es seit der Kodifikation des Zivilrechts im BGB starke Kritik gegenüber den Generalklauseln. In der Literatur sprach man sich Anfang des Jahrhunderts weitgehend gegen die Generalklauseln aus, und auch in der Rechtsprechung wurden die Generalklauseln zuerst

<sup>308</sup> Am haftungsrechtlichen Beispiel der culpa in contrahendo, wird etwa deutlich, daß auch und gerade richterrechtlich entwickelte Rechtssätze zu bedeutungsvollen Teilen der Ordnung des Zivilrechts geworden sind; die Haftung aus c.i.c. etwa als generalklauselartige Haftung bezeichnend etwa Palandt/Heinrichs, BGB-Kommentar (2002) § 276, Rn. 68.

<sup>309</sup> Beispielsweise warnt etwa vor einer durch Richterethos verantworteten Perfektionierung organisatorischer Konstruktionsideen, die politisch nur ansatzweise durchsetzbar waren, zu Recht etwa Mertens, Anmerkung zum Video-Urteil (1991), S. 434; vgl. zu einem zu undifferenzierten Gläubigerschutz auch insgesamt Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), passim.

<sup>310</sup> Vgl. Thoss, Das subjektive Recht (1968), S. 28.

<sup>311</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 42.

<sup>312</sup> So Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 56. Vgl. hierzu das oben unter im ersten Teil B.III.2.a zur Bindung des Normzwecks an die Gesamtrechtsordnung Gesagte. Dementsprechend wäre für die hier zur Diskussion gestellte Generalklausel zu fordern, daß sie nicht zum Angriff auf die unternehmerische Freiheit übergehen darf, sondern nur zur Abwehr der ihrem Geist widersprechenden Elemente angewendet werden darf; vgl. hierzu auch das unten im dritten Teil unter D.II.1. zur Betonung des Ausnahmecharakters einer Haftung trotz Haftungsbeschränkung Gesagte.

sehr zurückhaltend verwendet.<sup>313</sup> Es dauerte geraume Zeit, bis den Generalklauseln größere Bedeutung zukam.

Die zurückhaltende Einstellung von Literatur und Rechtsprechung gegenüber den Generalklauseln hatte sich in der Zeit vom Inkrafttreten bis zur nationalsozialistischen Machtergreifung im Jahre 1933 dann jedoch grundlegend gewandelt. Während den Generalklauseln zu Anfang des Jahrhunderts noch mit großer Skepsis begegnet wurde, hatten die Generalklauseln 1933 einen festen Platz im System des Zivilrechts eingenommen.<sup>314</sup> Die Rechtsanwendung hatte in den vielen im Zuge der Wirtschaftskrise auftauchenden Problemen - wie z.B. dem *Aufwertungskampf*<sup>315</sup> - bald die Vorteile der flexiblen Regeln der Generalklauseln erkannt. So kam es denn auch dazu, daß die einzelnen Rechtsgebiete nach und nach zunehmend durch Generalklauseln geregelt wurden.<sup>316</sup> Dies Vordringen der Generalklauseln ging mit dem Wandel gesellschaftlicher Werte einher.<sup>317</sup>

Daß in Deutschland ganz allgemein die geschichtliche Komponente von großer Bedeutung für die Rolle und das Aufbauen rechtlicher Regelungen auf Generalklauseln ist, wird insbesondere in der Rechtsentwicklung nach 1933 deutlich. So kam den Generalklauseln und der auf diesen aufbauenden Rechtsprechung im Dritten Reich eine wahrhaft traurige Rolle zu. Dies erklärt sich daraus, daß im Nationalsozialismus die nationalsozialistische Weltanschauung zum alleingültigen Maßstab für die Anwendung der Generalklauseln erklärt wurde,<sup>318</sup> und die Generalklauseln so als Einbruchsstelle der nationalsozialistischen Weltanschauung in die überkommene Rechtsordnung genutzt wurden.<sup>319</sup> Ohne daß hier auf Einzelheiten eingegangen werden soll,<sup>320</sup> mag die Rechtset-

<sup>313</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 9.

<sup>314</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 12.

<sup>315</sup> Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 11 verwendet diesen Ausdruck um die Aufgabe des Grundsatzes "Mark gleich Mark" zu beschreiben. Die Frage hatte in jener Inflationszeit große Bedeutung erlangt, und die Verteilung des Entwertungsrisikos zwischen Gläubiger und Schuldner wurde letztlich durch Anwendung der Generalklauseln, insbesondere des § 242, gelöst. Vgl. hierzu RGZ 107, S. 87 (1923). Vgl. auch Rütters, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 64ff. oder Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers (1974), S. 46f. Die Aufwertungsproblematik beinhaltet im übrigen einen weiteren Aspekt, der für die Herausarbeitung der zugrundeliegenden Wertungen einer Regelung von Bedeutung ist: während der Gesetzgeber des BGB ein materielles Äquivalenzprinzip noch abgelehnt hatte, kam es zu einem rechtsethischen Durchbruch, als dies durch die spätere soziale Entwicklung im Aufwertungskampf durchgesetzt wurde, vgl. hierzu in Anlehnung an Wieacker Bydlinski, Präzisierung aktueller Generalklauseln (1989), S. 202, 215f. sowie 227ff.

<sup>316</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln, S. 18.

<sup>317</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 37f.

<sup>318</sup> Vgl. Karl Schmitt, Juristische Wochenschrift 1933, S. 2794 oder 1934, 713, 717: "Alle unbestimmten Rechtsbegriffe, alle sog. Generalklauseln sind unbedingt und vorbehaltlos im nationalsozialistischen Sinne anzuwenden."

<sup>319</sup> Vgl. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 214. Bemerkenswert, wenn auch hier nicht zu vertiefen, ist, daß nach 1949 dieselben Regelungen zu den "Einfallstoren" und "Fenstern" der Grundwertungen einer liberal-demokratischen Verfassung wurden, vgl. hierzu Rütters, aaO S. 436. Vgl. auch L. Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1966), S. B 5ff.

<sup>320</sup> Zur Vertiefung sei etwa auf Gruchmann, Justiz im Dritten Reich (1988), passim und Rütters, Unbegrenzte Auslegung (1991), passim und insbesondere S. 214 sowie die dort angeführte Literatur verwiesen. An dieser Stelle sei zur skeptischen Haltung Rütters' gegenüber den Generalklauseln folgendes angemerkt: Mit seiner Untersuchung will Rütters die Wandelbarkeit des

zung dieser Epoche<sup>321</sup> als Mahnmal dafür stehen, daß es unumgänglich ist, sich einzuges-  
tehen und zu vergegenwärtigen, daß die Anwendung von Generalklauseln in einem  
Rechtssystem Gefahren mit sich bringt.

Da nach 1945 und bis heute die Skepsis gegenüber Generalklauseln in Deutschland groß  
ist, ist somit historisch verständlich und natürlich. Und so soll denn die *entwicklungsges-*  
*chichtliche Größe des Problems*<sup>322</sup> hier auch keinesfalls verkannt werden, besonders da  
es in Deutschland Stimmen gibt, die Generalklauseln nur vorsichtig und in eng  
begrenzten Fällen anzuwenden.<sup>323</sup> Dementsprechend ist denn auch in jedem Regelungsbe-  
reich grundlegend zu erwägen und grundsätzlich festzustellen, ob der legislative Ausweg  
in die Generalklausel die optimale Kompetenzverteilung darstellt.<sup>324</sup> Eben dies wird in  
diesem Teil der Arbeit für die hier behandelte Haftungsfrage im Recht der verbundenen  
Unternehmen unternommen.

### **3) Generalklauseln im heutigen Recht**

Festzustellen ist, daß - trotz aller Skepsis - im deutschen Recht zahlreiche  
Generalklauseln anzutreffen sind. Die sich anschließende eingehendere Betrachtung  
bestehender Generalklauseln scheint notwendig, um sich über die Möglichkeit und den  
möglichen Inhalt einer Regelung der Frage des Privilegs der beschränkten Haftung im  
Bereich der verbundenen Unternehmen durch eine tatbestandsarme Regelung einen  
Eindruck zu verschaffen. Dazu werden neben den angestellten Betrachtungen zu dem  
allem Privatrecht zugrundeliegenden BGB, im folgenden Generalklauseln in einem das  
typisierte Vertragsrecht regelnden Gesetz, nämlich dem mit der Schuldrechtsreform in

---

normativen Inhalts der Generalklauseln und ihrer Funktion bei der Korrektur traditioneller  
Rechtsvorstellungen aufzeigen. Die Generalklauseln wurden zum Einfallstor der  
nationalsozialistischen Gedanken in die Rechtsordnung, Die hieraus folgenden Ergebnis waren  
unzweifelhaft grauenvoll, es ist jedoch sehr zu bezweifeln, ob eine Rechtsordnung ohne General-  
klauseln dem Land und seiner Rechtsordnung ein anderes Schicksal beschert hätten. Die  
Generalklauseln waren denn auch nur als Provisorium zu dem geplanten nationalsozialistischen  
Volksgesetzbuch gedacht. Die Generalklauseln waren zwar das in Anwendung genommene *Mittel*,  
durch das nationalsozialistische Wertungen in die Rechtsordnung einfließen konnten, jedoch nicht  
die Ursache dafür, und ebensowenig das einzig mögliche Mittel. Sie wurden zum Einfallstor für die  
nationalsozialistischen Gedanken, weil sie existierten. Es erscheint dem Verfasser dieser Arbeit  
schwer vorstellbar, daß ein rein formalistisches Rechtssystem unter den damals gegebenen  
Voraussetzungen diesen Gedanken hätte Einhalt gebieten können. Deshalb erscheint es dem  
Verfasser dieser Arbeit als Irrtum, die an Generalklauseln orientierte Regelung einzig aufgrund  
dieser geschichtlichen Erfahrung abzulehnen bzw. ihr entgegenzutreten. Dies klingt denn auch  
schon bei Rüthers an anderer Stelle (S. 275) an, an der auch über die Interessenjurisprudenz gesagt  
wird, sie hätte ein perfektes Instrument zur Umwertung der Rechtsordnung geboten. Vgl. hierzu  
auch Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 521 m.w.N.

<sup>321</sup> Vgl. auch insgesamt Börner, Die Bedeutung der Generalklauseln (1989), S. 31ff. Schön in die  
Gesamtproblematik eingebettet wird die Frage der Bedeutung der Generalklauseln bei Gruchmann,  
Justiz im Dritten Reich (1988), S. 925f., der im politischen Zusammenhang deutlich macht, wie  
generalklauselartig formulierte Bestimmungen in der nationalsozialistischen Praxis die Möglichkeit  
boten, Maßnahmen über ihren ursprünglichen Sinn und Zweck hinaus auszuweiten, vgl. etwa  
Gruchmann, aaO. S. 731.

<sup>322</sup> So bereits Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 22, vgl. auch S 1ff.

<sup>323</sup> Vgl. so etwa Börner, Die Bedeutung der Generalklauseln (1989), S. 212.

<sup>324</sup> Dies haben denn auch die Befürworter von Generalklauseln erkannt, vgl. Kübler, Kodifikation und  
Demokratie (1969), S. 650.

das BGB integrierte AGBG<sup>325</sup> und in einem zentralen Wirtschaftsgesetz, dem UWG, betrachtet.<sup>326</sup>

### **a) Generalklauseln im Wirtschaftsrecht am Beispiel § 1 UWG**

Der § 1 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) besagt, daß derjenige, welcher *"im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden"* kann.<sup>327</sup> Der Wortlaut dieser Bestimmung wurde 1909 ins Wettbewerbsgesetz aufgenommen. Damit wurde dem Wettbewerbsgesetz von 1896 nach 13 Jahren eine Generalklausel haftungsrechtlicher<sup>328</sup> Art vorangestellt.<sup>329</sup> Diese Generalklausel war schon von Anfang des UWG an im Gespräch, wurde jedoch ursprünglich *"im Interesse der Rechtssicherheit"*, und weil man ursprünglich meinte, sie hätte *"einen Einbruch in die Prinzipien der deutschen Rechtsprechung"* bedeutet, nicht Gesetz.<sup>330</sup>

Der ersten Fassung des UWG fehlte eine Generalklausel; sie war ganz auf Einzelfälle und die damals meistens beklagten Auswüchse zugeschnitten und darum wenig brauchbar,<sup>331</sup> während das Wettbewerbsrecht heute ein moderner Teil des Wirtschaftsrechts ist. Gesellschaftlicher Kern dieser Entwicklung des UWG § 1 war, daß sich die vielfältigen Wandlungen und Neuerungen des Wirtschaftslebens eben nicht vorhersehen lassen und sich deshalb der gesetzlichen Regelung entziehen.<sup>332</sup>

Mit Einzeltatbeständen läßt sich der proteusartigen Verwandlungsfähigkeit der Unredlichkeit im geschäftlichen Verkehr nicht beikommen, weil sich ständig neue Sachverhalte ergeben. Deshalb muß eine Rechtsnorm vorhanden sein, die mit einem allgemeinen Bewertungsmaßstab einen umfassenden Rechtsschutz bietet.<sup>333</sup> Die Generalklausel findet ihre Berechtigung darin, daß sich die Rechtsfragen in ihrem Regelungsbe- reich ständig verändern. Daß die Lauterkeit sich erst aufgrund einer Konkretisierung der Generalklausel durch Richterspruch ergibt, verhindert dabei nicht, daß das Wett-

<sup>325</sup> AGBG: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3317)

<sup>326</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (RGBl. S. 499). Ebenso findet sich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen an zentraler Stelle eine Generalklausel, vgl. etwa Straub, § 15 GWB als Generalklausel des Rechts gegen vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen (1986), passim.

<sup>327</sup> Vgl. zum Generalklauselcharakter des § 1 UWG Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 122-156 und zum Inhalt von § 1 UWG S. 353-740.

<sup>328</sup> Vgl. Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 248.

<sup>329</sup> Vgl. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 20. Der Gesetzssystematik halber sei angemerkt, daß das UWG insgesamt weniger ausdifferenziert ist als beispielsweise das AktG.

<sup>330</sup> Vgl. zur Geschichte des § 1 UWG aus dem hier angelegten Blickwinkel nur Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 250ff.

<sup>331</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 101.

<sup>332</sup> Vgl. Baeter, Generalklauseln (1994), S. 83 auch zum Unterschied der Generalklauseln §§ 138, 242 und 826 BGB und z.B. des UWG § 1.

<sup>333</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 59.

bewerbsrecht eine hochgradige Legitimität besitzt, da "es vom Richter nicht *praeter* oder *contra legem*, sondern aufgrund der Generalklausel *cum lege* gebildet und fortgebildet wird".<sup>334</sup>

Die Generalklausel des UWG gewinnt durch die Herausarbeitung bestimmter Leitnormen das nötige Maß an Rationalität und Berechenbarkeit.<sup>335</sup> Sie verschafft anerkannten Rechts- und Grundwerten des Gemeinschaftslebens, insbesondere allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen, Geltung.<sup>336</sup> Die Auslegung des zentralen Rechtsbegriffes der Norm, der guten Sitten, geschieht dabei funktionsbedingt,<sup>337</sup> d.h., der Begriff der guten Sitten wird in der Generalklausel des UWG auf den Wettbewerb im Wirtschaftsverkehr bezogen.<sup>338</sup>

Im Laufe der Zeit haben sich im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG bestimmte Fallgruppen entwickelt. Diese haben jedoch nur exemplarische Bedeutung.<sup>339</sup> Die Generalklausel muß immer in Bezug auf den jeweiligen Fall konkretisiert werden, und diese Konkretisierung der Generalklausel muß mit dem *Schutzzweck*<sup>340</sup> des UWG im Einklang stehen. Der Schutzzweck des UWG ist dabei der Schutz aller im Wettbewerbsgeschehen aufeinanderstoßenden Interessen an einem lauterem Verhalten im Wettbewerb.<sup>341</sup> Dabei gibt es keinen einheitlichen Bewertungsmaßstab: Sowohl rechtliche als auch außerrechtliche Maßstäbe werden berücksichtigt.<sup>342</sup> Der Richter ist dabei an den Wertungsbereich der gesetzlich getroffenen Grundentscheidungen der gesamten Rechtsordnung gebunden, und er muß seine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Wertmaßstäbe des Grundgesetzes vornehmen.<sup>343</sup> Hierzu sei auch angemerkt, daß der Richter bei den Wertungen nach § 1 UWG nicht zu eigenen wirtschaftspolitischen Entscheidungen legitimiert ist, wobei über die wirtschaftspolitische Neutralität des UWG allgemein gestritten wird.<sup>344</sup>

<sup>334</sup> So Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 101.

<sup>335</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 101.

<sup>336</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 123.

<sup>337</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 138.

<sup>338</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 124.

<sup>339</sup> Vgl. BGH GRUR 1969, 144 S. 146 ( Bambi-Entscheidung).

<sup>340</sup> Vgl. dazu Gloy-Greuner, Handbuch des Wettbewerbsrecht (1986), S. 17ff.; vgl. hierzu die insoweit dem Schutzzweck entsprechenden Betrachtungen zum Normzweck oben im ersten Teil unter B.III.2.

<sup>341</sup> Vgl. v. Gamm, Wettbewerbsrecht (1987), S. 213 und 63f. Vgl. im einzelnen auch Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990), S. 125f.

<sup>342</sup> Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990) S. 129 sowie S. 129-133 zum Inhalt dieser auer- und innerrechtlichliche Maßstäbe, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

<sup>343</sup> Vgl. BGH GRUR 1971, 173 (Urteil zur Hamburger Volksbühne) sowie v. Gamm, Wettbewerbsrecht (1987), S. 14f.

<sup>344</sup> Diese Diskussion wird hier nicht aufgegriffen, vgl. hierzu und auch zur Mehrdeutigkeit dieses Begriffes Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (1990) S. 126. Vgl. auch die Betrachtungen zur Wirtschaftsverfassung oben in diesem Teil unter B.

Abschließend sei bemerkt, daß auch die Generalklausel des UWG zum Einfallstor der nationalsozialistischen Wertordnung wurde<sup>345</sup> und daß sie als Generalklausel oftmals kritisiert worden ist.<sup>346</sup> Die Vorteile einer anpassungsfähigen Rechtsanwendung überwiegen jedoch,<sup>347</sup> und so kommt ihr auch heute ein zentraler Stellenwert in einem wichtigen Wirtschaftsgesetz zu.

### **b) Generalklauseln im modernen Privatrecht: § 307 BGB (§ 9 AGBG)**

Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>348</sup> aus dem Jahr 1976 (AGBG) bezweckte, die materielle Vertragsgerechtigkeit und damit die Ausgewogenheit des Interessenausgleiches im Vertrag zu sichern. Das AGBG sollte dabei als Korrektiv bei Verträgen zwischen Vertragspartnern unterschiedlicher Stärke dienen. Sinn des AGBG ist somit Schutz und Wiederherstellung der Vertragsfreiheit und damit der Privatautonomie. Diese Privatautonomie wird üblicherweise definiert als Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen,<sup>349</sup> und das AGBG diene somit dem Schutz einer der elementaren Wertungen unserer Rechtsordnung. Durch die Eingliederung des AGBG in das BGB im Zuge der Schuldrechtsreform hat sich hieran nichts geändert.<sup>350</sup>

Die Entwicklungsgeschichte des AGBG von 1976 war durch die Entwicklung des Richterrechts geprägt.<sup>351</sup> Erst nach einer langen Entwicklung in der Rechtsprechung kam es zur Kodifikation, wobei die Klauselverbote der §§ 10 und 11 AGBG eine Kodifizierung des geschaffenen Richterrechts darstellen. In der Regelung der AGB wird im Unterabschnitt über unwirksame Klauseln den zahlreichen aufgeführten Klauselverboten in § 308f. BGB (früher §§ 10 und 11 AGBG) in § 307 BGB (früher § 9 AGBG) eine Generalklausel<sup>352</sup> vorangestellt, die eine Auffangfunktion<sup>353</sup> hat. Wie § 242 BGB entzieht sich § 307 BGB der eigentlichen tatbestandlichen Erfassung. Nach der in § 307 BGB aufgestellten Generalklausel sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders

<sup>345</sup> Vgl. dazu die unbedingt lesenswerten und trotz ihrer Kürze doch überaus einprägsamen Betrachtungen bei Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 219ff. Hierauf soll in der in dieser Arbeit behandelten Fragestellung jedoch nicht näher eingegangen werden.

<sup>346</sup> Vgl. die Darstellung bei Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 252.

<sup>347</sup> Vgl. statt aller v. Gamm, Wettbewerbsrecht (1987), S. 214 und Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 253 m.w.N. Die methodisch skeptische Haltung Diederichsens, Flucht des Gesetzgebers (1974), S. 25f., wird in dieser Arbeit - ebensowenig wie in der Spezialliteratur - somit nicht geteilt.

<sup>348</sup> Gesetz vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3317) mit späteren Änderungen.

<sup>349</sup> Vgl. BVerfG WM 1986, 828, 831.

<sup>350</sup> Vgl. zur Eingliederung des AGBG in das BGB nur Palandt/Heinrichs, Kommentar zum BGB (2002) Überbl v § 305 BGB Rn. 1ff.

<sup>351</sup> Vgl. statt aller etwa Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG (1993) Einl. Rn. 7ff oder etwa Brandner aaO. § 9 Rn 4f.

<sup>352</sup> Vgl. zu Inhalt und Zweck der Norm insgesamt Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG (1993), § 9 Rn. 58ff.

<sup>353</sup> Vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (1994), § 9 Rn. 5 und 6.

entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist dabei im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung (1.) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder (2.) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist.

Der Gesetzgeber hat sich also mit § 307 BGB (früher § 9 AGBG) dafür entschieden, eine Generalklausel an zentraler Stelle des Rechtsgebietes einzusetzen. Die Generalklausel des § 307 BGB enthält dabei sowohl Grundsatz als auch Maßstab der Inhaltskontrolle<sup>354</sup> und soll dabei einen generellen Maßstab für die verkehrstypischen Verhältnisse bereitstellen. Dieser generelle Maßstab soll jedoch, soweit dies nach Treu und Glauben geboten ist, gleichzeitig Raum für die Berücksichtigung des konkreten Vertrags und seiner Beteiligten lassen.<sup>355</sup> Ziel der Norm ist es dabei sicherzustellen, daß es zu einem angemessenen Interessenausgleich kommt.<sup>356</sup>

Der Generalklausel liegt eine komplexe Abwägung zugrunde, die dadurch in § 307 BGB umgesetzt wird, indem die Norm den Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB näher bestimmt. Somit zieht § 307 BGB die Konsequenz aus der bei AGB im Regelfalle einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit, indem nach § 307 BGB im Vergleich mit dem allgemeinen Vertragsrecht ein verschärfter Maßstab der Inhaltskontrolle anzulegen ist. Dies ist die Kontrollfunktion der Generalklausel.<sup>357</sup> Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ist somit kein aliud zur normalen Rechtsanwendung, sie ist auch keine 'verschärfte' Rechtskontrolle, sondern sie ist Rechtsanwendung, die von engeren materiellen Wirksamkeitsschranken ausgeht.<sup>358</sup> Es handelt sich beim § 307 BGB also nicht um eine Zweckmäßigkeitsschranke oder eine besondere Kontrollkompetenz oder gar Ermächtigung des Richters; vielmehr ist die Inhaltskontrolle als eine Wirksamkeitskontrolle konzipiert, die den Inhalt einer Kontrolle unterzieht.

Bemerkenswert ist hierbei insbesondere die Ausgestaltung der Norm: Während allgemein am Maßstab der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB geprüft wird, enthält die Inhaltskontrolle nach dem AGBG einen engeren Maßstab. Diesen umschreibt das § 307 BGB mit den Geboten von Treu und Glauben und der Angemessenheit. Dieser Angemessenheitsmaßstab ist dabei ein generalisierender Maßstab.<sup>359</sup> Nach § 307 Abs. 1 BGB ist als Maßstab die mit den Geboten von Treu und Glauben nicht zu vereinbarende

<sup>354</sup> Vgl. hierzu Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG (1993), § 9 Rn. 8.

<sup>355</sup> Vgl. BT-Drucks 7/3919, S. 22.

<sup>356</sup> Vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (1994), § 9 Rn. 7, und zur generalisierenden Betrachtungsweise bei Interessenabwägungen ebenso Wolf aaO. Rn. 72 oder Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG (1993), § 9 Rn. 78ff.

<sup>357</sup> Vgl. hierzu etwa Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (1994), § 9 Rn. 2.

<sup>358</sup> Vgl. Fastrich, Inhaltskontrolle (1992), S. 10.

<sup>359</sup> Vgl. das gerade Gesagte vertiefend etwa Fastrich, Inhaltskontrolle (1992), S. 12 m.w.N. auch zur Abgrenzung gegenüber spezifischen Schranken.



unangemessene Benachteiligung anzulegen. Dieser Maßstab wird dann *in der Norm* selbst in Abs. 2. konkretisiert.<sup>360</sup> Diese Konkretisierung geschieht in Nr. 1 dabei durch eine explizite Bezugnahme auf die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Dies ist für die Problematik dieser Arbeit außerordentlich bemerkenswert, *denn das Gesetz erhebt damit ausdrücklich und explizit die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen und Grundgedanken zum Teil der Norm.* Im Sinn dieser Arbeit werden damit die dem Gesetz zugrundeliegenden gesetzgeberischen Wertungen Teil des Gesetzes. Es ist wichtig sich diese Besonderheit deutlich zu machen, denn wenn die Berücksichtigung der dem Gesetz zugrundeliegenden Gedanken an sich nicht Überraschendes besagt, so ist es für die in dieser Arbeit angelegte Perspektive doch bedeutsam. Denn: *Die gesetzgeberischen Wertungen werden im Gesetz zum Anwendungsmaßstab der Norm erklärt.*<sup>361</sup> Wichtig ist dies unter anderem deshalb, weil eine Inhaltskontrolle damit auch möglich ist, wenn ein Vertragstyp keinem gesetzlichen Leitbild entspricht.<sup>362</sup> Indem die ganze gesetzliche Regelung als Konkretisierungsmaßstab heranzuziehen ist, ist das gesamte materielle Recht in die Anwendung des § 307 BGB einzubeziehen.<sup>363</sup>

§ 307 BGB wird desweiteren in Abs. 2 Nr. 2 dahingehend konkretisiert, daß eine unangemessene Benachteiligung ebenso vorliegt, wo die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist.<sup>364</sup> Die praktische Bedeutung dieser Konkretisierung zeigt sich in Fällen, in denen eine dem Vertragszweck entsprechende gesetzliche Regelung fehlt.<sup>365</sup> Hierauf braucht hier nicht näher eingegangen zu werden; für diese Arbeit ist entscheidend, daß *in der Generalklausel des § 307 BGB selbst Konkretisierungsmaßstäbe* zu deren Anwendung enthalten sind.

So sind bei der Betrachtung des § 307 BGB für die hier behandelte Frage vor allem zwei Dinge entscheidend, nämlich daß zum einen der Maßstab der Generalklausel *in der Norm* selbst konkretisiert wird, und daß zum anderen diese Konkretisierung in einer Anlehnung

<sup>360</sup> Vgl. zu den von ihm als "*Tatbestandsmerkmale der Generalklausel*" bezeichneten Konkretisierungsmaßstab der unangemessenen Benachteiligung Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG (1993), § 9 Rn. 70ff.

<sup>361</sup> Vgl. dazu unten die Ausführungen oben in diesem Teil unter A. III zum Vorschlag einer wertungsorientierten Regelung, die die entscheidenden Wertungen explizit in die Regelung aufnimmt.

<sup>362</sup> Vgl. etwa BGHZ 104, 82, 90 (Herstellervertrag, 1988). Dieser Umstand verdient in dieser Arbeit besondere Betonung, weil es eine dieser Arbeit zugrundeliegenden Betrachtung ist, daß es im Recht der verbundenen Unternehmen immer zu neuen Haftungskonstellationen kommen wird und daß deshalb eine tatbestandsarme Norm zur Problemerkfassung zu erwägen ist.

<sup>363</sup> Vgl. hierzu Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (1994), § 9 Rn 66. Erinnert sei daran, daß diese Vorschriften nach Schutzzweckbetrachtungen auch dazu bestimmt sein müssen, die Interessen des anderen Vertragsteiles zu schützen; auf die Sonderung bei Bezugnahme auf zwingende bzw. dispositve Vorschriften wird hier nicht eingegangen, vgl. etwa aaO. § 9 Rn. 66ff.

<sup>364</sup> Vgl. hierzu etwa Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (1994), § 9 Rn. 82ff.

<sup>365</sup> Vgl. so Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (1994), § 9 Rn. 82, vgl. auch Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG (1993), § 9 Rn. 142ff.

an die Richtlinien- und Leitbildfunktion der wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung geschieht.<sup>366</sup>

#### **4. Betrachtung zur Verwendung von Generalklauseln im deutschen Recht**

Im Vorangegangenen sind historische Überlegungen zur Verwendung von Generalklauseln in der deutschen Rechtsordnung angestellt worden. Es ist aufgezeigt worden, daß - trotz bestehender Skepsis aufgrund der mit der Verwendung von Generalklauseln einhergehenden Gefahren - Generalklauseln fester und unverzichtbarer Bestandteil der deutschen Rechtsordnung und eine sinnvolle Ergänzung der bestehenden Normengefüge sind.

Beispielhaft wurde an § 1 UWG und § 307 BGB (früher § 9 AGBG) dargelegt, wie wichtige Regelungsbedürfnisse in wirtschaftsrechtlichen und privatrechtlichen Fragen anhand von Generalklauseln erfüllt werden können. Besonders bemerkenswert erscheint, daß der neueren der vorgestellten Generalklauseln ein Konkretisierungsmaßstab vorgegeben wurde, der besonders die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung als Maßstab hervorhebt.

Für diese Arbeit ist wichtig, daß sich im Wirtschafts- und Haftungsrecht bereits Generalklauseln finden. An dieser Stelle der Arbeit sei daraus nur der Schluß gezogen, daß der deutsche Gesetzgeber der Verwendung von Generalklauseln nicht ablehnend gegenübersteht, und daß der Gesetzgeber in modernen Generalklauseln dem Richter Konkretisierungsmaßstäbe zur Verfügung stellt. Und eben dies kann eben einer der Beweggründe für die gesetzliche Regelung durch eine Generalklausel sein: Nicht Unzufriedenheit mit der Rechtsprechung - etwa der des BGH - sondern der Ansatz, den Richtern einen verbindlichen gesetzlichen Maßstab für die Inhaltskontrolle an die Hand zu geben<sup>367</sup>.

Trotz der besonderen und traurigen Rolle der Generalklauseln in der Rechtsgeschichte steht somit nach hier vertretener Auffassung einer Regelung der hier behandelten Problemstellung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen durch eine Generalklausel aus rechtssystematischer und rechtshistorischer Sicht nichts entgegen. Im Gegenteil: Im deutschen Privatrecht und insbesondere im Wirtschaftsrecht ist nach dem Gesagten die Verwendung von Generalklauseln ein gangbarer und begangener Weg.

#### **IV. Aufnahme expliziter Wertungsvorgaben in eine Generalklausel**

Die oben dargelegten Gedanken könnte man ganz allgemein für die Anwendung von Generalklauseln so formulieren: Eine Generalklausel muß als Teil der wertgebundenen Rechtsordnung verstanden werden. Diese vorzugebenden Wertungen können tradierter

<sup>366</sup> Vgl. dazu in Anlehnung an L. Raiser Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (1994) § 9 Rn. 65.

<sup>367</sup> So für die Entstehung des AGBG aus dem Richterrecht Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG (1994) Einl. Rn. 7. Die Kompetenz der Richter muß nach dem Gesagten außerhalb ernsthaften Zweifels stehen, so denn auch Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 73 m.w.N.

Art sein. Ebenso kann es sich aber um konkret und explizit vom Gesetzgeber aufgestellte Wertungen handeln.<sup>368</sup>

Eine These dieser Arbeit ist es, daß, wenn Recht aus tatsächlichen Gründen nicht mehr kodifizierbar ist, Generalklauseln methodologisch den Vorzug vor dem Versuch einer tatbestandsreichen Regelung verdienen. Dies hat so zu geschehen, daß es zu einem sinnvollen Zusammenspiel von tatbestandsreicher Regelung und Generalklauseln kommt.<sup>369</sup> Denn wohl hat die tatbestandsreiche Regelung Vorteile, da sie sowohl der Aufgabenverteilung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung entspricht, Rechtsunsicherheiten vorbeugt und die Gerichte entlastet. Sie ist jedoch nur möglich, wenn sie von Rechtsfortbildungsmöglichkeiten und partiellen Generalklauseln ergänzt wird, denn auf die Anpassung der Haftung an die sich verändernde Wirklichkeit der Wirtschaftswelt kann nicht verzichtet werden.

Eine Generalklausel ist nach hier vertretener Auffassung nicht als Generalemächtigung für den Richter anzusehen, nach der dieser nach freiem Ermessen entscheiden kann.<sup>370</sup> Auch sollte eine Generalklausel sich nicht über den ihr zgedachten Regelungsbereich hinaus erstrecken. Ihre Anwendung kann Rechtsgebiete erfassen, die der Gesetzgeber mit einer Kautelarregelung nicht erfassen kann. Eine Generalklausel, die einen Ausnahmetatbestand zu einer gesetzgeberischen Grundentscheidung bildet, muß dabei allgemeinen Auslegungsgrundsätzen nach einschränkend ausgelegt werden.<sup>371</sup> Eine solche Generalklausel eignet sich im Privatrecht insbesondere dort, wo der Gesetzgeber zwar eine grundsätzliche Regelung aufstellt, die der allgemein auftretenden Interessenverteilung gerecht wird, es jedoch im Einzelfall zur Wahrung der dieser Interessenverteilung zugrundeliegenden Abwägung nötig und gerechtfertigt ist, von dieser kautelarisch aufgestellten gesetzlichen Regelung abzuweichen. Dies sollte das Gesetz selber durch eine Generalklausel ermöglichen. Die sachliche Entscheidung des Richters sollte dabei von gewissen Erwägungsvorgaben - gesetzgeberischen Wertungen - ausgehen, die das Gesetz ihm vorgeben könnte. Dabei ist eine andere These dieser Arbeit von entscheidender Bedeutung, nämlich daß das Recht normzweck- und wertungsgebunden auszulegen ist.<sup>372</sup> Eine wertungsgebundene Rechtsanwendung ist bei tatbestandsarmen Regelungen in größerem Umfang nötig als beim tatbestandsreichen Normengefüge.

<sup>368</sup> Vgl. hierzu die gesamte auf Dürig, Grundrechte und Zivilrechtssprechung (1956), passim aufbauende Rechtsauffassung von Generalklauseln als Einfallstor grundgesetzlicher Wertungen.

<sup>369</sup> Vgl. etwa zum Zusammenspiel von Gattungstatbeständen und Generalklauseln etwa Deutsch, Haftungsrecht (1976), S. 109 m.w.N.

<sup>370</sup> Vgl. hierzu problembezogen auch Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 765: "*Die Verhaltenspflichten* "[...des herrschenden Unternehmens...] und die besonderen Voraussetzungen [seines Tätigwerdens sollten] rechtlich so präzise bestimmt werden, daß dem Gericht kein Gestaltungsermessen eingeräumt zu werden braucht, um tatbestandliche Ungenauigkeiten auszugleichen. Unberührt hiervon bleibt das Schätzungsermessen des Gerichts."

<sup>371</sup> Vgl. zur einschränkenden Auslegung von Ausnahmetatbeständen oben in diesem Teil unter D.II.3. zu den Gefahren bei Generalklauseln und in Bezug auf die Haftungsfrage unten im dritten Teil unter D.II.1.

<sup>372</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben im ersten Teil unter B.III.2.

Es erscheint dem Verfasser dieser Arbeit - um es verständnisfördernd (über-)pointiert auszudrücken - methodologisch ehrlicher<sup>373</sup> und daher zu bevorzugen, eine wertende Entscheidung offen auf Wertungen zu stützen als ein scheinssubsumtives Vorgehen da zu suggerieren, wo letztendlich doch wertende Rechtsfindung stattfindet;<sup>374</sup> Dies würde nicht zuletzt die Akzeptanz einer Regelung erhöhen.<sup>375</sup> Die entscheidende Wertung soll nicht hinter einer Begriffsverwendung verdeckt, sondern als solche in den Entscheidungsgründen bewußt offengelegt<sup>376</sup> werden. Hierauf ist - problembezogen - kurz einzugehen:

Der Gläubigerschutz kann nicht mit Hilfe der Generalklausel der Angemessenheit bewältigt werden, weil hierdurch Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als Funktionsbedingungen der Privatautonomie zu weitgehend beeinträchtigt würden. Zugleich würde auf diese Weise dem Zivilrichter eine weit ins Rechtspolitische hineinreichende, komplexe Aufgabe der "*Kompatibilisierung verschiedener gesellschaftlicher Steuerungsebenen*" zugewiesen.<sup>377</sup> Eine Generalklausel, die einzig von Billigkeitsbetrachtungen bzw. von allgemeinen Grundsätzen wie Treu und Glauben oder etwa einer Angemessenheitsbeurteilung ausgeht, ist also zur Regelung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen ungeeignet; denn der Verlust an Rechtssicherheit durch den Wandel bestimmter Normen oder Normenkomplexe muß mindestens durch den Gewinn an Wertungsharmonie und Erwartungskonformität in der Rechtsordnung ausgeglichen werden<sup>378</sup>.

Würden dagegen in einer tatbestandsarmen Regelung die bisher gewonnenen Wertungsgrundlagen klar an- und als Bewertungsmaßstäbe vorgegeben, wäre ein Schritt zur Lösung der in der Einführung angesprochenen Probleme getan.

Von einem Kenner des Rechts der verbundenen Unternehmen wurde schon Mitte der Fünfziger gesagt, es sei "*eine Folge der deutschen Kodifizierung und der Entwicklung, die hier die Rechtswissenschaft nach ihr genommen hat, daß die rechtsgeschichtliche Einordnung der einzelnen Rechtssätze in den Ablauf der Rechtsgeschichte ebenso verloren gegangen ist, wie die in die Sozial- und Wertordnung.*"<sup>379</sup> Gerade darum geht es dieser Arbeit letztlich vorrangig: Um das Zusammenführen von gesetzgeberischer Wertungsgrundlage und Rechtswirklichkeit. In dieser Arbeit wird dazu eine Generalklausel vorgeschlagen, deren Normziel das Verwirklichen vorgegebener Wertungen ist. Der diesem Ansatz zugrundeliegende Gedanke ist nicht neu, denn bereits

<sup>373</sup> Vgl. zur Bedeutung der Methodenehrlichkeit im Unternehmensrecht etwa K. Schmidt, Umgang mit kodifiziertem Recht (1985), S. 941.

<sup>374</sup> Vgl. zu diesen Gedanken bei der Verwendung von Generalklauseln, in casu bezogen auf die Ergebnisableitung aus Fallgruppen, Weber, Kodifizierung von Generalklauseln (1992), S. 567.

<sup>375</sup> Vgl. zum Rechtsbewußtsein auch Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 556.

<sup>376</sup> Vgl. Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 531.

<sup>377</sup> Vgl. nur Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle (1991), S. 147 und bereits Teubner im BGB-Alternativkommentar, § 242 Rn. 20.

<sup>378</sup> So der Gedanke von Bydlinski, Präzisierung aktueller Generalklauseln (1989), S. 220.

<sup>379</sup> Vgl. so Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht (1957) S. 14.

im geltenden Recht bildet die Wertung den Kern der auf Generalklauseln aufbauenden Entscheidungsbegründung.<sup>380</sup>

Die Abfassung einer explizite Wertungsvorgaben beinhaltenden Generalklausel ist möglich, ohne daß auf die nötige Rechtssicherheit verzichtet würde. Es handelt sich bei einer solchen Generalklauseln dann nicht mehr um eine "lacuna intra legem"<sup>381</sup> oder eine "echte Generalklausel",<sup>382</sup> denn dies impliziert, daß Zweifel über die gesetzgeberische (und gesetzliche) Wertung offenbleiben. Denn nur dann müßte der Richter seine Entscheidung an Wertmaßstäben orientieren, die im Gesetz selbst nicht geregelt sind.<sup>383</sup> Nur wo das Gesetz solche offenen Generalklauseln verwendet, gibt es lediglich einen sehr allgemeinen Rahmen an, den der Richter im Einzelfall durch eine zusätzliche Wertung auszufüllen hat.<sup>384</sup> Die hier vorgeschlagene Regelung, ist dagegen eine Generalklausel, in welcher die zugrundezulegenden Wertungen als solche explizit angegeben werden.

Eine in einer solchen Generalklausel geregelte Verantwortlichkeit hätte verhaltenssteuernde Funktion: Da eine solche Generalklausel möglicherweise nicht im gleichen Maße wie ein tatbestandsreiches Normengefüge verhaltenssteuernd zu wirken vermag, könnte der Platz einer - evtl. residualen - Generalklausel auch *neben* einem dies bewirkendem Normengefüge sein. Systematisch ist dabei das ungeordnete Nebeneinander einer umfassenden Generalklausel und einer kasuistischen Sonderregelung auf die Dauer wohl unbefriedigend.<sup>385</sup> Dagegen wäre ein *geordnetes* Nebeneinander von steuernder Sonderregelung und wertungsgebundener Generalklausel eine akzeptable Alternative.

Wo der Nährboden für eine tatbestandsreiche Regelung bereitet ist, sollte sie im Sinne der Rechtssicherheit und der Rechtsfortentwicklung durchgeführt werden. Wo also in Diskussion, Rechtsprechung und Literatur Wertungen erarbeitet worden sind, ist nach hier vertretener Auffassung auf dieser unvermittelt aufbauend ein möglichst enges Normengefüge zu entwerfen, um möglichst große Rechtssicherheit zu gewährleisten. Wo jedoch Probleme aufgrund von Vielfältigkeit, Umgehbarkeit oder (noch) ausstehender Bildung von eindeutigen Wertungsgrundlagen für eine tatbestandsreiche Regelung zu

<sup>380</sup> Vgl. so auch Weber, Konkretisierung von Generalklauseln, (1992), S. 563 und insgesamt die Darstellung in diesem zweiten Teil unter C. und D.

<sup>381</sup> Vgl. etwa Canaris, Feststellung von Lücken im Gesetz (1963/83) S. 198 für den "*eine Lücke eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts (d.h. des Gesetzes im Rahmen seines möglichen Wortsinnes und des Gewohnheitsrechts) gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung*" ist. Bei der Lückenfüllung ist über die dem Gesetz immanente Teleologie hinausgehend auf die Gesamtrechtsordnung einschließlich der z.T. übergesetzlichen Rechtsprinzipien und Wertungen abzustellen, vgl. Canaris, aaO. S. 197.

<sup>382</sup> So die den Begriff der Generalklausel einschränkende Bezeichnung von Weber, Konkretisierung von Generalklauseln (1992), S. 525. Wie oben in diesem Teil unter D.I. angeführt, ist der Begriff der Generalklausel nicht eindeutig definiert. An dieser Stelle sei deshalb verdeutlicht, daß in dieser Arbeit nicht für eine Generalklausel eingetreten wird, die dem Richter eine völlig 'freie' Rechtsfindung erlaubt. Stattdessen wird der Ausdruck verwendet um zu verdeutlichen, daß es sich bei der hier vorgeschlagenen Regelung um eine tatbestandsarme, dafür aber wertungsgeladene Norm handelt.

<sup>383</sup> Etwas anders in den Voraussetzungen Rütters, Die unbegrenzte Auslegung (1991), S. 212.

<sup>384</sup> So ganz allgemein Larenz, Methodenlehre (1991), S. 120.

<sup>385</sup> Dies meint Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 252.

komplex, und damit rechtlich ausformuliert nicht greifbar sind, sollte nach der hier vertretenen Ansicht von einem Versuch der eingehenden Regelung durch ein tatbestandsreiches Normengefüge abgesehen werden. Stattdessen sollte auf wertungsgebundene Generalklauseln zurückgegriffen werden.<sup>386</sup> Im Rahmen der vom Gesetzgeber vorgegebenen Wertungen einer solchen Generalklausel könnte die Rechtsfortbildung geschehen, die dann später anhand der gewonnenen Erfahrungen - falls dies nötig erscheinen sollte - in spezifische, tatbestandsreiche Regelungen umgesetzt werden könnte.

Eine wertungsorientierte Generalklausel könnte also als eine objektivierte Formel abgefaßt werden, die auf das zu erstrebende Ziel gerichtet ist. Sie könnte durch "Wertungs-Präambeln" ergänzt werden, in denen die Zielformel der Regelung und die Wertungen des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht werden<sup>387</sup>. In solchen Wertungsvorgaben könnten somit die vom Richter zugrundezulegenden Wertungen bei der Beurteilung der Frage der Haftung für die Verbindlichkeiten einer Kapitalgesellschaft im verbundenen Unternehmen aufgeführt werden. Die Herausarbeitung und Darstellung dieser Wertungsgrundlagen ist das Ziel des dritten Teils der vorliegenden Arbeit. Vorher sind jedoch die bisherige Verwendung von Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht<sup>388</sup> sowie die Möglichkeiten einer generalklauselartigen Regelung der Haftung im verbundenen Unternehmen zu skizzieren.<sup>389</sup>

### **E. Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht**

Im folgenden soll ein kurzer rechtsgeschichtlicher Abriß zur Verwendung von Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht skizziert werden, wie es zur gegenwärtigen Bedeutung von Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht gekommen ist. Anschließend ist aufzuzeigen, welchen Platz eine Generalklausel zur Regelung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen haben könnte.

### **I. Allgemeine zivilrechtliche Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht**

Die heute sehr aktuelle Frage der Treupflicht der Kapitalgesellschaftsgesellschafter<sup>390</sup> gab schon früh Raum für Überlegungen, ob Generalklauseln im Gesellschaftsrecht Bedeutung haben sollten. So tauchte bereits kurz nach der Jahrhundertwende<sup>391</sup> in der deutschen Literatur die Frage auf, ob ein Gebrauch des Stimmrechts in der Kapitalgesellschaft wider

<sup>386</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen im Anfang dieses Teil unter A zur Möglichkeit der expliziten Wertungsvorgaben. Vgl. ganz konkret auch die eingängige Zusammenfassung der generellen Einwände gegen eine an der normierten deutschen konzernrechtlichen Regelung orientierten Gesetzgebung bei Druey, Gutachten (1992), S. H34f.

<sup>387</sup> Vgl. hierzu auch Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 49.

<sup>388</sup> Vgl. gleich anschließend in diesem Teil unter E.

<sup>389</sup> Vgl. abschließend in diesem Teil unter F.

<sup>390</sup> Vgl. hierzu unten im dritten Teil unter E.II. zur Treupflicht.

<sup>391</sup> Vgl. so z.B. Hachenburg, Leipziger Zeitschrift (1907), S. 460ff.

Treu und Glauben geduldet werden dürfe. Es ging hier um die Frage, ob die Generalklausel des § 242 BGB<sup>392</sup> in das Kapitalgesellschaftsrecht hineinwirke. Das Stimmrecht sollte insbesondere dort nicht ausgeübt werden können, wo der Gesellschafter seine Stimme dazu mißbraucht, sich auf Kosten der Gesellschaft Vorteile zu verschaffen.

Das Reichsgericht sprach sich gegen diese Anwendung der Generalklauseln aus, denn - wie man damals meinte - *"Vor allem müßte ein so dehnbarer, auf das Ermessen und die Billigkeit abgestellter Satz in die Betätigung des gesellschaftlichen Lebens<sup>393</sup> die größte Unsicherheit hineinbringen. Dies um so mehr, als über Tatsachen, die den Gebrauch als Mißbrauch erscheinen lassen, überaus häufig Streit herrschen wird."*<sup>394</sup> Diese Absage an die Anwendung allgemeiner Grundsätze im Kapitalgesellschaftsrecht wurde dabei auf ein Verwaltungsrecht, nämlich das Stimmrecht, bezogen. Von Bedeutung war hierbei, daß *"scharfe und klare Grenzlinien für die Praxis unentbehrlich"* seien, wenn und wo es *"um den Gebrauch des Stimmrechts als Mißbrauch"* ginge.<sup>395</sup>

Diese Frage soll hier nicht weiter verfolgt werden;<sup>396</sup> eingangs sollte nur festgehalten werden, daß in der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg - entsprechend der allgemeinen skeptischen Haltung gegenüber Generalklauseln - keine Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht Anwendung fanden.

## **II. Voraktiengesetzliche Überlegungen zu einer Generalklausel**

Trotz solch' grundlegender Entscheidung gegen Generalklauseln wurde die Anwendung von Generalklauseln im Kapitalgesellschaftsrecht in der Diskussion und den Erwägungen zu Neuregelung des Aktienrechts in der Folgezeit<sup>397</sup> weiter befürwortet.<sup>398</sup> Dies

<sup>392</sup> Hier sei ganz kurz die Abgrenzung der beiden Generalklauselmaßstäbe der 'guten Sitten' (vgl. § 826 BGB) und 'Treu und Glauben' (vgl. § 242 BGB) in Erinnerung gerufen: Während die gute Sitte den mindesten Grad von Anstand darstellt, den man einem jeden nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden schuldet, hat das Gebot der gesteigerten Anstandspflicht von Treu und Glauben nur dort Geltung, wo eine besondere Verbundenheit oder Beziehung zwischen Personen besteht. Vgl. hierzu und zur Bedeutung dieser Sonderung für die hier behandelte Problemstellung, etwa Lifschütz, Die Generalklausel im Aktienrecht (1931), S. 14ff.

<sup>393</sup> Für Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 10 - *leuchtet an dieser Stelle die ganze Problematik der Generalklausel als gesellschaftlich und rechtlich wünschenswertes Mittel auf.*

<sup>394</sup> Vgl. RGZ 81, 36, 40 (1912). Vgl. hierzu Lifschütz, Die Generalklausel im Aktienrecht (1931), S. 23f. m.w.N.

<sup>395</sup> Vgl. RGZ 81, 37, 40 (1912), wo es wörtlich heißt: *"Gerade in der Frage der Stimmenthaltung (im vorliegenden Fall ging es um diese) sind klare und scharfe Grenzlinien für die Praxis unentbehrlich."* Für die Haftungsfrage wird in dieser Arbeit eine differenziertere Auffassung vertreten: Da es sich um eine komplexere Problemstellung handelt, scheint die klare Grenzziehung, die das Reichsgericht betont und die natürlich soweit möglich wünschenswert ist, für die hier behandelte Problemstellung nicht so stark erforderlich, da es sich hier um eine grundlegend andere Interessen- und Wertungsabwägung handelt, vgl. hierzu insgesamt die Ausführungen im dritten Teil unter A.IV.

<sup>396</sup> Vgl. zur Bedeutung des § 242 BGB für die Treupflicht unten im dritten Teil unter E.II.2.c.bb.

<sup>397</sup> Wie überhaupt die Diskussion um eine Reform des Aktienrechts sehr angeregt war, vgl. etwa J. Lehmann, Gutachten (1926), S. 259f. Der Grund für die starken Reformbestrebungen wird etwa in folgender Aussage aus damaliger Zeit deutlich: *"Bei diesem äußeren Weiterbestehen des Gesetzes haben sich doch im Aktienwesen und in Anpassung daran auch im lebenden Aktienrecht so grundlegende Änderungen vollzogen, daß das alte Gesetz zum großen Teil seinen Wirklichkeitswert verloren hat."* Vgl. so in Anlehnung an Flechthelm Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 3, der aaO. S. 21 meint die Entwicklung zeige deutlich, *"wie das Wirtschaftsleben neue Formen*

interessiert hier besonders, da sich das gesamte - damals noch im HGB befindliche - Aktienrecht in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg in einer Reformphase befand.<sup>399</sup> Dies galt auch und gerade für den Bereich der verbundenen Unternehmen.<sup>400</sup> Das Schlagwort der Zeit war der "*Strukturwandel der Wirtschaft*" und es ging um die "*Beseitigung des Mißverhältnisses von kodifiziertem Aktienrecht und praktizierter Aktien(wesen)wirklichkeit*".<sup>401</sup> Im Zuge dieser Reformdiskussionen war es eine Forsetzung der Befürwortung der Tendenz hin zur Generalklausel, als 1928 die vom Kölner Juristentag eingesetzte Kommission folgenden Vorschlag<sup>402</sup> machte: "*Die Ausübung des Stimmrechts ist unzulässig, wenn der Aktionär durch diese unter Verletzung der offenbaren Interessen der Gesellschaft gesellschaftsfremde Sondervorteile für sich oder einen Dritten verfolgt. Der Abstimmende haftet der Gesellschaft gegenüber für den durch seine Abstimmung herbeigeführten Schaden, soweit ihm dabei Vorsatz zur Last fällt [...]*" Bemerkenswert ist das Motiv, das für das Einsetzen von Generalklauseln angeführt wurde: Durch eine solche Generalklausel sei einem Mißbrauch in viel wirksamerer Weise entgegenzutreten, als es durch noch so viele kasuistische Bestimmungen möglich wäre.<sup>403</sup>

Dieser Vorschlag wurde in der Folgezeit heftig diskutiert,<sup>404</sup> und als 1930 der Entwurf<sup>405</sup> des Reichsjustizministeriums für ein Aktiengesetz vorlag, enthielt er folgende

---

*geschaffen hat, die der Gesetzgeber 1884 nicht voraussehen konnte, und wie durch die Wandlungen der wirtschaftlichen Verhältnisse neue Tatbestände sich gebildet haben, zu deren Regulierung das alte Gesetz nicht die genügende Handhabe bildet."*

An dieser 60 Jahre alten Überlegung wird anschaulich, wie zeitlos das Bedürfnis der Regelungsanpassung ist, und gleichzeitig wird deutlich, daß die damaligen Probleme auch heute noch bestehen. Eine Grundeinschätzung dieser Arbeit ist es, daß es in einem sich ständig wandelnden Rechtsgebiet nicht möglich ist, ein für allemal eine endgültige Regelung aufzustellen. Vielmehr sollte versucht werden, das Rechtssystem so auszugestalten, daß das System für eine Weiterentwicklung offenbleibt, die ihm zugrundeliegenden Grundgedanken und Grundwertungen jedoch gewahrt bleiben. Dazu sollten diese Grundgedanken und Grundwertungen so weit möglich offengelegt werden.

<sup>398</sup> Einen schönen Überblick dieser Entwicklung und auch über den damaligen Erkenntnis der gesamten Konzernproblematik, den Blickwinkel des Minderheits-/Mehrheitskonfliktes und die große Bedeutung und häufige Heranziehung allgemeiner Rechtsbetrachtungen in damaligen Betrachtungen der Konzernproblematik findet sich bei Lifschütz, Die Generalklausel im Aktienrecht (1931), insbes. S. 2ff. und S. 42ff.

<sup>399</sup> Vgl. hierzu etwa die - auch historisch - überaus beeindruckende Darstellung der Reform bei Hachenburg in Düringer-Hachenburg, HGB, (3. Aufl. 1934), III. Band, 1. Teil. Als Sekundärliteratur sei verwiesen auf Nörr, Entwicklung (1986) S. 156ff. m.w.N.

<sup>400</sup> Vgl. etwa Friedländer, Konzernrecht (1927), S. 291.

<sup>401</sup> Vgl. zur historischen Perspektive und zu diesen Stichwörtern Assmann in Großkomm. AktG (1992), Einl. Anm. 129ff.

<sup>402</sup> Bericht der vom 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission (1928), S. 27. Vgl. eingehend hierzu etwa Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht (1931); vgl. auch Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 23 und zur Entwicklung zu diesem Vorschlag und zur Einbettung in die heutige Problematik Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 18f.

<sup>403</sup> Vgl. zum Beschluß der Juristentags-Kommission z.B. Hedemann, Generalklauseln (1933), S. 23.

<sup>404</sup> Diese Diskussion und der gesamte Reformkomplex sind eingehend dargestellt von Schubert in Schubert/Hommelhoff, Aktienreform (1986), S. 31.

<sup>405</sup> Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium (1930). Vgl. hierzu Schlegelberger u.a. JW 1930, 2617ff.



Bestimmung: "*Wer Zwecks Erreichung gesellschaftsfremder Sondervorteile für sich oder einen Dritten unter Benutzung seines Einflusses als Aktionär ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats zu einem vorsätzlichen Handeln zum Schaden der Gesellschaft bestimmt, haftet mit dem Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.*"<sup>406</sup>

Insbesondere ein Unterschied zwischen diesen Regelungsvorschlägen verdient im Rahmen dieser Arbeit besondere Beachtung: Ursprünglich war in der Generalklausel der Aktienrechtskommission als entscheidendes Kriterium angeführt worden, daß der Aktionär *offenbare Interessen* der Gesellschaft verletzen mußte. Diese Interessenverletzung fehlte dann im Entwurf.<sup>407</sup> Die Erklärung hierfür findet sich im Streit um die Reform des Aktiengesetzes. Ohne daß dieser hier eingehend dargestellt werden soll,<sup>408</sup> sollen einige der wesentlichen Gedanken der damaligen Zeit hier aufgegriffen werden, weil sie das in dieser Arbeit behandelte Problem der Umsetzung und Ausformung der einer Regelung zugrundeliegenden Gedanken grundlegend aufzeigen:

Die gesamte Diskussion zur Aktienrechtsreform wurde durch die Diskussion um das "Unternehmen an sich"<sup>409</sup> überschattet.<sup>410</sup> Auch die Motive zum Entwurf schlossen sich weitgehend der Lehre vom "Unternehmen an sich" an.<sup>411</sup> Besonders erwähnt sei, daß einer der Anhänger dieser Reformtendenz die Einführung einer Generalklausel mit der Betonung des Gesellschaftsinteresses und der Konstatierung einer Treupflicht begrüßte<sup>412</sup>, und daß für die Durchsetzung der Gedankengänge dieser Richtung im vom

<sup>406</sup> Der § 84 Abs. 1 des Entwurfes findet sich z.B. bei Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht (1931), S. 7 oder bei Schubert in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1986), S. 31.

<sup>407</sup> Vgl. zur Bedeutung des Gesellschaftsinteresses für die hier behandelte Problematik unten im dritten Teil unter E.I.

<sup>408</sup> Vgl. stattdessen ausführlich die sehr aufschlußreiche Darstellung bei Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 33ff; vgl. auch Schubert in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1986), S. 25ff.

<sup>409</sup> Den Grundstein der Unternehmensdiskussion legte dabei Rathenau mit seiner Schrift "*Vom Aktienwesen*" (1917/1922). Dies Werk war gleichzeitig der Ursprung der Lehre vom "Unternehmen an sich", wie Haußmann, JW 1927, S. 2953 diesen theoretischen Ansatz nannte. Vgl. hierzu insgesamt Nörr, Entwicklung (1986), S. 158f.

<sup>410</sup> Vgl. zum Begriff des "Unternehmens an sich", nach der die Gesellschaft als solche geschützt werden sollte und die Bestandssicherung zum wirtschaftlichen Selbstzweck der Gesellschaft wurde, darstellend etwa Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 43ff. Diese inzwischen einhellig abgelehnte Theorie, Nachweise bei Nissing, aaO., S. 45 Fn. 90, ist ein Produkt der dramatischen Folgen der Inflation nach dem ersten Weltkrieg in den Jahren nach 1920; damals sollte die Theorie der Verwaltung der Gesellschaft größtmögliche Stabilität verschaffen, und dadurch die Einzelinteressen der Aktionäre - insbesondere die möglicher ausländischer Investoren, die nach der Geldentwertung deutsche Unternehmen unverhältnismäßig günstig hätten übernehmen können - zurückdrängen.

<sup>411</sup> Vgl. etwa mit Belegen Schubert in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1986), S. 30, auch zum Wandel des Inhalts dieser Kodifikation bei der Anwendung.

<sup>412</sup> So Netter, ZBH 1929 S. 169 und ZBH 1931 S. 61. Vgl. hierzu Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 52, der dies aus zeitgenössischer Sicht sehr überzeugend in den Diskussionszusammenhang stellt und dabei auch die zahlreichen Differenzierungen in und zwischen den drei Reformströmungen aufzeigt, die bereits Lehmann, Gutachten (1928) S. 259f. skizziert hatte: Aktiendemokratie - Unternehmen an sich - Vorherrschaft der Verwaltung. Es ist nicht nötig, hier weiter auf diese Richtungen einzugehen; vgl. zu den unterschiedlichen Reformströmungen stattdessen nur Dettling, Entstehung des Konzernrechts im AktG von 1965

Reichsjustizministerium vorgelegten Aktiengesetzentwurf von besonderer Bedeutung war, daß der Deutsche Anwaltverein<sup>413</sup> sich in Grundzügen den Gedanken des Unternehmens an sich anschloß und stark für eine Generalklausel eintrat,<sup>414</sup> weil eine solche einen "selbständigen, aus dem Wesen der Aktiengesellschaft als einer Gesellschaft fließenden Rechtssatz"<sup>415</sup> bilde.

Alles in allem scheint denn der Gesamteindruck, den ein Zeitgenosse von dem Entwurf hatte, das Reformvorhaben treffend zusammenzufassen, wenn dieser meint, daß im Entwurf des Reichsjustizministeriums "bei der Behandlung der einzelnen Probleme eine Abwägung der gegenseitigen Interessen dadurch versucht ist, daß in einer elektischen Methode bald das Eigeninteresse des Unternehmens, bald auch das Interesse der Aktionäre stärker berücksichtigt worden ist."<sup>416</sup>

In einem späteren Entwurf<sup>417</sup> eines Aktiengesetzes vom Oktober 1931 fand sich dann die Formulierung einer "generellen Bestimmung".<sup>418</sup> Denn gegen die Einführung der Generalklausel in den Entwurf eines AktG 1931 und gegen die damit verbundene Betonung des Eigeninteresses jeder einzelnen Gesellschaft bestand im Reichsjustizministerium ein wichtiges Bedenken: Der Ausschluß jeder Verfolgung "gesellschaftsfremder Sondervorteile" erschien besonders mit Rücksicht auf die Konzernverhältnisse schwierig.<sup>419</sup> Gerade auf diesem Gebiet hätte die Klausel bei einer zu engen Auslegung des Begriffs der gesellschaftsfremden Sondervorteile ein Hindernis für wirtschaftlich gesunde und vernünftige Beschlüsse werden können. Man wollte es der Rechtsprechung überlassen, von Fall zu Fall "eine Interessenabwägung zwischen den

---

(1997), S. 80ff. sowie die Ausführungen gleich unten. Es sei jedoch bemerkt, daß die letzte Reformgruppe um Solmsen, Haußmann und Sintenis, die sich vornehmlich an den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens orientierte, eine grundsätzlichen Reformbedürftigkeit und ebenso eine Generalklausel ablehnte, Einzelheiten bei Drescher, aaO. m.w.N.

<sup>413</sup> Das Reichsjustizministerium hatte mit dem Ziel die relevanten Kreise zu einer umfassenden Meinungsäußerung zu veranlassen, eine Fragebogenaktion durchgeführt. Der Deutsche Anwaltsverein hatte auf diese Fragebogenaktion mit einem ausführlichen Gutachten geantwortet, vgl. insgesamt Deutscher Anwaltsverein, Zur Reform des Aktienrechts (1929), wo auch die Fragebögen abgedruckt sind. Diese sehr ergiebigen Äußerungen des Deutschen Anwaltvereins gehören dabei nach maßgeblicher Aussage zum Besten, was überhaupt über die Reformfrage geschrieben wurde, vgl. Ministerialdirektor Schlegelberger, NW 1930, S. 2617. Vgl. zur Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins auch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 24ff., der auch den für diese Arbeit wichtigen Aspekt heraushebt, daß der Deutsche Anwaltverein sich für einen gesellschaftlichen Grundsatz des Treueverhältnisses der Aktionäre zur Gesellschaft aussprach, Hommelhoff, aaO. S. 25.

<sup>414</sup> Vgl. Deutscher Anwaltverein, Zur Reform des Aktienrechts (1929), 2. Teil S. 24f.

<sup>415</sup> Vgl. Deutscher Anwaltverein, Zur Reform des Aktienrechts (1929), 1. Teil S. 151. und hierzu etwa Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 54f. sowie Schubert in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1986), S. 28.

<sup>416</sup> Drescher, Sicherung der Interessen (1932), s. 60 und zustimmend Schubert in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1982), S. 31.

<sup>417</sup> Amtlicher Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums (1931).

<sup>418</sup> Vgl. so Schmölder in JW 1930 S. 2629.

<sup>419</sup> Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (1976), AktG § 117, Rn. 4 zeigt die Geschichte der Generalklausel im Konzernrecht. Dort wird auch richtig betont, wie die Generalklausel ursprünglich teilweise auf Treupflichtbetrachtungen gestützt wurde, vgl. RGZ 132, 149, 163.

*Interessen des Konzerns und denen jeder seiner Mitgliedsgesellschaften vorzunehmen*"<sup>420</sup>, um so nicht eine wirtschaftlich notwendige und berechtigte Entwicklung zu erschweren.<sup>421</sup>

Auch wenn man im Reichsjustizministerium versuchte, eine positivrechtliche Formulierung in einer "*generellen Bestimmung*" zu finden, handelte es sich letztlich um eine Generalklausel:<sup>422</sup> "*Wer vorsätzlich Zwecks Erreichung gesellschaftsschädlicher Sondervorteile für sich oder einen Dritten unter Benutzung seines Einflusses als Aktionär ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft zu handeln, haftet mit dem Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates der Gesellschaft als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.*"<sup>423</sup> Die Diskussion um eine Generalklauseln im Aktiengesetz wurde fortgesetzt, als 1931 ein Anwalt<sup>424</sup> die folgende Generalklausel vorschlug: "*Als Mißbrauch seiner Rechte ist es anzusehen, wenn ein Aktionär dieselben in einer mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren Art und Weise benützt.*"<sup>425</sup>

<sup>420</sup> Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf von 1931, zitiert nach Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1986), S. 919. Vgl. hierzu Schmölder in JW 1930 S. 2629.

<sup>421</sup> Vgl. hierzu auch Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 78.

<sup>422</sup> Im Vorentwurf findet sich - wohl aus rechtspolitischen Grund - noch nicht einmal das Wort 'Generalklausel'. Das Kernstück der Generalklausel blieb jedoch bestehen, vgl. hierzu etwa Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht (1932), S. 45. Daß es sich um eine Generalklausel handelt, zeigen Äußerungen aus der Diskussion im Anschluß an den Bericht von Wussow, nachzulesen in den Protokollen der Beratungen des Entwurfs bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1986), S. 261ff., insbesondere die Äußerungen von Ministerialrat Quassowski, aaO. S. 264f. und vom Vorsitzenden Hachenburg aaO. S. 269. Ohne daß hier auf Einzelheiten eingegangen werden kann, empfiehlt sich das Nachlesen dieser Äußerungen, weil zum einen die Wahlmöglichkeit der Regelung durch positive Vorschriften oder Generalklausel anschaulich hervortritt (Quassowski), und zum anderen die Charakterisierung der Generalklausel als 'Allheilmittel' (Hachenburg) polemisiert wird. Dies ist sie eben nicht, doch eben der rechtliche Rahmen, denn 'letzten Endes ist es schließlich doch Sache der Rechtsprechung, diese Vorschriften, die man eigentlich nur als einen Rahmen bezeichnen kann, auszufüllen' (Quassowski). Ob sich letztlich 'nur die wertvollen Gedanken der Generalklausel' (Quassowski) im Entwurf wiederfinden oder ob es sich um eine 'clausula generalis' (Hachenburg) handelt, bleibt letztlich ein inhaltsloser Streit um Worte.

<sup>423</sup> Vgl. hierzu die Erläuternden Bemerkungen des Reichsjustizministeriums zum Entwurf von 1931, abgedruckt in Schubert/Hommelhoff, Aktiengesetzreform (1986) S. 920., wonach es sich mit der Vorschrift um eine "Sonderhaftung des Aktionärs" handelt, die "dem Gegenstand nach nicht zu eng gestaltet werden" darf. Eine besondere Haftung der Großaktionäre für Maßnahmen die zu einer Schädigung der Gesellschaft führen könnten wurde abgelehnt, aaO. S. 919, und auch eine Vorschrift, durch die eine Schadensersatzpflicht der Aktionäre für Übergriffe bei der Stimmrechtsausübung normiert worden wäre, lehnte der Entwurf ganz ab, vgl. dazu aaO. S. 917. Vgl. zum Inhalt dieser Generalklausel den Bericht Wussows aaO. S. 261ff.

<sup>424</sup> Vgl. Lifschütz, Die Generalklausel im Aktienrecht (1931).

<sup>425</sup> Lifschütz schlägt also eine konzeptionel andersartige Generalklausel vor. Dies erklärt sich daraus, daß Lifschütz einer Reformrichtung angehörte, die vor allem den Gedanken vom Privateigentum und der Demokratie der Aktionäre verfolgte. Das Ziel dieser Reformbefürworter war es, den Mitverwaltungsrechten jedes Aktionärs wieder Wirksamkeit zukommen zu lassen, vgl. hierzu etwa Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 33ff., insbes. S. 36 und 38f. Diese Reformrichtung lehnte ein schutzbedürftiges Eigeninteresse des Unternehmens ab, da nach ihrer Auffassung das Interesse des Unternehmens kein anderes sein konnte als das der Aktionäre, vgl. hierzu etwa Lifschütz, aaO. S. 47. Es kann nach dieser Auffassung somit keinen Raum für einen Interessendualismus zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern geben, vgl. hierzu insgesamt auch Drescher, Sicherung von Interessen (1932), S. 36. Da Lifschütz konsequenter Weise auch nur eine Treupflicht im Verhältnis der Aktionäre zueinander anerkennt (aaO. S. 45, 51), richtet er seine Generalklausel am Grundsatz von Treu und Glauben aus. Vgl. hierzu die grundsätzlich andersartigen Betrachtungen im dritten Teil unter A.IV.4 und E.II.

Auch in der Folgezeit gab es noch zahlreiche weitere Ansätze zur Regelung der Rechtsfrage durch eine Generalklausel,<sup>426</sup> weil die Notwendigkeit eines "allgemeinen Prinzips" erkannt worden war.<sup>427</sup> Hierauf soll jedoch nicht weiter eingegangen werden, da diese Reformarbeiten letztlich eine Art Schlußpunkt in dem Entwurf des Reichsjustizministeriums gefunden hatten.<sup>428</sup>

Damit sind die hier anzustellenden voraktiengesetzlichen Überlegungen abgeschlossen; die angeführten Überlegungen<sup>429</sup> sollten hier dargelegt werden, um zu zeigen, daß das Bewußtsein um und der Gedanke an die Möglichkeit einer Regelung durch Generalklauseln bereits seit langem existiert. Dies ist bedeutungsvoll, weil die heutige Regelung auf den damaligen Überlegungen aufbaut.<sup>430</sup> Schon 1931 war die Idee, Unebenheiten im Leben der Aktiengesellschaften auszugleichen durch ein Zurückgehen auf die im Wesen dieser Gesellschaftsform ruhenden Gebote an sich nicht neu. Damals war nur der Gedanke neu - oder wurde als neu empfunden -, dies besonders im Aktienrecht zu verankern und hierfür eine besondere Bestimmung zu schaffen<sup>431</sup>.

Es sei hier noch einmal betont, daß die ältere Diskussion der Einführung einer Generalklausel im Kapitalgesellschaftsrecht die ungelösten Probleme der Machtverhältnisse in der Gesellschaft berührte. Dieses ist denn auch heute einer der Kernpunkte des Kapitalgesellschaftsrechts. Dagegen ist das in dieser Arbeit behandelte Problem eine Frage des Gläubigerschutzes: Bei dem in dieser Arbeit untersuchten Privileg der auf das Gesellschaftsvermögen begrenzten Haftung einer im Unternehmensverbund stehenden Kapitalgesellschaft handelt es sich somit um einen anderen Kernbereich des Kapital-

<sup>426</sup> Vgl. zum Schrifttum die Nachweise sowohl für als auch gegen eine Generalklausel bei Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht (1932), Fn. 6 bis 22.

<sup>427</sup> Vgl. etwa Alfred Hueck, Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsreform (1933), S. 41, 42, 49. Bemerkenswert ist auch für die heutige Diskussion um ein Unternehmensrecht, daß es schon damals um den Wandel der Organisation ging, vgl. hierzu etwa Schubert, Protokolle (1986) S. XXIII und die angeführten Protokolle aus den Sitzungen des Ausschusses für Aktienrecht. Bei der Frage, ob das Recht der Aktiengesellschaft schmiegsam genug sei, um sich den wirtschaftlichen Veränderungen anzupassen, war man dabei allgemein zu dem Standpunkt gelangt, daß das geltende Recht sich bewährt habe und "eine Reform an Haupt und Gliedern nicht erforderlich sei", vgl. Lifschütz, Die Generalklausel im Aktienrecht (1931) S. 29 m.w.N. Sinn der Generalklauseln war auch damals nicht, das bestehende Rechtssystem grundlegend zu verändern, sondern es ging darum, das Rechtssystem den wirtschaftlichen Veränderungen anzupassen.

<sup>428</sup> Vgl. insgesamt hierzu den historischen Rückblick bei Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht (1932), S. 2ff., insbes. S. 6.

<sup>429</sup> Es sei noch einmal herausgestrichen, daß es auch damals Stimmen in der Literatur gab, die eine Lehre vom Eigeninteresse der Gesellschaft verwarfen, einer Generalklausel skeptisch gegenüberstanden und eine Treupflicht nur gegenüber den Mitgesellschaftern anerkennen wollten; vgl. zu dieser, ebenso jedoch auch zu den anderen Reformkonzeptionen Schubert, Protokolle (1986), S. XXIII, der auch die gesamte Entwicklung bis 1933 aufzeigt. Besonders die Handelskammern sprachen sich z. B. gegen die Generalklauseln aus, während wie angeführt der Deutsche Anwaltverein sie befürwortete, vgl. zu den unterschiedlichen Stellungen in den Reformfragen auch Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht, S. 5ff.

<sup>430</sup> So geht der geltende § 243 Abs. 2 AktG auf § 197 Abs. 2 AktG 1937 zurück, der seinen Ursprung in § 136 des Entwurfes von 1930 bzw. § 137 des Entwurfes von 1931 hat. Ebenso geht - wenn auch mit wesentlichen Änderungen, vgl. dazu gleich unten in diesem Abschnitt unter III - der geltende § 117 AktG auf § 101 AktG 1937 zurück, der seinen Ursprung in § 84 des Entwurfes von 1930 bzw. § 86 des Entwurfes von 1931 hat.

<sup>431</sup> So Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht (1931), S. 4.

gesellschaftsrechts. So ist denn auch die hier behandelte Frage einer Relativierung des Privilegs der begrenzten Haftung nicht mit der klassischen Diskussion betreffend die Einführung einer Generalklausel zu verwechseln. Eine wesentliche Gemeinsamkeit haben die Erwägungen zu beiden Problemkreisen jedoch: Sowohl die Diskussion um eine Relativierung der unbegrenzten Freiheit bei der Verwendung von Stimmrechten und die hier behandelte Frage einer Relativierung der unbedingten Aufrechterhaltung des Privilegs der beschränkten Haftung beruhen darauf, daß die zentrale gesetzlich implizierte Voraussetzung nicht gegeben ist: Die Sicherung des Interessenausgleichs und somit Herauskrystallisierung eines Interessengleichlaufs in der Kapitalgesellschaft an einem Eigeninteresse der Gesellschaft.<sup>432</sup> Die damals besprochene Generalklausel kann denn ebenso auch als haftungsrechtliche Generalklausel angesehen werden<sup>433</sup>, und deshalb sind die damals angestellten Überlegungen relevant: Hier ist die ältere Diskussion fragmentarisch dargestellt worden, um die für die Ausformung von Rechtsregeln damals angestellten, interessanten Betrachtungen für die hier untersuchte Frage nutzbar zu machen.

Abgeschlossen sei dieser Abschnitt mit einem Zitat eines der führenden Gesellschaftsrechtler der damaligen Zeit. Dieser stellt zuerst fest, daß für Interessenkollisionen eine generelle Vorschrift des Gesetzes fehlt<sup>434</sup> und führt dann aus: *"Es ist unmöglich, alle Einzelfälle der Kollisionen, wie sie bei der GmbH täglich und stündlich auftauchen, im Gesetze zu regeln. Jede Einzelbestimmung geht leicht zu weit. Alle Fälle von Details vermöchten doch nicht das Meer des Lebens auszuschöpfen"*.<sup>435</sup> Genau dies ist auch für die hier behandelte Problematik im Recht der verbundenen Unternehmen der Grundstein für die Hauptthese dieser Arbeit: Weil die Haftungsfragen im Recht der verbundenen Unternehmen in ihren Einzelheiten so vielfältig sind, reichen tatbestandsreiche Einzelbestimmungen nicht aus, um die Haftungsfragen angemessen zu klären. Es besteht ein Bedarf für eine haftungsrechtliche Generalklausel.

### **III. Konzern erwägungen und Generalklausel im Aktiengesetz von 1937**

<sup>432</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unten im dritten Teil unter A.V.2.

<sup>433</sup> Vgl. hierzu auch insgesamt Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 18.

<sup>434</sup> So Hachenburg, Aus dem Rechte der Gesellschaft (1907), Sp. 464 in einem Beitrag über den Mißbrauch von Stimmrechtsmacht und dessen Messen am Maßstab von Treu und Glauben. Insgesamt blieb damals die rechtsdogmatische Frage, ob ein besonderes Treueverhältnis zugrunde zu legen oder ob es sich um eine Konkretisierung des Maßstabes der guten Sitten handelte, jedoch wohl unentschieden, so auch Nörr, Entwicklung (1986), S. 164f.

<sup>435</sup> So Hachenburg, Aus dem Rechte der Gesellschaft (1907), Sp. 468. Vgl. hierzu auch Lifschütz, Generalklausel im Aktienrecht (1931), etwa S. 16 m.w.N. Bereits Hachenburg sah in der Auslegung des Verhaltens der Aktionäre - ähnlich wie ihm folgend Lifschütz aaO. - nach dem Maßstab von Treu und Glauben den Angelpunkt des künftigen Aktienrechts, vgl. hierzu Schilling in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1986) S. 4 m.w.N.

Das AktG von 1937 ruhte in weiten Teilen auf den Entwürfen von 1930 und 1931.<sup>436</sup> Unter anderem ist das ganze Konzernrecht als neues Rechtsgebiet in der Weimarer Zeit entstanden.<sup>437</sup> Zu den konzernrechtlichen Gedanken<sup>438</sup> vor dem AktG 1937 soll an dieser Stelle nur angeführt werden, daß es keine spezifischen Konzernregelungen gab und daß auch keine für die hier behandelte Problemstellung relevanten Regelungen existierten.

Auch der Aktienrechtsausschuß, der die Gesetzesentwürfe von 1930 und 1931 vorlegte, hat das Konzernrecht weder grundsätzlich noch - mit Ausnahme der Konzernpublizität - in seinen Einzelfragen näher behandelt, obwohl die Konzernproblematik schon längere Zeit diskutiert worden war und eine Enquete des Reichsjustizministerium die Konzentration zum Thema gehabt hatte. Dies mag verwundern, ist unter anderem jedoch darauf zurückzuführen, daß im Ausschuß eigentliche gesetzesübergreifende Grundfragen gar nicht behandelt wurden.<sup>439</sup>

Das Jahr 1933 bedeutete für die Reformanstrengungen einen deutlichen Einschnitt.<sup>440</sup> Es kann hier jedoch nicht der Ort sein, die auch und vielleicht besonders für die weitere Rechtsentwicklung bedeutsamen Implikationen der politischen Gegebenheiten darzulegen<sup>441</sup>. Es ist jedoch festzuhalten, daß im Zuge der Veränderungen der Zeit das Reformvorhaben nicht wie beabsichtigt umgesetzt werden konnte. Die seit dem

---

<sup>436</sup> Vgl. hierzu und zur dazwischenliegenden Notverordnung vom 19. September 1931, die aufgrund der Wirtschaftskrise dringenden Teile der Reform herausnahm und in Kraft setzte, die Darstellung bei Nörr, *Entwicklung* (1986), S. 161ff. Bei den damaligen politischen Verhältnissen war es eine Unmöglichkeit, den Entwurf als ganzen zu verabschieden, vgl. so den amtlichen Entwurf bei Klausning, *Aktiengesetz* (1937), S. 2. Die kontroverse Diskussion um Bedarf und Nutzen der Generalklausel stand offensichtlich ihrer Einführung durch die Notverordnung entgegen (so Hommelhoff, *Konzernleitungspflicht* (1982), S. 26), und das die Notverordnung den ganzen Fragenkreis der Generalklausel so beiseiteschob (vgl. Nörr, aaO. S. 164), wird hier auf die Notverordnung nicht näher eingegangen.

<sup>437</sup> Vgl. hierzu etwa Nörr, *Entwicklung* (1986), S. 155; vgl. auch Spindler, *Recht und Konzern* (1993), S. 75ff.

<sup>438</sup> Daß es solche gab, ist evident, vgl. etwa statt aller die auch heute noch lesenswerte Schrift von Kronstein, *Die abhängige juristische Person* (1931).

<sup>439</sup> Vgl. hierzu Schubert/Hommelhoff, *Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik* (1986), S. 29f und S. 98.

<sup>440</sup> Unter anderem, weil das Aktien- und Konzernrecht weithin von jüdischen Juristen geprägt war, vgl. hierzu insgesamt Nörr, *Entwicklung* (1986), S. 155 und ebenso Schubert, *Protokolle* (1986), S. XXI zum vorläufigen Ende der Reformbestrebungen der Weimarer Zeit durch die Machtübernahme der Nationalsozialisten. Dettling, *Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965* (1997), S. 75 betont, daß das AktG 1937 im Grundsatz nicht nationalsozialistisch geprägt, sondern eine Folge der Reformbemühungen der Weimarer Zeit gewesen sei; vgl. anschaulich zu den geschichtlichen Reminiszenzen der AktG aus der Zeit vor 1945 und deren Bedeutung als Ausgangspunkt der Reformbewegungen danach C. E. Fischer, *Reform des Aktiengesetzes* (1955), S. 182ff., der betont, daß die pluralistisch mehr und mehr zersetzte Staatsgewalt der Weimarer Republik nicht mehr die Kraft zu einer Integrierung der vielfältigen, gruppenegoistischen Interessen aufbrachte und daß trotz weitgehender Einigkeit über abgelaufene Strukturwandlungen der Wirtschaft die vielfältigen Schutzansprüche nicht mehr parlamentarisch durchzusetzen waren. Fischer macht, aaO. S. 207, stellt bereits damals die Frage, ob für anstehende Reformen die gesetzgeberische Kraft gegenüber "*machtvollen Interessentengruppen*" parlamentarisch durchzusetzen sei.

<sup>441</sup> Vgl. stattdessen etwa Schubert, *Protokolle* (1986), S. XXVI, der dies zwar auch nicht insgesamt darzustellen meint, jedoch einen guten Eindruck vermittelt, vgl. etwa die dort angeführten und in ihren temporären Kontext gestellten unglückseligen Betrachtungen Bachmanns, wonach die Regierung Hitler die alten Entwürfe "vermodern lassen müsse" weil die "geistige Grundlage nicht mehr tragbar" sei. Vgl. zur Diskussion der Aktienrechtsreform in der Zeit von 1933 bis 1936 auch die Zusammenstellung von Aufsätzen aaO. S. LXVIff.

Vorschlag der Aktienrechtskommission des Juristentages im Raume stehende Generalklausel wurde letztlich erst zehn Jahre später Gesetz, nämlich im § 101 AktG 1937.<sup>442</sup> In der dazwischenliegenden Periode war sie stark diskutiert, teilweise angegriffen jedoch auch energisch verteidigt worden.<sup>443</sup> Mit der Generalklausel des § 101 AktG 1937 wurde letztlich ein "*selbständiger, aus dem Wesen der Aktiengesellschaft sich herleitender Rechtssatz aufgestellt*", der nicht mit dem Maßstab der guten Sitten zusammenfiel.<sup>444</sup> Für die hier behandelte Problemstellung ist dabei insbesondere bemerkenswert, daß die in § 101 AktG 1937 kodifizierte Generalklausel<sup>445</sup> im Gesetzgebungsprozeß ihre konzernspezifische Wirk- und Schutzrichtung verloren hatte: Nach § 101 AktG 1937 wurde die Pflichtenstellung des Aktionärs nicht aktienrechtsspezifisch im Gesetz niedergelegt, und die Schadensersatzhaftung<sup>446</sup> wurde in § 101 in keinsten Weise auf eine Treupflicht des Aktionärs gestützt,<sup>447</sup> wie der Wortlaut deutlich zeigt:

*(1) Wer zu dem Zwecke, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Neben ihm haften als Gesamtschuldner die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten [...] gehandelt haben. Sollte der gesellschaftsfremde Sondervorteil für einen anderen erreicht werden, so haftet auch dieser als Gesamtschuldner, wenn er die Beeinflussung vorsätzlich veranlaßt hat. (3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Einfluß benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Belangen dient. [...] (5) Die Ersatzpflicht*

<sup>442</sup> Vgl. hierzu auch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 26. Vgl. auch z.B. Küentzle, Konzerne im heutigen Aktienrecht (1940), S. 6, dessen Schrift deutlich das Bewußtsein der Zeit für die konzernrechtlichen Probleme aufzeigt.

<sup>443</sup> Letzteres etwa in der Rede Schlegelbergers vor der IHK Hamburg 1935, vgl. dazu Schubert, Protokolle (1986), S. XXXIII.

<sup>444</sup> Vgl. Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm. 1. Die Generalklausel wurde 1937 eben ins AktG eingeführt, um mißbräuchliche Einwirkungen auf die Verwaltung zu erfassen, ohne daß eines vorsätzliche sittenwidrige Schädigung vorliegen mußte, vgl. hierzu unter Bezugnahme auf Mestmäcker u.a. etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 252.

<sup>445</sup> Vgl. hierzu generell Lehmann, Die Generalklausel des neuen Aktiengesetzes (1938), S. 399 ff. und Heymann, Haftung für gesellschaftsschädliche Handlungen (1934), S. 221ff., der den Werdegang der Vorschrift eingehend skizziert.

<sup>446</sup> Daß es sich um eine solche Haftung handelt wird deutlich bei Teichmann/Koehler, Aktiengesetz 1937 (1937), § 101 Anm. 4.

<sup>447</sup> In der amtlichen Begründung zum § 101, abgedruckt bei Klausning, Aktiengesetz (1937), S. 87 heißt es wörtlich: "Die Schadensersatzpflicht des § 101 beruht nicht auf der Treupflicht der Aktionäre der Gesellschaft." Vgl. hierzu Teichmann/Koehler, Aktiengesetz 1937 (1937) § 101 Anm. 1 und insgesamt Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 27. Im Entwurf von 1930 war die Ersatzpflicht noch mit dem Mitgliedschaftsverhältnis und der in ihm enthaltenen Treupflicht der Aktionäre begründet worden. Die Generalklausel hatte 1937 zwar diese Grundlage mit einer Haftung auf alle, die Einfluß auszuüben vermögen, aufgegeben, wichtig ist jedoch die Vergegenwärtigung, daß eine Ersatzpflicht als Folge einer Treupflichtverletzung am Anfang der Betrachtungen stand; vgl. so auch Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 277. Daß dies auch heute noch bemerkenswert ist, illustriert etwa vgl. nur Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 146f., der zu § 101 AktG 1937 hervorhebt, daß für die Treupflicht aufgrund der politischen Verhältnisse damals "*kein geeigneter Nährboden*" bestand.

besteht auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. [...] (7) Diese Vorschriften gelten nicht, wenn gesellschaftsfremde Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung verfolgt werden.<sup>448</sup>

Bemerkenswert ist, daß nach dieser Vorschrift der Aktionär der Gesellschaft wie jeder Dritte gegenüberstand.<sup>449</sup> Der Gesetzgeber war sich bewußt, daß die Beeinflussung der Leitungsorgane der Gesellschaft meist von Aktionären ausging, aber auch Nichtaktionäre wie Abnehmer, Lieferanten und Kreditgeber,<sup>450</sup> die versuchten, sich auf Kosten der Gesellschaft Sondervorteile<sup>451</sup> zu verschaffen, sollten von der Vorschrift erfaßt werden.<sup>452</sup>

<sup>448</sup> Vgl. als Ergänzung hierzu auch den in § 197 Abs. 2 AktG 1937 eingeführten Anfechtungsgrund: "[...] Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu verlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. § 101 Abs. 3 gilt sinngemäß." Auf § 197 AktG 1937 wird im folgenden nicht weiter eingegangen; die dem Ausschluß der Haftung für die Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung zugrundeliegenden Gedanken finden sich, gerade im Bezug auf die Generalklauselfrage, bei Lehmann, Die Generalklausel des neuen Aktiengesetzes (1938), S. 409f.

<sup>449</sup> Vgl. so die amtliche Begründung zu § 101 AktG bei Klausing, Aktiengesetz (1937), S. 87 und hierzu Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm. 2. H. Lehmann, Die Generalklausel im neuen Aktienrecht (1938), S. 401 stellt dar, wie von der Treupflichtbetrachtung Abstand genommen werden mußte, um die Generalklausel auf Nichtaktionäre zu erstrecken; vgl. hierzu auch die Äußerungen Heymanns aus den Jahren 1934/35 im Ausschuß für Aktienrecht in Schubert, Protokolle (1986), S. 101, 160, 300, 302f. und 455 der Vorschläge zur Erfassung von sowohl Aktionären als auch Nichtaktionären macht. Bemerkenswert zu § 101 AktG 1937 ist auch der von Heymann dargelegte Facettenreichtum des Problems, der ihn zur Lösung durch eine "Bestimmung allgemeiner und elastischer Art" mit einer "entsprechenden Auslegungsvollmacht einer vernünftigen Jurisdiktion" (aaO. S. 101, 104) veranlaßt. Ähnlich stimmte Klausing für eine Generalklausel, die sowohl Aktionäre als auch Dritte umfaßte, und gleichzeitig - ebenfalls ohne Vorsatz zu verlangen - den Maßstab des treuwidrigen Verhaltens anlegen wollte (aaO. S. 106, 88, 301).

Vgl. zum Verlust des aktienrechtsspezifischen Ansatzes und zur konzernrechtlichen Bedeutung der Gleichbehandlung von Aktionären und Dritten auch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 27.

<sup>450</sup> Für die damals viel diskutierte Frage, ob im Verhältnis der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft der Grundsatz von Treu und Glauben oder der Grundsatz der guten Sitten verwendet werden sollte, findet sich für solche Dritte, die mit der Gesellschaft Verträge abschließen, eine gute Betrachtung, bei H. Lehmann, Die Generalklausel des neuen Aktienrechts (1938), S. 403: Diese sind nach Lehmann schon aufgrund der durch die Vertragstreue gebotene Rücksicht verpflichtet, ihre Interessenverfolgung so zu zügeln, daß die berechtigten Interessen der Gesellschaft nicht geschädigt werden. Nach hier vertretener Auffassung ist die Zusammenfassung systematisch verschiedener Pflichtgrundlagen unter *eine* Vorschrift in der Folgezeit folgenschwer geworden, Denn hierdurch wurde der gedankliche Ursprung der Regelung verschleiert und vergessen. Nachdem die konzernspezifischen Regelungen durch die Einschränkung auf gesellschaftsrechtlich bedingte Abhängigkeiten zu einem herrschenden Unternehmen (vgl. § 17 AktG 1965) eingegrenzt worden waren, wurde der ursprüngliche Regelungshintergrund für diese Gruppe - die Treupflicht - außer Acht gelassen; vgl. näher zur Treupflicht die Darstellungen im dritten Teil zu § 17 AktG 1965 unter C.II.1. und zur Treupflicht unter E.II.

<sup>451</sup> Ein Sondervorteil ist dabei ein nicht verkehrsbüblicher, also unangemessener verkehrsfremder Vorteil, so. H. Lehmann, Die Generalklausel im neuen Aktienrecht (1938), S. 404 und sich diesem anschließend Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm.3. Im folgenden wird auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Norm nicht eingegangen. Obwohl z.B. das Erfordernis des Vorsatzes sehr interessant wäre, vgl. etwa Lehmann, aaO. S. 406, geht es an dieser Stelle nur darum die Generalklauselproblematik - insbesondere in Bezug auf die konzernrechtliche Fragestellung - darzulegen.

<sup>452</sup> Vgl. hierzu insgesamt etwa Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm.1. An dieser Stelle findet sich - in Anlehnung an die amtliche Begründung zu § 101, abgedruckt bei Klausing, Aktiengesetz 1937, S. 87 - auch eine Bemerkung, die aufgrund ihrer Klarheit und Bedeutung für die später anzustellenden Betrachtungen zum Eigeninteresse in mente zu haben ist: Die Aktiengesellschaft scheint der Gefahr, aufgrund von Beeinflussung geschädigt zu werden, besonders ausgesetzt, weil naturgemäß Beeinflussungsversuche namentlich solchen Personen



Die Ersatzpflicht war davon abhängig, daß jemand seinen Einfluß auf die Gesellschaft ausnutzt, um sich auf ihre Kosten zu bereichern. Worauf dieser Einfluß beruhte war gleichgültig; er konnte sich aus einer Aktionärsstellung ergeben oder auf wirtschaftlicher oder geschäftlicher Machtstellung gründen.<sup>453</sup>

Bemerkenswert ist außerdem, daß die Ersatzpflicht nach § 101 Abs. 3 AktG 1937 nicht eintrat, wenn der Einfluß benutzt wurde, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Interessen diene. Sowohl Aktionären wie auch Dritten sollte hiermit die Möglichkeit gegeben werden, "*erhebliche berechnete Interessen*" wahrzunehmen. Das Recht stellte sich somit auf den Standpunkt, daß es niemand zugemutet werden sollte, seine eigenen Interessen ganz grundsätzlich hinter die Gesellschaftsinteressen zu stellen.<sup>454</sup>

Selbst ein "*Eingriff in die Interessensphäre der Gesellschaft*" war erlaubt, auch wenn dieser schädigend wirkte.<sup>455</sup> Der Generalklauselcharakter der Bestimmung tritt hier deutlich hervor, denn ob "*Belange schutzwürdig sind und vor den Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre Berücksichtigung verdienen, ist nach den im einzelnen Fall gegebenen Umständen zu entscheiden. Gegebenenfalls wird eine Abwägung der beiderseitigen Interessen geboten sein.*"<sup>456</sup>

Abs. 3 des § 101 AktG 1937 enthält die nötige Differenzierung zwischen Aktionär und Dritten, denn dem Nichtaktionär wurde als unabhängigem Geschäftsgegner der Gesellschaft eine weitergehende Verfolgung seiner Interessen gegenüber dieser gestattet als dem Aktionär.<sup>457</sup> Dies ist eben deshalb systemstimmig, weil für diesen

---

gegenüber unternommen werden, die mit fremden Kapital wirtschaften. Heymann (Die Generalklausel des neuen Aktiengesetzes (1938), S. 410), meinte denn auch, daß sich in § 101 AktG 1937 ein neues Haftungsprinzip ankündigte, das weiterwirken würde: Hinter der Vorschrift stünde der Leitgedanke, daß derjenige ersatzpflichtig werde, der sich auf Kosten eines treuhänderisch verwalteten Vermögens durch Ausnutzung seines Einflusses gegenüber dem Verwalter zu bereichern sucht.

In diesen Gedanken wird gewissermaßen der gesamte Konzernkonflikt - und nach hier vertretener Auffassung die Kernproblematik des gesamten Rechts der verbundenen Unternehmen - ausgedrückt: weil die Grundvoraussetzung aller privatautonomen Interessenausgleichsregelungen, daß jeder bestrebt sei, seine Interessen bestmöglich zu vertreten, eben dort gestört ist, wo der Interessengleichlauf aller am Wohl der Gesellschaft Interessierten und das Interesse der die Entscheidungen der Gesellschaft Bestimmenden auseinanderfällt, ist der auf einen Interessengleichlauf gerichtete Interessenabgleichungsprozess in der Gesellschaft zu schützen, vgl. insgesamt hierzu die Ausführungen unten im dritten Teil unter A.V. und insgesamt unter E. Eine Rechtsordnung, die von der Voraussetzung eines Interessengleichlaufs *in* der Gesellschaft ausgeht, muß eine Regelung enthalten, die die beim Fehlen des Interessengleichlaufs auftretenden Probleme löst.

<sup>453</sup> Vgl. Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm. 4.

<sup>454</sup> Wie hier - in Bezug auf das Wohl der Gesellschaft - im Anschluß an die amtliche Begründung des Gesetzes H. Lehmann, Die Generalklausel des neuen Aktiengesetzes (1938), S. 407; vgl. auch Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm. 10; vgl. hierzu auch unten im dritten Teil unter E.II.5.c.

<sup>455</sup> Vgl. Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm. 10.

<sup>456</sup> Vgl. Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm. 10 und hierzu Lehmann, Die Generalklausel des neuen Aktiengesetzes (1938), S. 408.

<sup>457</sup> Dies unterstreicht den besonderen, gesellschaftsrechtlichen Ansatz des Regelungsgedanken dieser Generalklausel: Es findet eine Interessenabwägung statt, aufgrund der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ist der Gesellschafter dabei in seiner Interessenverfolgung gebunden; vgl. hierzu im heutigen Recht unten im dritten Teil unter E.

gesellschaftsrechtliche Bindungen bestehen. Die Generalklausel des AktG 1937 darf folglich *nicht* so verstanden werden, als würde das Gesetz Aktionäre und Dritte mit dem gleichen Wertungsmaßstab messen. Vielmehr ist die Vorschrift so zu verstehen, daß sowohl Dritten als auch Aktionären die Verfolgung von Sondervorteilen grundsätzlich verboten ist, daß aber dieser Grundsatz für Aktionäre stärker gilt, ein Aktionär dementsprechend seine Interessen gegenüber der Gesellschaft nicht im gleichen Maß als "*schutzwürdige Belange*" gegen die Gesellschaft vertreten darf wie ein Nichtaktionär.<sup>458</sup>

Nach zeitgenössischer Ansicht fand dabei das Konzerninteresse im Abs. 3 als "*schutzwürdiger Belang*" erstmals seine gesetzliche Grundlage,<sup>459</sup> denn um solch schutzwürdige Belange handelte es sich, wenn der Handelnde bezweckte, im Rahmen eines Konzerns<sup>460</sup> den Vorteil des Gesamtkonzerns oder seiner Glieder wahrzunehmen.<sup>461</sup>

Diese Ansicht gründet sich wohl auf eine entsprechende Bemerkung in der amtlichen Begründung.<sup>462</sup> Nach § 101 AktG 1937 konnte es somit im Gesamtinteresse des Konzerns liegen, wenn gegenüber einer zum Konzern gehörigen Aktiengesellschaft ein gesellschaftsfremder Sondervorteil erstrebt wurde.

Das Konzerninteresse überwog also bei der von den Gerichten vorzunehmenden Interessenabwägung<sup>463</sup> zwischen Konzerninteresse und Belangen der Gesellschaft.<sup>464</sup> Das Konzerninteresse ging somit nach dieser Auffassung, jedenfalls soweit es sich um eine vom Konzern aus gesehen wirtschaftlich vernünftige Maßnahme handelte, den Interessen

<sup>458</sup> Vgl. ebenfalls Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm. 10. Lehmann, Die Generalklausel des neuen Aktienrechts (1938), S. 408 will in Anlehnung an Klausning den Aktionär dabei einer besonderen aktienrechtlichen Treuepflicht unterstellen. Betont sei, trotz dieses Hintergrunds der Regel, daß zwar diskutiert wurde, ob sich die Treuepflicht - quasi durch die Hintertür eines Ausnahmetatbestandes - in die Regel hineinlesen läßt, daß dies jedoch nicht einfach als geltendes Recht angenommen werden kann, so sehr dies auch mit der unten im dritten Teil unter E.II dargelegten Auffassung dieser Arbeit harmonisieren würde. Entsprechend dem oben Gesagten zeigt sich an dieser somit doch stattfindenden Differenzierung zwischen Aktionären und anderen das - rechtstechnisch und regelungsevolutionär gesehen - Unglückliche daran, daß Aktionäre und Dritte in einer Norm erfaßt wurden. Daß in einer Generalklausel komplexe Wertungsabwägungen Raum finden, heißt eben nicht, daß leichtfertig über gebotene Differenzierungen hinweg zugehen wäre.

<sup>459</sup> Vgl. z.B. Küentzle, Konzerne im heutigen Aktienrecht (1940), S. 5f. Die Auffassung, daß es sich beim Konzerninteresse um einen solch 'schutzwürdigen Belang handle, hatte sich dann schon vor dem AktG von 1965 gewandelt, vgl. etwa W. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. AktG 1937 (1961), Anm. 8 zu § 101 m.w.N. und insgesamt die Ausführungen unten im dritten Teil.

<sup>460</sup> Vgl. dazu auch den § 15 AktG 1937, in dem erstmals der Konzern gesellschaftsrechtlich berücksichtigt wurde. Daß gerade das Problem der Anwendung der Generalklausel auf Konzernverhältnisse bewußt geregelt werden mußte, zeigen die Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht aus dem Jahre 1935 in Schubert, Protokolle (1986), etwa S. 405f. und 409f. Vgl. auch den Bericht Ebbeckes über die parallelen Beratungen des Konzernrechtsausschusses (aaO. S. 521ff.), der eine Anwendung der aktienrechtlichen Generalklausel auf Konzernverhältnisse nicht wünschte und stattdessen auf § 826 BGB zurückgreifen wollte.

<sup>461</sup> Vgl. Teichmann/Koehler, Aktiengesetz 1937 (1937), § 101 Anm. 2.c).

<sup>462</sup> Abgedruckt bei Klausning, Aktiengesetz (1937), S. 87.

<sup>463</sup> In der sehr kurzen amtlichen Begründung zu § 101 AktG 1937, abgedruckt bei Klausning, Aktiengesetz (1937), S. 87 wird ausdrücklich hervorgehoben, daß der Rechtsprechung die Möglichkeit gegeben wird, "Interessenkonflikte gegeneinander abzuwägen."

<sup>464</sup> Vgl. vertiefend hierzu Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937 (1939), § 101 Anm. 10.

der einzelnen Konzernglieder voran. Hierauf, und wie diese Auffassung sich im Laufe der Zeit wandelte,<sup>465</sup> kann hier nicht eingegangen werden.<sup>466</sup>

Erwähnung finden soll noch ein Vorschlag aus der Diskussion über das GmbH-Recht in der damaligen Zeit. Vom Referenten des Reichsjustizministeriums<sup>467</sup> wurde eine Generalklausel zum Mißbrauch der Haftungsbeschränkung ins Gespräch gebracht, wonach bei der Einmann-Gesellschaft die Haftungsbeschränkung nicht gelten sollte, wenn in ihrer Verwendung ein Mißbrauch<sup>468</sup> zu erblicken sei. Nur wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse so seien, daß schutzwürdige Belange<sup>469</sup> die Haftungsbeschränkung rechtfertigten, sollte diese aufrechterhalten werden. Man könnte diesen Vorschlag zur Regelung ohne exakte Tatbestandsumschreibung als Kind seiner Zeit abtun,<sup>470</sup> nach hier vertretener Auffassung liegt die Begründung für diesen Vorschlag jedoch im methodischen Dilemma, das die Haftungsregelung aufwirft.<sup>471</sup> Nämlich der Schwierigkeit einer abstrakten Sonderung zwischen schutzwürdigen und schutzunwürdigen Belangen. Dies wird in dieser Arbeit unter Bezugnahme auf die rechtlichen Wertungen ausgedrückt als Sonderung zwischen einer dem Normzweck entsprechenden und einer diesem nicht entsprechenden Verwendung der Haftungsbeschränkung: Soweit die im Rahmen der Norm zu treffende Abwägung dem Normzweck gerecht wird, ist die Haftungsbeschränkung aufrechtzuerhalten.<sup>472</sup> Die dieser Erwägung zugrundeliegenden Gedanken liegen dieser Arbeit zugrunde, denn eben dieses Problem ist auch heute noch der Kern der Ausformung der Haftungsregelung, insbesondere bei der im verbundenen Unternehmen stehenden Kapitalgesellschaft. Auch wenn es damals beim Vorschlag zu dieser Generalklausel sein Bewenden hatte, wird am *Rechtfertigungsgrund der schutzwürdigen wirtschaftlichen Verhältnisse* doch deutlich,

<sup>465</sup> Vgl. Schmidt Anm. 8 im Großkommentar zum AktG von 1937 (1961) m.w.N. auch der gegen- teiligen Auffassung.

<sup>466</sup> Vgl. hierzu aus der neueren Literatur etwa die Darstellung bei Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 94; vgl. auch insgesamt Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG von 1965 (1997), passim.

<sup>467</sup> Quassowski auf der 7. Sitzung des Ausschusses für GmbH-Recht der Akademie für Deutsches Recht am 14. Oktober 1938 in Wien, Sitzungsberichte AkDR VII (1938) S. 32:

"Die Einmann-Gesellschaft soll dann nicht zu der erstrebten Haftungsbeschränkung führen, wenn in ihrer Verwendung ein Mißbrauch zu erblicken ist. Liegen aber die wirtschaftlichen Verhältnisse so, daß schutzwürdige Belange die Verwendung einer Einmann-Gesellschaft und die Haftungsbeschränkung, die mit einer Einmann-Gesellschaft verbunden ist, rechtfertigen, dann sollte es bei der beschränkten Haftung sein Bewenden haben."

<sup>468</sup> Vgl. zum Mißbrauchsbegriff die Ausführungen oben im ersten Teil unter B.IV.2.a.

<sup>469</sup> An dieser Stelle wird die Nähe des Gedankengutes zu § 101 AktG 1937 deutlich, auf den denn auch hingewiesen wurde.

<sup>470</sup> Vgl. hierzu das oben Gesagte zur Verwendung von Generalklauseln im Dritten Reich sowie insgesamt die Darstellung bei Rütters, Unbegrenzte Auslegung (1968/1991).

<sup>471</sup> So im Ansatz auch Schanze, Einmanngesellschaft (1975), S. 55.

<sup>472</sup> Vgl. zu dieser Abwägung insgesamt unten im dritten Teil unter E.I.

daß man an maßgeblicher Stelle damals gewillt war, auf exakte Tatbestandsbeschreibungen zu verzichten.<sup>473</sup>

An dieser Stelle ist festzuhalten, daß sich damals im deutschen Recht eine Generalklausel befand, die die Haftung trotz Haftungsbeschränkung ermöglichte, und daß ein weiterer Einsatz solcher Klauseln diskutiert wurde. Daß man den Generalklauseln aufgeschlossen gegenüber stand, zeigt sich auch daran, daß man in der letztlich kodifizierten Formulierung den § 101 gegenüber den älteren Vorschlägen erweitert hatte, indem man die Anforderungen von *gesellschaftsschädlich* auf *gesellschaftsfremd* reduzierte<sup>474</sup>. Im folgenden ist nun die Weiterentwicklung zu betrachten, die sich aus den damaligen Überlegungen zu einer Regelung durch Generalklauseln im geltenden Recht ergeben hat.

#### **IV. Vom Aktiengesetz 1937 zum Aktiengesetz von 1965**

Aufgrund der kurz nach dem Inkrafttreten des in Weimarer Zeit vorbereiteten AktG 1937 einsetzenden Zweiten Weltkriegs und der extraordinären Gegebenheiten im Dritten Reich kam es für einige Zeit zu keiner geregelten Erprobung der durch das AktG 1937 eingeführten Regelungen. Nach dem Ende des Dritten Reichs kamen erneut Gedanken einer Aktiengesetzreform auf,<sup>475</sup> die 1965 im geltenden Aktiengesetz, einschließlich des dritten Buches über verbundene Unternehmen, mündeten. Hier ist nicht der Ort, um alle Erwägungen zu dieser Reform darzustellen, und ebensowenig soll hier versucht werden, lückenlos die Entwicklung vom AktG 1937 bis zum geltenden AktG von 1965 aufzuzeigen.<sup>476</sup> An dieser Stelle geht es nur darum, die Existenz und die Hintergründe der Generalklauseln im deutschen Aktienrecht aufzuzeigen.<sup>477</sup> Deshalb sollen nur einige einleitende Bemerkungen gemacht werden, die für das Verständnis des hier vorgeschlagenen Regelungsansatzes nötig sind.

Zum einen ist zu betonen, daß das Aktiengesetz von 1965 viel weniger als Kodifikation im klassischen Sinne anzusehen ist als andere Kodifikationen, die, wie z.B. die Konkursordnung, bereits Bestehendes kodifizieren.<sup>478</sup> Dies gilt besonders für die Regelung der verbundenen Unternehmen. Hier wurde eine Neuschöpfung in das Aktiengesetz eingeführt.<sup>479</sup> Während nämlich die ersten beiden Bücher des deutschen Aktiengesetzes auf dem kodifikatorischen Prinzip beruhen, weitgehend Bekanntes ins

<sup>473</sup> Vgl. hierzu Schanze, Durchgriffshaftung (1975), der in dieser Verbindung auch zu Recht auf die oben in diesem Abschnitt angesprochene historische Rolle der Generalklauseln im Dritten Reich aufmerksam macht.

<sup>474</sup> Vgl. hierzu H. Lehmann, Die Generalklausel des neuen Aktienrechts (1938), S. 402.

<sup>475</sup> Vgl. hierzu z.B. W. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. AktG 1937 (1961), Einleitung S. 6.

<sup>476</sup> Es sei angemerkt, daß die Diskussion um das "neue" Aktienrecht 1965 und die Diskussion um ein kodifiziertes Konzernrecht nicht parallel verliefen, daß sie sich jedoch wechselseitig befruchteten, vgl. hierzu und insgesamt zum Hintergrund des dritten Buches des AktG 1965 statt aller Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.146.

<sup>477</sup> Näher zum dritten Buch des AktG 1965 unten im dritten Teil unter C.I.

<sup>478</sup> Vgl. so etwa Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969) S. 645.

<sup>479</sup> Vgl. etwa Würdinger in Großkommentar zum AktG (1975), Vorbem. 2 vor § 291.

Gesetz aufnehmen und klassisches (Ein-)Gesellschaftsrecht sind, gilt dies nicht für das dritte Buch des AktG 1965: Der Teil des AktG 1965 über verbundene Unternehmen bricht mit dem Prinzip der Ausrichtung der gesetzlichen Regelung auf nur eine Gesellschaft und machte eine Regelung, die nicht gewachsen sondern auf dem Reißbrett entstandene, kompromißbetonte Regelung zum Gesetz.<sup>480</sup> Grund hierfür war, daß man in Deutschland zu der Erkenntnis gelangt war, daß die einfachen gesellschaftsrechtlichen Mechanismen nicht ausreichten, um den Problemen bei verbundenen Unternehmen zu begegnen.<sup>481</sup> Deshalb schuf man eine völlig neuartige Regelung. In der Begründung des Regierungsentwurfes von 1965 heißt es dazu, "*daß die Regelung den gesellschaftsrechtlichen Rahmen, in dessen Mittelpunkt die Gesellschaft als solche steht, sprengt und auf die Beziehung zu verbundenen Unternehmen übergreift*".<sup>482</sup> Das dritte Buch des Aktiengesetzes enthält so den ersten Versuch einer in sich geschlossenen Regelung des Konzernrechts im weitesten Sinne.<sup>483</sup>

Bei der Entwicklung zu diesem dritten Buch ist im hier behandelten Kontext wichtig, daß sich im Laufe der Zeit die Auffassung zur Wahrnehmung des Konzerninteresses in den einzelnen Konzerngliedgesellschaften gewandelt hatte. Besonders die Regelung des § 101 Abs. 3 AktG 1937 mit ihren Auswirkungen auf das Konzernrecht war kritisiert worden.<sup>484</sup> Während nämlich ursprünglich davon ausgegangen worden war, daß zu den schutzwürdigen Belangen des § 101 Abs. 3 AktG 1937 das Konzerninteresse zu zählen sei,<sup>485</sup> wurde im Laufe der Zeit immer stärker diskutiert, ob nicht zu verneinen sei, daß es bei Vorhandensein freier Aktionäre und konzernfreier Gläubiger schutzwürdige Belange der Obergesellschaft oder eines Großaktionärs geben könne, die es rechtfertigten, diese Außenstehenden zu schädigen.<sup>486</sup>

Nach und nach war man zu der Überzeugung gelangt, daß schutzwürdige Interessen im Sinne von Abs. 3 nur dann vorlagen, wenn es zu einem angemessenen Nachteilsausgleich kam,<sup>487</sup> und als 1958 der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes vorgelegt wurde, war

<sup>480</sup> Vgl. insgesamt nur Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG von 1965 (1997), passim und unten im dritten Teil unter C.I.

<sup>481</sup> So z.B. Hommelhoff, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag, (1992), S. G12.

<sup>482</sup> Vgl. hierzu Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987), Vorbemerkungen zu § 291, Randnr. 2. Hierauf wird unten zurückzukommen sein.

<sup>483</sup> Vgl. statt aller nur Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropf, Aktiengesetz (1976), Vorbemerkung zum 3. Buch des AktG. Vgl. auch Bälz, Einheit und Vielheit im Konzern (1974), S. 288. Dies sei hier nur vorweggesagt, näheres hierzu die Darstellung unten im dritten Teil unter C.

<sup>484</sup> Vgl. nur W. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. AktG 1937 (1961), § 101, Anm. 17 m.w.N.; anschaulich hierzu auch Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S.259ff. m.w.N.

<sup>485</sup> Im Anschluß an die amtliche Begründung, siehe oben in diesem Teil unter E.III.

<sup>486</sup> Anschaulich wird dieser Meinungswandel deutlich beim Vergleich der ersten und der zweiten Auflage des Großkommentars zum Aktiengesetz 1937, vgl. W. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. AktG 1937 (1961), § 101, Anm. 8 m.w.N.

<sup>487</sup> Vgl. eta W. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. AktG 1937 (1961), § 101 Anm. 9. Eine vorbildliche Darstellung dieses Wandels der Haltung und der Zuwendung zum zuerst von Hueck vorgeschlagenen Ausgleichsgedankens findet sich bei Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 276ff.

denn der § 101 Abs. 3 AktG 1937 auch nicht übernommen worden. Der bis dahin für alle Konzernverhältnisse geltende Grundsatz wurde in Abs. 7 deshalb für die Eingliederungs- und Beherrschungsvertragskonzerne konkretisiert.<sup>488</sup> Der Entwurf - und ihm folgend das AktG von 1965<sup>489</sup> - "*erkennt als schutzwürdig nur Belange an, die auf Grund eines Unternehmensvertrags verfolgt werden, weil nur dann die Minderheitsaktionäre und die Gläubiger gegen Schäden aus der Verfolgung solcher Belange geschützt sind.*"<sup>490</sup>

An dieser Stelle der Rechtsentwicklung geschieht im deutschen Recht der, oft übersehene, regelungstechnisch jedoch interessante, Übergang von der Regelung durch eine Generalklausel zur Aufteilung in Generalklausel<sup>491</sup> einerseits und Sonderregelung<sup>492</sup> andererseits.<sup>493</sup> Dabei ist zu betonen, daß - da die unzähligen unterschiedlichen und verschiedenen Unternehmensorganisationsformen sich nicht voneinander abheben - es nahezu unmöglich war, je auf ihre Eigenart zugeschnittenes, besonderes Recht zu schaffen. Der Gesetzgeber mußte daher versuchen, im Rahmen eines einheitlichen Aktienrechts den verschiedenen Bedürfnissen der Beteiligten wie der Gesamtheit gerecht zu werden. Hierbei hat das Gesetz teilweise Generalklauseln verwendet.<sup>494</sup> Während die schutzwürdigen Belange des § 101 Abs. 3 AktG 1937 aus der Generalklausel des Aktiengesetzes verschwanden, fand sich die bisherige Generalklausel als § 117 AktG im - nur diese Bestimmung enthaltene - Abschnitt mit dem Titel "*Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft*" wieder.<sup>495</sup> Dabei hatte sich der Inhalt der Generalklausel in mehr-

<sup>488</sup> Vgl. hierzu Meyer-Landrut in Großkomm. AktG (1973), § 117, Anm. 6.

<sup>489</sup> Vgl. hierzu die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 163.

<sup>490</sup> Vgl. die Erläuterungen zu § 110 (später in etwa § 117 AktG) des Referentenentwurfes AktG (1958), S. 260 und die Vorbemerkungen zum Dritten Buch; S. 385ff sowie 406ff.

<sup>491</sup> Vgl. näher zu § 117 AktG unten im dritten Teil unter D.I.2.

<sup>492</sup> Drittes Buch des AktG 1965, §§ 291ff. AktG; Referentenentwurfes AktG (1958) Vorschlag zu § 283ff., siehe dazu die Ausführungen unten im dritten Teil unter C.III., IV. und D.I.3.

<sup>493</sup> Zu dieser differenzierenden Betrachtungsweise gelangte man, weil man zu der Gesetzeskonzeption gelangt war, die durch die Wahrnehmung der Konzerninteressen in der Gesellschaft und die damit verbundene Schädigung dieser durch Ausgleichszahlungen wettzumachen. Die Pflicht zu angemessenen Ausgleich setzte der Konzeption nach jedoch, vgl. § 76 AktG (§ 70 AktG 1937) ein Weisungsrecht voraus. Eine Regelung hierfür wollte man in den E §§ 283ff. des Referentenentwurfes AktG (1958) (§§ 291ff. AktG) aufstellen, vgl. zu diesen Überlegungen bereits Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 277f.

Bemerkenswert ist der klare Gedankengang der Konzeption des Referentenentwurfes, der eine Anwendung der Generalklausel nur ausschließen wollte, falls die Schädigung auf einem Hauptversammlungsbeschluß beruhte oder ein weisungsberechtigender Unternehmensvertrag vorlag. In diesem Fall würde dann die besondere Ausgleichshaftung des E § 283 (§ 302 AktG) greifen. Außerhalb eines Unternehmensvertrages würde jedoch die ursprünglich vorgeschlagene strenge Erfolgshaftung des E § 284 die Haftungsfolgen der Generalklausel eintreten lassen. Dies ergibt sich aus § 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG, wonach die Generalklausel nicht gilt, wenn die Beeinflussung zur schädigenden Handlung aufgrund eines Beherrschungsvertrages bestimmt wurde. Vgl. zur Frage, ob dies gleichzeitig bedeutet, daß die Spezialbestimmungen der §§ 311, 317 neben dem § 117 und eine Haftung aus § 117 neben der aus § 317 bestehen bleiben, und zu E § 284 insgesamt auch die Ausführungen unten im dritten Teil unter D.I.2.d.cc und D.I.3., vgl. hierzu näher auch Meyer-Landrut in Großkomm. AktG (1973) § 117 Anm. 16.2 mit ausgiebigem Literaturnachweis.

<sup>494</sup> Vgl. BVerfGE 14, 263, 274f. (1962, Feldmühle)

<sup>495</sup> Vgl. so etwa die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 161. Die Regelung des AktG von 1965 bedeutet im Verhältnis zur Regelung des AktG 1937, daß § 101 Abs. 1 des älteren AktG in § 117 AktG aufgegangen ist, während die §§ 311ff. das Verhältnis der älteren § 101 Abs. 1 und

facher Hinsicht verändert.<sup>496</sup> Während § 101 AktG 1937 nur den haften ließ, der die Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile bezweckte, knüpft § 117 AktG nur noch an die Benutzung des Einflusses an.<sup>497</sup> Insofern ist der Haftungstatbestand in § 117 erweitert worden, dagegen bleibt subjektiv Vorsatz erforderlich, obwohl auch hier, besonders für Konzernverhältnisse eine Erweiterung gefordert worden war.<sup>498</sup> Gerade weil das Dritte Buch des AktG für verbundene Unternehmen aber besondere (Regelungen der Verantwortlichkeit) Haftungsvorschriften enthält, und diese vor dem AktG von 1965 den Hauptanwendungsfall der Generalklausel ausmachten, sah der Gesetzgeber davon ab, Fahrlässigkeit ausreichen zu lassen.

Der Beeinflussende muß sich also im Klaren darüber sein, daß er Einfluß auf die Gesellschaft nimmt, indem er durch diesen Einfluß ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsvollmächtigen dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Der Vorsatz braucht sich aber nicht auf Art und Höhe des Schadens zu beziehen<sup>499</sup>.

Bemerkenswert ist, gerade wenn man § 117 als Fortsetzung der älteren Generalklausel betrachtet, daß auch Einfluß aufgrund wirtschaftlicher Machtstellungen wie etwa Kredithingabe oder Lieferungen sowie wirtschaftliche Abhängigkeiten und auch politische Machtstellungen, eine Schadensersatzpflicht nach § 117 begründen können, wenn diese benutzt wird, um der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen<sup>500</sup>.

In diesem Teil der Arbeit soll diese geltende rechtliche Regelung nicht näher betrachtet werden.<sup>501</sup> Hier ging es nur darum, die Existenz und die Bedeutung der Generalklauseln im deutschen Aktienrecht aufzuzeigen. Auch geht es an dieser Stelle nicht darum, alle Einzelheiten des § 117 AktG darzustellen,<sup>502</sup> vielmehr sollte aufgezeigt werden, wie bisher im Recht Generalklauseln im Aktiengesellschaftsrecht systematisch eingesetzt worden sind, um die Regelung geschmeidig zu halten und generellen Grundsätzen Ausdruck zu geben. Dabei ist die Konzernproblematik, die bei weitem nicht das einzige

Abs. 3 konkretisieren, ebenso bereits Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S. 261 m.w.N.

<sup>496</sup> Der zu beeinflussende Personenkreis wurde erweitert, die in § 101 AktG 1937 verlangte Ausnutzung wurde in die sprachlich schwächere Benutzung gewandelt und noch einige, hier jedoch weniger relevante Änderungen wurden vorgenommen, vgl. etwa die Aufzählung der Änderungen bei Meyer-Landrut im Großkomm. AktG § 117, Einl. oder Baumbach/Hueck, Aktiengesetz (1968), § 117 Anm. 1 bis 8.

<sup>497</sup> Vgl. hierzu jedoch den § 243 Abs. 2 AktG, wonach die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses immer noch darauf gestützt werden kann, daß der Beschluß geeignet ist, der Sondervorteilsgewährung zu dienen. Vgl. hierzu auch § 117 Abs. 7 Nr. 1, wonach § 117 nicht gilt, wenn das Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte, durch Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung zu der schädigenden Handlung bestimmt worden ist.

<sup>498</sup> Vgl. hierzu etwa die BegRegE bei Kropff, Textausgabe Aktg (1965), S. 162.

<sup>499</sup> Vgl. so etwa Meyer-Landrut, Großkomm. AktG (1973), § 117. Anm. 5.

<sup>500</sup> Vgl. etwa Meyer-Landrut im Großkomm. AktG, § 117 Anm. 2.

<sup>501</sup> Vgl. ausführlich die Darstellung im dritten Teil unter C. und D.

<sup>502</sup> Vgl. zum Inhalt des § 117 auch die Darstellung bei der Gegenüberstellung von § 117 und den §§ 311, 317 im dritten Teil unter D.

Anwendungsgebiet der Generalklausel darstellt, exemplarisch und aufgrund der Thematik dieser Arbeit herangezogen worden. Es ist jedoch wichtig, die Funktion der Generalklauseln auch über dieses Feld hinaus zu beachten: Deshalb sei kurz auch die am Vorbild des § 117 AktG orientierte Regelung des E § 126 des Referentenentwurfes zu einem reformierten GmbH-Gesetz<sup>503</sup> erwähnt. Dieser Entwurf sah einen besonderen Haftungstatbestand vor, der die Gesellschaft dagegen schützen sollte, daß Gesellschafter ihren Einfluß zum Nachteil der Gesellschaft mißbrauchten. Der nicht Gesetz gewordene Referentenvorschlag sah hierzu eine Generalklausel in der Art des § 117 AktG vor, da das GmbH-Recht nur auf die allgemeinen Vorschriften über die Haftung aus unerlaubter Handlung zurückgreifen konnte, soweit nicht bereits auf aktienrechtliche Regelungen zurückgegriffen wurde.

Der Referentenentwurf sprach sich deutlich für eine solche Regelung aus, da die allgemeinen Vorschriften der Haftung aus unerlaubter Handlung der Gesellschaft und ihren Gläubigern keinen ausreichenden Schutz böten. Daß die Generalklausel auch im GmbH-Recht diskutiert wurde, zeigt daß die Diskussion um die Generalklauseln in das moderne Gesellschaftsrecht gehört.

Abschließend sei zur Frage der Verwendung von Generalklauseln noch folgende Betrachtung angestellt: Wenn man in einem Standardwerk des deutschen Gesellschaftsrechts liest, daß<sup>504</sup> *"der Mehrheits-Minderheitskonflikt einer Generalklausel bedarf, mit der dem herrschenden Gesellschafter Loyalitätspflichten abverlangt werden; einzelne, notwendig statisch verfaßte Sonder- oder Individualrechte sind gegenüber den vielfältigen Einflußmöglichkeiten des herrschenden Gesellschafters auf die Beschlußfassung, die Geschäftsleitung und den eigenen Anteilsbesitz wirkungslos"*, und diese Äußerung mit den eingangs in diesem Abschnitt dargelegten Betrachtungen vergleicht, so kommt man zum Schluß, daß die bereits zu Anfang dieses Jahrhunderts geführte Diskussion immer noch aktuell ist.

## **F: Eine Haftungsgeneralklausel im Recht der verbundenen Unternehmen?**

### **I. Allgemeine Tendenz als Grund für die Haftungsgeneralklausel?**

Die in dieser Arbeit angesprochene Frage der Wahl des Gesetzgebers zwischen tatbestandsreicher oder generalklauselartiger Regelung ist eine Frage von genereller Bedeutung im modernen Haftungsrecht.<sup>505</sup> Ob es gegenwärtig eine Tendenz zum vermehrten Einsatz von Generalklauseln auf diesem Feld oder in der gesamten Rechtsordnung gibt, ist jedoch eine kaum endgültig zu beantwortende Frage.<sup>506</sup> Da ein

<sup>503</sup> Vgl. Refentenentwurf eines GmbHG (1969) S. 283, der Ordnung halber sei angeführt, daß der Entwurf in E § 234ff. ebenfalls eine Regelung für verbundene Unternehmen vorsah.

<sup>504</sup> Das folgende Zitat stammt aus Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 409.

<sup>505</sup> Vgl. z.B. die Fragestellung nach einer zukünftigen deutschen Generalklausel für die Gefährdungshaftung bei Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 243-284 m.z.N.

<sup>506</sup> Anders Will, Quellen erhöhter Gefahr (1980), S. 245 und 249, der meint es gäbe eine Tendenz zum vermehrten Einsatz von Generalklauseln im modernen Haftungsrecht. Will bringt zwar Hinweise



Bejahen oder Verneinen dieser Frage spekulativ oder zielorientiert würde, kann hier nicht versucht werden, eine solchen Tendenz zu belegen. Allerdings finden sich Hinweise darauf, daß es eine Tendenz - auch und gerade durch die Europäisierung<sup>507</sup> des Rechts - gibt. Auch verdichtet sich die Erkenntnis, daß ein modernes Rechtssystem keine Angst davor haben sollte, ex post Standards mit Einschätzungsmöglichkeiten einzuführen, wo diese besser auf die zu regelnde Aufgaben zugeschnitten werden können als rigide ex ante greifende Regeln.<sup>508</sup> Dem entspräche eine Generalklausel. Eine Tendenz zur Verwendung von Generalklauseln ginge dazu mit dem allgemeinen Deregulierungswunsch einher; auch im Kapitalgesellschaftsrecht wird vielfach eine Deregulierung gefordert,<sup>509</sup> auch um der zunehmenden Verrechtlichung zu begegnen.<sup>510</sup>

## **II. Europäisierung als Grund für eine Haftungsgeneralklausel?**

Ein Grund für das Zurückgreifen des modernen Gesetzgebers auf Generalklauseln ist darin zu sehen, daß sie die Verabschiedung von Gesetzesvorhaben erleichtern.<sup>511</sup> Dieser Blickwinkel könnte gerade in der Frage einer EG-weiten Lösung der Haftungsfrage von Bedeutung sein. Eine europäische Lösung der hier angesprochenen Frage der Berechtigung des Haftungsprivilegs im Unternehmensverbund wäre im Anschluß an die zweite gesellschaftsrechtliche EG-Richtlinie<sup>512</sup> und - anstelle der in Ferne gerückten Ver-

---

für eine Tendenz zum vermehrten Einsatz von Generalklauseln, ein eigentlicher Nachweis dieser Behauptung findet sich bei ihm jedoch nicht. Teilt man Wills Auffassung einer solchen Entwicklung, stünde diese Arbeit jedoch im Einklang mit einer solchen, von Will postulierten Tendenz.

<sup>507</sup> Vgl. hierzu gleich unten unter II.

<sup>508</sup> Vgl. für das Gesellschaftsrecht nur Davies, *Legal Capital in Private Companies in Great Britain* (1998), S. 354, der nach Besprechung von sec. 214 Companies Act (wrongful trading) und weiteren Regelungen neueren Datums meint, "*that such examples are sufficient to show that a modern legal system should not be afraid to adopt evaluative ex post standards if these can be better[tailored] tailored to the regulatory task at hand than firm but minimal ex ante rules*"; vgl. zur Präventivwirkung solcher Regeln anschaulich aaO. S. 352 Fn. 70ff.

<sup>509</sup> Die Deregulierungsdebatte kann hier nicht aufgegriffen werden, vgl. statt aller nur Lutter, auf dem 12. ZGR Symposium, ZGR 1998, S. 559, der meint, daß sich wie ein roter Faden bei der Frage der Verantwortlichkeit die Tendenz breit zu machen scheint, die rechtlichen Ordnungen *im* Unternehmen seien eher zurückzunehmen als auszuweiten. Ders., aaO. S. 590 bemerkt bezogen auf die Leistungsstruktur, auch und gerade im Konzern, daß (sonst) fraglich werden könnte "*wie unter Beachtung all' dessen und all' dieser Regeln noch Zeit bleibt für Unternehmensführung und Geldverdienen*"; vgl. zur Illustration statt aller auch Roman Herzog auf dem DJT 1998, der zum Abbau des dichten Normengeflechts aufforderte und plakativ vor einem "Vorschriftenmoloch" sowohl in Deutschland als auch in Europa warnte (aus der Tagespresse etwa das Handelsblatt vom 28. September 1998, S. 44).

<sup>510</sup> So wird für das Aktienrecht von einem Trend zunehmender Verrechtlichung gesprochen; vgl. nur Kübler, *Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung* (1994) S. 141. Kübler, aaO. S. 143, meint, daß aufgrund des Flickwerks kurzfristiger Krisenbewältigung langfristig Funktionsstörungen in den zunehmend verrechtlichten Bereichen generiert würden. Statt umfassender Kodifikationen schlägt Kübler den Weg schrittweiser Veränderungen vor, insbesondere dort, wo u.a. europäische und nationale Gesetzgebung sowie richterliche Rechtsfortbildung (weitgehend unabhängig) operieren. Eine Generalklausel, die die bestehenden Wertungen aufgreift, entspricht diesem Weg.

<sup>511</sup> Vgl. so auch Werner, *Generalklauseln und Richterrecht* (1966), S.25.

<sup>512</sup> Gemeint ist die zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie vom 13. 12. 1976 (77 / 91 / EWG), die sogenannte Kapitalrichtlinie, ABl EG Nr. L 26 v. 31.1 1977, S. 1ff.

wirklichung der Gedanken der fünften<sup>513</sup> und neunten<sup>514</sup> Richtlinie - aus vielerlei Gründen wünschenswert, und eine europäische Regelung wäre nach hier vertretener Ansicht in Form einer tatbestandsarmen Regelung leichter zu erreichen als in einer tatbestandsreichen Regelung.<sup>515</sup>

Auf diesen internationalen und für die künftige Rechtsentwicklung wichtigen Aspekt soll an dieser Stelle aus zwei Gründen hingewiesen werden: Zum einen ist die Bedeutung der europäischen Integration für die juristischen Auslegungsmethoden keineswegs auf die Anwendung des Gemeinschaftsrechts selbst beschränkt: Ebenso wie Richtlinien der Gemeinschaft am Integrationsziel orientiert auszulegen sind - und nationales Recht, soweit es der Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien dient, primär nach der teleologischen Auslegungsmethode und nach dem gemeinschaftsrechtlichen methodischen Konzept auszulegen ist -, ist bei der Auslegung nationalen Rechts ganz allgemein das Integrationsziel der Gemeinschaft zu beachten, insbesondere dort wo Rechtsfortbildungsfreiräume bestehen.<sup>516</sup>

Zum anderen bietet sich eine interessante historische Parallele: Einer der wesentlichen Gründe für die Kodifikationen des Rechts in den sich bildenden Staaten Europas -

<sup>513</sup> Angesprochen ist der Vorschlag einer fünften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, der sogenannten Strukturrichtlinie, Nachweise hierzu etwa bei Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht* (1991), S. XX. Allerdings wird in der Gemeinschaft eine generelle Vereinheitlichung der Regeln über die Unternehmensverfassung, wie sie ursprünglich für die Aktiengesellschaft mit dem Vorschlag der fünften Richtlinie angestrebt wurde, offenbar allgemein nicht mehr gewünscht; vgl. so zu der im Dezember 1997 in Brüssel abgehaltenen Konferenz zur erneuten Initiative der Kommission zur künftigen Entwicklung im Gesellschaftsrecht etwa Neye, *Binnenmarkt und Gesellschaftsrecht* (GmbH, 1998), S. R 17, der, aaO. S. 18 meint es sei erkennbar, daß sich die Arbeiten im europäischen Rahmen zunächst auf die bereits bekannten Projekte der Europäischen Aktiengesellschaft, der grenzüberschreitenden Verschmelzung und Sitzverlegung (10. und 14. Richtlinie) sowie öffentliche Übernahmeangebote (13. Richtlinie) konzentrieren werden.

<sup>514</sup> Angesprochen ist der Vorschlag einer neunten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, der sogenannten Konzernrichtlinie, Nachweise hierzu etwa bei Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht* (1991), S. XXII. Verbreitet ist jedoch auch die Auffassung, ein materielles Konzernrecht sei in Europa schwer durchzusetzen, welches bei neuen Regelungen zu berücksichtigen sei: Hommelhoff, *Europäisches Gesellschaftsrecht: die SEF* (1996, Vortragsfassung), S. 8 führt so aus, die Regelung einer *société européenne fermée* solle ohne ein Konzernrecht auskommen, ein solches könne man "*sowieso nicht in Europa verkaufen*". Ein Ansatz dieser Arbeit ist, statt in Europa eine detaillierte Regelung durchzusetzen, welche die übrigen Mitgliedstaaten der EU "nicht kaufen" wollen, einen europäischen Konsens durch das Vermitteln überzeugender Wertungen zu erreichen.

<sup>515</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen im zweiten Teil unter A.III.

<sup>516</sup> Dies kann hier nicht vertieft werden, vgl. so und zum rechtspolitischen Postulat, daß die rechtswissenschaftliche Methodenlehre die spezifischen Probleme, die ihr durch die europäische Integration gestellt sind, erkennen und annehmen sollte z. B. Behrens, *Gemeinschaftsrecht und juristische Methodenlehre* (EuZW 1994), S. 289. ders., *Krisensymptome in der Gesellschaftsrechtsangleichung* (1996), S. 841 betont, daß etwa die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gemeinsamen Markt für Waren und Dienstleistungen in gewisser Weise auch von den Haftungsrisiken bestimmt werden, deren Unterschiedlichkeit zu Verzerrungen führen würde - und betont gleichzeitig, daß es nicht angeht, die Funktion der Gesellschaftsrechtsangleichung auf die Beseitigung des Standortwettbewerbs zu verkürzen. Dies muß bereits deshalb gelten, weil - wie Behrens aaO. S. 849 denn auch zu Recht anführt - noch erhebliche Ungewißheit darüber herrscht, wie gesellschaftsrechtliche Regelungen das Entscheidungsverhalten von Wirtschaftssubjekten beeinflussen. Betont sei noch, daß die heute so aktuellen Standorterwägungen gerade in der Ausgestaltung des Gesellschafts- und Konzernrechts nicht erst in letzter Zeit, sondern bereits vor dem AktG 1965 in Raum standen und erkannt wurden; vgl. statt aller nur die Darstellung der Erörterungen auf dem 42. deutschen Juristentag zu "*möglichen Herausforderungen für die deutschen Konzerne durch eine neue europäische und weltwirtschaftliche Situation*" bei Dettling, *Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965* (1997), S.196 m.w.N.

darunter auch die Grundlagen des deutschen Zivilrechts - in den letzten Jahrhunderten war die Schaffung der politischen Instanz des neuzeitlichen Territorialstaates. Denn diese Entwicklung zum modernen Staat mit seiner bürokratische Administration war es, die das Bedürfnis nach innerstaatlicher Vereinheitlichung des Rechts hervorrief und die in den Kodifikationen angelegte Rationalisierung und Technisierung verursachte.<sup>517</sup> Die gegenwärtige politische Situation Europas läßt zwar keineswegs auf einen europäischen Staat mit einem einheitlichen Recht schließen; im Rahmen der fortschreitenden Integration der Europäischen Union scheint aber besonders in Anbetracht der Internationalisierung der Wirtschaft eine europäische Lösung, wenn denn nicht in der Gegenwart so doch in Zukunft, nötig. Denn der augenblicklich ablaufende Prozeß der fortschreitenden europäischen Integration<sup>518</sup> ist aus rechtsevolutionärer Sicht ein Prozeß von ähnlichem gesellschaftlichem Wandlungscharakter wie seinerzeit die Schaffung der Nationalstaaten. Es gibt heute wie zur Zeit der Schaffung der Nationalstaaten ein Bedürfnis für einheitliche Rechtsfolgen innerhalb eines zusammenwachsenden Raumes. Dies zeigen z.B. die zahlreichen Rechtsakte der europäischen Gemeinschaft.<sup>519</sup>

Ebenso wie für die Änderung des materiellen Rechts durch die Europäischen Gemeinschaften wird die gemeinschaftliche Rechtsetzung einen Einfluß auf die Formulierung des nationalen Rechts gewinnen. Gerade innerhalb der EU differieren die Gesellschaftsrechte und die Gesellschaftsformen in ihren jeweilige Regelungskonzepten, in Regelungsprinzipien und Regelungsmustern. Auf der Ebene mitgliedstaatlicher Rechtsformen - einschließlich der Möglichkeit der Einbindung dieser in polykorporative Gebilde - bestimmen eben nationale Ziele, Vorstellungen und Wertungen, soweit diese nicht gemeinschaftsrechtlich durch gesellschaftsrechtliche Richtlinien harmonisierend vorgeformt sind, die Rechtsentwicklung.<sup>520</sup> Eine Vereinheitlichung der verschiedenen Gesellschaftsrechte scheint gegenwärtig nicht in Reichweite zu sein, ob sie überhaupt wünschenswert ist, mag hier dahinstehen.<sup>521</sup> Betont sei dagegen, daß es nach hier ver-

<sup>517</sup> Vgl. nur Kübler, Kodifikation und Demokratie (1969), S. 645.

<sup>518</sup> Vgl. die einleitenden Bemerkungen im Vertrag über die Europäische Union vom 7. II. 1992.

<sup>519</sup> Vgl. zum gemeinschaftsrechtlichen Aspekt des Unternehmensrechts etwa Lutter, Europäisches Unternehmensrecht (1991), passim; vgl. auch insgesamt Werlauff, EC Company Law (1993), passim.

<sup>520</sup> Daß dies in breiterem Zusammenhang insgesamt für die Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts in der EU wichtig ist, illustriert Hommelhoff, Société fermée européenne - eine supranationale Gesellschaftsform, (1997), S. 2104; vgl. auch Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 683ff.

<sup>521</sup> Vgl. zur Frage eines Regelungswettbewerbs zwischen den nationalen Regelungen in Europa etwa die Einschätzung von Markt, Wettbewerb der Gesetzgeber in Europa (1996), S. 547ff., 558 m.w.N., der meint, die europäischen Staaten hätten keinen gleich starken Anreiz zum Wettbewerb wie die Einzelstaaten in den USA - und daß sich andeute, daß es zu einem innereuropäischen Gesetzgebungswettbewerb nicht kommen werde; ähnlich Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 687. Darstellend zur an Boden gewinnenden Auffassung, daß ein gewisser legislatorischer Wettbewerb auf lange Sicht zu einem besseren Gesellschaftsrecht führen könnte, auch weil sich so ein größerer Erfahrungsschatz und eine größere Lösungsvielfalt bilden könnten, etwa Markt, aaO., S. 545, 547; vgl. zum letzteren auch Kötz, Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, S. 12; Rechtsbildung durch Gesetzgebungswettbewerb (1994), S. 145ff. jeweils m.w.N.

treterer Auffassung wünschenswert ist, in den verschiedenen Mitgliedsstaaten die gleichen Rechtsfolgen für die gleiche Tatbestände eintreten zu lassen.<sup>522</sup>

Für eine EU-einheitliche Haftungsrechtsfolge im verbundenen Unternehmen spricht stark, daß die Ausübung der Niederlassungsfreiheit als unionsrechtliches Grundprinzip nicht dadurch gehemmt werden sollte, daß ansonsten Risiken einer ausländischen Tochtergesellschaft, und damit aus ihrer Rechtsordnung, leicht unüberschaubar werden - und damit ausgeprägt abschreckend wirken. Gerade weil die kapitalgesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkung ein ausreichendes Gläubigerschutzinstrumentarium verlangt,<sup>523</sup> sollte auf Dauer versucht werden, zu übernationalen - supranationalen - Wertungen vorzustoßen, an denen sich eine Haftungsregelung orientieren könnte.

Zwar kann hier nicht der Ort sein, dies eingehender zu untersuchen, und Behauptungen würden leicht spekulativ. Es sollte jedoch daran erinnert werden, daß eine weitere Europäisierung des Rechts unabdinglich Veränderungen in allen nationalen Rechtsordnungen mit sich bringt und daß die Rechtswissenschaft sich dieser Aufgabe stellen muß.

Der modernen Rechtsvergleichung stellt sich dabei aufgrund der Divergenz zwischen dem nationalen Staat und der globalen Wirtschaft neben den traditionellen Aufgaben der Rechtsvergleichung auch die Aufgabe der Koordinierung von nationalen und supranationalen Rechtsordnungen und Rechtsnormen.<sup>524</sup> In der Diskussion um die Fortentwicklung des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts ist dementsprechend die Ansicht geäußert worden, Aktienrechtsreform werde sich nicht mehr im Wege einer umfassenden Neukodifikation vollziehen lassen; dem stehe bereits die Verknüpfung mit der schrittweise operierenden Angleichungspolitik der EU entgegen. Ebenso ist - überzeugend - gefolgert worden, es werde sich vielmehr um einen permanenten Prozeß

<sup>522</sup> Ähnlich spricht das Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 683, 767 davon, daß ein "*Konzernrecht für Europa*" nicht unbedingt europäisches Recht im Sinne von EG-Recht bedeuten muß und untersucht die Frage, inwieweit Konzernrechtsprobleme besser auf nationaler Ebene oder überhaupt statt durch Rechtsnormen durch Selbstkontrolle der Beteiligten geregelt werden sollten; vgl. aaO. S. 684 m.w.N.: Gerade unter wirtschaftlichen Betrachtungen ist ein einheitliches europäisches Gesellschaftsrecht eben nicht unbedingt wünschenswert. AaO. S. 686, 752 werden jedoch u.a. für die Haftung bei Krisen- und Insolvenzverschleppung, also für die Fälle in denen regelmäßig die Haftungsfrage gestellt wird, europäische Mindestregeln als notwendig empfunden, um für Unternehmen aus allen Mitgliedsstaaten durch eine "*Kernbereichsharmonisierung*" ein "*equal playing field*" zu schaffen.

<sup>523</sup> Vgl. m.w.N. und in Verlängerung der in Deutschland auf BGHZ 115, 1878 (Video, 1991) zu beobachtenden Reaktion etwa Hommelhoff, *Société fermée européenne - eine supranationale Gesellschaftsform*, (1997), S. 2104f, der insbesondere die Risiko-Aversität der Inhaber kleiner und mittlerer Unternehmen betont.

<sup>524</sup> Vgl. hierzu und näher zum von ihm geprägten Ansatz der Koordinierung etwa Buxbaum, Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft, S. 205, 211f., 229, der gerade die Rechtsordnung und die Wirtschaftsordnung als zwei dynamische Ordnungssysteme vorstellt, die sich gegenseitig "*beobachten, beeinflussen und gestalten*". Diese - bei einer Betrachtung der rasanten evolutionären Entwicklung des hier behandelten Problems in diesem Jahrhundert - sich aufdrängende dynamische Betrachtung spricht gegen rigide und vielmehr für offene, anpassungsfähige Regelungsansätze.

der Anpassung und Veränderung handeln, an dem neben supranationalem und nationalen Gesetzgebern insbesondere die Gerichte mitwirken werden.<sup>525</sup>

Die Regelungen einzelner Problembereiche in einer Rechtsordnung entstehen eben nicht isoliert sondern als Teil dieser Rechtsordnung. Entsprechend dem Weg, den eine Rechtsordnung einmal eingeschlagen hat, entwickelt sich diese Rechtsordnung weiter. Dies gilt auch und gerade für die Regelung des Gläubigerschutzes.<sup>526</sup> Die hier behandelte Problematik erfährt in Deutschland die Regelung des geltendes Rechts, weil konkrete rechtliche Voraussetzungen, Vorgaben sowie ein spezifisches regelungstechnisches Vorverständnis bestanden. Ein Regelungsvorschlag, der die einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Vorgaben abgleichen soll, muß dies berücksichtigen.

Gerade in Anbetracht der unterschiedlichen Rechtstraditionen in der EU,<sup>527</sup> in deren Rechtsordnungen z.B. nur Deutschland und Portugal ein systematisch kodifiziertes Recht der verbundenen Unternehmen kennen,<sup>528</sup> in Anbetracht der zunehmenden Schwierigkeiten bei der Findung international konsensfähiger Lösungen mit zunehmender Regelungsdifferenzierung scheint dem Verfasser dieser Arbeit der Weg zu einer tatbestandsarmen Regelung gangbarer als die Möglichkeit tatbestandsreicherer Regelungsgefüge zur Lösung der Haftungsfrage.<sup>529</sup> Dies gilt umso stärker nach den neuerlichen und

<sup>525</sup> So Kübler, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, (1994), S. 147.

<sup>526</sup> Dies bemerkte zutreffend Kübler auf der Einführung zum Symposium Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in Europa (Die AG 1998, 345), der hierfür das US-amerikanische Bild der "*path dependency*" anführt. Hinter dem Metapher von der Pfadabhängigkeit rechtlicher Ordnungen steht das Bild von dem Indianerpfad, der einen großen Bogen um die Höhle des bösen Bären machte: Aus diesem Pfad wurde ein Weg und später eine Straße, die sich nicht mehr begradigen läßt, weil das den Abriß jener Hochhäuser verlangte, die in dem - längst nicht mehr sinnvollen, aber eben entstandenen - Bogen um die Bärenhöhle entstanden sind.

<sup>527</sup> Vgl. hierzu beispielhaft das zur Rolle des Richters in unterschiedlichen Rechtsordnungen oben in diesem Teil unter D.II.2. Gesagte.

<sup>528</sup> Das jedoch nur eine Teilregelung der weiter ausgreifenden Gruppenrealität ist; vgl. nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 766.

<sup>529</sup> Zur Illustration der Bedeutung der unterschiedlichen Rechtstraditionen sei eine Bemerkung zu Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), angeführt: Dieser, ebenda S. 164, erklärt (als Deutscher), daß es ihn erstaune, daß in dem von ihm untersuchten Rechtsgebiet wenig nennenswerte Versuche zur Systembildung unternommen werden. Den - nicht am deutschen Rechtsverständnis orientierten - europäischen Juristen wird wohl eher erstaunen, daß man in Deutschland auf diesem Rechtsgebiet der Systembildung den Vorrang vor der auf den Einzelfall abstellenden Lösungsfindung gibt. Wenn etwa Hommelhoff, *Société fermée européenne* - eine supranationale Gesellschaftsform, (1997), S. 2108 meint, für eine supranationale Gesellschaftsform sei eine Vollregelung erwünscht, welche möglichst alle Problemkomplexe normiere, die nach in den Mitgliedstaaten gesammelten Erfahrungen zu erwarten seien, so handelt es sich hierbei um einen auf die hier behandelte Frage nicht zu übertragenden Lösungsansatz: Außer in Deutschland und - an die deutsche Regelung angelehnt - Portugal gibt es in den Mitgliedstaaten eben keine eigentliche, spezifisch verbundensrechtliche Verantwortung im verbundenen Unternehmen, sondern nur völlig unterschiedliche, weitestgehend in den nationalen Rechtsprechungen entwickelte, bzw. vom jeweiligen Gesetzgeber aufgegriffene Lösungsansätze für Einzelfälle. Hommelhoff argumentiert denn aaO. denn auch für eine Vollregelung, weil eine solche Vollregelung tendenziell die Gefahr unvermutet auftretender Lücken reduziere. Die hier behandelte Haftungsregelung im verbundenen Unternehmen ist aber gerade keine solche unvermutet auftretende Lücke - vielmehr handelt es sich hierbei um eine so vielgestaltige Problemkonstellation, daß eine tatbestandsreiche Vollregelung die auftretenden Haftungskonstellationen nicht greifen könnte, bzw. der notwendigen Abwägung keinen Raum ließe. Warnend vor den Folgen einer umfassenden Regelung hat denn auch Hommelhoff, *Kleine Aktiengesellschaften im System des deutschen Rechts* (1995), S. 531, die Regelungsdichte im deutschen Aktiengesetzes betreffend, darauf hingewiesen, da eine zu

noch anstehenden Erweiterung und nicht zuletzt in Anbetracht der bisher bestehenden unterschiedlichen nationalen Lösungskonzepte im Recht der verbundenen Unternehmen.<sup>530</sup> Dazu sollte die Präponderanz eines nationalen Modells aus Akzeptabilitätsgründen vermieden werden, und es sollten Sachgründe in den Vordergrund rücken.<sup>531</sup>

Gerade die Haftungsfrage eignet sich als Ansatz einer Europäisierung; denn rechtsvergleichend ist bereits die Erkenntnis gewonnen worden, daß im Bereich des Haftungsgrundes zwischen verschiedenen europäischen Deliktsrechten soviel Übereinstimmung in den Grundkategorien und -wertungen auszumachen ist, daß ein Jus Commune Europaeum zumindest in Teilbereichen der Haftungsfragen eine wirkliche Chance haben könnte.<sup>532</sup>

Dies umso mehr, als daß eine geschlossene Konzeption oft durch Abstraktheit sündigt,<sup>533</sup> und eine - infolge der technisch-industriellen Entwicklung der Gesellschaft und beim Versuch diese in tatbestandsreichen Normen zu fassen - zu<sup>534</sup> detaillierte Gesetzesregelung Raum schafft für eine hydraartige Vermehrung der Rechtsprobleme.<sup>535</sup>

Gerade wenn man das Gesellschaftsrecht mit europäischen Augen betrachtet, tut Pragmatismus not: Mit idealistischen Konzepten ist das europäische Gesellschaftsrecht im Rahmen des Gemeinschaftsrechts kaum voranzubringen.<sup>536</sup> Das idealiter gar

---

statische Verkrustung jene Beweglichkeit, Flexibilität und Offenheit nach vorn nimmt, die im Wettbewerb nötig ist - und somit zu einer dynamischen Immobilität führt.

<sup>530</sup> Vgl. hierzu etwa den Sammelband Konzernrecht im Ausland (1993), herausgegeben von Lutter.

<sup>531</sup> Vgl. nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 684.

<sup>532</sup> Vgl. so von Bar, Deliktsrecht in Europa (1993), Vorwort S. V.; illustrierend etwa v. Bar, Gemeineuropäische Deliktsrecht (1996), passim.

<sup>533</sup> So schon vor 25 Jahren Wiedemann, Haftungsbeschränkung (1968), S. 154.

<sup>534</sup> Der Gesichtspunkt einer zu engen Regelung ist im Kapitalgesellschaftsrecht nicht neu: So betont beispielsweise Hommelhoff, Kleine Aktiengesellschaften im System des deutschen Rechts (1995), S. 530 das Interesse der Wirtschaft an einer wenig regelungsintensiven, unaufwendig handhabbaren und kostengünstigen Rechtsform, die der Gestaltungsfreiheit weite Entfaltung bei Gewährung von Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen gewährt. Interessant ist, daß Hommelhoff, aaO. S. 533ff. rechtsvergleichend auf die französische Regelung der SAS (Société par actions simplifiée) hinweist, weil diese Regelung durch und durch darauf angelegt sei, "das Privileg der beschränkten Haftung mit ganz weitgehender Gestaltungsfreiheit harmonisch zu verbinden" und betont, daß statische Elastizität und dynamische Anpassungsfähigkeit dem französischen Gesetzgeber vor Augen standen. Entsprechende Erwägungen sollten gerade für die mit der Organisationsfreiheit eng verbundene Frage der Haftungsregelung im verbundenen Unternehmen angestellt werden - und ebensolche Ziele angepeilt werden. Daß dem hier vertretenen Gesichtspunkt aus anderer, im übrigen ebenfalls rechtsvergleichender, Sicht durchaus entgegengetreten werden könnte, zeigt etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 197, der meint es sei eine Selbsttäuschung, aus angeblichen Respekt vor dem historischen Gesetzgeber, der für das Deliktsrecht eine Regelung nach dem Vorbild des Art. 1382f. CC gerade vermeiden zu wollen, um sich dann unter Berufung auf die nötige Rechtsfortbildung mit der "gesellschaftlichen Treupflicht" eine neue Generalklausel zu schaffen. Hier soll es unter Berücksichtigung der Integration Europas gerade darum gehen, einen konsensfähigen Weg zur Regelung eines anzutreffenden Problems aufzuzeigen.

<sup>535</sup> Dies Bild ist - entsprechend abgewandelt - übernommen von Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers (1974), S. 8.

<sup>536</sup> Ähnlich hält bereits Hommelhoff, Société fermée européenne - eine supranationale Gesellschaftsform, (1997), S. 2102 Pragmatismus für angesagt und tritt idealistischen Konzepten für supranationale Gesellschaftsformen entgegen.

wohldurchdachte, den nationalen Rechtsordnungen jedoch weitestgehend als Fremdkörper gegenüberstehende Konzept der konzernrechtlichen Vorschläge der EU zum materiellen Konzernrecht<sup>537</sup> scheint, wohl nicht zuletzt deshalb, in unabsehbare Ferne gerückt. Derzeit gibt es kein europäisches Recht der verbundenen Unternehmen<sup>538</sup> - und seine Entwicklung sollte pragmatisch angegangen werden. Dementsprechend wird hier die Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen auf der Grundlage der kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen versucht, die den im verbundenen Unternehmen auftretenden Verwerfungen entsprechend pragmatisch fortzubilden sind.

In der Literatur ist die Befürchtung ausgedrückt worden, "*daß das spätestens seit 1965 international gefürchtete deutsche Aktienrecht künftig Fremde noch mehr abschrecken und zum Spielfeld höchst subtil argumentierender Spezialisten werden könnte.*"<sup>539</sup> Ebenso ist geäußert worden, das Zusammenspiel der aktienrechtlichen Konzernregelung und "*einer immer weiter differenzierenden Rechtsprechung zum Schutz der abhängigen Gesellschaft, insbesondere zum nicht kodifizierten "GmbH-Konzernrecht"* [erreiche] *ein Maß an Komplexität, deren Durchdringung wenigen "Spezialisten" vorbehalten zu sein" schein*e.<sup>540</sup> Solch' Schwierigkeiten beim Verständnis einer Regelung, Abstraktheit und Schaffung neuer Probleme sind länderübergreifenden Regelungen jedoch abträglich und hinderlich. Diesem würde tendenziell durch das Zurückgreifen auf eine Generalklausel begegnet werden.

Gerade die Europäisierung des Rechts eröffnet dabei den Gedanken, explizite Wertungsvorgaben in die Regelung aufzunehmen: Ein Beispiel für die ausdrückliche Aufnahme der Intentionen des Gesetzgebers - und damit für die der Regelung zugrundeliegenden Wertungen - in die gesetzliche Regelung sind die Erwägungsgründe bzw. die Präambeln in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft. In diesen werden oft der Zweck der Regelung und die der Regelung zugrundeliegenden Wertungen explizit angeführt.

Gerade im Rahmen einer Rechtssetzung innerhalb der EG bietet sich also eine Regelung unter *Aufnahme der gesetzgeberischen Wertungen in die Regelung* an. Es ist eine der dieser Arbeit zugrundeliegenden Erwägungen, daß gerade international ein Wertungskonsens leichter zu erreichen ist als eine Einigung über die Ausformung eines tatbes-

<sup>537</sup> Auf die allem Anschein nach nicht durchsetzbare, bzw. als von Teilen als nicht wünschenswerte Strukturrichtlinie wird hier dementsprechend nicht eigens eingegangen, insbesondere weil die Kommission sich derzeit nicht mit der Thematik beschäftigt, vgl. nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 681ff., 767; vgl. perspektivierend zu den Vorentwürfen der 9. Richtlinie statt aller Werlauff, EC Company Law (1993), S. 297.

<sup>538</sup> Vgl. nur Hommelhoff, Konzernrecht für den europäischen Binnenmarkt (1992), S. 121ff., dafür jedoch zahlreiche einzelstehende Regelungen wichtiger Teilbereiche; Vgl. einordnend nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 682 m.z.w.N.

<sup>539</sup> So in einer Anmerkung zum Girmes-Urteil Rittner in EWIR § 135 AktG 1/95, 526, der dabei gleichzeitig das Bemühen des Bundesgerichtshofs um Rechtsicherheit anerkennt.

<sup>540</sup> So in seiner rechtsvergleichende Studie einleitend Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 1.

tandsreichen Normengefüges.<sup>541</sup> Insofern ist der hier gemachte methodologische Vorschlag im gegenwärtig gegebenen Rahmen der Europäisierung des Rechts zu sehen.<sup>542</sup> Die zu herausgearbeiteten Wertungen könnten, z.B. als Erwägungsgründe, Eingang in die Regelung finden. Eine auf europäischer Ebene möglicherweise eher konsensfähige Regelung wäre denn auch unter Berücksichtigung dieser Erwägungsgründe auszulegen. Ebenso wäre die vorgeschlagene Regelung entsprechend den ihr zugrundeliegenden Wertungen zu konkretisieren.<sup>543</sup> Für Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ist diese Art von rechtlich zu beachtenden Erwägungsgründen kein Novum.<sup>544</sup>

### **III. Weiterentwicklung als Grund für eine Haftungsgeneralklausel?**

Aber nicht nur die internationale Entwicklung ist von Bedeutung: Auch die soziale Entwicklung unserer Gesellschaft schreitet laufend fort, und dies bedeutet, daß auch die Rechtsordnung sich verändern muß. Gerade dies ist in der Generalklausel des § 307 BGB (früher § 9 AGBG) ersichtlich. Ebenso ist für einen anderen zivilrechtlichen Bereich, den der Gefährdungshaftung, eine Generalklausel vorgeschlagen worden.<sup>545</sup> Diese Hinwendung zu tatbestandsarmen Normen<sup>546</sup> resultiert daraus, daß starre Formeln angesichts des Wandels der Verhältnisse und Anschauungen nach hier vertretener Auffassung<sup>547</sup> unanwendbar sind, während andererseits gerade das nötige Suchen von Lösungen im Rahmen gesetzlicher Generalklauseln die Rechtsentwicklung fördert.

<sup>541</sup> Vgl. dazu die in der Einleitung angesprochenen grenzüberschreitende Dimension des Problems und den dargelegten Bedarf einer internationalen Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen.

<sup>542</sup> Es sei angemerkt, daß die rechtliche Stellung der verbundenen Unternehmen in den Mitgliedstaaten derzeit so unterschiedlich ist, daß Bestrebungen, die Rechtsentwicklung weiterzuführen, nicht möglich scheinen, solange die 9. gesellschaftsrechtliche Richtlinie nicht verabschiedet worden ist, vgl. so etwa Werlauff, *European Company Law* (1993) und S. 87, und dens. J 94, S. 97ff. Hierzu auch Lutter, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa* (1987), S. 341f., der eine europäische Regelung in der nächsten Zeit für unwahrscheinlich hält; vgl. auch Hauschka, *EuZW* 1992, S. 147ff.

<sup>543</sup> Hommelhoff, *Société fermée européenne - eine supranationale Gesellschaftsform*, (1997), S. 2108 hat für die Wahrung eines einheitlichen Rechts bei einer supranationalen Gesellschaftsform auf das Methodenproblem hingewiesen, welches sich bei Auslegungsfragen stellt. Wenn Hommelhoff aaO. etwa vom europäischen Gesetzgeber ein Auslegungsprogramm im SFE-Statut fordert, daß dessen Auslegung zuerst aus sich und aus seinem Konzept unter Berücksichtigung seiner Erwägungsgründe heraus zu geschehen hat, so ist diese problemspezifische Auslegungsforderung letztlich nichts als die teleologische Forderung der Konkretisierung einer Regelung anhand der ihr zugrundeliegenden Wertungen, wie sie auch hier vertreten wird.

<sup>544</sup> Vgl. nur das oben in diesem Abschnitt zur Auslegung von Richtlinien etc. Gesagte.

<sup>545</sup> Vgl. Will, *Quellen erhöhter Gefahr* (1980), S. 328, vgl. dazu oben im ersten Teil unter A.II.2.

<sup>546</sup> Auch die durchaus konzernrelevante, vgl. näher beispielsweise *Forum Europaeum Konzernrecht*, *Konzernrecht in Europa* (ZGR 1998), S. 672, 753ff., neuere Regelung des sec. 214 des englischen *Company Acts* enthält einen "offenen Tatbestand" welcher keine Definition des "objektiven Tatbestandes" (Das *wrongful trading*, besagt in etwa, daß Geschäftsführer den Gesellschaftsgläubigern dafür einstehen, falls die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger sich nach Kriseneintritt verschlechtern. ). In dieser Regelung wurde vom Gesetzgeber bewußte den Gerichten die inhaltliche Ausgestaltung des objektiven Tatbestandes überlassen; die Regelung enthält jedoch eine Reihe von subjektiven Tatbestandsmerkmalen und Regeln zur Beweislastumkehr; vgl. hierzu entsprechend das unten im dritten Teil unter E.I. bis III. Gesagte.

<sup>547</sup> Ebenso bereits Müller-Freienfels, *Durchgriff*, S. 542. Insofern spricht die Hinwendung zu tatbestandsarmen Normen für die eingangs dargelegte, von Will, aaO., postulierte Tendenz zu tatbestandsärmeren Normen auf dem Haftungsgebiet; vgl. dazu oben in diesem Abschnitt unter F.I.



Bemerkenswert ist dabei, daß in einem formal funktionsfähigen Rechtssystem mit dem § 307 BGB (früher § 9 AGBG) die Sicherung eines angemessenen materiellen Ausgleiches unter den Beteiligten unter Rückgriff auf eine Generalklausel gestaltet wurde. Ebenso wie dort könnte die Sicherung eines angemessenen Ausgleichs<sup>548</sup> für Kapitalgesellschaften im verbundenen Unternehmen gestaltet werden.

Die rechts- und zeitgeschichtliche Betrachtung zeigt, daß die gesellschaftliche Entwicklung neue Regelungen erforderlich macht. So war die Schaffung des dritten Buches des AktG ein Versuch, der wirtschaftlichen Entwicklung gerecht zu werden. Die Weiterentwicklung von einem ehemaligen Teil des Handelsrechts über das Gesellschaftsrecht zu einem werdenden Unternehmensrecht wurde vom Gesetzgeber versucht. Dieser Regelung wurde ein tatbestandsreicher rechtlicher Rahmen gegeben. Auf diese Regelung wird im dritten Teil der Arbeit eingegangen werden. Wenn etwa für ein - von vielen für nötig gehaltenes - zukünftiges Konzernorganisations- oder Konzernverfassungsrecht eine *"konsequente Fortentwicklung der aktienrechtlichen Machtbalance bis in den Konzern hinein"* diskutiert worden ist,<sup>549</sup> so wird hiermit ein allgemeiner Gedanke für Regelungserwägungen im Recht der verbundenen Unternehmen ausgedrückt: Die Einbindung einer Kapitalgesellschaft in ein polykorporatives Gebilde - etwa einen "Konzern" - bewirkt, daß das gesamte, auf die autonome Kapitalgesellschaft zugeschnittene Kräfte-, Interessen- und Machtgefüge sich nicht frei, d.h. im autonomen Abgleich der im Gesetz berücksichtigten Faktoren, ausbalancieren kann. Deshalb ist das auf die autonome Gesellschaft zugeschnittene Gesetz so fortzuentwickeln, daß diese Störung der Interessenbalance nicht so weit geht, daß vom Gesetz geschützte Interessen - wie etwa die Gläubigerinteressen - verletzt werden - sondern angemessen und effektiv geschützt werden. Das Recht der verbundenen Unternehmen ist dann auch weithin auf dem Weg zu einem höchst flexibel handhabbaren Organisations- und Handlungsrecht für die Wirtschaft und ihre Unternehmen.<sup>550</sup> Eine Generalklausel ermöglicht dabei weit stärker als eine detaillierte Kodifikation die Selbsterneuerung des Rechts - ruft doch die Kodifikationsidee als solche zu ständiger Prüfung und - wo nötig - solcher Selbsterneuerung des bestehenden Rechts auf.<sup>551</sup> Die Störung des wertungsgemäßen Gleichgewichts könnte aber gerade im Rahmen der bei der Anwendung einer Generalklausel erforderlichen Abwägung geschehen.<sup>552</sup>

---

<sup>548</sup> Vgl. zur Parallelität der Ungleichgewichtslagen bereits Immenga, Bindung durch Treuepflichten (1992), S. 207.

<sup>549</sup> So Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 499.

<sup>550</sup> Vgl. ebenso Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 681.

<sup>551</sup> Vgl. so bereits K. Schmidt, ADHGB, HGB und die Besinnung auf den Kodifikationsgedanken (1997), S. 12.

<sup>552</sup> Vgl. nur das zur Anwendung einer Generalklausel oben im ersten Teil unter D.II.4. und das unten im dritten Teil unter E.I.3.e. zur Interessenabwägung Gesagte.

#### **IV. Ergebnis: Raum für die diskutierte Haftungsgeneralklausel**

In diesem zweiten Teil der vorliegenden Arbeit sind der Regelungsansatz und der rechtlich vorgegebene Rahmen für die Anwendung einer Haftungsgeneralklausel im Recht der verbundenen Unternehmen dargelegt worden. Dabei ist die im ersten Teil dieser Arbeit skizzierte Grundüberlegung ausschlaggebend gewesen, daß die Haftungsfrage letztendlich nicht durch eine abschließende Einzelaufzählung geklärt werden kann, da diese eben nicht anpassungsfähig ist, sondern Normzweck und wertungsgebunden zu regeln ist.

Andererseits ist dargelegt worden, daß das offene System ohne jeden Versuch der eingehenden Systematisierung nicht dem traditionellen Kodifikationsgedanken der Vollregelung entspricht. Gleichzeitig ist aber gezeigt worden, daß Generalklauseln in einem auf Kodifikationen aufbauenden Rechtssystem sowohl ihren Platz finden als auch ihre Berechtigung haben. Insbesondere wurde gezeigt, daß im Wirtschaftsrecht und auch im Kapitalgesellschaftsrecht Generalklauseln ihren Platz haben. Das Wesen einer solchen, das Rechtssystem ergänzenden und geschmeidig haltenden Generalklausel ist dargelegt worden. Dabei ist besonders hervorgehoben worden, daß eine Generalklausel durch vom Gesetzgeber vorgegebene Wertungen konkretisiert werden kann, etwa durch Bindung an die einer Regelung zugrundeliegenden Grundgedanken. In dieser Arbeit wird die Auffassung vertreten, daß jede Lösung der Haftungsfrage vom objektiven Zweck der Norm ausgehen muß, wie dieser sich im Rahmen der Wertungen der Rechtsordnung abzeichnet.

Somit ist nach den ersten beiden Teilen dieser Arbeit die Arbeitshypothese aufzustellen, daß die Haftungsregelung für den Bereich der polykorporativen Unternehmen zumindest durch partielle Generalklauseln ergänzt werden solle,<sup>553</sup> um Recht und Wirklichkeit bzw. Norm und normierten Realitätsausschnitt wieder zusammenzuführen.<sup>554</sup> Die Aufgabe einer Generalklausel im Bereich der beschränkten Haftung von Kapitalgesellschaften im Recht der verbundenen Unternehmen wäre dabei nicht, das bestehende Haftungsprivileg grundsätzlich aufzuheben. Es geht im Gegenteil darum, es durch vorsichtige Anpassung in seiner traditionellen Funktion<sup>555</sup> zu erhalten. Eine Aushöhlung der Haftungsbeschränkung ist dabei nicht zu befürchten, denn eine *funktionelle* Grenze der Verwendung von Generalklauseln kann im Zivilrecht sehr wohl bestimmt werden.<sup>556</sup> Denn ebenso wie die klassische zivilrechtliche "*Generalklausel nur zur Abwehr der ihrem*

<sup>553</sup> Vgl. hierzu auch Deutsch, *Haftungsrecht* (1976), S. 109 m.w.N. sowohl für eine Generalklausel um den dogmatischen Verhärtungen des geltenden Rechts entgegenzutreten als auch gegen die Verwendung von Generalklauseln.

<sup>554</sup> So generell zur Generalklauselfunktion Weber, *Konkretisierung von Generalklauseln* (1992), S. 519. Natürlich müßte eine solche Haftungsregelung dabei dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit genügen.

<sup>555</sup> Vgl. hierzu Kübler, *Kodifikation und Demokratie* (1969), S. 649. Zur Formulierung generalisierender Rechtssätze bereits Hüffer, *100 Jahre BGHZ: Personengesellschaftsrecht* (1987), S. 420 (392).

<sup>556</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in diesem zweiten Teil unter D.I. und IV.

*Geist widersprechenden Vertragselemente berufen ist, nicht aber umgekehrt zum Angriff in das Gebiet der Vertragsfreiheit übergehen darf*“,<sup>557</sup> ebenso darf eine die Haftungsbeschränkung konditionierende Generalklausel im Kapitalgesellschaftsrecht nur zur *"Abwehr der dem Geist der Haftungsbeschränkung widersprechenden Konstellationen"* Anwendung finden. Eine solche Generalklausel darf als Ausnahmeregel<sup>558</sup> dagegen nicht zur allgemeinen Aufhebung der Haftungsbeschränkung führen. Denn ebenso wie die Vertragsfreiheit eine Grundwertung im allgemeinen Zivilrecht ist, ist die Haftungsbeschränkung eine Grundwertung des Kapitalgesellschaftsrechts.<sup>559</sup>

Die hier vorgeschlagene Generalklausel entspricht insofern im weiteren Sinne der - bereits konstatierten - Tendenz zur Bindung privatautonomem Verhaltens.<sup>560</sup> Sie entspricht auch der Aussage, daß die gesellschaftsrechtliche Blickrichtung sich tendenziell von einem eher formalen Schutz zu einem eher materiellen inhaltsbezogenen Schutz entwickelt habe, der den Blick statt auf die formale Gleichheit eher auf die Begründetheit der einzelnen Entscheidungen und die Interessenkonflikte richtet.<sup>561</sup> Diese Tendenz zu einer gewissen Bindung privatautonomem Verhaltens ist ein Beispiel für die Notwendigkeit einer zivilrechtlichen Anpassung auf die technische und soziale Entwicklung unserer Gesellschaft.

Diese Arbeit zeigt eine Möglichkeit für eine solche teilweise Regelung durch eine Generalklausel zur Klärung der Frage der beschränkten Haftung im polykorporativen Unternehmen auf. Es wird eine der Treupflicht<sup>562</sup> entsprechenden Rückbindung an ein Eigeninteresse vorgeschlagen.<sup>563</sup> Gerade an der Entwicklung der Treupflicht zeigt sich nämlich diese allgemeine Tendenz im Gesellschaftsrecht, privatautonome Entscheidungen zur Beachtung von Wertungen zu bestimmen.<sup>564</sup> Gerade das Bestehen der

<sup>557</sup> So Hedemann, *Generalklauseln* (1933), S. 56. Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter B.III.2 zur Bindung des Normzwecks an die Gesamtrechtsordnung Gesagte.

<sup>558</sup> Vgl. hierzu ausführlich unten im dritten Teil unter D.II.1.

<sup>559</sup> Vgl. grundlegend bereits Mestmäcker, *Systematik* (1967), S. 150, der in Anlehnung an Kronstein meint, daß bei einer Berücksichtigung der Hierarchie der Werte die Erfordernisse der Rechtssicherheit nicht ein Grundprinzip der vom Gesetz erstrebten Konzernverfassung zu verdrängen vermögen; vgl. auch oben in diesem Teil unter B.I. und II.

<sup>560</sup> Vgl. hierzu bereits Immenga, *Bindung durch Treuepflichten* (1992), S. 202. Ebenso wie die Vertragsfreiheit als Grundwertung für den Bereich des AGBG einer Generalklausel unterworfen worden ist, könnte eine haftungsrechtliche Generalklausel die Grundwertung der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung im Recht der verbundenen Unternehmen ergänzen.

<sup>561</sup> Vgl. in diese Richtung auch Werlauff, *EC Company Law* (1993), S. 36.

<sup>562</sup> In Deutschland ist bereits eine Norm vorgeschlagen worden, die den Beteiligten und der Judikatur die Richtung vorgibt, die es aber der Rechtsprechung überläßt, die benötigten Einzelrechtssätze durch Konkretisierung selbst zu entwickeln. So für eine Generalklausel Hüffer, *Treupflicht als Generalklausel* (1990), S. 69. Auch Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (1980), S. 440 meint, als wirksame und umfassende Kontrollinstrumente können nur Generalklauseln, insbesondere die Loyalitätspflicht dienen. Eben dieser Gedanke wird in dieser Arbeit für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen aufgegriffen, ausführlich hierzu im dritten Teil unter E.

<sup>563</sup> Dies sei hier nur vorweggenommen um den materiellrechtlichen Ansatz der hier vorgeschlagenen Generalklausel anzudeuten, vgl. näher die Darstellung im dritten Teil unter E.

<sup>564</sup> Vgl. bereits Immenga, *Bindung durch Treuepflichten* (1992), S. 190 m.w.N., der Betrachtungen von Wiedemann aufgreifend zutreffend meint, ein Zusammenhang mit der Einführung von

Autonomie bewirkt eine Formulierung und Durchsetzung der Gesellschaftsinteressen,<sup>565</sup> und eben dort, wo das Rechtssystem formal funktionsfähig erscheint, der inhaltliche Interessenausgleich in bestimmten Fallgruppen jedoch ausbleibt, bedarf es einer Inhaltskontrolle privatautonomem Verhalten.<sup>566</sup> Die vorgeschlagene Generalklausel kann so als Korrelat zu den zunehmenden Gestaltungsmöglichkeiten bei der Entfaltung wirtschaftlicher Aktivität, wie etwa der Unternehmensorganisation, angesehen werden.

#### **V. Ausblick auf den weiteren Gang der Arbeit**

Nachdem in diesem zweiten Teil der Arbeit die wertungsgebundene Generalklausel als möglicher Regelungsansatz für die hier behandelte Haftungsfrage dargestellt werden konnte, werden im dritten Teil das geltende Recht der Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen unter Betonung der zugrundeliegenden Grundwertungen dargestellt, um diese anschließend im vierten Teil in einem Vorschlag zur Regelung der behandelten Frage unter unmittelbarem Rückgriff auf diese Grundwertungen zusammenzufassen.

---

‘rechtsethischen Maßstäben im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht’ sei unübersehbar und stimme, aaO. S. 202ff., mit der Tendenz zur Bindung privatautonomem Verhalten überein.

<sup>565</sup> Hier wird die allgemeine Betrachtung von Immenga, Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten (1992), S. 206 zur Privatautonomie auf die Gesellschaftsautonomie bezogen. Näheres hierzu im dritten Teil unter A.V.

<sup>566</sup> Vgl. Immenga, Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten (1992), S. 207. Die schärfere Beachtung der Grenzen privatautonomer Gestaltung begrüßt ebenfalls Hüffer, 100 Jahre BGHZ: Personengesellschaftsrecht (1987), S. 421.

### **Dritter Teil: Verantwortlichkeit für abhängige Kapitalgesellschaften**

Im diesem Teil ist die materiellrechtliche Rechtslage der Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen darzustellen. Einleitend ist darzulegen, worin sich die Rechtfertigung des Haftungsprivilegs im Unternehmensverbund prinzipiell von dem grundsätzlich unbedingten Haftungsprivileg<sup>1</sup> der autonomen und eigenständigen<sup>2</sup> Kapitalgesellschaft unterscheidet. Anschließend werden das geltende Recht für die Verantwortlichkeit abhängiger Aktiengesellschaften und GmbH aufgezeigt und insbesondere die dabei entscheidenden Wertungen herausgearbeitet und untersucht.

Dem Gedanken einer spezifischen Haftung im verbundenen Unternehmen werden dabei allgemeine Haftungsgedanken und die klassischen Grundbedingungen der Aufrechterhaltung des Haftungsprivilegs der Kapitalgesellschaft gegenübergestellt.

#### **A. Spezifische Problematik der polykorporativen Wirtschaftseinheit**

Wird bei einer Haftungsbetrachtung im Recht der verbundenen Unternehmen vom Leitbild der autonomen Gesellschaft ausgegangen, so ist dies eine atomisierte Betrachtung der einzelnen rechtlichen Einheit eines verbundenen Unternehmens: Die Haftungsbetrachtung fokussiert auf die getrennten Haftungsmassen der juristischen Einheiten.<sup>3</sup> Demgegenüber steht eine polykorporative,<sup>4</sup> über die juristischen Einheiten hinausgehende Betrachtung der wirtschaftlichen Einheit.<sup>5</sup> Als polykorporatives Unternehmen wird in dieser Arbeit eine

---

<sup>1</sup> Vgl. zu Durchbrechungen der Haftungsbeschränkung im ersten Teil unter B.IV. und C.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 201ff. Eigenständigkeit kommt danach (Rz. 202) einer Gesellschaft zu, die sich unternehmerisch kraft eigenen Willens im eigenen Interesse selbständig beteiligt - also am Eigeninteresse ausgerichtet ist. Vgl. zu dieser kontroversen und hier vertretenen Auffassung unten in diesem Teil unter A.V.

<sup>3</sup> Vgl. das oben im ersten Teil unter B.III.1. zum Trennungsprinzip Gesagte.

<sup>4</sup> Die polykorporative Wirtschaftseinheit besteht aus einer Vielheit von rechtlichen Zurechnungseinheiten; vgl. näher zur polykorporativen Einheit unten in diesem Teil unter A.V.2.d. Vielsagend insofern eine Formulierung des Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, S. 689: "[...] überall wendet sich die Rechtsordnung (zunächst) an das einzelne Rechtssubjekt, um meist viel zu spät festzustellen, daß ihr in Wirklichkeit ein polykorporativer Verband gegenübersteht"; vgl. zu dem in dieser Arbeit angelegten, Blickwinkel, unten in diesem Teil unter B.I.

<sup>5</sup> Auf die oft als Einheitstheorie bezeichnete Auffassung des verbundenen Unternehmens, die sich mit der Einheit des Konzernunternehmens beschäftigt wird hier nicht weiter eingegangen. Danach kann der Konzern als eine fraglos anerkannte, wenn auch nicht systematisch geregelte Organisationsform unternehmerischer Tätigkeit angesehen werden. Die klassische Einheitstheorie geht auf Isay und Kronstein zurück, ihre letzte Konsequenz wäre, den Konzern zum eigenen Rechtssubjekt zu machen, eigene Konzernorgane zu schaffen und eine Konzernordnung zwischen den Gliedern des verbundenen Unternehmens festzuschreiben, vgl. hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 15. Von den Anhängern einer Einheitstheorie wird etwa von einer *Korporation sui generis* gesprochen, vgl. für die Lutter-Schule etwa Lutter, Organzuständigkeit (1985), S. 831 und zur Einbettung der Einheitstheorie in die länderübergreifende Diskussion etwa Teubner, Unitas Multiplex (1991), S. 190f. In dieser Arbeit wird auf unternehmensverfassungsrechtliche Fragen nicht eingegangen werden; hier wird die Haftungsfrage für die einzelne Gesellschaft gestellt. Zur Bedeutung des Gedankenansatzes sei auch auf Wiedemann, aaO., S. 78 mit u.a. einer Aussage des englischen Richters Lord Denning hingewiesen, wonach "there is an evidence of a general tendency

wirtschaftlich-funktionale Unternehmenseinheit gemeint, die aus mehreren oder vielen, mindestens zwei, rechtlich selbständigen Gliedern zusammengesetzt ist.<sup>6</sup> Im folgenden soll dargelegt werden, wo die Unterschiede einer atomisierten und einer auf die wirtschaftliche Einheit<sup>7</sup> fokussierenden Betrachtungsweise liegen. Entscheidend sind dabei das Auseinanderfallen von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit und die sich daraus ergebenden Gefahren für die Gläubiger. Eine spezifische Haftung im verbundenen Unternehmen wäre die konsequente Weiterentwicklung der Rechtsordnung aufgrund der Aufspaltung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit,<sup>8</sup> damit auch bei der Haftung im verbundenen Unternehmen die 'Spielregeln'<sup>9</sup> beachtet werden. Denn erst das Einhalten dieser Spielregeln bildet die Voraussetzung<sup>10</sup> für die Gewährung des Privilegs der beschränkten Haftung.<sup>11</sup>

### **I. Problemdarlegung**

Die Zahl und der Anteil der in einem Unternehmensverbund einbezogenen Kapitalgesellschaften ist unbekannt,<sup>12</sup> gleichwohl ist davon auszugehen, daß mindestens jede zweite Kapitalgesellschaft Teil eines Unternehmensverbundes ist. Dies kann auf unterschiedlichste Weise der Fall sein, beispielsweise durch Ausgründung, im Zuge einer Betriebsaufspaltung oder am vielleicht problematischsten dadurch, daß eine ursprünglich autonome Kapitalgesellschaft nachträglich in Abhängigkeit zu einem Anteilsinhaber mit Unternehmensqualität<sup>13</sup> gelangt.<sup>14</sup>

---

*to ignore the separate legal entities of various companies within a group, and look instead to the economic entity of the whole group". (Lord Denning in Food Distributors Ltd. vs. Tower Hamlets (1976), 1. W.L.R. 852.)*

<sup>6</sup> Diese Betrachtung stützt sich auf die Betrachtung des Konzernbegriffs bei Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 330. In dieser Arbeit wird statt auf den Konzern diese Betrachtung auf das polykorporative Unternehmen als Funktionseinheit angewendet.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu grundlegend Mestmäcker, Systematik (1967), S. 133, der die beiden unterschiedlichen Methoden und ihr Zusammenspiel in der deutschen Regelung darstellt.

<sup>8</sup> Zur Problematik ebenso Ulmer, Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1584, 1586.

<sup>9</sup> So Lutter, Haftung des herrschenden Unternehmens (1985), S. 1435.

<sup>10</sup> Bereits vor dem AktG 1965 warnte C. E. Fischer, Reform des Aktiengesetzes (1955), S. 203 ähnlich - allerdings bezogen auf die Grundtypenvermischung unterschiedlicher Gesellschaftsformen, als welche eine Unternehmensgruppe möglicherweise jedoch auch zu verstehen wäre - davor, die Bindung des von der Rechtsordnung gewährten Privilegs der Haftungsbeschränkung an die für den Bestand der Rechts- und Wirtschaftsordnung unerläßlichen Voraussetzungen aufzugeben.

<sup>11</sup> Diese Betrachtung, die oben im ersten Teil unter B. dargelegt wurde, muß auch und gerade für die abhängige Kapitalgesellschaft angestellt werden.

<sup>12</sup> Vgl. ähnlich Lutter/Hommelhoff, GmbHG (14. Aufl., 1995), Anh § 13 Rn. 1.

<sup>13</sup> Zur Unternehmensqualität gleich unten in diesem Teil unter C.II.1.

<sup>14</sup> Vgl. zu den vielfältigen rechtstatsächlichen Ausgangslagen nur Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000) Anh. GmbH-KonzernR Rn. 1.

Ein Grund für die Verbindung von Unternehmen ist das unternehmerische Bestreben, durch die selbständigen Einheiten ein Höchstmaß an flexibler Standfestigkeit im Wirtschaftsleben zu erreichen. Risikotrennung durch Diversifikation und Aufteilung von Leitung und Aktivitäten in mehrere selbständige Einheiten bringen die Möglichkeit, unternehmerische Risiken zu verlagern und begrenzen.<sup>15</sup> Denn die unternehmerischen Risiken aus dem Bereich der abhängigen Gesellschaften bleiben auf diese und ihr Vermögen begrenzt.<sup>16</sup>

Der bereits für die Haftungsbeschränkung der autonomen Kapitalgesellschaft zentralen Abwägung zwischen dem Interesse der Gesellschafter an einer Risikobegrenzung einerseits und dem Interesse der Gläubiger andererseits kommt somit im Recht der verbundenen Unternehmen noch größere Aufmerksamkeit zu. Dabei ist eingangs zu pointieren, daß das geltende Recht die Freiheit der Konzerneinbindung von Kapitalgesellschaften gewährt. Diese Konzernierungsfreiheit ist eine gesteigerte Form der Beteiligungsfreiheit. Sie erlaubt es jedem Rechtssubjekt, mit anderen Gesellschaften einen durch gesellschaftsrechtliche Beteiligung fundierten Gleichordnungs- oder Unterordnungskonzern zu bilden.<sup>17</sup> Nur: diese Instrumentalisierung der - auch als Einpersonengesellschaft zulässigen - Kapitalgesellschaft zum Zweck der Verkleinerung eines gesamtunternehmerischen Risikos hat bei abhängigen Kapitalgesellschaften für Gläubiger Gefahren anwachsen lassen, wie sie bei der autonomen Kapitalgesellschaft qualitativ nicht vorliegen.<sup>18</sup>

Dementsprechend ist die Risikosegmentierung durch Verwendung von Kapitalgesellschaften als Teil des verbundenen Unternehmens möglich und erlaubt,<sup>19</sup> solange - und dies ist

---

<sup>15</sup> Vgl. zu Haftungssegmentierung und 'Schottbruch' im verbundenen Unternehmen etwa Hommelhoff, *Recht der Konzernhaftung* (1994), S. 408.

<sup>16</sup> Vgl. so für das faktische Konzernverhältnis und allgemein zur Risikotrennung Hommelhoff, *Konzernleitungspflicht* (1982), S. 365.

<sup>17</sup> Vgl. statt aller etwa Hommelhoff/Schmidt-Aßmann, *Die Deutsche Bahn AG als Wirtschaftsunternehmen* (1996), S. 541, die an einem Beispiel die Wahlfreiheit zwischen faktischem-, Vertrags- und Eingliederungskonzern sowie die Beteiligungsstruktur illustrieren; ursprünglich wurde der Gedanke der Konzernierungsfreiheit von Rittner geäußert, vgl. dens., *Konzernorganisation und Privatautonomie* (1983), 295, 310.

<sup>18</sup> So bereits Hommelhoff, *Konzernpraxis nach "Video"* (1992), S. 313; diesem folgend etwa Stodolkowitz, *Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs* (1992), S. 1526 m.w.N.; vgl. ausführlicher hierzu gleich unten in diesem Teil unter A.III.

<sup>19</sup> Vgl. einleitend hierzu für das deutsche Recht deutlich Lutter, *Haftung in der Unternehmensgruppe* (1982), S. 246f. m.z.w.N., der betont, daß Vermögenstrennung und Risikoverteilung "*nach deutschem Recht weder verboten noch per se mißbräuchlich*" sind, näher hierzu unten in diesem Teil unter A.III. Von Lutter, aao., wird anschließend ausgeführt, daß diese Risikotrennung nicht nur legitim, sondern auch volkswirtschaftlich durchaus zweckmäßig ist. Die zur Verdeutlichung angeführte Metapher, daß diese Risikotrennung - jedenfalls in der Theorie - verhindert, daß sich der Brand eines Hauses zum Flächenbrand einer ganzen Stadt entwickelt, ist in seiner Sichtweise auf das verbundene Unternehmen als solches begrenzt. Diese Perspektive erscheint jedoch nicht passend, geht es doch bei der Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen nicht um die Verhinderung einer

für den Gang dieser Arbeit zentral - für jede die Haftung segmentierende Kapitalgesellschaft die für diese Haftungsbeschränkung notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>20</sup>

Die bestehende Marktwirtschaft braucht die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung; denn die bestehende Wirtschafts- und Sozialordnung braucht nach allgemeiner Auffassung eine Rechtsform, in welcher das Risiko auf den Verlust den eingesetzten Kapitals beschränkt werden kann.<sup>21</sup> Die einzelnen Einheiten bzw. Gesellschaften sind in der Praxis zu verschiedenen Zwecken und auf unterschiedlichste Art und Weise miteinander verbunden. Es stellt sich die Frage: *Sind Kapitalgesellschaften, die Teile eines solchen Verbunds werden, von der Rechtsordnung ebenso zu behandeln wie unabhängige Kapitalgesellschaften?* Und auf die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung zugespitzt: *Ist die Haftungsfrage einer in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Kapitalgesellschaft nicht bereits aufgrund dieser Einbindung anders zu beurteilen als die Haftungsfrage für eine selbständige Kapitalgesellschaft?*

Während die meisten anderen Rechtsordnungen die abhängige Kapitalgesellschaft gesellschaftsrechtlich nicht anders einstufen als autonome Gesellschaften,<sup>22</sup> verändert nach dem dem dritten Buch des Aktiengesetzes zugrundeliegenden Erwägungen bereits die Einbindung in ein polykorporatives Unternehmen das Wesen und die Funktion einer

---

Risikoverlustrealisierung sondern um die Verteilung eines eingetretenen Verlustrisikos: der Brand greift bei einer Risikosegmentierung zwar nicht auf das 'Konzerngebäude' über, den 'Brandschaden', nämlich den eingetretenen Verlust, müssen jedoch andere tragen; vgl. hierzu das zur distributiven Funktion der Haftung im ersten Teil unter A. III Gesagte, vgl. auch die dort unter D. zur Problemillustration angeführten Metapher.

<sup>20</sup> So ist nach hier vertretener Auffassung eine Divisionalisierung im Konzern, z.B. eine Gründung von Vertriebs- oder Forschungsgesellschaften, auch wenn sie sich mit der Aufspaltung von Geschäftsrisiken im Konzern zum Nachteil der Gläubiger auswirkt, sanktionslos möglich, wenn dabei angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaften genommen wird. (Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 131f.) Es ist also möglich, die Elemente von Einheit und Vielheit im Konzern zu vereinen und so die Vorteile der rechtlichen Selbständigkeit verbundener Gesellschaften, wie etwa die Risiko- und damit Haftungssegmentierung, zu erreichen. Die Voraussetzung hierfür ist jedoch die Einhaltung einer unausweichlichen Eigenverantwortung der einzelnen Gesellschaft. (Vgl. so zu einem organisationsrechtlichen Trennungsgebot K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 443f.) Diese Aussage wird unten in diesem Teil unter E.I. als zentraler Aspekt der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen aufgegriffen.

<sup>21</sup> So für die Original-GmbH bereits Knobbe-Keuk, Das Erdbeben "Video" (1992), S. 1464.

<sup>22</sup> So beschränken sich beispielsweise in England und Frankreich die Haftungsfälle zumeist auf den Bereich der Krisenbewältigung, d.h. nur im Rahmen eines über eine Tochtergesellschaft eröffneten Insolvenzverfahrens kann dort die Muttergesellschaft in Anspruch genommen werden. In diesen Rechtssystemen besteht das Instrumentarium, um eine Haftung der herrschenden Gesellschaft zu begründen, im wesentlichen aus allgemeinen Rechtsfiguren des Gesellschaftsrecht sowie zudem einigen konkursrechtlichen Spezialregelungen. Besondere "gruppenspezifische" Haftungsprinzipien spielen dagegen in beiden Ländern keine Rolle; vgl. darstellend hierzu statt aller Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), passim und zusammenfassend S. 163. Daß gleichwohl Inspiration aus diesen Rechtsgebieten zu holen ist, zeigt etwa Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 705ff; 752ff.



Kapitalgesellschaft.<sup>23</sup> Die einzelne, zu einer autonomen Willensbildung fähige selbständige Gesellschaft<sup>24</sup> wird dienendes Glied in einem größeren Gebilde.<sup>25</sup> Sie verändert "*faktisch aber unabdingbar*" sowohl ihre Struktur und ihren Status, ja ihren Charakter<sup>26</sup>, denn die Verlagerung des Entscheidungszentrums aus der Gesellschaft heraus geht mit einer entsprechenden Modifikation der Interessenausrichtung einher.<sup>27</sup>

Bildlich ist dies so ausgedrückt worden, daß in der abhängigen Gesellschaft das "*Kräftepiel zwischen den Organen der Gesellschaft aus den Angeln gehoben*" ist.<sup>28</sup> Materiell heißt dies, daß durch die Einbindung in einen Unternehmensverbund die Fähigkeit der abhängigen Gesellschaft, nach einem eigenen Wirtschaftsplan zu handeln, beseitigt wird.<sup>29</sup> Genau hierin liegt nach dem der deutschen Regelung<sup>30</sup> zugrundeliegendem Ansatz das besondere Gefahrenmoment der Einbindung, denn dies erhöht die Risiken der in das polykorporative Unternehmen eingebundenen Gesellschaft und gefährdet die an

---

<sup>23</sup> So für die Konzerneinbindung einer Kapitalgesellschaft etwa Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 345 m.w.N.; die Problematik in entstehungsgeschichtlicher Perspektive darstellend etwa Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 8ff.

<sup>24</sup> Vgl. zur Bedeutung der traditionellen Auffassung von der Kapitalgesellschaft als einer autonomen Wirkungseinheit mit eigener Willensbildung und Selbstverwaltung für eine funktionelle, gesellschaftsrechtliche Betrachtung etwa Tschäni, Funktionswandel im Gesellschaftsrecht (1978), S. 69.

<sup>25</sup> Es sei hier an die bereits in DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 37 zu findende Einschätzung erinnert, daß die Eigenständigkeit einer Gesellschaft durch die Betätigung eines eigenen Willens und die Verfolgung eines eigenen Interesses gekennzeichnet ist. Eben dadurch, daß die ständig ablaufende eigene Willensbildung in der abhängigen Gesellschaft fehlt, ist es nötig die abhängige Gesellschaften zu schützen; vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter A.V. und ausführlich unter E.I.

<sup>26</sup> So in Anschluß an Mestmäcker Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 348 und 334.

<sup>27</sup> Hierzu etwa Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 125.

<sup>28</sup> Vgl. so die Erwägungen in der BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 373. Es sei jedoch betont, daß auch in einer abhängigen Gesellschaft auch andere, das Gleichgewicht aushebelnde Kräfte anzutreffen sind: Wenn beispielsweise an einer faktisch konzernierten Aktiengesellschaft, die der paritätischen Mitbestimmung unterliegt, ein herrschendes Unternehmen lediglich neben einer Sperrminorität mit einer de facto Mehrheit beteiligt ist, so sind in dieser abhängigen Gesellschaft *Gegenkräfte implantiert*, die das herrschende Unternehmen davon abhalten, seine Unternehmen ohne Rücksicht auf die Tochtereigeninteressen durchzusetzen; dies Bild implantierter Gegenkräfte benutzt etwa Hommelhoff, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern (1996), S. 153.

<sup>29</sup> Vgl. Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 303. AaO., S. 232 findet sich auch die ähnliche, in concreto auf einen Vertrag bezogene Betrachtung, daß bei Beherrschung der Vertrag die ihm "*eigene Kraft zum Interessenausgleich*" verliert; die Kritik hieran, etwa bei Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 169 berücksichtigt nicht die im Abhängigkeitsverhältnis *gesteigerte* Gefährdung.

<sup>30</sup> Auch in Deutschland werden gerade bei rechtsvergleichenden Untersuchungen Vorbehalte gegen den Ansatz der "*konzerntypischen Gefährdungslage*" angemeldet, vgl. illustrativ bei einem Vergleich mit dem französischen Recht etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 2f. und passim, der anstelle dieses Gefahrenpotentials das Problem der Fremdsteuerung als ein allgemeines Strukturproblem der juristischen Person als Ansatz seiner Arbeit wählt.

diese anknüpfenden und in dieser zusammenlaufenden Interessen.<sup>31</sup> Es gibt heute kaum noch wirtschaftlich entwickelte Länder, in dem die verbundsspezifischen Gefahren, für u.a. Gläubiger nicht gesehen oder bagatellisiert werden.<sup>32</sup>

Diese Besonderheit der Einbindung der einzelnen Kapitalgesellschaft in ein polykorporatives Unternehmen nötigt zu der Frage: *Ist die Interessenverfolgung<sup>33</sup> in der in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Kapitalgesellschaft eine andere als in der selbständigen Kapitalgesellschaft?* Diese Fragestellung stellt die gesamte gesetzliche Konzeption auf den Prüfstand. Sie impliziert, daß in Frage gestellt ist, ob die im herkömmlichen Kapitalgesellschaftsrecht anzutreffende Konzeption von der Einzelgesellschaft als rechtlich geschütztem Interessenzentrum aufrechtzuerhalten ist. Diese Frage kann dahingehend umformuliert werden, daß der Gesetzgeber sich zwischen zwei Konzeptionsmöglichkeiten zu entscheiden hat: (1) ob auch für das Recht der verbundenen Unternehmen von der Einzelgesellschaft als rechtlich geschütztem Interessenzentrum auszugehen ist, oder (2) ob aufgrund einer qualitativ anders gelagerten Interessenverfolgung in der in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Gesellschaft eine Konzeption zu wählen ist, die nicht von der Einzelgesellschaft als Interessenzentrum ausgeht. Im letzteren Fall stellt sich die Frage nach der Ausgestaltung eines solchen Rechts der verbundenen Unternehmen, der abhängigen Kapitalgesellschaft bzw. eines Gruppen- oder Konzernrechts.<sup>34</sup>

Zur Beantwortung der im Recht der verbundenen Unternehmen entstehenden Fragen ist es nötig, das spezifische Element, das darin liegt, daß eine Kapitalgesellschaft in ein polykorporatives Unternehmen eingebunden wird, zu betrachten. Bei der Betrachtung der gesetzlichen Haftungskonzeption ist dabei besonders darauf zu achten, daß dem Motiv der

---

<sup>31</sup> So für die einfache Konzernführung bereits Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 352. Es sei daran erinnert, daß - während etwa die Interessenjurisprudenz eine Regelung als Kraftdiagonale miteinander ringender Interessen auffaßt (vgl. oben im zweiten Teil unter A.I.1.b.) - diese Arbeit nicht versucht, die abzugleichenden Interessen in den Mittelpunkt der anzustellenden Betrachtung zu stellen. Hier soll stattdessen versucht werden, diejenigen gesetzgeberischen Wertungen herauszuarbeiten, deren Wahrung nach dem gesetzgeberischen Ansatz eine Realisierung des immanenten Gefahrenpotentials verhindern. Diese Wertungen werden anschließend in den Mittelpunkt der anzustellenden regelungstechnischen Überlegungen gestellt; vgl. hierzu unten in diesem Teil unter E.

<sup>32</sup> Vgl. nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 680 m.w.N., wo zutreffend darauf hingewiesen wird, daß jedoch fundamentale Regelungsunterschiede bestehen. Eben aufgrund dieser Regelungsunterschiede wird in der vorliegenden Arbeit auf die der deutschen Regelung zugrundeliegenden Wertungen fokussiert und aufgebaut, dem Ansatz folgend, daß über Wertungen leichter ein Konsens erreicht werden wird als über Regelungsmodelle; vgl. hierzu das oben im zweiten Teil unter F.II. Gesagte.

<sup>33</sup> Vgl. zur Bedeutung des Interessenaspekts etwa die Ausführungen zum Interessenumbruch bei Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 406ff. und insgesamt gleich unten unter V.

<sup>34</sup> Vgl. zu diesem Unterschied und insbesondere seiner Bedeutung bei Haftungsfragen beispielsweise Albers-Schönberg, Haftungsverhältnisse im Konzern (1980), zusammenfassend etwa S. 202, der eben keinen Vorschlag eines Konzernrechts macht, sondern eine Teilrevision des Aktienrechts ohne Erlaß eines eigenen, konzernrechtlichen Normenkomplexes vertritt.

Haftungsabschottung im Unternehmensverbund der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes diametral gegenübersteht. Entsprechend komplementär ist das - legitime - Interesse, das verbundene Unternehmen als wirtschaftliche Einheit zu führen.<sup>35</sup> Dies Interesse besteht darin, ohne Reibungsverluste eine Koordination der einzelnen Gesellschaften untereinander vorzunehmen. Es konfligiert mit dem ebenfalls legitimen Interessen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern, die mit Recht verlangen können, daß auf sie angemessene Rücksicht genommen wird.<sup>36</sup>

Zwischen solch unterschiedlichen Interessen gibt es keine sachimmanente Lösung. Aufgrund des latenten Zielkonfliktes ist die phänomenimmanente Interessendivergenz denn auch als gordischer Knoten<sup>37</sup> bezeichnet worden. Dieser ist nicht ein für allemal zu lösen. Eine solche Lösung kann denn auch nicht das Ziel dieser Arbeit sein; hier geht es darum, diejenigen Wertungen aufzuzeigen, die bei der jeweiligen Lösung dieses ständigen potentiellen Interessenkonfliktes anzulegen sind. Bei der Festlegung der die besondere Haftung erfordernden Gefährdungslage ist an das Vorliegen gesellschaftsfremder<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Außer dem wirtschaftlichen Interesse, das ein verbundenes Unternehmen daran hat, seine wirtschaftlichen Operationen größtmöglich zu harmonisieren, gibt es aber - was in der rein gesellschaftsrechtlichen Diskussion gelegentlich übersehen wird - in der rechtlichen Regelung Vorteile für Unternehmen, die als wirtschaftliche Einheit geführt werden. Beispielsweise sei auf das sogenannte "Konzernprivileg" hingewiesen, welches aus kartellrechtlicher Sicht das Auftreten eines verbundenen Unternehmens als wirtschaftliche Einheit juristisch motiviert; vgl. statt aller die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes etwa Slg. 1972, 619, 665 bei Rn. 132ff. (ICI/Kommission); Slg. 1972, 787, 838 bei Rn. 44 (Geigy/Kommission); Slg. 1974, 1147, 1168 bei Rn. 41 (Centralfarm/Sterling Drug); Slg. 1988, 2479, 2513 bei Rn. 19 (Bodson); sowie jüngst im Anschluß an Slg. 1994, II-531 (Herlitz/Kommission) das EuGH-Urteil vom 24. Oktober 1996, Rs. C 73/95 P, Slg. 1996, I-5482 (Viho/Parker Pen) und hierzu etwa Fleischer, Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot (1997), S. 491, 492, für den etwa der Vertragskonzern, vgl. näher hierzu unten im dritten Teil unter C.III., die kartellrechtlichen Anforderungen an die wirtschaftliche Einheit erfülle, aaO. S. 498ff. m.w.N.; dem ist zumindest für den Fall erteilter Weisungen wohl zuzustimmen, vgl. näher hierzu Immenga in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz (2. Aufl. 1992) § 1 GWB Rn. 204ff.

<sup>36</sup> Dieser allgemeine Interessenkonflikten wird spitzt sich bei der abhängigen Kapitalgesellschaft zu. Daß unterschiedliche Interessen bestehen, heißt dabei nicht, daß allen Interessen immer gleichviel Gewicht zugesprochen wird: so ist es z.B. zulässig, daß sich ein von der Konzernleitung vertretenes unternehmerisches Interesse gegenüber einer Anlageinteresse eines Kleinaktionärs durchsetzt, vgl. etwa BVerfGE 14, 263, 270 (Feldmühle) und hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 11. Gerade der Umstand, daß die Interessenbewertung nicht immer gleich ist und deshalb nicht strengen Regeln folgt, ist der Grund für den hier vertretenen regelungstechnischen Ansatz; vgl. zur Interessenabwägung unten in diesem Teil unter A.V. und E.I.e.

<sup>37</sup> Vgl. Druey auf dem DJT 1992, Sitzungsbericht S. R 174. Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 200 spricht ähnlich von den sich gegenseitig bedingenden *'gegenläufigen Elementen'* der freiheitssichernden Prinzipien der Haftungstrennung und dem Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriffshaftung andererseits, vgl. zum letzteren die Ausführungen oben im ersten Teil unter B.IV. und C. diesem Teil unter B. Eben dies Fehlen einer solchen sachimmanenten Lösung, das Vorliegen eines gordischen Knotens, das Abwägen von sich gegenüberstehenden unterschiedlichen Wertungen entspricht der zu der Abwägungsproblematik bei Generalklauseln, vgl. die oben im zweiten Teil unter D.II.4. skizzierten Problematik: es geht - um das Lutter'sche Bild wieder aufzugreifen - darum, den Kuchen entweder zu haben oder zu essen.

<sup>38</sup> Der Begriff des Gesellschaftsfremden ist näher dargelegt von Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 51a Rn. 24. Die Gefahr liegt darin, daß die eigenen Belange als

Interessen anzuknüpfen. Fremdinteressen sind dabei die nicht auf die einzelne Gesellschaft bezogenen Überlegungen<sup>39</sup> bestimmter Interessenträger.<sup>40</sup> Eben diese außergesellschaftlichen Interessenbindung<sup>41</sup> bildet das besondere Gefährdungspotential im verbundenen Unternehmen.

In dieser Arbeit geht es um die durch diese spezifische Gefährdung ausgelöste Haftung und ihre Voraussetzungen.<sup>42</sup> Haftungskonstellationen, die völlig unberührt davon sind, ob das haftungsbegründende Moment sich auf den Problembereich der verbundenen Unternehmen bezieht, werden nicht behandelt.<sup>43</sup>

## **II. Polykorporatives Unternehmen und autonome Gesellschaft**

---

gesellschaftsfremde Interessen in der Gesellschaft besonders berücksichtigt werden, während bei der Wahrnehmung fremder Interessen grundsätzlich die Zurückstellung eigener Belange eine typische Pflicht sein sollte, vgl. allgemein zu dieser Pflicht als Kennzeichen eines Treuhandverhältnisses oder anderer Formen der Geschäftsbesorgung etwa Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 93 m.w.N. Hier grenzt der Problembereich an die gesellschaftsrechtliche Problematik der verdeckten Gewinnausschüttungen an, und es sei denn auch angemerkt, daß Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 440 die verdeckte Vermögensverlagerung als Keimzelle (aaO. S. 439) des Konzernrechts ansieht.

<sup>39</sup> Diese könnte man schlagwortartig als 'konzerninduzierte Maßnahmen' bezeichnen, so etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 16.

<sup>40</sup> Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 4ff. knüpft in seiner Arbeit eben an dieses Strukturproblem der juristischen Person an: der von ihm als Fremdsteuerung bezeichnete Ansatz beinhaltet eben, daß sich die die Leitungsmacht ausübenden Organmitglieder in pflichtwidriger Weise an - aus der Sicht der Gesellschaft: - Fremdinteressen orientieren. Reimers - aus dem französischen Recht stammenden - Ansatz ist darin zu folgen, daß in der Tat die Sachwalterschaft der Interessen der juristischen Person nicht durch fremdinteressenfreie Interessenwahrer wahrgenommen wird, wie dies die Gesetzeskonzeption vorsieht. Dies ist gerade das Strukturproblem. Nur: eben dieses Strukturproblem hat der deutsche Gesetzgeber in seiner konkreten Form - der Beeinflussung der Kapitalgesellschaft - zu regeln versucht. Falls aber eine gesetzliche Regelung versucht werden soll, so hat dies spezifisch zu geschehen. Es bleibt nur die - in der hier vorliegenden Arbeit gestellte - Frage, wie dieser Regelungsansatz ausgeformt werden sollte.

<sup>41</sup> Vgl. etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 11 m.w.N.

<sup>42</sup> Es sei pointiert, daß auch in Deutschland die Ansicht vertreten wird, daß es ein besonderes Bedürfnis für einen spezifischen Gläubigerschutz im Recht der verbundenen Unternehmen gar nicht gibt. Dabei wird statt eines besonderen Schutzes, etwa der abhängigen GmbH, auf die allgemeinen Gläubigerschutzregeln des GmbH-Rechts verwiesen, vgl. hierzu etwa Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (1988) Schlußanh. I, Rn. 35, anders jedoch ders. GmbHG (17. Aufl, 2000) GmbH-KonzernR Rn.76 und noch stärker ders. GmbHG (16. Aufl, 1996) GmbH-KonzernR Rn.74; darstellend etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 14; gegen diesen Ansatz etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 84. Hierauf ist hier nicht näher einzugehen: Der allgemein gesellschaftsrechtliche Ansatz sollte zwar bei den Haftungsproblemen im Recht der verbundenen Unternehmen nach hier vertretener Auffassung wirklich immer eingangs berücksichtigt werden, dies erscheint richtig, weil das Konzernrecht eben auf dem Gesellschaftsrecht aufbaut, auch K. Schmidt, Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs (1994), S. 190 will vor den Konzernrechtsregeln die allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts angewendet wissen. In dieser rechtsvergleichenden Arbeit interessiert aber insbesondere die besondere Regelung für die verbundenen Unternehmen, und das Bedürfnis für einen spezifischen Schutz dürfte heute denn auch außer Frage stehen; vgl. statt aller jetzt nur Zöllner, aaO.

<sup>43</sup> Patronatserklärungen etc. werden als haftungsbegründende Ursachen also nicht betrachtet, die Abgrenzung folgt damit Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 245f.; vgl. aus der Rechtsprechung nur OLG Karlsruhe (Schotterkleber) DZWIR 93,20 = WM 92, 2088 ).

## **1. Zur Terminologie: Merkmale der Unternehmenseinheit**

Im Kapitalgesellschaftsrecht ist der Konzernbegriff in § 18 AktG festgelegt.<sup>44</sup> Der Begriff "Konzern" wird jedoch in der Rechtswissenschaft nicht einheitlich verwendet, die Benennung wird außer im Gesellschaftsrecht auch anderweitig verwendet, dort jedoch mit anderen Abgrenzungskriterien, so z.B. im Steuer- oder im Arbeitsrecht. Durch die Einführung des Begriffs des Personengesellschafts-Konzerns kommt es überdies zu einer noch breiteren Verwendung des Konzernbegriffes.<sup>45</sup>

Statt des "Konzern" ist der Begriff der verbundenen Unternehmens<sup>46</sup> als Oberbegriff ist zu bevorzugen, weil Rechtsfolgen nicht unbedingt an den Konzernatbestand anknüpfen, so z.B. in faktischen Konzernverhältnissen in Deutschland.<sup>47</sup> Die Rechtsfigur des Konzerns ist somit nur ein Teil des Rechts der verbundenen Unternehmen,<sup>48</sup> der Konzernbegriff ist somit enger als der Bereich der verbundenen Unternehmen: Der Begriff des Konzerns wird im Aktiengesetz als eine besondere Art der verbundenen Unternehmen definiert<sup>49</sup>, ganz allgemein sind die Konzerne damit als Unterfall der verbundenen Unternehmen anzusehen.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> Die Haftung knüpft jedoch weitestgehend nicht an den Konzern, sondern an die Abhängigkeit an; vgl. hierzu die Darstellung unten in diesem Teil unter C.II.4.

<sup>45</sup> Dies insbesondere, weil im Ausland mit dem Begriff "Konzern" weitgehend eine sehr rigide Größe verbunden wird, während außerhalb Deutschlands mit Begriffen wie Gruppe etc. weitgehend keine präzise Begrifflichkeit, sondern nur eine offene und begrifflich gerade nicht festgelegte Umschreibung eines allgemein bekannten Sachverhaltes gemeint ist; vgl. hierzu nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 691.

<sup>46</sup> Noch präziser erscheint die Bezeichnung polykorporatives Unternehmen, aber da diese Sprachregelung unpraktikabel erscheint, wird diese Bezeichnung hier nur dort verwendet, wo im Kontext die Vielgliedrigkeit des verbundenen Unternehmen hervorzuheben ist; vgl. hierzu die Ausführungen gleich unten.

<sup>47</sup> Vgl. etwa zur Abhängigkeit als dem zentralen Anknüpfungspunkt im deutschen Recht die Ausführungen unten in diesem Teil unter C.II.3.

<sup>48</sup> Vgl. zum Unternehmensbegriff im deutschen Recht die Darstellung unten in diesem Teil unter C.II.1.

<sup>49</sup> Vgl. § 18 AktG und eingehend hierzu die Darstellung unten in diesem Teil unter C.II.4.

<sup>50</sup> So ganz generell etwa Lutter/Overrath, Das portugiesische Konzernrecht (1991), S. 395. Es sei hier angemerkt, daß die - vielen wohl unklare Terminologie - manchmal auch zu eigenartigen Äußerungen führt. Während Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 245 richtig meint, daß die Haftung in der Unternehmensgruppe auch die Fragen des Konzernrechts im engeren Sinne umfaßt, findet sich in der Diskussion zur Frage der Haftungsgrundlage im Recht der verbundenen Unternehmen auch folgender Satz: "*Das Recht der verbundenen Unternehmen (insbes. §§ 311ff. AktG) gilt nach übereinstimmender Meinung als die problematischste Regelung des Konzernrechts i.w.S.*" (Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 98), dessen Bedeutung unklar bleiben muß, da verbundene Unternehmen den Oberbegriff zum Konzern bilden, vgl. statt aller DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 303. Der materielle Gehalt der Aussage interessiert hier nicht, falls damit lediglich ausgedrückt werden sollte, daß die § 311ff. AktG den problematischsten Teil der gesetzlichen Regelung bilden, so ist dem zuzustimmen. Was die Unterscheidung zwischen Konzernrecht und Recht der verbundenen Unternehmen betrifft, so sei jedoch betont, daß in dieser Arbeit kein materieller Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen zugrundegelegt wird. Die zitierte Aussage Brüggemanns zeigt aber deutlich, daß bei einigen Diskussionsteilnehmern Unklarheit über die Terminologie herrscht.

Um Begriffsverwirrungen zu vermeiden, ist es deshalb angebracht, den Ausdruck des polykorporativen oder verbundenen Unternehmens<sup>51</sup> als Oberbegriff dort zu verwenden, wo Mißverständnisse möglich sind.

Die landläufig als 'Tochtergesellschaft' bezeichnete Kapitalgesellschaft wird dabei in dieser Arbeit als abhängige Gesellschaft bezeichnet. Eine solch' abhängige Kapitalgesellschaft steht dabei im Gegensatz zur autonomen Gesellschaft.

## **2. Nur gesellschaftsrechtlich begründete Abhängigkeitsverhältnisse**

*"Die Eingliederung in einen Konzern verändert die Grundlage der beherrschten Gesellschaft entscheidend sowohl im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Entfaltung als auch auf ihren vermögens- und gesellschaftsrechtlichen Status. Ein wesentlicher Ausgangspunkt des Aktienrechts wird damit verlassen, nämlich die freie wirtschaftliche Betätigung des Unternehmen in der Richtung auf einen gemeinsamen Gesellschaftszweck der Aktionäre und die Konkretisierung dieses Zwecks auf Grund eines den Aktionären letzten Endes gemeinsamen Interesses."*<sup>52</sup> Dies Zitat des höchsten deutschen Gerichts verdeutlicht anschaulich die gesetzgeberische Wertung, daß eine selbständige Gesellschaft grundsätzlich anders zu betrachten ist als eine Gesellschaft, die von einem fremden Interesse bestimmt wird. Die dahinterstehende Feststellung ist, daß im verbundenen Unternehmen die Bindung an ein (partikulares) Interesse typischerweise der Bindung an ein anderes (weiteres) weicht.<sup>53</sup>

Praktisch gibt es zwar auch zahlreiche andere Abhängigkeiten mit großer Bedeutung für die abhängige Gesellschaft,<sup>54</sup> in dieser auf die gesellschaftsrechtlichen Probleme abzielenden Arbeit werden diese Probleme aber nicht behandelt.<sup>55</sup> Diese Arbeit beschäftigt sich ausschließlich mit der gesellschaftsrechtlich bedingten Abhängigkeit. Es ist wichtig, diese Abgrenzung gegenüber andersartigen Abhängigkeiten - etwa existentieller Wirtschaftsabhängigkeit<sup>56</sup> oder Abhängigkeit auf schuldvertraglicher oder

---

<sup>51</sup> Vgl. Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht (1988), S. 6.

<sup>52</sup> So das Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 14, 263, 281 (Feldmühle, 1962)

<sup>53</sup> Vgl. hierzu z.B. Rehbinder, Konzernaußenrecht (1969), S. 23

<sup>54</sup> Zur Veranschaulichung sei hingewiesen auf die Arbeiten von Nagel/Riess/Theis, Just-In-Time Konzern (1989), passim; Ulmer, Beherrschung durch Leistungsaustauschbeziehungen? (1978) S. 473ff.

<sup>55</sup> Diese Abgrenzung ist eine Konsequenz dessen, daß der in dieser Arbeit als zentral aufgefaßte Interessenumbruch nur *in* der gesellschaftsrechtlich bedingt abhängigen Gesellschaft auftritt. Diese Abgrenzung entspricht dem Abhängigkeitsbegriff der deutschen Regelung vgl. hierzu BGHZ 90, 381, S. 394ff. (BuM, 1984). und zustimmend hierzu etwa Koppstein, Über wirtschaftliche Abhängigkeit (1985), S. 811ff m.w.N.; vgl. auch die Ausführungen unten in diesem Teil unter C.II.3.

<sup>56</sup> Vgl. etwa Martens, Die existentielle Wirtschaftsabhängigkeit (1979), passim.

tatsächlicher Grundlage<sup>57</sup> - vorzunehmen. Denn: Das besondere bei der gesellschaftsrechtlich bedingten Abhängigkeit ist, daß sie sich *in* der abhängigen Gesellschaft auswirkt: es kommt zu Brüchen und Verwerfungen im normalen Organisationsgefüge der Kapitalgesellschaft.<sup>58</sup> Denn dadurch, daß ein unternehmerisches Fremdinteresse *in* der abhängigen Gesellschaft durchgesetzt werden kann, kommt es nicht zur freien Willensbildung *in* dieser. Erst diese freie Willensbildung führt jedoch zur allen Interessen gerechtwerdenden Ausrichtung der Kapitalgesellschaft, und es kommt idealtypisch zu dem von Fremdinteressen freien und mit der Gesetzeskonzeption konformen Interessenausgleichungsprozess *in* der Gesellschaft.<sup>59</sup> Und: gerade das *Zusammentreffen* von stabilen Herrschaftsverhältnissen und anderweitiger Interessenbindung führt zu einer Kumulation des Interessenkonflikts.<sup>60</sup>

Die gesellschaftsrechtlich bedingte oder zumindest vermittelte Abhängigkeit ist also rechtqualitativ von anderer Abhängigkeit zu unterscheiden, weil aufgrund dieser der Haftungsbeschränkung zugrundeliegende Interessengleichlauf, bzw. der Abgleichungsprozess, dessen Kristallisationsergebnis das Eigeninteresse der Gesellschaft ist,<sup>61</sup> gestört wird: *insbesondere der diesbezügliche Interessengleichlauf zwischen Gesellschaftern und Gläubigern ist nach der Gesetzeskonzeption der Regelung der Kapitalgesellschaften eine Grundvoraussetzung für die Möglichkeit der beschränkten Haftung.*<sup>62</sup> Fehlt es an dieser Grundvoraussetzung - und wird für ihr Fehlen kein

---

<sup>57</sup> Vgl. etwa Dierdorf, Herrschaft und Abhängigkeit auf tatsächlicher Grundlage (1978), passim.

<sup>58</sup> So für die Aktiengesellschaft zutreffend etwa Mecke, Konzernstruktur (1992), S. 75ff. m.z.w.N. zur Problematik.

<sup>59</sup> Daß diese Abgrenzung nicht unumstritten ist, verdeutlicht bereits der Umstand, daß jegliche Abhängigkeit über die Personalschiene *in* die Gesellschaft hineingetragen werden kann. Hier wird sie als die im geltenden deutschen Recht geltende Abgrenzung aufgegriffen, vgl. kritisch etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 6ff., der im übrigen das Konzept einer konzernspezifischen Haftung insgesamt kritisiert, vgl. aaO. S. 184f. Insofern sei daran erinnert, daß es der vorliegenden Arbeit darum geht, einen transparenten und realistischen Regelungsansatz zu erarbeiten.

<sup>60</sup> Zutreffend so etwa Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 57, der zeigt, daß diese Verwerfung eben nicht nur für die Haftungsfrage von maßgeblicher Bedeutung ist. Das Zusammentreffen mehrerer unterschiedlicher Faktoren für Umfang und Intensität des jeweils konkret zu beurteilenden Interessenkonflikts wird unten in diesem Teil unter E.I.3.e. und II.5.c.,d.,e. und f. eingehend dargelegt.

<sup>61</sup> Vgl. zur zentralen Bedeutung des Eigeninteresses die Ausführungen unten in diesem Teil unter A.V.4. und insgesamt unter E.

<sup>62</sup> Ebenso wie die Einhaltung des Trennungsprinzips eine Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Haftungsprivilegs ist, vgl. hierzu die Ausführungen im ersten Teil unter B.III.1. Ebenso wie die Einhaltung des Trennungsprinzips ist die Wahrung der Interesseneinheit *in* der abhängigen Gesellschaft - hier verstanden als Nicht-Einbringung eines Fremdinteresses *in* diese - eines der vom Gesetzgeber für die Haftungsbeschränkung vorausgesetzten Strukturprinzipien. Vgl. zum Gedanken der zur Erreichung und Bewahrung der Haftungsbeschränkung nötigen Voraussetzungen die Bemerkungen im ersten Teil unter B.IV.1.

Ausgleich geschaffen - so beruht eine Haftungsbeschränkung auf falschen Voraussetzungen, und von der Rechtsordnung ist ein Korrektiv zu fordern.

Wenn es nun zur Unterordnung unter das Interesse eines herrschenden Unternehmens kommt, so droht die für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifische Gefahr.<sup>63</sup>

Diese spezifische Gefahr besteht darin, daß *"der typische Gleichlauf von Gesellschafts-, Gesellschafter- und (jedenfalls im Ansatz) Gläubigerinteressen am erfolgreichen Betrieb des Gesellschaftsunternehmens und an der Stärkung oder zumindest der Erhaltung der Finanzkraft der Gesellschaft aufgehoben ist, wenn die Unternehmensleitung auf eine nicht am Gesellschaftsinteresse orientierte übergeordnete Entscheidungszentrale übergeht."*<sup>64</sup>

Nach dem Gesagten hängt das Privileg der beschränkten Haftung somit von der Beachtung gewisser, die Selbständigkeit konstituierender Voraussetzungen ab.<sup>65</sup> Wird eine solche Voraussetzung de jure oder de facto außer Kraft gesetzt, so kann das Haftungsprivileg nicht aufrechterhalten werden. Das allgemeine Haftungsprinzip muß an seine Stelle treten.<sup>66</sup>

### **III. Erfassung des spezifischen, nicht des allgemeinen Risikos**

#### **1. Das Haftungsprivileg in der freien Marktwirtschaft**

Zu bedenken ist ganz generell, daß in einer freien Marktwirtschaft durch das Wirtschaftsrecht freie Entfaltungsmöglichkeiten zu sichern sind, und daß die Marktmechanismen nicht

---

<sup>63</sup> Kritisch zu einer spezifischen Konzerngefahr etwa Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), etwa S. 159 (m.w.N., auch zum Wegfall des Gleichlaufes zwischen dem Interesse des herrschenden Gesellschafters und den Gläubigern). Versteegen, zusammengefaßt etwa aaO. S. 294 meint, selbst bei einer veritablen Beeinträchtigung des "Gesellschaftsinteresses" über die totale Aufhebung der "Eigenständigkeit" (wobei er beides implizit kritisiert) der Gesellschaft hinaus, läge nicht ex ante ein Anlaß vor, in eine andere als die allgemeine Ordnung einzutreten; vielmehr verwirkliche sich ex post eine bei Inkraftsetzung der allgemeinen Ordnung berücksichtigte und in bestimmter Weise behandelte Gefahr. Versteegens Auffassung wird hier grundsätzlich widersprochen: Zum einen, weil bei der Gesetzgebung *"im Jahr 1892 mit Sicherheit niemand daran gedacht hat, die GmbH könne als Konzerninstrument eingesetzt und der GmbH-Konzern könne Wirklichkeit werden"* (so Ulmer, Begrüßung zu den Heidelberger Konzernrechtstagen (1992), S. 3) und zum anderen, weil eben der rechtsqualitative Unterschied zwischen selbständiger und autonomer Gesellschaft, wie dieser vom deutschen Gesetzgeber mit dem 3. Buch des AktG von 1965 als Grundwertung endgültig festgelegt wurde, nicht berücksichtigt wird (anders freilich grundlegend Versteegen, aaO., durchgehend und S. 295.).

<sup>64</sup> So Ulmer, Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen Konzern (1986), S. 1580.

<sup>65</sup> Ähnlich macht Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 82, die Haftungsbeschränkung von der Beachtung der Organisations- und Finanzierungsregeln abhängig. Wiedemanns Ansatzpunkt dabei ist, daß die Konzernhaftung eine rechtsethische Notwendigkeit aufgrund des Verlusts der Selbständigkeit sei. Diese Voraussetzung wird unten in diesem Teil unter E.I. unter der Wertung *des zu wahrenen Eigeninteresses* zusammengefaßt; auf die Pflicht zur Wahrung dieser Voraussetzungen wird unter E.II. im Rahmen der *Treupflichtsbetrachtungen* eingegangen.

<sup>66</sup> So im Ergebnis auch Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 82, der die Haftungsbeschränkung dabei von der Beachtung der die Selbständigkeit der Kapitalgesellschaft begründenden Organisations- und Finanzierungsregeln abhängig macht.



durch überzogene Schutzregelungen gehemmt werden dürfen. Gerade im Recht der verbundenen Unternehmen muß die Risikoeinschätzung eine andere sein als in Bereichen, in denen es wirklich um den 'Rechtsschutz der Armen und Schwachen' geht.<sup>67</sup> Beim Recht der verbundenen Unternehmen handelt sich um Wirtschaftsrecht, und im Wirtschaftsrecht sind Schutzvorschriften nur insoweit einzusetzen, wie dies unbedingt nötig ist, da sie sonst einer freien Entfaltung der Wirtschaft entgegenstehen. Eine zu intensive und zu starre Regelung des Wirtschaftsrechts hemmt letztlich wirtschaftliche Aktivitäten.<sup>68</sup> Für die hier behandelte Problematik heißt dies, daß jede die Gläubigerinteressen berücksichtigende Lösung nicht dazu führen darf, daß die Handlungsfreiheit der Gesellschafter stranguliert wird.<sup>69</sup>

Die wirtschaftliche Betätigung, innovatives Denken, das Sich-Versuchen-am-Markt und die Möglichkeit, unternehmerische Risiken einzugehen, sind wesentliche Elemente unserer Wirtschafts-, ja unserer Gesellschaftsordnung. Gleichzeitig sind dieses die Grundvoraussetzungen für eine wirtschaftliche Weiterentwicklung. Durch gesetzliche Maßnahmen gegen die Mißbräuche im Aktienwesen darf deshalb die für eine erfolgreiche Geschäftsführung eines Unternehmens erforderliche Bewegungsfreiheit nicht unnötig beschränkt werden.<sup>70</sup>

Es sei hier daran erinnert, daß der Konkurs einer Gesellschaft - so bedauerlich dieser auch erscheinen mag - ein natürlicher und unvermeidlicher Teil unserer Marktwirtschaft ist. Ein Scheitern, das eine Folge des dem typischen unternehmerischem Handeln immanenten und für gewöhnlich hingenommenen<sup>71</sup> Risikos ist, wird von der Rechtsordnung akzeptiert: solche Risiken lassen sich auch bei Anwendung größter Sorgfalt nicht in jedem Fall im Vorwege abschätzen. Die Rechtsordnung darf an ein solches Scheitern keine besonderen haftungsmäßigen Sanktionen knüpfen, will sie nicht die freie Entwicklung der Wirtschaft bremsen. Denn die unternehmerische Freiheit in

---

<sup>67</sup> Vgl. den Gedankengang von Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S.477.

<sup>68</sup> Denn es kann und darf nicht die Aufgabe des Wirtschaftsrechts sein, Teilnehmer am Rechtsverkehr und insbesondere Kaufleute davor zu schützen, auf erkennbare Gefahren nicht zu reagieren, vgl. so mit Referenz an Heinsius Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 403.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu unter Berufung auf H.P. Westermann etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 132. Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 402 m.w.N. faßt diesen Gesichtspunkt richtig zusammen, wenn er meint, daß die Auffassung, für einen Gläubigerschutz im GmbH-Konzern bestehe kein Bedürfnis, abzulehnen sei, weil diese Auffassung nicht das Ergebnis einer sorgfältigen Interessenanalyse auf dem Hintergrund des inzwischen erreichten konzernrechtlichen Diskussionstands ist.

<sup>70</sup> So im Ergebnis auch Hommelhoff, Machtbalancen (1987), S. 73. Ebenso schon Hachenburg im amtlichen Bericht über die Beratungen des aktienrechtlichen Arbeitsausschusses (1933), nachzulesen in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1987), S. 823.

<sup>71</sup> Vgl. das OLG Hamburg in BB 1973, 1231, 1232 und hierzu etwa Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1991) Anh. § 30 Rn. 47.

einer das Risiko und eben auch den Konkurs grundsätzlich nicht ausschließenden Wirtschaftsordnung würde unzumutbar eingeschränkt.<sup>72</sup>

Das gewöhnliche unternehmerische Risiko ist natürlicher Teil einer Marktwirtschaft, in der Chance und Risiko meist untrennbar miteinander verknüpft sind.<sup>73</sup> Dieses Risiko darf die Rechtsordnung nicht sanktionieren, da damit eine der Grundwertungen unserer Gesellschaft, die unternehmerische Handlungsfreiheit, verletzt würde.<sup>74</sup> Es bestünde sonst die Gefahr, unternehmerisches Entscheiden so stark von Haftungsrisiken abhängig zu machen oder mit Haftungsrisiken zu versehen, daß wirklich Verluste an Effektivität eintreten.<sup>75</sup> Das Recht darf die freie wirtschaftliche Betätigung jedoch nicht durch seine Kompliziertheit hindern und somit den Fortschritt hemmen. Der Formenreichtum und die Vielgestaltigkeit von Unternehmensverbindungen sollten nicht eingeengt werden.<sup>76</sup>

Bei derlei Betrachtungen sollte man sich grundsätzlich auch ältere Stellungnahmen vergegenwärtigen. Da wäre zum einen die Einschätzung einer älteren englischen Enquetekommission, dessen Aussagegehalt auch heute noch sehr treffend ist: *"Prinzipiell und allgemein scheint es uns höchst unerwünscht zu sein, irgendwelche Einschränkungen einzuführen, die in ernstlicher Weise die Tätigkeit ehrbarer Kaufleute beeinträchtigen könnten und unvermeidlich Handel und Wohlstand des Landes ungünstig beeinflussen würden, nur in der Absicht, einen gelegentlichen Mißbrauch zu verhüten."*<sup>77</sup> Ähnlich waren sich laut damaligem Präsident des ROHG bereits 1877 die Richter dieses obersten Gerichtshofes bei der Entscheidung von aktienrechtlichen Problemstellungen bewußt, daß es sich dabei im wesentlichen um wirtschaftliche Fragen handelt und der Richter im konkreten Falle die Frage zu entscheiden hat, inwieweit *"zur Verhütung von Mißbräuchen gegangen werden kann, ohne die nötige Aktionsfreiheit und die Möglichkeit gesunden Funktionierens der Gesellschaften zu gefährden."*<sup>78</sup>

## **2. Zur Risikoverschiebung im polykorporativen Unternehmen**

---

<sup>72</sup> Vgl. hierzu z.B. die Ausführungen des OLG Hamburgs in BB 1973, 1231, 1232.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu etwa Hefermehl in Geßler/Eckardt/Hefermehl/Kropff, AktG § 76 Rn. 14.

<sup>74</sup> Insofern hat das Gesellschaftsrecht die Wertungen der Gesamtrechtsordnung zu beachten; vgl. zu den relevanten verfassungsmäßigen Grundwertungen oben im zweiten Teil unter B.IV.

<sup>75</sup> Vgl. nur Westermann in der Diskussion auf dem DJT 1992, Sitzungsbericht S. R 141.

<sup>76</sup> Hierzu auch DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 204.

<sup>77</sup> Der Bericht der englischen Enquetekommission ist hier zitiert nach J. Lehmann, Gutachten (1926) S. 331.

<sup>78</sup> Das Schreiben des Präsidenten des ROHG Eduard von Pape ist hier zitiert nach M. Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 201.

Die Anerkennung des Trennungsprinzips im verbundenen Unternehmen wirkt für die Gläubiger als eine Gliederung des verbundenen Unternehmens in eine Mehrzahl von Haftungsfonds. Für das verbundene Unternehmen bedeutet dies eine Differenzierung nach Risikozentren.<sup>79</sup> Und genau dies ist denn auch eine zentrale Funktion dieser Haftungssegmentierung: falls die einzelne Kapitalgesellschaft des polykorporativen Unternehmens überschuldet oder zahlungsunfähig wird, werden diese Verluste auf die Gläubiger abgewälzt. Die Verluste werden damit aus Sicht des polykorporativen Unternehmens externalisiert.<sup>80</sup>

Dabei darf nicht übersehen werden, daß es ein allgemeines, sich aus der Struktur der Unternehmensfinanzierung ergebendes Problem darin liegt, daß bei einer Krisenbetroffenen oder gar in Konkursgefahr schwebenden Gesellschaft ein Gesellschafter mit Kontrollmöglichkeiten - herrschendes Unternehmen<sup>81</sup> oder nicht - tendenziell motiviert sein wird, ungerechtfertigte und nicht zu rechtfertigende Geschäftsrisiken einzugehen; welches sich bereits daraus motiviert, daß bei fehlendem Eigenkapital nur noch mit dem Geld der Gläubiger gewirtschaftet wird.<sup>82</sup> Dies ergibt sich bereits daraus, daß er im Falle des Erfolgs von diesem profitiert, im Falle des Verlusts aber nicht den entsprechenden Schaden zu tragen hat, weil dieser Verlust externalisiert wird.<sup>83</sup> Solch opportunistisches Gebahren ist kein spezifisch verbandsrechtliches Problem;

---

<sup>79</sup> So zur Haftungssegmentierung Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 332, der meint die Divergenz zwischen einheitlicher Herrschaft und geteilter Verantwortung sei nur in dem Maße erträglich, wie sich rechtliche Ausgleichsmechanismen entwickeln lassen, die geeignet sind, den Haftungsfond zugunsten der Gläubiger wirksam gegen Aushöhlungen zu schützen; vgl. zur Rolle des Haftungsprivilegs im verbundenen Unternehmen auch die abschließenden Ausführungen oben im ersten Teil unter D.

<sup>80</sup> Vgl. Kallfass, Analyse (1990), S. 33; vgl. zu Externalitäten - Kosten, die nicht den Verursachern zugewiesen sind - auch Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 346ff. und hierzu Roth, Zur beschränkten Haftung (1986), S. 374ff. Bei Roth, aaO., findet sich auch die richtige und für den systematischen Kontext dieser Arbeit erwähnenswerte Betrachtung, daß eine ökonomische Analyse des Rechts der verfeinerten rechtlichen Regelung eher skeptisch gegenübersteht und lieber auf die Selbstregelung der Interessenkonflikte am Markt vertraut. Diese Grundüberlegung, wieviel Platz die Rechtsordnung der Selbstregelung überlassen will und wie stark diese durch Schutzmechanismen, in casu Gläubigerschutzregeln, ergänzt bzw. eingeschränkt wird, erscheint gerade bei der Wahl der Regelungsart wertvoll, denn dabei handelt es sich um eine Wertung, die der Gesetzgeber vorzunehmen hat.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu unten in diesem Teil unter C.II.1. und 3.

<sup>82</sup> Vgl. hierzu die im Rahmen der Durchgriffsbetrachtung angestellten Ausführungen und Normzweck-Betrachtungen zum Institutionsmißbrauch oben im ersten Teil unter C.II.5. und zur Einbettung dieses Gedankens in das Konzernrecht nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 752.

<sup>83</sup> Daß dieser Gedankengang ein allgemeines kapitalgesellschaftsrechtliches Problem birgt, zeigt etwa seine Einbettung in die Gedanken von Davies, Legal Capital in Private Companies in Great Britain (1998), S. 349, der hierbei zu Recht auf die unterschiedlichen Möglichkeiten unterschiedlicher Gläubigergruppen zur Internalisierung von Risiken und gleichzeitig auf die Kosten (transaction costs) bei der Objektivierung bzw. Sozialisierung dieser Risiken hinweist. Auf die sehr unterschiedlichen Stellungen und Einflußmöglichkeiten unterschiedlicher Gläubigergruppen auf die Frage der Inter- bzw. Externalisierung von Risiken kann hier nicht weiter eingegangen werden: daß

der Kern dieses Problems sollte deshalb nicht im Recht der polykorativen Unternehmen, sondern radikal, an der gesellschaftsrechtlichen Wurzel gelöst werden.<sup>84</sup>

Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist hier zu betonen, daß es dieser Arbeit nicht darum gehen kann, kapitalgesellschaftsrechtliche Probleme auf der Meta-Ebene des Rechts der verbundenen Unternehmen zu lösen. Der Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen muß es darum gehen, diejenigen Risikozuweisungen zu erfassen, die nicht mit der bestehenden gesellschaftsrechtlichen Regelung zu vereinbaren sind, denn Risiken dürfen von den Gesellschaftern nicht willkürlich auf die Gläubiger abgewälzt werden.<sup>85</sup> Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen beinhalten insofern eine gewisse Risikoverteilung. Die Problematik der erlaubten Risikobegrenzung und unzulässiger Risikoabwälzung gibt es auch im einfachen Gesellschaftsrecht.<sup>86</sup> Ganz allgemein kann als Richtschnur angegeben werden, daß *die Risikobegrenzung nicht zur Risikoabwälzung führen darf*.<sup>87</sup> Eine zielgerichtete Verwendung der Haf-

---

beispielsweise eine (Haus-)Bank wie viele - aber eben nicht alle Vertragsgläubiger viel stärkere Möglichkeiten der Einflußnahme und Absicherung hat als etwa ein Deliktsgläubiger, ist jedoch evident und sei hier nur noch unterstrichen: das Gesellschaftsrecht sondert allgemein nicht zwischen unterschiedlichen Gläubigern, sondern bemüht sich um einen allgemeinen mittelbaren - eben gesellschaftsrechtlichen - Gläubigerschutz durch den Schutz der Gesellschaft; vgl. hierzu ausführlich unten unter E. und zur Differenzierung zwischen unterschiedlichen Gläubigern problematisierend statt aller nur Easterbrook/Fischel, Limited Liability and the Corporation (1985), S. 104ff. und unten in diesem Teil unter A.V.1.

<sup>84</sup> Vgl. zur Einbettung in die Konzernproblematik Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 753f. zum "wrongful trading" des englischen Rechts, der - im übrigen mit Absicht nicht eingehend definierten - Pflicht des Geschäftsführers, den Verlust der Gläubiger so gering wie möglich zu halten. Mehrere Gedanken sind aus dem Ansatz, aufgrund der veränderten wirtschaftlichen Motivation in der Krise besondere Verhaltenspflichten aufzustellen um einem Fortwirtschaften auf Kosten der Gläubiger zu begegnen, für die hier behandelte Problematik Ansätze zu entnehmen - etwa die Anknüpfung von besonderen Verhaltenspflichten an besonderen Gefahrenlagen, nichts anderes liegt letztlich dem deutschen Regelungsansatz zugrunde; vgl. hierzu insgesamt die Problemdarlegung unten im dritten Teil unter A.

<sup>85</sup> Vgl. Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988), S. 477 in Anlehnung an BGH WM 72, 74, 75 (Deckenputz) und das oben im ersten Teil unter D zur Externalisierung von Risiken Gesagte. Vgl. insgesamt hierzu die wirtschaftlichen Betrachtungen zur Risikoabwälzung auf Dritte bei M. Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 364ff.; vgl. auch dens., Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 204ff.; Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 405ff. m.w.N. Ähnliche Betrachtungen zur Externalisierung finden sich auch in der Diskussion um die materielle Unterkapitalisierung, vgl. anschaulich hierzu bereits Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 410f. m.w.N. Daß der Gesetzgeber diesem Gesichtspunkt der Risikoabwälzung auf außenstehende Gesellschaftsgläubiger bei unternehmerischen Beteiligungen Gewicht zumißt, zeigt sich auch im Referentenentwurf zur Änderung des GmbH-Kapitalersatzrechts, vgl. nur die Dokumentation in ZIP 1996, 1362f. Es sei noch angemerkt, daß ein Umgehungsverbot bereits generalklauselartig in der Ergänzung des § 32a Abs. 3 GmbHG enthalten ist.

<sup>86</sup> Etwa in der Frage der mangelnden Kapitalausstattung, darauf soll hier jedoch nicht eingegangen werden; vgl. allgemein hierzu etwa die immer noch sehr illustrative Darstellung bei Geßler, Probleme der GmbH-Rechtsreform (1968), S. 105.

<sup>87</sup> Vgl. etwa Geßler, Probleme der GmbH-Rechtsreform (1966), S. 107.

tungsbeschränkung als Instrument zur willkürlichen Risikoverschiebung<sup>88</sup> kann die Rechtsordnung dementsprechend nicht akzeptieren.

Ein Gläubiger hat ein gewisses, dem Wirtschaftsverkehr immanentes Ausfallrisiko zu tragen.<sup>89</sup> Das heißt jedoch auch, daß der abhängigen Gesellschaft Geschäftsrisiken nicht überproportional zur Last fallen dürfen und daß diese angemessen an den Gewinnchancen zu beteiligen ist.<sup>90</sup> Dies Verbot der Risikoabwälzung ist eine gesetzgeberische Grundwertung.<sup>91</sup>

Gerade die besonderen Möglichkeiten und die dadurch erzeugte Gefährdung für ungerechtfertigte Risikoverlagerungen sind ein Grund für die Berücksichtigung dieser besonderen Gefährdung als möglicher Anknüpfungspunkt einer besonderen Verantwortung im Konzern.<sup>92</sup> Dementsprechend ist es die Konzeption des Aktienrechts,

---

<sup>88</sup> Vgl. hierzu und zum free-rider-Problem etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 357. Darstellend zur "Umverteilungsthese" und der diese zunehmend verdrängenden "Effizienzthese", die auf die Kenntnis der Gläubiger von der Haftungstrennung als Instrument planmäßiger Risikoverteilung aufbaut, etwa Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 404 und problembezogen zur Abgrenzung gegenüber der erlaubten Risikotrennung unten im dritten Teil unter A. An dieser Stelle sei angemerkt, daß von Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts geltend gemacht wird, daß die Regeln des "Common Law" überwiegend dazu dienen, die Möglichkeiten der Bürger, Vermögen zu erlangen, zu maximieren, während Gesetzesrecht insbesondere für Umverteilungszwecke eingesetzt werde; vgl. statt aller Posner, Economic Analysis of Law (1986), S. 23f., 229ff., 240f. und 527f.; vgl. auch Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik (1990), S. 75ff.; vgl. darstellend und kritisch insgesamt Adams, Normen, Standards, Rechte (1990), S. 944f. m.w.N; vgl. auf die Haftungsproblematik bezogen auch Taupitz, Ökonomische Analyse des Haftungsrechts - Eine Zwischenbilanz (1996), S. 114ff. mit Effizienzbetrachtungen S. 146ff. und zur Effizienz als Aspekt zulässiger Gesetzeskonkretisierung S. 149ff.

<sup>89</sup> Im "Wibru/Swissair"-Urteil des Schweizer Bundesgerichts vom 15.11. 1994 - BGE 120 II.331 = SWZ/RSDA 1995, 93 m. nm. Druey = AG 1996, 44f., 45 wird beispielsweise gesagt, daß ebenso, wie *"jedermann in Vertragsverhandlungen seine Interessen grundsätzlich selbst wahrzunehmen hat und sich nicht einfach auf deren Berücksichtigung durch den Verhandlungspartner verlassen darf, hat der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen, kann er somit das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen (Grundsatz des 'caveat creditor')."*

<sup>90</sup> Vgl. zu diesem Gedankenansatz etwa die Entscheidung des BGH, abgedruckt in NJW 1994, 446 und hierzu Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 134.

<sup>91</sup> Diese Grundwertung ist jedoch nicht präzise genug, um die konkreten Problemlösungen im geltenden Recht zu legitimieren, vgl. Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988) S. 489. Eine solche Präzisierung erscheint abstrakt unmöglich, da sich die genaue Risikoallokation letztendlich einer generellen Einschätzung entzieht, vgl. ähnlich bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 268, der im folgenden ausführt, daß gerade der systematische Kontext entscheidende Wertungsgrundlagen für die Frage der Risikoverteilung liefert, welche sich nicht von selbst beantworten läßt. Diese Betrachtungen liegen den unten in diesem Teil unter E. anzustellenden Betrachtungen zugrunde.

<sup>92</sup> Vgl. hierzu z.B. Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 117. Diese grundlegenden Betrachtungen und die Vorgehensweise des Bundesgerichtshof bei der Entscheidung im qualifiziert faktischen Konzern sind dementsprechend nach TBB-Urteil so ausgedrückt worden, daß nicht aus den Leitsätzen, sondern aus dem konkreten Fallbezug das Gericht eine Regel entwickelt, die zwar Haftungssegmentierung erlaubt, nicht aber leichtfertige Risikoverlagerungen zu Lasten einzelner abhängiger Gesellschaften, vgl. so Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 378.

eine gerechte Risikoverteilung zwischen dem Gesamtunternehmen einerseits und den Gläubigern andererseits zu verwirklichen.<sup>93</sup> Denn jede Haftungserstreckung auf die Gesellschafter beschränkt diese Risikoabwälzung. Insbesondere müssen die erhöhten Risiken, die sich aus möglicherweise gar spekulativem Einsatz der abhängigen Gesellschaft als Instrument einer Gesamtunternehmensstrategie ergeben,<sup>94</sup> ausgeglichen werden.

Es kann und darf dagegen nicht im Rahmen einer besonderen Haftungsregelung für verbundene Unternehmen versucht werden, einen allgemeinen Gläubigerschutz auszubauen<sup>95</sup> oder andere rechtspolitische Ziele zu verfolgen. Eine Erosion der von der Rechtsordnung gewährten Möglichkeit der unternehmerischen Betätigung mit beschränkter Haftung muß vermieden werden.<sup>96</sup>

Ziel einer Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen muß es sein, die im geltenden Recht bestehenden Schutzgedanken, Risikobetrachtungen und Wertungen entsprechend für das Recht der verbundenen Unternehmen weiterzuentwickeln und somit eventuellen Besonderheiten durch systemkonforme Rechtsfortbildung gerecht zu werden.<sup>97</sup> Denn die Schutzmechanismen des Gesellschaftsrechts gehen davon aus, daß die Gesellschaft und ihr Unternehmen eine Zuordnungseinheit bilden,<sup>98</sup> während im polykorporativen Unternehmen der Rechtsträger eben auf mehrere Zuordnungseinheiten aufgespalten ist. Dieser Gesichtspunkt ist gerade für die Haftungsfrage wichtig: denn ein Gläubiger muß auch bei einer unabhängigen Kapitalgesellschaft damit rechnen, daß die Gesellschaft Verluste macht, nur sind diese bei einer unabhängigen Gesellschaft eben zunächst vom Kapitaleigner zu tragen. Bei einer abhängigen Gesellschaft besteht diese Sicherung eben nicht mehr, weil die abhängige Gesellschaft ihre Geschäfte nicht mehr -

---

<sup>93</sup> Vgl. Wiedemann, Kapitalgesellschaftsrecht (1993), S. 152.

<sup>94</sup> Zu diesem Schutzansatz etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 97.

<sup>95</sup> Vgl. auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 20 m.w.N. Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 235, der dem Bedarf für einen konzernspezifischen Gläubigerschutz allgemein kritisch gegenübersteht, warnt vor einer schleichenden Usurpierung der allgemeinen Haftungsordnung.

<sup>96</sup> Vgl. anschaulich gegen eine Erosion der beschränkten Haftung der Gesellschafter im US-amerikanischen Recht etwa Presser, Limited liability (1992), S. 149ff., 176.

<sup>97</sup> So ist etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 88 zu widersprechen, wenn dieser die Grenze der konzerninternen Risikoverteilung - zu weitgehend - so ziehen will, daß das herrschende Unternehmen das allgemeine Geschäftsrisiko, 'wahrscheinlich auch das typische Mehrheitsrisiko der Untergesellschaft' tragen muß, und daß lediglich Fälle der höheren Gewalt sowie Risiken der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung ausgespart bleiben: Es entspricht nach hier vertretener Auffassung eben der gesetzlichen Grundwertung der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung im verbundenen Unternehmen, daß das allgemeine Geschäftsrisiko durch die Haftungsbeschränkung aufgefangen wird. Vgl. hierzu auch Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 203, der meint, in BGHZ 115, 187 (Video, 1991, siehe dazu unten in diesem Teil unter C.V.5.c.) handle es sich um die Allokation von Rechtspflichten zur Beherrschung und Übernahme von bestimmten wirtschaftlichen Risiken.

<sup>98</sup> Vgl. statt aller Hommelhoff, Konzernmodelle (1986), S. 111.

zumindest nicht mehr ausschließlich - im eigenen Interesse führt.<sup>99</sup> Deshalb ist zu fordern, daß es im Prinzip bei der *"Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit der Konzernglieder und Sicherung des Trennungsprinzips"* bleiben muß und zwar *"derart, daß die wirtschaftlichen Risiken zwischen Obergesellschaft und Tochtergesellschaft angemessen verteilt bleiben und nicht ständig zu deren Lasten verändert werden."*<sup>100</sup>

Das Haftungsprivileg, wie es bei der autonomen Kapitalgesellschaft besteht, kann dementsprechend nur dann auf die abhängige Kapitalgesellschaft übertragen werden, wenn die Ausgrenzung von mit wirtschaftlicher Betätigung verbundener Haftungsrisiken auf die abhängige Gesellschaft unter der Voraussetzung steht, daß die abhängige Gesellschaft ein Mindestmaß an Erfolgchancen hat.<sup>101</sup>

Es darf nicht übersehen werden, daß die Risikoabschottung zwischen verschiedenen Tätigkeitsfeldern an sich ein legitimes Ziel ist.<sup>102</sup> Die Vermögenstrennung und die Verteilung von Risiken auf mehrere selbständige Vermögenseinheiten ist *"weder verboten noch per se mißbräuchlich"*.<sup>103</sup> Die Verwendung des Haftungsprivilegs im Unternehmensverbund sollte deshalb nicht generell argwöhnisch betrachtet werden.<sup>104</sup> Die Verschiebung von Chancen und Risiken im wirtschaftlich als einheitlich geführtem,

---

<sup>99</sup> So auch zum Gläubigerschutz im Vertragskonzern DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 567.

<sup>100</sup> So explizit denn auch Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 267 und wie dieser etwa Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 277.

<sup>101</sup> Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), Anh. GmbH-KonzernR. Rn. 98 meint, die Risikoverlagerung stehe unter der Voraussetzung, *"daß diese juristische Person eigenständige Erwerbchancen wahrnehmen kann. Gläubigern nur das Risiko des Mißerfolgs aufzubürden, ohne ihnen die Chance des Erfolgs zu eröffnen, geht nicht an."* Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, wobei angemerkt sei, daß es den Gläubigern - etwa im Gegensatz zu Minderheitsgesellschaftern - weniger um den Erfolg, als vielmehr um ein - allerdings oft mit diesem einhergehende - geringes Ausfallrisiko. Eben die implizite Voraussetzung, daß ein Kapitalgeber den wirtschaftlichen Erfolg der Kapitalgesellschaft anstrebt, ist die Voraussetzung, welche bei einer Risikoexternalisierung nicht erfüllt ist.

<sup>102</sup> Vgl. so generell Priester, Unbeschränkte Konzernhaftung (1986), S. 143.

<sup>103</sup> Darüber bestehen in der Literatur kaum divergierende Zweifel, vgl. so für das deutsche Recht Lutter, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 246 m.z.w.N. insbesondere der Rechtsprechung wie von z.B. RGZ 99, 233, 234 über BGHZ 22, 226, 229 zu BGHZ 68, 312, 314, 320ff.

<sup>104</sup> Bildlich: Niemand würde die Küchenmesser abschaffen, nur weil sie außer zum Kartoffelschälen auch zur Körperverletzung eingesetzt werden können. Ebenso wenig wie das Küchenmesser sollte das Haftungsprivileg im Unternehmensverbund generell argwöhnisch betrachtet werden. Ebenso wie das Küchenmesser verflucht wird, wenn man sich in den Finger schneidet, so führt auch das Haftungsprivileg manchmal zu Forderungsausfällen von Gläubigern. Ebenso wie das Küchenmesser trotz der gelegentlichen Schnittwunden in Fingern in jede ordentliche Küche gehört, gehört die Möglichkeit der beschränkten Haftung in unsere Wirtschaftsordnung, auch im Recht der verbundenen Unternehmen. Wenn allerdings das Haftungsprivileg zu Gläubigerverletzungen führt, die - bildlich gesprochen - als 'Körperverletzung' nicht aus der sachgerechten Anwendung des Küchenmessers resultieren, so muß die Privilegierung durch die Haftungsbeschränkung einer Haftung weichen. Dieser Küchenmesser-Metapher geht zurück auf Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 481; vgl. allgemein zur sachgerechten Anwendung von Rechtsregeln etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1997), § 9 III - und zur Vorsicht bei der Veranschaulichung durch Metaphern das oben in diesem Teil unter A.I. zur Problemdarlegung Gesagte.

polykorporativem Unternehmen muß jedoch durch eine dem entsprechende angemessene Haftung kompensiert werden. Genau hier findet die Risikoabschottung ihre Grenze.<sup>105</sup> Diese Grenze bildet das Verbot der Risikoabwälzung.<sup>106</sup>

### **3. Zur rechtlichen Beurteilung des zu akzeptierenden Risikos**

Besonders sei hier daran erinnert, daß unternehmerische Entscheidungen teilweise unabänderlich mit Hinblick auf ungewisse Entwicklungen getroffen werden müssen. In der Wirklichkeit verläuft die Entwicklung gelegentlich jedoch anders, als dies bei der Entscheidung vorauszusehen war. In diesen Fällen ist es für denjenigen, der die Entscheidung ex post betrachtet, im Nachhinein leicht festzustellen, daß eine andere Entscheidung günstiger gewesen wäre. Wem das Gesetz eine bestimmte Entscheidung zugewiesen hat, dem wurde damit jedoch zugleich ein Entscheidungsfreiraum eröffnet. Diesen muß der Richter bei der Ausübung seiner Kontrollbefugnisse respektieren und sich auf die Prüfung beschränken, ob eine konkrete Entscheidung den gesetzlich zugesprochenen Gestaltungsfreiraum verfehlt bzw. überschritten hat.<sup>107</sup> Es bedarf einer sorgfältigen Abwägung zwischen der grundsätzlich gewährleisteten privatautonomen unternehmerischen Entscheidungsfreiheit - und den aus der Gesellschafts- und Rechtsordnung folgenden Ermessensschränken.<sup>108</sup> Genau darum muß es dieser Arbeit gehen: das Erfassen und Greifbarmachen der der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Risikoverteilung. Diese Risikoverteilung als Wertung gilt es, in den hier anzustellenden regelungstechnischen Ansatz aufzunehmen.

Auch kann es bei den hier anzustellenden Betrachtungen nicht darum gehen, unternehmerische (Zweckmäßigkeits-)Entscheidungen auf die Gerichte zu verlagern:<sup>109</sup> Um es mit den Worten des BGH zu sagen: Es kann nicht *"die Aufgabe der Gerichte sein, die eigene wirtschaftliche Beurteilung nachträglich an die Stelle einer in freier*

---

<sup>105</sup> Vgl. so für die qualifizierte Konzernierung Priester, Unbeschränkte Konzernhaftung (1986), S. 146.

<sup>106</sup> Vgl. hierzu Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988), S. 489.

<sup>107</sup> Vgl. hierzu Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988), S. 475, vgl. auch Kirchhof, Rechtsfindung (1986), S. 2279. Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.261ff. weißt darauf hin, daß gerade die zusätzlichen Gestaltungsparameter des Konzerns einem Ausgleich zwischen Organisationsfreiheit und Interessenschutz besondere Probleme bereiten, und geht, aaO. S. 264ff., auf die institutionellen Grenzen dieser ein; vgl. zum vertiefend Ermessensspielraum unten in diesem Teil unter E.I.

<sup>108</sup> Daß diese allgemeine Schwierigkeit gerade bei der hier behandelten Problematik zu berücksichtigen ist, illustriert etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 105 für die Frage der inhaltlichen Konkretisierung der Treupflicht; vgl. hierzu unten in diesem Teil unter E.II.

<sup>109</sup> Vgl. so bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 106. Wie Winter, aaO. S. 121 unter Einbeziehung von BGH NJW 1986, 844 richtig bemerkt, ist die im unternehmerischen Ermessen liegenden Entscheidungen von Zweckmäßigkeitfragen eben nicht die Sache von Gerichten. Vgl. auch Winter, aaO. S. 150ff. zur Zurücknahme der richterlichen Kontrolle bei unternehmerischen Entscheidungen mit Prognosecharakter.



*unternehmerischer Verantwortung beschlossenen, sachlich abgewogenen Entscheidung zu setzen. Es muß vielmehr genügen, daß die an der Entscheidung beteiligten Organe nach dem tatsächlichen Bild, wie es sich zur Zeit der Beschlußfassung darbot, aufgrund sorgfältiger, von gesellschaftsfremden Erwägungen freien Abwägung davon ausgehen durften, die [Maßnahme] sei zum Besten der Gesellschaft.*"<sup>110</sup> Die nicht zu überschreitende Grenze des akzeptablen Risikos bildet dabei nach hier vertretener Auffassung das Interesse der Gesellschaft.<sup>111</sup>

#### **IV.Aspekte der Leitung und Haftung im verbundenen Unternehmen**

##### **1. Kompetenzverteilung der Leitung**

In allgemeinen Wendungen von *der* Struktur *des* verbundenen Unternehmens zu sprechen, macht aufgrund der rechtstatsächlichen Vielfalt wenig Sinn, denn verbundene Unternehmen sind sehr verschieden organisiert. Damit geht einher, daß auch die Kompetenz der Leitung in verbundenen Unternehmen sehr unterschiedlich verteilt ist. Zum Teil werden einer Kapitalgesellschaft nur strategische Vorgaben gegeben, in anderen verbundenen Unternehmen werden sowohl strategische Vorgaben als auch zahlreiche Einzelanweisungen erteilt: das jeweilige verbundene Unternehmen hat de facto einen großen Spielraum bei der Entscheidung, wo im verbundenen die Leitungs- bzw. Entscheidungskompetenz anzusiedeln ist.

In neuerer Zeit wird dabei vertreten, daß im verbundenen Unternehmen kein eigentliches Entscheidungszentrum existiert, zumindest nicht unbedingt vorausgesetzt werden kann. Unternehmen tendieren anscheinend zu einer ausgewogenen Mischung zentraler und dezentraler Strukturelemente.<sup>112</sup> Weitergehend wird ausgeführt, im polyzentrischen Netzwerk<sup>113</sup> sei zumindest kein allgemeines Entscheidungszentrum vorhanden.<sup>114</sup> Letztlich

---

<sup>110</sup> Vgl. BGHZ 70, 40, 49f. (Kali und Salz, 1978) für den Fall einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen.

<sup>111</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unten in diesem Teil unter A.V. und E.1.

<sup>112</sup> Diesem sollte auch das Recht Rechnung tragen, vgl. statt aller nur Fleischer, Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot (1997), S. 500 m.w.N.

<sup>113</sup> Vgl. zur Netzwerkerwägung als Inter-Organisationsbeziehung insgesamt Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 194ff., 204f.: Das sich aus der Netzwerk Betrachtung ergebende Problem ist, ob die Rechtsordnung über Zurechnungstechniken verfügt, mit denen das Haftungsrecht der verbundenen Unternehmen auf den flexiblen Netzwerkscharakter der dezentral organisierten Unternehmensgruppe wirkungsvoll einwirken kann. Hier wird nicht näher darauf eingegangen, ob der Haftungsträger jeweils im Einzelfalle zu ermitteln ist - dies wäre im Rahmen einer Generalklausel möglich - oder ob etwa das Netzwerk als Rechtssubjekt qualifiziert werden muß. Eine allgemeine Personifizierung des Netzwerks wäre nach richtiger Einschätzung kontraproduktiv, da sie die Vorteile des Netzwerkes wie etwa Marktinternalisierung und Eigendynamik zumindest teilweise ignorieren würde, vgl. hierzu Teubner, aaO. S. 206. Eine auf Einheitsbetrachtungen zurückgehende Überlegung scheint nach hier vertretener Auffassung mit den Wertungen der geltenden Rechtsordnung unvereinbar. Letztlich ist wohl zu differenzieren, denn "*Einheit und Vielfalt können nur durch Einzelbewertungen versöhnt werden, nicht aber zu einer Einheitsperson verschmolzen werden*", so etwa K. Schmidt, *Verbandstheorie* (1987), S. 33. Eben solche Einzelkorrektive

gelangt man so auch zu Unternehmensstrukturen, bei denen es ganz unangebracht ist, von Entscheidungs- oder Machtzentren zu sprechen.<sup>115</sup> Die Entscheidungsfindung geschieht dort durch Abgleichungsprozesse zwischen den unterschiedlichen Machtbalancen<sup>116</sup> und Interessen. Für die hier behandelte Haftungsfrage ist entscheidend, ob die Belange der abhängigen Kapitalgesellschaft, und damit das im Gesetz vorausgesetzte immanente Interesse der abhängigen Gesellschaft, ausreichend gewahrt sind, um die Voraussetzungen<sup>117</sup> des Haftungsprivilegs zu erfüllen.

## **2. Gleichlauf von Herrschaft und Haftung?**

Mit der volkstümlichen Weisheit "*Wer den Nutzen hat, muß auch den Schaden tragen*", könnte der gedankliche Ansatz des Gleichlaufes von Herrschaft und Haftung ausgedrückt werden.<sup>118</sup> Nach neoliberaler Auffassung garantiert ein solcher Gleichlauf von Herrschaft

---

ermöglicht nach hier vertretener Auffassung die in dieser Arbeit vorgeschlagene Generalklausel. Vgl. Zur Relativität von Einheit und Vielheit, die letztlich aus der Relativität der Selbständigkeit der juristischen Person gegenüber ihren Trägern folgt, etwa Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 310. Anschaulich und grundlegend zur Polarität zwischen Einheit des Ganzen und der Vielheit der Glieder früh Raiser, Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung (1964), passim.

- <sup>114</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Unternehmensinteresse unten in diesem Teil unter A.V.2.d.
- <sup>115</sup> So ist es denn auch konsequent, wenn inzwischen gefordert wird, daß - ebenso wie die Leitungsfunktionen auf den einzelnen Konzernstufen seit langem schon vernetzt sind, in Zukunft auch die Überwachungsorgane in ihren Funktionen miteinander vernetzt werden, vgl. etwa die 6. These von Hommelhoff, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern (1996), S. 163.
- <sup>116</sup> Dies muß insbesondere bei solchen Netzwerken gelten, die eine neuronale Entscheidungsstruktur besitzen. Vgl. zu den schwer durchschaubaren Machtbalancen, die außerdem noch mit den Themen der Entscheidungen und den Situationen variieren, mit Verweisung auf Luhmann und andere Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 202. Daß dieses Phänomen der Rückbindung des übergeordneten Interesses sich auch außerhalb der Netzwerk-Betrachtung wiederfindet, ist evident, denn in der Praxis wird die Konzernführung gewiß häufig durch Koinzidenz der Interessen der einzelnen der verbundenen Unternehmen bestimmt, hierzu bereits Kleindiek, *Strukturvielfalt* (1991), S. 50 m.w.N., der, aaO. S. 54, dieses Zusammenspiel auch treffend als Wechselspiel so beschreibt, daß schon bei der Formulierung des Konzerninteresses das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft berücksichtigt wird, indem die Interessen der einzelnen Tochtergesellschaften die konzernweite Zielkonzeption mitprägen; vgl. hierzu näher unten unter V.2.d. Stodolkowitz, *Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs* (1992), S. 1523, betont auf die hier behandelte Haftungsfrage bezogen, es ginge bei Haftungsbetrachtungen dementsprechend eben nicht um schuldhaftes und auch nicht unbedingt um rechtswidriges Verhalten, sondern um die manchmal wohl gar unbewußte Favorisierung der Unternehmensgruppe als Ganzen - dem Gesamtinteresse - gegenüber dem Einzelinteresse der einzelnen, abhängigen Gesellschaft; vgl. zur Bedeutung dieser allgemeinen Betrachtungen bis in Detailfragen wie die Beweislastverteilung unten in diesem Teil unter E.III.1.f.
- <sup>117</sup> Vgl. hierzu insgesamt die im ersten Teil vertretene Auffassung der Rückbindung des gewährten Haftungsprivileg an die nötigen Voraussetzungen wie die Einhaltung des Trennungsprinzips oder die Funktionalität der Kapitalerhaltungsmechanismen.
- <sup>118</sup> Vgl. Limbach, *Die beschränkte Haftung* (1967), S. 72. Der von dieser angeführten Argumentation für eine "Rechtfertigung der beschränkten Haftung", aaO. S. 72f., kann jedoch kein argumentativer Wert entnommen werden: Zwar wird deutlich - und zu Recht - der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung in Abrede gestellt, positive Argumente für eine Rechtfertigung der beschränkten Haftung fehlen jedoch an dieser Stelle.

und Haftung<sup>119</sup> ökonomisch rationelles Verhalten.<sup>120</sup> Als ordoliberaler Ordnungsgrundsatz der Wirtschaft lautet er: "*Wer für Pläne und Handlungen eines Unternehmens verantwortlich ist, hat auch die mit ihm verbundenen Risiken zu tragen*".<sup>121</sup> Diese Betrachtung ist die Haftungsausformung der generellen Aussage, daß das Zivilrecht die Instrumente zur Verwirklichung von Verantwortung zur Verfügung zu stellen hat.<sup>122</sup>

Ganz generell schützt die Verknüpfung von Herrschaft und Haftung auch die Interessen der Gläubiger, weil die drohende Einstandspflicht zur vorsichtigen und ordentlichen Ausübung der Herrschaft motiviert. Im Personengesellschaftsrecht gilt der Grundsatz, daß Unternehmensleitung und persönliche Haftung in einem inneren und unmittelbaren Zusammenhang stehen.<sup>123</sup> 'Macht und Verantwortung' - Herrschaft und Haftung - sind miteinander verknüpft. Außer der Mitgesellschafter und Gläubiger werden dadurch geschützt.<sup>124</sup> Diese persönliche Haftung führt bei Personengesellschaften zum Interessengleichlauf von Gläubigern und Gesellschaftern.<sup>125</sup> Selbst bei der Personengesellschaft handelt es sich hierbei jedoch nicht um einen zwingenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz, der immer zu beachten wäre<sup>126</sup>; so gilt das rechtsethische Prinzip

---

<sup>119</sup> Der Vollständigkeit halber sei kurz erläutert, daß das Postulat des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung bei näherer Betrachtung in zwei Sätze aufzulösen ist, von denen hier nur der erste zu behandelnd ist, nämlich das Postulat 'Keine Herrschaft ohne Haftung'. Der andere im Postulat enthaltene Satz ('Keine Haftung ohne Herrschaft'), betrifft die Frage, ob und in welchem Umfang die unbeschränkte Haftung eines Gesellschafters notwendig seine Teilhabe an der Leitungsmacht erfordert, auf diesen Aspekt kommt es im Recht der Kapitalgesellschaften jedoch nicht, vgl. hierzu Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 111ff. m.w.N.

<sup>120</sup> Vgl. zur Bedeutung dieser Auffassung für eine funktionelle, gesellschaftsrechtliche Betrachtung etwa Tschäni, Funktionswandel im Gesellschaftsrecht (1978), S. 70

<sup>121</sup> Vgl. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952), S. 281. Vgl. zur Bedeutung dieses Grundsatzes im Gesellschaftsrecht etwa Immenga, Die personalistische GmbH (1970), S. 117. Erinnerung sei auch an die - etwa von Franz Böhm öfters schlagwortartig formulierte - ordoliberale Maxime "Wer Macht hat, darf nicht frei sein".

<sup>122</sup> Vgl. hierzu Steindorff, Wirtschaftsordnung (1976), S. 636 und bes. S. 638, der dort die zivilrechtliche Ausgestaltung der Verantwortung als Instrument beschreibt, das "*zur Verwirklichung einer Wirtschaftsordnung beitragen kann, die nicht allein auf Markt und Wettbewerb als Steuerungsfaktoren vertraut, sondern Schutzverpflichtungen und Gemeinwohlzielen unterstellt wird.*" Vgl. darstellend auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 727ff.

<sup>123</sup> Vgl. BGHZ 45, 204, 205 (Rektor-Fall, 1966).

<sup>124</sup> Denn wer das Risiko seines Handels zu tragen - zumindest mitzutragen - hat, wird zu vorsichtigen Handeln angehalten. Vgl. so zum spezifischen Schutzmechanismus und der Bedeutung der Haftung im Recht der Personengesellschaften bereits Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 104f. und 135. Die Haftung bewirkt somit eine Verhaltenskontrolle, vgl. hierzu bereits oben im ersten Teil unter A. III. sowie Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 539 und Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 36 m.w.N.

<sup>125</sup> Vgl. hierzu und zum Fehlen dieser Interessenidentität bei der Kapitalgesellschaft etwa Roth, Zur beschränkten Haftung (1986), S. 378. Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 155 hat dies treffend so ausgedrückt: "*Der Gläubigerschutz in der Personengesellschaft vollzieht sich - reflexartig - auch über jenen Interessenausgleich.*"

<sup>126</sup> Z.B. bei einer andersartigen Verteilung der Machtverhältnisse in einer Personengesellschaft, vgl. BGHZ 45, 204, 206 (Rektor-Fall, 1966).

von der Korrespondenz von Risikobeherrschung und Verantwortlichkeit beispielsweise nicht für die Kommanditisten.

Während etwa bei der Personengesellschaft die Verknüpfung von Macht und Verantwortung nicht nur die Mitgesellschafter sondern auch die Gesellschaftsgläubiger schützt, ist dies in der Kapitalgesellschaft aufgrund der Haftungsbegrenzung eben grundsätzlich anders.<sup>127</sup>

Insgesamt lassen sich aus dem rechtsethischen Prinzip des 'Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung' unmittelbar für die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung dementsprechend keine Rechtsfolgen entnehmen.<sup>128</sup>

Eine Debatte um einen Gleichlauf von Herrschaft und Haftung mag wenig ergiebig sein.<sup>129</sup> Im Recht der verbundenen Unternehmen erscheint im Rahmen von Haftungsbetrachtungen im Kapitalgesellschaftsrecht eine Widerlegung dieses Grundsatzes jedoch gleichwohl nötig. Denn die Auffassung, daß Herrschaft und Haftung im Kapitalgesellschaftsrecht miteinander einhergehen müssen,<sup>130</sup> korrespondiert mit der Auffassung, daß es einen *"vermeintlichen Widerspruch zwischen der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung und dem Postulat einer auf gnadenloser Selbstverantwortung der Unternehmer beruhenden Wirtschaftsordnung"* gibt.<sup>131</sup>

Der gedankliche Ansatz des Gleichlauf von Herrschaft und Haftung ist zwar lebhaft - auch international<sup>132</sup> - diskutiert worden, ist aber im Recht der Kapitalgesellschaften nicht geltendes Recht: Zwar findet sich auch in den Materialien zum Aktiengesetz die Aussage,

---

<sup>127</sup> Vgl. so problemaufbereitend etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 105 m.w.N.

<sup>128</sup> Vgl. hierzu grundlegend etwa Wiedemann, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung (1975), S. 1048, und zum Zusammenhang von Herrschaft und Haftung als rechtsethischem Prinzip etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 120ff. mit anschaulich begründeter Bejahung der Haftungsbeschränkung S. 128ff. An dieser Stelle sei dazu nur betont, daß der in der Durchbrechung des Postulats von Herrschaft und Haftung liegende Widerspruch zur marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung eben nicht absolut ist, vgl. Immenga, aaO. S. 425f.

<sup>129</sup> Für unergiebig hält sie etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 256, der S. 266 betont, daß es einen Grundsatz vom Gleichlauf von Herrschaft und Haftung im deutschen Kooperationsrecht nicht gibt.

<sup>130</sup> Dies wurde früher etwa so begründet: *"Jeder, der sich durch Ausübung unternehmerischer Funktionen im Wirtschaftsleben betätigt, hat auch die mit dem Unternehmen verbundenen Risiken zu tragen. Jedenfalls würde es diesem Prinzip widersprechen, wenn der unternehmerische Nutzen zwar dem Unternehmer, die Risiken aber dem Verkehr, d.h. Dritten zufielen."* So etwa R. Reinhardt, Identitätsproblem (1956), S. 589f. Ohne daß dies dort angesprochen wird, zeigt die Formulierung gerade unter Einbeziehung der Zeitkomponente die Nähe zur ordoliberalen Auffassung.

<sup>131</sup> Vgl. gegen die Kritik an der Haftungsbeschränkung der GmbH etwa Ballerstedt, 75 Jahre GmbH-Gesetz (1967), S. 69.

<sup>132</sup> Vgl. bereits früh Berle and Means, The Modern Corporation (1932), S. 247ff, 249: *'Corporate powers are powers in trust ... Responsibility goes with power.'* Auch in Amerika ist dieser Ansatz jedoch z.T. als zu weitgehend abgelehnt worden, vgl. hierzu etwa von Steiger, Verantwortungen (1959), S. 702. Vgl. zum 'naturrechtlichen Satz', daß der, der als herrschendes Unternehmen die Selbständigkeit einer abhängigen Gesellschaft aufhebt, mit den Vorteilen zugleich die Schuldenlast übernehmen muß, auch den Bericht der OECD, Verantwortlichkeit der Muttergesellschaften für ihre Tochtergesellschaften (1981), S. 32f.

daß "wer die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann oder ihren ganzen Gewinn erhält, auch für Verluste einstehen muß".<sup>133</sup> Dies Postulat des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung ist jedoch zu weit gefaßt,<sup>134</sup> und inzwischen gilt dies Dogma des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung einhellig als überholt.<sup>135</sup>

Im Gesellschaftsrecht würde der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung einen starken Gläubigerschutz bedeuten. Im geltenden Kapitalgesellschaftsrecht gilt jedoch der Grundsatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung eben nicht. Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt eine allgemeinen Rechtssatz des Inhalts: Wer herrscht, muß immer auch haften, nicht nur nicht,<sup>136</sup> im Gegenteil: die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung schiebt in gewisser Weise ein Schott zwischen Herrschaft und Haftung. Durch die auf das Gesellschaftsvermögen begrenzte Haftung wird das wirtschaftliche Risiko also von der unternehmerischen Entscheidung getrennt, und es entsteht somit *Herrschaft ohne Haftung*.<sup>137</sup>

Es wird dementsprechend vertreten, daß das Schlagwort vom Gleichlauf von Herrschaft und Haftung eher für den juristischen Journalismus geeignet sei, und stattdessen wird der *Zusammenhang von Leitungsmacht und Verantwortung* als rechtsethisches Prinzip hervorgehoben, das jeweils zu konkretisieren sei.<sup>138</sup> Letzterem Ansatz ist für das geltende Recht zuzustimmen. Eben auf diesen Zusammenhang ist zu fokussieren, unbedingt bleibt dabei jedoch festzuhalten, daß das deutsche Aktiengesetz von 1965 im dritten Buch im gedanklichen Ansatz eine gewisse Verknüpfung von Herrschaft und Haftung vornimmt.<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> Vgl. Begründung des Regierungsentwurfes zu § 302, etwa bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 391. Bei Hommelhoff, Der Verlustausgleich (1987), S. 228 findet sich diesbezüglich die wichtige Feststellung, daß die Begründung zum Regierungsentwurf die komplexen Gesamtzusammenhänge hier zu griffigen Schlagworten verdichtet hat. Eben deshalb ist dieser Satz in der BegRegE nicht überzubewerten. Hommelhoff, aaO. S. 230, verdeutlicht denn im Anschluß an Ulmer auch zu Recht, daß zu kurz gegriffen würde, wenn man in der BegRegE das längst einhellig überholte Dogma vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung sähe.

<sup>134</sup> Vgl. Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 82.

<sup>135</sup> Vgl. hierzu etwa Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 126. In Bezug auf die in dieser Arbeit behandelte Problematik verneinen einen Zusammenhang von Herrschaft und Haftung richtig auch Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 24 und Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 266, mit ausführlichem Literaturnachweis auch der - größtenteils älteren - Literatur zur Gegenauffassung.

<sup>136</sup> Vgl. unter Verweisung auf BGHZ 24, 204, 205ff. etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 111 m.w.N., der dies, aaO. S. 135 auch für das Recht der verbundenen Unternehmen zu Recht betont, und dabei die etwa im Verlustausgleich vermutete (Nachweise hierzu aaO.) Korrelation zwischen Herrschaft und Haftung zurückweist.

<sup>137</sup> Vgl. so und insgesamt zur unbeschränkten Haftung als Lenkungsmechanik der Konkurrenzwirtschaft etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 118.

<sup>138</sup> Vgl. etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 36.

<sup>139</sup> Vgl. so - und mit einer schönen Darstellung der Überlegungen zum Gleichlauf von Herrschaft und Haftung im AktG - Wiedemann, Haftungsbeschränkung (1968), S. 55f.

Diese wird unten eingehend dargestellt. Dabei wird in dieser Arbeit der Gedanke des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung nicht in den Vordergrund gestellt, wie dies in manchen Darstellungen der Haftungsverhältnisse im Recht der verbundenen Unternehmen geschieht.<sup>140</sup> Gerade weil diese Arbeit versucht, die Verbindungen von Haftung einerseits und Haftungsbeschränkung andererseits aufrechtzuerhalten, ist der Gedankenansatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung jedoch wichtig. Die sich aus diesem Gleichlaufgedanken ergebenden Implikationen sind entsprechend zu beachten,<sup>141</sup> denn gerade in der neueren Diskussion der Haftungsfrage im Gesellschaftsrecht wird durch die Vertreter einer ökonomischen Analyse des Rechts<sup>142</sup> die Bedeutung des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung wieder hervorgehoben. Gerade bei ökonomischen Betrachtungen wird die Konkordanz zwischen wirtschaftlicher Leitungs- und Herrschaftsmacht einerseits und zivilrechtlicher Haftung andererseits wieder verstärkt betont.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> Die Idee der Einheit der Haftung bei Einheit von Leitung und Herrschaft ist der Hintergrund für die Vorschläge zur sogenannten organischen Konzernverfassung, und auch heute gibt es zahlreiche Stimmen die für diesen Gleichlauf von Herrschaft und Haftung plädieren. Bemerkenswert ist, daß dies oftmals gerade unter systematischen Aspekten geschieht; vgl. hierzu generell Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 355. Wenn z.B. K. Schmidt, Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis (1983), S. 515 meint, im Grundsatz stelle die Intensität der Einflußnahme in Korrelation zum Umfang der zu tragenden Verantwortung für das herrschende Unternehmen, so liegt diesem der Gedanke des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung zugrunde. So eingängig dies auch erscheinen mag: im geltenden deutschen Kapitalgesellschaftsrecht wird dieser Gleichlauf von Herrschaft und Haftung eben nicht gegeben, wenn und solange die von der Rechtsordnung für die Haftungsbeschränkung aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, vgl. hierzu gleich unten. Richtig und wertvoll ist der aaO. von K. Schmidt ausgedrückte Gedanke jedoch bei einer Betrachtung der entsprechend der Intensität der möglichen Einflußnahme von Eingliederungs- über Vertrags- bis zum faktischen Konzern und den von der Rechtsordnung hieran geknüpften Haftungsfolgen. Vgl. zu diesem Verknüpfen von Intensität und Folgen unten in diesem Teil unter E.

<sup>141</sup> Der gedankliche Ursprung des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung wird denn auch in der jüngeren, höchstrichterlichen Entscheidungspraxis erwähnt: So diskutierte etwa der BGH im Girmes-Urteil, vgl. etwa ZIP 1995, 819, 822 m.w.N. die Auffassung der Literatur, daß die "*Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung, welcher der Gleichlauf von Stimmrechtsmacht und Verantwortlichkeit für Treupflichtverletzung entspreche*" zu einer erhöhten Treupflicht führen müsse - womit ausgedrückt wird, daß derjenige, der eine gesteigerte Möglichkeit der Einflußnahme besitze, einer erhöhten Treupflicht unterliegt. Allein diese Erörterung zeigt illustrativ die gedankliche Nähe des Ansatzes von Herrschaft und Haftung einerseits und des in dieser Arbeit eingehend behandelten Gedankens der zunehmenden Treubindung und der stärker werdenden Treupflicht bei gesteigertem Einflußpotential; vgl. unten in diesem Teil unter E.II. Es gilt zu sondern, und dabei ist es eben wichtig sich die Wertungen des Gesetzes deutlich zu machen: einerseits die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung und andererseits die Berücksichtigung eines besonderen Konfliktpotentials bei gesteigerter Einflußmöglichkeit.

<sup>142</sup> Auf diese von Posner begründete wirtschaftliche Betrachtungsweise rechtlicher Normen wird in dieser Arbeit nach reiflicher Überlegung nicht besonders eingegangen sondern nur im jeweiligen Kontext, da es dieser Arbeit vor allem um das systematische Verständnis der beschränkten Haftung und der Regelung dieser Frage geht.

<sup>143</sup> Vgl. statt aller etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 366ff. jeweils mit weiteren Nachweisen. Grundlegend etwa Easterbrook / Fischel, Limited Liability and the Corporation (1985), S. 89ff.; und vertiefend dies. Corporate Law (1991), passim, kritisch hierzu Presser, limited liability (1992), S. 150ff.

In dieser Arbeit wird statt der Frage des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung die Frage des Gleichlaufs und des Konflikt der verschiedenen Interessen *im* verbundenen Unternehmen als zentrales Problem aufgefaßt und seine Bedeutung für die Haftungsfrage dargestellt.<sup>144</sup>

### **V. Im Brennpunkt: Überlagerung der Interessen**

Nach hier vertretener Auffassung beruht die besondere Gläubigergefährdung im verbundenen Unternehmen darauf, *"daß als Folge der Unternehmensverbindung das eigenständige Interesse der Gesellschaft durch das Konzerninteresse<sup>145</sup> überlagert wird und das herrschende Unternehmen dazu tendiert, die Tätigkeit der abhängigen Gesellschaft an diesem Konzerninteresse auszurichten"*.<sup>146</sup> Wenn ein herrschendes Unternehmen bestimmenden Einfluß auf die Leitung einer abhängigen Gesellschaft ausübt, so geschieht dies typischerweise zur Verfolgung eigener, von denjenigen der abhängigen Gesellschaft abweichender Interessen, falls solche anderen fremden Interessen durch Beeinflussung verfolgt werden können.<sup>147</sup> Die Unterscheidung zwischen Gesellschaften, bei denen es zur Beeinflussung im Fremdinteresse kommt, und denjenigen Abhängigkeitsverhältnissen, in denen der herrschende Einfluß nicht zur Beeinflussung im Fremdinteresse benutzt wird, ist für das Recht der verbundenen Unternehmen zentral, geht es doch gerade darum, der gesteigerten Gefahr zu begegnen, die darin liegt, daß das herrschende Unternehmen *in* der abhängigen Gesellschaft gesellschaftsfremde Interessen verfolgt.<sup>148</sup>

Dieser Interessenkonflikt ist das zentrale Problem im Recht der verbundenen Unternehmen. Dementsprechend wurde der Interessengegensatz zwischen Konzerninteresse<sup>149</sup> und Interesse der abhängigen Gesellschaft - schlagwortartig:

---

<sup>144</sup> Die Bedeutung des Grundsatzes von Herrschaft und Haftung wird auch deutlich im Zusammenhang mit der Diskussion um den funktionalen Haftungsbegriff im AktG, etwa bei Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 55.

<sup>145</sup> Der hier verwendete Ausdruck Konzerninteresse wird in dieser Arbeit gebraucht, um den Text zu straffen und damit lesefreundlicher zu gestalten. Gemeint ist jeweils das gesellschaftsfremde unternehmerische Interesse das von einem herrschenden Anteilseigner ausgeübt werden kann, vgl. hierzu auch die terminologische Erwägung oben in der Einleitung zu diesem Abschnitt V. Damit soll keinesfalls die Existenz eines abstrakt bestimmbar "Konzerninteresses" postuliert werden, ein solches kann es nicht geben, vgl. dazu gleich unten unter V.2.d.

<sup>146</sup> So bereits Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 396.

<sup>147</sup> Vgl. zu den betroffenen Interessen etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 71.

<sup>148</sup> Grundlegend so Mestmäcker, Systematik (1967/84), S. 485f.

<sup>149</sup> Dieser Begriff stammt von Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), S. 79ff. Gemeint ist damit das durch den Unternehmensverbund geprägte Interesse des herrschenden Unternehmens, vgl. hierzu Ulmer, Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen Konzern (1986), S. 1580, Fn. 10. Der Begriff wird an dieser einleitenden Stelle dieser Arbeit zur Verdeutlichung des Interessenkonfliktes verwendet, vgl. zum Interesse des herrschenden Unternehmens unten in diesem Abschnitt unter V. 2.d.

Eigeninteresse<sup>150</sup> - z.B. in der vom Bundesminister der Justiz eingesetzten Unternehmensrechtskommission diskutiert. Dort wurde der Gedanke ausgesprochen, man solle den Interessenkonflikt dadurch lösen, "daß man durch konkretisierende Normen ein gewisses Korsett schaffe".<sup>151</sup> Im folgenden soll versucht werden, die Stäbe dieses Korsetts aufzuzeigen.

### **1. Sicherung der Gläubigerinteressen im Interessenkonflikt**

Eine unabhängige Gesellschaft hat ein Gesellschaftsinteresse, das auf den Gesellschaftszweck ausgerichtet ist und sich im existierenden Gleichlauf der Interessen der an der Gesellschaft Beteiligten ausdrückt. Im Gesellschaftsinteresse spiegelt sich also das gemeinsame Interesse aller Gesellschafter und Gläubiger am bestmöglichen Gedeihen der Gesellschaft wieder. Einer der Hauptunterschiede des Rechts der verbundenen Unternehmen zum klassischen Gesellschaftsrecht liegt in dem latenten Interessenkonflikt, der sich in der in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Gesellschaft abspielt; denn in der abhängigen Gesellschaft ist dieser Interessengleichlauf nicht unbedingt gegeben,<sup>152</sup> weil ein unternehmerischer Gesellschafter andere Interessen verfolgt als ein Kapitalanleger. Da das Leitbild des Interessengleichlaufes jedoch den Sicherungen des Gläubigerschutzes im System der Kapitalgesellschaft zugrundeliegt, bedarf es im Recht der verbundenen Unternehmen, wo dieser Interessengleichlauf nicht gegeben ist, somit anderer Interessensicherungsmechanismen.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> Vgl. näher zum Eigeninteresse, dem keine Begrifflichkeit beigemessen werden sollte, näher unten in diesem Teil unter A.V.2.b., E.I.1. und insbesondere 3.a.; vgl. zur Entwicklung des Eigeninteresses zum Kern der konzernrechtlichen Betrachtungen den rechtsgeschichtlichen Abriss bei Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 17ff.

<sup>151</sup> Vgl. etwa Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1393.

<sup>152</sup> Auch Priester, Unbeschränkte Konzernhaftung (1986), S. 140 formuliert vorsichtig, daß bei unabhängigen Gesellschaften ein gewisser Interessengleichlauf zwischen Gesellschaft, Gesellschaftern und Gläubigern besteht. Daß es bei der abhängigen Gesellschaft nur eine abgeschwächte Interessenidentität gibt, ist dargestellt von Roth, Zur beschränkten Haftung (1986), S. 378. Grundlegend findet sich bei Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 232 eine kraftvolle, in concreto auf einen Vertrag bezogene Betrachtung, daß bei Beherrschung der Vertrag die ihm "*eigene Kraft zum Interessenausgleich*" verliert. Eben zum Verlust dieser Kraft zum Interessenabgleichungsprozess kommt es in einer abhängigen Gesellschaft. Die Kritik hieran, etwa bei Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 169 berücksichtigt nicht die im Abhängigkeitsverhältnis *gesteigerte* Gefährdung - die aaO. zwar abgestritten wird, jedoch eben der gesetzgeberischen Grundwertung widerspricht, wie sie in der Existenz des dritten Buches des AktG zum Ausdruck kommt.

<sup>153</sup> Daß bei einer Hervorhebung dieser Interessenverschiebung zum Gläubigerschutz das in der ursprünglichen Regelung bereits kompensierte Risiko noch einmal im Interessenausgleich verwertet und damit im Ergebnis überkompensiert werde, meint dagegen etwa Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 168, ähnlich auch Adams, Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung (1991), S. 68f. Hier wird dagegen mit der herrschenden Meinung, angenommen, daß der Interessengleichlauf in der abhängigen Gesellschaft in einer den Rahmen des klassischen Gesellschaftsrechts sprengenden Weise gestört ist.



Das Recht wirkt einer Interessengefährdung der Gesellschaftsgläubiger durch unternehmerisches Fehlverhalten nur zurückhaltend entgegen. So haben die Gläubiger keinen konkreten Einfluß auf unternehmerische Entscheidungen im gesunden Unternehmen.<sup>154</sup> Bei abhängigen Gesellschaften bedarf es deshalb gesetzlicher Gläubigerschutzvorschriften, soweit die Gläubiger sich selbst nicht auf andere Art schützen können. Bei der Heterogenität der Gläubigergruppe sind solche Schutzvorschriften unumgänglich. Dies wird besonders deutlich, wenn man zwei so unterschiedliche Gläubiger wie etwa eine Bank und ein Unfallopfer betrachtet. Während ein Vertragspartner, z.B. eine Bank, sich oft aus einer Position der Stärke Sicherheiten verschaffen können wird, sind unfreiwillige Gläubiger, etwa ein Unfallopfer, ohne Möglichkeit ihre Risikoposition im Vorfeld abzusichern oder Maßnahmen zu ergreifen, um einen etwaigen Haftungsausfall kompensieren.<sup>155</sup> So unterschiedlich Gläubiger auch sein mögen, ist es das gemeinsame (Sicherheits-) Interesse aller Gläubiger, mindestens einen zahlungsfähigen Schuldner zu haben.<sup>156</sup> Da Gläubigern einer Kapitalgesellschaft nur deren Vermögen als Sicherheit dient, werden die Gläubigerinteressen vom Gesetz geschützt, indem das Kapital der Kapitalgesellschaft durch Kapitalvorschriften geschützt wird. Der Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht ist somit als ein Reflex<sup>157</sup> des Schutzes der Gesellschaft angelegt. Alle Gesellschaftsgläubiger werden dann gleich geschützt, wenn die Gesellschaft als solche geschützt wird.

## **2. Frage der Bedeutung des Eigeninteresses der Gesellschaft**

Viele Rechtsordnungen verpflichten die Geschäftsleitungen der abhängigen Gesellschaften strikt auf die Wahrung der Interessen ihrer Gesellschaft.<sup>158</sup> Auf den Grund hierfür ist kurz einzugehen, um das Eigeninteresse als mögliche Wertung<sup>159</sup> vorzustellen.

### **a) Zur historischen Dimension der Frage des Eigeninteresses**

---

<sup>154</sup> So Tilmann, Wirtschaftsrecht (1986), S. 119.

<sup>155</sup> Vgl. hierzu überaus instruktiv die Betrachtungen zu den unterschiedlichen Gläubigergruppen bei Easterbrook/Fischel, Limited Liability and the Corporation (1985), S. 104ff.; abwägend hierzu etwa Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 407ff. Vgl. zum US-amerikanischen Recht illustrativ auch die Gerichtspraxis bei Presser, limited liability (1992), S. 168 und bereits S. 166ff. m.w.N.

<sup>156</sup> Dem Gläubiger muß es dabei insbesondere um die Sicherheit ihrer Forderungen gehen; vgl. zu diesem als *vorrangig präferiertem Ziel* fächerübergreifend etwa Kessler, Interessen- und Kompetenzkonflikte (1993), S. 261f. und aus der juristischen Literatur früh Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 242ff.

<sup>157</sup> Vgl. zum Reflexschaden als Grund für eine Schranke bei der Ausübung von beherrschendem Einfluß etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 72.

<sup>158</sup> Vgl. Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 336 m.w.N. anderer Rechtsordnungen etwa aus dem romanischen Rechtsgebiet.

<sup>159</sup> Vgl. eingehend zum Eigeninteresse als gesetzgeberische Wertung unten in diesem Teil unter E.

Die Frage nach dem Interesse der Gesellschaft und seiner Bedeutung ist nicht neu; sie wurde bereits sehr früh von Reichsgericht in den Vordergrund gestellt<sup>160</sup>: Der Gesellschafter hat sich danach "grundsätzlich von dem Interesse der Gesellschaft und nicht von seinen privaten außerhalb der Gesellschaft liegenden Sonderinteressen leiten zu lassen". Später hat das Reichsgericht diese Auffassung präzisiert<sup>161</sup>: Danach ist das Problem nicht mehr in "eigensüchtigen" Beweggründen zu sehen, sondern in der "Nichtberücksichtigung des Wohls der Gesellschaft".<sup>162</sup>

Auch und besonders während der Aktienrechtsdiskussion der Weimarer Republik war die Frage des Eigeninteresses stark diskutiert. So betonten die Befürworter der Lehre vom "Unternehmen an sich" die Eigenwertigkeit und das Eigeninteresse der Gesellschaft.<sup>163</sup> Dem diametral entgegengesetzt meinten etwa diejenigen Reformbefürworter, die sich für eine Wiederherstellung der "Demokratie der Aktionäre" einsetzten, daß ein Interessendualismus zwischen Aktionären und Gesellschaft grundsätzlich zu verneinen und die Lehre vom Eigeninteresse deshalb zu verwerfen sei.<sup>164</sup>

Schon 1930 war die Aktiengesellschaft als solche stets als selbständige Rechtspersönlichkeit und reale Größe anerkannt, und der Entwurf eines Aktiengesetzes versuchte deshalb, die Interessen und Rechtssphären der Aktiengesellschaft und der Aktionäre gegeneinander abzugrenzen und Konflikte zu lösen.<sup>165</sup> Das Interesse der Gesellschaft wurde jedoch auch in anderen Bereichen als Maßstab herangezogen.<sup>166</sup>

Zwei Zitate aus der damaligen Zeit mögen das frühe Bewußtsein um ein Eigeninteresse der Gesellschaft aufzeigen: *"Einem richtig verstandenen Gesamtinteresse aber kann die Anerkennung nicht versagt werden. Die Gesellschaft bildet den einheitlichen Rahmen der verschiedenen Interessen, die im Unternehmen miteinander verbunden*

---

<sup>160</sup> Vgl. RGZ 107, S. 202, 204 (1923)

<sup>161</sup> RGZ 112, 14, 19 (1925), vgl. hierzu Drescher, Sicherung der Interessen (1932) m.w.N.

<sup>162</sup> Bei diesen Entscheidungen ging es um die Stimmrechtsausübung auf Generalversammlungen, vgl. auch die Entscheidungen RGZ 113, 12; RGZ 113, 188 RGZ 115, 303; RGZ 119, 104; RGZ 119, 255.

<sup>163</sup> Diese Reformgruppe, der sich auch der Deutsche Anwaltverein im allgemeinen anschloß, vertrat die Ansicht, daß das Eigeninteresse eine Generalklausel erfordere, vgl. etwa Schubert, Protokolle (1986), S. XXIII m.w.N. und hierzu die Ausführungen oben im zweiten Teil unter E.II. und III. Vgl. hierzu auch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 25.

<sup>164</sup> Vgl. hierzu die Darstellung oben im zweiten Teil unter E.II.; vgl. auch Schubert, Protokolle (1986), S. XXIII.

<sup>165</sup> Vgl. Schlegelberger, JW 1930, S. 3712. Vgl. hierzu Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 60.

<sup>166</sup> So etwa in der Frage nach der Offenbarung von Informationen, vgl. etwa die Aussage Hachenburgs in Schubert/Hommelhoff, Aktienrechtsreform (1986), S. 259, vgl. hierzu auch Nörr, Entwicklung (1986) S. 167. Dies entspricht dem auch nach dem AktG von 1965 von gewichtiger Seite, DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 416, für die faktischen Konzernverhältnisse befürworteten Maßstab, daß immer dann, wenn eine vom herrschenden Unternehmen veranlaßte Maßnahme auch von ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleitern eines im Eigeninteresse geführten Unternehmens getroffen wäre, das herrschende Unternehmen nicht haftet.

sind."<sup>167</sup> *"Diesen Rahmen darf der Einzelne nicht durch die Verfolgung seiner persönlichen Interessen sprengen. Es bildet sich in dem Zusammenfluß aller Einzelinteressen, der durch das gemeinsame Ziel der größten Wirtschaftlichkeit eine Gleichrichtung bekommt, in der Gesellschaft selbst ein Gesamtinteresse, das berücksichtigt werden muß."*<sup>168</sup>

Daß man auch damals schon den Interessenkonflikt sah, zeigt ein anderes Zitat: *"Grundsätzlich jedenfalls wird anerkannt, daß die Wahrnehmung eigener Interessen im Wesen der kapitalistischen Aktiengesellschaft" liegt und deshalb nicht abgelehnt werden kann, solange diese Interessenwahrnehmung 'nur in den Grenzen bleibt, die sich aus einer richtigen Abwägung der Einzelinteressen der Aktionäre untereinander und im Verhältnis zum Gesamtinteresse ergeben.'*<sup>169</sup>

An diesen Zitaten wird deutlich, wie schon vor einem halben Jahrhundert der Interessenkonflikt im Aktiengesellschaftsrecht rege beachtet wurde. Auf die rechtshistorischen Betrachtungen soll hier nicht weiter eingegangen werden.<sup>170</sup> Hier war nur hervorzuheben, daß die Frage eines Eigeninteresses einen altbekannten gesellschaftsrechtlichen Problemkomplex darstellt.

### **b. Abgrenzung und Festlegung eines Eigeninteresses**

Von einer abstrakten verbandsrechtlichen Definition des Begriffs des Eigeninteresses einer Kapitalgesellschaft wird hier abgesehen. Eine solche abstrakte Definition scheint wenig gewinnbringend. Dies wird bereits daran deutlich, dass eine solche abstrakte Definition des Eigeninteresses sich am selbständigen Interesse einer unabhängigen Gesellschaft orientieren müßte, obwohl doch die Interessenlage einer abhängigen Gesellschaft - wie unten zu zeigen sein wird - eine ganz andere ist.<sup>171</sup> Eine generelle

---

<sup>167</sup> So Haußmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht (1928), S. 63.

<sup>168</sup> So im Anschluß an die Aussage Haußmanns Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 24.

<sup>169</sup> So bereits Drescher, Sicherung der Interessen (1932), S. 25 m.w.N. Bereits hier wird somit die Notwendigkeit einer Abwägung von Gesamtinteresse und Einzelinteresse deutlich, anders ausgedrückt als Abwägung von dem das Gesamtinteresse ausdrückenden Eigeninteresse der Kapitalgesellschaft und gesellschaftsfremdem Fremdinteresse.

<sup>170</sup> So interessant eine Verfolgung der Diskussion um das Eigeninteresse aus der damaligen Zeit bis in die Gegenwart auch wäre, kann das nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, deren Rahmen damit gesprengt würde. Verwiesen sei jedoch auf Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.77ff., der hervorhebt, daß das AktG 1937 eine de facto-Anerkennung des Grundsatzes des entschädigungslosen Vorrangs des Konzerninteresses (Vorrang schutzwürdiger Belange in §§ 101 Abs. 3, 192 Abs. 2 S. 2 AktG 1937) beinhaltete, weil *"gerade der Konzerngedanke, richtig durchgeführt"* - laut Akademie für Deutsches Recht - *"der nationalsozialistischen Wirtschaftsordnung"* entspreche; vgl. zutreffend kritisch zu dieser unseligen und unzulässigen Simplifizierung bereits Dettling, aaO. S. 78 m.w.N. Diese politisch bedingte Motivation für die Unterbrechung der früheren Überlegungen zum Eigeninteresse sei hier ausdrücklich betont; vgl. hierzu auch das oben im zweiten Teil unter E.III. Gesagte.

<sup>171</sup> So bereits Lutter, Konzernrecht in Europa (1987), S. 34 mit Verweis auf Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 303: eine Gesellschaft verändert mit dem Augenblick ihrer Einbindung in einen

Definition des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft scheint auch deshalb unerreichbar, weil die bloße Frage der gesellschaftsrechtlichen Existenz eines solchen Eigeninteresses nicht endgültig geklärt ist.<sup>172</sup> In der Literatur wird das Eigeninteresse einer Kapitalgesellschaft z.T. mit der Betrachtung abgelehnt, eine solche Ansicht verkenne, daß die Kapitalgesellschaft nur ein angenehmes und nützliches Denkmuster darstellt.<sup>173</sup> Ein solches Argument greift jedoch keinesfalls, ja eine solche antropomorphe Vorstellung<sup>174</sup> ist sogar hinderlich. Denn das Eigeninteresse ist nach dem in dieser Arbeit eingenommenen Auffassung als Abstraktionsbegriff zu verstehen, ebenso wie z.B. der Begriff der juristischen Person<sup>175</sup>. Diese ist ein Zweckgebilde ohne reales Substrat<sup>176</sup> und eben *kein* Wesen und kein Interessenträger im herkömmlichen Sinne. Die Kapitalgesellschaft an sich ist weder vernünftiger Einsicht noch eines Willens fähig, ihre sogenannten Interessen sind die ihrer Mitglieder und 'Organverwalter'.<sup>177</sup> Das Gesetz geht bei der Regelung der Kapitalgesellschaften jedoch vom Leitbild einer eigenständigen Gesellschaft aus. Dabei setzt Eigenständigkeit voraus, daß sich die Kapitalgesellschaft unternehmerisch kraft eigenen Willens<sup>178</sup> im eigenen Interesse betätigt, und sich dabei allein auf das Unterneh-

---

Konzern ihren Charakter. Vgl. hierzu die Ausführungen zur Problemdarlegung oben in diesem Teil unter A.I. Gegen eine zu stark begrifflich angelegte Argumentation gerade in dieser Interessenfrage auch Hommelhoff, *Der Verlustausgleich* (1987), S. 232, Fn. 44 und unten in diesem Teil unter E.I.1. und insbesondere 3.a.

- <sup>172</sup> In der hier vorliegenden Arbeit wird das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab herangezogen; vgl. hierzu die Darstellung unten in diesem Teil unter E.
- <sup>173</sup> So z.B. Adams, *Beschränkte Haftung* (1991), S. 15.
- <sup>174</sup> Auch Nissing, *Eigeninteresse* (1993), S. 69 wendet sich gegen eine solch 'mystische Personifikation der Gesellschaft'.
- <sup>175</sup> Vgl. für die juristische Person so z.B. Flume, *Juristische Person* (1983), S. 26. Auf die Diskussion zur juristischen Person und die aus dem Phänomen und dem 'Wesen' der juristischen Person fließenden theoretischen Probleme wird in dieser Arbeit nicht eingegangen, vgl. bereits oben im ersten Teil unter B.III. Denn '*nur die Befreiung von den Fesseln juristischer 'Wesensheiten' kann der Rechtswirklichkeit angemessene Konfliktlösungen*' bringen, vgl. so im Bezug auf die Treupflicht etwa Immenga, *Personalistische Kapitalgesellschaft* (1970), S. 274 und bereits Mestmäcker, *Verwaltung, Konzerngewalt* (1958), S. 249. Dies muß so sein, weil die juristische Person nach richtiger Auffassung eben "*kein Ding an sich' ist, kein Subjekt mit einem realen, für die Rechtsordnung unverrückbaren Sein wie der Mensch, sondern eben eine Kunstform, ein Zweckgebilde der Rechtsordnung, ungemein geeignet als Form dauerhafter Kooperation ebenso wie zur Haftungsbegrenzung, frei von den Schrecken des Todes ebenso wie von den Unbilden des Menschenschicksals*", vgl. so Lutter, *Haftung in der Unternehmensgruppe* (1982), S. 253f. Ebensowenig wie die Kapitalgesellschaft als juristische Person antropomorph zu betrachten ist, sollten mit dem Eigeninteresse menschenähnliche Züge verbunden werden.
- <sup>176</sup> Vgl. so Scholz/Emmerich *GmbHG* (2000), § 13 Rn. 59.
- <sup>177</sup> Vgl. die Nachweise hierzu bei Flume, *Juristische Person* (1983), S. 23.
- <sup>178</sup> Vgl. zum fehlenden eigenen Willen der abhängigen Gesellschaft etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 135ff., wo es u.a. treffend heißt, daß bei der abhängigen Gesellschaft oft kein Organ vorhanden ist, das sich bei der Wahrung der eigenen Belange dieser Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen durchsetzen könnte (Rz. 135) welches letztlich dazu führen kann, daß die Interessen der abhängigen Gesellschaft als zweitrangig behandelt oder gar ganz unberücksichtigt bleiben (Rz. 139). Eben deshalb ist es nötig, das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft zu schützen (aaO. Rz. 205ff.)

men der Gesellschaft und auf die Belange der an ihr Beteiligten ausgerichtet. Die Eigenständigkeit der Kapitalgesellschaft ist dabei gekennzeichnet von der Betätigung eines eigenen Willens und der Verfolgung eines Eigeninteresses.<sup>179</sup>

Mit dem Begriff Eigeninteresse ist in dieser Arbeit also nicht etwa die eben unangebrachte, weil menschengleiche Vorstellung<sup>180</sup> einer vernünftigen Einsicht oder Willensbildung eines vernunftsbegabten Wesens gemeint.<sup>181</sup> In dieser Arbeit wird der Begriff des Eigeninteresses einer Kapitalgesellschaft als das gesammelte Interesse von u.a. Gesellschaftern<sup>182</sup> und Gesellschaftsgläubigern aufgefaßt, deren Interessen in der Gesellschaft zusammenlaufen. Der Begriff beinhaltet somit eine Zusammenfassung unterschiedlicher Interessen.<sup>183</sup> Da eine Förderung dieses Interesses der Gesellschaft somit *mittelbar* zugleich den Belangen der Gläubiger und der Allgemeinheit dient,<sup>184</sup> ist das Eigeninteresse der sachimmanente Maßstab dafür, ob die Belange der Gesellschaft ausreichend gewahrt werden. In der Literatur ist eine solche Idee eines Eigeninteresses

---

<sup>179</sup> So etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rn. 202, dabei wird ein Eigeninteresse der Kapitalgesellschaft generell vorausgesetzt, vgl. etwa aaO. Rz. 135, 142, 150, 181. Insofern wäre es vielleicht richtiger, vom 'Eigenständigkeitsinteresse' der abhängigen Gesellschaft zu sprechen, um die Relativität des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem Fremdinteresse des Gesellschafters auszudrücken. Dies wird hier betont, von einem neuen Begriff wird jedoch Abstand genommen, weil dies eine Begrifflichkeit suggerieren würde, die hier eben nicht gewünscht wird.

<sup>180</sup> Denn das verbundene Unternehmen sprengt eben alle übernommenen anthropomorphen Denkfiguren, ähnlich etwa Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 204. Gegen eine Anthropomorphisierung ist auch Kessler, *Interessen- und Kompetenzkonflikte* (1993), S. 254, 255, 261 weil sie eben den Blick für neue Problemkonstellationen versperrt. Diesem ist zuzustimmen. Wenn Kessler, aaO., einer auf das Eigeninteresse abstellenden Betrachtung kritisch gegenübersteht, so bezieht sich dies - anders als hier vertreten - gerade auf diese falsche, weil anthropomorphe Auffassung des Eigeninteresses einer Gesellschaft. Kessler, aaO. S. 253, zeigt zuvor richtig auf, daß eine Aktiengesellschaft nicht einzig durch den Interessenmonismus der Aktionäre gesteuert wird, sondern daß sie ein pluralistisches Einflußsystem darstellt. Eine frühere Phase der Rechtswissenschaft sei überwunden.

<sup>181</sup> Vgl. hierzu die eingängige Beschreibung bei Müller-Freienfels, *Durchgriffshaftung* (1957), S. 529: Die natürliche Person hat als leib-seelische Einheit ein geistig-seelisches Wesen. Bei der juristischen Person spielen dagegen Erwägungen die Hauptrolle wie: Sicherstellung einer genügenden Haftungsmasse im Interesse der Gläubiger, Gewährleistung einer klaren, übersichtlichen und durchschaubaren Zuständigkeitsregelung im Interesse der Öffentlichkeit, Schutz der Minderheit, Ausschaltung von Interessenkollisionen usw.

<sup>182</sup> Vgl. grundlegend zur Unterscheidung zwischen Eigeninteresse der Gesellschaft und den Interessen der Gesellschafter bereits Zöllner, *Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht* (1963), S. 17ff.

<sup>183</sup> Was etwa das Interesse am Bestand der abhängigen Gesellschaft, der Verhinderung einer Aushöhlung der abhängigen Gesellschaft, betrifft, so decken sich beispielsweise Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen; vgl. so Ulmer, *Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern* (1984), S. 395, der der Frage nachgeht, ob und unter welchen Voraussetzungen im faktischen GmbH-Konzern zum Schutz der Gläubiger der Bestand der Gesellschaft auch gegenüber nachteiligen Einflußnahmen des Alleingeschafters zu erhalten ist, vgl. hierzu unten in diesem Teil unter E.I.1.

<sup>184</sup> Welches es nach dem richtig verstandenen Willen des Gesetzgebers gerade dienen soll, vgl. so bereits Fleck, *Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers* (1985), S. 395.

so ausgedrückt worden, daß ex lege ein planerisches "Gegenstromverfahren" angelegt sei.<sup>185</sup>

Ein solches Eigeninteresse ist fortlaufend neu festzulegen, da es das Resultat eines permanenten, in seinem Ausgang offenen Abgleichungsprozesses ist, in dem die unterschiedlichen auf die Gesellschaft gerichteten Partialinteressen harmonisiert werden müssen<sup>186</sup>. Zu diesen Partialinteressen zählen etwa alle Anteilseignerinteressen,<sup>187</sup> das Zusammenschlußinteresse, das Unternehmensinteresse<sup>188</sup>, finanzielle Interessen, Gläubigerinteressen etc.

Der Rahmen, in dem der das Eigeninteresse der Gesellschaft bildende Abgleichungsprozess unterschiedlicher Interessen abläuft, ist dabei stark vom jeweiligen Gesellschaftszweck abhängig; denn der Maßstab des Eigeninteresses<sup>189</sup> umschreibt die von jeder Ausrichtung auf ein fremdunternehmerisches Sonderinteresse freie Verwirklichung des Gesellschaftszweckes.<sup>190</sup>

---

<sup>185</sup> So im Zusammenhang mit gebotener Dezentralität im faktischen GmbH-Konzern plastisch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 258; zustimmend etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 54 m.z.w.N.

<sup>186</sup> Vgl. hierzu vertiefend Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht (1982), S. 247, und auf diesen aufbauend Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 54 m.w.N.

<sup>187</sup> Vgl. hierzu auch Kleindiek, DZWir (1993), 177, 180; weitaus zu polemisch hierzu etwa der von 'kryptisch-mystisch' sprechende Altmeppen, Die systematische Einordnung nach TBB (1994), S. 1912

<sup>188</sup> Auf das Unternehmensinteresse einer einzelnen Gesellschaft wird in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen, da es hierbei um den Inhalt der unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft geht, nicht aber um eine strukturelle Größe. Vgl. statt dessen zum 'generalklauselartigen Wertungsbegriff' Unternehmensinteresse Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 24ff. m.w.N. und insbesondere zum Verhältnis von Eigeninteresse und Unternehmensinteresse einer Gesellschaft etwa Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 48ff. m.w.N.

<sup>189</sup> Vgl. zur Bedeutung eines Konzernverhältnisses für den Gesellschaftszweck in Deutschland z.B. den Bundesgerichtshof in BGHZ 105, 324, S. 338 (Supermarkt). Die Rechtsfrage des Eigeninteresses ist in Deutschland jedoch nicht endgültig geklärt. Es sei daran erinnert, daß sich etwa durch den Unternehmensvertrag der Zweck der sich verpflichtenden Gesellschaft ändert. Zweckänderungen und dem gleichstehende Umstrukturierungen bedürfen jedoch nach § 33 BGB, einer Grundnorm des allgemeinen Verbandsrechtes, der Zustimmung sämtlicher Verbandsmitglieder. Allein an diesem Beispiel aus dem Vertragskonzernrecht wird deutlich, wie die Einbindung in ein polykorporatives Unternehmen den Zweck und damit auch das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft verändert. Zur zentralen Bedeutung des Zwecks bei der Festlegung des Eigeninteresses etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 419. Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden. Hier ist lediglich dargelegt worden, daß als Voraussetzung für die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung ein Eigeninteresse, verstanden als Maßstab für den Grad des Vorliegens des gesetzlich vorausgesetzten Interessenabgleich, vorliegt. Eine abstrakte Definition und den Inhalt des jeweiligen eben auch vom Zweck der Gesellschaft abhängigen Eigeninteresses der Kapitalgesellschaft ist hier nicht anzustellen; vor einer Begrifflichkeit oder einem Verständnis vom Eigeninteresse als "Wesen" der Kapitalgesellschaft ist zu warnen; vgl. hierzu auch unten in diesem Teil unter E.I.3.a.

<sup>190</sup> So für sowohl Personen- als auch Kapitalgesellschaft Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 41 mit weiteren Nachweisen zur Interdependenz von Gesellschaftsinteresse und Gesellschaftszweck. Hierauf wird hier wie erwähnt nicht eingegangen, denn statt dieser materiellen Bestimmung des Eigeninteresses interessiert hier dessen systematische Bedeutung.

Mit dem Begriff des Eigeninteresses ist somit das Substrat jener Partialinteressen gemeint, welche die Rechtsordnung schützen will. Das jeweilige Eigeninteresses liegt dabei nicht etwa ein für allemal fest, es wandelt sich mit den sich verändernden häufig divergierenden Einzelinteressen.

### **c. Einfluß von Beherrschung auf das Eigeninteresse**

Als Leitbild der Aktiengesellschaft gilt die große und selbständige Publikumsgesellschaft mit vielen einflußlosen Aktionären, deren Interessen sich mit denen der Verwaltung gleichrichten. In der autonomen Kapitalgesellschaft haben dabei alle Gesellschafter das Beste der Gesellschaft im Sinn, und aufgrund dieses Gleichlaufs der Interessen der Gesellschafter gibt es bei der unabhängigen Gesellschaft keinen Interessenkonflikt, der das ungestörte Ablaufen des dargelegten Abgleichungsprozesses einseitig beeinflussen würde. In der nicht-autonomen Gesellschaft trifft diese Annahme aber nicht zu;<sup>191</sup> denn der dieser Annahme zugrundeliegende Gedanke des Gleichlaufs der Interessen der Gesellschafter ist nicht gegeben, weil die Einbindung in ein verbundenes Unternehmen die Interessenausrichtung der abhängigen Gesellschaft grundlegend verändert.<sup>192</sup> Dies könnte man ebenso dadurch ausdrücken, daß die aktiengesetzliche Konzeption und damit das aktiengesetzliche Funktionsschema nicht mehr stimmt, weil dieses Schema *"am Muster einer in sich geschlossenen, wirtschaftlich unabhängigen und des Eigeninteresses fähigen Gesellschaft entwickelt worden"* ist.<sup>193</sup>

Dem Eigeninteresse der Einzelgesellschaften steht im polykorporativen Unternehmen das Interesse des herrschenden Unternehmens<sup>194</sup> gegenüber, welches im gesamten verbundenen Unternehmen wahrgenommen werden kann. Es besteht im polykorporativen Unternehmen die Gefahr, daß der Unternehmensgesellschafter die Gesellschaft zum Nachteil einer Minderheit oder von Gläubigern für seine sonstigen Interessen ausbeutet. Der für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifische - kurz: konzernrechtliche - Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Gesellschafter, der den spezifischen Tatbestand auslöst, Interesse daran haben kann, die abhängige Gesellschaft zu benachteiligen.<sup>195</sup>

Ursache der Interessenverschiebung ist somit die Überlagerung des normalen Gesellschaftsinteresses durch das dieses beeinträchtigende Fremdinteresse, denn *"das*

---

<sup>191</sup> Vgl. hierzu Mestmäcker, Systematik (1967), S. 311.

<sup>192</sup> Vgl. Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 70.

<sup>193</sup> Vgl. so Tschäni, Funktionswandel im Gesellschaftsrecht (1978), S. 89 m.w.N. auch ausländischer Literatur.

<sup>194</sup> Vgl. zu den Interessenbereichen im Aktienrecht z.B. Zöllner in der Einleitung zum Kölner Kommentar (1984), S. 244ff.; vgl. gleich unten in diesem Abschnitt unter V.2.d.

<sup>195</sup> Vgl. zu Anzeichen des Vorliegens eines Interessenumbruchs z.B. Hommelhoff, Konzernpraxis nach 'Video' (1992) S. 309; ders., Recht der Konzernhaftung (1994), S. 400ff.

*Handeln im Interesse des herrschenden Unternehmens schließt das Handeln im gemeinschaftlichen Interesse aller Gesellschafter definitionsgemäß aus.*<sup>196</sup> Diese Interessenüberlagerung<sup>197</sup> entspricht der in dieser Arbeit interessierende Gläubigergefährdung, denn die sich aus der Interessenüberlagerung ergebende Gläubigergefährdung wird vom einfachen Gesellschaftsrechts nicht erfaßt.<sup>198</sup>

Die Abkehr vom Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft und der Interessenumbruch zugunsten des Konzerninteresses sind der Ansatzpunkt der über das Gesellschaftsrecht hinausgehenden Betrachtungen. Dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft kommt im Recht der verbundenen Unternehmen somit die zentrale Rolle zu. Das Konzerninteresse steht als Fremdinteresse dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gegenüber. Das Konfliktpotential und die Gefährdung bestehen, wenn nicht mehr primär der Erfolg der Gesellschaft, sondern der des den Interessenumbruch auslösenden Gesellschafters angestrebt wird. Zwar ist die Gesellschaft trotz Abhängigkeit im Prinzip immer noch als eine selbständige Einheit zu führen, doch richtet sich die Leitung der abhängigen Gesellschaft 'quasi von selbst' an den Wünschen des herrschenden Unternehmens aus. Deshalb laufen kapitalgesellschaftsrechtliche Grundsatznormen, wie etwa die Ausrichtung am eigenen Interesse als Geschäftsführungsmaßstab, leer.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> So Mestmäcker, Systematik (1967/1984), S. 478. Bemerkenswert ist, daß diese Erwägung Mestmäckers ganz zu Anfang der Erwägungen Mestmäckers zum Verhältnis von Leitungsmacht und Verantwortlichkeit steht. Dementsprechend bleibt für Mestmäcker richtig im deutschen Recht ein herrschendes Unternehmen nach § 292 in der Ausnutzung seines Einflusses an das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gebunden.

<sup>197</sup> Es verdient bemerkt zu werden, daß auch in der US-amerikanischen Rechtsprechung zum Haftungsdurchgriff dieser Gedanke der Interessenüberlagerung einen zentralen Platz einnimmt: so ist im am häufigsten verwendeten Test, dem nicht abstrakt formulierten aber sogenannten 'alter-ego-test' immer die Frage zu stellen, ob eine Einheit der Interessen vorliegt, d.h. ob keine zwei eigenständigen Persönlichkeiten existieren (unity of interest). Erst danach wird die für die Equity-Prüfung charakteristische Frage nach dem ungerechten Ergebnis gestellt. Bemerkenswert aus dem US-amerikanischen Recht ist ferner eine Betrachtung aus dem anderen Ansatz der US-Durchgriffslehre, die sogenannte 'instrumentality-rule': dabei kommt es auf die Frage der Kontrollgewalt an. Ein Punkt auf der Indizienliste, die US-amerikanische Gerichte bei der instrumentality-rule zugrundelegen, ist besonders bemerkenswert, weil dabei die Frage gestellt wird, ob im Interesse der Tochter- oder der Muttergesellschaft gehandelt wird. Auf das US-amerikanische Recht soll wegen der grundsätzlich systematischen Unterschiede bei der in dieser Arbeit behandelten Frage nach der Ausgestaltung der Haftungsregelung nicht weiter eingegangen werden, vgl. zum alter-ego-test und ebenso zur instrumentality-rule einführend etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 10ff. m.w.N.; weitere Darstellungen etwa bei Maier, Grundsatz der Kapitalerhaltung und Durchgriffshaftung (1986); Nacke, Durchgriffshaftung in der U.S. amerikanischen Corporation (1988), passim; umfangreich Presser, Piercing the corporate veil (1991, Loseblatt), passim.

<sup>198</sup> Vgl. Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 400, weitere Literaturnachweise etwa bei Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 121, 132 und bereits S. 75, bei dem sich auch der eingängige Satz findet, daß eben das Eigeninteresse als 'normales Gesellschaftsinteresse' das Vertrauen der Gläubiger begründet - und nach hier vertretener Auffassung bei normaler Risikoverteilung eben auch rechtfertigt.

<sup>199</sup> Vgl. statt aller zu dieser Einschätzung richtig Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 44.



Der Konzernkonflikt wird international nicht überall gleich betrachtet<sup>200</sup>, das Grundproblem ist jedoch überall gleich<sup>201</sup>: Durch das Fremdinteresse, das auf Grund der nicht gegebenen Unabhängigkeit der Gesellschaft in dieser wahrgenommen werden kann, wird das Eigeninteresse der Gesellschaft nicht mehr voll wahrgenommen. Hierdurch ist das Idealmodell des Gesellschaftsrechts nicht mehr gegeben, nämlich der typische Gleichklang aller Interessen. Diese Voraussetzung der bei Einzelgesellschaften typischerweise existierenden Interesseneinheit - der Interessenmonismus bzw. die idealtypische Interessenparallelität<sup>202</sup> - fehlt also bei der im Konzernverhältnis stehenden Gesellschaft.<sup>203</sup> Das Eigeninteresse kann somit als Grenze aufgefaßt werden, die das herrschende Unternehmen zu beachten hat.<sup>204</sup>

In der Diskussion findet sich das Postulat, daß die Bindung des herrschenden Unternehmens an das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft unter den Bedingungen der Konzernabhängigkeit nicht durchsetzbar sei.<sup>205</sup> Dies und die Bedeutung des Eigeninteresses für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen soll im folgenden untersucht werden.

#### **d) Unternehmensinteresse: Das Interesse des polykorporativen Gebildes**

---

<sup>200</sup> Vgl. Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 3. Gerade von rechtsvergleichender Seite wird der Ansatz einer konzernspezifischen Gefährdung denn auch in Deutschland angegriffen, vgl. statt aller Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), durchgehend und insbesondere etwa S. 328, wo postuliert wird, ein materielles Konzernhaftungsrecht dürfe es nicht geben.

<sup>201</sup> Vgl. z.B. auch Druey, Gutachten für den 59. Deutschen Juristentag (1992), S. H63; vgl. zur Rechtslage nach französischem Recht statt aller Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), S. 5ff. m.w.N. und zur Rechtslage im englischen Recht statt aller ebenda, S. 85ff. m.w.N.

<sup>202</sup> So Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 348, 372, 542, der treffend auch von Interessenshomogenität, -harmonie bzw. -kollision spricht (aaO. S. 406, 418, 423).

<sup>203</sup> Vgl. auch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 244 und allgemein Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 277. Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2119 meint nicht, daß der Schutz des Gesellschaftsinteresses durch Gleichsetzung mit dem Gesellschafterinteresse nur in den Fällen der Konzernierung dysfunktional und deshalb korrekturbedürftig ist. Für Wilhelm besteht das Grundproblem der Haftungsbeschränkung - ganz unabhängig von Konzern und Abhängigkeit - in der Aufspaltung von Geschäftschancen einerseits und Geschäftsrisiken andererseits. Dieser Gedanke soll hier nicht übersehen werden, und daß diese Risikobetrachtung zentral für die Problematik der beschränkten Haftung ist, ist oben in diese Teil unter A.III. bereits dargelegt worden. Auch mag Wilhelm drin zustimmen sein, daß ebenso außerhalb des Rechts der verbundenen Unternehmen haftungsrechtliche Korrekturen nötig sind; in dieser Arbeit kommt es jedoch gerade hierauf nicht an: hier soll gerade der spezifische Ansatz des Gesetzgebers, wie er etwa im dritten Buch des AktG von 1965 Ausdruck gefunden hat, untersucht werden.

<sup>204</sup> Vgl. Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 61. und bereits Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 256; Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 417ff.

<sup>205</sup> Vgl. darstellend beispielsweise Hommelhoff/Kleindiek, Richtlinie und Konzernrecht (1990), S. 108 m.w.N.

Das verbundene Unternehmen kann als ein polykorporativer Verband<sup>206</sup> angesehen werden. Ein solcher polykorporativer Verband hat, wie jeder Verband, eigene Interessen, und ebensowenig wie die Interessen des einzelnen Verbandsmitgliedes immer denen des Verbandes entsprechen, entspricht das Interesse der einzelnen Gesellschaft dem Interesse des polykorporativen Unternehmens.<sup>207</sup> Dieses den einzelnen Einheiten des verbundenen Unternehmens gemeinsame Interesse führt nach allgemeiner Erfahrung dazu, daß auf irgendeine Weise eine einheitliche Leitung durch oder für die Gemeinschaft ausgeübt wird.<sup>208</sup>

Der hier vertretenen Auffassung liegt die Überlegung zugrunde, daß es in einem modernen, locker geführten<sup>209</sup>, polykorporativen Unternehmen kein 'abstraktes Konzerninteresse' gibt, das völlig ohne Rücksicht auf die im Unternehmen auftretenden Partikularinteressen besteht und diese zu verdrängen sucht.<sup>210</sup> Die Vorstellung eines Interesses des polykorporativen Unternehmens fungiert stattdessen in dieser Arbeit als deskriptiv-analytisches Instrument, um die im Unternehmen auftretenden und einer Integration bedürftigen Interessen zu erfassen<sup>211</sup>. In diesem Sinne handelt es sich beim Unternehmensinteresse<sup>212</sup> um die Summe der zu vereinenden Interessen, wobei einzelne

---

<sup>206</sup> Soweit ersichtlich wurde der Begriff des polykorporativen Verbandes erstmals von L. Raiser in die Diskussion gebracht, vgl. etwa dens., Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung (1964), S. 51, 54.

<sup>207</sup> Wie hier im Anschluß an L. Raiser auch Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 329.

<sup>208</sup> So im Bezug auf den Gleichordnungskonzern bereits DJT-Konzernrecht (1967), Rn. 174; vgl. hierzu auch das oben in diesem Teil unter A.IV.1. zur Interessenfindung im vernetzten polykorporativen Unternehmen Gesagte.

<sup>209</sup> Vgl. zum dezentral strukturierten Konzern als modernen Unternehmen etwa Hommelhoff/Kleindiek, Richtlinie und Konzernrecht (1990), S. 111.

<sup>210</sup> Oftmals wird es zu einem geschmeidigen Zusammenspiel von Verbunds- und Eigeninteressen kommen, vgl. bereits Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung nach TBB, (1994) S. 402.

<sup>211</sup> Vgl. zu dieser Verwendung des Begriffs Unternehmensinteresse etwa T. Raiser, Unternehmensinteresse (1974), S. 103 m.w.N. Im Gegensatz zu den Fällen, wo eine abhängige Gesellschaft nicht 'dem' herrschenden Unternehmen untersteht, formt sich dies der abhängigen Gesellschaft vorgelagerte Interesse also in einem Abgleichungsprozess verschiedener, außerhalb des Bereichs der abhängigen Gesellschaft liegender Interessen. Dies ist letztlich für die abhängige Gesellschaft ohne Bedeutung, denn der Willensbildungsprozeß läuft eben außerhalb der abhängigen Gesellschaft ab. Zur entsprechenden Betrachtung im 'Mehrmütter-Vertragskonzern' etwa Hommelhoff, Der Verlustausgleich (1987), S. 235, wo zutreffend festgestellt wird, das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft werde allenfalls reflexiv begünstigt, und daß sich aus der Sicht der abhängigen Gesellschaft die interessenumpolende Rechtsmacht nicht unterschiedlich auswirkt, weil es sich um eine einzelne Mutter oder etwa um einen Mehrmütterkonzern handelt. Entscheidend ist eben der Interessenumbruch in der abhängigen Gesellschaft, vgl. dazu auch die Analyse und Bewertung widerstreitender Interessen bei Hommelhoff, aaO. S. 237. Bei Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), etwa S. 328 fungiert - insofern ähnlich - der Begriff des unternehmerischen Gesellschaftsinteresses als Maßstab der Beurteilung, dort allerdings als Maßstab der Beurteilung des Organhandelns.

<sup>212</sup> Eine solch abstrakte Vorstellung des Unternehmensinteresses ist auf vielfältigen Widerspruch gestoßen, vgl. zum Widerstand gegen das Argumentationsmodell Unternehmensinteresse etwa T. Raiser, Unternehmensinteresse (1974), S. 116. Wenn diesem hier nicht nachgegangen wird, so

dieser Komponenten sich gegenseitig widersprechen und aufheben können. Die unzähligen Faktoren, die dies Interesse ausmachen, sind dabei unmöglich aufzulisten.<sup>213</sup> Unter diesen Faktoren ist auch das Eigeninteresse der einzelnen Gesellschaft im polykorporativen Unternehmen zu finden. Das Interesse des polykorporativen Unternehmens ist somit multidimensional und außerordentlich komplex, und eine rein theoretische Definition des Unternehmensinteresse hätte keinen Nutzen.<sup>214</sup> Das sich im ablaufenden Abgleichungsprozeß unterschiedlichster Interessen herauskristallisierende Ergebnis wird in dieser Arbeit als Unternehmensinteresse verstanden.<sup>215</sup>

Somit wird in dieser Arbeit der Begriff Unternehmensinteresse als Sammelbegriff für die im polykorporativen Unternehmen gebündelten und auf einen Nenner gebrachten Partikularinteressen verwendet.<sup>216</sup> Statt dieser Bezeichnung könnte man auch von Konzerninteresse,<sup>217</sup> unternehmerischen Fremdinteresse, Gesamtunternehmensinteresse,

deshalb, weil dies Unternehmensinteresse hier lediglich als Illustration zur Verdeutlichung des Gegenpoles zum Eigeninteresse der einzelnen Kapitalgesellschaft benutzt wird. Die Frage der Haftung wird - dem geltenden Recht entsprechend- in dieser Arbeit nur aus der Sicht der abhängigen Gesellschaft verfolgt.

<sup>213</sup> In der Realität wohl auch gar nicht - weder generell noch im Einzelfall - zu erfassen, insbesondere da es sich durchaus rein wirtschaftlich gesehen irrationelle, wie etwa persönliche oder - etwa bei Vorständen von Tochtergesellschaften: an Karrieregesichtspunkten orientierte - Interessen handeln kann.

<sup>214</sup> Vgl. hierzu eingehend T. Raiser, Unternehmensinteresse (1974), S. 108ff; vgl. zu den Systemfunktionen eines Unternehmens wie Verwirklichung bestimmter Ziele, Integration, Anpassung und Selbstverwaltung dens., Das Unternehmen als Organisation (1969), S. 105ff. m.w.N. Besonders was die hier angestellte Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen betrifft, hat dies zu gelten, denn im Haftungsrecht der verbundenen Unternehmen treffen gesellschaftsrechtliche Begriffsbildungen auf diverse rechtspolitische Zwecke des Haftungsrechts, vgl. hierzu etwa Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 264.

<sup>215</sup> Somit ist es nur nötig, am Unternehmensbegriff festzuhalten, wenn sich die Partikularinteressen nicht aufheben oder auflösen lassen. Das dies nicht der Fall ist belegt etwa T. Raiser, Unternehmensinteresse (1974), S. 109. Vgl. zur Interessenausrichtung im verbundenen Unternehmen bzw. zum Abgleich und Zurücktreten des Eigeninteresses gegenüber dem Konzerninteresse anschaulich auch Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 43ff.

<sup>216</sup> Insofern ist im polykorporativen Gebilde ein Regelungs-Ansatz, der sich *gegen* ein gerichtetes Fremdinteresse richtet, nach hier zugrundeliegender Auffassung nicht realitätsnah, da er in die falsche Richtung abzielt. So ist etwa der Ansatz von Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 15 - obwohl vielleicht beim ersten Blick realitätsnäher als die allgemein verbreitete Auffassung eines abstrakten Interesses der herrschenden Person, wenn ders. aaO. als Konzerninteresse das Interesse einer herrschenden Person verstanden wissen will. Die Fiktion eines Interesses einer herrschenden Person greift aber eben dennoch daneben, weil eine solche 'Person' in dem hier skizzierten polyzentrischen Gebilde beispielsweise gar nicht auszumachen wäre.

<sup>217</sup> Vgl. statt aller - auch zum gesamten Problemkomplex - etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 41, der Koppensteiner folgend den Begriff des Konzerninteresses als Bezeichnung für das 'Bestreben nach einer optimalen Ausschöpfung der im Konzern gebündelten Wirtschaftskraft' verwendet. Ein solches Bestreben setzt Kenntnis davon voraus, wie die im verbundenen Unternehmen gebündelte Wirtschaftskraft optimal ausgenutzt wird; ein solches Wissen ist ex ante jedoch gerade in einem dezentralisiert geführten verbundenen Unternehmen schwer erzielbar, bei unternehmerischer Marktinternalisierung letztlich auch gar nicht angestrebt, weshalb auf dieser an sich sehr illustrativen Beschreibung hier nicht aufgebaut wird.

Netzwerksinteresse<sup>218</sup> bzw. Polykorporationsinteresse<sup>219</sup> sprechen. Das Unternehmensinteresse (des polykorporativen Unternehmens) wird hier als Gegenbegriff zum Eigeninteresse (der einzelnen, nicht unabhängigen Kapitalgesellschaft) verstanden.<sup>220</sup> Der Konflikt zwischen diesem Polykorporationsinteresse und dem Eigeninteresse der einzelnen Gesellschaft ist nach hier vertretener Auffassung der zentrale Konflikt im polykorporativen Unternehmen, denn *"die Polarität zwischen der Einheit des Ganzen und der Vielheit der Glieder stellt das zentrale Problem dieses Gebildes dar."*<sup>221</sup> Eben dies ist

---

<sup>218</sup> Vom polykorporativen Unternehmen als Netzwerk der Koordination unter den Konzerngesellschaften spricht Teubner, z.B. Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 275. Im Netzwerk als Koordinierung autonomer Aktionszentren (ders., Unitas Multiplex (1991) S. 203) bildet sich das Netzwerksinteresse als Ergebnis des netzwerksinternen Abgleichungsprozesses. Gerade bei dieser Betrachtungsweise zeigt sich deutlich wie ein solches Interesse vom Eigeninteresse der autonomen Kapitalgesellschaft abweicht und deshalb als unternehmerisches Fremdinteresse einzustufen ist, das *in* der abhängigen Kapitalgesellschaft wahrgenommen werden kann. Daß es sich bei dem Problem der Koordination unterschiedlicher Interessen mehrerer Unternehmen zur Erzielung eines Gesamterfolges nicht um ein neues Problemfeld handelt, wird deutlich, wenn man Teubners Betrachtungen vergleicht mit den grundlegenden Erwägungen zu Gleichordnungskonzernen oder etwa Teilergebnis-Gemeinschaftsverträgen, vgl. etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 181ff., 188ff., 209: Die Besonderheit liegt darin, *"daß an der Entscheidung, was Konzerninteresse ist, und inwieweit das Einzelinteresse ersetzt wird, jedes einzelne Unternehmen mitwirkt."* Treffend wird dies dort, aaO. Rz. 343, als *'untereinander abhängige Unternehmen'* ausgedrückt. Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 54 beschreibt dies - ohne von Netzwerk zu sprechen - richtig so, daß die jeweiligen Eigeninteresse der einzelnen abhängigen Gesellschaft *"die konzernweite Zielkonzeption mit[prägen], nach der die unternehmerischen Aktivitäten aller Konzernglieder miteinander koordiniert werden"*. Letztlich ist die Netzwerksbetrachtung für die in dieser Arbeit als zentral angesehene Eigeninteressenfrage zwar illustrativ aber nicht entscheidend: im Netzwerk fehlt zwar das *'herrschende Unternehmen'* zudem eine Abhängigkeit bestehen könnte, und die Gesellschaft ist somit nicht abhängig. Sie ist jedoch nicht-unabhängig und also nicht am Eigeninteresse ausgerichtet, vgl. zur Abhängigkeit im Gleichordnungskonzern bei mehreren Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind sondern in einem gleichartigen Rechtsverhältnis zueinander stehen auch K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 421ff. m.w.N.

<sup>219</sup> Mit dem Begriff *'Polykorporationsinteresse'* könnte ein neues Schlagwort für dies Interesse des polykorporativen Unternehmens in die Diskussion eingeführt werden. Hiervon wird aber Abstand genommen: Zwar würde eine solche Wortschöpfung ausdrücken, daß auch das Interesse der einzelnen im Unternehmensverbund stehenden Gesellschaft in jenen Abgleichungsprozeß einfließt, als dessen Ergebnis sich das Interesse des polykorporativen Unternehmens herauskristallisiert; vgl. im Ergebnis ähnlich Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 746 mit Fn. 331. Ein solches Abgleichsergebnis kann man sich aber ebenso bei dem Begriff Unternehmensinteresse vorstellen. Da es jedoch keinen Eigenwert hat, neue und lediglich deskriptive Begriffe in die Diskussion einzubringen, wird in dieser Arbeit deshalb auf den gängigen Begriff Unternehmensinteresse zurückgegriffen. Es geht hier nicht darum, Begrifflichkeiten darzustellen, oder gar neue zu schaffen. Wichtig sind die materiellen Betrachtungen, die Aufschluß auf die der Regelung zugrundeliegenden Wertungen erlauben. Vgl. hierzu auch das oben in diesem Abschnitt unter V.2.b. zum Eigenständigkeitsinteresse Gesagte.

<sup>220</sup> Womit aber keineswegs ausgedrückt werden soll, das Vorhandensein eines Polykorporationsinteresses führe stets zu einer mehr oder minder weitgehenden Prädominanz dessen zu Lasten des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft. Eine solche Annahme ist soweit ersichtlich nicht belegt, vgl. im Ergebnis so bereits Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 50. Nur der Verdeutlichung halber sei angeführt, daß der Interessenumbruch sich aus der Divergenz zwischen *'Polykorporationsinteresse'* des verbundenen Unternehmens und *'Eigenständigkeitsinteresse'* der einzelnen abhängigen Gesellschaft ergibt.

<sup>221</sup> Zitat von Raiser, Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung (1964), S. 54; vgl. hierzu auch insgesamt Bälz, Einheit und Vielheit (1974), passim.

der rechtsqualitative Quantensprung, der in dieser Arbeit als zentraler Wertungsgesichtspunkt aufgefaßt wird: durch das Fremdinteresse, welches das Eigeninteresse der einzelnen Kapitalgesellschaft überlagert, ist die bei der autonomen Kapitalgesellschaft aufgrund der *"idealiter und weitgehend auch realiter vorhandene Interesseneinheit"* Ausrichtung gefährdet.<sup>222</sup>

#### **e) Zur zentralen Bedeutung des Eigeninteresses für die Haftungsfrage**

Oben ist dargelegt worden, wie die Kapitalvorschriften bei der autonomen Gesellschaft allgemein als Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen angesehen werden.<sup>223</sup> Dazu beruht nach hier vertretener Auffassung die Legitimität der Haftungsbeschränkung bei der autonomen Gesellschaft darauf, daß es aufgrund der gemeinsamen Interessen von Gesellschaftern und Gläubigern an einer prosperierenden Kapitalgesellschaft zu einer diesem gemeinsamen Interesse entsprechenden Ausrichtung der Kapitalgesellschaft kommt.<sup>224</sup> Es ist bei der autonomen Kapitalgesellschaft das Interesse aller Gesellschafter, daß es der Gesellschaft so gut wie möglich geht, und es kann erwartet werden, daß ein Gesellschafter *"im Regelfall das Interesse dieses Unternehmens als sein eigenes betrachten oder jedenfalls keine ihm zuwiderlaufenden Sonderinteressen verfolgen wird."*<sup>225</sup>

Diese Betrachtungen entsprechen der in der wirtschaftlichen Theorie normalerweise vorausgesetzten Betrachtung, daß die Einheit versucht, ihr Eigeninteresse dadurch zu optimieren, daß sie sich für das Handeln entscheidet, daß der Einheit unter den gegebenen Informationen und Ausschüttungsmechanismen den größten zu erwartenden Nutzwert gewährt.<sup>226</sup> Mit diesem Gleichlauf der Gesellschafterinteressen korrespondiert weitgehend das Interesse der Gläubiger; denn auch diese sind an einer guten Entwicklung der Kapitalgesellschaft interessiert, sei es aufgrund der dadurch gegebenen Sicherheit der

Es sei pointiert, daß die *"Spannung zwischen Einheit und Vielheit im Konzern"*, nicht nur in Haftungsfragen sondern insgesamt bei Konzernkonflikten konzernspezifische Modifikation der gesellschaftsrechtlichen Regeln verlangt, vgl. zu einem anderen solchen Spannungsfall etwa Hommelhoff, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern (1996), S. 144f. m.w.N.

<sup>222</sup> Vgl. so - allerdings für die Interesseneinheit unter den Gesellschaftern - Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 39; vgl. zum Abgleich in der abhängigen Gesellschaft und zu deren Interesse bereits oben in diesem Abschnitt unter V.2.b.

<sup>223</sup> Vgl. oben im ersten Teil dieser Arbeit unter B. I. bis III.

<sup>224</sup> Eben das Fehlen des Gleichlaufs der Interessen in der abhängigen Gesellschaft, etwa bei der Wahrnehmung von Geschäftschancen, führt dazu, daß das Eigeninteresse zum zentralen Punkt im Recht der verbundenen Unternehmen wird.

<sup>225</sup> So zur Interessenfrage aus dem deutschen Recht etwa BGHZ 69, 334, 337 (VEBA, 1977), wo diesem Interessengleichlauf eine wirtschaftliche Interessenbindung außerhalb der Gesellschaft gegenüber gestellt wird, vgl. hierzu BGHZ 74, 359, 364 (WAZ); BGHZ 80, 69, 72 (Süssen).

<sup>226</sup> Vgl. statt aller Pratt & Zeckhauser, Principal and Agents - The structure of business (1985), passim.

Forderungen, sei es in Erwartung von Anschlußverträgen etc. Diese, das Gesellschaftsinteresse ausdrückende, optimale Entwicklung hängt davon ab, daß die unternehmerische Initiative sich möglichst ungehindert entfalten kann.<sup>227</sup>

Die Kapitalvorschriften rechtfertigen im geltenden Recht zwar die Haftungsbeschränkung, eine Kapitalerhaltung kann berechtigterweise jedoch nur dann erwartet werden, wenn insofern die skizzierte Interessenhomogenität vorliegt. Dementsprechend sind es nach hier vertretener Auffassung der eben dargelegte Interessengleichlauf und die sich hieraus ergebende Interessenhomogenität, die ein Greifen der Kapitalvorschriften überhaupt ermöglichen, die beschränkte Haftung legitimieren<sup>228</sup> und zur weitverbreiteten Akzeptanz der Kapitalgesellschaften im Rechtsverkehr geführt haben.<sup>229</sup> Nur weil es bei der autonomen Kapitalgesellschaft einen solchen Gleichlauf der Interessen als systemimplizite Voraussetzung und Legitimation für die Haftungsbeschränkung gibt, kann die Rechtsordnung die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung gewähren. Dies wird denn auch bei einer rechtsgeschichtlichen Betrachtung deutlich, denn *"das Trennungsprinzip war ursprünglich an die Voraussetzung geknüpft, daß die juristische Person ein von den Interessen ihrer Träger unabhängiges eigenes Interesse verfolgt."*<sup>230</sup> Auf diesen sich im Gesellschaftsinteresse ausdrückenden - Interessengleichlaufs muß bei der autonomen Kapitalgesellschaft jedoch nicht geachtet werden, da dieser Interessengleichlauf ungestört abläuft.<sup>231</sup>

Auf dieser Grundlage wird in dieser Arbeit somit vertreten, daß zwar Trennungsprinzip und Kapitalerhaltungsregeln die Haftungsbeschränkung rechtfertigen, daß aber diese Regelung erst und nur auf der - im Gesetz stillschweigend *vorausgesetzten* - Grundlage

---

<sup>227</sup> Vgl. hierzu statt aller etwa Kübler, Gesellschaftsrecht (1998) § 2 II 3 c) sowie Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 53ff.

<sup>228</sup> Eine Parallele zum Personengesellschaftsrecht mag dies verdeutlichen: mehrere persönlich haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft nehmen jeder das gesamte Haftungsrisiko auf sich, weil sie davon ausgehen, daß jeder der übrigen Gesellschafter die gemeinsamen Interessen verfolgen wird.

<sup>229</sup> Für die GmbH ist dies so ausgedrückt worden, daß wenn sich die GmbH als eine auch den Gläubigerbelangen Rechnung tragende Rechtsform erwiesen hat, so ist dies vor allem dem Gleichlauf von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen in der autonomen GmbH zu verdanken; vgl. so Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 400, der dabei die gemeinsame Gewinnerzielung der Gesellschafter als typischer angestrebter Geschäftserfolg betont, weil dieser der Gesellschaft zugute kommt, die gleichzeitig durch die Kapitalerhaltungsregeln gegen Ausplünderung geschützt ist.

<sup>230</sup> Diese in dieser Arbeit in den Mittelpunkt der Betrachtungen zum Eigeninteresse gesetzte Betrachtung findet sich etwa bei Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 310.

<sup>231</sup> Ausnahmen des Interessengleichlaufs existieren zwar, z.B. das steuerrechtlich begründbare Interesse der Gesellschafter an verdeckten Gewinnausschüttungen bzw. verdeckten Vermögensverlagerungen. Solche gesellschaftsinternen Interessengegensätze gerecht zu lösen, ist die Aufgabe der Kapitalvorschriften bzw. des Gleichheitsgrundsatzes. Diese *internen* Betrachtungen werden im allgemeinen Gesellschaftsrecht gelöst. Das unternehmerische Fremdinteresse, das in der abhängigen Kapitalgesellschaft wahrgenommen wird, ist aber qualitativ anders, nämlich den klassischen gesellschaftsrechtlichen Rahmen sprengend, anzugehen, da es sich hierbei um eine *externe* Betrachtung handelt.

des Interessengleichlaufes der Gesellschafter überhaupt legitimierbar wird. Erst im Recht der verbundenen Unternehmen, wo aufgrund der Abhängigkeit der Kapitalgesellschaft der Interessengleichlauf in der Kapitalgesellschaft fehlt, wird dieser der Legitimität der Haftungsbeschränkung zugrundeliegende Interessengleichlauf *in* der Kapitalgesellschaft gestört. Um für das Verschwinden dieser - bei der Einbindung in ein verbundenes Unternehmen verloren gehenden - Voraussetzung zu kompensieren, wird in dieser Arbeit für die im polykorporativen Unternehmensverbund stehende Kapitalgesellschaft statt des Ergebnisses dieses bei der autonomen Gesellschaft ungestört ablaufenden Abgleichungsprozesses der Vergleichsmaßstab des Eigeninteresses herangezogen.

### **3. Einwände gegen die zentrale Bedeutung des Eigeninteresses**

Gegen die Existenz *'eines'* Eigeninteresse werden in der Literatur zahlreiche Einwände erhoben. Dabei werden mit dem Begriff Eigeninteresse jedoch zahlreiche und unterschiedlichste Inhalte verbunden.<sup>232</sup>

Es wird beispielsweise vertreten, nicht eine Diskrepanz von Fremdinteresse einerseits und Eigeninteresse andererseits sei für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen ausschlaggebend, sondern die genaue Prüfung der Frage, ob im verbundenen Unternehmen für den einschlägigen Normzweckzusammenhang konkret eine ausreichend dichte Handlungsverflechtung vorliegt, welche die Zurechnung auf das herrschende Unternehmen zuläßt.<sup>233</sup> Eine solche Auffassung verkennt jedoch, daß die Interessenwahrung eben der Haftungsbegrenzung zugrundeliegt. Denn erst der zu wahrende Interessengleichlauf in der abhängigen Gesellschaft ermöglicht überhaupt erst die Haftungsbeschränkung.<sup>234</sup> Bereits deshalb kann vom Interessenumbruch als dem zentralem Punkt bei der Haftungsfrage nicht abgesehen werden.

### **4. Schutz und Wahrung des Eigeninteresses als zentraler Gesichtspunkt**

---

<sup>232</sup> Vgl. hierzu insgesamt unten in diesem Teil unter E.I.

<sup>233</sup> So etwa für das Netzwerk Teubner, Unitas Multiplex (1991), S. 208. So entschieden dort ein Eigeninteresse angegriffen wird, so nah liegen die dieser Betrachtung zugrundeliegenden Erwägungen an dem oben in diesem Teil unter A.V.1. sowie 2.c. und 2.d. Gesagten. An dieser Stelle wird nur *ein einzelner* Einwand gegen die zentrale Bedeutung des Eigeninteresses für die hier behandelte Problematik angeführt, um zu zeigen, daß die hier aufgestellte These von der entscheidenden Bedeutung nicht unumstritten ist. Der Ansatz der hier vorliegenden Arbeit ist gerade, daß die Frage der Wahrung des Eigeninteresses der abhängigen Kapitalgesellschaft von zentraler Bedeutung für und die zentrale Wertung im Recht der verbundenen Unternehmen ist. Vgl. näher zu den im geltenden Recht gegen das Eigeninteresse angeführte Gesichtspunkte unten in diesem Teil unter E.

<sup>234</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zum Normzweck der Haftungsbeschränkung oben im ersten Teil unter B.III.b.

Im Vorangegangenen wurde dargelegt, daß der Autonomieverlust<sup>235</sup> der abhängigen Gesellschaft einen Interessenumbruch in der Kapitalgesellschaft bewirkt. Zu diesem kommt es in der lediglich *partia*autonomen<sup>236</sup> Kapitalgesellschaft dann, wenn einem unternehmerisches Fremdinteresse *in* der Kapitalgesellschaft größeres Gewicht zukommt als dem Eigeninteresse der Kapitalgesellschaft.

Es gibt keinen Beweis dafür, daß das Eigeninteresse einer konzernbeherrschten Gesellschaft sich schlechterdings nicht wirksam wahren lasse.<sup>237</sup> Dementsprechend wird in dieser Arbeit die Auffassung vertreten, daß eine spezifische Regelung des Rechts der Haftung im verbundenen Unternehmen unumgänglich ist, wenn die einzelne Kapitalgesellschaft nicht mehr als eigenes Interessen- bzw. organisatorisches Zentrum verstanden werden kann.<sup>238</sup> In dieser Arbeit wird als Maßstab dafür, wann eine besondere Verantwortung greifen muß, um die gesetzgeberischen Wertungen umzusetzen, die Wahrung des Eigeninteresses einer Gesellschaft als Mittelpunkt einer solchen Regelung vorgestellt werden. Das Tatbestandsmerkmal der Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft wird dabei wie dargelegt als Korrektiv aufgegriffen.

Diese in dieser Arbeit als notwendig erachtete Korrektur der Interessenausrichtung aufgrund des fehlenden Gleichlaufs der Interessen geht einher mit der allgemeinen Feststellung, daß wirtschaftliches Ungleichgewicht unter mehreren Beteiligten den in der Rechtsordnung vorausgesetzten Interessenausgleich verhindert.<sup>239</sup> Ganz allgemein entfällt damit die erwartete Richtigkeitsgewähr, denn das Ungleichgewicht und der sich daraus

---

<sup>235</sup> Damit wird in dieser Ansatz also dem zweiten der Ansätze der Konzernproblematik gefolgt, die Behrens, *Durchgriff über die Grenze* (1982), S. 309, als Lösungsansätze zur Begegnung der Diskrepanz zwischen Unternehmen und Rechtssubjektivität anführt. Dieser Ansatz setzt bei den Rechtsregeln an, die das Verhalten der juristischen Person regeln. Unter diesem Ansatz ist zu erörtern, welche Bedeutung dem Autonomieverlust der Adressaten der Regelung zukommt. Dieser Lösungsansatz geht somit von einer Betrachtung der abhängigen Kapitalgesellschaft aus. Der andere Ansatz, der beim Konzept der juristischen Person ansetzt, baut nach hier vertretener Ansicht auf Begrifflichkeiten auf, und ist zur Lösung nicht geeignet. An dieser Stelle sei betont, daß diese Arbeit sich bewußt gegen eine begriffsjuristische Argumentation wendet, die oftmals eine innere Begründung vermissen läßt. Hier wird dagegen versucht, die Hintergründe und Wertungen der Regelungen hervorzuheben, vgl. bei ähnlicher Problematik etwa Drüke, *Haftung der Muttergesellschaft* (1990), S. 181 und oben im zweiten Teil unter A.I.1.a. und c.

<sup>236</sup> Es wird hierbei davon ausgegangen, daß die formale Grenze zwischen abhängiger und autonom agierender Gesellschaft in der Realität nicht so klar zu ziehen ist. Das Abgrenzungskriterium des überwiegenden Interesses scheint deshalb angebracht. Dem Ausdruck der *'Partialautonomie'* kommt dabei keine eigene Bedeutung zu, er soll dies nur veranschaulichen. Der in der Netzwerksbetrachtung, vgl. etwa Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 204, verwandte Ausdruck des *'semiautonomen'* Unternehmen wird dagegen hier nicht aufgegriffen.

<sup>237</sup> Auch Hommelhoff/Kleindiek, *Richtlinie und Konzernrecht* (1990), S. 111 sprechen sich gegen die These aus, die Wahrung des Eigeninteresses einer konzernbeherrschten Gesellschaft sei nicht möglich.

<sup>238</sup> Diese Arbeit folgt damit der Auffassung von z.B. Druey, *Gutachten* (1992), S. H 52.

<sup>239</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Abschnitt unter A.III. und IV. sowie beispielsweise das oben im zweiten Teil unter D.III.3.b. zur Generalklausel des § 9 AGBG Gesagte.



ergebende Einfluß gefährdet den materiellen Gehalt eingeräumter Handlungsfreiheiten.<sup>240</sup> Aufgrund der verlorengegangenen Homogenität der Interessenlage fehlt dementsprechend die aus einem ablaufenden Interessenausgleich fließende Richtigkeitsgewähr privatautonomer Entscheidungen in der abhängigen Gesellschaft.<sup>241</sup> Und genau darum muß es hier gehen: Den bei der autonomen Kapitalgesellschaft als Richtigkeitsgewähr vorausgesetzten Interessenausgleich wertungsmäßig wiederherzustellen, und jenes Maß an Gläubigerschutz zu erreichen, das der Gesetzgeber für die autonome Gesellschaft in den Kapitalgesellschaftsgesetzen konzipiert hat.<sup>242</sup> Diesem Gedankengang entsprechend wird in dieser Arbeit die Berücksichtigung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft<sup>243</sup> als Substitut für den - aufgrund der Wahrnehmung von Fremdinteressen durch das herrschende Unternehmen - fehlenden Interessengleichlauf aufgefaßt. Diese Berücksichtigung des Eigeninteresses ist nötig, um für das Fehlen des bei der Gewährung der Haftungsbeschränkung als Richtigkeitsgewähr vorausgesetzten Interessenausgleiches zu kompensieren.<sup>244</sup>

## **B: Einbettung der Haftungsfrage ins Recht der verbundenen Unternehmen**

In dieser Arbeit werden nur die haftungsrechtlichen Aspekte der in ein verbundenes Unternehmen eingebundenen Kapitalgesellschaft behandelt. Bevor in diesem Teil die materielle Regelung der Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen aufgezeigt wird, ist eingangs darzulegen, daß das Recht der verbundenen Unternehmen eine Unzahl ungeklärter und weitgehend un geregelter Fragen aufwirft, von denen die hier behandelte Haftungsfrage nur eine ist.

### **I. Fokussierung auf die abhängige Gesellschaft oder auf den Konzern?**

Sowohl in als auch zwischen den einzelnen Ländern Europas bestehen Divergenzen darüber, ob eine gesetzliche Regelung für verbundene Unternehmen notwendig ist, bzw. ob eine systematische Ordnung disparater Sachverhalte überhaupt möglich ist. In den Ländern der EU bestehen, teilweise durch die Rechtsakte der EU, weitgehend nur

---

<sup>240</sup> So auf Schmidt-Rimpler aufbauend Immenga, Bindung durch Treuepflichten (1992), S. 205.

<sup>241</sup> Vgl. zu diesem allgemeinen Problem im Recht der verbundenen Unternehmen ähnlich einleitend Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 2f.

<sup>242</sup> So allgemein bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 2f. m.w.N. sowie S. 12 und 28; vgl. hierzu auch die Ausführungen oben im ersten Teil unter B.I.

<sup>243</sup> Vgl. näher zum hier zugrundeliegenden Verständnis des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft als einem haftungsrechtlichem Korrektiv unten im zweiten Teil unter E.I.

<sup>244</sup> Daß ein solcher angemessener Interessenausgleich auch im Gesellschaftsrecht erwartet wird betont im Bezug auf die Formulierung und Durchsetzung von Gesellschaftsinteressen zu Recht Immenga, Bindung durch Treuepflichten (1992), S. 206.

fragmentarische Regelungen der Konzernproblematik; nur in Deutschland und Portugal eine systematische Teilregelung.<sup>245</sup> Zahlreiche unterschiedlichste Fragen privatrechtlicher, unternehmensrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, konkursrechtlicher, produkthaftungsrechtlicher, kartellrechtlicher, bankrechtlicher, steuerrechtlicher, arbeitsrechtlicher, umweltrechtlicher oder sonstiger Art<sup>246</sup> sind nicht - und insbesondere: nicht einheitlich - geregelt, weitgehend noch nicht einmal geklärt. Das Recht der verbundenen Unternehmen im weiteren Sinne (the laws relating to group matters) wirft zahlreiche unterschiedliche Fragen auf, und die hier behandelte Haftungsfrage ist nur ein kleiner, allerdings zentraler, Aspekt des Rechts des verbundenen Unternehmen. Dies sei hier deshalb besonders hervorgehoben, weil bei den hier anzustellenden Gedanken zu einer Regelung der Haftungsfrage die Einbettung dieser in das gesamte Recht der verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen ist.<sup>247</sup> Die Haftungsfrage bei Interessenüberlagerung bzw. -verdrängung in der abhängigen Gesellschaft ist nur ein Bereich in der weitgehend unregelmäßig Materie des Rechts der verbundenen Unternehmen. Dies ist insbesondere deshalb zu berücksichtigen, weil der deutsche Gesetzgeber bei der Regelung des dritten

---

<sup>245</sup> Hier soll nicht versucht werden, einen Überblick über den Stand des Konzernrechts in Europa zu geben; vgl. statt dessen nur Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht* (4. Aufl., 1995), passim m.z.w.N. oder *Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa* (ZGR 1998), S. 672, 679 mit der Einschätzung als "*deutschen Sonderweg*", dem bisher andere Staaten "*zwar nicht allgemein, aber immerhin Brasilien, Portugal, Kroatien, Slowenien und Taiwan gefolgt*" seien (m.w.N.). Statt des in Deutschland und den genannten Ländern im Gesellschaftsrecht eingeschlagenen Wegs des eigenständigen Sonderrechts verfolgen viele andere Rechtsordnungen das grundlegend andere Regelungsmodell des konzernspezifisch fortgeschriebenen und ergänzten allgemeinen Rechts und setzen auf das allgemeine Zivil-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht, deren Regeln an die Besonderheiten der Gruppen- und Konzernlage angepaßt werden, um den spezifischen Verbundgefahren sachangemessen, effektiv und dennoch geschmeidig entgegenzuwirken; vgl. aaO. S. 680. Ein Fokussieren auf die hierbei zugrundeliegenden Wertungen und hieran orientierte Regelungsansätze erscheint eben deshalb konsensfähiger als eine Diskussion über Tatbestandsausformungen etc.; vgl. hierzu insgesamt das oben im zweiten Teil unter F.II. und III. Gesagte.

<sup>246</sup> Anschaulich etwa *Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa* (ZGR 1998), S. 672, 689 m.w.N.

<sup>247</sup> Auf eine vertiefende Darlegung der Einbettung der hier behandelten Haftungsfrage in das Recht der verbundenen Unternehmen wird nach reiflicher Überlegung verzichtet: dazu wäre zuerst die Einbettung der Haftungsfrage in die unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Bereiche erforderlich gewesen (neben dem Gläubigerschutz wäre dies insbesondere der Minderheitenschutz gewesen, auf den gleich anschließend in diesem Teil bei der Skizzierung der Regelung der §§ 291ff. AktG ansatzweise eingegangen wird). Dazu wäre dann eine Einbettung in die Gesamtrechtsordnung nötig gewesen, die entweder den Rahmen der vorliegenden Arbeit weit gesprengt hätte - oder aber sehr gestrafft und letztlich nur fragmentarisch gewesen wäre. Dieser Arbeit geht es darum, auf die Möglichkeit eines anderen, konsensfähigeren Regelungsansatzes eines Aspekts des Rechts des verbundenen Unternehmen aufzuzeigen; würde hier versucht, diesen Ansatz mit einer Gesamtbetrachtung zu vermischen, verlöre sich die Verbindung von gewähltem methodischen Weg und materiellen Wertungsgesichtspunkten der konkreten Haftungsfrage in einer Vielzahl weiterführenden Gedanken, anderen methodischen Ansätzen und abweichenden Wertungen; hier sei beispielsweise daran erinnert, daß Minderheitenschutz auf ganz andere Weise verwirklicht werden kann als Gläubigerschutz oder daß etwa dem Kartell- oder Arbeitsrecht völlig andere, weitgehend nicht zivilrechtliche, Schutzgedanken und Wertungen zugrundeliegen als der Haftungsfrage.

Buches des AktG, der für die hier behandelte Frage relevanten gesetzlichen Grundlage,<sup>248</sup> die Haftungs- bzw. Gläubigerschutzfrage in enger Verbindung mit anderen Fragen geregelt hat - mit der bei Zusammenfassungen zu erwartenden Überlagerung unterschiedlicher Wertungen.<sup>249</sup> Neben den materiellrechtlichen Problemen macht dabei insbesondere die Abgrenzung des Problemfeldes Schwierigkeiten.<sup>250</sup>

Dagegen ist unbestritten, daß die dargelegte besondere Problematik der abhängigen Gesellschaft im verbundenen Unternehmen<sup>251</sup> besteht.<sup>252</sup> Die Betrachtung der abhängigen Gesellschaft entspricht dem hier gewählten Ansatz und genügt für die hier behandelte Einzelfrage der Auswirkungen der Einbindung einer Kapitalgesellschaft in ein verbundenes Unternehmen auf das Privileg der beschränkten Haftung. Da hier nicht versucht werden soll, aus dieser (Frosch-) Perspektive den Blick auf das gesamte Recht der verbundenen Unternehmen zu richten, wird in der vorliegenden Arbeit nur auf die haftungsrechtlichen Folgen der Einbindung für die abhängige Gesellschaft aus deren Sicht eingegangen.<sup>253</sup>

## **II. Fokussierung auf die haftungsrelevanten Faktoren**

Dementsprechend werden in dieser Arbeit viele Gesichtspunkte übergangen oder lediglich cursorisch behandelt, die im Recht der verbundenen Unternehmen von wesentlicher Bedeutung sind, für die hier behandelte Haftungsfrage jedoch wenig ergiebig wären. Denn die Relevanz eines bei anderen Betrachtungen zentralen Gesichtspunktes im Recht der verbundenen Unternehmen kann für die Haftungsfrage durchaus marginal sein. Dagegen

---

<sup>248</sup> Vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter C.

<sup>249</sup> Vgl. hierzu etwa die Ausführungen zur Vermengung von Wertungsgesichtspunkten im Rahmen der Generalklausel des § 101 AktG 1937 oben im zweiten Teil unter E.III. und zum Kompromißcharakter der Regelung des dritten Buches des AktG 1965 statt aller nur Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG von 1965 (1997), passim, insbes. S. 76ff.

<sup>250</sup> Im Unternehmensorganisationsrecht oder etwa für die Unternehmensgruppe im Arbeitsrecht gibt es beispielsweise andere Schutzgedanken und Abwägungen und dementsprechend andere Abgrenzungen und Regelungsansätze als etwa in der Haftungsfrage. Auf diese Fragen wird in der vorliegenden Arbeit jedoch nicht eingegangen; illustrativ statt aller zur Bedeutung der beispielsweise im Arbeitsrecht geläufigen Einheitssicht des Konzerns für die hier behandelte Problematik etwa Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 201ff. m.w.N. auch zur organisationsrechtlichen Einheitsbetrachtung des Konzerns.

<sup>251</sup> Vgl. die Problemdarlegung oben in diesem Teil unter A.I. bis IV.

<sup>252</sup> Vgl. statt aller darstellend etwa Forum Europaeum Konzernrecht, *Konzernrecht in Europa* (ZGR 1998), S. 672, 676f. m.w.N.

<sup>253</sup> Dementsprechend wird auf Fragen der Auswirkungen auf das herrschende Unternehmen nicht eingegangen; daß solche bestehen - vgl. nur BGHZ 82, 188 (Hoesch-Hoogovens, 1981) oder BGHZ 83, 122 (Holzmüller, 1982) - sei damit in keinster Weise abgestritten, auf die unter Stichworten wie "*Konzernverfassungsrecht*", "*Konzernleitungspflicht*", "*Konzernbildungskontrolle*" etc. behandelten Fragen ist hier nicht einzugehen; vgl. zu den Zwecken dieser Regelungen und ihre Einbettung dieser Aspekte in die Regelungsansätze nur Forum Europaeum Konzernrecht, *Konzernrecht in Europa* (ZGR 1998), S. 672, 679 m.w.N.

werden für die Haftungsfrage relevante Gesichtspunkte in den Vordergrund gerückt: Dementsprechend wird das vermögensrechtliche Trennungsprinzip<sup>254</sup> wiederholt aufgegriffen, weil es bei gesellschaftsrechtlichen und besonders bei haftungsrechtlichen Betrachtungen des polykorporativen Unternehmens eine zentrale Stellung hat; dagegen schwindet die Betrachtung des - und auch der Respekt vor dem - Trennungsprinzip umso mehr, je weiter die in Verbindung mit dem polykorporativen Unternehmen auftauchenden Rechtsfragen vom eigentlichen Kapitalgesellschaftsrecht entfernt liegen.

### **III. Im Ergebnis nur auf die Haftungsfrage begrenzte Wertungen**

Die Beschränkung der Arbeit auf die behandelte Haftungsfrage und die Fokussierung auf die damit verbundenen Aspekte des Rechts der verbundenen Unternehmen bedeuten gleichzeitig, daß die in den Mittelpunkt der Betrachtungen gestellten Wertungen lediglich für die Haftungsfrage als die zentralen und relevanten gesetzgeberischen Wertungen zu verstehen sind.

Entsprechend der Funktion der Haftung<sup>255</sup> und dem Normzweck der Haftungsbeschränkung<sup>256</sup> wird versucht, zu den der Haftungsregelung zugrundeliegenden Wertungen vorzudringen und diese zu formulieren. Die gefundenen Wertungen können deshalb nicht auf andere Fragestellungen übertragen werden.<sup>257</sup> Es handelt sich um spezifische, zur Korrektur der aufgrund der Einbindung auftretenden Verwerfungen abgestimmte,<sup>258</sup> Wertungen zur Frage der Aufrechterhaltung des Privilegs der beschränkten Haftung bei der abhängigen Kapitalgesellschaft. Die angestellten Überlegungen bezwecken, methodische und materielle Erwägungen zu einem regelungstechnischen Vorschlag zu verbinden. Damit soll zwar aufgezeigt werden, daß einer evtl. Regelung bestimmter Aspekte im Recht der verbundenen Unternehmen methodische Erwägungen vorangehen sollten, es soll aber weder versucht werden, *die* richtige Methode,<sup>259</sup> noch *einen* über die Haftungsfrage hinaus geltenden

---

<sup>254</sup> Vgl. hierzu oben im ersten Teil unter B.III.1.ff.

<sup>255</sup> Vgl. hierzu oben im ersten Teil unter A.IV.

<sup>256</sup> Vgl. zum Normzweck der Haftungsbeschränkung oben im ersten Teil unter B.III.2.b.

<sup>257</sup> So dürfen die unten in diesem Teil unter E. angestellten Betrachtungen zur Treupflicht oder zum Haftungsmaßstab „Eigeninteresse“ beispielsweise *nicht* auf den Minderheitskonflikt übertragen werden: ebenso beschränken sich die Treupflichtbetrachtungen unter E.II. weitestgehend auf die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft, und die angestellten Überlegungen können nicht einfach auf die Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern übertragen werden, vgl. ausführlich unter E.II.4.

<sup>258</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter A. Gesagte.

<sup>259</sup> Wie gesagt: die Methode sollte sich nach der Problemstellung richten; die auf die hier behandelte haftungs- und damit zivilrechtlichen Problemstellung angewandte Methode führt beispielsweise bei stärker verwaltungsrechtlich geprägten Fragestellungen mit anderen Schutz- und Normzwecken kaum zu brauchbaren Ergebnissen; vgl. hierzu das oben im zweiten Teil unter A.I.2. und II. Gesagte.

allgemeingültigen Inhalt für gesetzgeberische Wertungen im Recht der verbundenen Unternehmen<sup>260</sup> aufzuzeigen.

Nach diesen Anmerkungen zur Einbettung der hier behandelten haftungsrechtlichen Problemstellung in das Recht der verbundenen Unternehmen, sind im folgenden Betrachtungen zum geltenden materiellen Haftungsrecht im verbundenen Unternehmen anzustellen,<sup>261</sup> welche nach einer systematischen Einordnung der Regelungsinhalte mit dem spezifischen Ansatz<sup>262</sup> zu den für diese Problematik zentralen Wertungen verdichtet werden.<sup>263</sup>

### **C: Beschränkte Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen**

In der gesellschaftlichen Entwicklung nach der Industrialisierung konnte - und sollte - zu keinem Zeitpunkt daran gedacht werden, die Haftungsbeschränkung generell aufzuheben, nur weil eine Kapitalgesellschaft Teil eines verbundenen Unternehmens ist.<sup>264</sup> So konnte - und sollte - auch die Schaffung einer allgemeinen unabänderlichen Unternehmenshaftung oder Konzernhaftung nicht ernsthaft erwogen werden. Eine Haftungsregelung im verbundenen Unternehmen darf, soll und kann nicht die Grundentscheidung der Rechtsordnung *für* die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung verdrängen: Nur soweit es der Tatbestand dringend gebietet und die heutigen Gesetze es klar zulassen, kann eine Haftung der herrschenden Person für Verpflichtungen der abhängigen bejaht werden.<sup>265</sup> Im Laufe der Zeit wurde dabei immer deutlicher, daß die Haftung sich in diesen Fällen nicht auf die einzelne juristische Person beschränken kann. Die Haftung muß vielmehr beim Vorliegen gewisser Umstände ausgedehnt werden.<sup>266</sup> Auf die Ausnahmefälle<sup>267</sup> im Recht der verbundenen Unternehmen ist im folgenden einzugehen.

---

<sup>260</sup> So verlangt beispielsweise der Schutz von Anteilseignern einer Aktiengesellschaft, welche herrschendes Unternehmen im Sinne des AktG ist, eine andere Wertungsgrundlage als die hier vorgeschlagene - und wiederum andere Schutzerwägungen und Wertungen gelten für die Gläubiger einer solchen Gesellschaft.

<sup>261</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter C.

<sup>262</sup> Vgl. hierzu unten in diesem Teil unter D.

<sup>263</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter E.

<sup>264</sup> Vgl. allgemein hierzu oben im ersten Teil unter D.

<sup>265</sup> Vgl. Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931) S. 72ff., der im Anschluß an diese Feststellung den damals geltenden Rechtszustand der vertraglichen und außervertraglichen Haftung entsprechend den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts untersucht. Schon an dieser Stelle wurde im übrigen eine Entwicklung zur objektiven Haftung aufgezeigt (vgl. S. 74). Vgl. hierzu die Ausführung im ersten Teil unter A.II.2. und zur Rolle des Haftungsprivilegs im verbundenen Unternehmen ebenda unter D.

<sup>266</sup> Vgl. problembezogen Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931), S. 88 und allgemein oben im ersten Teil unter B. und C.

<sup>267</sup> Vgl. zu diesem Ausnahmecharakter unten in diesem Teil unter D.II.1.

Die besondere Haftung im verbundenen Unternehmen, oft schlagwortartig Konzernhaftung genannt, soll lediglich die besondere Gefahrenlage für die einzelne Gesellschaft im polykorporativen Unternehmen ausgleichen.<sup>268</sup> Sie darf nicht als Vehikel zu einer allgemeinen Verbesserung der Gläubigerposition dienen.<sup>269</sup> Bei der Betrachtung der Haftung im verbundenen Unternehmen ist deshalb besondere Aufmerksamkeit der Grundentscheidung der deutschen Rechtsordnung zu widmen, daß zwischen der eigenständigen und der gesellschaftsrechtlich abhängigen Gesellschaft ein rechtsqualitativer Unterschied besteht.<sup>270</sup> Von dem Gesagten ausgehend, soll in diesem Abschnitt aus dem Blickwinkel der Haftungsfrage das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland dargelegt werden.

### **I. Übernahme des Haftungsprivilegs in das kodifizierte Recht der verbundenen Unternehmen**

In Deutschland liegt der systematischen Teilregelung des Rechts der verbundenen Unternehmen im dritten Buch des AktG von 1965 der Gedanke zugrunde, daß die Abhängigkeit von einem herrschenden Unternehmen die Gesellschaft potentiell mehr gefährdet als diejenige von einem herrschenden Privatgesellschafter.<sup>271</sup> Die tragende Erwägung hinter diesem Gedanken kann so ausgedrückt werden, daß für einen herrschenden Privatgesellschafter die bestmögliche Wahrung seiner Interessen mit der bestmöglichen Wahrung der Interessen der Gesellschaft übereinstimmt, während ein herrschendes Unternehmen besondere Interessen haben kann, die mit dem Gesellschaftsinteresse nicht übereinstimmen.<sup>272</sup>

Auf dieser Interessenbewertung aufbauend soll im folgenden erst die Regelung der Haftungsfrage im deutschen Recht aufgezeigt werden. Nach einigen systematischen Betrachtungen<sup>273</sup> wird danach versucht, die dieser Regelung zugrundeliegenden Wertungen<sup>274</sup> darzustellen.

---

<sup>268</sup> Vgl. das oben in diesem Teil unter A. zur Problematik Gesagte.

<sup>269</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter A.III. - etwa zur grundsätzlichen Legitimität der Haftungssegmentierung - Gesagte.

<sup>270</sup> Vgl. zum Gedanken der qualifizierten Verbundgefahren nur Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 32ff.; vgl. auch gleich unten in diesem Teil unter C.I.2. und das oben in diesem Teil unter A. Gesagte; vgl. zur Entwicklung dieses Gedankens etwa Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 213ff.

<sup>271</sup> So zum Ansatzpunkt der deutschen Regelung und diesem Gedanken zustimmend etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 347.

<sup>272</sup> Vgl. näher die Problemdarlegung oben in diesem Teil unter A.

<sup>273</sup> Unten in diesem Teil unter D.

<sup>274</sup> Unten in diesem Teil unter E.

## **1. Entwicklung zum heutigen kodifizierten deutschen Recht**

Alle Industriegesellschaften tendieren zu immer größeren Organisationseinheiten in Produktion, Handel und Dienstleistungen. Die wachsenden Unternehmenseinheiten erzwingen den Auf- und Ausbau zunehmend komplizierter Regelungs- und Leistungsstrukturen. Um den sich aus dieser Entwicklung ergebenden rechtlichen Problemen zu begegnen, hat sich der deutsche Gesetzgeber schon vor 30 Jahren dafür entschieden, das Recht der verbundenen Unternehmen gesetzlich zu regeln.

Die Regelung im 3. Buch des deutschen Aktiengesetzes soll den Strukturwandel<sup>275</sup> der in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Gesellschaft in seiner Eigenart und seinen Besonderheiten erfassen. Dies sollte geschehen, ohne die "*grundsätzlich gleichbleibende rechtliche Bewertung vergleichbarer Interessenkonflikte in Frage zu stellen*".<sup>276</sup> Dem 3. Buch des AktG von 1965 liegt dabei der Ansatz zugrunde, daß der Grundsatz des Gleichlaufs von Gesellschafterinteressen und Unternehmensinteressen in Frage gestellt wird, falls ein herrschendes Unternehmen einen bestimmenden Einfluß auf eine von ihm abhängige Gesellschaft ausübt.<sup>277</sup> Die deutsche Regelung baut dabei auf dem Gedanken auf, daß bei der abhängigen Gesellschaft die Abläufe in der Gesellschaft außerhalb der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung bestimmt werden,<sup>278</sup> und das gesetzliche Aktienkonzernrecht befaßt sich mit den Voraussetzungen, Grenzen und Folgen erlaubter Konzernherrschaft.<sup>279</sup>

Die Gesellschaft ist nicht um ihrer selbst wegen zu schützen.<sup>280</sup> Die Beherrschung der Gesellschaft durch ein anderes Unternehmen ist aber mit Gefahren für die anderen Aktionäre und die Gläubiger der Gesellschaft verbunden: denn die Beherrschungsmacht wird - im Widerspruch zum Grundgedanke des Interessengleichlaufs in der Gesellschaft -

---

<sup>275</sup> Die materiellen Folgen dieser Strukturänderungen waren der Grund für die Kodifizierung des deutschen Aktienkonzernrechts, vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 373.

<sup>276</sup> Vgl. so Mestmäcker, Systematik (1967), S. 131. Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S. 254 stellt dementsprechend die Frage, ob eine Ausbalancierung der Interessengegensätze im Konzern überhaupt möglich ist, und wie zu entscheiden ist, wenn dieser Interessenausgleich nicht zu erreichen ist. Eben dies versucht diese Arbeit zu beantworten. Auf die von Möhring aaO. ebenfalls aufgeworfene Frage, ob die Anerkennung von Leitungsmacht auch innerhalb des faktischen Konzerns im Vordergrund steht oder ob der primäre Zweck der gesetzlichen Regelung der Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger ist, soll hier nicht explizit eingegangen werden. Hervorgehoben werden soll jedoch, daß der Zweck der Normen eben dieser angestrebte Interessenausgleich ist. Möhring, aaO. S.254, meint, das Interesse der abhängigen Gesellschaft sei zu dabei zu berücksichtigen. Vgl. eindeutig für den Schutz der abhängigen Gesellschaft als Sinn und Zweck der § 311ff. sehr deutlich Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 146ff. m.w.N. Geßler sieht in den §§ 311ff. keine Leitungsmacht mit Weisungsrecht, es sei denn, die Nachteile werden ausgeglichen.

<sup>277</sup> Vgl. darstellend etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 18.

<sup>278</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 373.

<sup>279</sup> Vgl. K. Schmidt, Verlustausgleich (1992), S. 112.

<sup>280</sup> Ausführliche hierzu unten in diesem Teil unter E.I.3.a.

im Interesse des herrschenden Unternehmens ausgeübt, und eben nicht im gemeinsamen Interesse aller Aktionäre<sup>281</sup> - und Gläubiger. *"Den Gläubigern droht damit die Gefahr, daß das ihnen haftende Vermögen der Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens geschmälert wird."*<sup>282</sup> Im Recht der verbundenen Unternehmen hat sich der Gesetzgeber deshalb darum bemüht, die gegensätzlichen Interessen - zumindest auf vermögensrechtlicher Ebene - auszugleichen.<sup>283</sup> Eben weil die Beherrschung einer Gesellschaft durch ein anderes Unternehmen mit konkreten Gefahren für außenstehende Gesellschafter und Gläubiger verbunden ist, bestand Anlaß für den Gesetzgeber einzugreifen.<sup>284</sup>

Bei der Gesetzgebung bestand Einigkeit über den Grundsatz, daß es das Ziel des kodifizierten Rechts der verbundenen Unternehmen sein solle, *"den rechtlichen Schutz der Vermögensinteressen von Aktionären und Gläubigern"*<sup>285</sup> auch nach der Einbindung zu gewährleisten. Das dritte Buch des AktG trägt somit dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach Unternehmenszusammenfassungen Rechnung, indem es erlaubt, daß eine abhängige Gesellschaft einem Unternehmensinteresse untergeordnet wird. Dies darf jedoch nicht auf Kosten eventueller außenstehender Aktionäre und vorhandener Gläubiger geschehen, und das AktG muß deshalb als notwendige Voraussetzung wirksame Schutzmaßnahmen und Garantien zugunsten außenstehender Aktionäre und Gläubiger schaffen. Sonst könnte es keine *"Legalität der der Konzernleitung zu gestattenden umfassenden Leitungsmacht"* geben.<sup>286</sup> Die Wirksamkeit dieser Schutzmaßnahmen ist somit die notwendige Voraussetzung für die Möglichkeit einer rechtskonformen Konzernleitung.

---

<sup>281</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 373, vgl. dazu auch das oben in diesem Teil unter A.IV.1 Gesagte.

<sup>282</sup> So explizit die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 373; vgl. hierzu die Problemdarlegung oben in diesem Teil unter A.

<sup>283</sup> Grundsätzlich etwa Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S. 262; grundlegend Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG von 1965 (1997), passim.

<sup>284</sup> Vgl. die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 373.

<sup>285</sup> Vgl. so Mestmäcker, Systematik (1967), S. 131.

<sup>286</sup> Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1966), S. 260.



## **2. Entwicklung zur Haftungsregelung im dritten Buch des AktG 1965**

Schon lange vor dem Aktiengesetz von 1965 wurde diskutiert, ob allgemeine Institutionen des Zivilrechts oder ein besonderes Konzernhaftungsrecht die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen regeln sollten.<sup>287</sup> Einer der besonders umstrittenen Punkte damals war im Anschluß an eine Fragebogenaktion des Reichsjustizministeriums die sogenannte konzernrechtliche Generalklausel. Die heute aktuelle<sup>288</sup> und hier aufgegriffene Diskussion gab es also bereits einmal in Deutschland.

Nachdem die Diskussion durch das Dritte Reich unterbrochen und dann in Vergessenheit geraten war, gelangte man in Deutschland eben zur heutigen Lösung des eigenständigen Rechts der verbundenen Unternehmen. Die in Deutschland gewählte Lösung war das Konzernrecht und gerade nicht der Lösungsansatz bei den Institutionen des allgemeinen Zivilrechts<sup>289</sup>. Der deutschen Konzeption liegt mit dem AktG 1965<sup>290</sup> der Gedanke zugrunde, daß es zweifelhaft erschien, mit einer Regelung, die lediglich auf den Konflikt zwischen Mehrheit und Minderheit abzielte, alle diejenigen Interessengegensätze ausgleichen zu können, die in einer unter der einheitlichen Leitung eines herrschenden

---

<sup>287</sup> Dies war so bereits in den Jahren um 1930 der Fall, vgl. hierzu die Darstellung im zweiten Teil unter E. III. und IV; vgl. zur Geschichte des Aktienrechts auch Schubert/Hommelhoff: Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1986), passim. und Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 75.

<sup>288</sup> Auch heute wird diskutiert, ob die Haftung im Konzern auf allgemein zivilrechtlichen oder auf konzernspezifischen Ansätzen aufbauen soll, vgl. hierzu etwa die Diskussion auf dem 59. Deutschen Juristentag in Hannover (1992). Ziel dieser Arbeit ist es, dieser Diskussion die Bedeutung der der Regelung zugrundeliegenden Wertungen in Erinnerung zu rufen und die Diskussion um die Möglichkeit der Regelung durch eine Generalklausel zu bereichern.

<sup>289</sup> Vgl. hierzu explizit etwa Hommelhoff auf dem DJT 1992, Sitzungsbericht S. R 168f.

<sup>290</sup> Das AktG 1965 kam nach einer langen Diskussion zustande, insbesondere das Konzernrecht war stark diskutiert. Im Ergebnis handelt es sich bei der Gesetz gewordenen Regelung um einen Kompromiß unterschiedlicher Auffassungen und rechtspolitischer Strömungen. Auf die interessanten politischen und rechtspolitischen Überlegungen hinter dem 3. Buch des AktG 1965 kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. stattdessen m.z.w.N. einführend und anschaulich die lesenswerte Darstellung bei Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 89ff., zusammenfassend S. 131, mit Darstellung der fünf von ihm ausgemachten Reformlager: Dem Ordoliberalismus (S. 90ff.), welcher danach strebte, mit Hilfe eines strengen gesellschaftsrechtlichen Konzernrechts eine nach ordoliberalem Verständnis übermäßige Konzernbildung einzudämmen (vgl. hierzu näher die Grundhaltung in Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), passim); dem Neosozialismus (S. 101ff.), der bestrebt war, Großunternehmen und Konzerne durch die Schaffung eines rechtsformunabhängigen Unternehmensrechts öffentlich zu kontrollieren; dem Managerismus (S. 108f.), womit hier die rechtspolitische Strömung bezeichnet wird, mit Hilfe eines Konzernrechts verwaltungsbeherrschte Konzerne zu fördern und eigentümerbeherrschte Konzerne gegenüber diesen zurückzudrängen; einer "konservativer Liberalismus" genannten Strömung (S. 114ff.), welche im wesentlichen für die Beibehaltung des für Konzerne günstigen deutschen Aktienrechts von 1937 eintrat; sowie den Vertretern der Linie der sozialen Marktwirtschaft (S. 118ff.), denen es um einen Ausbau des Minderheiten- und Gläubigerschutzes und eine Verminderung der Anreize einer weiteren Konzentration ging. Dettling betont, daß sich - diesen gesellschaftspolitischen Grundströmungen entsprechend - bei der Schaffung eines Konzernrechts die ordnungsrechtliche, eine unternehmensrechtliche, eine "managerrechtliche", eine organisationsrechtliche und eine stärker schutzrechtliche Strömung im Gesetzgebungsprozeß geltend machten - und sich als Kompromiß im kodifizierten Recht der verbundenen Unternehmen im AktG 1965 wiederfinden.

Unternehmens stehenden Gesellschaft entstehen. Aufgrund dieser Zweifel, die sich nach und nach verdichteten, kam es mit dem AktG 1965 zu den Regelungen der § 117, 243 Abs. 2 AktG einerseits und den §§ 291ff. andererseits<sup>291</sup>.

Die heute geltende Regelung ist somit eine Ausdifferenzierung des § 101 AktG 1937 in eine allgemeine Haftungsnorm, der Haftungsgeneralklausel des § 117 AktG, sowie eine Sonderrechtsordnung, den §§ 291ff. AktG.<sup>292</sup> Wie sehr die heutige Haftungsregelung auf der ehemaligen Generalklausel des § 101 AktG 1937 aufbaut, wird deutlich am Beispiel der §§ 311ff.<sup>293</sup> Dies offenbart sich jedoch nicht auf den ersten Blick, denn da die Haftungsregelung nicht eigenständig, sondern nur als Teilaspekt der vielen Probleme im Recht der verbundenen Unternehmen geregelt werden mußte, erschließt sich die Haftungsregelung erst nach und nach zusammen mit der Gesamtregelung im dritten Buch des AktG 1965. Die weit über die Regelung der Haftungsfrage hinausreichenden gestaltenden Gesetzeszwecke und -regelungen, mit denen zusammen die Haftungsordnung im dritten Buch des AktG von 1965 konzipiert wurde,<sup>294</sup> versperren leicht den Blick für die an sich unverkennbare rechtsgeschichtliche Kontinuität in der Haftungsfrage bei abhängigen Gesellschaften, die - trotz der Neuregelung des Rechts der verbundenen Unternehmen mit dem dritten Buch des AktG von 1965 - eindeutig besteht.<sup>295</sup>

Bemerkenswert ist für eine regelungsevolutionäre Betrachtung noch, daß man früher noch stark dem Gedanken des Konflikts zwischen Mehrheit und Minderheit verhaftet war und daß die heute wesentlichen Gedanken eines konzernspezifisch angelegten und ausgebauten Außenseiterschutzes für außenstehende Aktionäre in der Tochtergesellschaft sowie der hier interessierenden Gläubigergesichtspunkte dieser damals erst ansatzweise erkannt waren.<sup>296</sup>

Die Grundüberlegungen im geltenden Recht der verbundenen Unternehmen ist, daß die im Abhängigkeitsverhältnis bestehende besondere Gefahr eine eigenständige Willensbildung - und damit das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft - gefährdet.<sup>297</sup> Denn da der

---

<sup>291</sup> Vgl. hierzu insgesamt Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 19 m.w.N. Vgl. grundlegend zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung zum Konzernrecht im AktG von 1965 statt aller Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), passim m.z.w.N.

<sup>292</sup> Vgl. wie hier Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 94.

<sup>293</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG 1937, S. 407, und zu den schutzwürdigen Belangen nach § 101 AktG 1937 und den Leistungen dieser ehemaligen Generalklausel des AktG 1937 die Ausführungen oben im zweiten Teil unter E.III.

<sup>294</sup> Vgl. zur Einbettung der Haftungsfrage in die Gesamtproblematik des polykorporativen Unternehmens oben in diesem Teil den Abschnitt B.

<sup>295</sup> Vgl. auch die Darstellung oben im zweiten Teil unter E.

<sup>296</sup> Vgl. Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 19.

<sup>297</sup> Da ein Eigenwille bei der abhängigen Gesellschaft letztlich nicht geschützt werden kann, ist das Eigeninteresse besonders zu schützen, vgl. wie hier etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 207. Die in diesem Abschnitt angestellte Betrachtungsweise der hinter der deutschen Regelung stehenden

Eigenwille der im Abhängigkeitsverhältnis stehenden Gesellschaft mehr oder weniger durch den Konzernwillen ersetzt wird, sollte das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gewahrt bleiben.<sup>298</sup> *"Bei schlichten Abhängigkeitsverhältnissen ist von Rechts wegen zu gewährleisten, daß auch bei Ausübung der bestehenden Einflußmöglichkeiten das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gewahrt bleibt."*<sup>299</sup> Das Eigeninteresse, das durch die Abhängigkeit zwar gefährdet, aber nicht notwendigerweise beeinträchtigt ist, ist durch Schutz der abhängigen Gesellschaft zu schützen.<sup>300</sup>

Dieser Arbeit geht es darum, die dem 'konzernspezifischen' Gläubigerschutz zugrundeliegenden Wertungen zu erkennen und Ansätze für eine zeitgemäße Ausformung des Gläubigerschutzes bei der in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Kapitalgesellschaft weiterzuentwickeln. Deshalb ist vor allem die gegenwärtige Regelung interessant. Die rechtshistorische Perspektive darf dabei zwar nicht aus den Augen verloren werden, und sollte deshalb hier angedeutet werden; für das materielle Haftungsrecht ist jedoch insbesondere die Entwicklung im Anschluß an das geltende AktG von 1965 relevant.

### **3. Zweispurigkeit im deutschen Recht: Unkodifiziertes GmbH-Konzernrecht**

Die besonderen Probleme der in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Gesellschaft werden in Deutschland gesetzlich nur partiell geordnet.<sup>301</sup> Eine systematische Teilregelung besteht nur für die abhängige Aktiengesellschaft und ihr Verhältnis zu einem herrschenden Unternehmen.

Die sich aus der Konzernverbindung im Gefüge einer herrschenden Aktiengesellschaft ergebenden Veränderungen werden vom deutschen Gesetzgeber weitgehend nicht berücksichtigt. So hat beispielsweise der deutsche Gesetzgeber in der Zentralbestimmung des § 111 Abs. 1 AktG die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates in seiner Funktionszuweisung konzernspezifisch weder modifiziert noch erweitert, obwohl der Gesetzgeber zahlreiche Bestimmungen zur Überwachungsaufgabe in verbundenen oder abhängigen Gesellschaften erlassen hat, die - wie beispielsweise die Prüfung des Abhängig-

---

Überlegungen und Wertungen schließen sich an die vom DJT, aaO., angestellten Überlegungen an; vgl. insgesamt auch die Ausführungen oben in diesem Teil unter A.V. und näher zur Wertung des zu wahrenen Eigeninteresses unten in diesem Teil unter E.I.

<sup>298</sup> Besonders deutlich wird dies im faktischen Unterordnungskonzern, vgl. etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 239. In der vertraglich konzernierten Gesellschaft braucht das Eigeninteresse nicht berücksichtigt zu werden, da hier andere Schutzmechanismen greifen; vgl. hierzu die Ausführungen unten in diesem Abschnitt unter C.III.2. und statt aller zum Schutz des Eigeninteresses der faktisch konzernierten Aktiengesellschaft im Regelungskonzept des Aktiengesetzes nur die Darstellung bei Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 46ff. m.w.N.

<sup>299</sup> Vgl. treffend so DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 211.

<sup>300</sup> Vgl. DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 206.

<sup>301</sup> Vgl. statt aller etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 22.

keitsberichtes - die allgemeine Überwachungsaufgaben spezifisch konkretisieren.<sup>302</sup> Was die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats betrifft sah der deutsche Gesetzgeber keine Veranlassung, die Überwachungsaufgabe in konzernverflochtenen Gesellschaften neu und eigenständig konzernspezifisch zu beschreiben. Hier meinte der deutsche Gesetzgeber, sich mit einigen Erweiterungen, Einschränkungen und *nach vorne offenen Generalklauseln* begnügen zu können.<sup>303</sup>

Auch ist das gesamte GmbH-Konzernrecht keiner gesetzlichen Regelung unterworfen. Dies ist GmbH-Gesetz-konform; denn das GmbH-Gesetz erhebt gar nicht den Anspruch, systematisch und vollständig alle Fragen des GmbH-Rechts zu klären - das GmbH-Gesetz gibt das GmbH-Recht nur unvollständig wieder. Dazu kommt, daß nach § 23 Abs. 5 AktG die Satzung von der gesetzlichen Regelung nur dort abweichen darf, wo dies im Ausnahmefall explizit zugelassen ist. Im GmbH-Recht hat eine vom Gesetz abweichende Satzung dagegen im Regelfalle Vorrang.<sup>304</sup>

Dem entspricht es, daß auch das GmbH-Konzernrecht<sup>305</sup> im Gegensatz zum Aktiengesellschaftskonzernrecht nicht kodifiziert ist. Gerade im Bezug auf die hier behandelte Frage des Gläubigerschutzes - welcher als Drittschutz eben nicht ohne weiteres der privatautonomen Regelung überlassen werden kann - ist es bemerkenswert, daß mit dem dritten Buch des AktG in Deutschland nur ein Teil der Rechtsfragen der abhängigen Kapitalgesellschaften materiellrechtlich im Gesetz geregelt ist.

Eine rechtsevolutionäre Betrachtung ist hierzu angebracht: Die Väter des Aktienrechts und des GmbH-Rechts hatten kein Bedürfnis nach einer aus klaren rechtlichen Wertvorstellungen integrierten Wirtschaftsrechtsordnung. Eine solche Ordnung hätte für sie die Aufgabe ihres liberalen Weltbildes bedeutet, das den gesamten Wirtschaftsablauf als eine Art sich selbst regelndes Naturereignis zwischen Angebot und Nachfrage auffaßte und deshalb rechtliche Kategorien möglichst weit von ihm fernzuhalten suchte. Erst im Laufe der Zeit wurde weitgehend erkannt, daß die Wirtschaft in ein an den Grundwerten des Rechts orientiertes Gefüge von Rechtsinstituten mit zwingenden

---

<sup>302</sup> Vgl. etwa Hommelhoff, Aufsichtsratsüberwachung im Konzern (1996), S. 145ff., wo auch betont wird, daß der Gesetzgeber - parallel zu dieser Konkretisierung - in § 318 Abs. 2 AktG die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Generalklausel der §§ 116, 93 Abs. 2 AktG präzisiert, aber nicht allein hierauf reduziert habe.

<sup>303</sup> So bereits Hommelhoff, Aufsichtsratsüberwachung im Konzern (1996), S. 148, Heraushebung vom Verfasser.

<sup>304</sup> Vgl. statt aller hierzu unter Berücksichtigung des Reformaspekts etwa Kübler, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung (1994) S. 141.

<sup>305</sup> Die zahlreichen Darstellungen des GmbH-Konzernrechts können hier nicht aufgelistet werden. Vgl. z.B. Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1994), Anh. § 77; anschaulich Lutter, Das System des deutschen GmbH-Konzernrechts in Hommelhoff, Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR-Sonderh. 6 (1986). Ausführlich auch Emmerich in Scholz, GmbH-Gesetz (1993) S. 1732 bis 1858 mit 7 Seiten weiterer Nachweise.

Ordnungsgrundsätzen eingebettet werden müsse.<sup>306</sup> Während man 1965 mit dem 'neuen' Aktiengesetz diese Erkenntnis Gesetz werden ließ, ist es in Deutschland bisher zu keiner großen Reform des GmbH-Gesetzes gekommen. Die Ende der Sechziger und Anfang der Siebziger Jahre in Deutschland angestellten Überlegungen, das deutsche GmbH-Konzernrecht zu kodifizieren, die zu einem breit angelegten Versuch zur Regelung des Konzernrechts der GmbH in Deutschland führten, sind endgültig gescheitert.<sup>307</sup> Auf den zweimal im Bundestag eingebrachten Vorschlag, der seit 1974 nicht weiter verfolgt wird, wird im folgenden nicht näher eingegangen, weil er eben nicht Gesetz wurde.<sup>308</sup>

Die Pläne einer gesetzlichen GmbH-Konzernregelung in enger Anlehnung an das Aktiengesetz in Deutschland wurden aufgegeben, weil "*die eigene Rechtsform der GmbH erhalten werden sollte*".<sup>309</sup> An dieser Stelle ist es für die systemübergreifende Betrachtung vor allem wichtig zu pointieren, daß in Deutschland trotz intensiver Diskussion der Referenten- und Regierungsentwürfe von einer Kodifikation des Konzernrechts für die GmbH abgesehen wurde.

---

<sup>306</sup> Zu diesem, im AktG von 1965 auftauchendem ordoliberalen Ansatz, wie hier für den Bereich des Kapitalgesellschaftsrechts etwa Kuhn, Strohmangründung bei Kapitalgesellschaften (1964), S. 48.

<sup>307</sup> So explizit findet sich diese Aussage bei Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 327 m.w.N. zur Novellierungsdebatte. Allgemein werden die Kodifizierungsbestrebungen spätestens 1974 als gescheitert angesehen. Eine Kodifizierung ist auch in naher Zukunft nicht zu erwarten, so wurde beim 59. Deutschen Juristentag (1992) eine Kodifizierung des Rechts des einfachen Unternehmensverbands der GmbH mit großer Mehrheit als nicht erforderlich angesehen (Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages, Abt. F, II, 5). Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, die instruktiven und interessanten Betrachtungen der juristischen Diskussion darzulegen, vgl. z.B. den Referentenentwurf eines Gesetzes über GmbH (1969) oder den Regierungsentwurf, abgedruckt in BT-Drucks 7/253. Vgl. zum Scheitern der sogenannten großen GmbH-Reform und dessen Bedeutung für das GmbH-Konzernrecht etwa Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. § 77 Rn. 12ff. m.w.N.

<sup>308</sup> Dem Blickwinkel dieser Arbeit entsprechend sei erwähnt, daß der Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz (1969) in E § 126 eine § 117 AktG entsprechende Generalklausel enthielt. Es sei noch angemerkt, daß diesem unverwirklichten Reformentwurf das Fehlen einer Gesamtkonzeption vorgeworfen worden ist, vgl. mit Verweis auf Schilling summarisch etwa Immenga, Lebendiges GmbH-Recht (1979), S. 393, der gleichzeitig betont, daß sich das ungeschriebene Recht der GmbH gleichzeitig als anpassungsfähig und fortschrittlich erwiesen hat. Auch wenn Rechtsprechung und Lehre die Strukturen dieser Rechtsform, wie auch Immenga dies bescheinigt, zumindest teilweise zu einem modernen Unternehmensorganisationsrecht fortgeschrieben haben, so will auch Immenga nicht sagen, daß jedes weitere Eingreifen des Gesetzgebers überflüssig geworden wäre. Wie viele meint beispielsweise Rittner, Konzernorganisation und Privatautonomie (1983), S. 295, der Gesetzgeber sei dem Konzernproblem ausgewichen und habe aus guten Gründen der Rechtsprechung die Probleme überlassen. Eben weil das GmbH-Recht nur unvollständig kodifiziert ist, wäre zu überlegen, ob die im Gesetz angelegten und inzwischen in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Überlegungen nicht als Wertungen in das Gesetz einfließen sollten - hierzu wird in dieser Arbeit für den Gläubigerschutz eine Generalklausel vorgeschlagen.

<sup>309</sup> Vgl. BT-Drucks 8/3908 S. 67. Vgl. zur Geschichte des GmbH-Konzernrechts z.B. Assmann in Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 661 m.w.N. Vgl. hierzu auch die Ausführungen zu Unterschieden zwischen Aktiengesellschaft und GmbH unten in diesem Teil unter C.V.1. und 2.

Letztlich wurde die für die GmbH geplante gesetzliche Regelung des Konzerns aufgegeben,<sup>310</sup> weil man daran zweifelte, ob die Schaffung von Normen in diesem Bereich überhaupt angebracht sei und ob man mit Normen der Vielgestaltigkeit des Konzerns und überhaupt der verbundenen Unternehmen gerecht werden könne.<sup>311</sup> Dieser Gesichtspunkt der bezweifelten Zweckmäßigkeit konzernrechtlicher Normen und die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Gesetzgebung überhaupt sind es auch, die dazu führen, daß eine Kodifizierung des Konzernrechts in der EU oder einzelnen Mitgliedsstaaten zur Zeit unwahrscheinlich erscheint.<sup>312</sup> Dies gilt insbesondere, da es auch in der deutschen Rechtsordnung - dem Vorreiter auf dem Gebiet der Kodifikation eines Rechts der verbundenen Unternehmen - gesetzlich nicht geregelte Konzernkonflikte gibt, die jedoch zum Teil in einigen großen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes gelöst wurden.<sup>313</sup>

Die gegenwärtig erreichte rechtliche Entwicklungsstufe ist vor einigen Jahren treffend so zusammengefaßt worden, daß für eine Gesetzgebung auf dem Rechtsgebiet der verbundenen Unternehmen derzeit die nötige politische Kraft fehlt, und dies gleichzeitig bedeutet, daß die Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung berufen ist.<sup>314</sup>

Rechtsvergleichend ist von Bedeutung, daß man auch innerhalb Deutschlands somit nicht für alle Fragenkreise ein kodifiziertes Konzernrecht geschaffen hat, und daß das dritte Buch des AktG somit lediglich einen Torso<sup>315</sup> für das Recht der verbundenen Unterneh-

---

<sup>310</sup> Obwohl sich die Diskussion um das GmbH-Konzernrecht auch wiederfindet im Bericht der Unternehmensrechtskommission (1980), Tz. 1653, 1654f., 1659 und 1662ff. Vgl. hierzu auch K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 471.

<sup>311</sup> Vgl. hierzu anschaulich Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 341; vgl. auch insgesamt die veränderte Sichtweise in Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, passim.

<sup>312</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter F.II., abzuwarten bleibt, ob es nach den neuerlich verfolgten Ansätzen, vgl. nur das Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672ff. mit Vorschlägen S. 766, zu einer intensivierten bzw. systematisierten Regulierung kommen wird.

<sup>313</sup> Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 342 zählt hierzu BGHZ 65, 15 (ITT, 1975), BGH in NJW 80, 231 (Gervais/Danone, 1979), BGHZ 80, 69 (Süssen, 1981), BGHZ 83, 122 (Holzmüller, 1982) und BGHZ 95, 330 (Autokran, 1985). Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 38f., spricht gar von acht, das Konzerngebäude tragenden Pfeilern (dem Oktagon) der Rechtsprechung des BGH, indem er auch BGHZ 62, 193 (Seitz, 1974), BGHZ 69, 334 (VEBA, 1977) und BGHZ 89, 162 (Heumann-Ogilvy, 1983) hinzu zählt - nach den seither ergangenen Entscheidungen müßten möglicherweise auch BGHZ 122, 123 (TBB, 1993), BGHZ 129, 136 (Girmes, 1995) hinzugezählt werden, so daß von zehn oder gar zwölf Steinen eines noch unfertigen Mosaiks zu sprechen wäre.

<sup>314</sup> Vgl. Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 342.

<sup>315</sup> Dies Bild ist übernommen von Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 38, der desweiteren ausführt, daß sich in Deutschland mehr und mehr die Erkenntnis durchgesetzt hat, daß die Schwierigkeiten im Recht der verbundenen Unternehmen auf der Lückenhaftigkeit eines sich als kodifikatorisch verstehenden Gesetzgebungswerkes beruhen, aaO. S. 40 m.w.N. Damit ist eine der Kernbetrachtungen dieser Arbeit angesprochen: Eben aufgrund der Lückenhaftigkeit der deutschen Regelung kommt es im Zuge der Rechtsfortbildung zu einer Abrundung des Konzernrechts in

men bildet. Dies ist - mit einem anderen Bild - ebenfalls sehr einprägsam in folgender Aussage ausgedrückt worden: *"Das Koordinatenkreuz eines flexiblen GmbH-Rechts und eines praktizierten und weiterhin heftig diskutierten gesetzlichen Aktienkonzernrechts liefert Daten und Maßstäbe für Analogiebildungen sowie für eine rationale rechtspolitische Diskussion"*.<sup>316</sup> Hieran wird gleichzeitig deutlich, daß das GmbH-Konzernrecht unter Bezugnahme auf das kodifizierte Aktienrecht und besonders auf dessen Wertungen entstanden ist und weitergebildet wird.<sup>317</sup> Denn auch wenn es im GmbH-Gesetz keine Vorschriften gibt, die die aktienkonzernrechtliche Regelung der §§ 291ff. AktG unmittelbar anwendbar machen würden, so ist die Anlehnung an das Aktienkonzernrecht, gerade in der Haftungsfrage,<sup>318</sup> deutlich: Die Lehre und die Gerichte haben das GmbH-Konzernrecht kontinuierlich entwickelt, so daß das GmbH-Konzernrecht in Einzelfallentscheidungen herausgebildet worden ist. Gerade die neuere Rechtsprechung zur Konzernhaftung hat dabei eine Annäherung des GmbH-Konzernrechts an die Wertungen des Aktienrechts bedeutet. Ebenso wird vertreten, daß die Überzeugungskraft des deutschen Konzernrechts in dem Maße sinkt, in dem für Aktiengesellschaft und GmbH von der Sache her nicht gebotene unterschiedliche Lösungswege eingeschlagen werden.<sup>319</sup>

Für den Bereich der Haftungsfrage wird im folgenden erst die aktienrechtliche und daraufhin der Teil der GmbH-konzernrechtlichen Regelung aufgezeigt werden, der unter Bezugnahme auf die gesetzlichen Wertungen als Weiterentwicklung des kodifizierten Rechts der verbundenen Unternehmen angesehen werden kann. Dabei wird im folgenden die Haftungsregelung des AktG 1965 in ihrer Einbettung in die Gesamtregelung aufgezeigt, wobei letztere nur skizziert wird.

## **II. "Allgemeiner Teil des Konzernrechts": Die §§ 15ff. AktG**

---

Deutschland. Ziel dieser Arbeit ist es, die dieser Regelung zugrundeliegenden Wertungen aufzuzeigen und einen rechtstechnischen Rahmen für eine Regelung aufzuzeigen, die diese - nötige - Rechtsfortbildung auf methodenehrliche Weise erlaubt.

<sup>316</sup> So K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 471.

<sup>317</sup> Wobei jedoch auf die Strukturunterschiede von GmbH und Aktiengesellschaft zu achten ist, vgl. hierzu statt aller Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 11 m.w.N. und die Ausführungen unten in diesem Teil unter C.V.1. und 2 sowie unter 5 zur Entwicklung der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns. Wo verschiedene Formtypen vergleichbare Verwendung finden, sollte es nach hier vertretener Auffassung nicht um rechtsformspezifische, sondern um zweck- und funktionsangemessene Lösungen gehen, vgl. ebenso Kübler, Gesellschaftsrecht (1991), S. 38. Zu einer kodifizierten, einheitlichen Konzernrechtskodifikation etwa K. Schmidt, Unternehmensrechtskodifikation (1981), S. 470.

<sup>318</sup> Vgl. hierzu etwa die Ausführungen zum qualifiziert faktischen Konzern unten in diesem Teil unter C.V.5.; vgl. auch die Darlegung der GmbH-spezifischen Besonderheiten unten unter C.V.1.

<sup>319</sup> So etwa Kropff, TBB und das Aktienkonzernrecht (1993), S. 495.

Als Gesetzesregeln zum Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland enthält das AktG von 1965 erstmals in den §§ 15 bis 22 eine Art "*Allgemeinen Teil*"<sup>320</sup> des Konzernrechts. Die §§ 15 bis 19 enthalten Definitionen der zentralen Begriffe des Rechts der verbundenen Unternehmen. Dieser Teil ist rechtsformneutral formuliert und gilt deshalb nach herrschender Meinung ebenfalls für Unternehmensverbindungen mit GmbH<sup>321</sup> und Personengesellschaften.<sup>322</sup>

### **1. Zum Begriff der verbundenen Unternehmen im Aktiengesetz**

Der weite Unternehmensbegriff ist zum Angelpunkt der Konzernhaftung geworden,<sup>323</sup> denn nach § 17 AktG ist die Klassifizierung als herrschendes Unternehmen die Zurechnungsschwelle für die spezifische Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen.<sup>324</sup> Denn da verbundene Unternehmen nach § 15 AktG rechtlich selbständige Unternehmen sind, zwischen denen eine der in § 15 AktG aufgeführten Verbindungen besteht, kommt dem Begriff des Unternehmens eine zentrale Position im Recht der verbundenen Unternehmen zu.

Obwohl der Unternehmensbegriff die Schnittstelle des deutschen Gesellschaftsrechts zum Konzernrecht ist, enthält das Gesetz keine Definition des Unternehmensbegriffes. Eine eingehende Diskussion des Unternehmensbegriffs wird dabei teilweise<sup>325</sup> für unfruchtbar gehalten, und das Aktiengesetz selbst hat angesichts der großen praktischen Schwierigkeiten von der Umschreibung des Unternehmensbegriffes abgesehen<sup>326</sup>. Dies Fehlen einer Definition des Unternehmensbegriffes ist für den Kontext dieser Arbeit von besonderer Bedeutung, weil die Offenheit des Unternehmensbegriffes zeigt, daß im geltenden Kapitalgesellschaftsrecht bereits zentrale Begriffe offengelassen sind - und damit der Rechtsprechung zur Ausfüllung überlassen wurden.

---

<sup>320</sup> So beispielsweise Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. §§ 77 Rn. 16f.

<sup>321</sup> Vgl. nur Hommelhoff: Die deutsche GmbH im System der Kapitalgesellschaften, in Roth (Hrsg.): Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch - ein internationaler Vergleich (1991), S. 52 m.w.N.

<sup>322</sup> Vgl. z.B. die Urteile in BGHZ 80, 69, 74 (Süssen, 1981); BGHZ 95, 330, 335 (Autokran, 1985), BGH in NJW 1980, 231 (Gervais-Danone) oder auch BGHZ 85, 84 (ADAC, 1982).

<sup>323</sup> So K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 432.

<sup>324</sup> Vgl. hierzu im Ansatz etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 26.

<sup>325</sup> Etwa Flume, Juristische Person (1983), S. 45.

<sup>326</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 27.



### **a. Anmerkung zur fehlenden Definition des Unternehmensbegriffs**

In Deutschland wird ein herrschende Unternehmen als eine besondere Kategorie des Gesellschafters angesehen.<sup>327</sup> Die Unklarheit des Unternehmensbegriffes liegt zum einen in seiner Elastizität - und Hypertrophie<sup>328</sup> und zum anderen und insbesondere in der Abhängigkeit des Begriffes vom Zweck der den Begriff verwendenden Norm.<sup>329</sup> Überhaupt ist streitig, ob "*das Unternehmen*" einen eigenen Rechtsbegriff darstellt.<sup>330</sup> Zutreffend wird angeführt, die Bedeutung des Begriffes Unternehmen verändere sich mit dem jeweiligen gesetzlichen Zusammenhang. Daraus ergibt sich, daß „*das Unternehmen*“ sich rechtlich sinnvoll nur im Hinblick auf bestimmte Regelungsbereiche begreifen läßt.<sup>331</sup> Dies führt dazu, daß im deutschen Recht kein einheitlicher Unternehmensbegriff vorliegt, an den als solchen Rechtsfolgen anknüpfen.<sup>332</sup> So wurde auch vom Bundesgerichtshof das Unternehmen institutionell und funktionell<sup>333</sup> betrachtet und es wurde betont, daß der Zweck der Einzelnorm für den Unternehmensbegriff besondere Bedeutung<sup>334</sup> hat. Der Unternehmensbegriff ist nach dem Sinn und Zweck der Norm zu differenzieren.<sup>335</sup>

---

<sup>327</sup> Vgl. hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 39 und das oben in diesem Teil unter A.V.2.c. zum Interessenumbruch Gesagte.

<sup>328</sup> Von den Hypertrophien des Unternehmensbegriffes im Konzernrecht spricht K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 432.

<sup>329</sup> So im Ansatz auch K. Schmidt, Unternehmen und Abhängigkeit (1980), S. 280, der der an den Unternehmensbegriff anknüpfenden Rechtsentwicklung dabei z.T. skeptisch gegenübersteht, vgl. etwa K. Schmidt, Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs (1994), S. 193; aaO. meint K. Schmidt in der Berufung auf die Verdrängung des Eigeninteresse als Teil des Unternehmensbegriffes 'eine unreflektiert von einer Fundstelle in die andere weitergereichte Formel' vor sich zu haben. Vgl. darstellend zum Unternehmensbegriff im GmbH-Konzernrecht auch Ulmer, Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1581, der dabei richtig betont, daß die Rechtsfolgendiskussion offen geführt, nicht aber durch terminologische Auseinandersetzungen überlagert werden sollte; vgl. auch das oben im ersten Teil unter B.III.2.b. und IV.2.c. zur Bedeutung des Normzwecks Gesagte.

<sup>330</sup> Vgl. nur Fikentscher, Wirtschaftsrecht II (1983), S. 104.

<sup>331</sup> Vgl. so etwa Steindorff, Wirtschaftsrecht (1985), S. 61. Wenn man das Unternehmen als Zurechnungseinheit verwendet, so muß der Unternehmensbegriff dabei von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet verschieden betrachtet werden. Während es im Gesellschaftsrecht so etwa auf die Planungs- und Organisationseinheit ankommt, ist im Arbeitsrecht die soziale Organisationseinheit, im Wettbewerbsrecht die Ressourceneinheit und im Steuerrecht etwa die Ertrags- und Leistungseinheit entscheidend; vgl. hierzu statt aller Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 25. Eine für die gesamte Rechtsordnung einheitliche Zurechnungseinheit 'Unternehmen' ist nicht denkbar.

<sup>332</sup> So etwa Fikentscher, Wirtschaftsrecht (1983), S. 107. Vgl. zu Uneinheitlichkeit und Zweckbezogenheit des Unternehmensbegriffes auch Kort, Großaktionär als Unternehmen (1988), S. 1915 und Schramm, Konzernverantwortung und Durchgriffshaftung (1991), S. 51 m.w.N.

<sup>333</sup> Vgl. nur BGHZ 74, 359, 365 (WAZ, 1979).

<sup>334</sup> BGHZ 74, 359, 363 (WAZ, 1979) ebenso BGHZ 69, 334, 336 (Veba, 1977).

<sup>335</sup> So K. Schmidt, Unternehmen und Abhängigkeit (1980), S. 281. Ders., Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs (1994), S. 191 meint, daß da der Unternehmensbegriff im Recht der verbundenen Unternehmen nur normspezifisch zu erfassen ist. Da es nicht für alle die verbundenen Unternehmen betreffenden Normen einen einheitlichen Zweck 'des Konzernrechts' gibt, sei eine abstrakte Deduktion aus dem Unternehmensbegriff methodisch fragwürdig. Diese hinter dieser

Die ständige Rechtsprechung im Recht der verbundenen Unternehmen geht von einem streng am Gesetzes- oder richtiger noch Normzweck<sup>336</sup> orientierten, sogenannten *teleologischen Unternehmensbegriff* aus.<sup>337</sup>

Der Unternehmensbegriff im Recht der verbundenen Unternehmen des AktG ist also nicht identisch mit dem Unternehmensbegriff anderer Gesetze. Er ist aus dem Zweck der einschlägigen aktienrechtlichen Vorschriften zu ermitteln, die einer bestimmten Gefahrenlage Rechnung tragen.<sup>338</sup> Der Unternehmensbegriff ist, ebenso wie der Begriff der Abhängigkeit oder des Konzerns, ein Zweckbegriff.<sup>339</sup> Diese Zweckbegriffe sind dazu bestimmt, Tatbestände zu umschreiben und festzulegen, auf welche Einzelsvorschriften des AktG Bezug nehmen und mit bestimmten Rechtsfolgen verknüpfen.<sup>340</sup>

### **b. Der Unternehmensbegriff im Recht der verbundenen Unternehmen**

In Deutschland ist der Unternehmensbegriff Ausdruck konzernspezifischer Gefahrenmomente, die von dem Hineinwirken gesellschaftsfremder Unternehmensinteressen ausgehen.<sup>341</sup> Dabei kommt es als entscheidendes Moment für den Unternehmensbegriff im Recht der verbundenen Unternehmen darauf an, ob sich ein Gesellschafter auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch betätigt, das heißt, ob *„eine wirtschaftliche Interessenbindung außerhalb der Gesellschaft [besteht], die stark genug ist, um die ernste Besorgnis zu begründen, der Aktionär könnte um*

---

normzweckorientierten Betrachtung liegende Erwägung erscheint logisch richtig, die hier angestellten Überlegungen zum im *geltenden deutschen Recht* im Unternehmensbegriff angelegten Gefahrenerwägungen berührt dies jedoch nicht.

<sup>336</sup> Vgl. etwa K. Schmidt, *Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs* (1994), S. 191.

<sup>337</sup> Vgl. zum teleologischen Unternehmensbegriff Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. §§ 77 mit Rn. 20, 127 und zur unproblematischen teleologischen Qualifizierung der abhängigen Gesellschaft als Unternehmen Rn. 23; vgl. auch - mit Kritik an der bestehenden Auffassung von der Rolle des Unternehmensbegriffs - K. Schmidt, *Konzernhaftung von freiberuflichen Mehrheitsgesellschaftern* (1994), S. 1742 m.w.N. sowohl der allgemeinen als auch seiner eigenen Auffassung; vgl. auch dens., *Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs* (1994), S. 194 für die normteleologische Methode und gegen begriffsjuristische Züge. Zur besonderen Bedeutung des teleologischen Unternehmensbegriffs für die in dieser Arbeit behandelte Haftungsfrage etwa Drax, *Durchgriffs- und Konzernhaftung* (1991), S. 139.

<sup>338</sup> Vgl. so schon in der Literatur gleich nach Inkrafttreten des AktG von 1965 Würdinger, *Aktien- und Konzernrecht* (1966), S. 263.

<sup>339</sup> So liegt etwa ein Abhängigkeitsverhältnis i. S. der §§ 17, 311 AktG nur vor, wenn der herrschende Teil ein Unternehmen ist, weil nur in diesem dann die Gefahr einer Interessenkollision gegeben ist, vgl. z.B. Würdinger, *Aktien- und Konzernrecht* (1966), S. 309.

<sup>340</sup> Diese Betrachtung folgt Würdinger, *Aktien- und Konzernrecht* (1966), S. 267. Der in dieser Arbeit geprägte Begriff des Eigeninteresses ist genauso ein Zweckbegriff, er soll einen Tatbestand beschreiben, an dessen Verletzung die Generalklausel Rechtsfolgen knüpft; vgl. hierzu näher unten in diesem Teil unter E.I.

<sup>341</sup> So das geltende Recht darstellend K. Schmidt, *Gleichordnung im Konzern* (1991), S. 420; vgl. als Hintergrund hierzu das oben in diesem Teil unter A.V.2.d. Gesagte.

*ihretwillen seinen Einfluß zum Nachteil der Gesellschaft geltend machen*".<sup>342</sup> Ein Unternehmensaktionär oder Unternehmensanteilseigner, der durch seine Kapitalbeteiligung an einer Gesellschaft diese in den Unternehmensverbund bringt, steht dabei im Gegensatz zum Privataktionär bzw. Anteilseigner.<sup>343</sup>

Da die Rechtsform des noch in anderer Weise unternehmerisch tätigen Gesellschafters für diese Gefährdungslage und damit für konzernrechtliche Haftungsregeln grundsätzlich keine Rolle spielt, umfaßt der Begriff des herrschenden Unternehmens in Bezug auf konzernrechtliche Schutzbestimmungen sowohl andere Gesellschaften als auch natürlichen Personen.<sup>344</sup> Jede natürliche oder juristische Person und jeder gesamthänderische Personenverband, welcher neben der beherrschenden Stellung in der abhängigen Gesellschaft entweder selbst ein Unternehmen betreibt oder über einen maßgeblichen Anteil an einer Gesellschaft verfügt, ist als Unternehmen anzusehen, sofern die oben genannte Besorgnis besteht.<sup>345</sup>

Nach der Rechtsprechung kann die die Unternehmereigenschaft begründende anderweitige unternehmerische Betätigung sich auch in der Einflußnahme auf andere Gesellschaften erschöpfen, an denen der Gesellschafter maßgeblich beteiligt ist<sup>346</sup> oder etwa in freiberuflicher Tätigkeit bestehen.<sup>347</sup> Entscheidend ist hierbei, ob außerhalb der

---

<sup>342</sup> Vgl. BGHZ 69, 334, S. 337 (Veba/Gelsenberg, 1977), vgl. auch BGHZ 135, 107 (VW/Niedersachsen, 1997 = NJW 1997, 1855 = ZIP 1997, 887 = WM 1997, 967 = DB 1997, 1121 = BB 1997, 1548 = AG 1997, 374). Die Anforderungen an diese Art der anderen unternehmerischen Tätigkeit sind im Umfang noch streitig (vgl. z.B. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht (6. Aufl., 1997) § 2 III 4 a), entscheidend ist eine anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung, die nach *Art und Intensität* die ernsthafte Sorge begründet, der Unternehmensgesellschafter könne wegen dieser Bindungen seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluß auf die Aktiengesellschaft nachteilig ausüben, vgl. so etwa Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 15 Anm. 8; vgl. zu der hier vorgenommenen Heraushebung auch die analogen Ausführungen unten in diesem Teil unter E.I.3.e. zur Eigeninteressenbeeinträchtigung.

<sup>343</sup> Vgl. nur BGHZ 69, 334 (Veba/Gelsenberg, 1977).

<sup>344</sup> Vgl. so z.B. BGHZ 95, 330, S. 337 (Autokran) oder Punkt III 2. b) der Entscheidungsgrundsgründe in BGHZ 122, 123 (TBB, 1993 = NJW 93, 1200 = WM 93, 687 = BB 93, 814 = ZIP 1993, 589 = GmbHR 1993, 283).

<sup>345</sup> Vgl. außer BGHZ 69, 334, (Veba/Gelsenberg) bes. S. 337 auch BGHZ 80, 64 (Süssen) bes. S. 72 oder etwa BGHZ 95, 330 (Autokran) sowie BGH vom 13. Dezember 1993 EDV = NJW 1994, 446 = BB 1994, 303). Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 27. Dies ist zwar stark kritisiert worden, etwa von K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 433, vgl. darstellend auch Bitter/Bitter, Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung durch das BAG (1996), S. 2154f., ist aber besonders in der in dieser Arbeit behandelten Haftungsproblematik unstrittig geltendes Recht, vgl. insbesondere etwa Priester, Unbeschränkte Konzernhaftung, S. 143 sowie Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 397 und darstellend Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 114f.

<sup>346</sup> BGH-Urteil vom 13. Dezember 1993, etwa abgedruckt in AG 1994, 179 = NJW 1994, 446 (EDV) mit Anmerkung K. Schmidt, vgl. hierzu etwa Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. §§ 77 Rn. 21.

<sup>347</sup> Vgl. den ersten Leitsatz im Urteil des BGH vom 19. September 1994, abgedruckt etwa in ZIP 1994, S. 1690 und diesem zustimmend etwa K. Schmidt, Konzernhaftung von freiberuflichen Mehrheitsgesellschaftern (1994), S. 1742. Erinnerung sei daran, daß die Studienkommission des DJT,

Gesellschaft eine wirtschaftliche Interessenbindung des Gesellschafters besteht, die zum typischen Interessenkonflikt führen kann.<sup>348</sup> Herrschendes Unternehmen ist somit jeder, der mit Rücksicht auf sonstige unternehmerische Interessen in sich selbst jenen Interessenkonflikt verkörpert, vor dessen Gefahren das Gesetz die abhängige Gesellschaft und deren Minderheitsgesellschafter schützen will.<sup>349</sup> Die Realisierung der konzernspezifischen Gefahr liegt also darin, daß das herrschende Unternehmen seine *"wirtschaftlichen Interessen nicht nur in der betroffenen Gesellschaft sondern auch in anderen Unternehmen maßgeblich verfolgen kann."*<sup>350</sup>

Der Unternehmensbegriff beinhaltet somit die rechtsqualitative Schwelle zu einer Gefahrenlage, die nach der Auffassung des deutschen Gesetzgebers nur mit einer spezifischen Sonderregelung für verbundene Unternehmen zu erfassen ist.<sup>351</sup> Da dabei vom Zweck der Regelung ausgegangen wird, handelt es sich beim gesellschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff um eine teleologische Begriffsbestimmung.<sup>352</sup>

Wenn der Anteilseigner außerhalb der Gesellschaft mit wesentlichen wirtschaftlichen Interessen gebunden ist, so handelt es sich nach der der Regelung zugrundeliegenden Auffassung eben um eine Gefahrenlage, die nicht mehr mit den Mitteln des klassischen Gesellschaftsrechts zu regeln ist: Aufgrund des fremden Interesses und der dadurch vorausgesetzten gesteigerten Gefährdung bedarf es des spezifischen Instrumentariums

DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 103, 416 die Regelungen auf jede Person, gleichgültig ob Unternehmen oder nicht, angewendet wissen wollte.

<sup>348</sup> Vgl. insgesamt auch Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. §§ 77 Rn. 20.

<sup>349</sup> Vgl. so richtig Kort, Großaktionär als herrschendes Unternehmen (1988), S. 1911, für den der Interessenkonflikt in einer Disharmonie zwischen den Interessen des herrschenden Unternehmens in Bezug auf die abhängige Gesellschaft einerseits und in Bezug auf die weitere unternehmerische Drittbetätigung andererseits besteht.

<sup>350</sup> Vgl. BGHZ 69, 334, 337 (Vebea, 1977), vgl. hierzu auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 1008 m.w.N. Wobei eine Körperschaft des öffentlichen Rechts bereits dann als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne anzusehen ist, wenn sie lediglich ein in privater Rechtsform organisiertes Unternehmen beherrscht; vgl. so in Ergänzung zu BGHZ 69, 334 auch BGHZ 135, 107 (VW/Niedersachsen, 1997); vgl. diesem Ansatz mit Blick auf die Rechtsfortentwicklung in Europa zustimmend und sich auch und gerade aus Gläubigerschutzerwägungen gegen Sonderregeln für die öffentliche Hand aussprechend etwa Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 688.

<sup>351</sup> Der Unternehmensbegriff beinhaltet somit den rechtsqualitativen Sprung von der mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts beherrschbaren Gefahren zu den vom deutschen Gesetzgeber zugrundegelegten gesteigerten Gefahren im Recht der verbundenen Unternehmen, für welche in Deutschland eine spezifische Regelung existiert; vgl. hierzu Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 397f.; vgl. auch die interessante Kritik an diesem Unternehmensbegriff bei K. Schmidt, Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs (1994), S. 189ff.

<sup>352</sup> Vgl. dazu das gerade oben unter a) Gesagte und statt aller für die herrschende Meinung Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. §§ 77 Rn. 20 m.w.N. auch der früher vertretenen institutionellen und funktionalen Lehren vom Unternehmensbegriff. Daß diese Unternehmensbegriffsbestimmung nicht von allen so gesehen wird beispielhaft bei Schramm, Konzernverantwortung und Durchgriffshaftung (1991), S. 52ff., ebenfalls mit weiteren Nachweisen, aufgezeigt, der meint, BGH und herrschende Ansicht würden immer noch den funktionalen Unternehmensbegriff vertreten.

des Rechts der verbundenen Unternehmen, das diese anderweitigen unternehmerischen Interessen berücksichtigt.<sup>353</sup>

Das für den Unternehmensbegriff des Rechts der verbundenen Unternehmen entscheidende Kriterium ist, ob es ein mit dem Interesse der einzelnen Gesellschaft *potentiell konfligierendes Interesse* gibt. Denn die Existenz dieses Interessenkonflikts ist der für den Unternehmensbegriff entscheidende Gesichtspunkt,<sup>354</sup> und bei der Qualifikation eines Gesellschafters als herrschendes Unternehmen kommt es somit auf das Dasein wirtschaftlich motivierter, der betroffenen Gesellschaft jedoch fremder Interessen an.<sup>355</sup>

Die Frage ist also, ob beim Unternehmen eine andere ökonomische Aktivität besteht, die so geartet ist, daß aus dieser ein mit dem Interesse der abhängigen Gesellschaft kollidierendes Interesse bei demjenigen vorhanden sein kann, der den beherrschenden Einflusses ausübt.

Zusammenfassend: Wenn ein Gesellschafter ein unternehmerisches Interesse daran haben kann, die Gesellschaft zu benachteiligen, liegt der konzerntypische Interessenkonflikt vor. Die deutsche Regelung knüpft somit unmittelbar an dies (gesellschaftsfremde) Unternehmensinteresse an.<sup>356</sup> Die besondere Gefahrensituation des Interessenkonflikts im Recht der verbundenen Unternehmen<sup>357</sup> ist in Deutschland also bereits im Unternehmensbegriff enthalten.<sup>358</sup>

---

<sup>353</sup> Vgl. hierzu BGHZ 69, 334, 337 (Veba/Gelsenberg) und eingehend etwa Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 397.

<sup>354</sup> Vgl. hierzu etwa Kort, Großaktionär als Unternehmen (1988), S. 1910.

<sup>355</sup> Vgl. zur Bedeutung dieser Betrachtung für den in dieser Arbeit gewählten Blickwinkel auch Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 54 m.w.N.

<sup>356</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter A.V.2.d. und zum beeinträchtigenden Interesse unter E.I.

<sup>357</sup> Es sei hier noch einmal die allgemein als plausibel angesehene und nicht ernsthaft in Frage gestellte Grundannahme des deutschen Rechts betont, wonach unternehmerische Herrschaft mit potentiellen Gefahren für die abhängige Gesellschaft verbunden ist. Ebenso wie Lutter, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 581 dies hervorhebt, muß diese Grundannahme des deutschen Rechts bei den hier anzustellenden Betrachtungen immer berücksichtigt werden.

<sup>358</sup> Entscheidend kommt es auf die *Unfreiheit der Willensbildung beim abhängigen Unternehmen* an, also ob die Willensbildung von außen - aber eben im gesellschaftlichen Entscheidungsprozess implementiert - inhaltlich bestimmt werden kann. Es kommt also auf spezifisch gesellschaftsrechtliche Ursachen der Willensbildungsbeeinflussung an, auf andere Abhängigkeiten wie etwa aufgrund von Verschuldung, Lieferanten oder Kundenbeziehungen trifft dieses nicht zu, denn diese rechnen zum normalen unternehmerischen Risiko und damit auch zum normalen Aktionärs und Gläubigerrisiko. Dieses allgemeine Geschäfts- und Gläubigerrisiko ist aber eben nicht konzern- bzw. für das polykorporative Unternehmen spezifisch und ist deshalb für die hier behandelte Problemstellung nicht relevant, da hier die Wertung des Gesetzgebers für eine an den Status des herrschenden Unternehmens anknüpfende Regelung zu berücksichtigen ist; vgl. hierzu bereits oben in diesem Teil unter A.III.3. Das Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, knüpft de lege ferenda nicht an diese Unternehmenseigenschaft, an sondern an die Möglichkeit der Kontrollausübung. Rechtsvergleichend hat etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), zusammenfassend S. 328 den Begriff des "herrschenden Unternehmens" in dessen bisherigem Verständnis als ungeeignetes Haftungskriterium abgelehnt, weil dieser die Ebene der innergesellschaftlichen Willensbildung einerseits und die Ebene außerhalb der Gesellschaftsorgane stehender Dritter, die Einfluß auf die Willensbildung nehmen

## **2. Mehrheitsbeteiligungen**

§ 15 AktG faßt selbstständige Unternehmen als verbundene Unternehmen in fünf Gruppen von Unternehmensverbindungen - nach der Stärke der Verbundenheit - zusammen: Da sind *erstens* die durch Mehrheitsbeteiligung verbundenen Unternehmen, die in § 16 genauer festgelegt werden. *Zweitens* folgen die durch Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen verbundenen Unternehmen. Diese Abhängigkeit ist in § 17 dargelegt. Als *dritte* Form nennt § 15 AktG den Konzern, den § 18 regelt. *Viertens* werden die durch wechselseitige Beteiligung nach § 19 verbundenen Unternehmen aufgeführt, und *fünftens* und abschließend dann die durch Unternehmensvertrag nach § 291 oder § 292 verbundenen Unternehmen. Nach Maßgabe der §§ 15ff. wird in Deutschland somit beurteilt, ob es sich um verbundene Unternehmen handelt.

Einleitend bestimmt das Gesetz in § 16 AktG also, daß das Unternehmen, das im Mehrheitsbesitz eines anderen Unternehmens steht, ein mit diesem verbundenes Unternehmen ist. Ein Mehrheitsbesitz kann hierbei nach § 16 Abs. 1 sowohl eine Kapital- als auch eine Stimmenmehrheit sein. In § 16 Abs. 4 verhindert eine Zurechnungsnorm eine Umgehung dieser Regel durch Verteilen der Anteile auf mehrere miteinander verbundene Unternehmen: als Anteile, die einem Unternehmen gehören, gelten auch Anteile, die einem von diesem abhängigen (Dritt-) Unternehmen oder einem anderen für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmen gehören. Da sich für die Haftungsfrage hieraus keine Wertungen ergeben, wird im folgenden auf das für die Haftungsfrage entscheidende Anknüpfungskriterium der Abhängigkeit eingegangen:<sup>359</sup>

## **3. Anknüpfungspunkt der Konzernhaftung: Die Abhängigkeit**

Der zentrale Begriff für Haftungsfragen im verbundenen Unternehmen ist nicht der Mehrheitsbesitz, sondern die Abhängigkeit: Das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses ist das Merkmal, an das außerhalb des Vertragskonzerns<sup>360</sup> im Gesetz angeknüpft wird. Das Abhängigkeitsverhältnis ist es, das die Rechtsfolgen der §§ 311 bis 318 AktG auslöst.<sup>361</sup> § 17 AktG ist somit die zentrale Zurechnungsnorm im deutschen Recht der verbundenen Unternehmen.<sup>362</sup>

---

könnten, andererseits nicht ausreichend gegeneinander abgrenze; vgl. zum letzteren gleich unter 3. zur Abgrenzung gegenüber nicht gesellschaftsrechtlich bewirkte Abhängigkeiten.

<sup>359</sup> Vgl. näher zu § 16 AktG statt aller etwa Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) Rn. 1ff.

<sup>360</sup> Vgl. zum Vertragskonzern gleich unten in diesem Teil unter C.III.

<sup>361</sup> Vgl. systematisch anschaulich hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 14.

<sup>362</sup> Treffend so Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 27; Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 17 Anm. 1.

Abhängigkeit besteht nach § 17 Abs. 1, wenn ein (herrschendes) Unternehmen unmittelbar oder mittelbar auf ein (abhängiges) Unternehmen Einfluß ausüben kann. Beherrschender Einfluß liegt vor, wenn er seiner Art nach dem Einflußpotential einer Mehrheitsbeteiligung entspricht, d.h. das maßgeblicher Einfluß auf personelle Besetzung der Verwaltungsorgane und daraus folgende Wahrscheinlichkeit einflußkonformen Verhaltens der Organmitglieder für die Annahme eines beherrschenden Einflusses sowohl erforderlich als auch genügend ist.<sup>363</sup> Dies bedeutet, daß es zur Abhängigkeitsbegründung genügt, wenn aus der Sicht der abhängigen Gesellschaft die Herrschaft eines anderen Unternehmens möglich ist. Die Möglichkeit,<sup>364</sup> auf ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß auszuüben, wird also Abhängigkeit genannt. Da diese Möglichkeit eines unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einflusses bei einem im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen angenommen werden muß, enthält § 17 Abs. 2 eine diesbezügliche Abhängigkeitsvermutung.

An dieser Stelle sei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß im deutschen Recht eine rein tatsächliche Abhängigkeit irrelevant ist. Entscheidend ist, ob die Abhängigkeit innergesellschaftlich bedingt oder vermittelt ist. Die Bestimmungen des AktG "*...stellen auf Tatbestände ab, die typischerweise aktien- oder jedenfalls gesellschaftsrechtlich geprägt sind*", der beherrschende Einfluß muß "*gesellschaftsrechtlich bedingt oder vermittelt*" sein,<sup>365</sup> gesellschaftsrechtlich muß es sich um eine organisatorische Abhängigkeit handeln; eine Abhängigkeit, die sich z.B. auf Marktmacht, externe Austauschbeziehungen, schuldrechtliche Verträge oder dergleichen gründet, ist keine Abhängigkeit im Sinne von § 17 AktG<sup>366</sup>. Der Rechtszustand nach § 17 AktG bricht damit mit der älteren Regelung des § 101 AktG 1937. Allgemein wird diese Entscheidung für

---

<sup>363</sup> Vgl. nur OLG Düsseldorf, AG 1994, 36, 37 (= WM 1994, 842 = ZIP 1993, 1791) und Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) §17 Anm. 5. m.w.N.; ausgiebig darstellend Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. § 77, Rn. 28ff.

<sup>364</sup> Vgl. nur BGHZ 62,193 (Seitz, 1974); vgl. statt aller Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) §17 Anm. 5 m.w.N.

<sup>365</sup> Vgl. BGHZ 90, 381, S. 394ff. (BuM, 1984). Vgl. hierzu etwa Koppensteiner, Über wirtschaftliche Abhängigkeit (1985), S. 811ff.; für die GmbH etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 28, 57ff.

<sup>366</sup> Vgl. z. B. Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 27, 49; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 789 m.w.N. Es sei daraufhin gewiesen, daß bereits vor dem AktG 1965 eine weitere Abgrenzung diskutiert wurde; vgl. nur die Formulierung von C. E. Fischer, Reform des Aktiengesetzes (1955), S. 240: *Wenn zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen rechtliche oder tatsächliche Beziehungen wirtschaftlicher, finanzieller, organisatorischer, vertraglicher oder personeller Art bestehen, die das eine Unternehmen in die Lage setzen, die Willensbildung und das Verhalten eines oder mehrerer anderer Unternehmen durch rechtliche oder tatsächliche Mittel maßgebend zu beeinflussen, so gelten herrschende und abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen (Konzernglieder).* Das geltende Recht knüpft jedoch eindeutig nur an die formelle gesellschaftsrechtlich bedingte Abhängigkeit an.

eine Differenzierung zwischen aktienrechtlicher und allgemein wirtschaftlicher Abhängigkeit begrüßt.<sup>367</sup>

#### **4. Konzern und Konzernunternehmen nach § 18 AktG**

Eine höhere Stufe des Unternehmensverbundes als die Abhängigkeit nach § 17 bildet der Konzern, für den nach § 18 Abs. 1 kennzeichnend ist, daß ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt sind, und so zwar keine rechtliche Einheit bilden, denn es handelt sich eben um selbständige Unternehmen, vgl. § 15 AktG, aber doch wirtschaftlich einheitlich geleitet werden.<sup>368</sup>

Die einheitliche Leitung ist in Deutschland somit das zentrale Konzernmerkmal. Diese kann z.B. die Geschäftspolitik, die Geschäftsführung oder die Personalpolitik betreffen. Einen ganz zentralen Platz bei dieser Beurteilung nimmt das Finanzwesen ein: Wann die Finanzsteuerung so einheitlich wird, daß ein Konzern vorliegt, ist im einzelnen streitig;<sup>369</sup> geschieht im Verbund der Unternehmen die Finanzplanung jedoch einheitlich, so liegt auf jeden Fall ein Konzern vor. Der Umfang des Begriffs der einheitlichen Leitung wird verschieden weit ausgelegt, ein weiter Begriff erscheint jedoch angebracht.

Nach § 18 Abs. 1 Satz 3 löst die Abhängigkeit von einem herrschenden Unternehmen eine Konzernvermutung aus. Diese drei Stufen, in denen verbundene Unternehmen (§ 15) zueinander im Verhältnis stehen können - der Mehrheitsbesitz (§ 16), die Abhängigkeit (§ 17) und der Konzern (§ 18) - sind also im deutschen Recht durch die Abhängigkeitsvermutung in § 17 Abs. 2 und die Konzernvermutung in § 18 Abs. 1 Satz 3 logisch in einer Vermutungskette miteinander verbunden. Es sei an dieser Stelle betont, daß die Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen und besonders die in der hier vorliegenden Arbeit interessierende Haftungsfrage nicht an den Konzernbegriff, sondern an die Abhängigkeit anknüpft.

Außer dem geschilderten Unterordnungskonzern ist in § 18 Abs. 2 der Gleichordnungskonzern zu den verbundenen Unternehmen gezählt worden: Beim Gleichordnungskonzern sind selbständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt worden, ohne daß eine Abhängigkeit besteht.<sup>370</sup>

---

<sup>367</sup> Vgl. statt aller etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S.13 mit Verweis auf BGHZ 90, 381, 395 (BuM, 1985).

<sup>368</sup> Schon § 15 des AktG von 1937 enthielt eine Konzerndefinition, hier kann die Entwicklung des deutschen Konzernrechts jedoch nicht dargelegt werden. Vgl. z.B. Emmerich / Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Aufl. (1997), S. 4ff.m.w.N.

<sup>369</sup> Vgl. hierzu Emmerich / Sonnenschein, Konzernrecht, 4. Aufl. (1991), S. 77f m.w.N.

<sup>370</sup> Auf den Gleichordnungskonzern wird in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden. Vgl. zu den Gefahren im Gleichordnungskonzern etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 176ff. und etwa K. Schmidt, Gleichordnungskonzern (1991), S. 436 und dazu wiederum Hommelhoff, Recht der



## **5. Wechselseitige Beteiligungen**

Die in § 15 als vierte Form der verbundenen Unternehmen aufgezählten und in § 19 geregelten wechselseitig beteiligten Unternehmen, sind Unternehmen, denen jeweils mehr als der vierte Teil der Anteile des anderen Unternehmens gehört. § 328 AktG enthält hierfür eine Sondervorschrift, bei der über die mögliche Suspension von Rechten eine Mitteilungspflicht durchgesetzt werden soll. Die Probleme bei wechselseitiger Beteiligung sind - außer der mangelnden Durchschaubarkeit, besonders bei ringförmigen Beteiligungen - die Einlagenrückgewähr und die Umgehung des Verbotes des Erwerbs eigener Anteile, also die Gefahr der Gefährdung der Kapitalgrundlage.<sup>371</sup> Dies sind Probleme des Kapitalschutzes sowie der Verselbständigung der Verwaltung gegenüber den Gesellschaftern, vgl. auch §§ 56, 57 und 71ff. AktG. Diese Problematik wird in dieser Arbeit, da sie nicht den für die Haftungsfrage interessierenden konzerntypischen Interessenkonflikt betrifft, auf den diese Arbeit abzielt, nicht gesondert behandelt werden. Die wechselseitige Beteiligung ist hier nur unter dem Aspekt des konzerntypischen Interessenkonflikts interessant. Für wechselseitig beteiligte Unternehmen wird in § 19 Abs. 2 und 3 AktG bei Mehrheitsbeteiligung der einen Gesellschaft an der anderen oder bei beherrschendem Einfluß von einer qualifiziert wechselseitigen Beteiligung gesprochen, und eine solche löst eine unwiderlegbare Abhängigkeitsvermutung aus.<sup>372</sup>

## **6. Durch Unternehmensverträge verbundene Unternehmen**

Die Publizität der vier obengenannten Formen der verbundenen Unternehmen ist im deutschen Aktiengesetz durch die Mitteilungspflichten der §§ 20 bis 22 gesichert, auf die in dieser Arbeit nicht weiter einzugehen ist. Für die fünfte Form der in § 15 aufgezählten Formen der verbundenen Unternehmen, die durch Unternehmensverträge verbundenen Unternehmen, gibt es eine Sonderregelung in den §§ 291ff. AktG. Diese Regelung der §§ 291 bis 310 bildet den Kern der kodifizierten Regeln und sind deshalb einleitend zu betrachten:

---

Konzernhaftung (1994), S. 398. K. Schmidt meint, der Gleichordnungskonzern als gesetzlicher Tatbestand sei wiederzuentdecken, vgl. K. Schmidt, Konzernhaftung von freiberuflichen Mehrheitsgesellschaftern (1994), S. 1743; vgl. hierzu auch die Netzwerkgedanken bei der Interessenformulierung oben in diesem Teil unter A.V.2.b.,c.,d. und e.: insbesondere in Fällen, in denen keine Abhängigkeit nicht zu einer Zurechnungseinheit besteht, gleichwohl aber eine Verdrängung des Eigeninteresse durch ein Polykorporationsinteresse stattfindet, scheint anstelle der Abhängigkeit die Haftungsanknüpfung an die Eigeninteressenbeeinträchtigung gerechtfertigt; vgl. hierzu insgesamt unten in diesem Teil unter E.

<sup>371</sup> Vgl. hierzu z.B. Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 43.

<sup>372</sup> Auch die auf die EG-Kapitalerhaltungs- Richtlinie zurückgehenden §§ 71c und 71d sollen hier nicht nähere Erwähnung finden: hiernach müssen wechselseitige Beteiligungen von über 10% innerhalb eines Jahres abgebaut werden.

### **III. Vertragskonzerne nach §§ 291ff. AktG**

Wenn ein herrschendes Unternehmen unter Verdrängung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft umfassende Leitungsmacht ausüben will, so ermöglicht die deutsche Regelung dies durch den Abschluß eines Beherrschungsvertrags.<sup>373</sup> Durch einen solchen Unternehmensvertrag werden die weiterhin juristisch selbständigen Unternehmen in einem Vertragskonzern verbunden.

Im deutschen Recht wird ein Unternehmensvertrag als Organisationsvertrag oder als gesellschaftsrechtlicher (korporativer) Vertrag qualifiziert; denn die Verträge haben unmittelbare Wirkung für die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragspartnern und im Verhältnis zu den außenstehenden Aktionären. Die Satzung der abhängigen Gesellschaft wird so durch den Unternehmensvertrag weitgehend verdrängt und überlagert, auch wenn die Formulierung des § 293 Abs. 1 Satz 4 anders verstanden werden könnte.<sup>374</sup> Für die in dieser Arbeit als zentral angesehene Interessenfrage kommt dem Beherrschungsvertrag somit besondere Bedeutung zu, weil er die Ausrichtung der abhängigen Gesellschaft auf das übergeordnete Konzerninteresse unter Mißachtung möglicher Sonderinteressen der Untergesellschaft ermöglicht.<sup>375</sup> Durch den Beherrschungsvertrag wird legitimiert, daß die unterschiedlichen Interessen der Beteiligten *nicht* durch das freie Spiel der Kräfte im wesentlichen automatisch zum Ausgleich gebracht werden,<sup>376</sup> denn mit der Beherrschung geht die bei der autonomen Gesellschaft vorausgesetzte "*eigene Kraft zum Interessenausgleich*" verloren.<sup>377</sup>

§ 291 regelt die Unternehmensverträge im engeren Sinne: den Beherrschungsvertrag und den Gewinnabführungsvertrag. Beim Beherrschungsvertrag unterstellt sich eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien der Leitung eines anderen Unternehmens. Es handelt sich hierbei um einen Organisationsvertrag, der or-

---

<sup>373</sup> Allerdings mit der sich daraus ergebenden Verlustübernahmepflicht, vgl. zu diesem zentralen Unterschied zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 410.

<sup>374</sup> Vgl. so Emmerich / Sonnenschein, Konzernrecht, 4. Aufl. (1991), S. 139f.

<sup>375</sup> Vgl. BGHZ 105, 324, 331 (Supermarkt, 1988) m..z.w.N. und hierzu z.B. Driike, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 92.

<sup>376</sup> So im Anschluß an Raiser Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 12. Eben dadurch stehen die Unternehmensverträge im Gegensatz zu den schuldrechtlichen Austauschverträgen, wo das freie Kräftespiel eben den gerechten Interessenausgleich bewirkt; vgl. hierzu auch das oben in diesem Teil unter A.V. Gesagte.

<sup>377</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben in diesem Teil unter A.III.2. und V. Bereits bei Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 303. AaO, S. 232 findet sich diese, in concreto auf einen Vertrag bezogene Betrachtung; die Kritik hieran, etwa bei Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 169 berücksichtigt nicht die im deutschen Recht wertungsmäßig vorausgesetzte *gesteigerte* Gefährdung im Abhängigkeitsverhältnis.

ganisatorisch die Zuständigkeit und damit die Befugnis des herrschenden Unternehmens zur Leitung der Gesellschaft begründet.

Ein Beherrschungsvertrag begründet nach § 18 Abs. 1 S. 2 einen Vertragskonzern. Beim Gewinnabführungsvertrag verpflichtet sich eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen.

Der durch Unternehmensvertrag begründete Verbund von Unternehmen steht dabei im System des AktG zwischen dem faktischen Konzern<sup>378</sup> auf der einen Seite und der eingegliederten Gesellschaft<sup>379</sup> auf der anderen.

### **1. "Andere Unternehmensverträge" nach § 292 AktG**

Zu den Unternehmensverträgen nach § 291 kommen die "anderen Unternehmensverträge" nach § 292: Gewinngemeinschaftsvertrag<sup>380</sup>, Teilgewinnabführungsvertrag<sup>381</sup> und Betriebspacht- sowie Betriebsüberlassungsvertrag<sup>382</sup>. Diese sind zwar auch Organisationsverträge, das AktG trennt jedoch streng zwischen diesen Unternehmensverträgen einerseits<sup>383</sup> und andererseits den Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen nach § 291: nur bei den letzteren greifen die besonderen Sicherungsvorschriften des Aktiengesetzes, vgl. §§ 300, 302 und 303 sowie §§ 304 und 305. Da diese Sonderregelungen des Vertragskonzerns und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen für die hier behandelte Frage bedeutsam sind, werden die in ihnen umgesetzten Grundideen der Sicherungen zu Gunsten von Gesellschaft, Gläubigern und Aktionären im Vertragskonzern im folgenden dargelegt.

### **2. Unternehmensverträge nach § 291 AktG**

---

<sup>378</sup> Vgl. §§ 311ff. und die Ausführungen unten in diesem Teil unter IV.

<sup>379</sup> Vgl. §§ 319ff. Auf diese Regelung wird im folgenden nicht weiter eingegangen werden. Bei der eingliederten Gesellschaft gibt es keine außenstehenden Aktionäre (vgl. § 319) und die Gläubiger der eingegliederten Gesellschaft sind durch § 321, die unmittelbare Solidarhaftung der Hauptgesellschaft nach § 322 und die Verlustausgleichspflicht nach § 324 AktG geschützt. Von der Eingliederung an haftet die Hauptgesellschaft. Bei der Eingliederung verbleibt die eingegliederte Gesellschaft eine selbständige juristische Person - wird jedoch wirtschaftlich völlig abhängig. In gewisser Weise kann so von einer Aufhebung des haftungsrechtlichen Trennungsprinzips gesprochen werden, vgl. hierzu etwa Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 333. Letzteres wird besonders durch die Aufhebung der Vermögensbindung gegenüber der Hauptgesellschaft deutlich, vgl. § 323 Abs. 2. Interessant ist, daß in Deutschland in einer Reihe von Vorschlägen, die die Ersetzung des Kapitalschutzes durch eine Haftungserstreckung befürworten, die Haftungsfrage der bei der eingegliederten Gesellschaft entspricht; vgl. auch das unten in diesem Teil unter D.I.3. zum ursprünglich vorgeschlagenen E § 284 Gesagte.

<sup>380</sup> Vgl. § 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG.

<sup>381</sup> Vgl. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG.

<sup>382</sup> Vgl. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG.

<sup>383</sup> Auf diese "anderen Unternehmensverträge" wird im folgenden nicht besonders eingegangen werden, da sich hieraus keine für die Haftungsfrage relevanten Aspekte ergeben.

§ 291 AktG kennt Beherrschungsverträge und Gewinnabführungsverträge, die in der Regel miteinander verbunden sind.

Der große Vorteil der Existenz des Vertrags als Grundlage des Eingliederungs- und Vertragskonzerns, der auch und gerade für die Frage der Haftung hervorzuheben ist, ist das Anknüpfen an einen eindeutigen Tatbestand, nämlich den Eingliederungsbeschuß bzw. den Unternehmensvertrag. Dadurch wird dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit gegeben, klare Verhältnisse zu schaffen. Bereits dies macht den Unternehmensvertrag zu einem wertvollen Teil des Rechtssystems.

### **a. Vertragskonzerne als ein Produkt des Steuerrechts**

Einleitend ist ein Blick auf den steuerlichen Hintergrund der Vertragskonzernregelung angebracht, um das nötige Vorverständnis für die systematische Einordnung der Vertragskonzernregelung einschließlich der hier interessierenden Regelung der Verantwortlichkeit<sup>384</sup> zu schaffen. Der Einfluß des Steuerrechts auf die Entwicklung der Unternehmenkonzentration kann dabei nicht überschätzt werden.

Die Ausformung des deutschen Konzernrecht auf steuerliche Ansätze zurückzuführen.<sup>385</sup> Der Unternehmensvertrag ist ein Kind des Steuerrechts,<sup>386</sup> und wichtige Teilelemente - wie etwa der Verlustausgleich - kommen aus dem Organschaftsvertrag des Steuerrechts.<sup>387</sup>

---

<sup>384</sup> Es sei daran erinnert, daß es die ursprüngliche Gesetzeskonzeption gewesen war, neben den Eingliederungs- und den Vertragskonzern eine strenge Erfolgshaftung zu stellen; vgl. zu E§ 284 die Ausführungen unten in diesem Teil unter D.I.3.

<sup>385</sup> Vgl. zum Einfluß des Steuerrechts auf das deutsche Konzernrecht statt aller die Darstellung bei Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht (6. Aufl., 1997), S. 28.

<sup>386</sup> So etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG Anh. § 13 Rn. 61.

<sup>387</sup> Vgl. auch Hommelhoff, Der Verlustausgleich (1987), S. 227ff., der die Legitimation des Verlustausgleichs als notwendiges Konstruktionselement im damaligen Gesamtsystem darstellt. Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 130 m.w.N., betont, daß der Organschaftsvertrag des Steuerrechts durch das AktG 1965 in Beherrschungsvertrag und Gewinnabführungsvertrag aufgespalten wurde - und hält diese rechtsevolutionär eben wichtige Information gerade in Verbindung mit Vorüberlegungen zum Anspruch auf Haftungsfreistellungen und Verlustausgleichsgedanken i.V.m. §§ 662, 670 und 675 bezeichnenderweise immer noch für erwähnenswert, obwohl eine Interpretation des Beherrschungsvertrags als Auftrag oder auftragsähnliches Rechtsverhältnis nach heutigem Erkenntnisstand nicht mehr vertretbar ist (aaO. S. 131 m.w.N.).

Zwar gilt theoretisch ein Vorrang des Zivilrechts und damit auch des Gesellschaftsrechts vor dem Steuerrecht, aber de facto haben sich die Gewichte fast umgekehrt<sup>388</sup>: Da sich die Wahl der Rechtsform mehr nach steuerlichen als nach gesellschaftsrechtlichen Erwägungen richtet<sup>389</sup>, ist das Steuerrecht somit eine unerwünschte<sup>390</sup> Quelle des Gesellschaftsrechts geworden. Dies wird besonders am Vertragskonzern deutlich, denn - wie alle wissen, die sich mit dem Konzernrecht befassen<sup>391</sup> - ist der Vertragskonzern eine Bildung des Steuerrechts<sup>392</sup>: Unternehmensverträge, solche bestanden bereits vor dem AktG 1965, waren Folge einer rein auf steuerliche Zwecke ausgerichteten Entwicklung, und ihre Gestaltung war im wesentlichen Umfang durch die Praxis der Steuerbehörden und die Rechtsprechung der Finanzgerichte nahezu erzwungen worden.<sup>393</sup> Mit dem § 291 AktG wollte der deutsche Gesetzgeber somit die unter dem Einfluß des Steuerrechts herausgebildete Organschaft<sup>394</sup> legitimieren.<sup>395</sup>

Rechtsgeschichtlich betrachtet ist dabei vor allem der für die Vertragskonzerne kennzeichnende Zusammenschluß zu sogenannten Organschaftsverhältnissen durch das Steuerrecht wichtig, weil besonders früher die Organschaft stark durch das Steuerrecht

---

<sup>388</sup> Vgl. nur Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 23f.

<sup>389</sup> An dieser Stelle sei erwähnt, daß zunächst zu untersuchen wäre, ob das Haftungsprivileg überhaupt eine wesentliche Rolle bei der Entscheidung Organisationsform und Organisationsaufbau spielt oder ob nicht steuerliche Motivationen viel eher ausschlaggebend sind. Mindestens ebenso stark wie die Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen vom Steuerrecht stark beeinflusst worden ist, wird die Struktur der verbundenen Unternehmen vom Steuerrecht geprägt. Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), S. 314 meint etwa, das Haftungsrecht sei weitgehend lediglich reaktiv. Dazu ist rechtsevolutionär anzumerken, daß sich in den USA eine differenzierte Rechtsprechung zu Haftungsfragen entwickelte, ohne daß eine einheitliche Linie zu erkennen gewesen wäre: Spindler, Recht und Konzern (1993), S. 312 bezweifelt deshalb, ob sich Richtlinien für die Konzernbildung und -organisation aus der Haftungslage ableiten lassen. Dem Gesagten ist zu folgen: Der Haftungsregelung kommt im verbundenen Unternehmen nicht die entscheidende Rolle bei der Unternehmensgestaltung zu.

<sup>390</sup> So Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 23.

<sup>391</sup> So Schanze auf dem DJT 1992, Diskussionsbericht S. R 117. Ob alle, die sich mit konzernrechtlichen Problemen beschäftigen, sich wirklich immer bewußt sind, daß die Figur des Vertragskonzerns eigentlich nicht gesellschaftsrechtlich gewachsen ist, mag hier dahinstehen.

<sup>392</sup> Vgl. auch Knobbe-Keuk, Steuerrecht - Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts (1986), S. 3.

<sup>393</sup> Zum Beherrschungsvertrag als ein Produkt des Steuerrechts und zum Hintergrund des Organschaftsvertrages bereits DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 123ff., 144.

<sup>394</sup> Der Bundesgerichtshof bezeichnet in BGHZ 68, 312, 321 (Fertighaus, 1977) die Organschaft als Zweckschöpfung des Steuerrechts und merkt dann an, daß sie in jenem Bereich auch zu einem Haftungsdurchgriff führen kann. Der VIII. Zivilsenat fährt dann jedoch fort, daß sie für einen Durchgriff vertraglicher Gläubigerforderungen im Privatrecht keine wesentliche Rolle spiele.

<sup>395</sup> Vgl. Mestmäker, Systematik (1967/1984), S. 478 und BegRegE bei Kropff (1965), S. 478. Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 424, der dem konzernspezifischen Ansatz eher kritisch gegenübersteht, meint gar, die aktienrechtlichen Bestimmungen entstammten dem Bedürfnis, die gesellschaftsrechtlichen Bedingungen des Steuerprivilegs der Organschaft zu legalisieren. Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 142 erinnert gerade in entstehungsgeschichtlicher Perspektive dementsprechend daran, daß das körperschaftsteuerrechtliche Schachtelprivileg seine Bedeutung erst mit dem Anrechnungsprinzip, das seit 1977 gilt, verlor; vgl. statt aller aaO. m.w.N.

begünstigt wurde. Mit dem Anwachsen der steuerlichen Belastung war in der Praxis das Bedürfnis entstanden, mit steuerlicher Wirkung Gewinne und Verluste mehrerer selbständiger Einheiten auszugleichen, wenn diese Teil eines wirtschaftlich einheitlich geführten Unternehmens waren. Indem die wirtschaftliche Unselbständigkeit der einzelnen Kapitalgesellschaft als entscheidendes Kriterium für eine steuerliche Privilegierung betont wurde, wurde als Folge des steuerlichen Uniformierungsbestrebens der Unternehmensvertrag eingeführt.<sup>396</sup> Die Regelung des Aktiengesetzes für den Vertragskonzern ist so am Vorbild der vor der Aktienrechtsreform bereits über Jahrzehnte im deutschen Steuerrecht anerkannten Rechtsfigur der Organshaft ausgerichtet.<sup>397</sup> Das Vertragskonzernrecht hat sich so aus dem in der Kautelarpraxis entwickelten und von den Finanzgerichten anerkannten Organschaftsvertrag entwickelt.<sup>398</sup>

Den Beherrschungsvertrag gab es vor dem AktG von 1965 als Typus nicht in der Konzernpraxis,<sup>399</sup> die gesetzliche Regelung erzeugte die Unternehmensverträge des AktG 1965 als ein juristisches Novum<sup>400</sup>: zwar waren Organschaftsverträge im Steuerrecht bekannt, aber der Gedanke, eine Gesellschaft einem herrschenden Unternehmen legal unterzuordnen, ist erst mit dem AktG 1965 im Zivilrecht aufgetaucht. Nach den noch Mitte des letzten Jahrhunderts geltenden Gesetzen war auch in der deutschen Rechtsordnung der Beherrschungsvertrag nicht mit den Grundsätzen des Aktienrechts vereinbar.<sup>401</sup> Dies war denn auch vom Reichsgericht bestätigt worden.<sup>402</sup> Erst seit dem AktG 1965 gibt es die Möglichkeit der legalen Beherrschung von Aktiengesellschaften; diese wurde für zulässig erklärt, *"um einem wirtschaftlichen Bedürfnis namentlich bei Konzernen zu entsprechen."*<sup>403</sup> Die Grundidee war dabei, daß der Vertragskonzern *"gleichzeitig angemessene Sicherungen für die Gesellschaft, ihre Aktionäre und ihre Gläubiger"*<sup>404</sup> verbinden sollte. Der Vertragskonzern wurde von den Bearbeitern des Gesetzesentwurfes im Interesse einer systematisch klaren Regelung geschaffen, um die zu undifferenzierten Gebilde des Organschaftsvertrages abzulösen.<sup>405</sup>

---

<sup>396</sup> Vgl. hierzu darstellend etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rn. 123ff.

<sup>397</sup> So etwa Flume, Das Video-Urteil (1992), S. 26 m.w.N.

<sup>398</sup> Vgl. statt aller illustrativ etwa Rittner, Konzernorganisation und Privatautonomie (1983), S. 295.

<sup>399</sup> Es sei hier angemerkt, daß die Zahl der Beherrschungsverträge mit abhängigen Gesellschaften in der Praxis relativ gering ist, vgl. zu dieser Aussage Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 13.

<sup>400</sup> Vgl. Würdinger, Reform des Konzernrechts (1959), S. 293.

<sup>401</sup> Vgl. dazu die Belege bei Kronstein, Das Recht der internationalen Kartelle (1967), S. 489f. m.w.N.

<sup>402</sup> RGZ, 3, S. 123, 128ff. Vgl. dazu Kronstein, Das Recht der internationalen Kartelle (1967), S. 490, sowie Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 2f.

<sup>403</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 377.

<sup>404</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 377.

<sup>405</sup> Vgl. Ballerstedt, Weisungsrecht (1973), S. 390. Besonders sei angemerkt, daß die früheren, aus steuerlichen Erwägungen abgeschlossenen Organschaftsverträge, gesellschaftsrechtliche

Die Regelung, die die Vertragskonzerne im kodifizierten deutschen Konzernrecht gefunden haben, wird somit vor dem Hintergrund der steuerlichen Motivation verständlich:<sup>406</sup> Die Entwicklung zum anschließend darzustellenden Recht hatte sich verselbständigt und wurde 1965 in das Aktiengesetz übernommen, als man bei den Bestrebungen den zentral und den dezentral geführten Konzern unterschiedlich zu regeln auf die steuerrechtlichen bedingten Voraussetzungen aufbaute.

### **b. Weisungsrecht und Interessenumbruch**

Grundlage des Vertragskonzerns ist im Regelfall der Beherrschungsvertrag. Durch diesen wird nach § 291 Abs. 1 AktG die Leitung der beherrschten Aktiengesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Das Weisungsrecht ergibt sich aus § 308 Abs. 1, wonach im Falle des Bestehens eines Beherrschungsvertrages das herrschende Unternehmen berechtigt ist, dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Diese Regelung bricht mit der Konzeption des AktG, bei der es ansonsten keine rechtlichen Einflußmöglichkeiten einzelner Aktionäre auf die Geschäftsführung des Vorstandes gibt (vgl. AktG §§ 76, 111, 119 Abs. 2 sowie § 23 Abs. 5).

Durch den Beherrschungsvertrag und das Weisungsrecht nach § 308 Abs. 1 AktG, erhält ein herrschendes Unternehmen das Recht, die abhängige Gesellschaft zu leiten. Dieses Weisungsrecht leitet sich dabei aus der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeit ab. Deshalb ist der Umfang des Weisungsrechts in § 308 AktG objektiv festgelegt.<sup>407</sup>

Mit dem Weisungsrecht ist das Recht der Leitung der Gesellschaft gemeint; es gibt somit eine unmittelbare Verbindung zu § 76 AktG, denn alle Tätigkeitsbereiche des Vorstandes werden erfaßt. Entsprechend ist das Weisungsrecht aus einem Beherrschungsvertrag auf die Zuständigkeit des Vorstandes begrenzt,<sup>408</sup> Hierin kommt nicht nur die organisationsrechtliche Überlagerung des § 76 AktG durch den Beherrschungsvertrag

---

Gesichtspunkte, wie etwa die Lage der Minderheitsgesellschafter in der abhängigen Gesellschaft völlig vernachlässigt hatten, hierzu etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rn. 124, 130.

<sup>406</sup> Vgl. dazu auch Emmerich/Sonnenschein in der ersten Auflage Konzernrecht (1973), S. 17. Auch im GmbH-Vertragskonzernrecht ist der Einfluß des Steuerrechts nicht zu unterschätzen, auch für Unternehmensverträge im GmbH-Recht dürften insbesondere steuerrechtliche Erwägungen ausschlaggebend sein, vgl. Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. § 77 Rn. 11 m.w.N. und insgesamt zur Bedeutung der Steuerregeln für die Gestaltung von Vertragskonzernen im nicht kodifizierten GmbH-Recht auch Ulmer, aaO. Rn. 190, 207 m.w.N. Auf das GmbH-Vertragskonzernrecht wird in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen, bereits die Darstellung der gesetzlichen Regelung des AktG zeigt die Systematik ausreichend auf. Dabei sollen aber die Unterschiede von GmbH- und Aktienvertragskonzernrecht nicht übersehen werden, vgl. zu den Unterschieden von Aktiengesellschaft und GmbH nur unten in diesem Teil unter C.V.1. und zu deren Relevanz für die Unterschiede im Aktien- und GmbH-Vertragskonzernrecht statt aller Ulmer, aaO Rn. 186 m.w.N.

<sup>407</sup> So bereits früh etwa Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 323.

<sup>408</sup> Vgl. im ganzen z.B. Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987), Rn. 17 sowie 2 und 19 zu § 308; vgl. auch Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 308 Anm. 3ff.

zum Ausdruck; dies zeigt insbesondere, wie sehr durch den Beherrschungsvertrag die in der autonomen Gesellschaft angelegten Abgleichsmechanismen ausgehebelt werden. Denn während nach § 76 die Ermessensausübung des Vorstandes unstreitig die sachgerechte Wahrnehmung der in der Gesellschaft und ihrem Unternehmen zusammentreffenden Interessen bedeutet, und der Vorstand der autonomen Gesellschaft somit divergierende Interessen gegeneinander abzuwägen hat,<sup>409</sup> führt der Umstand, daß das herrschende Unternehmen nach § 308 Abs. 1 AktG gegenüber dem Vorstand der von ihm abhängigen Gesellschaft unmittelbar weisungsberechtigt ist, zu einem Umbruch der Kompetenzordnung der abhängigen Gesellschaft. Dieser korrespondiert mit einem Umbruch der Interessenausrichtung in der abhängigen Gesellschaft, dessen zentraler Inhalt ist, daß ein weisungsgebundener Vorstand nicht mehr dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft verpflichtet ist.<sup>410</sup> Dies ist für den hier behandelten Haftungsaspekt zentral.

Die formale Kompetenzaufteilung *in* der Aktiengesellschaft auf Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung bleibt jedoch bestehen: die letzteren sind weisungsunabhängig und sollen sich der Grundkonzeption des § 308 AktG nach grundsätzlich nur nach dem Eigeninteresse der Gesellschaft richten<sup>411</sup>, sie sind also nicht dem Konzerninteresse verpflichtet. Durch den Beherrschungsvertrag erhält das herrschende Unternehmen jedoch die Möglichkeit, auch Weisungen zu erteilen, die für die abhängige Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie im Interesse der herrschenden Unternehmens liegen, vgl. § 308 Abs. 1, S. 2. Aus § 308 Abs. 2 ergibt sich gleichzeitig, daß es dem Weisungsberechtigten zusteht zu entscheiden, wie das in der abhängigen Gesellschaft durchzusetzende Konzerninteresse<sup>412</sup> zu definieren ist.<sup>413</sup> Diese Interessenwahrung und -überlagerung sollte man sich bei der Betrachtung der Konzeption der Vertragskonzernverhältnisse eingangs deutlich machen.<sup>414</sup>

Der Beherrschungsvertrag eröffnet somit die Möglichkeit, auf die Entscheidungen über die Leitung der abhängigen Gesellschaft einzuwirken und diese vorzuschreiben. Das

---

<sup>409</sup> Vgl. nur BGHZ 125, 239, 246 (Deutsche Bank, 1994) und wie hier Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 76 Anm. 13.

<sup>410</sup> Vgl. zu diesem Umbruch etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 93.

<sup>411</sup> Für den Aufsichtsrat gilt jedoch die Einschränkung des § 308 Abs. 3 AktG.

<sup>412</sup> Vgl. hierzu näher das oben in diesem Teil unter A.V.2.d. Gesagte.

<sup>413</sup> Vgl. hierzu etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 93, der diese gesetzliche Zuordnung der Definitionsmacht bei der Konkretisierung des Konzerninteresses bereits deshalb für funktionsgerecht hält, weil den Vorständen abhängiger Gesellschaften großteils der Überblick darüber fehlen wird, ob die Maßnahme zur Förderung der Unternehmensgruppe zweckmäßig ist.

<sup>414</sup> Wesentlich ist dabei auch, daß die Maßnahmen zur Wahrnehmung von Konzerninteressen im Bereich des unternehmerischen Ermessensspielraumes der Konzernleitung liegen müssen, vgl. hierzu und insgesamt zur Wahrnehmung von Konzerninteressen Immenga, Bestandschutz im Vertragskonzern (1976), S. 304f. m.w.N.



Recht zur Ausübung von Weisungsmacht beim Bestehen eines Beherrschungsvertrages (vgl. §§ 308ff.) erstreckt sich also auf die Erteilung nachteiliger Weisungen, soweit diese den "*Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen*".<sup>415</sup> Nur wenn dies offensichtlich nicht der Fall ist, kann der Vorstand der Gesellschaft sich diesen Weisungen widersetzen (§ 308 Abs. 2 AktG). Eine gewisse Proportionalität muß dabei gewahrt sein: eine Schädigung der abhängigen Gesellschaft muß vergleichbare Vorteile für andere Konzernunternehmen bedeuten<sup>416</sup>. Somit besteht eine Grenze der Weisungsbefugnis, die zudem im Beherrschungsvertrag weiter eingeschränkt sein kann (vgl. § 308 Abs. 1 S. 2 AktG).<sup>417</sup>

Weisungen können auch Geschäfte anbelangen, die nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats der Gesellschaft vorgenommen werden dürfen<sup>418</sup>. Wird nach Erteilung einer Weisung eine solche Zustimmung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erteilt, so kann die Weisung wiederholt werden und muß dann befolgt werden, d. h. die Zustimmung des Aufsichtsrats der Gesellschaft ist dann nicht mehr nötig.<sup>419</sup> Das Prüfungsrecht nach § 111 Abs. 4 AktG kommt mit dem Aufsichtsrat dem Kontrollorgan der abhängigen Gesellschaft zu. Es ist hier wichtig zu bemerken, daß das Weisungsrecht nichts daran ändert, daß die abhängige Gesellschaft auch nach Abschluß des Beherrschungsvertrages nur durch ihre eigenen Organe tätig wird.<sup>420</sup>

Im Beherrschungsvertrag können Art und Umfang des Weisungsrechts geregelt sein. Ansonsten kann eine Weisung im Sinne des AktG jede Form haben, sie ist nicht formgebunden. Das Weisungsrecht als Instrument zum Praktizieren einer einheitlichen Leitung kann somit auf ganz unterschiedliche Art und Weise, wie z. B. durch personelle Verflechtungen, schriftliche Weisungen, Ratschläge, Empfehlungen oder abgestimmte Geschäftspolitik, durchgesetzt werden. Die unterschiedlichen Arten sollen hier nicht dargelegt werden.

Die Begrenzung des § 308 AktG, daß die Weisung im Konzerninteresse liegen muß, zeigt, daß die Interessenausrichtung der Gesellschaft auf das Eigeninteresse im Vertragskonzern der Ausrichtung auf das Konzerninteresse weicht. Durch die Weisungsbefugnis

---

<sup>415</sup> Vgl. § 308 Abs. 1 S. 2 AktG.

<sup>416</sup> Vgl. Emmerich, Bestandschutz im GmbH-Vertragskonzern (1986), S. 69f.

<sup>417</sup> An diesen Punkten wird der Unterschied zwischen der eingegliederten und der in einem Vertragskonzernverhältnis stehenden Gesellschaft besonders deutlich: bei der eingegliederten Gesellschaft ist das Weisungsrecht nach § 323 unbegrenzt.

<sup>418</sup> Vgl. § 111 Abs. 4 AktG.

<sup>419</sup> Falls das *herrschende* Unternehmen einen Aufsichtsrat hat, darf die Weisung jedoch nur mit dessen Zustimmung wiederholt werden, vgl. § 308 Abs. 3, Satz 2.

<sup>420</sup> Vgl. BGH vom 14.5.1990, AG 1990, S. 459f. (Bonuszusage an Geschäftsführer von Konzernmutter abgegeben).

überlagert das Konzerninteresse somit das Eigeninteresse der Gesellschaft.<sup>421</sup> Beim Vertragskonzern kommt es also auf Grund der Weisungsbefugnis zu einer Umkehr der Interessenausrichtung - einem Interessenumbruch - innerhalb der beherrschten Gesellschaft<sup>422</sup>. Hieraus ergibt sich auch logisch die Regelung der Verantwortlichkeit mit der Verlustübernahmepflicht des § 302 AktG. Die Verlustausgleichspflicht bei Weisungserteilung ist nicht etwa in der einzelnen Weisung begründet, die ja auch im Gesellschaftsinteresse liegen kann. Die besondere Regelung des Verlustausgleichs hat ihre Berechtigung eben in diesem Interessenumbruch, der eine Überlagerung des Eigeninteresses beinhaltet. Dies wird darin deutlich, daß ein Wertungswiderspruch entstünde, wenn für Weisungen gehaftet würde, die dem Gesellschaftsinteresse entsprechen.<sup>423</sup>

Die gesetzgeberische Wertung ist somit, daß sich in einem Vertragskonzern Gefährdungen und Beeinträchtigungen des Eigenwillens sowie des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft ergeben.<sup>424</sup> Diesen Gefährdungen ist entweder entgegenzuwirken - oder sie sind auszugleichen.<sup>425</sup> Dies ist der Grundgedanke hinter der deutschen Ausgleichsregelung.<sup>426</sup> Im Vertragskonzern findet kein Schadensersatz und

---

<sup>421</sup> Vgl. hierzu den oben in diesem Teil unter A.V. dargelegten konzerntypischen Interessenkonflikt.

<sup>422</sup> Vgl. Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, (1982), S. 92.

<sup>423</sup> Dies betont zutreffend in Anlehnung an Semler etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 117. An dieser Stelle sei bemerkt, daß auf den von Schramm vertretenen Ansatz eines Schutzpflichtverhältnisses zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft, etwa im sogenannten qualifiziert faktischen Konzern, nicht eingegangen wird. Dieser Ansatz baut letztlich auf dem Gedanken von Canaris auf, daß ein besonderes Vertrauensverhältnis aufgrund der Möglichkeit zu gesteigerter Einflußnahme auf die Interessensphäre des Geschäftspartner besteht (aaO. S. 108ff.). Dementsprechend ist die Konzerntreuepflicht für Schramm, aaO. S. 129, als die Ausformung eines Vertrauensstatbestandes zu verstehen. Diese allgemein zivilrechtlichen Erwägungen sind zwar beachtenswert, für diese um die Erarbeitung der spezifischen Wertungen bemühte Arbeit ist aber eben nicht der allgemein zivilrechtliche, sondern der konzernspezifische Ansatz des deutschen Rechts interessant.

<sup>424</sup> Willensunterwerfung und Interessenumbruch sind so als die beiden strukturprägenden Merkmale des Vertragskonzerns bezeichnet worden, vgl. z.B. Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 19.

<sup>425</sup> DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 203, vgl. zur Unterscheidung zwischen Beeinträchtigung des Eigenwillens und des Eigeninteresses aaO. Rz. 244.

<sup>426</sup> Besonders hingewiesen sei hierbei auf die Kommission des DJT, die die Auffassung vertrat, daß im Vertragskonzern eine unbeeinträchtigte Verfolgung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft nicht anzunehmen sei und daß sich deshalb im Vertragskonzern eine Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft nicht vermeiden lasse. In der Regelung des Vertragskonzerns mußte deshalb Ersatz für das Fehlen des streng gewährten Eigeninteresses geschaffen werden, vgl. DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 501, 247. Diese Kompensation wird in der deutschen Regelung durch den Ausgleich gegeben; diesen Ausgleichsgedanken findet man im übrigen bereits vor dem AktG von 1965, so war er etwa bereits 1925 in einer Entscheidung des Reichsgerichts aufgetaucht, vgl. RGZ 112, 18 und hierzu etwa Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 148.

kein Ausgleich der einzelnen Eingriffe statt, sondern eine globale Kompensation<sup>427</sup> für die Beeinträchtigung des Eigeninteresses: der Verlustausgleich. Daß der Gesetzgeber im Vertragskonzern diesen Interessenumbruch in der abhängigen Gesellschaft akzeptiert hat, ergibt sich aus der Möglichkeit nachteiliger Weisungen und aus den Voraussetzungen der §§ 302 und 304.

Da vom Eintritt des Vertragskonzernverhältnisses an somit die Belange des herrschenden Unternehmens in der abhängigen Gesellschaft (§ 308) verfolgt werden können, es jedoch nicht notwendigerweise zu einer Eliminierung der außenstehenden Aktionäre kommt, muß zuerst deren Mitwirken beim Abschluß, beim Abändern und bei der Aufhebung des Vertrages gesichert werden. Dies geschieht in den §§ 293 bis 299 AktG<sup>428</sup>, die Vertragsabschluß, Vertragsänderung und Vertragsaufhebung regeln. Die außenstehenden Aktionäre werden zusätzlich durch die Ausgleichsregelung in § 304 und die Abfindungsregelung in § 305 berücksichtigt. Neben den außenstehenden Aktionären, auf die in dieser haftungsrechtlichen Arbeit nicht näher einzugehen ist,<sup>429</sup> bedürfen auf Grund der Wahrnehmung gesellschaftsfremder Interessen noch die Gesellschaft als solche und die Gläubiger der Gesellschaft besonderer Sicherung. Diese Sicherungsbedürfnisse spiegeln sich in den §§ 300 bis 302 bzw. im § 303 AktG wieder, auf die gleich einzugehen sein wird.

### **c. Zustandekommen und Abändern von Unternehmensverträgen**

Ein Beherrschungsvertrag ist *"kein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert. Diese Änderung besteht insbesondere darin, daß die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen, der Gesellschaftszweck unter Aufhebung der unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bei einem in der Regel gleichbleibenden Unternehmensgegenstand am Konzerninteresse ausgerichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird."*<sup>430</sup> An diesem Zitat des Bundesgerichtshofes wird deutlich, daß der Vertrag eine sehr eingreifende, die Interessenberücksichtigung grundlegend verändernde Wirkung auf die abhängige Gesellschaft hat. Die §§ 293ff. besagen deshalb, daß die Hauptver-

<sup>427</sup> So zutreffend Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 262f. Beim Fehlen eines Unternehmensvertrags, beim faktischen Konzern, gibt es dagegen die Pflicht zur Kompensation jedes einzelnen schädigenden Eingriffes, vgl. hierzu die Darstellung unten in diesem Teil unter C.IV.

<sup>428</sup> Diese gelten somit für Organisationsverträge sowohl nach § 291 als auch nach § 292.

<sup>429</sup> Ebenso ist es bei dieser Haftungs Betrachtung nicht nötig, auf Arbeitnehmerprobleme etc. einzugehen; hier interessiert insbesondere der Interessenumbruch und dessen Bedeutung für die Regelung der Verantwortlichkeit.

<sup>430</sup> Vgl. BGHZ 105, 324, S. 331 (Supermarkt).

sammlung der abhängigen Gesellschaft dem Zustandekommen und dem Abändern von Unternehmensverträgen<sup>431</sup> mit qualifizierter Mehrheit, das heißt mit mindestens<sup>432</sup> drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals, zustimmen muß, da vertraglich auf die Autonomie der Gesellschaft verzichtet wird.<sup>433</sup> Um bei der Abstimmung den Hauptversammlungsteilnehmern<sup>434</sup> die Möglichkeit einer Stellungnahme zu geben, muß eine Entscheidungsgrundlage bestehen: deshalb muß im Beherrschungsvertrag der Umfang des Weisungsrechts möglichst konkret beschrieben werden.<sup>435</sup>

Die Unternehmensverträge schließt zwar der Vorstand ab (vgl. § 78 AktG), die Wirksamkeit des Vertrages hängt jedoch nach § 293 von der Zustimmung der Hauptversammlung ab. Daß nach § 295 AktG auch eine Änderung des Unternehmensvertrages der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf, ist somit eine Erhaltung der Kompetenzverteilung der Regelung des § 293 AktG. Trotz der Interessenkollision kann der Vertragspartner in der Regel die auf seinem Aktienbesitz beruhenden Stimmrechte ausüben, jedoch bedarf es nach § 295 Abs. 2 eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre für die *"Änderung der Bestimmungen des Vertrages, die zur Leistung eines Ausgleichs an die außenstehenden Aktionäre der Gesellschaft oder zum Erwerb ihrer Aktien verpflichten"*. Dies entspricht dem Prinzip des AktG, die Interessen der jeweils Betroffenen so weit wie systemkonform möglich zu schützen.<sup>436</sup>

Die Beendigung von Unternehmensverträgen fällt dagegen nicht in die Zuständigkeit der Hauptversammlung: da die Gesellschaft ihre Autonomie zurückerhält, und ein eventueller Verlustübernahmeanspruch nach § 302 sowie der Gläubigerschutz nach § 303 unberührt bleiben, liegt die Zuständigkeit beim Vorstand. Dies entspricht der Vertragsaufhebungsregelung in § 296 und der Kündigungsvorschrift in § 297 AktG. Es gibt jedoch die gleiche Regelung eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre nach § 295 Abs. 2 in den § 296 Abs. 2 und § 297 Abs. 2 AktG.

---

<sup>431</sup> Die Publizität der Unternehmensverträge sichert § 294: Erst mit der Eintragung ins Handelsregister wird der Unternehmensvertrag wirksam, vgl. auch § 298.

<sup>432</sup> Die Satzung kann höhere Zustimmungserfordernisse stellen.

<sup>433</sup> Zur Funktion der Hauptversammlungszustimmung, vgl. z.B. Hommelhoff, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag (1992), S. 33.

<sup>434</sup> Sofern das herrschende Unternehmen ebenfalls eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, muß auch deren Hauptversammlung zustimmen, vgl. § 293 Abs. 2 AktG, und zwar auf Grund der potentiellen Verpflichtungen nach §§ 302ff.

<sup>435</sup> Dies ist z.T. streitig, vgl. illustrativ hierzu Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht (1982), S. 304.

<sup>436</sup> Dieser Gesichtspunkt, das Vermeiden von Schutzdefiziten, liegt als Erwägung auch den §§ 293a bis 293e zugrunde: nach diesen Bestimmungen über den Bericht über den Unternehmensvertrag und Prüfung desselben besteht, für den Fall daß neben dem herrschenden Unternehmen weitere Aktionäre vorhanden sind, zum Schutz dieser durch Information und Prüfung eine Schutzregelung wie bei der Verschmelzung. Da dies weder eine konzernspezifische noch eine haftungsrelevante Regelung ist, wird hier ebenso wie auf das Auskunftsrecht nach § 294 Abs. 4 nicht weiter auf die §§ 293aff. eingegangen; vgl. stattdessen Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 293a Anm. 1ff.

#### **d. Spezifische Schutzregelungen im Vertragskonzern**

Außer diesen Regeln über das Zustandekommen von Unternehmensverträgen, enthält das AktG in den §§ 300ff. die oben angesprochenen Schutzregeln zugunsten der Gesellschaft, ihrer Gläubiger und der außenstehenden Aktionäre, um die durch den Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag veränderte Gesellschaftselbständigkeit und -unabhängigkeit zu kompensieren: es soll mit anderen Worten ein Gegengewicht zu den potentiell aus dem Unternehmensvertrag fließenden Nachteilen geschaffen werden. Dies entspricht dem Grundsatz, daß alle Vermögensinteressen und die vermögensrechtlichen Stellungen aller Beteiligten vor dem Gesetz den gleichen Schutz verdienen.<sup>437</sup>

#### **aa. Sicherung von Gesellschaft und Gläubigern der Gesellschaft**

Der Abschnitt der §§ 300 bis 303 AktG soll seiner Überschrift nach für die Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger der Gesellschaft sorgen, indem Nennkapital- und Rücklagenerhaltung gewährleistet werden. § 300, der die gesetzliche Rücklagenpflicht im Vertragskonzern vorschreibt, und § 301, der den Höchstbetrag der Gewinnabführung auf den *"Jahresüberschuß, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um den Betrag, der nach § 300 in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist"* begrenzt, dienen der Sicherung des Gesellschaftsvermögens und damit der Überlebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft. Das gleiche Ziel hat die Verlustausgleichspflicht des § 302, dessen Kodifikation den bereits zuvor aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleiteten Ausgleichsanspruch fixiert.<sup>438</sup> Nach § 302 AktG muß der Gesellschaft jeder während der Vertragsdauer entstehende Jahresfehlbetrag<sup>439</sup> ausgeglichen werden, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind. Die Gesellschaft hat somit nach § 302 einen Anspruch auf Verlustausgleich.<sup>440</sup>

---

<sup>437</sup> Vgl. z.B. Mestmäcker, Systematik (1967), S. 129, 131.

<sup>438</sup> Hierzu etwa Hommelhoff, Der Verlustausgleich (1987), S. 227.

<sup>439</sup> Hier sei an § 291 Abs. 3 erinnert: Die üblicherweise gesellschaftsrechtlich verbotenen verdeckten Gewinnausschüttungen sind im Vertragskonzern nach § 291 ausdrücklich gestattet. Hier sei angemerkt, daß gerade die Gewinnübernahme den Interessenumbruch deutlich macht, wie dies schon früh (DJT-Konzernrecht (1967), Rn. 142) festgestellt wurde, wenn es etwa heißt: *"Bei einer Ergebnisübernahme wird besonders deutlich, daß die abhängige Gesellschaft ein ihrem Eigeninteresse dienendes Ergebnis nicht mehr erzielt."* Ebenso können auch vorvertraglich gebildete stille Reserven an das herrschende Unternehmen geleitet werden, vgl. Koppensteiner im Kölner Kommentar zum AktG (1986) zu § 301, auch hieran wird der unternehmerische Interessenumbruch deutlich.

<sup>440</sup> Dieser Ausgleichsgedanke verdient besondere Beachtung: Eben *daß* der Ausgleich an die abhängige Gesellschaft zu zahlen ist, zeigt die Besonderheit der in einen Unternehmensverbund eingebundenen Gesellschaft. Dieser Ausgleichsgedanke findet sich im deutschen Recht bereits vor dem AktG von 1965, so etwa in einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1925, RGZ 112, 18; vgl. hierzu

Andererseits ist das herrschende Unternehmen nach § 302 AktG verpflichtet, *jeden* während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag der abhängigen Gesellschaft auszugleichen. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser Fehlbetrag überhaupt durch das herrschende Unternehmen verursacht worden ist. Dies bedeutet, daß das herrschende Unternehmen dazu verpflichtet ist, das gesamte finanzielle Risiko der abhängigen Gesellschaft zu tragen.<sup>441</sup> Diesen Punkt darf man gerade bei der Betrachtung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen nicht aus dem Auge verlieren: das herrschende Unternehmen haftet im Vertragskonzern für jeden während der Vertragsdauer entstandenen Verlust. Der Verlustausgleich ist somit als Gegenstück der im Vertragskonzern bestehenden Leitungsmacht und der zulässigen Benachteiligung der beherrschten Gesellschaft zu verstehen.<sup>442</sup> Dementsprechend ist der § 302 Abs. 1 AktG denn auch als "abstrakter Gefährdungstatbestand" bezeichnet worden.<sup>443</sup> Denn die Regelung des § 302 sichert die Kapitalerhaltung<sup>444</sup> nach einem objektiven Maßstab; aufgrund der abstrakten Gefährdung der Gesellschaft<sup>445</sup> durch die im Vertragskonzern gegebene Möglichkeit einer intensiven Konzerneinflußnahme kommt es zum Verlustausgleich.<sup>446</sup> Die Legitimation des Verlustausgleichs setzt sich dabei aus mehreren Momenten zusammen, nämlich aus der Konzernierung einer abhängigen Gesellschaft, aus der nachdrücklichen Veränderung der Organisationsverfassung, aus der konzernbedingten

---

Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 148 und zum Entschädigungsprinzip, das dem Ausgleichsgedanken zugrundeliegt, etwa Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 7.

<sup>441</sup> Vgl. hierzu bereits die generellen Betrachtungen bei Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 329.

<sup>442</sup> So auch BGHZ 103, 1, 10 (Familienheim, 1987).

<sup>443</sup> So Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 144 m.w.N., wobei von Kleindiek zutreffend betont worden ist, daß das Gesellschaftsinteresse als Richtschnur allen unternehmerischen Handelns aufgehoben und vom Konzerninteresse verdrängt wird und daß deshalb kaum jemals auszuschließen sei, daß eine konzernfreie Gesellschaft verlustfrei hätte wirtschaften können.

<sup>444</sup> Vgl. zur Ergänzung der allgemeinen Kapitalerhaltungsvorschriften durch die besonderen Regelungen zum Vertragskonzern etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 530ff., wo zutreffend darauf hingewiesen wird, daß Vorschriften, die auf einen Schutz des vorhandenen Eigenkapitals der abhängigen Gesellschaft abzielen, zugleich für Minderheitsgesellschafter als auch für Gläubiger wirken. Zum Verlustausgleich als Korrelat für die aufgrund der spezifischen Gefahren im verbundenen Unternehmen wenig effizienten 'klassischen' Kapitalerhaltungsregeln Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 126, und zum Verlustausgleich als unabweisbarer Notwendigkeit zur Erstreckung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes auf beherrschte Gesellschaften überzeugend bereits Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 335.

<sup>445</sup> Ähnlich sehen beispielsweise Bitter/Bitter, Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung durch das BAG (1996), S. 2158 m.w.N. in der Verlustausgleichspflicht im Vertragskonzern des Aktienrechts eine Gefährdungshaftung, weil lediglich an das Vorliegen eines Beherrschungsvertrages anknüpft wird, ohne daß eine nachteilige Einflußnahme vorzuliegen hat.

<sup>446</sup> Daß es zur Verlustausgleichspflicht im Vertragskonzern nicht auf die Ausübung der Konzernherrschaft ankommt, ist der wesentliche Unterschied zu den Konzernverhältnissen ohne Beherrschungsvertrag: bei diesen sogenannten faktischen Konzernverhältnissen, vgl. dazu gleich unten in diesem Teil unter IV., muß eben festgestellt werden, ob die abhängige Gesellschaft aufgrund der Konzernherrschaft Vermögenseinbußen erlitten hat.

Funktionslosigkeit der Kapitalvorschriften in der abhängigen Gesellschaft und ihrer breitflächigen und andauernden Ausrichtung auf die Interessen des herrschenden Unternehmens bzw. des Konzerns.<sup>447</sup>

Das Ziel dieser Bestimmungen ist also der Bestandsschutz: das bei Vertragsabschluß vorhandene Vermögen der Gesellschaft soll für die Dauer der Vertragskonzernierung nach § 291 erhalten werden, indem das Unternehmen, das die Gesellschaft durch den Unternehmensvertrag leitet, deren Kapital unangetastet lassen - bzw. wiederherstellen - muß. Diesen Schutz komplettiert die Gläubigerschutzbestimmung des § 303 AktG: Die Gläubiger der Gesellschaft können innerhalb eines halben Jahres nach Vertragsbeendigung<sup>448</sup> Stellung von Sicherheiten vom anderen Vertragspartner verlangen. Ein solcher Schutz wurde konzeptionell nötig, da die Verlustübernahmepflicht beim Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag nur während der Vertragsdauer besteht. Diese Regel soll den Gläubigerschutz abrunden. Das AktG enthält hier jedoch keine materiellen Vorschriften, die das wirtschaftliche Weiterexistieren der Gesellschaft nach Abwicklung des Vertragsverhältnisses, wie zum Beispiel Vornahme der nötigen Investitionen oder Forschung, sichern. Das Gesetz geht in den §§ 300 bis 305 AktG offensichtlich von einem Fortbestand der Gesellschaft aus.<sup>449</sup> Die Überlebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft muß somit als absolute Schranke<sup>450</sup> des Weisungsrechts beachtet werden. Dies will das AktG über die Prüfungs- und Kontrollpflicht des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft sichern.

Von der Gesetzeskonzeption her ist diese Kontrolle von essentieller Wichtigkeit: Letztlich ist die Kontrolle im Bezug auf diese Schranke die einzige Möglichkeit für eine Gewährleistung des wirtschaftlichen Weiterexistierens der abhängigen Gesellschaft nach Beendigung des Vertragskonzernverhältnisses. In der Praxis ist im Einzelfall der Konflikt des Konzerninteresses mit dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft hier zu finden: in Form der Weisungsgebundenheit des Vorstandes mit dessen Kontrollpflicht. Besonders stellt sich bei personellen Verflechtungen die Frage, ob der nach Abwicklung des

---

<sup>447</sup> So zur Legitimation des Verlustausgleiches bereits Hommelhoff, *Der Verlustausgleich* (1987), S. 230.

<sup>448</sup> Eben deshalb meint etwa Hattstein, *Gläubigerschutz durch das ehemals herrschende Unternehmen* (1995), S. 170, daß es sich bei § 303 AktG nicht um eine Konzernhaftung, sondern um eine Konzernentlassungshaftung handle und begründet dies mit dem Zeitpunkt des Entstehens sowie dem Anordnungsgrunde. So interessant diese Betrachtung mit Hinblick auf die Gesetzeskonzeption auch sein mag, soll sie hier nicht weiter aufgegriffen werden: für den eindeutigen Rechtsgrund ist dies ohne Bedeutung.

<sup>449</sup> Vgl. hierzu näher Hommelhoff, *Die Konzernleitungspflicht* (1982), S. 310.

<sup>450</sup> Andere Schranken sind im Beherrschungsvertrag, über Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft in deren Satzung - vgl. §§ 76 sowie 82 AktG - und in generellen gesetzlichen Verboten (wie z.B. §§ 134 oder 138 BGB) zu finden.

Vertragskonzernverhältnisses nötige Schutz zum Überleben der alleinstehenden Gesellschaft vom Gesetz gewährleistet wird.<sup>451</sup>

### **bb. Verantwortlichkeit im Vertragskonzern**

An dieser Stelle muß nun die Frage der Verantwortlichkeit im Vertragskonzernverhältnis, die sich aus dem Weisungsrecht ergibt, behandelt werden: Im AktG schließt sich an § 308 über das Weisungsrecht § 309 über die Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens an. Das herrschende Unternehmen an sich haftet für Weisungen, die gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht verstoßen, bereits nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen. Der Gesetzgeber meinte deshalb, daß es diesbezüglich keiner Bestimmung im AktG bedürfe.<sup>452</sup> Dieser Schadensersatzanspruch ist unmittelbar aus der Verletzung des Beherrschungsvertrages herzuleiten und läßt sich außerdem aus der bei Sorgfaltspflichtverletzungen gegebenen Verletzung der Treupflicht ableiten.<sup>453</sup>

Ebenso kommt es etwa im Vertragskonzern zur Haftung bei Leitungsmachtmißbrauch. Ganz generell gilt im Vertragskonzern, daß das herrschende Unternehmen haftet, wo es sein Weisungsrecht überschreitet. Dies wird im Gesetz zwar nicht ausdrücklich gesagt,<sup>454</sup> aus den Materialien zum AktG ergibt es sich aber deutlich: *"Das herrschende Unternehmen haftet (bereits) nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf Grund des Vertrags; eine besondere aktienrechtliche Regelung ist daher nicht erforderlich."*<sup>455</sup>

Es handelt sich bei der Haftung wegen Leitungsmachtmißbrauch aber nicht um eine schuldvertragliche Haftung, sondern um eine unternehmensrechtliche Haftung.<sup>456</sup> Erinnerung sei daran, daß bei vorsätzlichen Leitungsmachtmißbrauch zum Schaden der abhängigen Gesellschaft das herrschende Unternehmen außerdem nach § 117 haftet.<sup>457</sup>

Was die Haftung der Vertreter des herrschenden Unternehmens anbelangt, so geht der § 309 Abs. 1 AktG davon aus, daß bei Weisungserteilung des herrschenden Unternehmens von diesem die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters

---

<sup>451</sup> Vgl. Emmerich, Bestandsschutz im GmbH-Vertragskonzern, in: Hommelhoff, Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR-Sonderheft 6 (1986), S. 64ff. Vgl. auch BGHZ 105,168 (HSW) und Hommelhoff, Eigenkapital-Ersatz im Konzern (1984), S. 1105.

<sup>452</sup> Vgl. die Begründung im Regierungsentwurf zu § 309 bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 404. Kritisch hierzu etwa Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S.257 m.w.N.

<sup>453</sup> Vgl. zur Haftung auf Grund von Treupflichtverletzung BGHZ 103, 184, besonders S. 193f. (Linotype), sowie ausführlich unten in diesem Teil unter E.II.

<sup>454</sup> Vgl. hierzu und dafür, daß dies ausdrücklich im Gesetz, etwa in § 309 AktG hätte gesagt werden müssen, Beuthien, Leitungsmachtmißbrauch (1969), S. 1782, 1783.

<sup>455</sup> Vgl. so die BegRegE abgedruckt bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 405.

<sup>456</sup> Ähnlich der in § 317 Abs. 1, vgl. so auch Beuthien, Leitungsmachtmißbrauch (1969), S. 1782, der eben deshalb dafür plädiert, diese Haftung ausdrücklich im AktG zu bestimmen.

<sup>457</sup> Vgl. hierzu auch Beuthien, Leitungsmachtmißbrauch (1969), S. 1783 und die Ausführungen unten in diesem Teil unter D.I.2.



anzuwenden ist. Geschieht dies nicht, so haften außer dem herrschenden Unternehmen auch dessen gesetzliche Vertreter der abhängigen Gesellschaft gesamtschuldnerisch auf Schadensersatz. § 309 Abs. 2 und Abs. 4 AktG sichern die praktische Durchsetzung dieser Ansprüche der Gesellschaft dadurch, daß sowohl Aktionäre als auch Gesellschaftsgläubiger diese für die Gesellschaft geltend machen können. Das Besondere an § 309 Abs. 2 ist, daß in dieser Bestimmung für die Vertragskonzerne neben die körperschaftsrechtliche Organhaftung des herrschenden Unternehmens eine zusätzliche Organeigenhaftung gestellt wird. Entsprechend bringt § 317 Abs. 1 und 3 diesen Gedanken für die faktischen Konzernverhältnisse zum Ausdruck.<sup>458</sup>

Schließlich besagt § 310 AktG bezüglich der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der abhängigen Gesellschaft, daß diese bei einer Verletzung der Sorgfaltspflicht ihrerseits dieser ebenfalls gesamtschuldnerisch haften. Bei Beachtung der Weisungen im Vertragskonzern ist eine Verletzung der Sorgfaltspflicht bei Ausübung der Kontrollfunktion nach § 308 Abs. 2 AktG möglich.<sup>459</sup>

---

<sup>458</sup> Vgl hierzu auch Beuthien, *Leitungsmachtmißbrauch* (1969), S. 1783.

<sup>459</sup> Da die Verantwortlichkeit im Konzern somit an das gleiche Kriterium der "Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" anknüpft wie die § 93 AktG, dies in Deutschland also nicht als rein konzernrechtliches Problem aufgefaßt wird, wird in diesem Vergleich des Rechts der verbundenen Unternehmen von einer Vertiefung des Themas abgesehen.

### **cc. Sicherung der außenstehenden Aktionäre**

Zwischen den oben dargelegten Bestimmungen über die Sicherung der Gesellschaft und der Gläubiger einerseits und § 308 die Leitungsmacht betreffend andererseits -die die Wirkungen der Vertragskonzernierung für die abhängige Gesellschaft regeln - enthält das AktG einen weiteren Abschnitt, bestehend aus den §§ 304 bis 307.<sup>460</sup> Er trägt die Überschrift "Sicherung der außenstehenden Aktionäre bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen"<sup>461</sup> und geht von der Betrachtung aus, daß bei diesen Unternehmensverträgen die Verwaltungs- und Vermögensrechte der außenstehenden Aktionäre durch die starke vertragliche Stellung des herrschenden Unternehmens stark eingeschränkt werden. Deshalb sieht § 304 AktG als Entschädigung für diejenigen außenstehende Aktionäre, die sich dafür entscheiden als Aktionäre in der abhängigen Gesellschaft zu verbleiben, einen Ausgleich in Form einer Dividendengarantie vor. Der jährliche Ausgleich soll die außenstehenden Aktionäre finanziell so stellen, wie sie stünden, wenn die Gesellschaft unabhängig geblieben wäre und weiterhin im gemeinsamen Interesse aller Aktionäre geführt würde.

§ 304 AktG bezweckt die Sicherung der außenstehenden Aktionäre vor der Beeinträchtigung ihrer sich aus der Mitgliedschaft ergebenden rechtlichen Stellung. Der Ausgleich kompensiert somit den Vermögensrechtsverlust, der außenstehenden Aktionären durch die Ausübung der Weisungskompetenz des herrschenden Unternehmens entstehen kann. Der Ausgleich besteht in der Zahlung eines jährlichen Betrags. Diese Entschädigungsregelung für die Beeinträchtigung bzw. den Verlust mitgliedschaftlicher Rechte<sup>462</sup> wird abgerundet durch § 305 AktG. Nach § 305 AktG muß das herrschende Unternehmen den außenstehenden Aktionären, die aus der nach § 291 vertraglich abhängig gewordenen Gesellschaft auszuschneiden wünschen, anbieten, deren Aktien gegen eine angemessene Abfindung<sup>463</sup> zu erwerben. Aus den Formulierungen der §§ 304 und 305 ergibt sich, daß ein angemessener Ausgleich und ein Abfindungsrecht für außenstehende Aktionäre zum Mindestgehalt eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages gehört. Die Ausgleichspflicht trifft ebenso wie die Abfindungspflicht nach § 305 das herrschende Unternehmen. Die Abfindungsregelung ist Ergänzung und

---

<sup>460</sup> Diese Regelung soll in dieser haftungsrechtlichen Arbeit lediglich kurz dargestellt werden, um exemplarisch aufzuzeigen, daß die Haftungsproblematik lediglich ein Teil der gesamten Konzernrechtsproblematik ist. Es ist bei den hier angestellten Haftungsüberlegungen stets in mente zu haben, daß die Regelung des dritten Buches des AktG 1965 zahlreiche nicht-haftungsspezifische Schutzansätze im Recht der verbundenen Unternehmen verfolgt.

<sup>461</sup> Eine Anwendung dieser Schutzregeln wird somit nur aktuell, wenn es sich nicht um eine zu 100% im Besitz des herrschenden Unternehmens stehende abhängige Gesellschaft handelt, vgl. §304, Abs. 1, S. 3, und vgl. auch § 307, der die Sicherung eventueller später hinzukommender außenstehenden Aktionäre durch eine Vertragsbeendigung gewährleisten soll.

<sup>462</sup> Vgl. nur BGH vom 4.3. 1998, etwa abgedruckt in NJW 1998, 1866, 1867.

<sup>463</sup> Vgl. zur Abfindung bei der Eingliederung § 320 Abs. 5 AktG.

Gegenstück zum Ausgleich; der Aufbau des § 305 ähnelt dem des § 304.<sup>464</sup> Der Zweck der Abfindung nach § 305 ist es, den außenstehenden Aktionären die Möglichkeit zu geben, die Beteiligung an der Gesellschaft aufzugeben, ohne eine Vermögenseinbuße zu erleiden. Der Ausgleich nach § 304 kompensiert die sich aus dem Unternehmensvertrag ergebenden Vermögensnachteile, der Ausgleich gibt aber keine Kompensation für die Schmälerung der sonstigen Rechte, die mit dem Aktienbesitz einer Gesellschaft außerhalb eines Vertragskonzernverhältnis verbunden sind. Der Abfindungserlös ermöglicht dagegen die erneute Beteiligung an einem anderen unabhängigen Unternehmen.

Abfindung und Ausgleich müssen angemessen sein.<sup>465</sup> Die Verwirklichung dieser Garantien wird durch die Verfahrensregelung des § 306 zur Festsetzung von Ausgleich<sup>466</sup> bzw. Abfindung<sup>467</sup> zur Sicherung der außenstehenden Aktionäre bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen gewährleistet. Die Kosten dieses Verfahrens, und damit das Kostenrisiko, regelt § 306 Abs. 7. Danach müssen die Vertragsteile des Unternehmensvertrages in der Regel die Kosten des Verfahrens tragen; die klagenden außenstehenden Aktionäre sollen nicht vom hohen Kostenrisiko abgeschreckt werden. Ein von einzelnen Aktionären angestrebtes Verfahren kann somit zu einer neuen Festsetzung von Abfindung und Ausgleich führen. Die Entscheidung des Gerichtes wirkt dann erga omnes,<sup>468</sup> kommt also auch den Aktionären zu Gute, die sich nicht am Verfahren beteiligt haben.

### **3. Schlußbetrachtung zur Konzeption der Vertragskonzernregelung**

Zusammenfassend ist zur Vertragskonzernregelung zu sagen, daß die Unternehmensverträge nach § 291 AktG beim Vorliegen eines Beherrschungsvertrages Weisungen an abhängige Gesellschaften und damit einen Interessenumbruch ermöglichen.

---

<sup>464</sup> Ein Unterschied liegt jedoch in der Möglichkeit des § 305 Abs. 4, das Abfindungsangebot auf zwei Monate zu begrenzen.

<sup>465</sup> Die Wertansetzung geschieht jeweils konkret, vgl. z. B. die Entscheidung AG 85, 58 (OLG Frankfurt). Auf Einzelheiten bei der Unternehmensbewertung sowie zum Teil recht komplizierten Kriterien für die Festsetzung von Ausgleich und Abfindung soll hier nicht näher eingegangen werden; vgl. stattdessen nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 304 Anm. 8ff, § 305 Anm. 19ff. Die §§ 304 und 305 werden hier, ebenso wie oben in diesem Teil unter D.III.2.c. die Regeln über das Zustandekommen und Abändern von Unternehmensverträgen, deshalb skizziert, um zum einen die oben in diesem Teil unter B. angesprochene Einbettung der Haftungsregelung in die Gesamtproblematik aufzuzeigen und zum anderen die unterschiedlichen Schutzrichtungen und -mechanismen dieser Einzelregelungen aufzuzeigen. Dabei wird deutlich, daß ein Gläubigerschutz im verbundenen Unternehmen eben nicht nur in einer Fortschreibung des klassischen Gesellschaftsrechts bestehen kann, sondern daß es spezifischer Wertungen bedarf. Letztere für die Haftungsfrage herauszuarbeiten, ist das besondere Anliegen der hier gemachten Ausführungen zum Vertragskonzern.

<sup>466</sup> Vgl. § 304 Abs. 3 S. 3 AktG.

<sup>467</sup> Vgl. § 305 Abs. 4 S. 2 AktG.

<sup>468</sup> Vgl. § 306 Abs. 2, vgl. § 99 Abs. 5 S. 2 AktG.

Zentral ist bei der Regelung des Vertragskonzerns, daß auf der Grundlage eines Beherrschungsvertrages die Unterordnung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft unter das Konzerninteresse gesetzlich zulässig ist. Dies ist nach der Gesetzeskonzeption aufgrund der im Vertragskonzern für die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger vorgesehenen Sicherungen möglich.<sup>469</sup>

Die außenstehenden Aktionären eingeräumten Rechte sind als Kompensation dafür zu sehen, daß der Unternehmensvertrag eine wesentliche Änderung der Ausgangsposition für außenstehende Aktionäre ist. Da zu Lasten der abhängigen Gesellschaft nachteilige Weisungen erlaubt sind, führt das sich aus dem Beherrschungsvertrag ergebende kontinuierliche Weisungsrecht zu einer durch die Interessenüberlagerung verursachten Schädigung der abhängigen Gesellschaft. Aufgrund des strukturell bedingten Interessenumbruchs versagt ein punktueller Schadenausgleich.<sup>470</sup> Die Stellung der Gläubiger wird im Vertragskonzern dadurch abzusichern gesucht, daß das herrschende Unternehmen nach § 302 AktG für Bilanzverluste aufzukommen hat. Das Mittel zum Schutz der Aktionäre und der hier interessierenden Gläubiger und der Normzweck des § 302 ist dabei der Schutz der abhängigen Gesellschaft und ihrer Gläubiger.<sup>471</sup> Die Verlustausgleichspflicht ist so als konzerndimensionale Verlängerung des Kapitalschutzes charakterisiert worden.<sup>472</sup> Dahinter<sup>473</sup> steht der der Verlustausgleichspflicht des § 302

---

<sup>469</sup> Vgl. etwa Flume, Das Video-Urteil (1992), S. 27, der jedoch statt vom Eigeninteresse vom Unternehmensinteresse der abhängigen Gesellschaft spricht; vgl. zur Terminologie oben in diesem Teil unter A.V.2.

<sup>470</sup> Vgl. hierzu etwa Assmann, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 884.

<sup>471</sup> Vgl. zum Normzweck des § 302 AktG wie hier etwa K. Schmidt, Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis (1983), S. 515; illustrativ auch ders., Verlustausgleich (1992), S. 111ff.; vgl. zum Normzweck des § 302 AktG auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 295ff., der (aaO. S. 302) in der Begegnung der Eigeninteressenbeeinträchtigung den Normzweck des § 302 AktG sieht; vgl. auch Hommelhoff, Verlustausgleich (1987), S. 226; Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 124f.; und auch die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 515. Anschaulich zur Legitimation des Verlustausgleichs auch Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 136ff., der vom mehrdimensionalen Schutzzweck des Verlustausgleichs spricht.

<sup>472</sup> So auf Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 335 aufbauend Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 126; ders. Gläubigerschutz im "qualifizierten" faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1584; auf diesen zurückgreifend etwa K. Schmidt, Verlustausgleich (1992), S. 115 m.w.N. Vgl. zum Problemkomplex der haftungsrechtlichen Folgen einer Insolvenz im Vertragskonzern im Rahmen einer Rechtsvergleichung auch Tschernig, Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz (1995), S. 107ff.

<sup>473</sup> Vgl. so BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965) S. 391 und hierzu etwa K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 429 m.w.N., der den Grundgedanken der Regelung in allgemeinen Ausgleichsprinzipien des Bürgerlichen Rechts, in den Wertungen zur Fremdgeschäftsführung (§ 670 BGB) sieht. Vgl. zur Verlustübernahmepflicht als dem Aufwendungsersatz bei der Fremdgeschäftsführung nach § 670 BGB entsprechend auch Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2116. Als Anspruchsgrundlage für einen Freistellungsanspruch der abhängigen Gesellschaft gegen ein herrschendes Unternehmen könnte auf § 670 BGB zurückgegriffen werden, wenn die Beziehung zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen als Auftrag, bzw. Geschäftsführungsvertrag oder als

AktG zugrundeliegende Gedanke, daß wer die Geschicke einer Gesellschaft bestimmen kann oder ihren gesamten Gewinn erhält, auch für ihre Verluste einstehen muß. Im allgemeinen wird in Deutschland weitgehend angenommen, daß das System des Vertragskonzerns sich bewährt hat. Es gibt zu diesen Regeln eine umfassende Rechtsdiskussion und Rechtsprechung, auf die im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht einzugehen ist, hier sollte lediglich der Gesetzesaufbau dargestellt werden. Das für den in dieser Arbeit vorgeschlagenen, wertungsgebundenen Regelungsansatz<sup>474</sup> interessantere Feld sind jene polykorporativen Verbindungen, in denen auf ähnliche Verhältnisse unterschiedliche Regelungen angewendet werden: es gilt, die den unterschiedlichen Regelungen zugrundeliegenden Wertungszusammenhänge aufzudecken.

Ein ganz anderer Regelungsansatz als im Vertragskonzern greift bei Unternehmensverbindungen ohne Abschluß eines Beherrschungsvertrages. Diese verbreitet als "faktische Konzerne" bezeichneten Unternehmensverbindungen sollen im folgenden eingehend untersucht werden.

---

Geschäftsführung ohne Auftrag angesehen würde. Vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965 wurde beim Vorliegen von Organschaftsverträgen angenommen, die Beziehungen zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft stünden einem Anstellungsverhältnis gleich. So kam man im wirtschaftlichen Ergebnis über den Ersatz von Aufwendungen zwar zu einer Art Verlustausgleich, man übersah jedoch, daß die *negotium gestio* Betrachtungen nicht angebracht waren, weil die vertraglich konzernierte Gesellschaft eben ihre *eigene* Tätigkeit ausführte: es wurde übersehen daß zwar nach dem Willen und im Interesse des herrschenden Unternehmen gehandelt wurde, nicht aber für diese; so, und damit bereits auf den Interessenumbruch als zentrales Merkmal hinweisend, schon Ballerstedt, Probleme der Organschaft (1956), S. 815, vgl. darstellend auch insgesamt Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 130 m.w.N. Ebenso übersieht das von Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2114, 2116 zur Geschäftsführung ohne Auftrag Angeführte den besonderen Charakter des gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses, insgesamt ist die Heranziehung der *negotium gestio* Betrachtungen für die hier behandelte Problematik lediglich rechtsgeschichtlich relevant und sie wird hier nicht vertieft. Solche *negotiorum gestio* Betrachtungen sind abzulehnen, ihre Heranziehung im Konzernrecht ist als eine Hilfs- bzw. Verlegenheitslösung zu qualifizieren, die der besonderen Stellung eines herrschenden Unternehmens, das auch und gerade eigene Interessen wahrnehmen will, nicht gerecht wird, (So etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 35.) und heute ist diese Interpretation des Beherrschungsvertrages abzulehnen. Vgl. zur Unvertretbarkeit dieses Ansatz etwa Kleindiek, aaO. S. 131 m.w.N. und S. 137ff. mit richtiger Verwerfung des dem *negotiorum gestio* verwandten Ansatz der Risikohaftung. Hier geht es nicht um den zivilrechtlichen, sondern eben um den spezifischen Ansatz, das eben zum *negotiorum gestio* Gesagte illustriert jedoch trefflich, wie im Zuge der Rechtsentwicklung erst herkömmliche Rechtsfiguren herangezogen werden, bevor der tiefere Begründungszusammenhang erkannt - und als eigene Wertung ausgedrückt wird. Die Formulierung der, mit dem AktG 1965 gewollten Wertungen, ist das Ziel, das in diesem dritten Teil unter C. aufgearbeitet und unter D. versucht wird.

<sup>474</sup> Vgl. insgesamt oben im zweiten Teil.

#### **IV. Sogenannte "faktische Konzernverhältnisse": §§ 311ff. AktG**

Unter der Überschrift "*Verantwortlichkeit beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages*" regelt der nächste Abschnitt des AktG, die §§ 311 bis 318 AktG, die sogenannten faktischen Konzernverhältnisse.<sup>1</sup> Obwohl vertreten wird, der faktische Konzern unterscheide sich vom schlichten Abhängigkeitsverhältnis dadurch, daß zur Beherrschungsmöglichkeit die einheitliche Leitung kommt,<sup>2</sup> könnten die faktischen Konzerne im Rahmen der hier untersuchten Haftungsfrage auch als tatsächliche Abhängigkeitsverhältnisse<sup>3</sup> oder nach hier vertretener Auffassung präziser als faktische Abhängigkeit<sup>4</sup> klassifiziert werden; denn entgegen der Benennung "Konzern" genügt es, daß die Gesellschaft vom herrschenden Unternehmen abhängig ist:<sup>5</sup> § 311 AktG nimmt Bezug auf die abhängige Aktiengesellschaft. Damit bezieht § 311 sich nicht auf den Konzerntatbestand der einheitlichen Leitung des § 18 AktG, sondern auf den Tatbestand der Abhängigkeit nach § 17 AktG.<sup>6</sup> Anknüpfungspunkt ist somit die Möglichkeit, mittelbar oder unmittelbar einen Einfluß ausüben zu können.<sup>7</sup>

Für diese Art von Unternehmensverbindungen geht das Gesetz einerseits von dem Leitbild der unabhängigen Leitung beherrschenden der nach § 17 AktG abhängigen Gesellschaft aus: Es gibt im Gesetz keine Anerkennung und damit keine Legitimation der Ausübung der Leitungsmacht wie etwa in § 308 für den Vertragskonzern.<sup>8</sup> Auf der anderen Seite geht § 311 von der Voraussetzung aus, daß nachteilige Weisungen nicht

<sup>1</sup> Die Rechtslage und die Diskussion in Deutschland auf dem Gebiet des Recht der verbundenen Unternehmen, besonders beim Fehlen von Unternehmensverträgen, ist zum Teil noch offen. Sogar die Eignung der §§ 311ff. AktG wird angezweifelt, vgl. darstellend Hommelhoff, Gutachten für den 59. Deutschen Juristentag, 1992, S. G19f. Hier soll nicht näher auf die Diskussion in der Literatur eingegangen werden: Es geht hier lediglich um die Darstellung des Systems des AktG zum Zwecke der Rechtsvergleichung und Herauskristallisierung der Wertungen der gesetzlichen Regelung.

<sup>2</sup> Vgl. so eine Stellungnahme in der Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1381.

<sup>3</sup> So etwa von Beuthien, Leitungsmachtsmißbrauch (1969), S. 1783, grundlegend auch Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S.255 m.w.N.

<sup>4</sup> Vgl. etwa die Diskussion bei Maul im Diskussionsbericht von Hommelhoff/Stimpel/Ulmer, Heidelberger Konzernrechtstage (1992), S. 62.

<sup>5</sup> Auch der "qualifiziert faktische Konzern" setzt keine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung nach § 18 Abs. 1 voraus, das entscheidende Kriterium ist, daß die Gesellschaft im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG in gesellschaftsrechtlicher Abhängigkeit vom herrschenden Unternehmen steht, vgl. zur faktischen Abhängigkeit etwa Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 400 und zum qualifiziert faktischen Konzern gleich unten in diesem Teil unter C.V. Dies ist jedoch nicht unumstritten; abweichend etwa Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), Anh. GmbH-KonzernR. Rn. 81 m.w.N.

<sup>6</sup> Vgl. nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2000) § 311 Anm. 10, 12 m.w.N.

<sup>7</sup> Im Gesetz findet sich der Ausdruck des "faktischen Konzerns" nicht, da der Begriff jedoch zum allgemeinen Sprachgebrauch geworden ist, wird in der Darstellung als Terminologie auf diesen Ausdruck zurückgegriffen. Auch Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 1 geht auf die Terminologie des Begriffes faktischer Konzern ein. Strohn verwendet den Oberbegriff faktische Abhängigkeit, weil eben § 311 keine einheitliche Leitung voraussetzt. Nach eingehender Überlegung wird in dieser Arbeit die Terminologie 'faktischer Konzern' verwendet, eben weil sie sich, wie auch Strohn meint, eingebürgert hat. Diese schlagwortartige begriffliche Zusammenfassung ändert natürlich nichts an der rechtlichen Qualifizierung.

<sup>8</sup> Richtig und überzeugend etwa Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 150ff.

verboten<sup>9</sup> sind, wenn der daraus folgende Nachteil kompensiert wird. Entscheidend ist, daß die §§ 311 keine Konzernleitungsmacht legitimieren,<sup>10</sup> d.h., daß das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft zu wahren ist. Es ist das Ziel der § 311ff., in Konzernverhältnissen ohne Unternehmensvertrag bei faktischer Ausübung von Leitungsmacht von Seiten des herrschenden Unternehmens den Minderheitsaktionären sowie den Gläubigern der nicht beherrschungsvertraglich gebundenen abhängigen Gesellschaft qualitativ die entsprechenden Garantien und den Schutz zu gewähren, die im Vertragskonzern vorhanden sind.<sup>11</sup> Das Aktiengesetz stellt für faktische Konzerne dabei primär auf den Schutz der abhängigen Gesellschaft ab.<sup>12</sup>

Die Regelung der §§ 311ff. fand erst spät im Gesetzgebungsprozeß ihren Weg in das AktG 1965.<sup>13</sup> Erst durch den in dieser Änderung liegenden Wegfall des Vertragszwanges aus dem Referentenentwurf verlor der Vertragskonzern die ihm in der ursprünglichen Konzeption zugeordnete zentrale Stellung. Im geltenden Recht ist nach dieser Änderung nach der Gesetzeskonzeption die Einbindung von Gesellschaften in ein verbundenes Unternehmen auch ohne Beherrschungsvertrag erlaubt, soweit die Eigenständigkeit der abhängigen Gesellschaft und damit die Belange der zu ihr in Beziehung stehenden Personen ausreichend gewahrt bleiben.<sup>14</sup> Die Interessenbewertung bei der Auslegung der §§ 311ff. berücksichtigt dabei die Belange der abhängigen Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger, wenn auch nicht ausschließlich, so doch jedenfalls als absolut vorrangig vor etwaigen Konzerninteressen.<sup>15</sup> Das Schutzkonzept der § 311ff. soll somit die lockere Gestaltung von Konzernen dort erlauben, wo das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft neben dem Konzerninteresse gewahrt werden kann, ohne daß die auf die Konzernierung zurückgehenden Rechtsnachteile unüberschaubar werden.

Im folgenden sollen die Grundgedanken und das Grundkonzept der Regelung der § 311ff. dargestellt werden und dabei insbesondere die der Regelung zugrundeliegenden Wertungen offengelegt werden.

---

<sup>9</sup> Vgl. zu der für die Frage der Anwendung im wesentlichen unbedeutenden Frage der Duldung oder Billigung durch das Gesetz statt aller nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 311 Anm. 7.

<sup>10</sup> Vgl. zutreffend so nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 311 Anm. 7.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. Koppstein im Kölner Kommentar (1987), Vorb. zu § 291 bei Randnr. 57.

<sup>12</sup> Vgl. so Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1422.

<sup>13</sup> Ursprünglich enthielt der Regelungsentwurf eine strenge Erfolgshaftung für schädigende Einflußnahmen außerhalb des Vertragskonzerns; vgl. die Darstellung zur ursprünglich in der Konzeption des Referentenentwurfes enthaltenen strengen Erfolgshaftung bei nachteiliger Einflußnahme außerhalb vertraglich gesicherter Weisungsbefugnis in § E 284 RefE unten in diesem Teil unter D.I.3.

<sup>14</sup> So ausdrücklich zu den insofern dem Gesetz entsprechenden Vorschlägen der Studienkommission des DJT DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 246. Die Studienkommission des DJT legte entscheidendes Gewicht darauf, daß im schlichten Abhängigkeitsverhältnis bzw. dem faktischen Konzernverhältnis das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gewahrt bleiben sollte, DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 404. Vgl. zum Schutz des Eigeninteresses in der faktisch konzernierten Aktiengesellschaft Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 46ff.

<sup>15</sup> So überzeugend Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 150.

### **1. Zweck und Grundkonzept der § 311 bis 318 AktG**

Aus § 311 AktG in Verbindung mit § 317 ergibt sich ein grundsätzliches Verbot der kompensationslosen Nachteilszufügung beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages. Der abhängigen Gesellschaft dürfen aufgrund des Einflusses des herrschenden Unternehmens aus dem Konzernverhältnis nur solche Nachteile erwachsen, die auch vom herrschenden Unternehmen ausgeglichen werden (vgl. § 311 AktG). Hintergrund der §§ 311ff. AktG ist die Vorstellung, daß trotz einzelner nachteiliger Eingriffe des herrschenden Unternehmens die Autonomie der abhängigen Gesellschaft im Prinzip erhalten bleibt. Hierauf beruht das ganze System des Einzelausgleichs jeder einzelnen nachteiligen Maßnahme.<sup>16</sup>

Die von der Ausgleichspflicht und bei ausbleibendem Ausgleich von der Schadensersatzpflicht (vgl. § 317 AktG) erfaßten Rechtsgeschäfte und Maßnahmen<sup>17</sup> umfassen jede Einflußnahme,<sup>18</sup> die für die abhängige Gesellschaft letztlich einen Nachteil auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens bedeutet;<sup>19</sup> denn die Ausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens nach § 311 und die Schadensersatzpflicht nach § 317 AktG sollen die abhängige Gesellschaft wirtschaftlich so stellen, als würde sie als unabhängige Gesellschaft ohne Fremdeinflüsse geleitet: Sämtliche Geschäftsführungshandlungen, die Auswirkungen auf das wirtschaftliche Ergebnis der abhängigen Gesellschaft haben, werden somit von § 311 erfaßt. Das entscheidende Kriterium ist, daß die Veranlassung für den Nachteil - in welcher Gestalt auch immer - ursächlich vom herrschenden Unternehmen ausging. Eine Nachteilszufügung liegt vor, wenn ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß auf eine abhängige Gesellschaft dazu benutzt, *"ein für diese nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, und diese Nachteile vom herrschenden Unternehmen nicht ausgeglichen werden."*<sup>20</sup> Aus dem Sinn der §§ 311 und 317 folgt, daß ein Nachteil vorliegt, wenn auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens sich der Vorstand der abhängigen Gesellschaft nicht seinen dieser gegenüber obliegenden Sorgfaltspflichten entsprechend § 93 AktG verhalten hat<sup>21</sup> und es deswegen zu einem

---

<sup>16</sup> So Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 264f. m.w.N.

<sup>17</sup> Unter den weiten Begriff Maßnahme fallen alle tatsächlichen und rechtlichen Handlungen, die sich auf Vermögen und Ertrag der Gesellschaft auswirken können, die jedoch nicht Rechtsgeschäfte sind, vgl. Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987), Rn. 44 zu § 311.

<sup>18</sup> Ebenso etwa Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 311 Anm. 16.

<sup>19</sup> Vgl. z.B. Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) zu §311, Rn. 2ff.

<sup>20</sup> Vgl. § 311 AktG.

<sup>21</sup> Bereits an dieser konzeptionellen Betrachtung wird deutlich, daß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft im AktG als Zentrum unternehmerischer Entscheidungsautonomie konzipiert ist: Nur weil der Tochtervorstand autonome Eigenentscheidungen trägt, ist die Konzeption des Aktiengesetzes einschließlich der Haftungsbegrenzung stimmig, vgl. hierzu Hommelhoff, Konzernleitungspflicht S. 121, 123 und zur Verantwortlichkeit des Vorstands der abhängigen Gesellschaft etwa Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 155ff. Wenn aber diese Konzeption gestört wird, und dies ist entsprechend der dem hier skizzierten Regelungsansatz zugrundeliegenden Wertung im verbundenen Unternehmen eben der Fall, so muß die Konzeption korrigiert werden. Die zur Umsetzung dieser Wertung Gesetz gewordenen Regel wird in diesem Teil hier unter C.



Nachteil der abhängigen Gesellschaft gekommen ist.<sup>22</sup> Ein Nachteil im Sinn der §§ 311ff. liegt somit vor, wenn ein Rechtsgeschäft oder eine Maßnahme nicht mehr im Interesse der abhängigen Gesellschaft liegt.<sup>23</sup>

Die Beurteilung der Nachteilszufügung muß dabei aus der Sicht des Zeitpunktes der Nachteilszufügung geschehen<sup>24</sup> und muß im geltenden Recht im jeweiligen Einzelfall anhand eines Vergleichs mit dem fiktiven Alternativverhalten einer auf dem Markt operierenden, unabhängigen Gesellschaft festgesetzt werden. Dies muß im Einzelfall geschehen (vgl. § 312 Abs. 1 S. 4). Dazu muß der Betrag aus Sicht der abhängigen Gesellschaft, die die § 311ff. AktG schützen sollen, angemessen sein (vgl. § 312 Abs. 3 S. 3).<sup>25</sup>

Ist eine Nachteilszufügung bis zum Ende eines Geschäftsjahres nicht ausgeglichen oder ein Rechtsanspruch hierauf nicht gewährt worden (vgl. § 311 Abs. 2), so ist das herrschende Unternehmen der benachteiligten abhängigen Gesellschaft sowie eventuell geschädigten Aktionären zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. § 317 Abs. 1). Diese Schadensersatzpflicht tritt nur dann nicht ein, *"wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte"* (§ 317 Abs. 2).<sup>26</sup>

Die wirtschaftliche Kompensation der abhängigen Gesellschaft für Nachteilszufügungen soll also durch Ausgleichszahlungen nach § 311 erfolgen. Kommt das herrschende Unternehmen dieser Verpflichtung nicht nach, so geschieht die Kompensation dadurch, daß es nach § 317 der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet ist.<sup>27</sup> Dieser Schadensersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht werden, wenn diese von dieser keine Befriedigung erlangen können.<sup>28</sup> Auch von den außenstehenden Aktionären kann dieser Ersatzanspruch geltend gemacht werden, indem sie für die Gesellschaft auf Zahlung an diese klagen können.<sup>29</sup>

---

skizziert, unter E. wird anschließend versucht, diese Wertung in Einzelwertungen darzustellen und unmittelbar in einen Regelungsansatz aufzunehmen.

<sup>22</sup> Vgl. nur Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) zu § 311, Rn. 22.

<sup>23</sup> Vgl. so Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 118 m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. zur ex-ante Sicht etwa K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981) S. 465.

<sup>25</sup> Vgl. zu den Betragsfestsetzungsschwierigkeiten z.B. Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) Rn. 37 zu § 311.

<sup>26</sup> Der Grundsatz des § 317 ist insofern als Präzisierung des § 117 für Abhängigkeitsverhältnisse zu sehen; vgl. hierzu die Darstellung unten in diesem Teil unter D.I.2.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) zu § 311, besonders bei Rn. 76.

<sup>28</sup> Vgl. § 317 in Verbindung mit § 309 Abs. 4 S. 3 AktG.

<sup>29</sup> Vgl. § 317 Abs. 4 in Verbindung mit § 309 Abs. 4 S. 1 AktG. Diese Regelung einer actio pro socio kann als Ergänzung zu § 147 AktG gesehen werden: ohne konzernrechtliche Sonderregelung würde auf Grund der Stimmacht des herrschenden Unternehmens dessen Schutzgedanke leerlaufen. Vgl. hierzu auch das oben zum Sonderbeschluß nach § 295 Abs. 2 Gesagte. Da die Zahlungen nach § 311 AktG an eine abhängige Gesellschaft geleistet werden, deren Eigeninteresse geschützt werden muß, bedarf es eines Kontrollverfahrens. Während die außenstehenden Aktionäre im Vertragskonzern durch die § 304ff. AktG geschützt sind, bekommen diese bei einer im faktischen Konzernverhältnis stehenden abhängigen Gesellschaft keine jährlichen Ausgleichszahlungen, sondern die Dividende, die nach der Lage der abhängigen Gesellschaft festgesetzt wird. Dies sei

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der faktische Konzern - Einbindung einer Kapitalgesellschaft in einen Unternehmensverbund ohne Abschluß eines Beherrschungsvertrags - in Deutschland nach ganz herrschender Meinung erlaubt ist.<sup>30</sup> Die §§ 311, 317 können als Preis für die Anerkennung des faktischen Konzerns als Instrument legaler Beherrschung angesehen werden.<sup>31</sup>

## **2. Umsetzung der Schutzgedanken in faktischen Konzernverhältnissen**

Damit die oben skizzierte Konzeption greift, bedarf es flankierender Regelungsmechanismen: Erst diese, namentlich der Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG, die Möglichkeit einer Sonderprüfung nach § 315 AktG und die Regeln über die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens, seiner gesetzlichen Vertreter sowie der Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft nach §§ 317ff. schaffen die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 311 bzw. 317 AktG und sind deshalb zu betrachten:

### **a. Kontrolle der Eigeninteressenwahrung im Abhängigkeitsbericht**

Den Grundstein des Kontrollverfahrens im System der § 311ff. AktG bildet der Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG,<sup>32</sup> der die Wahrung des Interesses der abhängigen Gesellschaft gewährleisten und belegen soll. Der Abhängigkeitsbericht<sup>33</sup> soll die Informationsbasis für außenstehende Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger absichern<sup>34</sup> und dabei insbesondere die Veranlassungen festhalten und auflisten, bei denen Schädigungen für die abhängige Gesellschaft aus den Beziehungen zu verbundenen Unternehmen naheliegen.<sup>35</sup> Der Abhängigkeitsbericht ist als Mittel zur Umsetzung der konzernrechtlichen Schutzgedanken im faktischen Konzernverhältnis zu sehen: im jährlichen Abhängigkeitsbericht muß der Vorstand der abhängigen Gesellschaft *"alle Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft im vergangenen Geschäftsjahr mit dem herrschenden Unternehmen oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen oder auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr getroffen oder unterlassen hat, aufführen. Bei den Rechtsgeschäften sind Leistung und*

---

hier nur zur umfassenden Grundkonzeption der systematischen Teilerfassung des Rechts der verbundenen Unternehmen in Deutschland gesagt; vgl. hierzu oben in diesem Teil unter B., in der vorliegenden auf Haftungsfragen gerichteten Arbeit ist dies nicht weiter zu vertiefen.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu die §§ 311ff. AktG und statt aller Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1379, 1423, 1435; Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 311 Anm. 7ff m.w.N.

<sup>31</sup> Vgl. K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 457.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu im ganzen Hommelhoff, Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht (1992), S. 295ff. und Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag (1992), S. G16ff.

<sup>33</sup> Im folgenden wird die Systemfunktion des Abhängigkeitsberichts in seiner jetzigen Ausgestaltung dargelegt werden. Zu Verbesserungsvorschlägen den Abhängigkeitsbericht betreffend, siehe z.B. Hommelhoff, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag, S. G52ff. m.w.N.

<sup>34</sup> Vgl. statt aller Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 311 Anm. 1ff. m.w.N.

<sup>35</sup> Vgl. Kropff in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetzkomentar (1976) zu § 312, besonders Rn. 2.

*Gegenleistung, bei den Maßnahmen die Gründe der Maßnahme und deren Vorteile und Nachteile für die Gesellschaft anzugeben".*<sup>36</sup>

Der Abhängigkeitsbericht muß den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft entsprechen, und er muß vollständig, klar, übersichtlich und zutreffend sein.<sup>37</sup> Der Abhängigkeitsbericht endet mit einer Schlußerklärung, in der der Vorstand erklärt, ob die Gesellschaft nach den Umständen bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes bzw. des Unterlassens oder des Treffens der Maßnahme, für jede Veranlassung eine angemessene Gegenleistung erhielt,<sup>38</sup> und daß keine nichtausgeglichene Nachteilszufügung vorliegt.<sup>39</sup>

Nach § 313 AktG muß dieser Bericht durch einen unabhängigen Abschlußprüfer geprüft werden, der die Angaben, deren Vollständigkeit, die Angemessenheit der Leistungen und die Beurteilung des Vorstandes bestätigen muß (vgl. § 313 Abs. 2). Der Abschlußprüfer kontrolliert somit den Vorstand der abhängigen Gesellschaft, der den Abhängigkeitsbericht erstellt hat und der durch die Prüfung einer gesetzlich vorgeschriebenen Kontrolle unterzogen wird. Daß es hierbei bei Beurteilungen auf Grund des zuzubilligenden Ermessensspielraumes lediglich bei wesentlichen Unterschieden bei der Beurteilung von Maßnahmen<sup>40</sup> zu Einwendungen zu kommen braucht, ist dabei durchaus mit der Kontrollfunktion zu vereinbaren.<sup>41</sup>

Nach der Prüfung durch den Abschlußprüfer nach § 313 prüft der Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens den Abhängigkeitsbericht (vgl. § 314). Dies soll außer der Richtigkeit vor allem die Vollständigkeit des Abhängigkeitsberichtes des Vorstandes gewährleisten, da den Aufsichtsratsmitgliedern durch ihr Vorwissen und ihre Position das Wissen und die nötige Einsicht zugetraut wird, die der außenstehenden Abschlußprüfer praktisch kaum haben kann.<sup>42</sup>

Der Aufsichtsrat muß über das Ergebnis seiner Prüfung der Hauptversammlung berichten<sup>43</sup>. Wichtig ist hierbei, daß nach § 314 Abs. 3 der Aufsichtsrat abschließend zu erklären hat, ob seiner Meinung nach Einwendungen gegen die Erklärung des Vorstandes über die sich aus dem faktischen Konzernverhältnis ergebenden Konsequenzen bestehen. Diesem kommt besondere Bedeutung zu, weil bei Einwendungen des Aufsichtsrats

<sup>36</sup> Vgl. § 312 Abs. 1 S. 2 und 3, die hier zitiert werden, um den weiten Inhalt und das Gebiet des Grundgedanken des Schutzkonzepts zu verdeutlichen.

<sup>37</sup> Vgl. Emmerich / Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Aufl. (1997) S. 353.

<sup>38</sup> Der § 316 AktG läßt die Regelung der Abhängigkeitsberichtserstellung für den Fall eines isolierten Gewinnabführungsvertrages nicht zur Geltung kommen, da in diesem Fall der Schutz der §§ 300ff. AktG greift. Hier gibt es also keine weiteren Schutzüberlegungen, deren Darstellung diese Rechtsvergleichung weiterführen würden, vgl. statt dessen z.B. Koppenssteiner im Kölner Kommentar (1987) zu § 316.

<sup>39</sup> Vgl. § 312 Abs. 3 AktG.

<sup>40</sup> Vgl. § 313 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG.

<sup>41</sup> Vgl. Hommelhoff, Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht (1992) S. 304.

<sup>42</sup> Vgl. Hommelhoff, Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht (1992) S. 304 m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. § 314 Abs. 2 i.V.m. § 171 Abs. 2.

außenstehende Aktionäre eine Sonderprüfung (vgl. § 315 Abs. 2) verlangen können. Bei der Sonderprüfung untersucht ein vom Gericht zu bestellender Sonderprüfer die Beziehungen der abhängigen Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen.

Auf die Frage, ob der Aufsichtsrat auf Grund der in und von ihm repräsentierten Interessen ausreichend objektiv ist, soll hier nicht näher eingegangen werden; bemerkenswert ist aus rechtsvergleichender Sicht die Stellung und das Zusammenspiel der verschiedenen Organe bei der Wahrnehmung der gesetzlich vorgesehenen Kontrollfunktion zur Wahrung des Eigeninteresses. Daß der Abhängigkeitsbericht nach § 312 und der Prüfungsbericht nach § 313 nicht publiziert werden, sondern erst ein eventueller Bericht über die Sonderprüfung, zeigt die Kontrollfunktion der §§ 312ff.: Der Abhängigkeitsbericht soll primär einen Präventivschutz gewähren, indem er die Wahrung des Gesellschaftsinteresses der abhängigen Gesellschaft dar- und offenlegen soll. Der Abhängigkeitsbericht stärkt somit die Stellung des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft, dem er eine gewisse Selbständigkeit gegenüber dem herrschenden Unternehmen bei faktischen Konzernverhältnissen verschafft.<sup>44</sup>

### **b. Zur Möglichkeit einer Sonderprüfung**

Außenstehende Aktionäre können beantragen, daß eine Sonderprüfung zur Prüfung der geschäftlichen Beziehungen der abhängigen Gesellschaft zu dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen vorgenommen wird. Zu einem Sonderprüfungsbericht kommt es lediglich, wenn, wie oben angeführt, der Aufsichtsrat Einwendungen gegen den Bericht des Vorstandes erhebt,<sup>45</sup> der Abschlußprüfer den Bestätigungsvermerk einschränkt bzw. versagt<sup>46</sup> oder in dem Falle, daß der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft selbst erklärt, daß nicht ausgeglichene Nachteilszufügungen vorliegen.<sup>47</sup> Erst ein solcher Sonderprüfungsbericht wird publiziert<sup>48</sup> und kann bei eventuellen Schadensersatzansprüchen nach § 317 AktG herangezogen werden.<sup>49</sup> Das System der §§ 312 bis 315 AktG ist als unpraktikabel kritisiert worden.<sup>50</sup> Es ist hier als geltende - und nach Aussagen von Praktikern - praktikable

---

<sup>44</sup> Dies bestätigen denn auch jüngste Ergebnisse; vgl. nur Hommelhoff, Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht (1992), S. 312; Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 312 Anm. 1 m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. § 315 Nr. 2 AktG.

<sup>46</sup> Vgl. § 315 Nr. 1 und § 313 Abs. 3, 4 und 5 AktG.

<sup>47</sup> Vgl. § 315 Nr. 3 AktG.

<sup>48</sup> Vgl. zu einem evtl. Ausbau der Publizität des Abhängigkeitsberichtes Hommelhoff in Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag (1992), S. G57ff. m.w.N., der dem Instrument der Sonderprüfung insgesamt bescheinigt, zumindest bisher keine rechte Anwendung zu finden.

<sup>49</sup> Vgl. Emmerich / Sonnenschein, Konzernrecht, 4. Aufl. (1997), S. 353.

<sup>50</sup> Beispielsweise sei auf die bei Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 136 angeführte Kritik hingewiesen: Dieser meint, daß es nicht möglich ist, in einem solchen Abhängigkeitsbericht mögliche Interessenkonflikte offenzulegen. Dies mag zwar richtig sein, aber - so begrüßenswert ein

Regelung skizziert worden,<sup>51</sup> um die Einbettung der Regelung der Verantwortlichkeit in ihren systematischen Zusammenhang zu zeigen.<sup>52</sup>

### **c. Verantwortlichkeit in faktischen Konzernverhältnissen**

Die §§ 312 bis 315 AktG sollen also sicherstellen, daß das herrschende Unternehmen seiner Ausgleichspflicht für Nachteilszufügungen nach § 311 AktG nachkommt. § 317 soll dem Gewähren dieses Ausgleiches dadurch Nachdruck verleihen, daß hiernach das herrschende Unternehmen für mangelnde Ausgleichszahlungen schadensersatzpflichtig ist. Für den wirtschaftlichen Schaden, der sich aus der nachteiligen Veranlassung eines herrschenden Unternehmens ergibt, wird die abhängige Gesellschaft im faktischen Konzernverhältnis - nach dem AktG - so auf jeden Fall von diesem entschädigt.

Der Abschnitt des AktG über die Verantwortlichkeit beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages wird, wie oben angesprochen, durch § 318 AktG betreffend die Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft<sup>53</sup> abgerundet, der die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft bei Sorgfaltspflichtverletzungen haften läßt. Dies verleiht den publizierten Schlußerklärungen<sup>54</sup> einen gewissen Nachdruck. Diese Bestimmung muß außer im Zusammenhang mit §§ 93 und 116 AktG auch in Verbindung mit § 317 gesehen werden, wonach gesamtschuldnerisch mit dem herrschenden Unternehmen auch seine gesetzlichen Vertreter haften, wenn sie die Nachteilszufügung veranlaßt haben. Diese Haftung nach § 317 Abs. 3 und § 318 AktG soll in erster Linie vorbeugend wirken<sup>55</sup> und tritt nur ein, wenn der durch veranlaßtes Verhalten entstandene Nachteil nicht ausgeglichen worden ist und ein Sorgfaltspflichtverstoß vorliegt. Diese Haftung gäbe es auch ohne § 318 gemäß den §§ 83 und 116 AktG. § 318 AktG regelt jedoch zusätzlich die gesamtschuldnerische Haftung sowie die Haftung für den Schaden der Aktionäre. Dazu kommt, daß § 318 Abs. 4 die Möglichkeit der *actio pro socio* nach § 309 Abs. 4 AktG eröffnet.

Bemerkenswert ist bei der Frage der Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder der in § 317 Abs. 2 AktG zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke, wonach bei jeder die

---

Offenlegen solcher Interessenkonflikte, auf die es ja gerade bei dem in dieser Arbeit angelegten Blickwinkel ankommt, wäre: ein Offenlegen dieser potentiellen Konflikte ist kaum möglich und kann vom Abhängigkeitsbericht nicht erwartet werden.

<sup>51</sup> Vgl. Hommelhoff, *Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht* (1992) S. 295 m.w.N. Beim 59. Deutschen Juristentag (1992) wurde eine Stärkung der Aussagekraft des Abhängigkeitsberichts befürwortet, nachdem zuvor bestätigt worden war, das man die §§ 311ff. für konzeptionell zutreffend angelegt hielt, vgl. Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992, F.II. 2 und 3.b. Hierauf ist hier nicht weiter einzugehen, stattdessen ist auf die für die hier behandelte Haftungsfrage relevante materielle *Verantwortlichkeit beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages*, so die Überschrift vor § 311 AktG, einzugehen.

<sup>52</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter B.

<sup>53</sup> Vgl. insgesamt Koppensteiner im *Kölner Kommentar* (1987) S. 522 zu § 318, Hüffer, *AktG* (35. Aufl., 2002) § 318 Anm. 1ff.

<sup>54</sup> Gemäß § 312 Abs. 3 und § 314 Abs. 3 AktG.

<sup>55</sup> Hierzu etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 419.

Gesellschaft schädigenden Einflußnahme zu fragen ist, ob die vermögensmäßige Maßnahme nicht möglicherweise im Unternehmensinteresse gerechtfertigt ist.<sup>56</sup> Ein solcher Rechtsgedanke zeigt noch einmal die zentrale Position, welche die Frage nach dem Eigeninteresse auf der einen und dem Unternehmensinteresse auf der anderen Seite<sup>57</sup> im Recht der verbundenen Unternehmen - gerade bei der Frage der Verantwortlichkeit - einnimmt.

### **3. Schlußbetrachtung zur Gesetzeskonzeption der faktischen Konzerne**

Konzernverhältnisse, die sich nach den §§ 311 AktG regeln lassen, werden in Deutschland häufig einfach faktische Konzernverhältnisse genannt. Dieser Ausdruck beinhaltet die Abgrenzung gegenüber den Vertragskonzernen.<sup>58</sup> Diese Abgrenzung ist zum systematischen Verständnis der deutschen Regelung zentral. Es ist jedoch stets zu berücksichtigen, daß abhängige Gesellschaften im faktischen Unterordnungskonzern grundsätzlich genau so gefährdet sind wie im Vertragskonzern, ohne daß sie jedoch den Schutz der Konzernvertragsregelung genießen.<sup>59</sup> Dementsprechend ist zu Recht konstatiert worden, daß sich im Ergebnis im kodifizierten deutschen Recht der verbundenen Unternehmen zwar weitgehend die schutzrechtliche Strömung durchgesetzt hat, daß dies jedoch gerade bei den faktischen Konzernen noch am wenigsten der Fall ist.<sup>60</sup>

Dabei gehörten die Vorschriften des Aktiengesetzes über die Verantwortlichkeit - darunter ist die Haftung zu verstehen<sup>61</sup> - beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages, die §§ 311 bis 318 AktG, von Anfang an zu den umstrittensten Regelungen im AktG.<sup>62</sup> Der deutsche Gesetzgeber ging bei der Konzeption des AktG von der Vorstellung aus, daß bei einer faktischen Einflußnahme lediglich schädigende Einzelweisungen zu verwirklichen waren. Das Gesetz ging dabei davon aus, daß der faktische Konzern nur als locker geführter, dezentraler Konzern geführt werden dürfe.<sup>63</sup> Deshalb wurde als Kompensation

<sup>56</sup> Vgl. zur Bedeutung dieser Betrachtung für die Konzeption des Gesetzes Geßler, Konzernrecht (1965) S. 1729f.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter A.V.2.,3. und 4. Gesagte und unten in diesem Teil unter E.I.

<sup>58</sup> Und zu den qualifiziert faktischen Konzernen; vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter C.V.; vgl. zur Terminologie der faktischen Konzerne auch das einleitend in diesem Teil unter C.IV. Gesagte.

<sup>59</sup> So ausdrücklich etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rn. 165.

<sup>60</sup> Vgl. nur Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 360. Die schutzrechtliche Strömung hat sich - dies zeigt bereits das Bestehen einer Regelung faktischer Konzerne - jedoch nur bedingt durchgesetzt; so sei daran erinnert, daß die ursprüngliche Konzeption des AktG, der die Systematik des dritten Buches auch nach den im Gesetzgebungsprozeß erfolgten Änderungen folgt, neben dem Eingliederungs- und dem Vertragskonzern nur die strenge Erfolgshaftung des E§ 284 kannte, vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter D.I.3.

<sup>61</sup> Vgl. nur Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 147.

<sup>62</sup> Vgl. statt aller Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 145 (als den 'Verantwortlichen', aaO. S. 146).

<sup>63</sup> Vgl. hierzu etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 364.

ein Einzelnachteilsausgleich vorgesehen. Aus dem Ausgleichssystem der §§ 311ff. AktG ergibt sich somit ein "*Zwang, Tochtergesellschaften betont dezentral zu führen*"<sup>64</sup>, zum Zwecke der intensiveren Einflußnahme stellte der Gesetzgeber das Mittel der Konzernverträge zur Verfügung.<sup>65</sup> Dabei sollte man sich - auch zum besseren Verständnis der deutschen Regelung - bewußt machen, daß der Konzeption deutschen Regelung der Gedanke zugrundeliegt, daß "*nur der Beherrschungsvertrag dem herrschenden Unternehmen das Recht gibt, die abhängige Gesellschaft unter seine Leitung zu stellen.*"<sup>66</sup>

Das Recht der faktischen Konzerne darf allerdings nicht als ein - schwer zu bewältigendes - Anhängsel an das Recht der Unternehmensverträge angesehen werden.<sup>67</sup> Im Gegenteil: die Abhängigkeitsverhältnisse beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages sind der Kern der Problematik des Rechts der verbundenen Unternehmen. Die Abhängigkeit ist in der Regel denn auch nicht Folge eines Beherrschungsvertrages, sondern geht ihm voraus.<sup>68</sup>

Die Grundidee der §§ 311ff. ist, daß bloß punktuelle Störungen des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft nicht zur Aufhebung der Haftungssegmentierung im verbundenen Unternehmen führen. Punktuelle Störungen bewirken nicht, daß die Rechtsordnung verbundene Unternehmen als Einheitsunternehmen behandelt: das Trennungsprinzip bleibt trotz dieser Störungen des Eigeninteresses in Funktion. Die §§ 311ff. bezwecken, das Eigeninteresse wieder unbeeinträchtigt herzustellen indem sie für einen Ausgleich der Beeinträchtigung des Eigeninteresses sorgen. Der Ausgleich ist als Ausgleich für die Beeinträchtigung des Eigeninteresses zu verstehen.<sup>69</sup> Die punktuelle Störung des Eigeninteresses wird durch punktuelle Kompensation abgewickelt.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> Anschaulich zu diesem sich aus den §§ 311ff. ergebenden Zwang nur Hommelhoff, Der Verlustausgleich (1987), S. 223 m.w.N.

<sup>65</sup> Vgl. statt aller in Bezug auf die hier behandelte Problematik etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 46f. und auch 65 und hierzu ebenfalls die dieser Konzeption entsprechende vorgeschlagene scharfe Erfolgshaftung des E § 284 und die Darstellung unten in diesem Teil unter D.I.3.

<sup>66</sup> Vgl. so die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 374.

<sup>67</sup> So wohl auch der Gedanke von K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 466.

<sup>68</sup> Vgl. nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 293a Anm. 4, der betont, daß der Vertragskonzern nach 30 Jahren immer noch keine hohe, und nicht die erwartete (aaO. § 291 Rn.3) Akzeptanz besitzt.

<sup>69</sup> Vgl. zum Nachteilsausgleich darstellend auch DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 405ff., insbesondere Rz. 409. Die Bemerkungen der Kommission des DJT verdienen hier besondere Aufmerksamkeit, weil für die Regelung der sogenannten faktischen Konzernverhältnisse die Gesetz gewordene Regelung der §§ 311ff. sich vielmehr an diesen als am ursprünglichen RegE orientiert, dies wird besonders deutlich wenn man die Vorschläge der Kommission mit dem geltenden Gesetz vergleicht. Insofern sei daran erinnert, daß die Arbeit der DJT-Konzernrechtskommission im wesentlichen bereits 1960 abgeschlossen war; vgl. nur die Einordnung in den rechtsentwicklungsgeschichtlichen Kontext bei Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 294.

<sup>70</sup> Vgl. so insgesamt Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 409. Es liegt in dieser Einzelbetrachtung, daß mit einem solchen punktuellen Nachteilsausgleichssystem bereits konzeptionell nur vermögensmäßige Kompensation möglich ist, vgl. gleich unten unter C.IV.3.b.

Es sei hier auch daran erinnert, daß das Verhältnis von herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft nicht nur durch die Vorschriften der § 311ff. bestimmt wird. Neben §§ 311ff. AktG steht das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung an das herrschende Unternehmen: die §§ 311ff. verdrängen nicht die §§ 53a, 57, 58 und 60, und die §§ 311ff. bedeuten somit nicht ein Recht für das herrschende Unternehmen für sich Sondervorteile zu verfolgen.<sup>71</sup> Es war die Absicht des historischen Gesetzgebers mit der Regelung der §§ 311 ff. den dezentral strukturierten Konzern zu ermöglichen.<sup>72</sup> Der einfache faktische Konzern wurde zugelassen, weil in der Regelung der § 311ff. AktG für den dezentralen Konzern davon ausgegangen wird, daß Konzerninteressen einerseits und Haftungsdurchschlag, Verlustausgleich usw. sich die Waage halten.<sup>73</sup> Das herrschende Unternehmen ist insoweit nur schutzwürdig, soweit es sich an die Ausgleichsregelung der §§ 311ff. hält.<sup>74</sup> Danach liegt in faktischen Konzernverhältnissen Leitungsmachtmißbrauch vor, wenn die Leitungsmacht über das ausgleichbare Maß hinausgeht, so daß das Ausgleichssystem der §§ 311, 317 nicht mehr greift.<sup>75</sup>

Damit ist gezeigt worden, daß das gesetzliche Haftungssystem im faktischen Aktienkonzern den Schutz des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft bezweckt und dabei auf dem Zusammenspiel dreier Faktoren beruht. Diese sind das Schädigungsverbot, die Rücknahme des Verbots bei Nachteilsausgleich und endlich die Schadensersatzpflicht bei unterlassenem Ausgleich des Nachteils<sup>76</sup>. Die Konzeption und dies Zusammenspiel soll nun besonders aufgezeigt werden.

#### **a. Betonung der Grundidee: Das Schädigungsverbot und seine Rücknahme**

Der Regelung der §§ 311ff. liegen zwei entgegengesetzte Gesichtspunkte zugrunde. Zum einen soll die abhängige Gesellschaft gegen Schädigung durch das sie beherrschende Unternehmen geschützt werden. Zum anderen soll jedoch auch ohne Beherrschungsvertrag die einheitliche Konzernleitung ermöglicht werden.<sup>77</sup> Das Ziel der deutschen Regelung ist es, Herrschaft des herrschenden Unternehmens und Autonomieanspruch der abhängigen Gesellschaft miteinander zu versöhnen.<sup>78</sup>

<sup>71</sup> Vgl. hierzu Flume, Die juristische Person (1983), s. 127.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 130 und 139.

<sup>73</sup> Vgl. zum rechtspolitischen Hintergrund der § 311ff. AktG Hommelhoff im St. Galler-Konzernrechtsgespräch (1986), S. 140 und - diesen Abgleichungsprozeß der §§ 311ff. AktG, in dem der Einbruch in das Eigeninteresse typischerweise durch Konzernierungs-Vorteile wettgemacht wird, darstellend - ders., Konzernleitungspflicht (1982), S. 137.

<sup>74</sup> Ähnlich etwa Beuthien, Leitungsmachtmißbrauch (1969), S. 1784.

<sup>75</sup> Vgl. etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 137.

<sup>76</sup> Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht (1993), S. 411.

<sup>77</sup> Vgl. Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 340, zur einschränkenden Gegenauffassung etwa Gebler, Leitungsmacht (1974), S. 150ff.

<sup>78</sup> So Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 260, der diesen Versuch mit der Versöhnung der Elemente Wasser und Feuer vergleicht. Wenn Lutter meint, daß es zweifelhaft bleibe, ob was in der Natur nicht möglich ist, im Recht gelingen kann, so untermalt er damit trefflich die großen Schwierigkeiten, die im Regelungsmodell der §§ 311ff. AktG angelegt sind.



Beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages hat das herrschende Unternehmen gegenüber dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft zwar kein Weisungsrecht, es hat aber die tatsächliche Leitungsmacht. Nach § 311 darf die Leitungsmacht nun lediglich ausgeübt werden, wenn sich daraus ergebende Nachteile spätestens am Ende des Geschäftsjahres<sup>79</sup> tatsächlich vollständig<sup>80</sup> ausgeglichen werden oder der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch auf Ausgleich zusteht. Das im deutschen Rechts der verbundenen Unternehmen kodifizierte Ausgleichssystem erlaubt also den - auch negativen - Einfluß im Einzelfall. Dieser Regelungsansatz ist so ausgedrückt worden, daß das Recht *"unternehmerisch ("Ausgleich") und nicht in zivilrechtlichen Kategorien (nicht "Schadensersatz")"* denkt.<sup>81</sup> Der Nachteilsausgleich ersetzt dabei nicht die allgemeinen Kapitalbindungsvorschriften, sondern ergänzt sie.<sup>82</sup>

In der Konzeption der Regelung der §§ 311ff. hat dabei der Schutz der Gesellschaft, der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger Vorrang vor den organisatorischen Bedürfnissen der Konzernleitung.<sup>83</sup> Dabei ist es im Vertragskonzern ebenso wie nach den §§ 311ff. AktG die in der Konzeption Ausdruck findende Wertung der gesetzlichen Regelung, die abhängige Gesellschaft als solche zu schützen. Als Reflex dieses Schutzes der Gesellschaft wird der Gläubigerschutz verwirklicht.<sup>84</sup> Dem Vorstand einer faktisch konzernierten Gesellschaft muß eigene unternehmerische Gestaltungsmacht belassen werden, denn das zentrale Konstruktionselement im Ausgleichssystem der §§ 311ff. ist

---

<sup>79</sup> Bemerkenswert ist, daß noch in der ursprünglichen BegRegE zahlreiche Gründe angeführt werden, die es nach damaliger Auffassung ausschlossen, einen Ausgleich von Nachteilen durch Vorteile innerhalb eines bestimmten Zeitraumes - etwa eines Geschäftsjahres - in Betracht zu ziehen. Erst im Wirtschaftsausschuß wurde vom ursprünglichen Konzept, das den Ausgleich nur innerhalb eines einheitlichen wirtschaftlichen Geschäfts anerkannte, abgewichen. Nach dem ursprünglichen Gedanken des Regierungsentwurfes durfte ein herrschendes Unternehmen seine tatsächliche Leitungsmacht nur ausüben, wenn es der abhängigen Gesellschaft einen etwaigen Nachteil vorweg oder zugleich ausglich. Diese dogmatisch klare Konzeption erfuhr dann während der Gesetzesberatungen einige Änderungen, vgl. etwa Beuthien, *Leitungsmachtmißbrauch* (1969), S. 1783. An dem am Ausgleich orientierten Konzept wurde festgehalten, nach Ansicht der Mehrheit des Wirtschaftsausschusses werden die von den §§ 311 zu wahren Interessen jedoch ausreichend geschützt, wenn der Ausgleich innerhalb eines Geschäftsjahres erfolgt. Vgl. hierzu Kropff, *Textausgabe AktG* (1965), S. 409f. und zur Konzeption Geßler, *Leitungsmacht* (1974), S. 160f.

<sup>80</sup> Zu den rechtspraktischen Schwierigkeiten, einen Nachteil festzustellen und zu bemessen, statt vieler Koppsteiners im *Kölner Kommentar*, § 311 Rn. 25ff.

<sup>81</sup> So Lutter, *Haftung in der Unternehmensgruppe* (1982), S. 260.

<sup>82</sup> Vgl. hierzu auch Behrens, *Durchgriff über die Grenze* (1982), S. 333. Es sei noch einmal betont, daß nachteilige Einflußnahmen im Vertragskonzern legalisiert sind, sofern die Einflußnahme dem herrschenden Unternehmen förderlich ist. Für den Vertragskonzern sind insoweit konsequenterweise die Kapitalbindungsvorschriften außer Kraft gesetzt. Während im faktischen Konzern die Kompensation durch einzelne Nachteilsausgleiche erfolgt (§ 311, 317 AktG), geschieht die Kompensation im Vertragskonzern eben dadurch, daß die herrschende Gesellschaft verpflichtet ist, etwaige Verluste der abhängigen Gesellschaft auszugleichen (§ 302).

<sup>83</sup> Vgl. so etwa Koppsteiners, *Kölner Kommentar* (1987), §§ 311 Rn. 57 und Vorb. § 311 Rn. 15.

<sup>84</sup> Vgl. zur reflexartigen Ausgestaltung des Gläubigerschutzes etwa Lutter, *Haftung des herrschenden Unternehmens* (1985), S. 1425 oder Ulmer, *Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern* (1984), S. 393.

die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands der abhängigen Gesellschaft.<sup>85</sup> Ohne durch die eigenverantwortliche Leitung mögliche Ausrichtung der Gesellschaft am eigenen Interesse läuft das gesamte System des faktischen Konzerns, so wie es das AktG von 1965 konzipiert hat, leer.<sup>86</sup> Die Möglichkeiten des faktischen Konzerns hängen somit von den in den Primärzwecken des Gesetzes Ausdruck findenden Wertungen ab.<sup>87</sup> Diese primären Zwecke der Regelung müssen deshalb erkannt und hervorgehoben werden.

### **b. Insbesondere zu Nachteilsausgleich und Schadensersatzpflicht**

Hinter dem Gedanken, daß einzelne von einem herrschenden Unternehmen veranlaßte Maßnahmen nicht zum Verlustausgleich, sondern zum Schadensersatz führen, steht die Wertung, die durch die Einbindung entstehenden Schäden auszugleichen, d.h.: die *aus der Beeinträchtigung des Eigeninteresses erwachsenen Nachteile* müssen kompensiert werden.

Falls der Verlust nicht bereits ausgeglichen worden ist (Gedanke des § 311 AktG), erfolgt dies durch einzelne Schadensersatzzahlungen (Gedanke des § 317 AktG).<sup>88</sup> Nach dem Gesetzesaufbau ist der Schadensersatz dabei die zunächst allein geschuldete Leistung, an dessen Stelle jedoch spätestens am Ende des Geschäftsjahres ein Ausgleich geleistet werden kann, mit dessen Leistung dann die Schadensersatzpflicht entfällt.<sup>89</sup>

Dadurch, daß die Schadensersatzpflicht des herrschenden Unternehmens besteht, bis sie durch die Ausgleichsleistung - gleich dem Eintritt einer auflösenden Bedingung - entfällt, ist die abhängige Gesellschaft trotz Nachteilszufügung jederzeit rechtswirksam geschützt.<sup>90</sup> Dies indiziert das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft als der unmittelbare Schutzgegenstand der §§ 311ff. AktG und als bestimmender Gesichtspunkt der Regelung.<sup>91</sup> Erst wenn eine Kompensation für nachteilige Einzeleingriffe nicht mehr

<sup>85</sup> Vgl. hierzu etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 118.

<sup>86</sup> So bereits Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 122.

<sup>87</sup> Ebenso zu den Primärzwecken etwa Koppensteiner, Kölner Kommentar (1987), §§ 311 Rn. 57 und Vorb. § 311 Rn. 15.

<sup>88</sup> Diesem liegt die Grundüberlegung zugrunde, daß das herrschende Unternehmen im faktischen Konzern das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft zu wahren hat; vgl. insoweit zutreffend Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 244. Der Nachteilsausgleich dient eben der Wahrung des - vermögensmäßigen - Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft; Wilhelm, aaO. S. 245. Wenn Wilhelm, aaO. S. 220 jedoch unter Berufung auf Flume meint, § 311 AktG müsse so verstanden werden, daß eine Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Kapitalgesellschaft ausgeschlossen ist, weil für ihn keine Privilegierung des Interesses des herrschenden Unternehmens denkbar ist, und eine solche deshalb auch § 311 nicht zu entnehmen sei, so ist ihm in dieser kategorischen Aussage zu widersprechen: Der Ausgleichsgedanke der §§ 311ff. beruht gerade auf der Überlegung, daß eine Nachteilszufügung, und d.h. eben Benachteiligung des Eigeninteresses, möglich ist, falls diese gemäß § 311 ausgeglichen wird.

<sup>89</sup> Den Ausgleich so als *facultas alternativa* darstellend Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 160. Zur grundlegenden, rechtsdogmatisch scharfen Trennung von Nachteil und Schaden Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 414 m.w.N.

<sup>90</sup> Ausdrücklich so Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 163.

<sup>91</sup> So unter Berufung auf Geßler Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 124.

möglich ist kommt es - Rechtsfigur des sogenannten qualifiziert faktischen Konzerns<sup>92</sup> in Anlehnung an die Regelung des Vertragskonzern aufgrund der rechtstatsächlichen Parallelität mit diesem - zum Verlustausgleich.<sup>93</sup>

Es sei noch einmal betont,<sup>94</sup> daß Nachteil im Sinne der §§ 311ff. nicht etwa Jahresfehlbetrag bedeutet. Denn während der Jahresfehlbetrag ein klarer, saldierter Rechnungsposten ist, bezeichnet der Nachteil die Wirkung einer konkreten Einflußnahme. Diese muß jedoch nicht notwendigerweise zu einem Jahresfehlbetrag führen. Nachteil im Sinne der §§ 311ff. ist jede in Geld bewertbare<sup>95</sup> Beeinträchtigung, sei sie organisatorischer, geschäftlicher oder finanzieller Art.<sup>96</sup> Überhaupt hat das gesamte Ausgleichssystem der §§ 311ff. eine vermögensmäßige Ausrichtung und ist auf das monetäre Gleichgewicht zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen ausgerichtet.<sup>97</sup> Das Ausgleichen des Nachteils besteht dementsprechend in der wertmäßigen Leistung des aufgrund von vom herrschenden Unternehmen veranlaßten Rechtsgeschäften oder Maßnahmen entstandenen Defizits.<sup>98</sup> Das System der §§ 311ff. bezweckt somit, das vermögensmäßige Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft zu schützen.<sup>99</sup>

Die Besonderheit des Nachteilsbegriffes gegenüber dem Schadensbegriff besteht darin, daß im Nachteilsbegriff der §§ 311ff. eine Kausalität enthalten ist. Der Nachteil muß nämlich durch Einflußnahme des herrschenden Unternehmens entstanden sein, und die

---

<sup>92</sup> Vgl. dazu unten in diesem Teil unter C.V.5.

<sup>93</sup> Bei einer solchen funktionsbezogenen Betrachtungsweise wird also betont, daß es sich im Gegensatz zu einem (einfach) faktischen Konzern um einen qualifiziert faktischen Konzern handelt, wenn und weil das System des Ausgleichs nachteiliger Einzeleingriffe, das Ausgleichssystem der §§ 311ff AktG, wegen nicht mehr möglicher Isolierbarkeit und Feststellbarkeit einzelner Maßnahmen durch das herrschende Unternehmen versagt. Vgl. zur Funktionsfähigkeit der § 311ff. statt aller etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 138.

<sup>94</sup> Vgl. zum Nachteil bereits die Ausführungen oben in diesem Teil unter C.IV.1. zum Grundkonzept der §§ 311ff.

<sup>95</sup> Hier zeigt sich ein Manko des gesamten Ausgleichsprinzip: Ausgeglichen werden können letztlich nur finanziell faßbare Benachteiligungen der abhängigen Gesellschaft.

<sup>96</sup> Vgl. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1966), S. 310.

<sup>97</sup> Vgl. zu dem pekuniären System der § 311ff. etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 132 m.w.N.

<sup>98</sup> Es sei angemerkt, daß eine Besonderheit des Nachteilsausgleichs gegenüber dem Schadensersatz des § 317 AktG darin besteht, daß die Höhe des ersatzpflichtigen Schadens auf den Zeitpunkt der Vornahme reduziert ist; vgl. etwa Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Kommentar zum AktG, § 311 Rn. 114. Dies beinhaltet, daß der Nachteilsausgleich im Gegensatz zum Schadensersatz Folgeschäden außer Betracht läßt, vgl. etwa Koppenssteiner im Kölner Kommentar, § 311, Rn. 74.

<sup>99</sup> Vgl. so auch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 135. Interessant ist dies betreffend eine Erwägung von Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 417, Fn. 95, der, sprachlich schön verdeutlichend, darauf aufmerksam macht, daß von nachteiligen Veranlassungen der abhängigen Gesellschaft streng genommen nur dann gesprochen werden kann, wenn ein eigenständiges, von demjenigen des herrschenden Unternehmens abweichendes Interesse der abhängigen Gesellschaft - in casu im GmbH-Recht - anzuerkennen ist. Der Annahme eines solchen Eigeninteresses als Vergleichsmaßstab ist zuzustimmen; vgl. näher zum Maßstabsgedanken unten unter E.I.

Benachteiligung muß dazu führen, daß dadurch der Gesamtwert des Vermögens oder der Wirtschaftlichkeit der Gesellschaft gemindert worden ist.<sup>100</sup>

Eine einheitliche Leitung und Koordinierung der abhängigen Gesellschaft mit den Interessen des herrschenden Unternehmens ist also möglich. Die §§ 311ff. stellen dabei jedoch nicht auf die einheitliche Leitung ab, sondern auf jede einzelne Einflußnahme der herrschenden Gesellschaft.<sup>101</sup> Jeder sich aus einer solchen einzelnen Einflußnahme ergebende Nachteil ist nach § 311 AktG auszugleichen, und geschieht dies nicht, ist nach § 317 Schadensersatz zu leisten. Betont sei noch, daß nach § 317 Abs. 2 die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn das Rechtsgeschäft oder die Maßnahme sich zwar später als nachteilig erweist, aber im Zeitpunkt der Vornahme auch von einem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft vorgenommen sein könnte. Diese Einschränkung der Haftung ist bemerkenswert, weil sie deutlich zeigt, daß nach der gesetzlichen Konzeption Raum gelassen werden sollte, in dem die Konzernleitung ausgeübt werden kann, ohne<sup>102</sup> daß eine Haftung für fehlgeschlagene Geschäfte oder Maßnahmen ausgelöst wird.<sup>103</sup>

### **c. Zur Wirkung der vorgesehenen Schutzmechanismen**

Schon vor ungefähr 20 Jahren war man mit der Regelung der faktischen Konzernverhältnisse unzufrieden, und es wurde u.a. geäußert, daß die § 311ff. AktG mißglückt seien.<sup>104</sup> Von den vielen Gesichtspunkten, die der Konzeption der §§ 311ff. kritisch gegenüber stehen, sei hier nur erwähnt, das insbesondere hinterfragt wird, ob die Regelung der §§ 311ff. den nötigen Ausgleich sichern könne. Nach dieser Auffassung werden die §§ 311ff. als eine Regelung der mit einem bestimmten Verhalten des herrschenden Unternehmens verbundenen Haftung angesehen,<sup>105</sup> und folglich wird der bestehende Ausgleichsgedanke der § 311ff. kritisiert. Es hat im Laufe der Zeit zahlreiche Änderungsvorschläge und Regelungsneuvorschläge für den faktischen Konzern gegeben,<sup>106</sup> letztlich ist aber keine überzeugendere Lösung als das bestehende Ausgleichssystem aufgezeigt worden; ein konkretes gestaltendes alternatives Regelungs-

---

<sup>100</sup> Vgl. hierzu etwa Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 344.

<sup>101</sup> Vgl. anschaulich hierzu - und insoweit korrekt - Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 343.

<sup>102</sup> Folglich kommt es wirklich erst zur Frage besonderer Haftungsnormen - im geltenden Recht zu einem Abgleiten in den qualifiziert faktischen Konzern - dort wo der Gedanke der Einzelnachteilskompensation versagt, vgl. hierzu das gleich unten in diesem Teil unter C.IV.4. zum qualifiziert faktischen Konzern Gesagte.

<sup>103</sup> Vgl. die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG, S. 419 und zum Geschäftsrisiko die Ausführungen oben in diesem Teil unter A.III.1.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu etwa Würdinger, Aktiengesetz (1981), S. 340 mit ausgiebigem Literaturnachweis auch zu Lösungsversuchen.

<sup>105</sup> Vgl. so etwa Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 341f.

<sup>106</sup> Vgl. statt Einzelnachweisen etwa Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1416ff.

konzept steht nicht im Raume.<sup>107</sup> Somit ist im Ergebnis zu den §§ 311 bis 318 AktG zu sagen, daß die faktische Konzernverbindung zulässig ist,<sup>108</sup> die Einflußnahmen dürfen jedoch nicht derart sein, daß sie die Funktionsfähigkeit des Ausgleichssystems nach §§ 311ff. AktG in Frage stellen.<sup>109</sup> Dies drückt die Interessenabwägung aus, die der Gesetzeskonzeption zugrundeliegt, und wonach die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens seine Grenzen in der Wahrung der Funktionsfähigkeit des Ausgleichssystems findet.<sup>110</sup> Die Intensität der einheitlichen Leitung im faktischen Konzern findet dort seine Grenze, wo sich das unternehmerische Eigeninteresse der konzernierten Gesellschaft als Maßstab für die Begrenzung des beherrschenden Einflusses der Konzernspitze nicht länger nachvollziehen läßt.<sup>111</sup> Die Praktikabilität des Systems der § 311ff. ist dementsprechend davon abhängig, daß alle Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft und die Auswirkungen dieser Einflußnahmen genau erfaßt und berechnet werden können. Dies ist zwar umstritten,<sup>112</sup> Praktiker bescheinigen dem System der §§ 311ff. AktG<sup>113</sup> jedoch, daß es grundsätzlich funktioniert.<sup>114</sup>

#### **4. Sogenannte „qualifiziert faktische Konzernverhältnisse“**

Das System der §§ 311 kann für die hier behandelte Haftungsfrage so zusammengefaßt werden, daß die Rechtsordnung auf rein punktuelle Störungen des Eigeninteresses nicht etwa mit der Zerstörung des gesamten Systems der Haftungssegmentierung im verbundenen Unternehmen reagiert. Aus dem verbundenen Unternehmen wird eben kein Einheitsunternehmen geformt; das Trennungsprinzip bleibt als solches trotz dieser

<sup>107</sup> Das Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 711ff. kritisiert so das System der § 311ff. sowohl in der Grundkonzeption als auch in seiner rechtspraktischen Effektivität, in casu im Vergleich mit dem französischen Recht; die Kritik kulminiert in der Aussage, die Bestimmungen der §§ 311ff. könnten "*üblem Willen eines herrschenden Unternehmens keinen festen Riegel vorschieben*".

<sup>108</sup> Vgl. hierzu die §§ 18 Abs. 1, 100 Abs. 2 und 329ff. AktG und statt aller etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 136 und bereits S. 131 m.w.N. auch der Gegenansicht und insgesamt Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984) S. 391ff..

<sup>109</sup> Vgl. Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht (1982) S. 12ff., 138; vgl. hierzu in Bezug auf die Frage von Leitungsdichte und Gefährdungspotential Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 51 m.w.N.

<sup>110</sup> Vgl. ebenso bereits Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 136ff., der gleichzeitig betont, daß der in der Wahrung der Funktionsfähigkeit zum Ausdruck kommende Schutzgedanke nicht die im Gesetz vorausgesetzte Möglichkeit der Zusammenfassung unter einheitliche Leitung unmöglich machen darf. Vgl. zur hier nicht zu vertiefenden Frage der Insolvenz im faktischen Konzern im Rahmen einer Rechtsvergleichung auch Tschernig, Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz (1995), S. 107ff.

<sup>111</sup> Vgl. so bereits Mestmäcker, Systematik (1967), S. 149, diesem zustimmend etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 51.

<sup>112</sup> Nachweise z.B. bei Emmerich / Sonnenschein, Konzernrecht, 4. Aufl. (1991), S. 323.

<sup>113</sup> Zu dem fast keine Gerichtsentscheide bekannt geworden sind; vgl. jedoch BGHZ 124, 111 (Vereinigte Versicherung, 1993), auf dieses Urteil ist problembezogen jedoch nicht einzugehen.

<sup>114</sup> So Hommelhoff im Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag, (1992), S. G24.

Störungen in Funktion.<sup>115</sup> Der Einzelausgleichsmechanismus der §§ 311ff. AktG, der an einzelne Weisungen oder Maßnahmen des herrschenden Unternehmens Schadenersatzansprüche anknüpft, kann jedoch im durchgeführten Unternehmensverbund nicht funktionieren.<sup>116</sup> Zu einer besonderen Konzernhaftung kommt es im faktischen Konzern deshalb dann, wenn ein Einzelausgleich nachteiliger Einzelmaßnahmen aufgrund der Unüberschaubarkeit der Verhältnisse oder der mangelnden Kompensationsfähigkeit struktureller Eingriffe nicht möglich ist.<sup>117</sup>

Die oben dargelegte gesetzliche Regelung der §§ 311ff. wird damit dort unzulänglich, wo die Schäden der Einflußnahme eines herrschenden Unternehmens nicht mehr erfaßt, ausgeglichen oder ersetzt werden können. D.h., wenn die abhängige Gesellschaft einer derart verdichteten Leitungsmacht unterworfen wird, daß sich ausgleichspflichtige Nachteilszufügungen nicht mehr isolieren lassen.<sup>118</sup> Sind also isolierbare Einzeleingriffe, an die die dargelegten Ausgleichsinstrumente anknüpfen können, nicht mehr feststellbar, so gibt es in der Gesetzeskonzeption eine Schutzlücke.<sup>119</sup> Um diese auszufüllen, hat die Rechtsprechung das deutsche Konzernrecht in der Lehre vom sogenannten 'qualifiziert faktischen Konzern'<sup>120</sup> auch für diese Fälle weiterentwickelt.

Die Wahrung des Eigeninteresses der konzernabhängigen Gesellschaft<sup>121</sup> ist dabei die Abgrenzung zwischen dem einfachen faktischen und dem sogenannten qualifiziert faktischen Konzern: Während beim einfachen faktischen Konzern das Konzerninteresse nur gelegentlich Vorrang gegenüber dem Eigeninteresse genießt und dies Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft - als Folge der angenommenen Funktionsfähigkeit der Ausgleichsmechanismen der §§ 311ff. - auch für die Zukunft als rechtlich gesichert

<sup>115</sup> Diese Zusammenfassung folgt Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 408.

<sup>116</sup> Systematisch hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 47.

<sup>117</sup> Außerdem wird vertreten, daß auch dann keine Pflicht zum Einzelausgleich vorliegt, wenn das herrschende Unternehmen bei der Nachteilszufügung nicht gegen seine Gesellschafterpflichten verstoßen hat, vgl. hierzu die Darstellung bei Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 141 zur reduzierten Treupflicht bei der Einmann-Gesellschaft, welches nach dem TBB-Urteil, BGHZ 122, 123, 130 so zu verstehen sei, daß erst die nachhaltige Beeinträchtigung der Belange der abhängigen Gesellschaft die Konzernhaftung auslöst., hierzu Ulmer, aaO, Rn. 135. Diese Betrachtung geht davon aus, daß man einer abhängigen Gesellschaft Nachteile zufügen kann, ohne gegen eine Gesellschafterpflicht zu verstoßen. Vgl. differenzierend und abweichend zu dieser auf ein Fehlen der Treupflicht zurückgehende Betrachtung und der dies betreffend hier vertretenen Auffassung insgesamt unten in diesem Teil unter E., insbesondere unter E.II.4.

<sup>118</sup> Vgl. nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 302 Anm. 6, aufbauend auf Ulmer in Hachenburg, GmbHG (1994) Anh.77 Rn. 126 m.w.N.

<sup>119</sup> So für die GmbH Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 98.

<sup>120</sup> Soweit ersichtlich geht der Begriff des qualifiziert faktischen Konzerns auf den Arbeitskreis GmbH-Reform zurück. In einem Gesetzesvorschlag wurde damit an folgenden Tatbestand (§ 255a) angeknüpft: "*Besteht kein Beherrschungsvertrag und wird das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung infolge eines von dem herrschenden Unternehmen ausgeübten Einflusses nachhaltig beeinträchtigt...*"; vgl. hierzu Hueck/Lutter/Mertens/Rehbinder/Ulmer/Wiedemann/Zöllner, Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform (1972), S. 59; vgl. auch den historischen Überblick bei Holzwarth, Konzernrechtlicher Gläubigerschutz bei der klassischen Betriebsaufspaltung (1994), S. 135ff.

<sup>121</sup> Vgl. hierzu das in der Einleitung Gesagte.

gilt<sup>122</sup>, ist der qualifiziert faktische Konzern<sup>123</sup> durch die nachhaltige, generelle Beeinträchtigung des Tochter-Eigeninteresses gekennzeichnet.<sup>124</sup> In diesen Fällen versagt das gesetzliche Haftungssystem, da die oben dargelegten Voraussetzungen, von denen das Gesetz ausgeht, in der Praxis nicht gegeben sind.

Zum qualifiziert faktischen Aktiengesellschafts-Konzern fehlen bisher Urteile des Bundesgerichtshofes.<sup>125</sup> Die Auffassungen zum Ausbau des Schutzkonzeptes in der Literatur sind sehr unterschiedlich und reichen von einer Tendenz des Verbotes des qualifiziert faktischen Aktienkonzernes<sup>126</sup> bis zur Konzerneingangskontrolle.<sup>127</sup> Fest steht, daß das Regelungsmodell der § 311ff. AktG im qualifiziert faktischen Konzern definitionsgemäß verfehlt ist; derzeit werden gesetzliche Regelungen nicht empfohlen.<sup>128</sup>

<sup>122</sup> Vgl. hierzu z.B. Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), S. 309.

<sup>123</sup> Vgl. zum Begriff des qualifiziert faktischen Konzerns die BGH-Urteile BGHZ 95, S. 330 (Autokran, 1985), BGHZ 107, S. 7 (Tiefbau, 1989) und BGHZ 115, 187 (Video, 1991) sowie BGHZ 122, 123 (TBB, 1993), nähere Ausführungen hierzu folgen unten in diesem Teil unter C.5.V. Vgl. zu den Stufen der Abhängigkeit etwa Lutter/Timm, Konzernrechtlicher Präventivschutz im GmbH-Recht (1982), S. 412; die allgemein als qualifiziert faktische Konzernverhältnisse bezeichneten Abhängigkeitslagen werden von Teilen der Literatur (stellvertretend etwa K. Schmidt, Verlustausgleich und Konzernleitungshaftung (1989), S. 551; Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 400, 420; polemisierend Altmeyen, Die systematische Einordnung nach TBB (1994), S. 1912; vgl. insbesondere auch Kropff, TBB und das Aktienkonzernrecht (1993), S. 488) als qualifizierte Abhängigkeiten bezeichnet, womit ausgedrückt werden soll, daß ein Vorliegen des Merkmals der einheitlichen Leitung nicht als notwendig angesehen wird, hiergegen etwa Hachenburg/Ulmer, GmbHG (1994) Anh. § 77 Rn. 126; auch Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (2000), Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 81 betont, es müsse sich um einen Konzern handeln. In der hier vorliegenden Arbeit wird weitgehend die zum allgemeinen Sprachgebrauch gewordene Bezeichnung der Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns beibehalten; vgl. zur Terminologie das einleitend oben in diesem Teil unter C.IV. Gesagte.

<sup>124</sup> Vgl. Hommelhoff, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag (1992), S. 34.

<sup>125</sup> Erwähnt sei zum qualifiziert faktischen Aktiengesellschafts-Konzern der Banning-Beschluß des Oberlandesgerichtes Hamm vom 3. November 1986 (etwa abgedruckt in NJW 1987, 1030; vgl. zur Bedeutung dieser Entscheidung aus rechtsvergleichender Sicht etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 155 m.w.N.): Hier wurde die qualifiziert faktische Konzernierung einer abhängigen Aktiengesellschaft für unzulässig erklärt. Hier soll auf diese und andere Überlegungen nicht eingegangen werden, allein schon, weil richtungsweisende weitere Entscheidungen ausstehen. Im Schrifttum wird die Frage, ob die Rechtsprechungsgrundsätze zum qualifizierten faktischen GmbH-Konzern; vgl. hierzu gleich unten unter C.V.5., auch im Aktienrecht Anwendung finden können, überwiegend bejaht; vgl. statt aller nur Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht (6. Aufl. 1997), S. 349 mit zahlreichen Nachweisen sowohl für als auch gegen diese Anwendung.

<sup>126</sup> Vgl. zur diskutierten Unzulässigkeit des qualifizierten GmbH-Konzerns statt aller darstellend etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.275ff., der im Anschluß an seine Darstellung der Auffassungen in der Literatur zu Recht betont, daß die literarische Verbotsqualifizierung vom BGH nicht aufgegriffen worden ist. Dies ist soweit ersichtlich auch heute noch so. In der hier vorliegenden Arbeit wird das - konzeptuell an sich überzeugenden Verbot, vgl. statt aller etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 137ff. und 256ff., qualifizierter Konzerne - nicht weiter diskutiert: Vor die Gerichte gelangen nun einmal Fälle, in denen - Verbot hin oder her - eine relativ zentrale Struktur vorliegt, und für diese "qualifizierten" Abhängigkeitsverhältnisse ist ein Haftungskonzept zu erarbeiten.

<sup>127</sup> Auf diesen präventiv-vorgelagerten Schutz wird in dieser haftungsrechtlichen Arbeit zum geltenden Recht nicht weiter eingegangen. So interessant dieser Schutzansatz auch ist, soll es hier lediglich um die Haftungsfrage bei bestehenden Abhängigkeitsverhältnissen gehen; vgl. zum wertvollen Präventionsgedanken auch die Regelungsvorschläge von Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, etwa S.671, wo Rechtsfolgen an den Kriseneintritt anknüpfen, der Schutz also auf andere Art vorgelagert wird.

<sup>128</sup> Vgl. nur Hommelhoff im Gutachten G zum 59. DJT (1992), S. 41; vgl. diesem folgend etwa Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 311 Anm. 11 m.w.N. Hüffer, aaO., pointiert, das bei Erwägungen

Dabei ist das Recht des faktischen Aktiengesellschafts-Konzerns unbedingt so auszubauen, daß diejenigen, die sich streng an seine Regeln - und Wertungen - halten und getreu an seinen Prinzipien orientieren, mit Sicherheit davon ausgehen können, nicht in eine verschärfte Haftung der qualifizierte Konzernierung abzurutschen.<sup>129</sup> Die Grundwertung der Rechtsordnung für die Möglichkeit unternehmerische Aktivität mit beschränkter Haftung ist zu wahren.<sup>130</sup>

### **V. Weiterführung der Haftungsgedanken im GmbH-Konzernrecht**

Es gibt keine speziellen Vorschriften für die verbundene GmbH.<sup>131</sup> Da die Entwicklung der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns nicht im Bereich des Aktien- sondern des GmbH-Rechts vonstatten gegangen ist,<sup>132</sup> ist zum rechtsvergleichenden Verständnis der Rechtsfigur ein Grundverständnis der relevanten Besonderheiten des GmbH-Rechts nötig.<sup>133</sup> Zum besseren Verständnis des deutschen Rechts sollen diese im folgenden kurz skizziert werden. Im Anschluß hieran die sind dann Fragen des GmbH-Konzernrechts und insbesondere des qualifiziert faktischen Konzerns offenzulegen. Das kodifizierte Aktienrecht für verbundene Aktiengesellschaften hat bei der Erörterung von Wertungsfragen im GmbH-Konzernrecht eine gewisse Vorbildfunktion, wobei jedoch Strukturunterschiede usw. zu berücksichtigen sind.<sup>134</sup> Eben diese Strukturunterschiede, die

---

zu einer solchen Regelung "einer derzeit noch nicht absehbaren präzisen Tatbestandsausformung ein "Sanktionskonzept" folgen" müsse. In dieser Arbeit wird vertreten, daß aufgrund der zahllosen verschiedenen Konstellationen in der Rechtswirklichkeit ein unmittelbare Rückgriff auf die Wertungen, etwa in einer Generalklausel, im Vergleich mit dem geltenden Recht kein Verlust an Rechtssicherheit etc. (vgl. zu den Gefahren einer solchen Regelung oben im zweiten Teil unter D.II.3. und insgesamt das dort unter F. Gesagte) eintreten würde, sondern daß auf methodenehrliche Art und Weise eine folgerichtige Weiterentwicklung des Rechts in der Rechtsprechung möglich wäre. Vgl. zu einem Ansatz der flexiblen, auf den Einzelfall bezogenen Tatbestandsausformung mit einem zu konkretisierenden Sanktionskonzept auch die im Vergleich mit der geltenden, teilweise systematisch kodifizierten deutschen Regelung gemachten Vorschläge des Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 766ff.

<sup>129</sup> Treffend so bereits Hommelhoff, Gutachten für den 59. Deutschen Juristentag 1992, p. G41.

<sup>130</sup> Vgl. nur das oben im ersten Teil unter D., im zweiten Teil unter F. sowie das oben in diesem Teil unter A.III. Gesagte.

<sup>131</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter C.I.3. Zum Aufbau dieser Arbeit sei hier angemerkt, daß es bereits zahlreiche Untersuchungen der Haftung im gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Bereich gibt, statt aller sei etwa hingewiesen auf die Dissertationen von Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992) oder Versteegen, Haftungsprivileg (1992). In dieser Arbeit wird nicht etwa versucht, daß gesamte deutsche Konzernrecht darzustellen, insbesondere ist eine Darstellung der vertraglich oder einfach faktisch konzernierten GmbH ausgelassen worden: hier geht es darum, die deutsche Gesetzeskonzeption insgesamt darzustellen und Einzelaspekte dort zu vertiefen, wo die hier interessierenden Grundwertungen offenbar werden.

<sup>132</sup> Im deutschen Recht gilt die Unterscheidung zwischen einfach faktischem und qualifiziert faktischem Konzern grundsätzlich rechtsformunabhängig sowohl für beherrschte Aktiengesellschaften wie für GmbH, vgl. darstellend etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 152 m.w.N. Insoweit wird auch zutreffend von qualifizierten Unternehmensverbindungen gesprochen, vgl. etwa Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 417.

<sup>133</sup> Während das deutsche GmbH-Recht sich wesentlich von Aktiengesellschaftsrecht unterscheidet, ist in Dänemark, wie unten dargelegt, kein wesentlicher konzernrechtlich relevanter Unterschied zwischen den Kapitalgesellschaftstypen vorhanden.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu statt aller Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 11 m.w.N.; gleichzeitig entfaltet das unkodifizierte GmbH-Konzernrecht in Bereichen, in denen es eine Führungsrolle eingenommen hat, einen rückstrahlenden Effekt, etwa beim qualifiziert



letztlich die analoge Anwendung der §§ 311ff. im GmbH-Konzernrecht<sup>135</sup> sowie die Ausgestaltung eines am aktienrechtlichen Vorbild ausgerichteten kodifizierten<sup>136</sup> GmbH-Konzernrechts für faktische Konzerne verhindert,<sup>137</sup> sollen hier kurz erläutert werden.<sup>138</sup>

### **1. Unterschiedliche Merkmale von Aktiengesellschaft und GmbH**

Die Aktiengesellschaft wurde im letzten Jahrhundert als Kapitalsammelstelle für Industrieunternehmen konzipiert und ist in ihrer Grundidee als rechtlich selbständige und wirtschaftlich unabhängige Gesellschaft gedacht, in der sich eine eigenständige Verwaltung und, zumindest bei der sich im Streubesitz befindlichen Aktiengesellschaft, eine große Gruppe relativ einflußloser Aktionäre mit vornehmlich finanziellen Interessen gegenüberstehen. Dementsprechend soll durch die Organisationsstruktur bei der Aktiengesellschaft die Interessenpluralität gesichert werden.<sup>139</sup> Das ist bei der GmbH nicht so: Die Beziehungen der Gesellschafter untereinander sind bei der GmbH enger als bei der Aktiengesellschaft<sup>140</sup>. Bei der GmbH stehen die internen Rechte und Pflichten, im Gegensatz zur Satzungsstrenge der Regelung bei der Aktiengesellschaft,<sup>141</sup> in hohem Maße der Gestaltung durch die Gesellschafter offen. Anders als § 23 Abs. 5 AktG für die Aktiengesellschaft gilt für die GmbH gilt im GmbH-Recht grundsätzlich, daß die Regeln des GmbHG dispositiv sind. Diese Satzungsautonomie bei der GmbH erlaubt somit eine weit individuellere Gestaltung der GmbH als dies bei der Aktiengesellschaft möglich ist; dadurch ist das für die hier behandelte Problemstellung interessierende Schutzbedürfnis

---

faktischen Konzern auf die Auslegung des § 302 AktG; vgl. nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 302 Anm. 6.

<sup>135</sup> Vgl. für die ganz herrschende Meinung nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 312 Anm. 51 m.w.N. auch der zuletzt wieder auftretenden Gegen(minder)Meinung und mit Verweis auf die im folgenden darzulegenden rechtsformspezifischen Unterschieden zwischen GmbH und Aktiengesellschaft.

<sup>136</sup> Vgl. zur Zweispurigkeit des deutschen Konzernrechts als nur teilweise kodifiziertem Recht bereits das oben in diesem Teil unter C.I.3. Gesagte; vgl. zum GmbH-Konzernrecht als unkodifiziertem Recht und zur Bedeutung dieses Umstandes für die Haftungsproblematik auch Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 44 m.w.N. aaO. wird auch richtig betont, daß das Schweigen des Gesetzgebers zum GmbH-Konzernrecht nicht als Absage an ein GmbH-Konzernrecht zu verstehen ist.

<sup>137</sup> Vgl. z.B. Ulmer, Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 392.

<sup>138</sup> Besonders im Bezug auf die in dieser Arbeit behandelte Haftungsproblematik ist diese strukturspezifische Rechtsfortbildung wichtig, denn eben diese spezifische Rechtsfortbildung erklärt, daß die Entwicklung eines GmbH-Konzernrechts ohne Rückgriff auf allgemeine Mißbrauchs- oder Durchgriffserwägungen vor sich gegangen ist; vgl. hierzu Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S.55.

<sup>139</sup> Vgl. so z.B. Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 45, der problembezogen auch die Unterschiede in Organisationsstruktur von Aktiengesellschaft und GmbH darstellt.

<sup>140</sup> Vgl. etwa BGHZ 14, 25 besonders S. 38.

<sup>141</sup> Vgl. hierzu etwa § 23 Abs. 5 AktG.

der Gläubiger einer abhängigen oder beherrschten GmbH - beispielsweise infolge des flexiblen Innenrechts - größer als bei einer abhängigen Aktiengesellschaft.<sup>142</sup>

Die Leitung der GmbH regelt § 37 GmbHG: Die Generalversammlung kann der Geschäftsführung allgemeine oder spezielle Weisungen zu allen Maßnahmen der Geschäftsführung erteilen. Dieser wesentliche Unterschied zur Aktiengesellschaft (vgl. § 76 AktG) ist konzernrechtlich, besonders aufgrund der Weisungsbefugnis und des daraus resultierenden Interessenumbruchs, wesentlich: Denn dies bedeutet, daß die Gesellschafterversammlung durch ihre Mehrheit die GmbH beherrschen kann.<sup>143</sup> Die Mehrheitsmacht in der GmbH ist so typischerweise stärker als in der Aktiengesellschaft.<sup>144</sup> Die Gesellschafter haben in der GmbH die Möglichkeit, unmittelbar auch rechtlich verbindliche unternehmerische Entscheidungen durchzusetzen.<sup>145</sup> Der Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft steht hiernach gegenüber, daß die Geschäftsführer der GmbH trotz Vornahme nachteiliger Handlungen schon dann von der Haftung nach § 43 befreit sind, wenn sie aufgrund von Weisungen der Gesellschafter handeln.<sup>146</sup>

Es gibt auch im GmbH-Konzernrecht Unternehmensverträge. Für das nicht kodifizierte Recht der Unternehmensverträge mit abhängigen GmbH hat der Bundesgerichtshof das Recht fortentwickelt, wobei er - wie für faktische Abhängigkeitsverhältnis - statt einer direkten Übernahme der Regeln des AktG das GmbH-Vertragskonzernrecht systemstimmig primär aus dem GmbH-Recht heraus entwickelt hat.<sup>147</sup> Für die Konzerneinbindung einer GmbH bedarf es nicht unbedingt eines Beherrschungsvertrags,<sup>148</sup> um einen beherrschenden Einfluß auf eine GmbH auszuüben: dem

<sup>142</sup> Hierzu etwa Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. §§ 77 Rn. 1, 97.

<sup>143</sup> Hierzu meint, dies bildlich schön darstellend, beispielsweise Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 133, daß das Recht der GmbH *'in seiner gesamten Ausgestaltung ein viel weniger starkes Bollwerk gegen Fremdeinflußnahme sei als das Recht der Aktiengesellschaft.'* Rechtsformvergleichend sehr schön darstellend aus anderem Blickwinkel auch Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 58ff.m.w.N., der überzeugend darlegt, daß der Geschäftsführer als abhängiges Geschäftsführungsorgan das Eigeninteresse der Gesellschaft gegen Eingriffe eines Mehrheitsgesellschafters eben nicht wirksam verteidigen kann. Es soll jedoch nicht übergangen werden, daß dieser de jure existierende Unterschied de facto durch die "normative Kraft des Faktischen" - zumindest teilweise - ausgeglichen wird; vgl. hierzu etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 497, der anführt, es sei Mehrheitsaktionären bislang noch immer gelungen, sich gegenüber dem Vorstand durchzusetzen, da dieser in den wenigsten Fällen geneigt sein dürfte, sich - schon um die eigene Position nicht zu gefährden - dem Willen eines Mehrheitsaktionärs zu widersetzen.

<sup>144</sup> Ein Zitat mag dies verdeutlichen: Während nach § 76 Abs. 1 AktG der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten hat, ist der Geschäftsführer bei der GmbH als *'Knecht der Gesellschafter'* bezeichnet worden; vgl. so Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), S. 22.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu beispielsweise Immenga, Bindung durch Treupflichten, in Lutter/Ulmer/Zöllner (Hrsg.): Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 199.

<sup>146</sup> Vgl. Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 415 mit Nachweisen S. 401.

<sup>147</sup> Vgl. diesem zustimmend und insgesamt zum GmbH-Vertragskonzernrecht etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 182ff.

<sup>148</sup> Unternehmensverträge im GmbH-Recht werden großteils aus steuerrechtlichen Gründen abgeschlossen. Außerdem erleichtern sie die Konzernführung beim Vorhandensein von Minderheitsgesellschaftern, vgl. zu Unternehmensverträgen mit GmbH aufgrund der Entschei-

Alleingesellschafter ist faktisch und im GmbH-Recht im Gegensatz zum Aktienrecht auch rechtlich die Möglichkeit gegeben, ohne Beherrschungsvertrag bindende Weisungen zu erteilen.<sup>149</sup> Einem GmbH-Mehrheitsgesellschafter ist es so nicht schlechthin verboten, die Ausübung der Leitungsmacht am Konzerninteresse auszurichten.<sup>150</sup> Das Konzerninteresse kann sich bei beherrschender Stellung eines GmbH-Gesellschafters auf "*legaler gesellschaftsrechtlicher Grundlage*" manifestieren<sup>151</sup> - solange der Gläubigerschutz, gemessen am Maßstab des zu wahrenen Eigeninteresses, gesichert bleibt.<sup>152</sup>

Bei der GmbH kann es so zur Ausübung einer unbeschränkten Mehrheitsherrschaft auf dem Wege über die Gesellschafterversammlung kommen. Diese Möglichkeit, hohe Flexibilität mit kontrollierbaren unternehmerischen Risiken zu verknüpfen, macht die GmbH zur '*idealen Konzernuntergesellschaft*'.<sup>153</sup> Daraus ergibt sich, daß der faktische Konzern das Grundproblem im GmbH-Konzernrecht ist,<sup>154</sup> da der Gläubigerschutz auch im allgemeinen GmbH-Recht auf die durch gleichgerichtete Interessen gekennzeichnete unabhängige GmbH bezogen ist.<sup>155</sup> Beim qualifiziert faktischen Konzern kommt es eben aufgrund des Interessenumbruchs zu Verwerfungen in diesem Schutzkonzept.<sup>156</sup>

Ein anderer konzernrechtlich relevanter Unterschied zwischen der GmbH einerseits und der Aktiengesellschaft andererseits besteht darin, daß die Informationsrechte bei der

---

dungskanalisation in Mehrpersonengesellschaften auch Timm, GmbH-(Vertrags-)Konzernrecht (1992), S. 219ff.; vgl. hierzu auch Emmerich, Bestandsschutz im GmbH-Vertragskonzern (1986), S. 64ff; vgl. auch darstellend zum GmbH-Vertragskonzern K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 1009. Der Abschluß eines Beherrschungsvertrags bei der GmbH erspart so den 'Umweg' über die Gesellschafterversammlung und außerdem wird argumentiert, daß Schadensersatzansprüche aufgrund von Treupflichtverletzungen gegenüber Minderheitsaktionären entfallen, vgl. hierzu und zu weiteren Gründen des Abschlusses eines Unternehmensvertrages mit einer GmbH darstellend in Bezug auf die in dieser Arbeit behandelte Problematik Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 97. Auf die Unternehmensverträge im GmbH-Recht wird hier nicht weiter eingegangen, allein schon weil nach allgemeiner Meinung die GmbH-Konzerne ganz überwiegen faktische Konzerne sind und weil die Haftungsfolgen bei der vertraglich beherrschten GmbH mit den oben für die vertraglich beherrschte Aktiengesellschaft übereinstimmen, hierzu etwa Drüke, aaO., S. 100.

<sup>149</sup> Darstellend etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 424. Vgl. Zum Beherrschungsvertrag im GmbH-Recht auch Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 22ff. der (S. 28f.) betont, daß auch bei der GmbH die der Konzernleitung durch das Eigeninteresse gesetzten Schranken und damit die Interessenumkehr der Gesellschaft nur auf der Grundlage eines Beherrschungsvertrages zulässig ist.

<sup>150</sup> Vgl. so BGHZ 107, 7, S. 18 (Tiefbau, 1989). Allein dies indiziert bereits, daß die Haftungsfolgen bei beherrschungsvertragsäquivalenter Beherrschung einer GmbH sich eher an der Haftungsregelung des Vertragskonzerns orientieren sollten als an der Regelung der §§ 311ff. Vgl. hierzu gleich unten die Ausführungen zum sogenannten qualifiziert faktischen Konzern.

<sup>151</sup> So in Anlehnung an die Begründung zum RefE GmbHG etwa Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S.254.

<sup>152</sup> Diese in der vorliegenden Arbeit als unabdingbar angesehene Grundwertung sei hier ausdrücklich betont, vgl. näher hierzu insgesamt unten in diesem Teil unter E.I.

<sup>153</sup> Diese blumige Beschreibung findet sich etwa bei Lutter, Haftung des herrschenden Unternehmens (1985), S. 1435; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 1006 m.w.N.; Schramm, Konzernverantwortung und Durchgriffshaftung (1991), S. 49.

<sup>154</sup> Vgl. etwa Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 471 m.w.N.

<sup>155</sup> Vgl. hierzu grundlegend die Darstellung oben in diesem Teil unter A.

<sup>156</sup> Vgl. hierzu das gleich unten in diesem Abschnitt unter C.V.5. zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern Gesagte.

GmbH in §§ 51a und 51b GmbHG stärker ausgestaltet sind als bei der Aktiengesellschaft: jedem Gesellschafter haben die Geschäftsführer auf Verlangen Auskunft zu geben und Einsicht zu gewähren. Auch wenn diese Regelung einschränkend ausgelegt wird,<sup>157</sup> so geht doch das Auskunftsrecht in der GmbH viel weiter als das des Aktionärs nach § 131 AktG.

Nach § 13 Abs. 2 GmbHG haftet die GmbH wie die Aktiengesellschaft nach § 1 AktG als Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung den Gesellschaftsgläubigern nur mit dem Gesellschaftsvermögen.<sup>158</sup> Der Kapitalerhaltungsschutz ist in der GmbH dabei lediglich auf die Deckung des Stammkapitals beschränkt, mit der Folge, daß ein über diesen Betrag hinausgehendes Eigenkapital von den Gesellschaftern ohne weiteres abgeschöpft werden darf.<sup>159</sup> Dies Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift zur Rücklagenbildung und die flexibleren Kapitalerhaltungsregeln des GmbHG tragen dazu bei, daß insgesamt der Schutz des Gesellschaftskapitals in der Aktiengesellschaft wesentlich stärker ausgeprägt ist als in der GmbH.<sup>160</sup>

Ein anderer grundlegender und für die Zweispurigkeit des deutschen Kapitalgesellschafts-Konzernrechts relevanter Unterschied ist die wesentlich unterschiedliche Rechtsstellung des Anteileigners im jeweils typischen Erscheinungsbild der beiden Gesellschaftstypen: während Aktiengesellschaften durch die Börsengängigkeit großteils Publikumsgesellschaften sind, beruhen viele GmbH auf der persönlichen Einbindung und der Tätigkeit ihrer Gesellschafter:<sup>161</sup> Die Bedeutung einer Konzernierung ist für diese somit eine ganz andere.

Weitgehende Satzungsautonomie bei der GmbH, Weisungsstrukturunterschiede, Informationsrechte, Kapitalerhaltungsregeln, Gesellschafterzusammensetzung sowie Publizitätsunterschiede - die besonderen Merkmale der GmbH und die in konzernrechtlicher Hinsicht bedeutsamen Unterschiede verbieten eine generelle konzernrechtliche Gleichbehandlung von GmbH und Aktiengesellschaft.<sup>162</sup> Oder, um dies einer teleologischen Überlegung entsprechend auszudrücken: Es kann keine Pauschalanalogie<sup>163</sup> vom Aktien- ins GmbH-Recht geben, da wesentlich unterschiedliche

<sup>157</sup> Vgl. Lutter, Informationsrecht des Gesellschafters (1982), S. 1ff.

<sup>158</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B.I.

<sup>159</sup> Vgl. §§ 30, 31 GmbHG und demgegenüber z.B. §§ 58 Abs. 4 oder 150 AktG. Vgl. zur Zielsetzung und Ausgestaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften statt aller mit einem dem hier angelegten Blickwinkel entsprechenden Ansatz Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 35ff.

<sup>160</sup> Vgl. z.B. BGHZ 95, 381, 386 (BuM).

<sup>161</sup> Vgl. grundlegend hierzu Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970), passim.

<sup>162</sup> Vgl. z.B. Stimpel, Innenhaftung des herrschenden Unternehmens (1986), S. 117.

<sup>163</sup> Vgl. statt aller Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 312 Anm. 51 m.w.N. Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 426 faßt dies schön so zusammen, daß über die Notwendigkeit eines spezifischen Gläubigerschutzes im faktischen GmbH-Konzern weitgehend Einigkeit besteht, daß eine Analogie zu §§ 311, 317 wegen der Besonderheiten der GmbH-Struktur jedoch abzulehnen ist, weil die Zulassung nachteiliger Veranlassungen bei Gewährung eines Ausgleichs ein funktionierendes Ausgleichssystem zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft voraussetzt, das ohne gesetzliche oder vertragliche Absicherungen nicht

Normzwecküberlegungen den Regelungen für Aktiengesellschaft und GmbH zugrundeliegen.<sup>164</sup> Diese Besonderheiten der GmbH müssen bei der Beurteilung der Rechtsprechung zu Fragen des Rechts der verbundenen Unternehmen beachtet werden.

Das GmbH-Konzernrecht mußte so einerseits verbundsspezifisch, andererseits aufgrund der dargelegten Unterschiede zum Aktienrecht eigenständig entwickelt werden.<sup>165</sup> In der im folgenden darzulegenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird dies deutlich. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Rechtsprechung, die auf Grund der mangelnden Gesetzgebung das GmbH-Konzernrecht geprägt hat, nur die den Gerichten vorgelegten Fälle entscheiden kann und somit lückenhaft ist. Das GmbH-Konzernrecht ergibt sich als Gesamtbild so erst nach und nach.

## **2. Herausbildung des GmbH-Konzernrechts in der Rechtsprechung**

Das GmbH-Konzernrecht ist praeter legem insbesondere vom Bundesgerichtshof herausgebildet worden.<sup>166</sup> Die Haftungsfragen im GmbH-Konzernrecht sind dabei in eine stark entwickelten Rechtsprechung zum GmbH-Konzernrecht als Ganzem eingebettet.<sup>167</sup> Hier soll die Rechtsentwicklung zum geltenden Haftungsrecht im Recht faktischer Konzerne aufgezeigt werden.

Eine Analogie zu den §§ 311ff. AktG kommt für die GmbH nicht in Frage.<sup>168</sup> Besonders deutlich wurde dies bei der Ablehnung der Kodifizierung des GmbH-Gesetzes im

erwartet werden kann. Methodisch hierzu Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 85ff. der mit der h.M. eine Übernahme der §§ 311ff. ablehnt, aaO. S. 87.

<sup>164</sup> Hierzu z.B. Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 49 m.w.N. Die aaO., S. 77 von Schramm angeführten Literaturnachweise beinhalten zwar nicht Belege für die von Schramm angeführte Anführung der Berücksichtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft als Normzweck der aktiengesetzlichen Regelung; der Betrachtung Schramms ist jedoch nach dem oben Angeführten zuzustimmen. Vgl. stattdessen etwa Lutter, 100 Bände BGHZ: Konzernrecht (1987), S. 454f. Vgl. auch insgesamt Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. §§ 77 Rn. 4, 12. Dies bedeutet z.B., daß im GmbH-Recht die §§ 311ff. AktG nicht gelten, hierzu rechtsvergleichend etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 261, welches jedoch eben nicht bedeutet, daß die in dieser Regelung zum Ausdruck kommende, auf gesetzliche Anerkennung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft gerichtete Wertung nicht auch für das GmbH-Konzernrecht fruchtbar zu machen ist, vgl. so etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 412f. und ausführlich unten in diesem Teil unter E.I.

<sup>165</sup> Auf die besonderen, auch und gerade unter methodischen Gesichtspunkten interessanten Maßstäbe im GmbH-Konzernrecht kann hier nicht eingegangen werden, vgl. stattdessen gerade mit Hinblick auf die hier behandelte Haftungsproblematik gut einfürend etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 80ff. m.w.N.

<sup>166</sup> So etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S. 43; vgl. hierzu auch das oben in diesem Teil unter C.1.3. Gesagte. Vorläufig ist auch keine Kodifikation des GmbH-Konzernrechts zu erwarten; es gibt zwar Stimmen in Deutschland, die - zumindest teilweise - eine Kodifikation im Bereich des GmbH-Konzernrechts befürworten (etwa Timm, Fragen im Vertragskonzernrecht der GmbH (1987), S. 18.), allgemein - wie etwa auf dem deutschen Juristentag 1992 (damit dem Vorschlag Hommelhoffs folgend DJT 1992, Sitzungsbericht R, Beschlüsse II, Punkt. 5.) - spricht man sich andererseits gegen gesetzgeberische Maßnahmen im GmbH-Konzernrecht aus.

<sup>167</sup> Wie überhaupt ein Schwerpunkt der Rechtsprechung des BGH im GmbH-Gesellschaftsrecht zu finden ist, vgl. hierzu etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen (1986), S. 5.

<sup>168</sup> Gegen eine Analogie der §§ 311ff. im GmbH-Recht etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 252, vgl. statt aller Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 55ff. m.w.N. Dieser Verzicht auf eine Anlehnung an die §§ 311, 317 bedeutet gleichzeitig eine Rückbesinnung auf den rechtlichen Ausgangspunkt, nämlich die Verpflichtung jedes Mitgliedes auf das

Rahmen der GmbH-Reform 1980. Die oben dargelegten konzernrelevanten Unterschiede zwischen Aktiengesellschaft und GmbH sind zu groß. So ist z.B. das Ausgleichssystem, das es erlaubt, einer abhängigen Aktiengesellschaft Nachteile zuzufügen, nicht auf die abhängige GmbH übertragbar. Die als Voraussetzung hierfür nötige Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes der Aktiengesellschaft sowie die Regelung der §§ 312ff. AktG betreffend die Prüfung eines Abhängigkeitsberichtes finden sich im GmbH-Recht nicht wieder<sup>169</sup>. So hat der BGH, da der Gesetzgeber den Parallelentwurf<sup>170</sup> zum aktienrechtlichen Konzernregelung nicht Gesetz werden ließ und das GmbH-Konzernrecht ungeregt gelassen hatte, sich nicht blind an das AktG anlehnen können.<sup>171</sup> Der Bundesgerichtshof hat stattdessen richtigerweise eigenständige, an den Strukturen des GmbH-Rechts<sup>172</sup> orientierte Lösungen organisch aus der Treupflicht entfaltet.<sup>173</sup>

### **3. Ansatz der Haftungsfrage im GmbH-Konzern: Die Treupflicht**

Da das GmbH-Konzernrecht nicht kodifiziert ist, war der Bundesgerichtshof also berufen, ein Konzernrecht zu entwickeln.<sup>174</sup> Dies zu entwickelnde GmbH-Konzernrecht wurde dabei auf die Treupflicht aufgebaut.<sup>175</sup> Diese Treupflicht des Gesellschafters im GmbH-Recht wurde erstmals im GmbH-Konzernrecht anerkannt.<sup>176</sup>

gemeinsame Ziel, auf dessen Förderung und korporative Loyalität; so zur Treu- bzw. Förderpflicht Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 114f. m.w.N.; ebenso Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 312 Anm. 51. Näheres hierzu unten in diesem Teil unter E.II.

<sup>169</sup> Vgl. hierzu Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht (1982), S. 251f. Vgl. auch Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 412 m.w.N. auch zur Ablehnung einer Analogie der §§ 311ff. AktG sowie der Ablehnung einer Organhaftung nach § 43 GmbH.

<sup>170</sup> Ein den §§ 311ff. AktG entsprechendes Ausgleichs- und Haftungssystem war zwar im Gesetzesentwurf der Bundesregierung vorgesehen, wurde jedoch nicht Gesetz, vgl. hierzu RegE GmbHG §§ E 247, E 254 RegE, BT-Drucks 7/253, S. 67. Vgl. hierzu und auch zum Versagen des im AktG vorgesehenen Kontrollmechanismus bei der GmbH etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 121.

<sup>171</sup> Nur soweit aufgrund gleichartiger Interessenlagen in beiden Gesellschaftstypen auch eine gleichartige Regelung gerechtfertigt erscheint, ist eine Orientierung am AktG möglich, ansonsten wurde schon vom BT-Rechtsausschuß die Suche nach GmbH-spezifischen Lösungen befürwortet, vgl. hierzu Ulmer, Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 403 m.w.N.

<sup>172</sup> Um damit den strukturellen Unterschieden zwischen Aktiengesellschaft und GmbH gerecht zu werden, vgl. Ulmer, Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 403. Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 424 meint, die aktiengesetzlichen Vorschriften würden als Fundament kühner dogmatischer Konstruktionen benutzt. Die Erfahrung zeige, daß die Rechtsprechung zum unkodifizierten GmbH-Konzernrecht dort am erfolgreichsten ist, wo sie sich von den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts leiten läßt. Eine schöne Darstellung der Kritik, die eine Rückbesinnung auf das allgemeine Haftungsrecht vertritt findet sich etwa bei Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 377 m.w.N., der selbst der konzernspezifischen Richtung des BGH zustimmt.

<sup>173</sup> Vgl. hierzu statt aller etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen (1986), S. 8 und Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 1. Vgl. darstellend etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 135ff. mit dem schlagwortartig zusammenfassendem Befund, daß das Verhältnis zwischen den Unternehmen im GmbH-Konzern einen eigenen Charakter aufweist und so ein Rechtsverhältnis sui generis ist (aaO, S. 142, 144f.). Hier soll interessieren, daß die im Unternehmensverbund stehende abhängige GmbH eben eine rechtsqualitativ eigene Problematik beinhaltet, die eigene Wertungen erfordert.

<sup>174</sup> Vgl. etwa Ulmer, Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen Konzern (1986), S. 1579.

<sup>175</sup> Die Treupflicht wird ebenfalls als Grundlage für die Ausbildung eines GmbH-spezifischen Konzernrechts bezeichnet von Immenga, Bindung durch Treupflichten (1992), S. 196.

<sup>176</sup> Vgl. so Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S.11.

Am 5. Juni 1975 fällte der Bundesgerichtshof die sogenannte ITT-Entscheidung,<sup>177</sup> die für das GmbH-Konzernrecht große Bedeutung hat.<sup>178</sup> Diese Entscheidung betrifft den Minderheitenschutz und besagt im Leitsatz, daß wenn "*der Mehrheitsgesellschafter [...] die GmbH-Geschäftsführung dazu veranlaßt, [...] nachteilige Geschäfte vorzunehmen, so kann der [...] Minderheitsgesellschafter berechtigt sein, von jenem Schadensersatz - und zwar auf Leistung an die benachteiligten Gesellschaften - zu verlangen.*" Obwohl die Benachteiligung der Minderheit in casu in einer Konzernumlage für Dienstleistungen einer anderen Gesellschaft des Mehrheitsgesellschafters bestand,<sup>179</sup> ist die Entscheidung nicht konzernrechtlich angelegt, sondern beruht auf rein klassischen GmbH-gesellschaftsrechtlichen Betrachtungen zur Treupflicht.<sup>180</sup> Das Urteil stellt sich zwar *rechtstatsächlich* als Konzernhaftungsfall, *rechtsdogmatisch* jedoch als Treupflichtsfall dar.<sup>181</sup> Dies ist denn nach heutigem Verständnis auch systemstimmig: Anknüpfungspunkt des GmbH-Konzernrechts außerhalb des Vertragskonzerns ist eben die Treupflicht des herrschenden Unternehmens in seiner Eigenschaft als Mitglied der Gesellschaft.<sup>182</sup>

Bei Einflußnahmen auf die Gesellschaft ist der Mehrheitsgesellschafter nach diesem Grundsatzurteil dazu verpflichtet, die Interessen der Minderheit zu berücksichtigen.<sup>183</sup> Der konzernrechtliche Gehalt dieser Entscheidung ergibt sich aus der Rechtspflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter, denn diese gilt auch für herrschende Unternehmen.

Die Entscheidung erkennt die Treupflicht<sup>184</sup> zwischen den GmbH-Gesellschaftern an.<sup>185</sup> Der Mehrheitsgesellschafter der GmbH haftet für Schäden der Gesellschaft, die durch

<sup>177</sup> BGHZ 65, 15 (ITT, 1975 = BB 1975, 1450 mit Anmerkung Schilling = NJW 1976, 191 mit Anmerkung Ulmer); vgl. aus der umfangreichen Literatur nur Ulmer, Gläubigerschutz (1984), S. 392 m.w.N.

<sup>178</sup> Dies ist die erste der grundlegenden Entscheidungen, mit denen der Bundesgerichtshof dem unregulierten GmbH-Konzernrecht deutliche Kriterien verlieh, vgl. so zu BGHZ 65, 15ff. (ITT) und zum unten dargelegten BGHZ 95, 330ff. (Autokran) etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen (1986), S. 8; vgl. zur Bedeutung des ITT-Urteils für die Treupflicht-Entwicklung im GmbH-Recht auch Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 1ff. der seine grundlegende Arbeit zu den rechtsformspezifischen (GmbH) Aspekten eines allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzips mit dem ITT-Urteil anfangen läßt. Auch 20 Jahre später wird das ITT-Urteil aus berufenem Mund noch als "Husarenritt" bezeichnet (Lutter, Das Girmes-Urteil (1995), S. 1054 - ebenso aber auch weiterhin kritisiert, vgl. etwa Flume, Rechtsprechung zur Treupflicht (1995), S. 162.

<sup>179</sup> BGHZ 65, 15 S. 16.

<sup>180</sup> Vgl. hierzu etwa Assmann in Lutter/Ulmer/Zöllner (Hrsg.): Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 669 m.w.N.; K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 420; und ders., Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs (1994), S. 190, der pointiert, daß im ITT nicht konzernspezifisch geurteilt wurde, weil "*nur der Sachverhalt, nicht aber die Haftungsgründe Konzerncharakter hatte*".

<sup>181</sup> So K. Schmidt, Konzernhaftung (1986), S. 148; K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 432 und öfters.

<sup>182</sup> Vgl. so zur ganz herrschenden Meinung in Abgrenzung zum Aktienkonzernrecht etwa Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 312 Anm. 51 m.z.w.N..

<sup>183</sup> Vgl. Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 391, S. 393.

<sup>184</sup> Vgl. zu deren Ursprung Immenga, "Die personalistische Kapitalgesellschaft" (1970), S. 261ff. und näher zur Treupflicht unten in diesem Teil unter E.II.

<sup>185</sup> So BGHZ 65, 15 S. 18. Erwähnenswert zum Treupflichtgedanken ist hier noch, daß die Treupflicht auch im Aktienkonzernrecht Bedeutung hat; Treupflichten im Kapitalgesellschaftsrecht sind also

sein Verhalten entstanden sind, und zwar unabhängig davon, ob die Vermögensbenachteiligung aufgrund von organschaftlichen Weisungen geschieht oder einfach faktisch durchgesetzt wird. Eine Treupflichtverletzung durch das herrschende Unternehmen im GmbH-Recht setzt somit voraus, daß eine nachteilige Veranlassung unter Einflußnahme auf die abhängige Gesellschaft vorliegt.<sup>186</sup>

Seit dem ITT-Urteil ist die Haftung im GmbH-Recht gegenüber der Regelung der §§ 311 und 317 AktG strenger, denn aus der Treupflicht wurde als Reflex ein weitgehender, im folgenden darzulegender Gläubigerschutz hergeleitet<sup>187</sup>: aufgrund des Fehlens des typischen *Gleichlaufs von Gesellschafter und Gläubigerinteressen* in der nicht abhängigen GmbH besteht für die abhängige GmbH unverkennbar der Bedarf eines besonderen Gläubigerschutzes, da der Gläubigerschutz im GmbH-Gesetz auf die durch die gleichgerichteten Interessen gekennzeichnete GmbH bezogen ist<sup>188</sup>.

#### **4. Ein Schritt in die andere Richtung: Das Fertighaus-Urteil**

Zwei Jahre nach der vom II. Senat des Bundesgerichtshofes getroffenen ITT-Entscheidung sprach sich der VIII. Senat in seiner unter dem Namen "Fertighaus" bekannten Entscheidung vom 4. Mai 1977 zur Frage der Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung einer GmbH aus.<sup>189</sup>

Es handelt sich bei dieser Entscheidung ebensowenig wie bei der ITT-Entscheidung um eine auf konzernrechtliche Betrachtungen angelegte Entscheidung.<sup>190</sup> In der Literatur

für die GmbH und im Grundsatz auch für die Aktiengesellschaft anerkannt, vgl. für die GmbH BGHZ 65, 15 (ITT, 1975), für die Aktiengesellschaft BGHZ 103, 185 (Linotype, 1988). Alle Einzelheiten sind jedoch noch nicht geklärt, vgl. etwa Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 62ff. Es finden sich zwei Zweckbetrachtungen der Treupflicht: zum einen die auf Hueck und Fischer zurückgehende Rechtfertigung der Treupflicht aus dem Zweck des Vertrauensschutzes, und zum anderen den wohl auf Zöllner zurückgehenden Ansatz der Treupflicht als Verhaltensschränke - Einwirkungskontrolle als Gegengewicht für gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten - der Gesellschafter. Auf diese Zwecküberlegungen soll hier nicht weiter eingegangen werden; vgl. stattdessen den Doppelzweck der Treupflicht darstellend Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 73ff. m.w.N. und hierzu wiederum kritisch Immenga, Bindung durch Treupflichten (1992), S. 203ff. Vgl. zum Treupflichtgedanken und seiner Bedeutung für die Haftungsproblematik die Ausführungen unten in diesem Teil unter E.2.

<sup>186</sup> Vgl. Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 420.

<sup>187</sup> Vgl. Reh binder Treupflichten im GmbH-Konzern (1976), S. 344.

<sup>188</sup> Vgl. hierzu wiederum unten in diesem Teil unter E.II., wie hier etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984) S. 400f sowie S. 407ff. und S. 422, der auch für die Einmann-GmbH aus der Bestandssicherung die Sicherung der Gläubiger, die in diesen Fällen nicht auf einem Reflex der Interessenwahrung (fehlender) außenstehender Aktionäre beruhen kann, darlegt. Dementsprechend kann es im GmbH-Konzern bei der Verlustübernahmepflicht nach § 302 und der Gläubigerschutzvorschrift des § 303 AktG nicht darauf ankommen, ob die abhängige Gesellschaft im Alleinbesitz des herrschenden Unternehmens steht oder nicht; hierzu ebenfalls Ulmer, Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1583 auch mit Nachweis der Gegenmeinung.

<sup>189</sup> BGHZ 68, 312ff.; zur Relevanz der Entscheidung für die Haftung im verbundenen Unternehmen etwa K. Schmidt, Konzernhaftung (1986), S. 147 m.w.N. zum Fertighaus-Urteil.

<sup>190</sup> In einer Anmerkung zum Urteil, NJW 1977, 1683, 1688, meint Emmerich, das Urteil sei für die Entwicklung des konzernspezifischen Gläubigerschutzes allein schon deshalb nicht bedeutsam, weil auf die Konzernproblematik nicht eingegangen wird und sie auch nicht zum Teil der Begründung gemacht worden ist; diesem zustimmend etwa Ulmer, Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 405. Eben daß dieser Entscheidung in der Folgezeit *keine Bedeutung für die*



wird jedoch der Ansatz vertreten, daß der Fertighausfall ein eindeutiges Beispiel für eine Konzernhaftung gewesen wäre.<sup>191</sup> Gerade weil auch an anderen Orten in der Diskussion die Meinung vertreten wird, es gäbe Sachverhalte, bei denen es sich ebenfalls um qualifizierte faktische Konzerne gehandelt hätte, ohne daß die Gerichte darauf jedoch überhaupt eingegangen wären,<sup>192</sup> soll diese Entscheidung an dieser Stelle kurz dargelegt werden.

Ohne daß der Sachverhalt hier aufzurollen ist<sup>193</sup>, ging es in dieser Entscheidung um folgendes: Eine Gesellschaft (M), die bisher selbst Typenhäuser gebaut hatte, gründet eine lediglich mit Mindestkapital ausgestattete GmbH (T) und überläßt dieser den Bau der Typenhäuser. M bleibt weiterhin für den Vertrieb zuständig, das Betriebsgrundstück gehört M, M übernimmt die Buchführung von T, auch das Anlagevermögen der T ist ihr von M unter Eigentumsvorbehalt zur Verfügung gestellt worden, und als T in finanzielle Schwierigkeiten kommt, nimmt M diese Gegenstände zurück.<sup>194</sup> Als ein Handwerker, der an T Glas geliefert hatte, seine Forderung einklagt, lehnt der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes einen Durchgriff der M ab.

In der stark kritisierten Entscheidung<sup>195</sup> heißt es nach der Auseinandersetzung mit allgemeinen Durchgriffsbetrachtungen<sup>196</sup>: *"Allein deshalb, weil jemand eine juristische Person beherrscht, kann nicht auf seine Haftung durchgegriffen werden; denn die Beherrschung an sich gefährdet noch nicht die Interessen der Gläubiger. [...] Das gilt, wie allgemein anerkannt ist, auch für die Einmann-GmbH, und zwar selbst dann, wenn der Alleingesellschafter zugleich Geschäftsführer der GmbH ist. Ob der entscheidende Einfluß auf eine GmbH von einem Privatgesellschafter oder einem anderen Unternehmen stammt, ist [...] unerheblich."* Insbesondere nach einem Vergleich mit den konzernrechtlichen Vorschriften für die Aktiengesellschaft war für den entscheidenden Senat keinen Haftungsdurchgriff gerechtfertigt.<sup>197</sup>

---

*Entwicklung zugekommen ist', zeigt deutlich die zögernde und tastende Annäherung an das heute geltende Recht.*

<sup>191</sup> Vgl. K. Schmidt, Unternehmensbegriff (1994), S. 195. Ders., Verlustausgleich im qualifiziert faktischen Konzern (1992), S. 116 meint gar BGHZ 68, 312 könne als Paradigma des Tatbestands und der Rechtsfolgen des qualifizierten faktischen Konzerns verstanden werden.

<sup>192</sup> Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht (5. Aufl., 1993), S. 392 m.w.N. und S. 400, Fn. 101. mit Verweis auf unter anderem BGHZ 68, 312.

<sup>193</sup> Vgl. statt aller zu den Sachverhalten in BGHZ 68, 312 (Fertighaus, 1977), BGHZ 95, 330 (Autokran, 1985) sowie BGHZ 107, 7 (Tiefbau, 1989) gerade in Bezug auf die grundlegende Frage der Haftungstrennung Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 398ff.

<sup>194</sup> Vgl. BGHZ 68, 312, 313.

<sup>195</sup> Von einer Entscheidung, deren Begründung dunkel ist, sprechen etwa Lutter/Hommelhoff, Nachrangiges Haftkapital (1979), S. 65; kritisch auch Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 405 m.w.N.

<sup>196</sup> BGZ 68, 312, 314ff.

<sup>197</sup> Vgl. insgesamt BGHZ 68, 312, 320.

Der für gesellschaftsrechtliche Fragen zuständige II. Senat des Bundesgerichtshofes hat sich vom Fertighaus-Urteil distanziert<sup>198</sup>, indem er das Fertighaus-Urteil schnell zum Gegenstand eines kritischen obiter dictums gemacht hat,<sup>199</sup> und Vorbehalte gegenüber dieser Entscheidung des VIII. Senats angemeldet und dieses somit unüberhörbar relativiert hat.<sup>200</sup> Es wird dort vom II. Senat zwar nicht darauf eingegangen, ob der "*engen Auffassung, die der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes unlängst [...] zur Haftung eines Gesellschafters wegen Unterkapitalisierung und zum Haftungsdurchgriff vertreten hat, in Anbetracht neuerer, auch in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats zu verzeichnender Tendenzen zu einem verstärkten Gläubigerschutz gefolgt werden kann.*"<sup>201</sup> Allein diese Äußerung zeigt jedoch, daß in dem für die gesellschaftsrechtlichen Fragen zuständigen II. Senat des BGH, auf den die Konzernrechtsprechung zurückgeht, eine andere Auffassung zugrundeliegt als etwa der im Fertighaus-Urteil zum Ausdruck gekommene Auffassung des VIII. Senats.<sup>202</sup>

Das Fertighaus-Urteil ist nicht zuletzt deshalb kritisiert worden, weil es den konzernrechtlichen Aspekt vollständig übergangen hat.<sup>203</sup> In der Literatur wird vertreten, daß es sich im Fertighaus-Fall eigentlich um einen faktischen Konzern handelte und dementsprechend wird vertreten, daß, da das Ausgleichssystem der §§ 311ff. im vorliegenden Fall nicht mehr funktionierte, dieser Fall eine Lösung durch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Vertragskonzern erfahren hätte müssen.<sup>204</sup> Somit hat zwar der BGH im Fertighaus-Fall 1977 einen Durchgriff bei eindeutiger Unterkapitalisierung im Hinblick auf einen konzern(ähnlichen) Sachverhalt abgelehnt. Zu Recht wird jedoch vertreten, daß das Fertighaus-Urteil in seinen konzernrechtlichen Aspekten inzwischen durch die spätere auf die Treupflicht aufbauende<sup>205</sup>

<sup>198</sup> Vgl. die Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 13. Juni 1977, abgedruckt etwa in NJW 1977, 1683, 1686, vgl. hierzu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 210, 1016.

<sup>199</sup> Vgl. hierzu etwa die Anmerkung zu BGHZ 68, 312 von Emmerich NJW 1977, 2163 oder etwa K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1977), S. 2074. Vgl. zur Einordnung in die Gesamtproblematik auch Flume, Die juristische Person (1985), S. 81, der darauf hinweist, daß damit eben auf die Normzwecklehre hingewiesen werde.

<sup>200</sup> So Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen (1986), S. 9 und bereits ders., Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 405.

<sup>201</sup> BGH NJW 1977, 1683, 1686, ebenfalls abgedruckt in BB 1977, 1065, 1068 (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 69, 95ff.).

<sup>202</sup> Vgl. zur unterschiedlichen Auffassung der beiden Senate des BGH etwa Nirk, Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung (1985), S. 447 und zur Rechtssicherheit bei unterschiedlicher Auffassung in den Senaten etwa Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 402.

<sup>203</sup> So etwa K. Schmidt, Durchgriffshaftung (1985), vgl. auch Emmerich, NJW 1977, 2163.

<sup>204</sup> So etwa Emmerich, NJW 1977, 2163.

<sup>205</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist dieser Ansatz die system- und wertungsstimmigste Fortentwicklung des Rechts; vgl. zur Rechtsfortentwicklung zum qualifiziert faktischen Konzern die Ausführungen gleich unten in diesem Teil unter C.V.5. Auch auf andere in der Lehre aufgestellte Ansätze, wie etwa den - vereinfachend ausgedrückt - Ansatz eine Ausdehnung der Geschäftsführerhaftung des § 43 GmbHG auf das einflußnehmende herrschende Unternehmen; vgl. zu diesem Ansatz etwa Wilhelm Rechtsform und Haftung (1981), S. 344ff., wird hier nicht eingegangen, da sich die Rechtsprechung inzwischen eindeutig auf die Treupflicht stützt. Dementsprechend ist für die hier behandelte Frage die Treupflicht als die Wertung anzusehen, die eine konzernspezifische und - den Ansatz des dritten Buches des AktG. aufgreifend -

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überholt ist<sup>206</sup> und daß der Sachverhalt heute nach den Grundsätzen der Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns zu einer Haftung des Gesellschafters führen würde.<sup>207</sup>

### **5. Fortentwicklung zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern**

Die im Zuge der Diskussion um das Fertighaus-Urteil verlangte Weiterentwicklung des GmbH-Konzernrechts in Anlehnung an die Wertungen des Aktienkonzernrechts<sup>208</sup> ließ einige Zeit auf sich warten. Erst 1985 gab der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes zu verstehen, daß ein solcher Fall viel "*weniger Anlaß*" zu allgemeinen Durchgriffsbetrachtungen gäbe, als vielmehr eine Prüfung konzernrechtlicher Haftungstatbestände erforderlich mache.<sup>209</sup> Gegenüber dem Fertighaus-Fall ist diese Entscheidung denn auch als radikale Kehrtwendung bezeichnet worden.<sup>210</sup>

Vom II. Senat wurde im Zusammenspiel mit der Lehre seit 1985 auf das Schädigungsverbot und die Treupflicht das GmbH-Konzernhaftungsrecht aufgebaut. Als spezifischer Gläubigerschutz<sup>211</sup> in der abhängigen GmbH wurde vom Bundesgerichtshof in einigen Grundsatzurteilen eine Haftungslehre ausgeformt: Eben die Lehre vom sogenannten qualifiziert faktischen Konzern.<sup>212</sup>

---

wertungsstimmige Gedankenfortführung erlaubt. Dies erscheint denn auch am überzeugendsten; insoweit sei hier nur daran erinnert, daß die Treupflicht gerade als Gegengewicht zu einem bestehenden Machtpotential aufgefaßt wird; vgl. insoweit zur Treupflicht bei *Aktionären* und zur Theorie der Mitgliedschaft Dreher, Treupflichten und Verhaltenspflichten (1993), S. 150ff. sowie die Ausführungen unten im zweiten Teil unter E.II.

<sup>206</sup> So etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 35, vgl. zu der Kritik am Fertighaus-Urteil bereits Lutter/Hommelhoff, Haftkapital (1979) S. 31 m.w.N.

<sup>207</sup> Vgl. ebenso Hachenburg/Mertens, GmbHG (1989) Anh. 13 Rn. 43. Noch einmal sei betont, daß in dieser Arbeit eine Darstellung des Fertighaus-Urteiles gerade deshalb interessant schien, weil sich hieran beispielhaft die schrittweise und nicht unumstrittene Herausbildung einer spezifischen Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland und die uneinheitliche Auffassung darüber, welche Wertungen zugrundezulegen sind, zeigt.

<sup>208</sup> Zu diesen Wertungen unten unter E. Hinter dem Bedürfnis für eine wertungsstimmige Weiterentwicklung liegt folgender, gelegentlich übergangene Gedanke: Es muß ein unabdingbarer Ausgangspunkt der Rechtsordnung sein, daß ein herrschendes Unternehmen, das einen Unternehmensvertrag mit einer abhängigen Gesellschaft abschließt, nicht gegenüber einem herrschenden Unternehmen, das dies unterläßt, benachteiligt wird. Ein herrschende Unternehmen, das entgegen der Grundkonzeption des Aktienrechts in die Leitung einer abhängigen Gesellschaft einwirkt, darf nicht gegenüber einem herrschenden Unternehmen privilegiert werden, das seine Leitungsmacht aufgrund von § 308 AktG ausüben darf. Ein Teil der Kritik an der gleich unten dargelegten Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns beruht darauf, daß der faktische Konzern als haftungsmäßige Privilegierung, etwa gegenüber dem Vertragskonzern, angesehen wird, so meint etwa Teubner, Politik des Gesetzes in der Konzernhaftung (1990), S. 270, daß das Autokran-Urteil die haftungsmäßige Privilegierung von "normalen" Konzernen bedeutet. Auf diesen Privilegierungsgedanken ist hier nicht näher einzugehen, hervorzuheben ist jedoch das der Weiterentwicklung zugrundeliegende Bedürfnis nach einer Wertungsstimmigkeit und Kongruenz zwischen den Rechtsformen.

<sup>209</sup> Vgl. im Anschluß an BGHZ 95, 330 (Autokran, 1985) hierzu etwa K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2076 und das gleich unten unter a. Gesagte.

<sup>210</sup> Vgl. etwa Kübler, Gesellschaftsrecht (5. Aufl., 1998), § 30 III.3.a.bb.

<sup>211</sup> Allgemein zum Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen Konzern Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 169ff.

<sup>212</sup> Vgl. zu der großen Menge an Literatur zum qualifiziert faktischen Konzern statt aller die übersichtliche geordneten 3 Seiten Nachweise bei Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77

Daß die Systematik eines zeitgemäßen GmbH-Konzernrechts in einer spezifischen Regelung kulminieren würde, war jedoch bereits Jahre vor dem ersten dieser Urteile abzusehen.<sup>213</sup>

Bisher fehlt es in Deutschland an einer endgültigen Präzisierung der Tatbestandsmerkmale zur Feststellung des Vorliegens eines qualifiziert faktischen Konzerns,<sup>214</sup> der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom März 1993<sup>215</sup> die Probleme der Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns jedoch weitgehend geklärt. Da durch die unten darzulegende Rechtsprechung sowohl das geltende Recht als auch die Richtung der Rechtsentwicklung eindeutig sind, ist die ungewöhnlich ausführliche juristische Diskussion hier nicht darzustellen, auf einige grundlegende Definitionsansätze ist hier jedoch einzugehen.

Der zentrale und vom Bundesgerichtshof aufgegriffene Ansatz, der mit dem in dieser Arbeit angelegten Blickwinkel weitgehend übereinstimmt, beruht auf der *Art der Einwirkung* und greift ein, wenn das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft aufgrund eines vom herrschenden Unternehmen ausgeübten Interesses in einem durch kontrollierbare Einzelmaßnahmen nicht mehr beherrschbaren Ausmaß nachhaltig beeinträchtigt wird.<sup>216</sup> Anders ausgedrückt: Ein qualifiziert faktischer Konzern liegt vor, wenn das Eigeninteresse einer abhängigen GmbH nachhaltig beeinträchtigt wird. Der gedankliche Ansatz ist hierbei, daß die Interessenlage im Vertrags- und im qualifiziert faktischen Konzern im wesentlichen gleich zu bewerten sind. Denn im faktischen Konzern sind abhängige Gesellschaften genau so gefährdet wie im Vertragskonzern, ohne daß sie jedoch den Schutz des Konzernvertrags genießen.<sup>217</sup> Eben deshalb sind nach richtiger Auffassung des Bundesgerichtshofes die Regeln des Vertragskonzerns "*in vorsichtiger Weise heranzuziehen.*"<sup>218</sup>

---

vor Rn. 97. und zu der Entwicklung der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern Rn. 103ff. Der Diskussionsstand vor der Entscheidung BGHZ 95, 330 (Autokran, 1985) und die Entwicklung zu diesem Urteil ist illustrativ etwa dargestellt von Ulmer, Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1581f.

<sup>213</sup> Vgl. etwa K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 472.

<sup>214</sup> Vgl. Stimpel, Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1991), S. 144ff. oder Hommelhoff, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag (1992)S. G78 m.w.N. Vgl. hierzu auch im Ganzen: Hommelhoff/ Stimpel/Ulmer (Hrsg.): Heidelberger Konzernrechtstage (1992). Zum besseren Verständnis des folgenden sei bereits eingangs ein nach dem jüngsten klarstellenden Urteil des Bundesgerichtshof, BGHZ 122, 123 (TBB, 1993), in der Literatur vorgeschlagener Tatbestand angeführt; danach ist der Tatbestand für die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern in drei Tatbestandsmerkmalen so ausgedrückt worden, daß (1) eine nachhaltige Verletzung des Eigeninteresses der faktisch abhängigen Gesellschaft (2) ohne Ausgleich der Nachteile stattgefunden hat, und daß (3) ein Einzelausgleich dieser Nachteile nicht möglich ist (Lutter, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 581); vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil C.V.5.a. bis g.

<sup>215</sup> So BGHZ 122, 123 (TBB, 1993), vgl. hierzu die Ausführungen unten in diesem Teil unter C.V.5.

<sup>216</sup> Vgl. früh bereits Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform. Band 2, (1972), S. 49ff.

<sup>217</sup> So bereits DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 165.

<sup>218</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, 342 (Autokran, 1985); vgl. EWiR 1985, 885 (Hommelhoff); der aktienrechtliche Vertragskonzern ist das Vorbild der Regeln des qualifiziert faktischen Konzerns, so etwa Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 614. Im einfachen faktischen

Eine weitere in der Lehre entwickelte Definition baut auf den *betriebsorganisatorischen Ergebnissen* auf. Danach kommt es darauf an, ob die abhängige Gesellschaft de facto wie eine Betriebsabteilung geführt wird.<sup>219</sup> Eine dritte Begriffsfestlegung stellt das Vorliegen eines qualifiziert faktischen Konzernverhältnisses nach der *Art der Geschäftsführung* fest und stellt darauf ab, ob eine Gesamtbetrachtung ergibt, daß die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft im wesentlichen auf die Muttergesellschaft übergegangen ist.<sup>220</sup> Noch weiter geht ein Ansatz, nach dem das herrschende Unternehmen gar selbst als Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft angesehen wird, und auf eine Haftung auf § 43 GmbHG zurückgegriffen wird.<sup>221</sup> Abschließend soll noch ein Ansatz erwähnt werden, bei dem nach der *Kontrollierbarkeit der Einwirkungen* beurteilt wird. Dabei kommt es darauf an, ob durch die Breite und Häufigkeit der Einwirkungen der Ausgleichsgedanke der §§ 311 ff. AktG nicht greift.<sup>222</sup>

Auf die unterschiedlichen Ansätze der Lehre<sup>223</sup> soll in dieser Arbeit nicht vertiefend eingegangen werden, hier sollen der gegenwärtige Rechtszustand sowie die Rechtsentwicklung in der Rechtsprechung aufgezeigt werden; im folgenden sind die Haftungsbetrachtungen in den einzelnen Entscheidungen kurz darzustellen.

---

Abhängigkeitsverhältnis kommt eine Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens entsprechend § 302 AktG nicht in Frage, diese kann es nur im sogenannten qualifiziert faktischen Konzern geben; vgl. statt aller Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 139.

<sup>219</sup> Vgl. z.B. Lutter/Timm Konzernrechtlicher Präventivschutz (1982), S. 412; Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 455 oder Priester in Unbeschränkte Konzernhaftung (1986), S. 142.

<sup>220</sup> Vgl. Lutter, Der qualifiziert faktische Konzern (1990), S. 183.

<sup>221</sup> Zu diesem soweit ersichtlich auf Immenga zurückgehenden und von Wilhelm 'frappierend, und rein intellektuell vielleicht gar schlüssig' (so Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 252) ausgearbeiteten Ansatz der Literatur, daß das herrschende Unternehmen selbst organschaftlich handle, und seine Haftung auf § 43 GmbHG zu stützen sei, darstellend etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 413ff. m.w.N. Ulmers Ablehnung dieser Figur des faktischen Geschäftsführers ist de lege lata bei Ausrichtung an den eigenständigen Konzernwertungen zuzustimmen, die Diskussion um diese Figur wird hier nicht aufgegriffen. Es sei jedoch angemerkt, daß die vom Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 704 gemachten Betrachtungen gerade an die ordnungsgemäße Konzernführung anknüpfen und daß die ebenda S. 753ff. vorgeschlagene Anknüpfung an Geschäftsleiterpflichten (wrongful trading/action en comblement du passif) in enger Verbindung mit der Haftung des "dirigeant de fait" zu sehen sind. In der hier vorliegenden Arbeit wird der an § 43 GmbHG anknüpfende Ansatz nicht aufgegriffen; hier wird stattdessen auf die konzernspezifischen Wertungen fokussiert.

<sup>222</sup> Vgl. Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht (1982), S. 134ff.; Vgl. auch den von dems. aufgestellten Rechtssatz vom qualifiziert faktischen Konzern, dargestellt in Konzernpraxis nach "Video" (1992), S. 311. Vgl. auch Lutter in Die Haftung des herrschenden Unternehmens (1985), S. 1429; Stimpel, Innenhaftung des herrschenden Unternehmens (1986), S. 121.

<sup>223</sup> Vgl. darstellend zum Theorienstreit, z.B. Limmer, Die Haftungsverfassung des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns (1992) und zur Bedeutung der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns Hommelhoff, Gutachten G zum 59. Deutschen Juristentag (1992).

### **a. Erste Rechtsprechung: Das Autokran-Urteil**

Mit dem sogenannten "Autokran"-Urteil vom 16. September 1985<sup>224</sup> betrat der Bundesgerichtshof Neuland: Erstmals wurde ausdrücklich die Frage eines eigenen Konzernrechts für die GmbH angesprochen. Dies wird im Ergebnis aus der oben dargelegten Treupflicht<sup>225</sup> hergeleitet. Das Urteil ist als Meilenstein des GmbH-Konzernrechts bezeichnet worden.<sup>226</sup> Der Bundesgerichtshof hat den im Autokran-Urteil gemachten "*mutigen Schritt*"<sup>227</sup> in späteren Urteilen<sup>228</sup> teilweise revidiert,<sup>229</sup> das Autokran-Urteil ist jedoch auch heute noch als Grundsatzklärung der Haftungsfrage im faktischen GmbH-Konzern anzusehen,<sup>230</sup> in dem das Gericht das konzernrechtliche Sonderverhältnis im GmbH-Konzern inhaltlich im Wege der Rechtsfortbildung ausgestaltet hat.<sup>231</sup>

Ausgangspunkt des Urteils ist die Gefährdungslage der Gläubiger abhängiger GmbH aufgrund des Mangels "*eines gewissen Gleichlaufs der Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter und selbst der Gesellschaftsgläubiger - nämlich an einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft.*"<sup>232</sup> Der Bundesgerichtshof stellte fest, daß es sich bei den GmbH "*um zwar rechtlich selbständige, aber abhängige Unternehmen handelte, auf die der [...] Gesellschafter unmittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben konnte. Er war damit im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG herrschendes Unternehmen*", auch wenn der Gesellschafter eine Einzelperson war, die jedoch "*ihre wirtschaftlichen Interessen nicht nur in der betroffenen Gesellschaft, sondern auch in anderen Unternehmen maßgeblich verfolgen*" konnte.<sup>233</sup> Der vorliegende Zustand entsprach nicht "*dem gesetzlichen Leitbild, das von einer autonomen Gesellschaft ausgeht, die ihre Belange nach eigenständigen Zielvorstellungen unabhängig verfolgt*", und eben deshalb griff der Bundesgerichtshof auf die "*Grundsätze des aktienrechtlichen Konzernrechts*"<sup>234</sup> zurück. Entscheidend war hierbei, daß "*die Sachlage im faktischen GmbH-Konzern derjenigen ganz ähnlich sein*

---

<sup>224</sup> BGHZ 95, 330. Ein Nachweis der sehr großen, nahezu unüberschaubaren Zahl der Stellungnahmen zu diesem Urteil bei Emmerich, GmbHR 1987, S. 213.

<sup>225</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 340.

<sup>226</sup> Vgl. z.B. Ulmer, Gläubigerschutz im "qualifizierten" faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1579, Rehbinder Schutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 85 oder Schmidt Haftungsdurchgriff und Haftungsverfassung im GmbH-Konzern (1985), S. 2076.

<sup>227</sup> So etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 97.

<sup>228</sup> Vgl. die Darstellung der folgenden Urteile gleich anschließend.

<sup>229</sup> Vgl. anschaulich zu den ersten Urteilen zum qualifiziert faktischen Konzern aus Richtersicht etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1517ff.

<sup>230</sup> Vgl. so bereits Ulmer, Gläubigerschutz im "qualifizierten" faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1579.

<sup>231</sup> So treffend Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 280.

<sup>232</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 334f.

<sup>233</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 337 und das oben in diesem Teil unter C.II.1. zum Unternehmensbegriff Gesagte.

<sup>234</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 341f.

kann, an die beim aktienrechtlichen Vertragskonzern das Gesetz Schutzvorschriften anknüpft", daß nämlich ein Weisungsrecht besteht.<sup>235</sup>

Nach den Erwägungen in diesem Urteil führten "*Dauer, Dichte und Breite der Geschäftsführung [...], die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit auf das Konzerninteresse und die Vernachlässigung der Eigenständigkeit der Einzelgesellschaft [...] ohne weiteres zur Anwendung vertragskonzernrechtlicher Schutzvorschriften*".<sup>236</sup> Unter den Voraussetzungen dieses Urteils war der Haftungstatbestand erfüllt, weil das herrschende Unternehmen seine Leitungsmacht "*dauernd und umfassend*" ausgeübt hatte.<sup>237</sup> Was die Beweislast bezüglich des Eintretens der Haftung betrifft, so knüpft dies Urteil an das Verhalten an: das herrschende Unternehmen kann sich entlasten, indem es dartut, der "*pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer einer selbständigen GmbH würde deren Geschäfte unter den gegebenen Umständen nicht anders geführt haben*".<sup>238</sup>

### **b. Weiterentwicklung des Haftungsprinzips im Tiefbau-Urteil**

Nach Beendigung der qualifizierten faktischen Konzernierung stehen den Gläubigern der abhängigen GmbH eigenständige Ansprüche zu: Entsprechend der Pflicht des herrschenden Unternehmens im Vertragskonzern Sicherheit zu leisten<sup>239</sup> (§ 303 Abs. 1 AktG), und aus diesem Sicherheitsanspruch heraus hat der BGH<sup>240</sup> im Wege der Rechtsfortbildung auf eine Ausfallhaftung<sup>241</sup> des herrschenden Unternehmens entschieden, so daß Gläubiger Anspruch auf unmittelbare Erfüllung durch das herrschende Unternehmen haben, wenn Erfüllung aus dem Vermögen der abhängigen Gesellschaft wegen zu geringer Masse nicht möglich ist.<sup>242</sup> Im Ergebnis kommt es also

<sup>235</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. .

<sup>236</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 345.

<sup>237</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 343f.

<sup>238</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 345ff.

<sup>239</sup> Auf Konkursfragen soll hier nicht weiter eingegangen werden; vgl. zu den haftungsrechtlichen Folgen einer Insolvenz im qualifiziert faktischen Konzern im Rahmen einer Rechtsvergleichung auch Tschernig, Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz (1995), S. 129ff.

<sup>240</sup> Vgl. etwa BGHZ 95, 330, 346ff. (Autokran, 1985) und BGHZ 115, 187, 192 (Video, 1991).

<sup>241</sup> Zur analogen Anwendung bzw. Fortentwicklung des § 303 Abs. 1 AktG Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 170ff. m.w.N. Der Anspruch auf Sicherung gemäß § 303 AktG wandelt sich in einen unmittelbaren Zahlungsanspruch, wenn die Forderung fällig ist und das Unternehmen die Einrede der Vorausklage nicht erheben könnte, weil hinsichtlich der beherrschten Gesellschaft ein Fall des § 773 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegt; vgl. statt aller mit Unterstreichung der Konzeption der Insolvenzsicherung, auf die trotz ihrer nicht zu unterschätzenden Bedeutung hier nicht eingegangen werden kann, etwa Hattstein, Gläubigerschutz durch das ehemals herrschende Unternehmen (1995), S. 170.

<sup>242</sup> Diese - zu Recht von der ganz herrschenden Meinung akzeptierten - analoge Anwendung des § 303 Abs. 1 wird verständlich bei der Betrachtung der ratio legis dieser Bestimmung, der die Einschätzung zugrundeliegt, daß bei Beendigung des Beherrschungsvertrages die Lebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft gefährdet ist, weil diese bisher nicht auf ihr Eigeninteresse sondern auf das Konzerninteresse ausgerichtet war, und es deshalb eines besonderen Schutzes bedarf, vgl. zu dieser Normzweckbetrachtung das oben in diesem Teil unter A.V.2 und 3. sowie unter C.IV.3. Gesagte. Dieses Schutzbedürfnis liegt bei der Beendigung einer qualifizierten faktischen Konzernierung ebenso vor, weil die sich aus dem Interessenumbruch ergebende Gefahr aufgrund der bei qualifiziert faktischer Konzernierung besonders intensiven Ausrichtung der abhängigen Gesellschaft auf das Konzerninteresse dem Interessenumbruch im Vertragskonzern mindestens

durch Weiterführen des dem § 303 AktG zugrundeliegenden Gedankens, indem ein direkter Zahlungsanspruch gefolgert wird, wenn die abhängige Gesellschaft vermögenslos ist und deshalb die Forderung nicht mehr erfüllen kann. In diesem Fall hätte eine vorherige Sicherheitsleistung keinen Sinn.<sup>243</sup>

Während im Autokran-Urteil der Bundesgerichtshof so zu einer Ausfallhaftung<sup>244</sup> kam, gelangte er einige Jahre später, im sogenannten "Tiefbau"-Urteil vom 20. Februar 1989,<sup>245</sup> in Fortsetzung dieser Rechtsprechung auch zu einer Verlustausgleichspflicht,<sup>246</sup> die im Tiefbau-Urteil ihre endgültige Anerkennung für die qualifiziert faktischen GmbH-Konzerne fand.<sup>247</sup> Es wurde festgestellt, daß eine mehrgliedrige GmbH vom herrschenden Unternehmen abhängig war und dessen beherrschendem Einfluß unterlag. Danach wurde eine Konzernvermutung nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG aufgestellt, und die Grundkonzeption des Autokran-Urteiles festgehalten und fortgesetzt,<sup>248</sup> nämlich eine Haftung in Anlehnung an die Vertragskonzernregelung, begründet in der ähnlichen Sachlage und Gefährdung der Interessen der abhängigen Gesellschaft, ihrer außenstehenden Gesellschafter und ihrer Gläubiger.<sup>249</sup>

Entgegen der Annahme im Autokran-Urteil wurde die Haftung im Tiefbau-Urteil eingeschränkt: Die Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern hängt nicht davon ab, "*ob das herrschende*

---

entspricht. Anders gesagt: die nicht durch einen Unternehmensvertrag kanalisierte und damit transparent gemachte qualifizierte Beherrschung erfordert den gleichen Grad an Gläubigerschutz wie die vertraglich kanalisierte Beherrschung; vgl. ähnlich Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (2000), Anh. GmbH-KonzernR. Rn. 80 mit Hinweis darauf, daß "*die Voraussetzungen der im Verlustausgleich liegenden mittelbaren Durchgriffshaftung des herrschenden Unternehmens und Einzelheiten der Rechtsfolgen nach Art und Ausmaß*" stark umstritten sind. Auf die Ausfallhaftung wird hier nicht näher eingegangen, vgl. hierzu statt aller Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 171ff. m.w.N. und unten in diesem Teil unter D.II.4.

<sup>243</sup> Vgl. zu der auch außerhalb des Gesellschaftsrechts relevanten ständigen Rechtsprechung des BGH auch das Bundessozialgericht in einem Urteil vom 27.9.94, etwa abgedruckt in GmbHR 1995, 46, 48.

<sup>244</sup> Durch eine entsprechende Anwendung der §§ 303, 322 AktG, vgl. BGHZ 95, 330, S. 346f.

<sup>245</sup> Vgl. BGHZ 107, 7ff. Ein Verzeichnis von Besprechungen des Urteils findet sich bei Assmann in Lutter/Ulmer/Zöllner (Hrsg.): Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 672.

<sup>246</sup> Durch eine entsprechende Anwendung des § 302 AktG, vgl. BGHZ 107, 7, S. 16. Da unzweifelhaft ist, daß die dem Gläubigerschutz dienenden Kapitalerhaltungsregeln des GmbH-Rechts nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen, muß dies auch für deren konzernspezifische Fortbildung analog § 302 gelten; so bereits Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 128ff., der überzeugend meint (aaO. S. 130), eine rechtsformspezifische Anpassung der Verlustübernahmepflicht des § 302 AktG an die schwächeren Kapitalerhaltungsregeln des GmbH-Rechts ließe sich unschwer dadurch erreichen, daß das herrschende Unternehmen nicht jeden während der Dauer des qualifizierten faktischen Konzerns sonst entstehenden Verlust auszugleichen hat, sondern entsprechend § 30 GmbH nur dann und insoweit zur Verlustübernahme verpflichtet sei, als das Vermögen infolge der Verluste unter den zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Umfang sinken würde; vgl. zu diesem Gedanken unten unter E.I.2.

<sup>247</sup> So K. Schmidt, Verlustausgleichspflicht und Konzernleitungshaftung (1989), S. 551.

<sup>248</sup> Vgl. BGHZ 107, 7, S. 15.

<sup>249</sup> Vgl. BGHZ 107, 7, S. 15.



*Unternehmen die Geschäfte der abhängigen GmbH pflichtgemäß wie der Geschäftsführer einer selbständigen GmbH geführt hat".*<sup>250</sup>

Der Bundesgerichtshof gab zu erkennen, daß die Ausübung von Leitungsmacht seitens der Mehrheit im faktischen Konzern grundsätzlich legitim sei, so daß Sanktionen aufgrund der Ausübung von Leitungsmacht hieran nur geknüpft werden dürfen, wenn die Leitungsmacht zum Schaden der abhängigen Gesellschaft durch Mißachtung von deren Eigenständigkeit mißbraucht wird.<sup>251</sup> Die Verlustübernahmepflicht besteht<sup>252</sup> demnach nicht "*soweit die eingetretenen Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben. Die Beweislast dafür trägt [...] das herrschende Unternehmen.*"<sup>253</sup> Dieses Urteil sollte dem herrschenden Unternehmen somit die Möglichkeit eröffnen, die Haftung für jene Verluste der abhängigen Gesellschaft abzuwenden, wie sie auch unabhängige Gesellschaften treffen können.<sup>254</sup>

### **c. Stein des Anstoßes: Das Video-Urteil**

In einem weiteren Urteil vom 23. September 1991<sup>255</sup>, das unter der Bezeichnung "Video" in der Literatur heftig diskutiert<sup>256</sup> worden ist, wird genau an diesem Punkt angesetzt.<sup>257</sup> Es ging erneut um die Haftungsfrage in qualifiziert faktischen Konzernverhältnissen: Schon im ersten Leitsatz dieser Entscheidung wird folgendes festgestellt: "*Der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH, der gleichzeitig deren alleiniger Geschäftsführer ist und sich außerdem als Einzelkaufmann unternehmerisch betätigt, haftet grundsätzlich nach den Haftungsregeln im qualifiziert faktischen Konzern.*" Der Alleingesellschafter wurde als herrschendes Unternehmen<sup>258</sup> im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG angesehen. Zwischen dem Alleingesellschafter und der Gesellschaft wurde ein Konzernverhältnis<sup>259</sup> festgestellt und der Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG wurde gefolgt, weil "*zwischen beiden Unternehmensgegenständen*" ein "*enger wirtschaft-*

<sup>250</sup> Vgl. BGHZ 107, 7, S. 18 und damit entgegen BGHZ 95, 330, S. 343.

<sup>251</sup> Vgl. hierzu bereits vorher Fleck, Rechtsprechung des BGH (1986) S. 1212f sowie Stimpel, BGH-Rechtsprechung zum Gläubigerschutz (1986), S. 45ff.

<sup>252</sup> Vgl. BGHZ 107, 7, S. 16. Seit dieser Entscheidung kann es als geklärt angesehen werden, daß die Regelfolge der Haftung die Verlustausgleichspflicht entsprechend der Regelung des § 302 AktG ist, vgl. so im Bezug auf den in dieser Arbeit angelegten Blickwinkel bereits Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 174.

<sup>253</sup> Vgl. BGHZ 107, 7, S. 18.

<sup>254</sup> Vgl. Stimpel, Innenhaftung des herrschenden Unternehmens (1986), S. 122 und hierzu das oben in diesem Teil unter A.III. zur Risikoexternalisierung Gesagte.

<sup>255</sup> Vgl. BGHZ 115, 187.

<sup>256</sup> Diesem Urteil ist z.T. mit überzogener Kritik, wie etwa der Formulierung "Fehlurteil", begegnet worden, vgl. Flume, DB 92, 25; vgl. dazu statt aller und dieser Kritik entgegnetend den Richter am BGH Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1517f.; vgl. auch Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video - Erwiderung auf eine Urteilsschelte (1992), S. 309 jeweils m.w.N.

<sup>257</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 194.

<sup>258</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 189f. Vgl. auch BGHZ 69, 334, S. 337 (VEBA / Gelsenberg).

<sup>259</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 189.

licher Zusammenhang"<sup>260</sup> bestand. Laut Bundesgerichtshof ist die Leitungsmacht "intensiver kaum vorstellbar"<sup>261</sup> als bei einem als Alleingeschäftsführer auftretenden Alleingesellschafter. Diese Intensität der Einflußnahme an sich ist jedoch nicht haftungsbegründend. Wie oben dargelegt, erlaubt das GmbH-Recht den Gesellschaftern nämlich eine Einwirkung auf die Geschäftsführung. Folglich läßt der Bundesgerichtshof es nur dann zur Haftung kommen, wenn auch eine Verletzung des Eigeninteresses der Gesellschaft vorliegt, denn es ist "den Gesellschaftern einer GmbH trotz ihrer gesetzlichen Weisungsbefugnis nicht erlaubt, die Gesellschaft im Konzerninteresse zu benachteiligen."<sup>262</sup>

Auch im Video-Urteil ist für den Bundesgerichtshof die Betonung der Interessenfrage zentral. Sich an die Wertungen des 3. Buches des AktG anlehnd betont der Bundesgerichtshof, "daß das Aktiengesetz gerade deswegen zwischen Unternehmens- und anderen Aktionären unterscheidet, weil von einem Großaktionär, dessen wirtschaftliche Tätigkeit sich auf das eine Unternehmen beschränkt, erwartet wird, er werde im Regelfall das Interesse dieses Unternehmens als sein eigenes betrachten und keine ihm zuwiderlaufenden Sonderinteressen verfolgen; bei einem Aktionär, der sich auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch betätigt, wird dagegen die Gefahr, daß er seine Einwirkungsmöglichkeiten in die Gesellschaft dazu benutzen könnte, seine unternehmerischen Eigeninteressen zu Lasten der Gesellschaft zu fördern, typischerweise vorausgesetzt."<sup>263</sup>

Der Gesellschafter haftet nur dann nicht für Verluste, "wenn bei deren Entstehung das Konzerninteresse keine Rolle gespielt" hat.<sup>264</sup> Diese Haftungsüberlegungen gründet der Bundesgerichtshof auf den Grundgedanken, die Haftung beruhe auf der "Pflicht zur Übernahme des Risikos, das sich aus der Einbindung der abhängigen Gesellschaften in die übergeordneten Konzerninteressen ergibt"<sup>265</sup>. Daraus folgert der Bundesgerichtshof

---

<sup>260</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 192.

<sup>261</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 195.

<sup>262</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 193. Von Teilen der Literatur ist betont worden, der BGH setze damit ein Unwerturteil voraus, vgl. etwa Ziegenhain, Der qualifiziert faktische Konzern in der Rechtsprechung des BAG (1994), S. 1005, der u.a. darin die Rechtsprechung des BGH abgrenzt von der des BAG (etwa BAG ZIP 1992, 1566 = EWIR 1992, 1163 (Rank Xerox) und ZIP 1993, 380 = EWIR 1993, 217 (Union AG); vgl. zum BAG insofern auch Bitter/Bitter, Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung durch das BAG (1996), S. 2153ff. m.w.N. zu Rechtsprechung und Literatur. Hierzu ist zu pointieren, daß eine Haftung nur an unausgeglichene Eigeninteressenbeeinträchtigung anknüpfen kann, wenn dieser ein Treupflichtsverstoß zugrundeliegt; vgl. hierzu insgesamt unten in diesem Teil unter E., wobei anzumerken ist, daß durch Nachteilsausgleich die Treupflicht zur GmbH keine Durchbrechung erfährt, vgl. zur herrschenden Meinung nur in einer Voraufgabe Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 312 Anm. 51 m.w.N.

<sup>263</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, 189f. Hier wird dem in BGHZ 69, 334, 337 (VEBA, 1977), Gesagten materiellrechtlich nichts Neues hinzugefügt; vgl. oben in diesem Teil unter C.II.1.b. und zur Problematik unter A.III. und V.; vgl. hierzu auch K. Schmidt, Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs (1994), S. 193. Hervorgehoben sei, daß die Interessenfrage den Kern dieser BGH-Entscheidung bildet.

<sup>264</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 196.

<sup>265</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 194, mit Verweisung auf Stimpel ZGR 1991, 144, S. 154.

dann, daß dem einzelnen Gläubiger ein unmittelbar auf Zahlung gerichteter Anspruch zusteht, wenn feststeht, daß die abhängige Gesellschaft die Forderung nicht erfüllen kann.<sup>266</sup>

Die Beweislast trägt nach dem Video-Urteil das herrschende Unternehmen: Es wird von einer Vermutung ausgegangen, daß bei umfassender Führung der Geschäfte der abhängigen Gesellschaft auf deren Interessen nicht ausreichend Rücksicht genommen worden sei. Es kann dabei jedoch im Grundsatz nicht vom herrschenden Unternehmen *"verlangt werden, daß es die gesamte Geschäftsentwicklung während der Dauer des Konzernverhältnisses darlege und daß es beweise, daß jede einzelne Geschäftsführungsmaßnahme sachgerecht gewesen sei"*.<sup>267</sup> Bei außergewöhnlichen Forderungsausfällen z.B. *"scheitert der Gegenbeweis nicht daran, daß sie für einen sorgfältigen Geschäftsführer vorhersehbar und vermeidbar gewesen wären, solange nicht Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß die Vernachlässigung jener Risiken durch Konzerninteressen begründet sein könnte"*,<sup>268</sup> während Forderungsausfälle im üblichen und einkalkulierbaren Rahmen dagegen der konzernrechtlichen Haftung nicht entgegenstehen.

Nach der - fallbezogenen<sup>269</sup> - Argumentation des Bundesgerichtshofes im Video-Urteil waren somit die dauernde und umfassende Führung der Geschäfte der abhängigen GmbH und die vermutete Vernachlässigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft die Gründe für die Haftung des herrschenden Unternehmens.<sup>270</sup>

Angemerkt sei noch, daß der Verurteilte im Anschluß an das Video-Urteil des BGH Verfassungsbeschwerde erhob. In dieser wurde vorgebracht, der Bundesgerichtshof hätte mit seiner Entscheidung gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoßen.<sup>271</sup> Das

---

<sup>266</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 200 und entsprechend BGHZ 95, 330, S. 347.

<sup>267</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 196

<sup>268</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 197 und wiederum das oben in diesem Teil unter A.III. zur Risikoexternalisierung Gesagte.

<sup>269</sup> Dieser, zurecht etwa von Stimpel, Stand der Rechtsprechung (1992), S. 14, betonte fallbezogene Argumentationsgang des Video-Urteils ist in der Diskussion oft übersehen worden. Diese Einzelfallbeurteilung in den Extremfällen ist jedoch besonders zu bemerken; vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter D.II.1. und E.II.5.a.

<sup>270</sup> Vgl. Kleindiek, Strukturkonzepte (1991), S. 1333. Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.294 beschreibt - nach dem Video-Urteil - wie für ihn der BGH im Ergebnis in der Haftung im qualifizierten GmbH-Konzern weder eine Konzernzustandshaftung noch eine Konzernleitungshaftung sehe, sondern eine Haftung, die aus der Pflicht zur Übernahme des Risikos folge, welches sich aus der Einbindung der abhängigen Gesellschaft in die übergeordneten Interessen des polykorporativen Gebildes ergebe. Dieser Risikoansatz; vgl. oben in diesem Teil unter A.III., ist nicht falsch; nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist jedoch eine solche Risikobetrachtung nicht von den Gerichten im Einzelfall vorzunehmen - dies würde letztlich auf eine Billigkeit herauslaufen, die den oben im zweiten Teil unter C.II und D.II.2. dargelegten Regelungsgehalten nicht entspräche. Die Risikobetrachtung geht den gesetzgeberischen Wertungen jedoch voraus: eben aufgrund dieser typischen Risikoverlagerungen sind nämlich die Voraussetzungen des Interessenabgleichs - und damit der Haftungsbeschränkung - bei der abhängigen Gesellschaft nicht erfüllt, und der Gesetzgeber hat deshalb im dritten Buch des AktG eine Sonderregelung erlassen. Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es gerade, die bei zur Begegnung dieser Risikoverlagerung gemachten Vorstellungen des Gesetzgebers, eben die Wertungen, sichtbar und zugänglich zu machen.

<sup>271</sup> Und damit das Grundrecht des Klägers nach Art. 2 Abs. 1 GG verletzt, vgl. BVerfG abgedruckt in NJW 1993, 2600 mit Nachweisen auch Stimmen der Literatur, die an der Verfassungsmässigkeit des Video-Urteiles Zweifel angemeldet hatten.

Bundesverfassungsgericht nahm die Klage jedoch nicht an, weil die Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts keine Fragen zur verfassungsrechtlichen Bindung des Richters an Gesetz und Recht aufwarf.<sup>272</sup>

#### **d. Das Aufatmen nach dem TBB-Urteil**

Am 29. März 1993 erging die nächste Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum qualifiziert faktischen Konzern<sup>273</sup>, die sogenannte TBB-Entscheidung. Dieses - das Video-Urteil modifizierende<sup>274</sup> und die Rechtsprechung zum qualifizierten faktischen Konzern klarstellende - Urteil stellt quasi den Abschluß der über Autokran, Tiefbau und Video führenden Entscheidungskette zum qualifiziert faktischen Konzern dar.<sup>275</sup>

Auch diese Entscheidung knüpft deshalb an die potentielle Gefährdungslage einer abhängigen Gesellschaft an, weil der *"in der Regel vorhandene weitgehende Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter nicht mehr ohne weiteres vorauszusetzen ist, wenn einer von ihnen noch anderweitige unternehmerische Interessen verfolgt und diese durch seine Einwirkungsmöglichkeiten bei der abhängigen Gesellschaft zum Tragen bringen kann."*<sup>276</sup> Das Konzernhaftungsrecht wird in dieser Gefährdungslage als Schutzinstrument benötigt, weil sich *"in bestimmten Konzernlagen wegen der infolge der Dichte der Einflußnahme des herrschenden Unternehmens unübersichtlich gewordenen Verhältnisse einzelne schädigende Eingriffe nicht mehr isolieren lassen"*.<sup>277</sup>

<sup>272</sup> Das BVerfG betont, daß es sich nicht erkennen ließe, *"daß sich der BGH aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben haben könnte und objektiv nicht bereit gewesen wäre, sich Recht und Gesetz zu unterwerfen."* Der BGH habe *"sich insbesondere nicht über eine eindeutige Entscheidung oder eine abschließende Regelung des Gesetzgebers hinweggesetzt."* Im Kontext dieser Arbeit ist diese Feststellung des Bundesverfassungsgerichtes besonders interessant, weil darin ausgedrückt wird, daß eine abschließende Regelung der Haftungsfrage nicht unbedingt gesetzlich, sondern durchaus durch die Entscheidungen der Gerichte stattfinden kann, soweit diese sich an eindeutige Entscheidungen - im hier verwandten Sprachgebrauch Wertungen - des Gesetzgebers halten. Vgl. insofern auch den BGH-Richter Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1525f., der jedoch im Anschluß an das Video-Urteil selbst zusammenfaßt, daß die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern dogmatische Unklarheiten aufweise, aaO. S. 1518ff, 1528.

<sup>273</sup> BGH-Urteil vom 29. März 1993, BGHZ 122, 1323 (= NJW 1993, S. 1200) Auch dieses Urteil ist eingehend in der Literatur besprochen worden, vgl. z.B. H. K. Schmidt, ZIP 1993, 549ff., H. P. Westermann, ZIP 1993, 554ff., C. Ebenroth/O. Wilken, ZIP 1993, 558ff., Kübler, NJW 1993, 1204f., Kowalski, GmbHR 1993, 253ff.; Altmeppen, EWIR § 302 AktG 2/93, ders., DB 1994, 1912 mit ausgiebigem Besprechungsnachweis.

<sup>274</sup> Daß die Kritik am Video-Urteil nicht ohne Wirkung blieb, wird etwa aus Richter Mund bestätigt von Goette, Haftungsvoraussetzungen im qualifiziert faktischen Konzern (1993), S. 568. Die Kritik setzte daran an, daß das Urteil als zu weitgehender Verstoß gegen die vom Gesetzgeber ermöglichte Haftungsbeschränkung empfunden wurde, darstellend etwa Bitter/Bitter, Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung durch das BAG (1996), S. 2158 m.z.w.N.

<sup>275</sup> So auch Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. § 77 Rn. 14, Fn. 8, der, Rn. 110, gleichzeitig vom TBB-Urteil als von der 'Rückkehr zur Normalität' spricht; an anderer Stelle wird das Urteil als Klarstellung bezeichnet, vgl. etwa Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 377 m.z.w.N. der Anmerkungen zu BGHZ 122, 123.

<sup>276</sup> BGHZ 122, 123, 126.

<sup>277</sup> BGHZ 122, 123, 127.

Der Bundesgerichtshof geht dann auf die im Konzerninteresse erfolgten Einwirkungen ein: *"Der Gesellschaft und unter Umständen ihren Gläubigern ist der Zugriff auf das Vermögen des herrschenden Unternehmens dann zu gestatten, wenn die abhängige Gesellschaft in einer Weise behandelt wird, die einen objektiven Mißbrauch der beherrschenden Gesellschafterstellung darstellt. Dies ist der Fall, wenn der die GmbH beherrschende Unternehmensgesellschafter die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe."*<sup>278</sup> Als Haftungstatbestand sieht der Bundesgerichtshof demgemäß *"nicht die dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaft, sondern die [...] Beeinträchtigung ihrer Interessen"*.<sup>279</sup>

Nach dem TBB-Urteil kommt es bei der Haftungsfrage im qualifiziert faktischen Konzern entscheidend darauf an, ob die Ausübung der Konzernleitungsmacht in einer Weise geschieht, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne die ihr insgesamt durch die Konzernleitung zugefügten Nachteilen durch Einzelausgleichsmaßnahmen zu kompensieren.<sup>280</sup> Diese Interessenbeeinträchtigung, der Interessenumbruch in abhängigen Gesellschaft, ist aufgrund der Gesetzeskonzeption von der Einzelgesellschaft als rechtlich geschütztem Interessenzentrum eben der Ansatzpunkt für die Aufhebung der Haftungssegmentierung im verbundenen Unternehmen.<sup>281</sup>

Die Beweislastverteilung aus dem Video-Urteil wird im TBB-Urteil aufgegriffen und an den Haftungstatbestand der Interessenbeeinträchtigung angepaßt. Eine Beeinträchtigung des Interesses der abhängigen Gesellschaft kann nach diesem Urteil *"nicht mittels einer*

<sup>278</sup> Vgl. BGHZ 122, 123, 130. Kropff, TBB und das Aktienkonzernrecht (1993), S. 490 sieht im der Betonung des 'objektiven Mißbrauchs' die Rückbindung an die Interessen der abhängigen Gesellschaft. Altmeppen, Die systematische Einordnung nach TBB (1994), meint, der Verstoß gegen das Stammkapitalerhaltungsgebot sei der Haftungsgrund im qualifiziert faktischen Konzern (S. 1914-1916) und 'legt dar' (S. 1915), was der BGH für ihn mit dem 'objektiven Mißbrauch' als 'die selbstverständlichen Grundlagen der Haftung im qualifizierten Konzern' gemeint hat. Der Rückgriff auf ein solches Stammkapitalerhaltungsgebot entfernt sich - wie Altmeppen dies denn auch möchte - jedoch vom konzernspezifischen Ansatz, und damit von der Grundentscheidung des deutschen Gesetzgebers, eine konzernspezifische Regelung aufzustellen (die aber eben andere für die GmbH ablehnen, so z.B. Altmeppen, aaO; Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 377; Kübler, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 1200). Vgl. zum Kriterium des objektiven Mißbrauchs und dessen Verständnis illustrativ auch Bitter/Bitter, Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung durch das BAG (1996), S. 2156f. m.w.N. die betonen, daß sich der objektive Mißbrauch (auch) auf die Außerkraftsetzung der zum Schutz der Gläubiger bestehenden Kapitalerhaltungsvorschriften bezieht; illustrativ auch Hoffmann-Becking, DJT 1992, Sitzungsbericht R, 27, 34.

<sup>279</sup> BGHZ 122, 123, 131 (TBB, 1993) und hierzu etwa K. Schmidt, Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs (1994), S. 193; vgl. auch den BGH-Richter Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1521 und zusammenfassend 1528.

<sup>280</sup> Vgl. Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 106 und zu den Haftungsvoraussetzungen im qualifiziert faktischen Konzern nach dem TBB-Urteil insgesamt aaO. Rn. 125ff.

<sup>281</sup> So und zum Maße der Interessenbeeinträchtigung bereits Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 410; eher polemisch als argumentierend den völligen Interessenumbruch als entscheidendes Moment ablehnend Altmeppen, Die systematische Einordnung nach TBB (1994), S. 1913.

*tatsächlichen Vermutung allein aus einer solchen Ausübung der Leitungsmacht gefolgert werden".* Der Bundesgerichtshof knüpft damit an den Grundgedanken der Beweislastverteilung in seinen bisherigen Entscheidungen an, wonach das herrschende Unternehmen eine Beweislast zu tragen hat, weil nämlich die Führung der Geschäfte der abhängigen Gesellschaft durch die Konzernspitze die Feststellung einzelner schädigender Eingriffe wesentlich erschweren kann, fordert aber vom Kläger zusätzliche Anhaltspunkte für die Annahme, daß solche schädigende Eingriffe tatsächlich vorgekommen sind.<sup>282</sup>

#### **e. Rechtsprechung nach TBB: gefestigte Haftungsfigur**

Nach dem TBB-Urteil steht also fest, daß ein eine GmbH beherrschende Gesellschafter, der sich auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch betätigt, entsprechend den §§ 302, 303 AktG haftet, wenn er die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe.<sup>283</sup> Im Anschluß an das TBB-Urteil entschied der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 13. Dezember 1993,<sup>284</sup> daß ein beherrschendes Unternehmen im Sinne der Haftungsgrundsätze im qualifiziert faktischen Konzern auch eine natürliche Person sein kann, deren anderweitige unternehmerische Betätigung sich in der Einflußnahme auf andere Gesellschaften erschöpft, an denen sie maßgeblich beteiligt ist. Der Bundesgerichtshof hat dabei erneut deutlich gemacht, daß der Haftungstatbestand die Beeinträchtigung die Interessen der abhängigen Gesellschaft ist, und daß es darauf ankommt, ob *"bei der Unternehmensführung die eigenen Belange der GmbH im Hinblick auf das Konzerninteresse über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind."*

Während die Vorinstanzen den Gesellschafter als herrschendes Unternehmen nach den Haftungsgrundsätzen des qualifizierten faktischen Konzerns verurteilt hatten, lagen nach Ansicht des Bundesgerichtshofes die Voraussetzungen für eine Verurteilung nicht vor. Dabei war die Frage der Beweislastverteilung ausschlaggebend: Der Bundesgerichtshof bestätigte die Beweislastverteilung des TBB-Urteils und betonte, es sei Sache der Gläubiger, *"Umstände darzulegen und zu beweisen, die die Annahme zumindest nahelegen, daß bei der Unternehmensführung die eigenen Belange der GmbH im Hinblick auf das Konzerninteresse über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt werden."*<sup>285</sup>

<sup>282</sup> BGHZ 122, 123, 130 mit Verweisung auf die oben dargelegten Betrachtungen in BGHZ 107,7, S. 18 und BGHZ 115, 187, S. 194; vgl. zur Beweislast gleich unten in diesem Abschnitt unter C.V.5.f.

<sup>283</sup> So das TBB-Urteil zusammenfassend der BGH im seinem Urteil vom 13. Dezember 1993 (EDV-Peripherie-Urteil/Quickborner EDV-Fall), Nachweise nächste Fußnote.

<sup>284</sup> Urteil vom 13. Dezember 1993, nicht abgedruckt in BGHZ, dafür etwa abgedruckt in AG 1994, 179 = BB 1993, 303 = NJW 1994, 446 mit Anmerkung K. Schmidt.

<sup>285</sup> BGH in BB 1994, 304. Zur Beurteilung, ob es nach diesen Kriterien zu einer Haftung kommen solle, reichte in concreto der bisherige Sachvortrag nicht aus, und die Sache wurde vom BGH an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

In diesem Urteil und auch in der weiteren Rechtsprechung hat das TBB-Urteil somit Anschluß gefunden.<sup>286</sup> Die Entwicklung der Haftungsfigur des qualifizierten faktischen Konzerns seit dem Autokran-Urteil hat mit dem TBB-Urteil somit - zumindest vorläufig<sup>287</sup> - einen Schlußpunkt erreicht.

#### **f. Verteilung der Beweislast im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern**

Die Frage der Beweislastverteilung für die haftungsbegründende Wahrnehmung von Konzerninteressen ist von zentraler Bedeutung bei der Lösung von Haftungsproblemen, weil die Schwierigkeiten bei der Beweisführung oft der Punkt sind, an dem sich im Einzelfall die Haftungsfrage entscheidet. Deshalb ist der Blick zuerst auf gesetzliche Wertungen zur Beweislast zu richten:

Bemerkenswert ist, daß sich mit der Regelung des § 317 AktG im kodifizierten Recht eine Beweislastumkehr zu Lasten des herrschenden Unternehmens findet, die auf die in § 317 AktG zum Ausdruck kommende, auf gesetzliche Anerkennung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft gerichtete Wertung gründet.<sup>288</sup> Aus dem Einflußpotential und der Beweishöhe des herrschenden Unternehmens<sup>289</sup> könnte ähnlich die Beweislastumkehr für nachteilige Veranlassungen im Sinne einer Kausalitätsvermutung einer ungerechtfertigten Schädigung gerechtfertigt sein, weil vermutet werden können müßte, daß eine Veranlassung für ein im Konzerninteresse liegendes, aber für die abhängige Gesellschaft nachteiliges Rechtsgeschäft vom herrschenden Unternehmen ausgegangen sei.

Eine Beweislastumkehr war vom Bundesgerichtshof schon 1975 im ITT-Urteil<sup>290</sup> angesprochen und anschließend diskutiert worden.<sup>291</sup> Die Beweislast wurde dann im Autokran-Urteil<sup>292</sup> bei "*dauernder und umfassender*" Ausübung von Leitungsmacht dem herrschenden Unternehmen auferlegt. Während zum Gegenbeweis in diesem Urteil noch

<sup>286</sup> Vgl. etwa die Entscheidungen des BAG vom 3. 3. 1994, z.B. abgedruckt in AG 1994, 510 (vgl. zum konzernrechtlichen Zuechnungsdurchgriff in der Rechtsprechung des BAG auch Ziegenhain, Der qualifiziert faktische Konzern in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZIP 1994, 1003ff.) und des BGH vom 19. 9. 1994 (Architekten-/Freiberufler-Fall = DB 94, 2385 = ZIP 1994, 1690), mit Betonung der Wahrung des Eigeninteresses als Haftungsvoraussetzung S. 1693; vgl. hierzu nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 1226ff. m.w.N.

<sup>287</sup> In der Literatur wird jedoch vertreten, daß die Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns in der Zukunft wieder verschwinden könne/werde, vgl. etwa die '*Prophezeihung*' von Altmeppen, Die systematische Einordnung nach TBB (1994), S. 1913, Fn. 13.

<sup>288</sup> Vgl. zu dieser gesetzlichen Wertung etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 413; für K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2078 ist die Zulassung des Entlastungsbeweises in der Haftungsfrage eine reine Wertungsfrage.

<sup>289</sup> Vgl. hierzu z.B. Lutter in Hommelhoff/Stimpel/Ulmer, Heidelberger Konzernrechtstage (1992), S. 197f. und bereits Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 421.

<sup>290</sup> Vgl. BGHZ 65, 15 S. 17.

<sup>291</sup> So meinte etwa K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 464, eine Beweislastumkehr wäre wohl praktikabel und würde bestimmt die Haftungsnormen effektivisieren. Dagegen spräche jedoch die Radikalität einer solchen Maßnahme.

<sup>292</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 345ff. und für die tatsächliche Vermutung, daß das herrschende Unternehmen seine Einflußmöglichkeit ausnutzt, für eine GmbH & Co. KG bereits das Urteil des Bundesgerichtshofes in NJW 1984, 1352.

der Vergleichsmaßstab eines Geschäftsführers einer selbständigen GmbH herangezogen wurde, wurde, wie oben angesprochen, im Tiefbau-Urteil dem herrschenden Unternehmen die Beweislast dafür auferlegt, daß die Leitungsmacht nicht kausal für die Verluste der abhängigen Gesellschaft war.<sup>293</sup>

Im Video-Urteil ging der Bundesgerichtshof dann von der Vermutung aus, *"bei umfassender Führung der Geschäfte der abhängigen GmbH sei auf deren Belange zugunsten des Konzerninteresses nicht ausreichend Rücksicht genommen worden und darin liege der Grund für die eingetretenen Verluste."* Dem herrschenden Unternehmen wurde somit die Beweislast auferlegt, jedoch mit der Möglichkeit, die Vermutung mit dem Beweis zu widerlegen, daß *"die tatsächlich entstandenen Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben"*<sup>294</sup>.

In einem anderen Urteil vom 11. November 1991 ("Stromlieferung")<sup>295</sup>, in dem es um einen unwirksamen Beherrschungsvertrag ging, bezieht sich der Bundesgerichtshof auf dieses Urteil und äußert sich wie folgt zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern: *"Den Gesellschaftern einer GmbH ist es trotz ihrer gesetzlichen Weisungsbefugnis nicht erlaubt, die abhängige Gesellschaft im Konzerninteresse zu benachteiligen. Zwar begründet dort die umfassende und dauernde Leitungsmacht [...] die Vermutung, daß auf die Belange der abhängigen GmbH zugunsten des Konzerninteresses nicht ausreichend Rücksicht genommen worden ist; diese Vermutung kann aber widerlegt werden"*.<sup>296</sup>

Mit dem TBB-Urteil ist die Vermutungskette, die nach dem Video-Urteil zu Kritik geführt hatte, ersatzlos entfallen.<sup>297</sup> Im TBB-Urteil ist diese Beweislast jetzt,<sup>298</sup> wie oben dargelegt, ausgewogener verteilt worden, und es wird angenommen, mit dem TBB-Urteil sei, was die Haftungs- und Beweisfragen im qualifizierten faktischen Konzern betrifft, ein Abschluß der Entwicklungen erreicht.<sup>299</sup> Die Darlegungslast, und falls bestritten die Beweislast, dafür, daß die haftungsbegründenden Tatsachen vorliegen, ist im Grundsatz

---

<sup>293</sup> Vgl. BGHZ 107, 7, S. 18.

<sup>294</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 194.

<sup>295</sup> Vgl. BGHZ 116, 37.

<sup>296</sup> Vgl. BGHZ 116, 37, S. 42.

<sup>297</sup> Damit ist vor allem der Praxis ein Stein vom Herzen gefallen, vgl. so Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 387 und bereits S. 376 mit großem Nachweis an Urteilsbesprechungen.

<sup>298</sup> Vgl. hierzu und zur herben Kritik am Video-Urteil z.B. Flume, Das Video Urteil (1992), S. 25ff. Das Video-Urteil wurde stark kritisiert, so hat Schanze das Urteil im *Schmuddelkonzern* Video zwar nicht als Nemesis bezeichnet, meint aber es hätte so etwas wie eine Katharsis ausgelöst. Der Kritik am BGH entgegen Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), S. 309. Daß der BGH die ihm gestellte Aufgabe der Rechtsfortbildung mit der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern sehr gut wahrgenommen hat, meinte auch Zöllner auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht S. R. 48. Vgl. zur Polemik um die Rechtsfortbildung zum qualifiziert faktischen Konzern auch Stodolkowitz, Teilamnesie (1992) S. 1047 oder Versteegen, Haftungsprivileg (1992), S. 3ff. m.w.N. Aus dessen Ausführungen (aaO S. 17) ergibt sich auch deutlich das Bedürfnis zur Methodenehrlichkeit, welchem diese Arbeit nachzukommen sucht.

<sup>299</sup> Dies wird so angenommen von Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 125.



Sache des Klägers.<sup>300</sup> Dieser muß zuerst das Vorliegen eines Konzerns beweisen, welches jedoch selten Beweisschwierigkeiten machen wird.<sup>301</sup>

Nach dem TBB-Urteil steht als zentrales Tatbestandsmerkmal im qualifiziert faktischen Konzern die nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses<sup>302</sup> der abhängigen Gesellschaft durch die Konzernleitung fest.<sup>303</sup> Zentral ist dabei ob *"ein herrschendes Unternehmen seine Herrschaftsmacht über eine abhängige GmbH ohne angemessene Rücksicht auf deren Eigeninteressen so ausübt, daß es in dieser Gesellschaft zu einem vollständigen Interessenumbruch und in seinem Gefolge zu einem Nachteil kommt."*<sup>304</sup>

Bei diesem zentralen<sup>305</sup> Tatbestandsmerkmal muß das herrschende Unternehmen den Beweis, daß *"die eingetretenen Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben"*, führen, wenn der Kläger vorher *"Umstände darlegt und beweist, die die Annahme zumindest nahelegen, daß bei der Unternehmensführung im Hinblick auf das Konzerninteresse die eigenen Belange der GmbH über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind."*<sup>306</sup> Dazu muß der Kläger wenigstens konkrete Anhaltspunkte für *einzelne* schädigende Maßnahmen der herrschenden Unternehmens dartun, die durch Einzelausgleich nicht ausgeglichen werden konnten. Der Bundesgerichtshof geht dabei ausdrücklich auf die außerordentlich schwierigen Verhältnisse und die *"großen Prozeßschwierigkeiten der klagenden Partei"* ein: aufgrund des mangelnden Einblicks in die inneren Angelegenheiten des herrschenden Unternehmens werden dem Kläger

<sup>300</sup> Vgl. hierzu nur die schöne Darstellung bei Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 387ff.;

<sup>301</sup> Vgl. zum Nachweis des Vorliegens eines Konzerns, wobei dem Kläger die Vermutungskette der rechtsformneutralen §§ 17 Abs. 2 und 18 Abs. 1 S. 3 hilft, etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 144 sowie Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 378.

<sup>302</sup> An diesem zentralen Tatbestandsmerkmal in qualifiziert faktischen Abhängigkeitsverhältnissen besteht auch für die Teile der Literatur, die ein abstraktes Eigeninteresse einer GmbH ablehnen (vgl. dazu unten in diesem Teil unter E.I.3), kein Zweifel. So steht auch für Lutter, Gefahren persönlicher Haftung (1994), S. 130 nach dem TBB-Urteil das Tatbestandsmerkmal der Verletzung der Eigeninteressen der abhängigen Gesellschaft im Zentrum, und ebenso hatte bereits Zöllner auf seinem Referat auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht S. R52. außer einer strukturellen Voraussetzung eine *"unangemessene Benachteiligung der Eigeninteressen des abhängigen Unternehmens zugunsten von Interessen des herrschenden Unternehmens"* verlangt. Daß das dieser Betrachtung zugrundeliegende Verständnis von Benachteiligung und Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft nicht nur für die hier behandelte Haftungsproblematik, sondern - wenn auch in gänzlich anderer Form - für die gesamte Problematik des Rechts der verbundenen Unternehmen von Bedeutung ist, sei hier nur angesprochen; vgl. illustrativ hierzu statt aller durchgehend den Ansatz in der gesamten Darstellung von Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), passim oder etwa Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), passim, der in der Herbeiführung eines Zustands, welcher die Überprüfung der Einflußnahme maßgeblich erschwert bzw. unmöglich macht, bereits einen Treupflichtverstoß sehen will, aaO. S. 100ff. m.w.N. In dieser haftungsrechtlichen Arbeit kann hierauf nicht näher eingegangen werden.

<sup>303</sup> Vgl. für die Beweislastfrage etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 145 und zum folgenden 146ff.

<sup>304</sup> So Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 415.

<sup>305</sup> Vgl. zu den übrigen, in der Literatur nicht ganz einheitlich aufgefaßten bzw. zusammengestellten Tatbestandsmerkmalen gleich unten in diesem Teil unter C.V.5.g.

<sup>306</sup> Vgl. BGHZ 122, 123, 131 mit Verweisung auf Kleindiek, Haftung, freie Beweiswürdigung usw. (1992), S. 578.

Erleichterungen hinsichtlich seiner Substantiierungslast<sup>307</sup> zugestanden, indem der Beklagte "nähere Angaben zu machen hat, wenn er im Gegensatz zum Kläger die maßgebenden Tatsachen kennt und ihm die Darlegung des Sachverhaltes zumutbar ist".<sup>308</sup> Falls der Beklagte dieser Darlegungslast nicht nachkommt, gilt das Vorbringen des Klägers nach allgemeinen Prozeßregeln<sup>309</sup> als zugestanden. Der Bundesgerichtshof gewährt dem Kläger somit eine Beweishilfe bzw. Beweiserleichterung zur Herbeiführung der Annahme der Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft, was den dem Kläger nicht zugänglichen Geschehensbereich betrifft.<sup>310</sup> Dies ist richtig so dargestellt worden, daß eine rigide Beweislastverteilung durch ein auf Indizien aufbauendes<sup>311</sup> flexibles<sup>312</sup> System ersetzt worden ist.

Als negatives Tatbestandsmerkmal<sup>313</sup> hat der Kläger auch nachzuweisen, daß es unmöglich ist, im Wege des Einzelausgleichs zu einer Kompensation der zugefügten Nachteile zu kommen.<sup>314</sup> Hierauf wird hier nicht weiter eingegangen, da nach hier vertretener Auffassung beim Vorliegen einer *nachhaltigen* Beeinträchtigung des

---

<sup>307</sup> Vgl. zur Darlegungs- und Substantiierungslast nach dem TBB-Urteil etwa Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung, S. 419ff.; Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 148

<sup>308</sup> Vgl. BGHZ 122, 123, 133. Überzeugend dazu, daß eine genaue Substantiierung seitens des Klägers nicht verlangt werden kann, Kiethe/Groeschke, Darlegungs- und Beweislast für die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern (1994), S. 2150.

<sup>309</sup> Vgl. § 138 ZPO.

<sup>310</sup> Wie ein Richter des entscheidenden Senats es ausdrückte: Es wird "den berechtigten Interessen beider Parteien hinreichend Rechnung getragen, ohne daß die Darlegung und Beweisführung untragbar erschwert oder gar unmöglich gemacht wird," vgl. Goette, Haftungsvoraussetzungen im qualifiziert faktischen Konzern (1993), S. 571.

<sup>311</sup> Zu diesem durch Indizien zu führenden, vom Beklagten gleichzeitig leichter zu entkräftenden Anscheinsbeweis etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 147, 149ff. m.w.N. Diese Entwicklung hin zu einer an Indizien ausgerichteten Rechtsprechung wird deutlich bei einer Betrachtung des in der frühen Rechtsprechung zentralen Moments der 'dauernden und umfassenden Ausübung der Leitungsmacht': Daß eine Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen Gesellschaft vorliegt, kann nach dem TBB-Urteil nicht mittels einer tatsächlichen Vermutung allein aus einer dauernden und umfassenden Ausübung der Leitungsmacht gefolgert werden. Es bedarf weiterer Anhaltspunkte (BGHZ 122, 123, 131). Die dauernde und umfassende Konzernleitung ist somit keine Haftungsvoraussetzung; hat jedoch Indizfunktion für das Eingreifen der Konzernhaftung. Dies richtig herausstreichend Ulmer, aaO. Rn. 129.; näher zu einzelnen Indizien bzw. deren Zusammentreffen Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 390ff. auch zu § 287 ZPO und der "Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung" durch das Gericht.

<sup>312</sup> So Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 419ff. m.w.N. Früh bereits Kleindiek, Haftung, freie Beweiswürdigung usw. (1992), S. 574f.; allgemein für ein bewegliches Modell zur Darlegungs- und Beweislast auch Kiethe/Groeschke, Darlegungs- und Beweislast für die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern, S. 2149f. mit Betonung der Wechselwirkung zwischen der Haftungsbegründung und der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast S. 2150.

<sup>313</sup> Zu den Elementen des Qualifizierungstatbestandes statt aller Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 379 m.w.N. in Fn. 7 sowie Winter, Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 589 m.w.N.

<sup>314</sup> Es sei hier an BGHZ 65, 15 (ITT, 1965) und daran erinnert, daß jeder Gesellschafter einer GmbH dieser gegenüber bereits aus Treupflichtverletzung auf Schadensersatz für jeden schädigenden Eingriff in deren Interessen haftet. Diese Haftung für schädigende Einzeleingriffe wandelt sich eben und nur dann zu einer Verlustausgleichspflicht entsprechend § 302 AktG bzw. eine Außenhaftung entsprechend § 303 AktG um, wenn schädigende Einzeleingriffe nicht mehr isolierbar sind, vgl. statt aller Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 387. Die Treupflicht erfährt eben durch Nachteilsausgleich keine Durchbrechung; vgl. richtig Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 312 Anm. 51.

Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft ein Einzelausgleich schwer vorstellbar ist.<sup>315</sup> Bemerkenswert ist jedoch, das sich darin eben zeigt, daß die Konzernhaftung *subsidiär* zur Kompensation durch Ausgleich ist.<sup>316</sup>

Die Beweislastverteilung war vom Bundesgerichtshof schon vor diesem Urteil Schritt für Schritt und systemstimmig entwickelt worden<sup>317</sup> und wurde mit dem TBB-Urteil eingehender ausdifferenziert. So weit wie möglich ist eine einheitliche Grundwertung der Beweislastverteilung in diesen Situationen aufgestellt worden, die es im Einzelfall<sup>318</sup> erlaubt, zu einer gerechten Beweislastverteilung zu kommen.<sup>319</sup>

### **g. Das sich ergebende Bild des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns**

Die für den (einfachen) faktischen Konzern spezifische Haftungssegmentierung geht also im qualifiziert faktischen Konzern verloren, da die unternehmerischen und Haftungsrisiken über den Verlustausgleich durchschlagen.<sup>320</sup> Bei einer Gesamtbetrachtung ist zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern hiernach folgendes zu sagen: Der Haftungsgrundsatz des qualifiziert faktischen Konzern beruht auf einem wertenden Vergleich<sup>321</sup> der Intensität der Konzerneinbindung mit dem Vertragskon-

<sup>315</sup> Vgl. im Ergebnis ebenso Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 140, 145 und zum negativen Tatbestandsmerkmal der nicht möglichen Kompensation etwa BGHZ 95, 330, 341 (Autokran, 1985) und ebenso BGHZ 122, 123, 130 (TBB, 1993). So ist für das Ergebnis auch ohne Bedeutung, ob man die fehlende Möglichkeit der Kompensation durch Einzelausgleich wie hier als negatives Tatbestandsmerkmal oder etwa lediglich als Indiz für den dann allein tatbestandsrelevanten - und in jedem Fall zentralen - Interessenumbruch sieht, so etwa zutreffend Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 406ff. Vgl. zu Indizien für die nachhaltige Verletzung des Eigeninteresses im Anschluß an das TBB-Urteil Kropff, TBB und das Aktienrecht (1993), S. 494 m.w.N. zur Indizwirkung einzelner Nachteilszufügungen.

<sup>316</sup> Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 140ff. m.w.N. Eine Beeinträchtigung liegt dann nicht vor, falls eine Kompensation der Nachteilszufügung stattgefunden hat. Nach richtiger Auffassung muß eine solche Kompensation in unmittelbarem zeitlichen oder zumindest sachlichen Zusammenhang mit dem vom herrschenden Unternehmens zugefügten Nachteil stehen, die zeitliche Ausdehnung der Ausgleichsgewährung entsprechend § 311 Abs. 2 AktG kann für die GmbH aufgrund der Strukturunterschiede und des Fehlens der den Ausgleich flankierenden Regeln nicht übertragen werden, so bereits überzeugend Ulmer, aaO., Rn. 141a m.N. auch der Gegenmeinung.

<sup>317</sup> Vgl. Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), S. 312.

<sup>318</sup> Daß es ganz auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, meint ebenso Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 393; vgl. zur Einzelfallbedeutung unten in diesem Teil unter E.II.5.a.

<sup>319</sup> Interessant ist, daß diese flexiblere Beweislastverteilung des Bundesgerichtshofes insofern mit einer Tendenz im europäischen Gesellschaftsrecht übereinstimmt; denn man kann auch im Gesellschaftsrecht Recht der europäischen Gemeinschaften eine Tendenz verspüren, die Beweislast dem aufzuerlegen, dem es am nächsten liegt, die Vertretbarkeit der fraglichen Handlung zu sichern; wie hier und zur Tendenz eines stärker materiell und weniger formell ausgerichteten Rechts bereits Werlauff, EC Company Law (1993), S. 36. Auf diesem Hintergrund ergeben sich die Ausführungen unten in diesem Teil unter E.III.

<sup>320</sup> Vgl. so zusammenfassend Hommelhoff, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern (1996), S. 154.

<sup>321</sup> So Hommelhoff, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag (1992), S. G72. Dies entspricht einem Vergleich der gesetzgeberischen Wertungen, die dem Vertragskonzern zugrundeliegend mit den Wertungen, die bei einem ähnlichen Verbundgrad ohne Vorliegen eines Beherrschungsvertrags zur Geltung kommen. Die Wertungen, die nach dem Gesagten für die GmbH nicht die der §§ 311ff. AktG sein können, jedoch verbundsspezifische Besonderheiten berücksichtigen müssen, zu einer wertungsstimmigen Einheit zu verbinden, ist das Ziel der Betrachtungen unten in diesem Teil unter E.

zernverhältnis.<sup>322</sup> In Deutschland ist dieser Haftung des herrschenden Unternehmens im qualifiziert faktischen Konzern großteils zugestimmt worden.<sup>323</sup> Zur Haftung kommt es, wenn ein herrschendes Unternehmen die Belange einer von ihm abhängigen Gesellschaft nachhaltig beeinträchtigt hat, ohne diese hierfür zu kompensieren. Dabei ist es schwierig *"im Hinblick auf die höchst unterschiedlichen Stufen der tatsächlichen Konzernverwirklichung eine Formel zu finden, mit der sich deutlich genug erfassen läßt, wann die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens eine Intensität und Breite der Einwirkung auf die Belange der abhängigen GmbH annimmt [...]"*.<sup>324</sup>

Für die hier erörterten Haftungsfragen ist unter der Voraussetzung der dargelegten Beweis- und Sachverhaltswürdigungsgrundsätze davon ausgegangen worden, daß die Gerichte bei Ausübung von Leitungsmacht<sup>325</sup> die haftungsauslösende Verdrängung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft festzustellen haben. Wann das Konzerninteresse das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft generell verdrängt, läßt sich in den meisten Fällen nicht direkt feststellen, sondern meistens lediglich aus mehr oder minder aussagekräftigen Indizien schließen<sup>326</sup>; der Interessenumbruch ist durch Indiztatsachen zu belegen.<sup>327</sup>

Bei der Abgrenzung zwischen dem einfachen und dem qualifiziert faktischen Konzern kommt es entscheidend auf das Eigeninteresse der konzernabhängigen Gesellschaft und dessen Wahrung an.<sup>328</sup> Dies wird besonders deutlich bei einer Betrachtung der Entwicklung in der Rechtsprechung: Während bis zum TBB-Urteil die dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaft als wesentliches Kriterium aufgefaßt wurde, kam es im TBB-Urteil zur richtigen Klarstellung: *"Haftungstatbestand ist nicht die dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaft, sondern die [...] Beeinträchtigung ihrer Interessen."*<sup>329</sup> Das zentrale Haftungskriterium ist somit die

<sup>322</sup> Die Orientierung am Vertragskonzern wird z.B. deutlich in BGHZ 107, 7, S. 16.

<sup>323</sup> Vgl. statt aller Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 110 m.w.N.

<sup>324</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 343 (Autokran, 1985). Dem ist zuzustimmen; eben deshalb wird unten in diesem Teil unter E. versucht, eine Formel aufzustellen, die nicht abstrakt auf die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens fokussiert, sondern einen Maßstab für die im Einzelfall zu konkretisieren Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft aufstellt.

<sup>325</sup> Hier kann nicht näher auf die unendlichen Möglichkeiten eingegangen werden, die das herrschende Unternehmen hat, um Einfluß auszuüben: Führung der abhängigen Gesellschaft wie eine Betriebsabteilung, Organverflechtung, Finanzlenkung etc.; vgl. hierzu etwa Hommelhoff, Konzernhaftung nach Video (1992), S. 309ff. oder Emmerich / Sonnenschein, Konzernrecht, 4. Aufl. (1991), S. 381.

<sup>326</sup> Vgl. bereits Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), 309 m.w.N.

<sup>327</sup> So ausdrucksstark und dies am TBB-Urteil illustrativ durchspielend Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 411f., 420.

<sup>328</sup> Vgl. Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), S. 309 bzw. im Gutachten zum 59. Deutsche Juristentag (1992), S. G28.

<sup>329</sup> BGHZ 122, 123, 131 (TBB, 1993), und hierzu statt aller Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 128. Zwar wird teilweise erwartet, daß der Bundesgerichtshof versuchen wird, den Tatbestand des qualifizierten faktischen Konzerns in weiteren Entscheidungen weiter konkretisieren wird, vgl. als Richter des entscheidenden Senats, Goette, Haftungsvoraussetzungen im qualifiziert faktischen Konzern (1993) S. 571. Nach hier vertretener Auffassung, vgl. in extenso die Ausführungen hierzu unten in diesem Teil unter E.I., bedarf es keiner Tatbestandspräzisierungen,

Ausübung der Konzernleitungsmacht zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft in einer Weise, die keine angemessene Rücksicht auf die Belange - in dieser Arbeit verstanden als Eigeninteresse - der abhängigen Gesellschaft nimmt.<sup>330</sup>

Bei den sogenannten qualifiziert faktischen Konzernverhältnissen fehlt es am typischen Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter,<sup>331</sup> wenn ein Gesellschafter noch anderweitige unternehmerische Interessen verfolgt und diese durch seine Einwirkungsmöglichkeiten in der abhängigen Gesellschaft durchsetzen kann<sup>332</sup>. Es kommt zu einer Vernachlässigung der Eigenständigkeit der Einzelgesellschaft<sup>333</sup> und des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft und damit zu einer besonderen Gefährdungslage.<sup>334</sup> Dieser Zustand entspricht nicht dem gesetzlichen Leitbild einer autonomen Gesellschaft, die ihre Belange nach eigenständigen Zielvorstellungen verfolgt;<sup>335</sup> denn das Interesse des herrschenden Unternehmens kann in der abhängigen Gesellschaft aufgrund der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens durchgesetzt werden. Eine Benachteiligung im Fremdinteresse ist jedoch nicht erlaubt,<sup>336</sup> und so führt der Mißbrauch von Leitungsmacht zum Schaden der abhängigen Gesellschaft unter Mißachtung von deren Eigenständigkeit zur Haftung des herrschenden Unternehmens. Der geforderte Mißbrauch liegt dabei vor, wenn eine unangemessene Benachteiligung der Eigeninteressen der abhängigen Gesellschaft vorliegt, die nicht ausgeglichen wird. Die Interessenbeeinträchtigung ist somit der zentrale Haftungsgrund im qualifiziert faktischen Konzern.<sup>337</sup> Dieser Haftung liegt dabei eine Risikoeinschätzung zugrunde, die eine Pflicht zur Übernahme des Risikos beinhaltet, soweit dies sich aus der Einbindung der abhängigen Gesellschaft in die übergeordneten Interessen ergibt.<sup>338</sup>

---

sondern einer wertenden Konkretisierung dieser Eigeninteressenbeeinträchtigung bzw. -wahrung im Einzelfall.

<sup>330</sup> Vgl. zur mißbräuchlichen Ausübung von Leitungsmacht Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 130. Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 382 meint dagegen, im TBB-Urteil würde eben nicht mehr von einer Verdrängung des Eigeninteresses gesprochen, will also die eigenen Belange der GmbH streng von dem Begriff des Eigeninteresses trennen. In dieser Arbeit wird die Wahrung des Eigeninteresses als haftungsrechtlicher Maßstab gegenüber den Gläubigern aufgefaßt, die angeführte Sonderung Kriegers bezieht sich dagegen auf das Verhältnis von Eigen- und Konzerninteresse, vgl. hierzu auch insgesamt unten in diesem Teil unter E.I., wo unter E.I.3.a. von einem Eigeninteresse, das als materielle Größe zu einem Konzerninteresse in ein Verhältnis gesetzt werden könnte, Abstand genommen wird: das Eigeninteresse als *Haftungsmaßstab* wird in dieser Arbeit lediglich als relative Größe zur Beurteilung der Frage, ob gemessen an der konkreten - durch die Treubindung geschuldeten, vgl. unter E.II., Pflicht zur Wahrung desselben eine Haftung begründet wird oder die Haftungsbegrenzung aufrechtzuerhalten ist.

<sup>331</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 334.

<sup>332</sup> Vgl. BGHZ 122, 123, 126.

<sup>333</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 345; vgl. zum Eigeninteresse als Eigenständigkeitsinteresse oben in diesem Teil unter A.V.2.b.

<sup>334</sup> Vgl. BGHZ 107,7, S. 15.

<sup>335</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, S. 341.

<sup>336</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 193.

<sup>337</sup> Vgl. BGHZ 122, 123, 131 (TBB, 1993).

<sup>338</sup> Vgl. BGHZ 115, 187, S. 194 und oben in diesem Teil unter A.III.

Nicht zuletzt um der Wirtschaft die Möglichkeit einer klaren und transparenten Risikoordnung zu gewährleisten, enthält die optionale Vertragskonzernregelung in § 302 eine Verlustübernahmepflicht<sup>339</sup> als haftungsrechtliche Folge eines Organisationstatbestandes.<sup>340</sup> Die Verlustübernahmepflicht nach § 302 AktG ist verschuldens- und verhaltensunabhängig.

Allein aus dem Grund, daß jemand eine juristische Person beherrscht, haftet der Betreffende weiterhin nicht, *"denn die Beherrschung an sich gefährdet noch nicht die Interessen der Gläubiger"*.<sup>341</sup> Die besondere Haftung bei verbundenen Unternehmen *"beruht darauf, daß sich in bestimmten Konzernlagen wegen der infolge der Dichte der Einflußnahme des herrschenden Unternehmens unübersichtlich gewordene Verhältnisse einzelne schädigende Eingriffe nicht isolieren lassen."*<sup>342</sup> Die Haftungsursache liegt in der Interessenbeeinträchtigung der abhängigen Gesellschaft.<sup>343</sup>

Der Bundesgerichtshof hat hierzu im TBB-Urteil nicht ausdrücklich Stellung genommen, und es finden sich außer verstreuten Stichworten, die lediglich indizierend, aber nicht aussagekräftig sind, keine klaren Anhaltspunkte für die Art der Haftungsgrundlage.<sup>344</sup> In der fortdauernden Diskussion um die Haftungsgrundlage im qualifiziert faktischen Konzern wird nach<sup>345</sup> dem TBB-Urteil<sup>346</sup> des Bundesgerichtshofs verbreitet

<sup>339</sup> Zu den Grundlagen, der Dauer und des Umfangs der Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens zum Schutz einer qualifiziert abhängigen GmbH statt aller mit den hier ausgelassen Differenzierungen Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 158ff.

<sup>340</sup> Erwähnenswert ist hierzu die etwa von K. Schmidt, Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis (1983) S. 517 vertretene Meinung, die Verlustübernahmepflicht sei gesetzlich geschuldet, und der Unternehmensvertrag lediglich die tatbestandliche Voraussetzung, an die im Vertragskonzernverhältnis angeknüpft werde. Vgl. zur Kritik hieran darstellend etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 175. Hier sei dazu angemerkt, daß wo im deutschen Recht der Unternehmensvertrag fehlt, das herrschende Unternehmen jedoch von seiner Weisungsbefugnis in einer dem Vertragskonzernverhältnis ähnelnden Weise Gebrauch macht, nämlich im qualifiziert faktischen Konzern, zwar an die für eine Verlustübernahmepflicht vorausgesetzte Leitungsdichte angeknüpft wird, daß die Pflicht jedoch nicht gesetzlich, sondern aufgrund der Treubindung geschuldet wird; vgl. dazu unten in diesem Teil unter E.II.5.c. und IV.2.

<sup>341</sup> Vgl. so schon vor der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern z.B. BGHZ 68, 313 S. 320 und hierzu oben in diesem Teil unter C.V.4.

<sup>342</sup> Vgl. BGHZ 122, 123, 127.

<sup>343</sup> So erkennt dies im Ansatz auch K. Schmidt, Konzernhaftung nach TBB (1993), S. 551, der dabei von Verhaltens- und nicht von Organisationserwägungen ausgeht.

<sup>344</sup> Vgl. so bereits Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 416, der meint, dieses Schweigen des Bundesgerichtshofs geschehe aus gutem Grund. Rechtsvergleichend ist insofern interessant, daß in England und Frankreich in den Entscheidungen zur Haftung für Tochtergesellschaften haftungsbegründende Elemente ohne klare Abgrenzung der jeweiligen Faktoren in den einzelnen Entscheidungen zusammen auftreten; vgl. dies aufgreifend nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 766ff. Vgl. rechtsvergleichend zur Bedeutung der Frage einer strukturabhängigen und einer verhaltensbedingten Haftung etwa Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), passim und explizit S. 164ff. zu strukturabhängiger, verhaltensbedingter und erklärungsbedingter (bzw. Vertrauens-) Haftung. Diesem entspricht, daß gerade für die auf die Momente des Einzelfalles abstellende Gerichte eine flexible, an offenen Tatbeständen ausgerichtete Regelung besser handhabbar ist; vgl. hierzu das oben im zweiten Teil unter F. Gesagte.

<sup>345</sup> Der Literaturstreit soll hier nicht aufgenommen werden, es soll jedoch erwähnt werden, daß die Entwicklung der Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns auch theoretisch sehr umstritten gewesen ist, so hat etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 105 von wenig zufriedenstellenden dogmatischen Ansätzen gesprochen und K. Schmidt, Verlustausgleichspflicht und Konzernleitungshaftung (1989), S. 545 von Theorienlosigkeit.

angenommen, daß es sich beim qualifiziert faktischen Konzern um eine Verhaltenshaftung handelt.<sup>347</sup> Das in der mangelnden Rücksichtnahme<sup>348</sup> oder fehlender Berücksichtigung liegende Verhaltenselement ist als Pflichtverletzung denn auch eindeutig ein zentrales Tatbestandselement.

Gleichzeitig knüpft die Haftung an die besondere Gefährdungslage im verbundenen Unternehmen an. Aus Richtersicht scheint der *durch ein Verhalten geschaffene Zustand den Haftungsgrund darzustellen*. Der Zustand bezeichnet hierbei die Möglichkeit, die abhängige Gesellschaft zu einem Instrument der ihrem Eigeninteressen übergeordneten Fremdinteresse zu machen; das haftungsbegründende Verhalten ist das Gebrauchmachen von dieser Möglichkeit, die gesetzliche Wertung geht hiervon aus.<sup>349</sup> Ob die Rechtsprechung an diesem Punkt eine Verhaltens- oder etwa eine verschuldensunabhängige Haftung - eine Zustands-, Struktur oder Gefährdungshaftung<sup>350</sup> mit besonderer Beweislastverteilung ausdrückt, ist derzeit eine noch nicht endgültig geklärte Frage der dogmatischen Einordnung.<sup>351</sup>

Der Versuch einer solchen Zuordnung erscheint fruchtlos. Dies gilt besonders bei Berücksichtigung der Rolle des Richters z.B. bei der Frage der Haftungsart oder der Frage der Beweislastverteilung.<sup>352</sup> Es gibt keinen zwingende Ansatz, das Haftungskonzept eindeutig einer Kategorie der Verhaltens- oder Konzernleitungshaftung auf der einen bzw. der Zustands- oder Strukturhaftung auf der anderen Seite zuzuordnen.<sup>353</sup> Richtig erscheint nach hier vertretener Auffassung, daß die Haftung im

<sup>346</sup> Vgl. darstellend etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 111ff., und zur reichhaltigen Diskussion vor BGHZ 122, 123 (TBB, 1993), auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 285ff. m.z.w.N.

<sup>347</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG (1994), Anh. § 13, Rn. 17; Kowalski, TBB - Rückkehr zu Autokran (1993), S. 253ff., K. Schmidt, Konzernhaftung nach TBB (1993), S. 549ff.; Kropff, TBB und das Aktienkonzernrecht (1993), S. 487; Ebenroth/Wilken, Beweislast und Gesellschafterhaftung im qualifizierten faktischen Konzern (1993), S. 558ff.; auch Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 378 sieht im TBB-Urteil eine Entwicklung von einer Struktur- zu einer Verhaltenshaftung.

<sup>348</sup> Vgl. nur BGHZ 116, 37, S. 42 (Stromlieferung, 1991); BGHZ 122, 123, 130 (TBB, 1993).

<sup>349</sup> Vgl. so den BGH-Richter Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1519.

<sup>350</sup> Vgl. hierzu die Darlegung der Diskussion bei H.P. Westermann, TBB-Urteil - ein Neuanfang (1993), S. 546 m.w.N.; vgl. anschaulich auch Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 417.

<sup>351</sup> Zur Art der Haftung gibt es auch zahlreiche interessante Überlegungen: so wird etwa statt von Verhaltens- von einer Verletzungshaftung und statt von Struktur- von Gefährdungshaftung gesprochen, vgl. Ulmer, Vermutungs- und Beweisfragen (1992), S. 71; konkret soll damit der Unterschied bei der Anknüpfung der Haftung hervorgehoben werden: ob die konkrete Gefährdung oder aber die Beeinträchtigung des Eigeninteresses als Folge der qualifizierten Konzernierung den Haftungsgrund darstellt. Die Konzernverantwortung ist dabei nicht als Strafe für pflichtwidriges Verhalten, sondern als natürliche Konsequenz eigener früherer Entscheidungen aufzufassen; dieser Gesichtspunkt der Verhaltenshaftung findet sich so bei Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 89.)

<sup>352</sup> Vgl. schon Lutter in Hommelhoff/Stimpel/Ulmer (Hrsg.), Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifiziert faktische Konzern (1992), S. 197f.; vgl. hierzu für den in dieser Arbeit gewählten Ansatz insgesamt unten im dritten Teil unter E.III.

<sup>353</sup> Vgl. zur Unterscheidung etwa Wiedemann, Spätlese zu Autokran (1986), S. 664.

qualifiziert faktischen Konzern Elemente beider<sup>354</sup> Haftungstypen beinhaltet: (1) Das Strukturelement liegt in der zur nachhaltigen Beeinträchtigung führenden besonderen Gefährdungslage<sup>355</sup> und (2) das Verhaltenselement<sup>356</sup> liegt eben in der kompensationslosen nachhaltigen Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft. Das Haftungskonzept hat somit zwei Gesichter: es ist, weil es schädigende Vorgänge verlangt, Verhaltenshaftung, und weil diese an organisatorische Gegebenheiten anknüpft, besitzt sie strukturelle Elemente.

Für die zentrale Frage nach den Wertungen, ist festzuhalten, daß das auf die Autokran-Entscheidung zurückgehende Haftungskonzept sich innerhalb der Wertungen des Gesetzes hält. Die Rechtsfortbildung des Bundesgerichtshofes knüpft an die Wertungen des geltenden GmbH- und AktG an, es läßt sich kein Wertungswiderspruch zum Ausschluß der persönlichen Haftung erkennen.<sup>357</sup> Auf die Wertungstimmigkeit dieses Zusammenspiels von Struktur- und Verhaltenselementen ist zurückzukommen.

---

<sup>354</sup> So im Bezug auf die Belange des abhängigen Unternehmens Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 113 m.w.N.; früh bereits Wiedemann, Spätlesung zu Autokran (1986), S. 664; vgl. auch Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 375ff. und bereits dens., Tatbestand des qualifizierten faktischen Konzerns (1992), S. 42ff., wo bereits dies - scheinbar Selbstverständliche - des Tatbestands des qualifizierten faktischen Konzerns betont wird, nämlich (1) der Konzerntatbestand und (2) der Qualifizierungstatbestand. Kropff, TBB und das Aktienkonzernrecht (1993) spricht ebenso von den zwei Voraussetzungen des Konzernzustandes und des haftungsbegründenden Verhaltens.

<sup>355</sup> Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 417 meint die Struktur der Verbindung wird regelmäßig allenfalls gewisse Indizien dafür liefern können, wie die Interessenlage in der abhängigen Gesellschaft beschaffen ist. Hommelhoff, aaO., kommt es entscheidend auf die Interessenlage in der abhängigen Gesellschaft an, und deshalb ist für ihn die Haftung in der qualifizierten Unternehmensverbindung als Zustandshaftung einzuordnen, nämlich als Haftung für die Verdrängung der Eigeninteressen der abhängigen Gesellschaft. Dabei betont Hommelhoff, aaO. S. 419, den verbundsspezifischen Ansatz des deutschen Rechts, da eben nur der Interessenumbruch die Aufhebung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips rechtfertigt.

<sup>356</sup> Ob es sich bei diesem Verhaltenselement um ein Erfordernis schuldhaften Verhaltens handelt (so etwa Lutter, Gefahren persönlicher Haftung (1994) S. 130), oder ob es sich um ein zwar rechtswidriges, aber nicht notwendig schuldhaftes Gesellschafterverhalten bei Ausübung der Leitungsmacht handelt (so etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 131 m.w.N.), oder ob für Verschuldenselemente im Tatbestand der qualifizierten faktischen Unternehmensverbindung kein Raum ist (Hierzu etwa Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 415, 420) soll hier nicht vertieft werden.

<sup>357</sup> So auch das BVerfG zur Verfassungsklage zum Video-Urteil, abgedruckt in NJW 1993, S. 2600, 2601, vgl. hierzu auch Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 116.



## **D: Systematische Betrachtung zur konzernspezifischen Haftung**

Da nun die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für die autonome Kapitalgesellschaft dargelegt,<sup>1</sup> die Rolle der abhängigen Kapitalgesellschaft im verbundenen Unternehmen<sup>2</sup> und die sich hieraus ergebene Problematik<sup>3</sup> präsentiert und daraufhin die materiellrechtlichen Haftungsfragen für die abhängige Kapitalgesellschaft vorgestellt wurden<sup>4</sup>, sind anschließend<sup>5</sup> die dabei zutage getretenen Wertungen mit dem hier vorgestellten Regelungsansatz<sup>6</sup> zu verbinden. Um diesen Regelungsansatz verfolgen zu können, sind vorher jedoch die Einbettung des konzernspezifischen Regelungsansatzes in das Haftungsrecht<sup>7</sup> und die Rechtsfolgen der spezifischen Verantwortlichkeit<sup>8</sup> zu untersuchen.

### **I. Konzernspezifische oder allgemeine Haftung?**

Gerade bei Betrachtungen zur Regelungsart ist es wichtig, sowohl Grundgedanken als auch dogmatische Einzelzusammenhänge darzustellen. Es ist deshalb wichtig zu betonen, daß es in Deutschland Tendenzen gibt, die konzernrechtliche Haftungsnorm aufzugeben und sich auf die Schutzinstrumente des allgemeinen Zivilrechts zu besinnen.<sup>9</sup> So wird etwa vertreten, daß das Autokran-Urteil, der "starting-point" der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern,<sup>10</sup> eine Reaktion auf die dogmatische Durchsetzung der Normzwecklehre sei,<sup>11</sup> deren Anliegen es eben sei, Durchgriffe zurückzubeziehen auf die allgemein zivilrechtlichen Rechtsbehelfe, "*sozusagen das Zivilrecht auf das Phänomen der juristischen Person einzustellen.*"<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B. und C.

<sup>2</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter D.

<sup>3</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter A.

<sup>4</sup> Vgl. insgesamt oben in diesem Teil unter C.

<sup>5</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter E.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu das oben im zweiten Teil Gesagte.

<sup>7</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter D.I.

<sup>8</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter D.II.

<sup>9</sup> Vgl. illustrativ zur Einbindung der Konzernhaftung in das allgemeine Zivilrecht auch die Diskussionsbeiträge auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht R, besonders deutlich etwa Schanze, Sitzungsbericht R. S. 116. Auf diesem 59. Deutschen Juristentag wurde so auch der Beschluß diskutiert, ob die Rechtsprechung ihre konzernrechtliche Haftungsregel zum Haftungsverbund im qualifiziert faktischen Konzern aufgeben sollte und sich auf die Schutzinstrumente des allgemeinen Zivil- und Gesellschaftsrecht besinnen sollte (Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages, Abt. F, III. 3.a.). Das Abstimmungsergebnis fiel zugunsten der konzernrechtlichen Haftungsregel aus, für den zivil- und gesellschaftsrechtlichen Ansatz gab es jedoch 27 der abgegebenen 65 Stimmen.

<sup>10</sup> Vgl. zu BGHZ 95, 330 (Autokran, 1985) oben in diesem Teil unter C.V.5.a.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu Schanze auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht R. S. 117. Vgl. zur Rückkehr in die dogmatischen Einzelzusammenhänge gesellschaftsrechtlicher Zurechnung als Programm eines konzernspezifischen Gläubigerschutzes etwa dens. „Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 488ff. und für einen Ausbau der Geschäftsführerhaftung bei Konkursverschleppung etwa dens., Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 380.

<sup>12</sup> So etwa Schanze auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht R. S. 117; vgl. hierzu die Ausführungen oben im ersten Teil unter B.3.2. und B.IV.2.

Wenn von dieser Seite zum Beispiel die Auffassung vertreten wird, die rechtspolitische Begründung eines qualifizierten Gläubigerschutzes könne sich allenfalls auf Hypothesen beziehen und besonders auf die, daß Konzernstrukturen an sich besondere Schädigungspotentiale für Gläubiger beinhalten,<sup>13</sup> so kann jedoch nicht gegen einen konzernspezifischen Gläubigerschutzansatz argumentiert werden. Es wird allerdings der Punkt hervorgehoben, in dem der verbundsspezifische Regelungsansatz sich von dem auf die Instrumente des klassischen Zivil-, Gesellschafts- und Konkursrechts aufbauenden Ansatz unterscheidet: eben weil die Grundwertung besteht, daß aufgrund einer gesellschaftsrechtlich begründeten Abhängigkeit die freie Willensbildung und ein Ausrichten der abhängigen Gesellschaft an seinem Eigeninteresse<sup>14</sup> nicht möglich ist, ist es im AktG von 1965 und in der auf diese Wertung aufbauenden Rechtsprechung in Deutschland zu einer Sonderregelung gekommen. Dies war eine bewußte Wertung, denn das AktG 1937 hatte trotz Bewußtsein um die Sonderproblematik der verbundenen Unternehmen noch nicht zwischen gesellschaftsrechtlich begründeter und anderer Abhängigkeit<sup>15</sup> unterschieden.

Allerdings sollten auch grundsätzlich erst die allgemeinen Lehren des Gesellschaftsrechts auf Kapitalgesellschaften angewendet werden, bevor auf die spezifischen Regeln für verbundene Unternehmen zurückgegriffen wird.<sup>16</sup> Mit anderen Worten: Wenn sich bei einer kapitalgesellschaftsrechtlichen Frage verbundsspezifische Aspekte ergeben, ist, stets daran zu denken, daß die kapitalgesellschaftsrechtliche Gesetzgebung auf die einzelne Gesellschaft als Teil eines Unternehmensverbands anzuwenden ist. Wo jedoch verbundsspezifische Verwerfungen auftreten, insbesondere wo die Schutzinstrumente des klassischen Gesellschaftsrecht nicht ausreichen, um die besonderen Probleme im Recht der verbundenen Unternehmen in den Griff zu bekommen, sollte nicht krampfhaft versucht werden, die allgemeinen Grundsätze zu überstrapazieren. Hier sind auf den Wertungen der bestehenden Rechtsordnung aufbauend neue und angemessene Lösungen zu erarbeiten.

### **1. Rechtsnormen bei Funktionsunfähigkeit der spezifischen Regelung**

Die Rechtsfragen im Recht der verbundenen Unternehmen erfahren im deutschen Recht nur eine systematische Teilregelung. Auf die Wertungen dieser Teilregelung ist im Rahmen der Wertungen der Gesamtrechtsordnung aufzubauen, wenn diese Teilregelung nicht greift oder nicht funktionsfähig ist. Dies sei am Beispiel der abhängigen GmbH beim Fehlen eines Beherrschungsvertrags illustriert:

---

<sup>13</sup> Vgl. so etwa Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 479.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu die Darstellung der Interessenlage oben in diesem Teil unter A.V. und für die Haftungsproblematik unten in diesem Teil unter E.

<sup>15</sup> Vgl. zur Existenz dieses Bewußtseins um die Probleme etwa Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931), etwa S. 6. Vgl. insgesamt hierzu auch die Darstellung oben im zweiten Teil dieser Arbeit unter E.III.

<sup>16</sup> Vgl. K. Schmidt, Unternehmensbegriff (1994), S. 190.

Die Verantwortlichkeit beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages ist für die Aktiengesellschaft laut deren Überschrift in den §§ 311 bis 318 AktG geregelt. Wenn nun jedoch die §§ 311ff. AktG nicht funktionsfähig und damit nicht zur Lösung eines Problems heranzuziehen sind, ist zu überlegen, welche anderen Normen eingreifen. Für die GmbH hat - wie oben dargelegt<sup>17</sup> - der Bundesgerichtshof auf die Wertungen der §§ 302 und § 303 zurückgegriffen und im Wege der Rechtsfortbildung den Haftungstatbestand des qualifiziert faktischen Konzerns herausgebildet. Von denjenigen, die zur Lösung der Haftungsfrage auf allgemeine zivilrechtliche Instrumente zurückgreifen möchten, wird der qualifiziert faktische Konzern als eine 'Idee' der Richter dargestellt, einen direkten Haftungstatbestand aus §§ 302, 303 AktG zu entwickeln.<sup>18</sup> Die Richtigkeit dieser Rechtsentwicklung wird dabei in der Diskussion angezweifelt.<sup>19</sup>

Die Figur des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns soll hier nicht bewertet werden. Hervorzuheben ist jedoch, daß es bei dieser Rechtsfortentwicklung letztlich doch um die ganz einfache Anwendung folgender gesetzlicher Wertung<sup>20</sup> geht: Wo ein herrschendes Unternehmen ohne wirksamen Beherrschungsvertrag eine qualifizierte Abhängigkeit verwirklicht, die der besonderen Gefahrenlage im Vertragskonzern entspricht, muß es die Schutzgedanken, wie sie in der Vertragskonzernregelung Ausdruck gefunden haben, auch beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages gegen sich gelten lassen.<sup>21</sup>

Warum dies so sein muß, ist in diesem Abschnitt anhand der der Regelung zugrundeliegenden Wertungen darzustellen.<sup>22</sup> Vorher sind jedoch die flankierende rechtliche Regelung (§ 117 AktG) und die ursprünglichen Überlegungen zur Haftungsverfassung im Recht der verbundenen Unternehmen (E § 284 des Referentenentwurfes) vorzustellen, da diese Regelungen die - teilweise abgeänderte - Konzeption der Verantwortlichkeit des Aktiengesetzes veranschaulichen.

---

<sup>17</sup> Vgl. zum qualifiziert faktischen Konzern oben in diesem Teil unter C.V.5.

<sup>18</sup> So etwa auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht R. S. 117, wo von einer 'Stimpel'schen Idee' gesprochen wurde, und der als 'Krebsbegriff' (aaO) bezeichnete Haftungstatbestand des qualifiziert faktischen Konzerns mit diesem Personen-, bzw. Richterbezug mit dem zuständigen II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes verbunden wird.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu illustrativ insgesamt die Diskussion auf dem 59. Deutschen Juristentag (1992), Sitzungsbericht R, passim.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu bereits oben in diesem Teil unter C.V.5.d. und g.

<sup>21</sup> So etwa Flume, Die juristische Person (1985), S. 130 und ders., Das Video-Urteil (1992), S. 27.

<sup>22</sup> Vgl. die Erwägungen zum spezifischen Ansatz gleich unten in diesem Teil unter D.II.

## **2. § 117 AktG: Schadensersatz bei Beeinflussung der Gesellschaft**

Der dritte Abschnitt des 1. Buches des Aktiengesetzes trägt den Titel *Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft*. Es ist bemerkenswert, daß dieser Abschnitt nur eine Vorschrift enthält: Die Schadensersatzregelung des § 117 AktG. Die Bestimmung soll zum einen die *Autonomie der Willensbildung* innerhalb der Verwaltung der Aktiengesellschaft sichern, und zum anderen geht es der Bestimmung um den *Vermögensschutz der Gesellschaft* sowie deren Aktionäre gegen eine von außen veranlaßte Schädigung. Dieser Sinn und Zweck des § 117 AktG ist treffend als *'das doppelte Schutzgut'* der Regelung bezeichnet worden.<sup>23</sup>

Das Gesetz hebt in § 117 Abs. 1 AktG verpflichtet Aktionäre zum Schadensersatz, wenn sie unter Benutzung ihres Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied der Verwaltung dazu bestimmen, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Auf diese Weise wird die faktische Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung in der Gesellschaft geahndet. Der Gehalt von § 117 Abs. 1 wird besonders deutlich bei einer Betrachtung des § 117 Abs. 7 Ziff. 1, wonach eine *'Bestimmung zur schädigenden Handlung durch Ausübung des Stimmrechts auf der Hauptversammlung'* nicht zum Schadensersatz führt.<sup>24</sup>

In dieser Arbeit interessieren sowohl der Schutz der Autonomie der Gesellschaft, der von § 117 bezweckte Schutz des Gesellschaftsvermögens als auch der Schutz der Aktionäre durch Schadensausgleich, soweit deren Schaden nicht über den Schadensausgleich bei der Gesellschaft ausgeglichen wird.<sup>25</sup> Im folgenden soll deshalb die Bedeutung dieser Bestimmung für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen untersucht werden. Um diese Bedeutung zu verstehen, empfiehlt sich einleitend ein Blick auf den Werdegang der Bestimmung.

### **a. Entwicklung zu § 117 AktG**

Die gesetzliche Regelung des Schadensersatzes wegen unzulässiger Einflußnahmen auf ein rechtlich selbständiges Unternehmen zerfällt zeitlich gesehen in drei Abschnitte.<sup>26</sup>

Im ersten Zeitabschnitt vom Anfang des Jahrhunderts bis zum Aktiengesetz von 1937<sup>27</sup> galt die Schadensersatzregelung des allgemeinen BGB-Deliktsrechtes. Danach beurteilte sich die Haftung wegen unzulässiger Einflußnahme auf eine Aktiengesellschaft wie bei

<sup>23</sup> Diese schöne Ausdrucksweise findet sich bei Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 96.

<sup>24</sup> Vgl. etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 276 und gleich unten unter b.

<sup>25</sup> Vgl. statt aller Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002), § 117 Rn. 1.

<sup>26</sup> So und hierzu insgesamt etwa Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 94. Vgl. hierzu auch die Ausführungen zur rechtsgeschichtlichen Einordnung oben im ersten Teil unter E.

<sup>27</sup> Vgl. das Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937 (RGBl. I S. 107, berichtigt S. 588) und insgesamt die Einordnung oben im zweiten Teil unter E.II. und III.

allen anderen Unternehmen ohne Rücksichtnahme auf deren Rechtsform nach §§ 823 Abs. 1 und 826 BGB.<sup>28</sup>

Nach der Aktienrechtsreform galt von 1937 bis zum Aktiengesetz von 1965 der § 101<sup>29</sup> des AktG 1937 als allgemeine Haftungsnorm. Diese Bestimmung beinhaltete erstmalig das allgemeine Verbot jeder vorsätzlichen gesellschaftsschädigenden Einflußnahme auf die Gesellschaft zur Verfolgung von Sondervorteilen und richtete sich gegen einen Mißbrauch des Einflusses Dritter auf Mitglieder der Verwaltungsorgane.

Das heute geltende Recht enthält in § 117 AktG die aktienrechtliche Haftungsklausel.<sup>30</sup> § 117 sieht für Personen, die Einfluß auf die Gesellschaft ausüben können, grundsätzlich eine Haftung für gesellschaftsschädliches Verhalten vor. Die Norm knüpft an ein Verhalten an, ist nach Entstehungsgeschichte und Formulierung ein besonderer Tatbestand des Deliktsrechts<sup>31</sup> und ergänzt § 826 BGB.<sup>32</sup> Die heute geltende Regelung ist dabei eine Ausdifferenzierung des früheren § 101 AktG 1937 in die allgemeine Haftungsnorm des § 117 AktG und in eine Sonderrechtsordnung für verbundene Unternehmen in den §§ 15ff und 291ff AktG.<sup>33</sup> Diese Aufsplitterung der Haftungsregelung des geltenden AktG für Nachteilszufügungen in eine Generalklausel und eine Sonderregelung sollte man sich systematisch vergegenwärtigen: Dabei werden nämlich zum einen das Zusammenspiel und die Verzahnung<sup>34</sup> von allgemeiner und verbundsspezifischer Regelung deutlich, und zum anderen wird hieran offenbar, daß die

<sup>28</sup> Vgl. hierzu Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 94.

<sup>29</sup> Vgl. zu Wortlaut und Inhalt des § 101 AktG 1937 oben im zweiten Teil unter E.III. Es sei angemerkt, daß mit § 101 nicht die - damals nicht wie heute in der Diskussion stehende - Treupflicht normiert wurde, sondern ein Verbot der Verleitung zur strafrechtlichen Untreue nach § 266 StGB; vgl. wie hier Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.78 und im Ansatz bereits Hommelhoff, Konzernleitungspflicht S. 26f. Interessanterweise abweichend dagegen C. E. Fischer, Reform des Aktiengesetzes (1955), S. 238f., der vertritt, das RG habe (insofern wohl unstreitig) bereits vor der NS-Epoche des Aktienwesens nach und nach die Grundsätze der Treupflicht der Aktionäre entwickelt (im Argumentationsgang ähnlich Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 147.) und damit den Boden des früher geltenden "Vereinsprinzips" verlassen und dem internen Verhältnis der Aktionäre zueinander und zur AG eine Auslegung gegeben, die sich einem "Vertragsverhältnis" annähere. C.E. Fischer geht aaO. davon aus, daß 101 AktG 1937 einerseits dieser allgemein anerkannten neueren Rechtsprechung eine gesetzliche Grundlage gebe - nur hätte der Vorrang des Konzerninteresses als Konzernwohl, "eine zynische Alliteration an das satzsam bekannte NS-Schlagwort: Gemeinnutz geht vor Eigennutz", Eingang in das Gesetz gefunden und dies sei damit auf halben Wege stehen geblieben.

<sup>30</sup> So die Bezeichnung von Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 155.

<sup>31</sup> Vgl. nur Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 8.; vgl. auch BGH vom 22.6.1992 (= NJW 1992, 3167 = ZIP 1992, 1464); vgl. auch BGHZ 129,136 vom 20.3.1995 (= NJW 1995, 1739 ZIP 1995, 819 = DB 1995, 1064, 1069, Girmes), in Anschluß an diese Entscheidung meint Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 117 Anm. 2, der § 117 AktG ebenso dem Deliktsrecht zuordnet, daß soweit eine schädliche Einflußnahme von Aktionären ausgeht, deren Haftung heute auch als solche aus Verletzung der mitgliedschaftlichen Treubindungen konzipiert werden könnte m.w.N.

<sup>32</sup> Vgl. Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 155. Vgl. zur Bedeutung der guten Sitten für die Ausformung der Generalklausel auch die Darstellung im zweiten Teil unter D.III.1.

<sup>33</sup> So Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 94. Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 186 bezeichnet § 117 AktG als das gesellschaftsspezifische Deliktsrecht; letzterer, aaO. S. 197 meint verdeutlicht zu haben, daß bereits das geltende deutsche Deliktsrecht für die Sanktionierung vorsätzlicher, gesellschaftsschädigender Einflußnahmen auf die Geschäftsleitung über ein durchaus brauchbares Konfliktlösungspotential verfügt.

<sup>34</sup> Vgl. nur § 117 Abs. 7. Nr. 2 und gleich unten in diesem Teil unter D.I.2.c.

Regeln zur Verantwortlichkeit im dritten Buch des AktG eben nur *ein* Teil der gesetzlichen Gesamtregelung sind.

Dementsprechend sei zur Entstehungsgeschichte des § 117 AktG betont: Es gab zahlreiche Gründe für die aktienrechtliche Regelung der verbundenen Unternehmen. Zur Umsetzung der gesetzgeberischen Wertungen konzernspezifischer Art wurde dabei die Ausdifferenzierung der Haftungsregelung nötig, weil die allgemeine Haftungsklausel für die spezifischen Problemlagen nicht mehr als hinreichend erachtet wurde.<sup>35</sup> Diese allgemeine Generalklausel blieb jedoch *neben* der Sonderregelung bestehen. Die im folgenden in mente zu habende Fragestellung ist, ob die Verantwortlichkeit und damit die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen nicht weniger Verwerfungen ergeben und eine höhere Akzeptanz erhalten hätte, wenn der Gesetzgeber zur Regelung der Verantwortlichkeit außerhalb der Vertragskonzerne neben die allgemeine Generalklausel des § 117 für gesellschaftsrechtlich schädigende Einflußnahmen eine konzernspezifische Generalklausel gestellt hätte.

### **b. Haftungstatbestand des § 117 AktG**

§ 117 hat durch die Sonderregelung des Dritten Buches des AktG im wesentlichen nur noch für gesellschaftsschädliche Einflußnahmen außerhalb der verbundenen Unternehmen Bedeutung. Er schützt gegen derartige Einflußnahmen nur noch außerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 291ff.<sup>36</sup> Die §§ 291ff. haben jedoch nicht alle Probleme des Rechts der verbundenen Unternehmen klären können. Besonders die Haftungsfrage bei zu starken Eingriffen in die Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft und dadurch Verdrängung des Eigeninteresses bei Fehlen eines Unternehmensvertrages, bei denen die für diese Fälle vorgesehenen Regeln der §§ 311ff. sich als nicht funktionsfähig erwiesen haben, hat Regelungslücken des dritten Buches offenbart. Ist nun nur auf die Schutzgedanken des dritten Buches zurückzugreifen, oder sind die Sonderregelungen durch die Regelungen des allgemeinen Gesellschaftsrechts zu ergänzen? Könnte sich nach der gesetzlichen Konzeption ein möglicher Anwendungsbereich des § 117 AktG 1965 bzw. der in ihm enthaltenen Regeln beim Versagen der für die spezifische Regelung notwendigen Schutzmechanismen hier ergeben? Dies soll hier erläutert werden. Dazu ist zunächst der Aufbau des § 117 darzulegen.

---

<sup>35</sup> Kurz und treffend ist die oben in diesem Teil unter A. dargestellte spezifische Gefährdung etwa so ausgedrückt worden, daß, da ein herrschendes Unternehmen selbst einen Erwerbszweck verfolgt, die Gefahr, diesem auch die abhängige Gesellschaft dienstbar zu machen, besonders nahe liegt; vgl. so Würdinger, Aktienrecht (1981), s. 280. Daß diese Aussage implizit den für das Rechtsgebiet zentralen Interessenumbruch ausdrückt, wird deutlich, wenn man die Aussage mit dem oben in diesem Teil unter A.IV. zur Interessenfrage im verbundenen Unternehmen Gesagten vergleicht. Diese qualitative Wertung für eine eigene Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen läßt sich auch im Begriff des herrschenden Unternehmens nach § 17 AktG ablesen, vgl. dazu die Darstellung oben in diesem Teil unter C.II.b.

<sup>36</sup> So etwa Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn.1.

Der Haftungsgrund dieser komplexen Norm besteht aus Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Vorsatz.<sup>37</sup> Es handelt sich bei der Haftung nach § 117 um einen deliktischen Unrechtstatbestand.<sup>38</sup> Dieser Unrechtstatbestand beruht dabei auf der Schädigung der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre dadurch, daß der Betroffene "*unter Benutzung seines Einflusses*" ein "*Mitglied*" der Verwaltung<sup>39</sup> "*dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln*".<sup>40</sup>

Das Handeln der Beeinflußten muß kausal<sup>41</sup> zu einem *Schaden* der Gesellschaft geführt haben und in einem adäquaten Zusammenhang<sup>42</sup> mit diesem gestanden haben.<sup>43</sup> Als Schaden ist dabei jede Vermögensminderung der Gesellschaft oder eines Aktionärs anzusehen.<sup>44</sup> Interessant ist bei Schadensbetrachtungen vor allem die interessenbetonte Ausrichtung des § 117: "*Die Haftungsregel ist darauf ausgerichtet, einen sachgerechten Interessenausgleich bei Schädigung einer Aktiengesellschaft zwischen dieser und ihren Aktionären herbeizuführen*".<sup>45</sup> § 117 sucht dabei "*durch Beseitigung der bei der Gesellschaft eingetretenen Schadensfolgen deren Fortbestand im Interesse aller Aktionäre zu gewährleisten*".<sup>46</sup> Dies ist besonders bemerkenswert, weil sie "*andererseits dem einzelnen Aktionär die Möglichkeit beläßt, einen über die Minderung der Werthaltigkeit der Aktien hinausgehenden, nur bei ihm eintretenden Schaden zu realisieren*".<sup>47</sup> Aus dem in dieser

<sup>37</sup> Vgl. hierzu insgesamt Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 94, der ganz generell die Struktur und das Verhältnis der §§ 117 und 317 untersucht und dabei zu dem Ergebnis kommt, 317 sei lex specialis zu 117 (aaO. S. 112). Diesem ist jedoch nicht zuzustimmen und widerspricht wohl auch der herrschenden Meinung, vgl. entgegen Brüggemeier etwa Flume, Juristische Person (1983), S. 89 m.w.N. sowie die Ausführungen gleich unten.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu außer dem gerade oben in diesem Teil unter D.I.2.a. Gesagten aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes etwa BGH vom 22. Juni 1992, WM 1992, 1812, 1819; BGH 105, 121, 132f. (1988) oder BGH vom 4. März 1985, WM 1985, 717. Aus der einschlägigen Literatur etwa Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn.1ff m.w.N..

<sup>39</sup> Nach § 117 Abs. 1 kann der Einfluß auf die Gesellschaft auf ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten ausgeübt werden.

<sup>40</sup> Über den Inhalt des objektiven Tatbestandes besteht weitgehend Einigkeit, weswegen auf die einschlägige Kommentarliteratur zu § 117 verwiesen wird. Vgl. Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002), Rn. 3f.; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) Rn. 6 sowie 13-21; Mertens im Kölner Kommentar (1973) Rn. 11-12; Meyer-Landruth, Großkommentar AktG (1973), Rn. 1-4 jeweils mit weiteren Nachweisen. Eine eingehende Darstellung des objektiven Tatbestandes findet sich auch bei Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 95.

<sup>41</sup> Vgl. so Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 93, 96 und diesem folgend Hüffer, AktG (1993), § 117 Rn. 5.

<sup>42</sup> So Meyer-Landruth, Großkommentar AktG (1973) § 117 Rn. 4.

<sup>43</sup> Dies ist unstrittig, vgl. zum Schaden insgesamt etwa Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 13 und Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 22; Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 117 Anm. 5.

<sup>44</sup> Wie fast alles zu dem in der Praxis wenig angewandten § 117 ist auch dies unstrittig, Dies ist die ganz herrschende Meinung, vgl. hierzu etwa Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) §§ 117 Rn. 5ff und statt aller MünchHdb.AG/Wiesner (1988) § 27 Rn. 4 m.w.N.; aus der älteren Literatur Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 22; Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 13 oder Meyer-Landruth, Großkommentar AktG (1973), § 117 Rn. 4.

<sup>45</sup> Zitat aus BGHZ 105, 121, 132.

<sup>46</sup> Zitat aus BGHZ 105, 121, 132.

<sup>47</sup> Zitat aus BGHZ 105, 121, 132. Vgl. zur Geltendmachung des Aktionärsschaden auch Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 38; Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 27; Meyer-Landruth, Großkommentar AktG (1973), § 117 Rn. 8.

Arbeit angelegten Blickwinkel der Interessenbewertung ist es bemerkenswert, daß also primär die Interessen der Gesellschaft als solche geschützt sind: Daß in der Interessenbewertung des § 117 vorrangig das Interesse der Gesellschaft geschützt wird, wird eben daran deutlich, daß die Ansprüche des Schadens der Gesellschaft nicht den Aktionären<sup>48</sup>, sondern dieser selbst zustehen, und ebenso daran, daß die Gläubiger der Gesellschaft keinen eigenen Ersatzanspruch haben, sondern (vgl. § 117 Abs. 5) darauf angewiesen sind, den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.<sup>49</sup>

Da es sich bei § 117 um eine deliktische Anspruchsnorm handelt, setzt die Haftung nach § 117 *Rechtswidrigkeit* voraus.<sup>50</sup> Bemerkenswert ist bei der Rechtswidrigkeit die von einem Teil der Literatur verlangte Interessenabwägung, wonach bei jeder die Gesellschaft schädigenden Einflußnahme zu prüfen ist, ob die vermögensmäßige Benachteiligung nicht eventuell im Unternehmensinteresse gerechtfertigt ist.<sup>51</sup> Dies ist für die hier behandelte Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen wertungsstimmig: Denn die § 117 zugrundeliegenden Wertungen sind im Recht der verbundenen Unternehmen immer im Zusammenspiel mit den Regeln der §§ 291ff. zu sehen, da die diesen Regeln zugrundeliegenden Wertungen im gesamten Rechtskreis der verbundenen Unternehmen aufrechtzuerhalten sind,<sup>52</sup> und es eben nicht um die Verletzung leicht faßbarer Rechtsgüter oder Rechte geht.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Der Schaden der Gesellschaft wird vom Vorstand geltend gemacht, dies ist unstrittig; vgl. zur Geltendmachung des Schadens statt aller Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 117 Rn. 8f. m.w.N. auch neuerer Entscheidungen und Literatur.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu auch Meyer-Landruth, Großkommentar AktG (1973), § 117 Rn. 9; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 36; Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 29; Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997), § 117 Rn. 8, 12.

<sup>50</sup> Dies ist ebenfalls unstrittig, vgl. Hüffner, AktG (3. Aufl., 1997), § 117 Rn. 6. Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 14 und Meyer-Landruth, Großkommentar AktG (1973), § 117 Rn. 6 halten dabei jede tatbestandsmäßige Handlung zugleich für rechtswidrig. Andere, z.B. Kropff in Geßler / Hefermehl / Eckardt / Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 23 wollen zur Erfüllung der Rechtswidrigkeit auch ein pflichtwidriges Handeln des Beeinflußten dazu kommen lassen.

<sup>51</sup> So im Anschluß an Geßler, Konzernrecht (1965), S. 1730 Wiesner im MünchHdb.AG (1988) § 27 Rn. 5. Diesem folgt auch Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 117 Rn. 5. Auch Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 23 spricht bereits, wenn auch in Bezug auf die Sozialbindung, von einer Abwägung pluralistischer Interessen.

<sup>52</sup> Im Prinzip gleich wohl Wiesner im MünchHdb.AG (1988), der den in § 317 Abs. 2 zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken auf § 117 AktG überträgt.

<sup>53</sup> Vgl. so auch Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 117 Anm. 6. Diese Abwägung zeigt zum einen die Problemnähe zum Ausgleichsgedanken im Recht der verbundenen Unternehmen, erinnert sei nur an die Bewertungsschwierigkeiten oder daran, daß der Verlustausgleich die Einzelausgleiche eben dort ersetzt, wo es aufgrund der nicht faßbaren Einzelmaßnahmen zu einem Pauschalausgleich kommt. Zum anderen ist dieser Abwägungsgedanke illustrativ zu der, etwa von Hüffer, aaO. Rn. 1, funktionellen Nähe des § 117 AktG zur Treubindung und der im Rahmen der Treupflichtbestimmung vorzunehmenden Abwägung; vgl. hierzu unten in diesem Teil unter E.II., insbesondere E.II.5.c. Auch Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 148, meint, dem § 117 AktG lägen Erwägungen zur Treupflicht zugrunde und betont, daß der in § 101 Abs. 7 AktG 1937, dem herausgestellten Vorläufer zu § 117 Abs. 7 AktG, normierte Haftungsausschluß von vorneherein in gedanklichem Zusammenhang mit der Einfügung des § 197 Abs. 2 AktG 1937, des heutigen § 243 Abs. 2 steht.



Diesem hiernach in die Abwägung der Rechtswidrigkeit nach § 117 einzubeziehenden Unternehmensinteresse steht das Eigeninteresse der Gesellschaft gegenüber<sup>54</sup>. Damit ist deutlich geworden, daß bei einem Rückgriff auf die Wertungen der allgemeinen Haftungsgeneralklausel für das Recht der verbundenen Unternehmen auch in § 117 der in dieser Arbeit als zentral aufgefaßte Interessenkonflikt zwischen Eigen- und Unternehmensinteresse<sup>55</sup> enthalten ist.

Insofern ist eine neuere Aussage des BGH zu § 117 AktG interessant, wonach es mit einer an Inhalt und Zweck der gesetzlichen Regelung orientierten Auslegung übereinstimmt, *"daß die Haftung der Aktionäre nach heutigem Verständnis als solche aus der Verletzung mitgliedschaftlicher Treuebindungen konzipiert werden könnte [...], mag sie nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Wortlaut auch als Tatbestand der unerlaubten Handlung zu verstehen sein."*<sup>56</sup>

Der Vollständigkeit halber sei kurz angemerkt, daß die Haftung nach § 117 als subjektives Tatbestandsmerkmal voraussetzt, daß die Benutzung des Einflusses *vorsätzlich* geschehen muß. Die Beschränkung auf vorsätzliches Handeln steht *"mit der im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Wertung im Einklang"*.<sup>57</sup> Ausgewiesene Fahrlässigkeit wirkt also nicht haftungsbegründend, während bereits bedingter Vorsatz andererseits genügt.<sup>58</sup> Der Vorsatz muß sich dabei auf die oben dargelegten objektiven Tatbestandselemente, also auf die Tatsache des Einflusses, auf die Benutzung des Einflusses und darauf erstrecken, daß die veranlaßte Maßnahme nach ihrer Art geeignet ist, die Gesellschaft oder deren Aktionäre bzw. beide zu schädigen.<sup>59</sup> Inhalt, Art und Höhe des Schadens müssen dagegen nicht vom Vorsatz nach § 117 umfaßt sein.<sup>60</sup>

Als letztes sei zur Haftung nach § 117 noch auf die Ausnahmen nach § 117 Abs. 7 eingegangen.<sup>61</sup> Die Haftung nach § 117 tritt demnach nicht ein, wenn die Beeinflußen

<sup>54</sup> Vgl. zum Eigeninteresse im § 117 das zuvor zur Schadensgeltendmachung Gesagte.

<sup>55</sup> Wie dieser oben in diesem Teil unter A.V.2. beschrieben worden ist; es sei wiederholt, daß das Eigeninteresse hierbei lediglich als *Haftungsmaßstab*, nicht als materielle Größe fungiert, vgl. näher hierzu unten in diesem Teil unter E.I.3.a.

<sup>56</sup> So der Bundesgerichtshof in BGHZ 129, 136 (= ZIP 1995, 819, 827, Girmes) m.w.N. Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 117 Anm. 1.; vgl. illustrativ auch Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 186 Fn. 189.

<sup>57</sup> So explizit auch BGHZ 129, 136 (= ZIP 1995, 819, 828, Girmes, 1995); der BGH betont dabei den mit der Vorschrift des § 117 Abs. 7 Nr. 1 verfolgten Zweck und die Bewertung der Interessenlage, die ihr zugrunde liegt.

<sup>58</sup> Der Vorsatz, also Wissen um den und Wollen des Erfolgs, kann also auch als *dolus eventualis* vorliegen, vgl. Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 117 Rn. 7; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 25; Meyer-Landruth, Großkommentar AktG (1973), § 117 Anm. 5; Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 15 und auch die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965) S. 162.

<sup>59</sup> Vgl. MünchHdb.AG/Wiesner (1988) § 27 Rn. 6,

<sup>60</sup> Unstreitig, vgl. nur Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997), § 117 Rn. 3; MünchHdb.AG/Wiesner (1988) § 27 Rn. 6 m.w.N.

<sup>61</sup> Zum übrigen Inhalt der Anspruchsvoraussetzungen, zur Mithaftung nach Abs. 2 und 3, zum Wegfall der Ersatzpflicht nach Abs. 4, der besonderen Ersatzpflicht nach Abs. 5 oder der Verjährung in Abs. 6 sei auf die einschlägige Literatur verwiesen, insgesamt etwa Hüffer, AktG (5.

durch Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung (Abs. 7 Nr. 1),<sup>62</sup> der Leitungsmacht (nach § 308) kraft Beherrschungsvertrag (§ 117 Abs. 7 Nr. 2) oder der Leitungsmacht (nach § 323) kraft Eingliederung (§ 117 Abs. 7 Nr. 3) ausgeübt wird. Auf die Nichtanwendbarkeit des § 117 bei Ausübung von legitimierter Leitungsmacht und auch in den von § 311ff. erfaßten faktischen Konzernverhältnissen ist besonders einzugehen.

### **c. Verhältnis des § 117 AktG zur Vertragskonzernregelung**

Nach § 117 AktG Abs. 7 Ziff. 2 und 3 kommt es zu keiner Haftung, wenn die schädigende Handlung durch Ausübung von Leitungsmacht auf Grundlage eines Beherrschungsvertrags oder infolge einer Eingliederung bestimmt worden ist.<sup>63</sup> § 117 AktG schränkt somit das in den §§ 308 und 323 AktG legitimierte Weisungsrecht im Interesse des verbundenen Unternehmen nicht ein,<sup>64</sup> § 117 AktG wird insoweit durch konzernrechtliche Sonderregelungen neutralisiert.<sup>65</sup> Hieraus ergibt sich, daß das Recht im gleichen Maße, in dem es dem herrschenden Unternehmen Leitungsmacht einräumt, Sorgfaltspflichten und Haftung für die Ausübung dieser Befugnisse bestimmen muß.<sup>66</sup>

Auf die Anwendung von § 117 bei der Möglichkeit der Ausübung legitimierter Leitungsmacht wird im folgenden nicht weiter eingegangen werden;<sup>67</sup> dagegen ist unter Berücksichtigung der jeweiligen Anforderungen im folgenden das Zusammenspiel zwischen § 117 und den § 311ff. AktG zu betrachten:

### **d. Verhältnis des § 117 zu §§ 311ff. AktG**

---

Aufl., 2002) § 117; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 13ff., Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 11f.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu etwa Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 27; Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 20ff. m.w.N. Vgl. zur rechtspolitisch diskutierten Zweckmäßigkeit der Ausnahmeregelung auch BGHZ 129, 136 (= ZIP 1995, 819, 827, Girmes), wo insbesondere die Frage, ob § 117 AktG restriktiv auszulegen sei, eingehend (m.z.w.H.) diskutiert wird.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen etwa Kropff in Geßler/Eckardt/Hefermehl/Kropff, § 117 Rn. 27ff.

<sup>64</sup> Vgl. etwa Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 29.

<sup>65</sup> Vgl. nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 117 Anm. 113.

<sup>66</sup> Vgl. ähnlich bereits Mestmäcker, Systematik (1967), S. 135.

<sup>67</sup> Darauf, daß die Haftung nach § 117 weiterbesteht, wenn eine Weisung nicht durch den Beherrschungsvertrag gedeckt ist, vgl. auch § 308 Abs. 2, S. 2, 2. HS und oben in diesem Teil unter C.III.2.a. wird hier nicht weiter eingegangen, denn zum einen ist dies im Schrifttum unstrittig, und zum anderen ist die Bedeutung der Frage nicht groß, vgl. so und zum Problem etwa Kropff in Geßler / Hefermehl / Eckardt / Kropff, AktG (1974) § 117 Rn. 31 und insgesamt Rn. 29ff. Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 17 Anm. 14 bemerkt, daß bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags und unzulässiger Ausübung von Leitungsmacht idealkonkurrierend neben der Haftung nach §§ 309, 310 eine Ersatzpflicht nach § 117 in Betracht kommen kann. Systematisch zeigt dies jedoch das Zusammenspiel von allgemeiner Regelung (§ 117) und spezifischer Regelung (§ 308) in der Konzeption des AktG 1965.

Während die Vertragskonzerne gegenüber dem § 117 AktG keine Probleme aufwerfen, verdient die Frage der Haftung nach § 117 bei faktischer Beherrschung besondere Beachtung.<sup>68</sup>

Da bereits die Ausübung der Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen dessen Haftung nahelegt,<sup>69</sup> erkannte der Referentenentwurf zum Aktiengesetz als schutzwürdig ursprünglich nur Belange an, die auf Grund eines Unternehmensvertrages verfolgt werden.<sup>70</sup> Folglich wurde eine strenge Haftungsregelung vorgeschlagen. Die im Referentenentwurf<sup>71</sup> vorgesehene strenge Haftung für die Ausübung von Leitungsmacht beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages wurde jedoch im Regierungsentwurf durch die §§ 311ff. ersetzt.<sup>72</sup>

Im Gegensatz zu den Regeln, die bei Abschluß eines Beherrschungsvertrages gelten, enthalten die Gesetz gewordenen §§ 311ff.<sup>73</sup> keine Änderung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung in der abhängigen Gesellschaft. Vorstand und Aufsichtsrat sind vielmehr verpflichtet, das Unternehmen in grundsätzlich eigener Verantwortung zu leiten. Die Stellung des herrschenden Unternehmens wird im Anschluß an die Regeln gestaltet, die für solche Personen gelten, die in der Lage sind, auf eine Gesellschaft Einfluß auszuüben. Dementsprechend sieht das Gesetz in den §§ 311ff. eine im Vergleich zu § 117 gesteigerte Haftung des herrschenden Unternehmens vor.<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. generell zur Idee, daß - weil § 117 Abs. 7 in Nr. 2 und 3 Eingliederungs- und Vertragskonzern erwähnt, aber nicht die faktischen Konzerne aus dem Anwendungsgebiet des § 117 herausnimmt - im Umkehrschluß darauf auf die Anwendung von § 117 auf faktische Konzerne geschlossen werden könnte etwa Strohn, *Verfassung der Aktiengesellschaft* (1977) S. 8, der dies mit der herrschenden Meinung ablehnt.

<sup>69</sup> Vgl. Mestmäcker, *Systematik* (1967), S. 135. Sofern man gewillt ist, in der Ausübung von Leitungsmacht eine besondere Gefahr zu sehen, stünde diese Haftung auch im Einklang mit einem der elementaren und allgemeinen Grundsätze des Deliktsrechts, wonach der, der eine Gefahrenquelle geschaffen hat, die Pflicht hat, diese gegenüber Dritten zu sichern, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist. Ein Beispiel dafür, daß dieser Grundsatz für verbundene Unternehmen Bedeutung haben kann, zeigt Hommelhoff, *Produkthaftung im Konzern* (1990), S. 764. Wilhelm, *Rechtsform und Haftung* (1981) betont auf der BegRegE des AktG aufbauend dies betreffend richtig, daß die Haftung des § 317 AktG die Haftung nach § 117 verschärft und daß der Hintergrund hierfür eben die Überlegungen zur Verantwortlichkeit fremdbezogener Machtausübung sind.

<sup>70</sup> Vgl. Ref.Ent. (1958) S. 262.

<sup>71</sup> Vgl. den im Referentenentwurf zur Verantwortlichkeit Weisungsberechtigter vorgeschlagenen § 283 Abs. 2:

(1) Berechtigt ein Unternehmensvertrag den anderen Vertragsteil, einer Aktiengesellschaft [...] in den wesentlichen Fragen der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen, so darf die Gesellschaft nicht zu Maßnahmen bestimmt werden, die sie oder ihre Aktionäre schädigen, es sei denn, daß die Weisung eigenen schutzwürdigen Belangen des anderen Vertragsteils oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient.

(2) Ein Verstoß gegen Absatz 1 verpflichtet den anderen Vertragsteil gegenüber der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens. [...]

<sup>72</sup> Vgl. Mestmäcker, *Systematik* (1967), S. 135. Vgl. zur Konzeption des Referentenentwurfes die Ausführungen zu E § 284 gleich unten in diesem Teil unter D.I.3.

<sup>73</sup> Vgl. das oben in diesem Teil unter C.IV. einleitend Gesagte.

<sup>74</sup> Vgl. Mestmäcker, *Systematik* (1967), S. 141 oder Gebler, *Konzernrecht* (1965), S. 1729, 1730.

Es stellt sich jedoch die Frage, wie die beiden Bestimmungen zueinander stehen. Sowohl die §§ 311ff. als auch § 117 AktG wenden sich gegen eine Benachteiligung der Gesellschaft.<sup>75</sup> Es stellt sich also die Frage, ob die beiden Regelungen konkurrieren, ob die § 311ff. *leges speciales* zu § 117 sind oder ob die beiden Regelungen etwa in einem harmonischen Zusammenspiel miteinander stehen.

Ein Teil der Literatur meint, die beiden Regelungen stehen selbständig nebeneinander<sup>76</sup>. Von der herrschenden Meinung<sup>77</sup> wird dagegen § 311 als *lex specialis* zu § 117 aufgefaßt<sup>78</sup>. Gleichzeitig wird allgemein ein Nebeneinander der §§ 117 und 317 angenommen.<sup>79</sup>

In dieser Arbeit wird die Auffassung vertreten, daß sich § 117 AktG und die §§ 311ff. ergänzen und in einem geschmeidigen Zusammenspiel die aktienrechtliche Regelung und die zugrundezulegende Wertungsgrundlage bei faktischen Unternehmensverbindungen beinhalten. Bevor hierauf eingegangen wird, ist es angebracht die beiden Regelungen erst einmal miteinander zu vergleichen. Daraufhin wird das Zusammenspiel der Bestimmungen dargelegt.

#### **aa. Gesteigerte Anforderungen des § 117 gegenüber den §§ 311ff.**

Das in § 117 Abs. 1 AktG ausgesprochene Verbot, einen Einfluß auf die Gesellschaft nicht vorsätzlich zu deren Nachteil auszuüben, wird von § 311 durchbrochen. Beim Vergleich der beiden Vorschriften zeigt sich, daß § 117 gegenüber den §§ 311ff. in mancher Hinsicht größere Anforderungen stellt. Die Haftung ist in den §§ 311ff. verglichen mit § 117 dreifach verschärft.<sup>80</sup>

Erstens erfaßt § 117 nur die Fälle, in denen Einfluß auf den in § 117 Abs. 1 aufgeführten Personenkreis ausgeübt worden ist, also Vorstand, Aufsichtsrat, Prokuristen und

<sup>75</sup> § 117 beinhaltet dazu eine Schadensersatzpflicht zur Naturalrestitution, der Nachteilsausgleich des § 311 dagegen ist, soweit nicht der Ausgleich durch Vorteile geschieht, auf eine Geldleistung in Höhe der Vermögensminderung gerichtet, vgl. zu diesem Unterschied etwa Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 153.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu mit zahlreichen älteren Literaturhinweisen Meyer-Landruth in Großkomm. AktG (1973), § 117 Anm 16.2 oder Geßler, Konzernrecht (1965), S. 1729f.; Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 34ff., Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1966), S. 309, meinte noch, daß der § 311 gegenüber § 117 *lex specialis* sei, in einer späteren Auflage (ders. Aktienrecht (1981), S. 280, 342f.) hatte sich dies jedoch gewandelt.

<sup>77</sup> So und der herrschenden Meinung zustimmend etwa Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002), § 117 Rn. 14: Für Hüffer verdrängt § 311 in seinem Anwendungsbereich § 117; erfolgt allerdings eine Nachteilszufügung ohne angemessenen Ausgleich, so sei neben § 317 auch 117 anwendbar; vgl. näher hierzu gleich unten.

<sup>78</sup> Etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 259, Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 117 Rn. 14; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (1974) § 117 Rn. 41ff und auch Koppensteiner, Kölner Kommentar (1987) § 311 Rn. 108 jeweils mit weiteren Nachweisen der herrschenden Meinung.

<sup>79</sup> So die ganz überwiegende Auffassung, vgl. etwa Flume, Die juristische Person (1985), S. 89; Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 117 Rn. 14 oder Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) § 317 Rn. 41 m.z.w.N. Vgl. auch die Darstellung gleich unten unter cc.

<sup>80</sup> So Geßler, Konzernrecht (1965), S. 1729f., dem sich die folgenden Ausführungen anschließen. Vgl. hierzu auch Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S.254. Vgl. hierzu insgesamt Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 32ff.

Handlungsbevollmächtigte. Dagegen gelten die §§ 311ff. immer, wenn eine abhängige Gesellschaft zu einer nachteiligen Handlung veranlaßt worden ist, gleichgültig wie dies geschehen ist. Die §§ 311ff. sind nicht auf den Fall der Beeinflussung von bestimmten Verwaltungsmitgliedern beschränkt. Es ist nach §§ 311ff. ohne Belang, wie die abhängige Gesellschaft zu nachteiligen Rechtsgeschäften oder Maßnahmen veranlaßt wird.<sup>81</sup> Die Haftung ist so ganz unabhängig davon, wie der Einfluß in der abhängigen Gesellschaft ausgenutzt wird. Zweitens erfordert § 117 eine Benutzung des Einflusses, während bei § 317 eine bloße Veranlassung genügt. Nach den §§ 311ff. ist also jegliche Veranlassung von Seiten des herrschenden Unternehmens haftungsbegründend. Drittens ist bemerkenswert, daß § 117 Vorsatz zum Herbeiführen des Schadens verlangt, während bei einer Veranlassung nach § 317 nicht einmal Verschulden verlangt wird.<sup>82</sup> Auf Grund des weiteren Tatbestandes der §§ 311ff. dürfte § 117 neben diesen praktisch selten eine Rolle spielen.<sup>83</sup>

Erinnert sei daran, daß § 117 nicht die Einflußnahme durch Ausübung von Stimmrecht erfaßt, während unter § 311 auch die Einflußnahme mittels Stimmrecht auf der Hauptversammlung fällt.<sup>84</sup> Es fehlen in den §§ 311ff. die Haftungsausschlüsse nach § 117 Abs. 2 S. 2 für Handlungen auf Grund eines gesetzmäßigen Beschlusses der Hauptversammlung sowie nach § 117 Abs. 7 Ziff. 1 für Einflüsse, die auf der Ausübung des Stimmrechts beruhen.<sup>85</sup> Der in § 117 Abs. 7 Nr. 1 ausgedrückte Grundsatz, daß die Ausübung des Stimmrechts keine Verantwortlichkeit begründet, stellt zwar von jeder Haftung für Stimmrechtsausübung frei,<sup>86</sup> gilt jedoch nur für den breit gestreuten Aktienbesitz. Ein herrschendes Unternehmen darf sich dagegen nicht nur von seinen eigenen Interessen leiten lassen.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 408.

<sup>82</sup> Hier sei eine Betrachtung von Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1966), S. 310 zum § 311 angeführt, wonach "*die Nachteiligkeit dem herrschenden Unternehmen bekannt sein muß im Sinne des Vorsatzes*". Zum Vorsatz nach § 117 AktG gehört, daß der Betreffende bewußt mit seinem Einfluß die fragliche Person zu Maßnahmen oder Unterlassungen veranlaßt, welche die Gesellschaft oder ihre Aktionäre schädigen, so Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 155 und hierzu die Ausführungen oben in diesem Teil unter D.2.b. Ob dieser Unterschied an subjektiver Vorrechnung von Bedeutung ist, mag hier dahinstehen. Für Brüggemann entspricht die subjektive Voraussetzung nach § 317 materiell der des § 117, vgl. etwa Brüggemann, Einflußnahme (1988), S. 100.

<sup>83</sup> So bereits Meyer-Landruth, Großkommentar AktG (1973), § 117 Anm. 16.2. Die spärliche Praxis hat dies bestätigt.

<sup>84</sup> Vgl. hierzu § 117 Abs. 7 Nr. 1 und BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 408.

<sup>85</sup> Vgl. Mestmäcker, Systematik (1967), S. 141.

<sup>86</sup> Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 423 und 436. Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 487 kritisiert die Freistellung privater Mehrheitsaktionäre von der Haftung für schädigende Stimmrechtsausübung im Rahmen von § 117 AktG als verfehlt; für Timm vermag lediglich der rechtmäßige (weil nicht treupflichtwidrige, vgl. dazu unten in diesem Teil unter D.II.) Hauptversammlungsbeschuß "*die Rechtswohlthat des § 117 Abs. 7 Nr. 1 zu begründen*" - § 117 sei restriktiv auszulegen.

<sup>87</sup> Vgl. so die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 408, wo es zur Gefahr von Interessenkonflikten heißt, das herrschende Unternehmen "*die durch das gemeinsame Interesse aller Aktionäre gezogene Grenze nicht überschreiten*" darf.

### **bb. Gesteigerte Anforderungen der §§ 311ff. gegenüber § 117 AktG**

Einige Punkte machen das Anwendungsgebiet des § 117 jedoch auch weiter als die § 311ff. So macht die Generalklausel des § 117 die Haftung im Gegensatz zu § 317 nicht davon abhängig, daß der Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahres nicht tatsächlich ausgeglichen oder der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil eingeräumt worden ist<sup>88</sup>. Die Schadensersatzpflicht des § 117 tritt mit der Beeinflussung ein, es kommt zu keiner *'zeitlichen Privilegierung'*.

Außerdem greift die Generalklausel des § 117 AktG im Gegensatz zu § 311ff. auch, wenn der beherrschende Aktionär die Unternehmenseigenschaft nicht besitzt<sup>89</sup>. Das heißt, daß die schädigende Einflußnahme eines Nichtunternehmers nicht den §§ 311ff., sondern dem § 117 unterliegt.

Erinnert sei insoweit auch daran, daß § 117, der nur von *"Benutzung eines Einflusses auf die Gesellschaft spricht"*, auch bei einer Stärkeposition z.B. bei einer Kreditverhandlung greift, während §§ 311 AktG eine gesellschaftsrechtlich bedingte Abhängigkeit<sup>90</sup> voraussetzt.

Aufgrund der insgesamt als verschärft angesehenen Anforderungen des § 117 gegenüber den §§ 311ff. ist die Regelung der §§ 311, 317 auch als Privilegierung im Verhältnis zu §§ 117 bezeichnet worden.<sup>91</sup> Ob es sich wirklich um eine Privilegierung handelt, hängt jedoch von der Betrachtungsweise ab.<sup>92</sup>

### **cc. Das Zusammenspiel des § 117 und der §§ 311ff. AktG**

Von der herrschenden Meinung wird vertreten, daß der § 311 in seinem Anwendungsbereich den § 117 verdrängt und daß dies so sein muß, weil sonst der § 117 die Regelung des Nachteilsausgleich im Bereich der faktischen Konzerne durchkreuzen würde.<sup>93</sup> Die ausdrückliche gesetzliche Privilegierung durch § 311 darf nicht durch § 117 vereitelt werden. Oder anders ausgedrückt: Soweit ein Normwiderspruch zwischen den

<sup>88</sup> Vgl. etwa Kropff, Der faktische Konzern (1967), S. 2152.

<sup>89</sup> Vgl. den Gesetzesaufbau und das oben unter C.II.1. und dazu das einleitend zu § 117 AktG unter D.I.2. Gesagte, explizit so z.B. Leo, Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht (1965), AG 1965, 352, S. 355. Diese grundlegende Unterscheidung zeigt deutlich das Zusammenspiel des allgemeinen Aktienrechts mit dem 3. Buch des AktG in der Gesetzeskonzeption des Aktiengesetzes von 1965.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.II.3.

<sup>91</sup> Vgl. so etwa die Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1405. Sehr anschaulich etwa Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 6ff., diesem zustimmend Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 260; Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 119.

<sup>92</sup> Zu diesem rechtspolitischen Urteil etwa K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 462 m.w.N.

<sup>93</sup> Vgl. Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) § 311 Rn. 108 m.w.N.; Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 117 Rn. 14. m.w.N. Vgl. auch die oben in diesem Abschnitt unter aa. genannte Literatur und eingehend hierzu Kropff, Der faktische Konzern (1967), S. 2152.

Bestimmungen der §§ 117 und 311ff. besteht, scheidet demnach eine Haftung nach § 117 aus.<sup>94</sup>

Für den Anwendungsbereich der §§ 311ff., der zulässigen Nachteilszufügung, ist der herrschenden Meinung uneingeschränkt zuzustimmen. Daß *im* Anwendungsbereich von § 311 der § 117 nicht Anwendung findet, ist dabei nach hier vertretener Auffassung gerade der Inhalt der Aussage, daß die § 117 und §§ 311ff. *nebeneinander* stehen. Insoweit ist § 311 AktG zu § 117 unzweifelhaft *lex specialis*.<sup>95</sup> Das Zusammenspiel der §§ 117 und 311ff. zeigt sich gerade *außerhalb* des Anwendungsbereichs der § 311ff. - einschließlich des Bereiches, in dem die §§ 311ff. nicht funktionsfähig sind. Denn da das in den §§ 311ff. angelegte Ausgleichssystem eben *nicht* unbedingt funktioniert,<sup>96</sup> ist es nötig, auf andere Regelungen zurückzugreifen.<sup>97</sup>

Die hier zum Zusammenspiel der allgemeinen und der spezifischen Regeln angestellten Überlegungen berühren also eben *nicht* den Anwendungsbereich der §§ 311ff.,<sup>98</sup> sondern der Konzeption des AktG nach den Teil des Rechts der verbundenen Unternehmen, den die §§ 291ff. und hier insbesondere die §§ 311ff. AktG nicht erfassen. Es kommt somit nicht zur Normenkollision: Durch die Spezialität von § 311 AktG wird § 117 durch § 311 - und nicht etwa durch § 317<sup>99</sup> - modifiziert. Daneben kommt es zu einem Zusammenspiel der den Normen des allgemeinen Aktienrechts und den dem 3. Buche des AktG 1965 zugrundeliegenden Wertungen. Somit ergänzen sich die Vorschriften - und die den

<sup>94</sup> Vgl. hierzu Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft (1977) S. 187 und vorher bereits S. 33 m.z.w.N. Ebenfalls Beachtung verdienen die funktionsvergleichenden Betrachtungen aaO. S. 96ff., wo richtig festgestellt wird, daß das Recht der verbundenen Unternehmen im AktG 1965 ein Novum darstellte (vgl. auch aaO. S. 1) und wo es weiter heißt: "*Daher können die allgemeinen Bestimmungen, die zum großen Teil in abgewandelter Form aus dem AktG 1937 übernommen worden sind, nicht einen wesentlichen Teil dieser neuen Regelung, nämlich §§ 311ff., vollständig überlagern und dadurch in seiner Privilegierungswirkung verdrängen.*" Dieser Betrachtung liegt die Auffassung Strohns zugrunde, nach § 117 uneingeschränkte Anwendung neben den §§ 311ff. findet, aaO. S. 158 und 168. Vgl. zur Privilegierung des herrschenden Unternehmens gegenüber Privataktionären, denen nach § 117 jede Einflußnahme außerhalb der Hauptversammlung verwehrt ist, z.B. Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 56.

<sup>95</sup> Sehr schön findet dies etwa seinen Ausdruck bei Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) § 311 Rn. 108, der § 311 im Verhältnis zu § 117 als *lex specialis* erklärt für den Bereich der zulässigen Nachteilszufügung. Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S. 265 meint - nach hier vertretener Auffassung zu weitgehend -, daß § 311 *lex specialis* ist, soweit Leitungsmacht im Konzerninteresse ausgeübt wird.

<sup>96</sup> Vgl. zur teilweisen Funktionsunfähigkeit der §§ 311ff. AktG die Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns, hierzu konkret oben in diesem Abschnitt unter D.I.1. und allgemein weiter oben in diesem Teil unter C.IV.4. und V.5.

<sup>97</sup> Daß dies für die Fälle des qualifiziert faktischen Konzerns auf die Regeln der §§ 302ff. AktG geschehen ist, zeigt systematisch gerade die Unzulänglichkeit der §§ 311ff., wobei gleichzeitig an die Strukturunterschiede von Aktiengesellschaft und GmbH zu denken ist. Insoweit ist etwa Strohn (Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 172) zuzustimmen, wenn dieser in anderem Zusammenhang meint, daß der qualifizierte (faktische) Konzern einen Ausnahmefall von der sonst geltenden Spezialität der § 311ff. darstellt.

<sup>98</sup> Außerhalb der §§ 311ff. liegen die Fälle des sogenannten qualifiziert faktischen Konzern. Wie oben in diesem Teil unter C.IV.4. und C.V. dargelegt, werden die qualifiziert faktischen Konzerne aufgrund der Funktionsunfähigkeit der §§ 311ff. *eben nicht* nach diesen Regeln gelöst, sondern im geltenden Recht nach der auf den Wertungen der §§ 302f. aufbauenden Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns.

<sup>99</sup> Vgl. hierzu auch Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 188 m.z.w.N.

Vorschriften zugrundeliegenden Schutzgedanken und Wertungen.<sup>100</sup> Daß die Wertungen der beiden Regelungen nebeneinander stehen, zeigt sich denn auch in der deutlichen Absicht des Gesetzgebers.<sup>101</sup>

Mit dem Aufzeigen der verschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen ist gezeigt worden, daß sowohl § 117 als auch die §§ 311ff. AktG Anwendungsfelder haben, auf denen nur eine der beiden Regelungen einschlägig ist. Die Regelungen harmonisieren in einem *Zusammenspiel* miteinander.<sup>102</sup> Der Gehalt der gesamten Regelung wird deutlich und verständlich, wenn man den Zweck der jeweiligen Regelung betrachtet, nämlich einen Schutz vor den Gefahren zu bieten, die bei einer Beherrschung der Gesellschaft drohen: *"Von diesem Zweck her erklärt es sich, daß der Gesetzgeber, wie erwähnt, zwischen Unternehmensaktionären und anderen Aktionären unterschieden hat: Von einem Großaktionär, dessen wirtschaftliche Tätigkeit sich auf das eine Unternehmen beschränkt, wird erwartet, daß er im Regelfall das Interesse dieses Unternehmens als sein eigenes betrachten oder jedenfalls keine ihm zuwiderlaufenden Sonderinteressen verfolgen wird; bei ihm konnte daher der Gesetzgeber die Gefahr, er werde das Wohl der Gesellschaft solchen individuellen Interessen opfern, geringer veranschlagen und zu ihrer Abwehr den allgemeinen Minderheitenschutz, den namentlich § 117 sowie § 243 Abs. 2 AktG bieten, für ausreichend erachten. Dagegen ist diese Gefahr bei einem Aktionär, der sich auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch betätigt, typischerweise vorauszusetzen, so daß die besondere Konfliktlage auch besondere gesetzliche Vorkehrungen erforderte"*.<sup>103</sup> An dieser treffenden Aussage zeigt sich deutlich sowohl der unterschiedliche wertungsmäßige Ansatz und das Zusammenspiel des § 117 einerseits und der §§ 311ff. andererseits.

Ein weiterer Punkt zeigt beispielhaft, wie gut der allgemeine und der konzernspezifische Regelungsansatz miteinander harmonisieren. Dies ist das Zusammenspiel von § 117 mit § 317 AktG: erfolgt eine Nachteilszufügung ohne angemessenen Ausgleich nach § 311

<sup>100</sup> Vgl. hierzu auch den Wortlaut des diesbezüglich eindeutigen § 117 Abs. 7, der lediglich die Vertragskonzerne von § 117 AktG ausnimmt.

<sup>101</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 163.

<sup>102</sup> Vgl. im einzelnen hierzu Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetzkommentar (1974) § 117 Rn. 27 und 47ff. Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 117 Rn. 14 meint zwar mit der herrschenden Meinung, und darunter eben Kropff, aaO und auch Koppensteiner, Kölner Kommentar (1987) § 311 Rn. 108, daß der § 311 in seinem Anwendungsbereich den § 117 verdrängt, darauf kommt es aber hier nicht an: die hier angestellten Betrachtungen berühren gerade *nicht* Anwendungsbereich der § 311ff. Daß *im* Anwendungsbereich von § 311 der § 117 nicht Anwendung findet, ist gerade der Inhalt der Aussage, daß die § 117 und §§ 311ff. *nebeneinander* stehen: wie gesagt: insoweit ist § 311 zu § 117 *lex specialis*. Die hier angestellten Überlegungen berühren aber eben *nicht* den Anwendungsbereich der §§ 311ff.: wie oben in diesem Teil unter C.V.5. dargelegt, werden die als qualifiziert faktischen Konzernbereiche aufgrund der Funktionsunfähigkeit der §§ 311ff. *eben nicht* nach diesen Regeln gelöst, sondern nach der auf den Wertungen der §§ 302f. aufbauenden Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns. Dies ist beim Versuch des induktiven Erschliessens der zugrundezulegenden Wertungen entscheidend: der bezweckte Regelungsansatz soll eben die gesetzgeberischen Wertungen, die dem gesamten Problemkomplex zugrundeliegen, auf die Rechtsfragen anwenden, die vom Gesetzgeber nicht explizit in tatbestandsreicheren Regelungen geregelt sind.

<sup>103</sup> Vgl. so BGHZ 69, 334, 337 (Veba/Gelsenberg), vgl. auch K. Schmidt, Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs (1994), S. 191.



Abs. 2, so ist nach ganz überwiegender Meinung § 117 neben § 317 anwendbar.<sup>104</sup> Wenn nach § 317 Abs. 2 die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen hätte, auch wenn sich eine Weisung nachträglich als verfehlt herausstellt, so harmoniert dies mit § 117 AktG, weil die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm damit ebensowenig erfüllt sind.<sup>105</sup> § 117 und § 317 schließen sich nicht gegenseitig aus,<sup>106</sup> sie stehen nebeneinander<sup>107</sup> und ergänzen sich. Somit ist deutlich geworden, daß sich die beiden Regelungen des § 117 und der §§ 311ff. ergänzen und nebeneinander stehen. Lediglich soweit das herrschende Unternehmen nach § 311 befugt ist, die abhängige Gesellschaft zu benachteiligen,<sup>108</sup> entfällt die Haftung aus § 117 AktG<sup>109</sup>. Insoweit handelt es sich um den Bereich, in dem die §§ 311ff. *leges speciales* zu § 117 bilden: Da eine Nachteilszufügung gegen Ausgleichszahlung erlaubt ist, entfällt nämlich die Rechtswidrigkeit des Eingriffs,<sup>110</sup> weil nämlich § 117 die zeitlich gestreckte Ausgleichsregelung des § 311 eben nicht durchkreuzen darf.<sup>111</sup> Solange dies nicht geschieht, gilt § 117 neben § 317 Abs. 1. Dies ist etwa der Fall, wenn zur Zeit der Benachteiligung das herrschende Unternehmen nicht beabsichtigt, einen Ausgleich zu leisten; solange eine solche Absicht vorliegt, scheidet eine Haftung nach § 117 dagegen

<sup>104</sup> § 117 und 317 stehen nach ganz überwiegender Meinung nebeneinander, vgl. etwa Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) § 317 Rn. 41. m.w.N. Vgl. illustrativ auch die Ausführung von Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2114; vgl. auch Hüffer, AktG (5. Aufl., 1997), § 117 Rn. 14; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG (1974) § 117 Rn.52f, Mertens im Kölner Kommentar (1973) § 117 Rn. 34ff. Anderer Ansicht soweit ersichtlich aus dem neueren Schrifttum lediglich Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 101f. der auch § 317 als *lex specialis* zu § 117 ansehen will.

<sup>105</sup> Vgl. Geßler, Konzernrecht (1965), S. 1730.

<sup>106</sup> Vgl. etwa Kropff in Geßler/Eckardt/Hefermehl/Kropff, Aktiengesetz (1974), § 117 Rn. 52.

<sup>107</sup> Explizit so etwa Koppensteiner im Kölner Kommentar, § 317, Rn. 41 m.w.N.

<sup>108</sup> Die Vorrangigkeit und Privilegierung des § 311 AktG bei Unverträglichkeit der Rechtsfolgen gegenüber § 117 ist von Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 187 damit ausgedrückt worden, daß die Haftung eines herrschenden Unternehmens nach § 117 AktG in diesen Fällen unter der auflösenden Bedingung rechtzeitigen Nachteilsausgleichs stehe. Ohne daß hier auf das diesem Verständnis wohl zugrundeliegende Verhältnis von §§ 311 und 317 AktG eingegangen werden soll, vgl. hierzu oben im zweiten Teil unter C.IV.3.b., so soll dieser Gedanke einer auffangenden Generalklausel doch allein deshalb hervorgehoben werden, weil die Einsatzmöglichkeiten einer gesellschaftlichen Generalklausel bereits im geltenden Recht darin deutlich aufgezeigt werden.

<sup>109</sup> Gedanke des § 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG, vgl. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1966), S. 290. Hierbei handelt es sich also um den von der herrschenden Meinung, vgl. etwa Koppensteiner im Kölner Kommentar (1987) § 311 Rn. 105ff. und Kropff in Geßler/ Eckardt/ Hefermehl/ Kropff (1976) § 117 Rn 47ff. erwähnten *lex specialis* Charakter der §§ 311ff. zu § 117. Vgl. aus der älteren Literatur hierzu auch Kropff, Der faktische Konzern (1965), S. 2147.

<sup>110</sup> Damit entfällt tatsächlich der Gesichtspunkt des Verschuldens, denn was erlaubt ist, kann nicht verschuldet sein. In dieser Arbeit wird somit der Argumentationsgang von Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 341 - nur in seiner Umkehrung - angewendet.

<sup>111</sup> Erinnert sei an das Zusammenspiel der §§ 311 und 317: Dies ist so ausgedrückt worden, daß eine nachteilige Weisung ohne sofortigen Nachteilsausgleich schwebend rechtswidrig ist, und daß erst der vollzogene Nachteilsausgleich sie legitimiert. Die Schadensersatzpflicht nach § 317 Abs. 1 ist somit begründet in der nachteiligen Beeinflussung ohne rechtzeitigen Nachteilsausgleich, vgl. etwa Beuthien, Leitungsmachtmißbrauch (1969), S. 1783, vgl. auch die Ausführungen oben in diesem Teil unter C.IV.3.b.

aus.<sup>112</sup> Ebenso tritt § 117 neben § 317 Abs. 1, wenn das herrschende Unternehmen den der abhängigen Gesellschaft zugefügten Nachteil zunächst auszugleichen gedachte, diesen Ausgleich aber nicht fristgerecht zugesteht.<sup>113</sup>

Für diese Arbeit soll an dieser Stelle pointiert werden, daß die Erwägungen, die den §§ 117 einerseits und 311ff. andererseits zugrundeliegen, verschiedene sind und daß diese erst zusammen mit den Grundsätzen des Vertragskonzernrechts die Grundwertungen der hier behandelten Haftungswertungen im deutschen Recht ausmachen.

### **e. Anwendung des § 117 AktG im Recht der verbundenen Unternehmen**

In der Praxis hat sich die Regelung des § 117 AktG als zu schwach erwiesen. Obwohl § 117 in verschiedenen Bereichen weitergeht als die §§ 311ff.,<sup>114</sup> so hat man ein faktisches Leerlaufen, einen Dornröschenschlaf des § 117 konstatiert.<sup>115</sup> Deshalb sprachen bereits Teile der Unternehmensrechtskommission sich dafür aus, im Ergebnis eine Verschärfung des § 117 zu erreichen.<sup>116</sup> Dabei ist eine klare Tendenz in der Rechtsevolution nicht zu übersehen: Es bedarf nicht mehr so sehr der Generalklausel des § 117 AktG - einschließlich seines Abs. 7 - , weil inzwischen die Treupflicht auch im Aktienrecht anerkannt ist. Wie in der jüngeren Praxis angeführt wird, stimmt es mit einer an Inhalt und Zweck der gesetzlichen Regelung orientierten Auslegung<sup>117</sup> überein, daß die Haftung der Aktionäre nach heutigem Verständnis als solche aus der Verletzung mitglied-schaftlicher Treuebindungen konzipiert werden kann.<sup>118</sup> In der Literatur ist diesbezüglich bereits richtig darauf hingewiesen worden, daß nicht nur die sich im Einzelfall aus der

<sup>112</sup> Vgl. hierzu Kropff, Der faktische Konzern (1967), S. 2152 und Beuthien, Leitungsmachtmißbrauch (1969), S. 1784.

<sup>113</sup> So etwa Beuthien, Leitungsmachtmißbrauch (1969), S. 1784. Die Berufung Beuthiens auf Kropff, Der faktische Konzern (1967), S. 2152, scheint jedoch zweifelhaft: Kropff argumentiert, aaO. S. 2149ff. für den Vorrang der Vorschriften über den faktischen Konzern. Die hier vertretene Auffassung erscheint jedoch als die systemstimmigste Lösung und zeigt - bei teleologischer Betrachtung - das Zusammenspiel der § 311ff. AktG mit dem § 117.

<sup>114</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter D.I.2.d.aa.

<sup>115</sup> So und zum faktischen Leerlaufen des § 117, zu dem die einschlägigen Kommentare kaum veröffentlichte Entscheidungen aufweisen, Brüggemann, Einflußnahme (1988), S. 94.

<sup>116</sup> Vgl. etwa Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1438 und 1440, nach einem Teil der Kommission sollte diese Verschärfung durch ergänzendes Eingreifen der §§ 317f. erreicht werden.

<sup>117</sup> Die der BGH gerade auf diesem Bereich ausdrücklich favorisiert, vgl. hierzu insgesamt BGHZ 129, 136 (= ZIP 1995, 819, 827, Girmes). Insofern ist bemerkenswert, daß der BGH in einem Urteil vom 22.6.1992 (= WM92, 1812 = ZIP 92, 1464 = NJW92, 3167 = DB 92, 2284), vgl. etwa BGH BB 1992, 2163, 2168, darauf hingewiesen hat, daß sich § 117 AktG "aus der Treupflicht" entwickelt habe. Wenn man berücksichtigt, daß die Rechtsprechung zur Treupflicht sich erst nach dem AktG von 1965 herausgebildet hat, so zeigt dies deutlich, wie die heute in der Treupflicht ausgedrückte Interessentrückbindung bereits früher ein integrierter Teil des Kapitalgesellschaftsrecht gewesen ist und ihren Niederschlag im Gesetz gefunden hat. Dementsprechend hat denn auch Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, S. 114 den § 117 AktG als *lex specialis* zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht angesehen. Diese Betrachtungen illustrieren, wie gut ein Rückgriff auf die Treupflicht im Rahmen einer Generalklausel mit der Konzeption der Kapitalgesellschaftsgesetze einhergehen würde; vgl. hierzu unten in diesem Teil unter E.II.

<sup>118</sup> Vgl. erneut BGHZ 129, 136 (= ZIP 1995, 819, 827, Girmes) wo explizit die Beziehung zwischen Treupflicht und § 117 Abs. 7 erörtert wird; vgl. auch Hüffer, AktG (5. Aufl., 1997) § 117 Anm. 2.

Konkretisierung der Treupflicht ergebende Pflicht, sondern auch die Rechtsfolgen mit den Wertungen der Rechtsordnung einhergehen müssen - und dabei ist bereits auf den § 117 AktG und den Zweck des Gesetzes rekuriert worden.<sup>119</sup> Auf diese Treupflicht ist gleich unten einzugehen.<sup>120</sup>

Wenn auch in der Praxis die Generalklausel des § 117 im Recht der verbundenen Unternehmen keine Anwendung gefunden hat, so ist doch deutlich herausgearbeitet worden und nicht zu vernachlässigen, daß der in Sonderanspruchsnormen ausgearbeiteten Regelung des deutschen Konzernrechts in der Konzeption des Aktiengesetzes eine Haftungsgeneralklausel an die Seite gestellt worden ist. Neben den in dieser Arbeit darzulegenden Wertungen interessiert vor allem dies für die in dieser Arbeit behandelte Frage nach der methodisch ehrlichen und zeitgemäßen Ausformung der Regelung der beschränkten Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen.

### **3. Ursprüngliche Gesetzeskonzeption: Der E § 284 des Referentenentwurfes**

Zum besseren rechtsevolutionären Verständnis der geltenden deutschen Regelung sei hier abrundend noch eine Betrachtung zur Gesetzeskonzeption angeführt: Der dem AktG von 1965 zugrundeliegende Referentenentwurf<sup>121</sup> hatte ursprünglich einen Zwang zum Abschluß von Beherrschungsverträgen vorgesehen und operierte mit einem Verbot nachteiliger Weisungen beim Fehlen eines Weisungsvertrags.<sup>122</sup> Zur konsequenten praktischen Durchsetzung des Vertragszwangs überall dort, wo die abhängige Gesellschaft nicht ausschließlich in ihrem eigenen Interesse geführt wurde, war im Referentenentwurf für verbundene Unternehmen ohne Abschluß eines Beherrschungsvertrages eine strenge Erfolgshaftung des herrschenden Unternehmens vorgesehen.<sup>123</sup> Der im Referentenentwurf zur Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner Verwaltungsmitglieder vorgeschlagene E § 284 hatte folgenden ersten Absatz:

*Wer als gesetzlicher Vertreter oder als Inhaber eines herrschenden Unternehmens oder wer als Angestellter im Auftrag eines herrschenden Unternehmens eine abhängige*

<sup>119</sup> So etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 267, dort allerdings auf § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG in Verbindung der Schadensersatzhaftung eines Aktionärs.

<sup>120</sup> Vgl. gleich unten unter E.II. Wenn man - wie ansatzweise Hüffer, Treupflicht als richterrechtliche Generalklausel (1990), S. 59ff. - die Treupflicht als bereits im geltenden Recht existente Generalklausel ansieht, so könnte man also sagen, daß bereits im geltenden deutschen Recht eine Generalklausel den eingeschränkten Anwendungsbereich der Generalklausel des § 117 AktG ergänzt hat.

<sup>121</sup> Vgl. E § 284 des Referentenentwurfes, später E 300 des Regierungsentwurfes.

<sup>122</sup> Vgl. näher gleich unten.

<sup>123</sup> Vgl. zur Einbettung des E § 284 in die Konzeption des Referentenentwurfes statt aller, nur Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 224ff., 226 m.w.N., der zu Recht betont, daß in den (Ausnahme-)Fällen, in denen die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung eingehalten würde, d.h. von Weisungen an den Vorstand der abhängigen Gesellschaft abgesehen wird und die abhängige Gesellschaft nicht geschädigt - also eben ausschließlich in ihrem eigenen Interesse geführt wird, nach der Konzeption des Referentenentwurfes der Abschluß eines Weisungsvertrages eben nicht erforderlich sein sollte.

*Aktiengesellschaft [...], ohne daß das herrschende Unternehmen auf Grund eines Unternehmensvertrags berechtigt ist, in den wesentlichen Fragen der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen, durch Weisungen zu einer Maßnahme der Geschäftsführung bestimmt, ist der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet. [...] Neben ihm haftet das herrschende Unternehmen als Gesamtschuldner. [...]*

§ E 284 Abs. 1 des Referentenentwurfes sah also eine verschuldensunabhängige und gesamtschuldnerische Haftung der Organmitglieder und weisungsberechtigten Angestellten des herrschenden Unternehmens persönlich sowie des herrschenden Unternehmens selbst für nachteilige Weisungen gegenüber einer abhängigen Gesellschaft vor.<sup>124</sup> Dieser rigorosen Haftung lag der Grundsatz zugrunde, daß außerhalb des Beherrschungsvertrages eine Durchsetzung gesellschaftsfremder Interessen zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft zu untersagen sei.<sup>125</sup> Es sei betont, daß es in den Fällen, da die abhängige Gesellschaft nicht geschädigt, sondern ausschließlich in ihrem eigenen Interesse geführt würde, nicht zur strengen Erfolgshaftung des § E 284 RefE kommen sollte, auch wenn kein Weisungsvertrag vorgelegen hätte.<sup>126</sup>

Diese bei einer gesetzeskonzeptionellen Betrachtung wohl stimmigste, jedoch "*puristische Version eines Verbots faktischer Beeinflussung außerhalb von Vertrags- und Eingliederungskonzern in Verbindung mit einer strikten Erfolgshaftung für veranlaßte nachteilige Geschäfte*", scheiterte dann im Gesetzgebungsprozeß.<sup>127</sup> Hierauf ist kurz einzugehen, da die bestehende Regelung und die im deutschen Recht der verbundenen Unternehmen bestehenden Haftungsprobleme durch eine Betrachtung dieser partikularen Gesetzesänderung in einem späten Gesetzgebungsstadium deutlicher hervortreten:

Der später als § 311 erst mit Änderungen Gesetz gewordene E § 300 des Entwurfes *verbot* einem herrschenden Unternehmen, das keinen Beherrschungsvertrag abgeschlossen hatte, die abhängige Gesellschaft zu Nachteilen zu veranlassen.<sup>128</sup> Zusammen mit dem später ebenfalls abgeänderten E § 306 des Entwurfes sollte E § 300 nach der ursprünglichen Gesetzeskonzeption sichern, daß die abhängige Gesellschaft nicht "*zu nachteiligen Rechtsgeschäften oder Maßnahmen veranlaßt wird.*" Es sollte so verhindert werden, "*daß ein herrschendes Unternehmen die mit einem Beherrschungsvertrag*

<sup>124</sup> Nach § E 285 Abs. 1 des Referentenentwurfes hafteten außerdem Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer abhängigen Gesellschaft solidarisch, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten gehandelt hatten. Interessant ist dabei insbesondere, daß diese die Beweislast dafür trugen, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters angewendet hatten.

<sup>125</sup> Vgl. Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 340.

<sup>126</sup> Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 226 m.w.N. stellt hierzu zutreffend fest, daß in den (Ausnahme-)Fällen, in denen im verbundenen Unternehmen die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung eingehalten wird, d.h. von Weisungen an den Vorstand der abhängigen Gesellschaft abgesehen wird, nach der Konzeption des Referentenentwurfes der Abschluß eines Weisungsvertrages gar nicht erforderlich sein sollte.

<sup>127</sup> Vgl. nur Brüggemeier, Einflußnahme (1988), S. 98 m.w.N.

<sup>128</sup> Vgl. so die Erwägungen im BegRegE vor den Änderungen im Bundestag, Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 408.

*verbundene Leitungsmacht in Anspruch nimmt, ohne einen solchen Vertrag abgeschlossen zu haben.*"<sup>129</sup> Ursprünglich war also beabsichtigt, für verbundene Unternehmen beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages eine strenge Haftung neben die Haftung der Generalklausel zu setzen.<sup>130</sup> Die verschärfte Verantwortlichkeit sollte an die bloße Erteilung einer Weisung anknüpfen, ohne daß in subjektiver Hinsicht weitere Voraussetzungen gefordert wurden. In der Begründung zum Regierungsentwurf wurde von einer im *"Interesse der abhängigen Gesellschaft, ihrer Aktionäre und ihrer Gläubiger erforderliche(n) Einschränkung der unternehmerischen Freiheit der Konzernleitung"* gesprochen.<sup>131</sup> Nach der ursprünglichen Konzeption des 3. Buches des AktG sollte also verantwortlich sein, wer die Gesellschaft durch Weisungen zu einer Maßnahme der Geschäftsführung bestimmt.<sup>132</sup> Diese Grundkonzeption zur Regelung faktischer Konzernverhältnisse wurde nicht Gesetz; auch heute noch sind diese Gedanken jedoch zu beachten, denn wäre die ursprüngliche - vergleichsweise radikale - Konzeption mit dem E § 284 Gesetz geworden, *"dann hätte man von einer gewissen Koinzidenz von Konzernorganisation und Haftung durchaus sprechen können"*.<sup>133</sup>

Eine solche besteht aber nicht unbedingt im geltenden deutschen Recht; denn während der letzten Phase der Entstehung des AktG von 1965 setzte sich, erst im Wirtschaftsausschuß und dann im Parlament<sup>134</sup> die Überzeugung durch, daß der abhängigen Gesellschaft auch ohne Beherrschungsvertrag durch das herrschende Unternehmen Nachteile zugefügt werden dürfen, soweit diese vom herrschenden Unternehmen ausgeglichen werden.<sup>135</sup> Dies sollen die §§ 311ff. umsetzen. Mit der heute geltenden Regelung war nicht beabsichtigt, eine Konzernbildung außerhalb des Vertragskonzerns zu untersagen oder durch Haftungssanktionen zu verhindern.<sup>136</sup> Denn

<sup>129</sup> So die BegRegE vor den Entwurfsänderungen, Kropff, Textausgabe (1965), S. 418.

<sup>130</sup> Wörtlich heißt es in der ursprünglichen BegRegE: *"Die Haftung tritt neben die nach § 117\* des Entwurfs."* (\*: in der ursprünglichen Fassung befand sich die Generalklausel des § 117 noch in § 113, vgl. BT-Drucks. IV/171 S. 234); vgl. zum Nebeneinander der Generalklausel des § 117 AktG und der konzernspezifischen Regelung das gerade oben in diesem Teil unter D.I.2.d. Gesagte.

<sup>131</sup> Bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 409.

<sup>132</sup> Vgl. Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1958), S. 409.

<sup>133</sup> Vgl. so Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 267f.

<sup>134</sup> Vgl. eingehend dazu die auch die wirtschaftspolitische Bedeutung dieser Diskussion darstellenden Betrachtungen von Kropff, Der faktische Konzern (1965), S. 2150 m.w.N. Vgl. zum E § 284 auch Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 219f.

<sup>135</sup> Vgl. Würdinger, Aktienrecht (1981), S. 341; vgl. zur Abänderung des E § 284 auch Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 149. Es sei daran erinnert, daß die herrschende Meinung aus der Formulierung des § 311 AktG - daß bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags ein herrschendes Unternehmen die abhängige Gesellschaft nicht benachteiligen darf, es sei denn, daß die Nachteile wieder ausgeglichen werden - die Folgerung ableitet, daß es gesetzlich erlaubt ist, der abhängigen Gesellschaft Nachteile zuzufügen, solange diese ausgeglichen werden; hierauf ist nicht näher einzugehen; vgl. statt aller nur Hüffer, AktG (3. Aufl., 1997) § 311 Anm. 7f.

<sup>136</sup> Vgl. hierzu auch Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 46. Es sei daran erinnert, daß der Referentenentwurf das - wirtschaftlich gesehen wohl zumindest äußerst fragwürdige, rechtspolitisch heute wohl kaum, und international wohl erst recht nicht - Ziel verfolgte, die Vielfalt der verbundenen Unternehmen durch einen einheitlichen Typus des rechtlich erfaßten Konzerns zu ersetzen - den Vertragskonzern; vgl. hierzu rechtevolutionär Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.213ff, 240.

die Bundesregierung hatte sich der Kritik am Referentenentwurf gebeugt und sich "*in Würdigung der dagegen erhobenen Einwände davon überzeugt, daß gegen diese Lösung Bedenken*" bestanden.<sup>137</sup> Das ursprüngliche Haftungskonzept des Referentenentwurfes für den faktischen Konzern mußte aufgegeben werden, weil die dort vorgesehene Haftung als zu drakonisch<sup>138</sup> kritisiert worden war. So wurde der Erfolgshaftung des E § 284 trotz ihres zivilrechtlichen Gewandes etwa der Charakter einer Strafnorm nachgesagt: die Vorschrift hätte keine andere Fundierung, als daß eine Weisung ohne Bestehen eines Unternehmensvertrages erteilt würde.<sup>139</sup>

Das Konzept der strengen Erfolgshaftung außerhalb des Eingliederungs- und Vertragskonzerns wurde also aufgrund der Kritik an dem Referentenentwurf und aufgrund mangelnder Praktikabilität im Bundestag nach der geänderten Vorlage durch den Bundesjustizminister aufgegeben; an ihrer Stelle wurde die Regelung der §§ 311ff. Gesetz.<sup>140</sup> Dabei war es ein Regelungsziel, die Wahrung der eigenen Interessen der abhängigen Gesellschaft zu sichern.<sup>141</sup>

Das geltende Gesetz enthält somit für die Verantwortlichkeit beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages keine Präventivregelung<sup>142</sup> in dem Sinne, daß jede Ausübung von

<sup>137</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/171, BegRegEnt. (1962) S. 95. Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 244 führt hierzu aus, die Wirtschaft sei nicht gewillt gewesen, die zwingende Ordnung hinzunehmen; vgl. anschaulich zur Kritik der unterschiedlichen Reformströmungen am Erfolgshaftungskonzept des § E284 RefE Dettling, aaO. S. 248, 250, 252, 264 und 266.

<sup>138</sup> So Flume, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1958), S. 21 und hierzu etwa Gebler, Leitungsmacht (1974), S. 148; aus heutiger Sicht zum Hintergrund dieser Aussage etwa Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.228.

<sup>139</sup> Vgl. Flume, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1958), S. 21. Auch die Studienkommission des DJT, DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 216, 415 wollte bewußt ein ausgedehntes Haftungssystem vermeiden, weil eine Erfolgshaftung des herrschenden Aktionärs die Konfliktsituation des Abhängigkeitsverhältnisses nicht befriedigend hätte lösen können. Eine solche Lösung wurde als zu weitgehend und als nicht mit den im deutschen Zivilrecht geltenden Haftungsgrundsätzen übereinstimmend verworfen. Diese, auch heute noch gültige Grundeinschätzung, vgl. dazu auch die Ausführungen zur Funktion der Haftung oben im ersten Teil unter A.IV. und zur Wertung der Organisationsfreiheit im zweiten Teil unter B.V. muß man sich, insbesondere unter Berücksichtigung der oben im zweiten Teil unter F.II. angesprochenen Europäisierung und der Internationalisierung, weiterhin gilt bewußt machen. Eben deshalb darf der hier verfolgte Regelungsansatz nicht zu einer Haftungsverschärfung im verbundenen Unternehmen führen, vgl. auch die Risikobetrachtungen oben in diesem Teil unter A.III.: den gesetzgeberischen Wertungen entsprechend muß es sich um eine im Einzelfall auftretende Haftungsregelung handeln, die dort greift, wo die gesetzlichen Wertungen ansonsten nicht eingehalten werden; vgl. zum Ausnahmecharakter gleich unten in diesem Teil unter D.II.1. und zum Einzelfallcharakter unter E.II.5.a.

<sup>140</sup> Daß man sich dieses Umstandes auch heute noch erinnern sollte meint Flume, Das Video-Urteil II (1992), S. 819, vgl. bereits dens., Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1958), S. 23.

<sup>141</sup> Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.267ff. m.w.N. beschreibt, daß man im Bundesjustizministerium so zu einer objektivierten Verschuldenshaftung entsprechend dem arm's length Prinzip im US-amerikanischen Recht strebte. Gerade der Bezug auf dieses Prinzip, dem bildlich der oben in diesem Teil unter A. angesprochene Interessen- und Risikoabgleich im Parallelogramm der freien Kräfte entspricht, illustriert eindrucksvoll die Rückbindung an die der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Mechanismen und Grundwertungen.

<sup>142</sup> Es war die ursprüngliche, später aufgegebenen Absicht gewesen, daß ein herrschendes Unternehmen, um zu einer ausgiebigen Konzernleitung befugt zu sein, auf den Abschluß eines Beherrschungsvertrages angewiesen sein sollte, vgl. so die BegRegE bei Kropff, Textausgabe

Leitungsmacht außerhalb der Gesellschaftsorgane und ohne Abschluß eines Beherrschungsvertrages verhindert werden soll, wie es für die Regelung des Referentenentwurfes zutrif.<sup>143</sup> Das Gesetz hat damit nicht, wie dies zu Anfang der Gesetzesüberlegungen gedacht war, den faktischen Konzern gegenüber den vertraglichen Konzernverbindungen erschwert, sondern versucht die unterschiedlichen Unternehmensverbindungen gleich zu behandeln.<sup>144</sup>

Stattdessen sollen die §§ 311 relativ selbständige Untergesellschaften, allerdings mit autonomer Gestaltungsmacht ermöglichen.<sup>145</sup> Das herrschende Unternehmen hat nach § 311 AktG die Pflicht, Nachteile auszugleichen,<sup>146</sup> die einer abhängigen Gesellschaft dadurch erwachsen, daß ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorgenommen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil getroffen oder unterlassen werden. Erst wenn dieser Nachteilsausgleichspflicht nicht nachgekommen wird, tritt nach § 317 Abs. 1 die Schadensersatzpflicht für das herrschende Unternehmen ein, und auch dies nur, wenn nicht auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen bzw. unterlassen hätte. Die in dieser Formulierung enthaltene Möglichkeit des Entlastungsbeweises für das herrschende Unternehmen nach § 317 Abs. 2 ist für das dogmatische Verständnis der Gesetz gewordenen Haftungsregelung für das herrschende Unternehmens wichtig: Aus der Regelung wird deutlich, daß das Verhalten des herrschenden Unternehmens nicht nur nach seinen Wirkungen beurteilt werden soll. Es wird deutlich, daß das herrschende Unternehmen grundsätzlich das gleiche Recht auf Irrtum und Fehler in unternehmerischen Ermessensentscheidungen hat wie die Leitung der unabhängigen Gesellschaft.<sup>147</sup> Auch das Verhalten des herrschenden Unternehmens

---

AktG, S. 409, obwohl hiergegen bereits früher argumentiert worden war, vgl. etwa Flume, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, S. 22.

Auch im Wirtschaftsausschuß war noch eine Minderheit dafür, an diesem Konzept festzuhalten. Zu der jetzigen Regelung kam es erst in der letzten Phase des Gesetzgebungsprozesses, weil sich eine Mehrheit im Wirtschaftsausschuß, der sich dann der Rechtsausschuß anschloß, gegen den zwangsweisen Abschluß eines Unternehmensvertrages aussprach. Vgl. hierzu die BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG, S. 410 und hierzu dens., Der faktische Konzern (1967), S. 2150 mit Nachweis der politischen Begründung für den Konzeptionswandel; vgl. auch insgesamt Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.213ff, 240ff.

<sup>143</sup> Vgl. Mestmäcker, Systematik (1967), S. 142 und den Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1958) S. 409.

<sup>144</sup> Vgl. hierzu auch die Aussage des Berichterstatters und Abgeordneten Wilhelmi vor dem Bundestag, etwa nachzulesen bei Kropff, Der faktische Konzern (1965), S. 2150. Wilhelmi meinte dabei gleichzeitig, daß im Gesetz erhebliche Sicherheiten eingebaut seien, um zu gewährleisten, daß die Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaften eine echte sei und daß im Gesetz der Grundsatz aufgestellt sei, daß im faktischen Konzern die einzelnen Unternehmen nicht geschädigt werden dürfen; dies ist etwa nachzulesen bei Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 149.

<sup>145</sup> Vgl. dazu mit Verweis auf die Bundestagsdebatte Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 130.

<sup>146</sup> Vgl. die Darlegung oben in diesem Teil unter C.IV. Hier werden die Grundzüge der Regelung der strengen Erfolgshaftung noch einmal explizit gegenübergestellt, um das Gesetzeskonzept zu betonen.

<sup>147</sup> Vgl. Mestmäcker, Systematik (1967), S. 141. Vgl. hierzu auch die Darstellung zur rechtlichen Erfassung des spezifischen Risikos im verbundenen Unternehmen oben in diesem Teil unter A.III.

ist somit an dem Maßstab zu prüfen, ob es zu der Zeit, zu der gehandelt wurde, den gesetzlichen Sorgfaltspflichten entsprach<sup>148</sup>.

In dieser Arbeit wird die Auffassung vertreten, daß ein Großteil der offenen Haftungsfragen des heutigen Konzernrechts darauf beruhen, daß die ursprüngliche Gesetzeskonzeption nur in einem Teilbereich revidiert wurde, und daß durch die konzeptionelle Veränderung die im Referentenentwurf zu konstatierende Systemstimmigkeit nicht mehr gegeben ist.<sup>149</sup> Angenommen, es wäre außerhalb der Vertragskonzerne bei der strengen Erfolgshaftung geblieben, hätte man ein dogmatisch stringentes Haftungssystem geschaffen. Nur: Zwar hätte man dann eine 'rechtlich vollendete' Haftungsregelung gehabt, als Preis dafür hätte man aber die lockere Gestaltung der Wirtschaftsunternehmen stark begrenzt. Es ist daher gesellschaftspolitisch und wirtschaftlich betrachtet richtig gewesen, von der in E § 284 vorgesehenen Erfolgshaftung aus Praktikabilitäts Gesichtspunkten abzusehen. Eine zu rigide Haftung für abhängige Gesellschaften erscheint wirklichkeitsfern und nicht wünschenswert.<sup>150</sup>

Leider haben jedoch die den E § 284 ersetzenden §§ 311ff. die hier interessierenden Haftungsfragen nicht eindeutig klären können. Das Ziel der Weiterentwicklung des Rechts muß es deshalb sein, zu Lösungen dieser offenen Probleme zu gelangen.

Das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland ist primär ein Gläubigerschutzrecht. Es muß bei allen Überlegungen zur Haftung darum gehen, diesen Gläubigerschutz ausreichend sicherzustellen. Jede Gläubigerschutzregelung muß jedoch gleichzeitig für die betroffenen herrschenden Unternehmen sowohl handhabbar als auch zumutbar sein.<sup>151</sup> Eben deshalb war die in E § 284 vorgesehene strenge Erfolgshaftung keine wirklichkeitsgerechte Lösung der Haftungsprobleme. Auch aufgrund dieser Erkenntnis wurde mit den §§ 311ff. im AktG 1965 nach Verwerfung des Konzepts einer strengen Erfolgshaftung eine objektivierete Verschuldenshaftung angestrebt.<sup>152</sup> Gleichzeitig hätte selbst eine strikte Erfolgshaftung im Aktienrecht aber die in dieser

<sup>148</sup> Die Überprüfbarkeit hiervon soll der Abhängigkeitsbericht sichern, vgl. zu dessen Wirkung Hommelhoff, Abhängigkeitsbericht, S. 313. Vgl. zum Sorgfalsmaßstab auch den Wortlaut des § 312 Abs. 3 und zur funktionellen Einordnung Mestmäcker, Systematik (1967), S. 141.

<sup>149</sup> Vgl. zur systematischen Richtigkeit des § E 284 RefE bei Weisungserteilung ohne Weisungslegitimation statt aller nur Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.266; angemerkt sei, daß die Problematik des faktischen Konzerns Gebler, einen der Väter des kodifizierten deutschen Konzernrechts, denn auch bis zum Lebensende nicht losgelassen hat: Für ihn handelte es sich um ein Gesetzgebungsproblem, vgl. hierzu etwa Flume, Das Video-Urteil (1992), S. 28.

<sup>150</sup> Entsprechend ist auch die rigide Haftungsfolge bei Neuregelungen in Bezug auf den Vorentwurf einer 9. EG-(Konzernrichtlinie) und dessen Konzept einer organischen Konzernverfassung kritisiert worden, vgl. statt aller etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 65f. Ausgewogener und erfolversprechender erscheint dagegen die nuancenreichere stärker auf die bestehenden nationalen Regelungseigenheiten der Mitgliedstaaten eingehenden Vorschläge des Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, zusammengefaßt S. 766f., auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

<sup>151</sup> Vgl. nur Priester in der Diskussion auf dem DJT 1992, Diskussionsbericht S. R 114 und das insgesamt oben in diesem Teil unter A.III. sowie im ersten Teil unter D. Gesagte.

<sup>152</sup> Vgl. hierzu m.w.N. etwa die rechtsevolutionäre Perspektive bei Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.267ff.; S. 272 und insbesondere S, 280.



Arbeit behandelten Haftungsprobleme nicht behoben: Denn eine Erfolgshaftung des herrschenden Unternehmens, wie sie in § 284 des Referentenentwurfes vorgesehen war, kann für die GmbH nicht in Frage kommen.<sup>153</sup> Denn bei der GmbH ist im Gegensatz zur aktienrechtlichen Regelung die Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens legal.<sup>154</sup>

Die Ausformung der beschränkten Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen ist also nicht in einer strengen Haftungsregel zu suchen. Es ist eine den faktischen Umständen angemessene und gleichzeitig den rechtlichen Schutzgedanken und Grundwertungen gerecht werdende Regelung zu finden. Dazu wird hier eine Generalklausel vorgeschlagen, die die Aufrechterhaltung des Haftungsprivilegs und damit die Aufrechterhaltung der abgeschotteten Verantwortlichkeit davon abhängig macht, daß die sich aus der Mitgliedschaft ergebende Treupflicht gemessen am Maßstab des Eigeninteresses nicht verletzt worden ist.<sup>155</sup> Vorher sind im folgenden<sup>156</sup> jedoch einige Bemerkungen zur konzernspezifischen Ausformung dieser Regelung zu machen.

## **II. Vorteile einer Konzernhaftung gegenüber der Durchgriffshaftung**

Das Recht der verbundenen Unternehmen regelt nicht lediglich die Haftungsfrage, sondern soll auch - und nach Ansicht vieler wohl gerade - Mißbrauchsschutz und Organisationsrecht enthalten.<sup>157</sup> Es würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen, auf die zahlreichen Aspekte etwa des Konzernorganisationsrechts oder einer Konzerneingangs-, -bildungs- und -beendigungskontrolle einzugehen. Die große Bedeutung der gesamten Konzernproblematik für die Haftungsfrage und die Ausformung der Haftungsregelung ist aufgrund der Komplexität der Problematik gerade bei systematischen Ansätzen zu betonen.<sup>158</sup> Aus diesem Grund ist es bei methodischen Betrachtungen wichtig, daß man sich bei der Betrachtung der Haftungsfrage immer wieder deutlich macht, daß einem konzernspezifischen Regelungsansatz wie dem deutschen bei weitem

<sup>153</sup> Der Blick zurück erschien nötig, weil die Rechtsgeschichte eben die Kontinuität von Interessenkonflikten hervortreten läßt, ohne zu ihren gegenwärtigen Erscheinungsformen unmittelbar Stellung nehmen zu müssen; vgl. ebenso - in anderem Zusammenhang - etwa Mestmäcker, Herausforderungen der wirtschaftlichen Macht (1996), S. 61.

<sup>154</sup> Vgl. zur Bedeutung dieses Umstandes etwa die Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1690; näher zur Zweispurigkeit des Konzernrechts oben in diesem Teil unter C.I.3. Insofern ist interessant, daß in der Literatur zum qualifizierten faktischen Konzern nach BGHZ 122, 123 (TBB, 1993) gesagt worden ist, die Haftungsregeln der qualifizierten faktischen Unternehmensverbindung sanktionierten qualifiziertes Erfolgsunrecht, und daß terminologisch empfohlen wird, von einer Erfolgshaftung zu sprechen, so Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 418, der meint, im TBB-Urteil habe der Bundesgerichtshof das Konzept der Erfolgshaftung verwirklicht (aaO. S. 420).

<sup>155</sup> Dies sei hier nur vorweggenommen; vgl. hierzu insgesamt unten in diesem materiellrechtlichen Teil unter E.

<sup>156</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter D.II.

<sup>157</sup> Vgl. etwa Lutter, Aufgabe eines Konzernrechts (1986), S. 228.

<sup>158</sup> Die Haftungsproblematik ist nur eines von vielen Rechtsproblemen im Recht der verbundenen Unternehmen; vgl. zur Einbettung der Haftungsfrage in ein weit umfangreicheres Konzernrecht und die große Bedeutung dieser Einbettung und des Wechselspiels zwischen Haftungsregelung und sonstigen Regeln für die Regelung der Haftungsfrage oben in diesem Teil unter B.

nicht nur haftungsrechtliche Erwägungen zugrundeliegen. Dies in mente habend, soll - bevor die bei Haftungsfragen im Recht der verbundenen Unternehmen zugrundezulegenden Wertungen dargelegt werden<sup>159</sup> - im folgenden das Verhältnis von allgemeinen Durchgriffsbetrachtungen<sup>160</sup> und dem konzernspezifischen Haftungsansatz gewürdigt werden.

### **1. Zum Ausnahmecharakter einer Haftung trotz Haftungsprivileg**

*"Das Zivilrecht kennt in gewissen Fällen Durchgriffe bei der juristischen Person. [...] So etwa wenn der Zweck einer Norm ohne Durchgriff nicht erreicht werden könnte."*<sup>161</sup> *"Es gehört zum Wesen [...] einer GmbH und der Aktiengesellschaft, daß diese Kapitalgesellschaften mit ihrer Verselbstständigung gegen 'Durchgriffe' auf Tatbestände im Kreis oder in der Person ihrer Gesellschafter grundsätzlich abgesichert sind."* Beim Durchgriff handelt *"es sich in jedem Fall um einen schweren Eingriff in eine Grundform unserer Rechtsordnung."*<sup>162</sup> Die Gründe für eine derartige Ausnahme vom Regeltatbestand<sup>163</sup> der auf das Gesellschaftsvermögen begrenzten Haftung *"können nur überzeugen, wenn ihr Gewicht der Intensität der Abweichung von dem grundsätzlich gewählten Ordnungsprinzip entspricht."*<sup>164</sup>

Der BGH hat in seiner Rechtsprechung ähnlich die Folgen einer zu weitgehenden Gesellschafterhaftung (Schadensersatz) wegen Treuwidrigkeit betont und in seine Überlegungen einfließen lassen.<sup>165</sup> Ebenso ist die auf die Entwicklungen in der Lehre aufbauende und vom Bundesgerichtshof ausgearbeitete Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns auch deshalb angenommen worden, weil die Gerichte in pathologischen Fällen helfen können sollen<sup>166</sup> - eben in Ausnahmefällen.<sup>167</sup>

Bereits an diesen Ansätzen wird einprägsam deutlich, daß die Gerichte es nur ausnahmsweise<sup>168</sup> zur Haftung trotz Haftungsbeschränkung kommen lassen. Ein

---

<sup>159</sup> Vgl. gleich unten unter E.

<sup>160</sup> Vgl. zur Bedeutung der allgemeinen Durchgriffsbetrachtungen oben im ersten Teil unter C.VI.

<sup>161</sup> Vgl. BGHZ 18, 224, 235 (1964). Vgl. zu materiellen Durchgriffsbetrachtungen die Ausführungen zur Normzweckbetrachtung im ersten Teil dieser Arbeit unter B.III.2.a. und IV.2. sowie zu den einzelnen Fallgruppen, die allgemein für den Durchgriff diskutiert werden, ebenda unter C.II.

<sup>162</sup> Vgl. BVerfGE 13, 331, 340.

<sup>163</sup> Vgl. Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), Anh. GmbH-Konzernrecht, Rn. 76.

<sup>164</sup> So das Bundesverfassungsgericht, in casu im Bezug auf eine steuerrechtliche Ausnahmegesetzvorschrift, vgl. BVerfGE 13, 331, 341 (1962).

<sup>165</sup> Vgl. etwa für die Stimmrechtsausübung BGHZ 129, 136, 162ff. (Girmes, 1995), wo interessanterweise betont wird, daß dies auch im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

<sup>166</sup> So etwa Knobbe-Keuk, Das Erdbeben "Video" (1992), S. 1464.

<sup>167</sup> Vgl. insgesamt zum qualifiziert faktischen Konzern oben in diesem Teil unter C.V.5. und zur Parallele der dort angestellten problemimmanenten Überlegungen zum hier diskutierten Ansatz unten in diesem Teil unter E.III.2.b.

<sup>168</sup> Der Bundesgerichtshof hat den Durchgriff so als *normative Ausnahme* beschrieben, vgl. etwa BGHZ 20, 4, 11; 22, 226, 230; 26, 31, 37; 31, 258, 271; 54, 222, 224 und hierzu etwa Rowedder/Rowedder, GmbHG (1990), § 13 Rn. 22, 24 m.w.N.

unmittelbarer Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehenden Kräfte ist allerdings dann ausnahmsweise zulässig,<sup>169</sup> wenn ein Ausnahmetatbestand vorliegt, dessentwegen sich die Gesellschafter auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person nicht berufen dürfen.<sup>170</sup> Dieser Ausnahmecharakter läßt auch Rechtssicherheitsbedenken geringer wiegen,<sup>171</sup> nicht zuletzt, weil gerade Ausnahmeregelungen restriktiv auszulegen sind.<sup>172</sup> Folglich gilt für die hier behandelte Problemstellung: Es kommt nur im absoluten Ausnahmefall zu einer spezifischen Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen: Es müssen ganz besondere Tatbestände vorliegen, damit es zu einer solchen Haftung kommt.<sup>173</sup>

Dies entspricht denn auch der freiheitlichen Wertung, welcher die gesetzgeberische Grundentscheidung für die Möglichkeit der Entfaltung unternehmerischer Aktivität bei begrenzter Haftung beinhaltet. Dementsprechend darf die rechtliche Intervention nicht zum Regelfall, sondern muß der Ausnahmefall bleiben.<sup>174</sup> Es bedarf in jedem einzelnen Ausnahmefall für die Haftung einer besonderen Begründung und besonderer Voraussetzungen.<sup>175</sup>

<sup>169</sup> BGHZ 68, 312, 314 (Fertighaus, 1977); zum Durchgriff als Ausnahmetatbestand auch Scholz/Emmerich, GmbHG (1993), § 13 Anm. 87; Bauschke, Mit dem Durchgriff ins kommende Jahrhundert (1984), S. 698 meint, daß es am Ausnahmecharakter des Durchgriffs auch nichts ändert, wenn es in zahlreichen Fällen zum Durchgriff kommt.

<sup>170</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, 332 (Autokran, 1985) und zum Ausnahmecharakter etwa Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 11.

<sup>171</sup> Vgl. zum Aspekt der Rechtssicherheit auch das oben im zweiten Teil unter D.II.3. zu den Gefahren bei der Verwendung von Generalklauseln Gesagte. Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 145 führt unter Berufung auf Radbruch entsprechend an, daß eine gewisse Nichtberücksichtigung der Rechtssicherheit eher dort gerechtfertigt erscheint, wo es sich nur um Ausnahmefälle handelt. Dementsprechend stellt er - für das Anfechtungsrecht - zwar keine generelle, aber doch eine ausnahmsweise und einzelfallbezogene Einschränkung in den Raum.

<sup>172</sup> Vgl. zur Auslegung von Ausnahmenvorschriften Larenz, Methodenlehre (1991), S. 355f. Rechtsvergleichend sei angemerkt, daß etwa in England und Frankreich die Haftungsschwelle relativ hoch liegt. Da in beiden Ländern der Konzernkonflikt keine allgemeine Anerkennung gefunden hat und so keine gruppenspezifischen Sonderregeln bestehen, basiert das Haftungskonzept in diesen beiden Rechtssystemen auf den Prinzipien von Gesellschaftsautonomie und Schädigungsverbot; vgl. näher hierzu etwa Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), passim und zusammenfassend S. 172, der S. 173 betont, im Ergebnis bedeute die restriktive Tendenz des TBB-Urteils eine qualitative und quantitative Annäherung an die Rechtspraxis im französischen Recht. Es sei noch einmal betont, daß es dieser Arbeit nicht darum gehen kann, an diesem Ergebnis etwas zu ändern, dementsprechend sei hier der Ausnahmecharakter einer Haftung im geltenden Recht angeführt, um klarzustellen, daß dieser Ausnahmecharakter zu wahren ist, solange nicht eine eindeutige, im geltenden Recht aber eben nicht vorhandene, entgegengesetzte gesetzgeberische Wertung vorliegt.

<sup>173</sup> Vgl. statt aller grundsätzlich Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 247.

<sup>174</sup> Vgl. auf der Metaebene argumentativ ähnlich gegen zwingende Vorschriften an den Stellen, wo diese nicht gerechtfertigt sind, Kübler, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung (1994), S. 144. Aao. nennt Kübler gerade die Abwälzung spezifischer Risiken unternehmerischen Handels auf außenstehende Dritte durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen als Beispiel für Sachverhalte, die sich gesetzlich kaum erfassen lassen. Kübler will in diesen Fällen dementsprechend gerade die Rechtssprechung den "Haftungsdurchgriff" erlauben. Gerade für diese Fälle muß nach dem Gesagten aber die Ausnahme die Regel bleiben.

<sup>175</sup> Diese nicht zu vernachlässigende Bedeutung der Beachtung der Voraussetzungen für die Haftungsregelung betont etwa Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 78.

Diesen Ausnahmecharakter der Haftung für die Verpflichtungen einer Kapitalgesellschaft galt es eingangs der hier anzustellenden methodischen Betrachtungen zu betonen,<sup>176</sup> denn auch im Recht der verbundenen Unternehmen erlauben die Gerichte den Gläubigern einer abhängigen juristischen Person lediglich in Ausnahmefällen, auf die Muttergesellschaft zurückzugreifen.<sup>177</sup> Das Bewußtsein um den Ausnahmecharakter ist bei den folgenden Betrachtungen wichtig.<sup>178</sup>

## **2. Konzernhaftung als 'geordneter Haftungsdurchgriff'**<sup>179</sup>

Die in der Rechtsprechung herausgebildete Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns illustriert gut die Unterschiede zwischen allgemeiner Durchgriffshaftung und verbundsspezifischem Ansatz: Zwar ist die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern in gewisser Weise ebenso eine Durchbrechung der Haftungsbeschränkung wie der Haftungsdurchgriff,<sup>180</sup> die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern<sup>181</sup> weist jedoch so

<sup>176</sup> Richtig betont etwa Behrends, Struktur und Wert (1989), S. 170 mit Verweis auf Flume, Die juristische Person (1083), S. 63ff. und 79ff., daß der Haftungsdurchgriff durch eine der Haftungsbeschränkung dienende juristische Person hindurch auf den Hintermann ein anschaulicher Bereich des Struktur-Wert-Konflikts mit typischem Regel-Ausnahme-Verhältnis seiner Kasuistik sei. Auch im US-amerikanischen Durchgriffsdenken gilt im Regelfall die Einheit und Autonomie der juristischen Person. Nur im Ausnahmefall, darunter bei Fällen besonders enger Konzernierung, kommt es zum Durchgriff. Vgl. hierzu etwa Teubner, Unitas Multiplex (1991), S. 195.

<sup>177</sup> So bereits Kronstein, RabelsZ 1956, 471, und hierzu Müller-Freienfels, Durchgriffshaftung (1957), S. 533. Insofern ist es bemerkenswert, daß nach dem Video-Urteil verbreitet angenommen wurde, daß die Rechtsprechung die Haftungsbefreiung nach § 13 Abs. 2 GmbHG zur Ausnahme werden ließ, und damit das Regel-Ausnahme-Verhältnis von regulärer Haftungsbefreiung und ausnahmsweiser Konzernhaftung auf den Kopf stellte; vgl. so etwa Lutter, Gefahren persönlicher Haftung (1994), S. 130 und zum Regel/Ausnahmemechanismus von beschränkter Haftung der juristischen Person und Durchgriff insgesamt Schanze, Einmanngesellschaft (1975), S. 16, 59. Die Grundwertung der Rechtsordnung für die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung muß der Regelfall im gegenüber der Ausnahme *im Einzelfall* bleiben; vgl. insofern auch das zum Regel-Ausnahme-Verhältnis und der einschränkenden Auslegung von Ausnahmebestimmungen im zweiten Teil als Einschränkung der besonderen Gefahren von Generalklauseln unter D.II.3. Gesagte.

<sup>178</sup> Bemerkenswert zum Ausnahmecharakter der Haftung trotz beschränkter Haftung ist folgendes Zitat von Rittner, Die werdende juristische Person (1973), S. 276: "*Die Fragen der Schuld und der Haftung der Verbandsmitglieder sind als solche reine Wertungsfragen! Sie sind darüber hinaus Strukturfragen der konkreten juristischen Person [...]. Das bedeutet freilich nicht, daß der Gesetzgeber gewissermaßen beliebig bei der AG oder bei der GmbH die [...] Haftung [...] anordnen könnte. Die Art und Weise, wie er den einzelnen Typ ausgestaltet, wird ihm vielfach [...] verbieten, eine persönliche Haftung der Anteilseigner im Regelfalle vorzusehen. Dennoch kann es für bestimmte Fälle - dafür bietet ja auch unser Recht Beispiele - angebracht sein, die Mitglieder persönlich haften zu lassen. Selbst wenn, wie gewöhnlich, eine solche Haftung nicht im Gesetz vorgeschrieben ist, dürfte es nicht ausgeschlossen sein, daß sie in concreto [...] bejaht wird.*" Bemerkenswert ist im übrigen auch, daß Rittner sich anschließend von der strukturbedingten Rechtsfolge abwendet und sich der konkret begründeten Verantwortlichkeit zuwendet, also auf die Momente des Einzelfalles abstellt, und damit früh die neueren Entwicklungen im qualifiziert faktischen Konzern richtig als Haftungsgerecht vorwegnehmend.

<sup>179</sup> Den Begriff des 'geordneten Durchgriffs' verwendet etwa K. Schmidt, Konzernhaftung nach TBB (1993), S. 552 im Bezug auf den Verlustausgleich, der nach K. Schmidt zwar '*rechtstechnisch Welten vom Haftungsdurchgriff entfernt ist, im Ergebnis aber als ein geordneter Haftungsdurchgriff funktioniert.*'

<sup>180</sup> So ist denn auch richtig auf die funktionale Übereinstimmung von Durchgriffshaftung und Konzernhaftung hingewiesen worden, vgl. etwa K. Schmidt, Konzernhaftung nach TBB (1993), S. 552 und diesem beipflichtend Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 411; die Diskussion des Durchgriffs in der Konzernrechtsdebatte zusammenfassend etwa Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 286ff. mit ausgiebigem Literaturnachweis.

viele konzernspezifische Besonderheiten auf, daß sie mit allgemeinen Durchgriffshaftungsbetrachtungen nichts mehr gemein hat.<sup>182</sup>

Es ist zwar die Auffassung vertreten worden, das "Autokran"-Urteil selbst sei bereits eine Reaktion auf die dogmatische Durchsetzung der Normzwecklehre gewesen,<sup>183</sup> und tatsächlich gehen auch die tragenden Gründe des Autokran-Urteiles weitgehend mit der Normzwecklehre konform.<sup>184</sup> Es handelt sich bei der Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzern nach richtiger Auffassung jedoch um einen andersartigen und eigenständigen, eben verbundsspezifischen Gläubigerschutzansatz.<sup>185</sup> Die Unterschiede zwischen den Ansätzen sind näher darzustellen:

Zwar hat die allgemeine Durchgriffshaftung<sup>186</sup> ebenso wie die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns als Teil des Rechts der verbundenen Unternehmen den Zweck, die Kapitalerhaltung in der abhängigen Gesellschaft sicherzustellen<sup>187</sup> und damit eine Gläubigerschutzfunktion; es handelt sich hierbei jedoch um zwei verschiedene Gläubigerschutzinstrumente mit *unterschiedlichem systematischen Ansatz*. Der gegen die Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern erhobene Vorwurf, der BGH hätte statt mit der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns die Haftung besser mit Durchgriffsgesichtspunkten begründet, statt allgemeine Grundsätze über die Haftung des herrschenden Unternehmens im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern zu entwickeln, ist nach hier vertretener Auffassung also verfehlt.<sup>188</sup> Denn dabei wird der systematisch bedeutsame Unterschied zwischen autonomer und abhängiger Gesellschaft - die dem 3. Buch des AktG 1965 zugrundeliegende Grundwertung - unzulässig übergangen. Es ist somit zu begrüßen, daß der Bundesgerichtshof nicht den einfacheren "*Durchgriffs-Weg*" gewählt, sondern sich um die Herausarbeitung tragfähiger genereller Beurteilungskriterien für die Haftung des herrschenden Unternehmens im qualifiziert faktischen Konzern bemüht hat.<sup>189</sup> Das vom Bundesgerichtshof entwickelte Haf-

<sup>181</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.V.5. und im Zusammenhang mit der Diskussion um die § 311ff AktG K. Schmidt, Abhängigkeit und faktischer Konzern als Aufgaben der Rechtspolitik (1992), S. 865.

<sup>182</sup> Vgl. zur allgemeinen Durchgriffshaftung oben im ersten Teil unter C.

<sup>183</sup> Vgl. Schanze in der Diskussion auf dem DJT 1992, S. R. 117.

<sup>184</sup> Vgl. so Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 604 mit Nachweisen zur Normzwecklehre. Vgl. die Ausführungen im ersten Teil dieser Arbeit unter B.IV.2, denen hier insoweit gefolgt wird, als daß die den Normzweck ausmachende gesetzliche Wertung mit den Grundwertungen des Rechts der verbundenen Unternehmen in Einklang zu bringen ist.

<sup>185</sup> So bereits früh Nirk, Rechtsfolgenseite der Durchgriffshaftung (1985), S. 462; vgl. hierzu insgesamt die Ausführungen oben in diesem Teil unter B. und C.V.5.

<sup>186</sup> Vgl. zutreffend so bereits Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 411.

<sup>187</sup> Zum gleichen Zweck der Konzern- und Durchgriffshaftung etwa Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 178.

<sup>188</sup> Ebenso im Bezug auf die Kritik am Autokran-Urteil des II. Senats des BGH und unter Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip und die sich daraus abzuleitenden richterlichen Aufgaben bereits Ulmer, Richterliche Entwicklungen (1986), S. 56 m.w.N.

<sup>189</sup> Ebenso bereits Ulmer, Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1579 m.w.N.. Bemerkenswert ist, daß Ulmer dies '*aus dogmatischer Sicht*' begrüßt und diese Rechtsfortbildung als wertungsstimmigen Lösungsweg vertritt. Diesem ist nach in dieser Arbeit

tungskonzept löst die 'Durchgriffsprobleme' ohne sich auf das Abenteuer des Haftungsdurchgriffs einzulassen<sup>190</sup> und ohne in den 'Giftschrank des Haftungsdurchgriffs' zu greifen.<sup>191</sup> Damit hat der Bundesgerichtshof auf langjähriges Wissen aufgebaut, denn bereits vor dem AktG von 1965 und schon zu Beginn der Durchgriffsdiskussion wurden die Abhängigkeitsverhältnisse von Versuchen allgemeiner Durchgriffsbetrachtungen ausgenommen.<sup>192</sup>

Eine Haftung trotz Haftungsbeschränkung kann es für das herrschende Unternehmen nur geben, wenn diese entweder wie z.B. im dritten Buch des AktG gesetzlich angeordnet ist oder sich durch einen Verstoß gegen die Zweckordnung des Gesetzes ergibt: Ein 'Haftungsdurchgriff nur aufgrund qualifizierter Beherrschung' ist richtigerweise abzulehnen.<sup>193</sup>

Die allgemeinen Durchgriffsbetrachtungen beruhen auf allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Wertungen der Aufrechterhaltung des Trennungsprinzips im Einzelfall. Die Haftungsbetrachtungen im qualifiziert faktischen Konzern sind keine solchen Durchgriffsbetrachtungen, sondern eine systemstimmige und folgerichtige Weiterentwicklung der in den §§ 15ff. und 291ff. ausgedrückten gesetzgeberischen Wertung.<sup>194</sup> Der spezifischen Rechtsfortbildung des Bundesgerichtshofes ist zuzustimmen, da es sich im Recht der verbundenen Unternehmen aufgrund der besonderen Interessenkonflikte um ein rechtsqualitativ eigenständiges Rechtsproblem handelt.<sup>195</sup> Treffend wird von einer - nicht

---

vertreter Auffassung unbedingt zuzustimmen. Ebenfalls die dogmatische Fragwürdigkeit eines eigenständigen Durchgriffsansatzes betont Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung (1991), S. 184.

<sup>190</sup> So bereits und näher hierzu K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 1017. Gegen eine Durchgriffslösung bei Eigeninteresse-gefährdenden Maßnahmen durch die Gesellschafter auch Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 78ff., 82.

<sup>191</sup> Mit diesem Bild wird vor einer Haftung im verbundenen Unternehmen gewarnt, ohne daß zuvor der vollständige Interessenumbruch in der abhängigen Gesellschaft festgestellt wäre; dieses ausdrucksstarke Bild stammt von Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 418.

<sup>192</sup> So wollte bereits Serick im Hinblick auf das Verhältnis von 'Mutter- und Tochtergesellschaften' den Durchgriff nicht von einem Rechtsmißbrauch abhängig machen, sondern für diese Fragen auf den jeweiligen Normzweck abstellen; vgl. etwa Serick, Rechtsform und Realität (1955) S. 104ff, insbesondere S. 115, wo es zusammenfassend heißt, "daß herrschende und abhängige juristische Person als Einheit behandelt werden müssen, wenn andernfalls der Zweck einer gesellschaftsrechtlichen Norm, der wegen seiner ihm vom Gesetz beigelegten Bedeutung stets Beachtung verlangt, nicht verwirklicht werden könnte." Schon Serick meinte, daß nicht generell zu bestimmen sei, wann diese Zweckverwirklichung ausgeschlossen sei. Vgl. zur Bedeutung dieser Betrachtungen für die heutige Rechtsvergleichung etwa Behrens, Durchgriff über die Grenze (1982), S. 313.

<sup>193</sup> Das Kapitalgesellschaftsrecht kennt eben keinen Grundsatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung; vgl. hierzu oben in diesem Teil unter A.IV.2.; vgl. ähnlich wie hier etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 134 m.w.N., der außerdem noch den Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben für einen Ausnahmetatbestand fordert und somit meint, den Kreis zum Haftungsdurchgriff geschlossen zu haben, letzteren jedoch explizit ablehnt, aaO. S. 146 m.z.w.N.

<sup>194</sup> Dem entspricht folgende auf den Heidelberger Konzernrechtstagen von K. Schmidt, Verlustausgleich im qualifizierten faktischen Konzern (1992), S. 116 geäußerte Betrachtung: "Der Grundgedanke der Verlustausgleichspflicht besteht darin, daß das in der Durchgriffsdiskussion sogenannte 'Trennungsgebot' dem nicht zugute kommt, der nicht auch ein organisationsrechtliches Trennungsgebot beachtet."

<sup>195</sup> Diese hier vertretene Auffassung ist die Konsequenz des in dieser Arbeit als zentral angesehenen Interessenumbruchs in der abhängigen Gesellschaft. Eben weil es zu einem solchen

ganz unumstrittenen -Wertentscheidung gegen die Durchgriffshaftung gesprochen.<sup>196</sup> Der vom Bundesgerichtshof eingeschlagene Weg ist eine wertungsstimmige Fortentwicklung des Rechts und bringt größere Berechenbarkeit und damit Rechtssicherheit. Er ist aufgrund der in der kodifizierten deutschen Regelung enthaltenen Wertungen die systemstimmigere Lösung.

### **3. Konzernspezifische Haftung als sektoraler Konzerndurchgriff?**

Vor dem AktG war teilweise die Ausübung eines maßgeblichen Einflusses eines herrschenden Unternehmens auf eine abhängige Gesellschaft als *selbständige konzernrechtliche Grundlage für einen Haftungsdurchgriff* angesehen und deshalb eine grundsätzliche Haftung des herrschenden (Konzern-)Unternehmens für Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften vorgeschlagen worden.<sup>197</sup> Dieser Ansatz, der nicht mit der Konzeption des stärker unternehmerisch angelegten 3. Buches des AktG von 1965 übereinstimmt, fand keinen Eingang in die Gesetzeskonzeption und entspricht eben nicht den Wertungen des Gesetzes: Das Gesetz begegnet dem spezifischen Lebenssachverhalt "verbundenes Unternehmen" mit einer spezifischen Regelung.

Schlagwortartig ist diese Wertentscheidung für die konzernspezifische Lösung in einem Plädoyer für einen sektoralen Konzerndurchgriff<sup>198</sup> so formuliert worden, daß Durchgriff "out", gruppenspezifische Haftung "in" ist.<sup>199</sup> Wenn dabei teilweise die

---

Interessenumbruch kommt, ist von einem rechtsqualitativ anderen Rechtsproblem auszugehen. Die hier vertretene grundsätzliche Unterscheidung wird jedoch nicht von allen so begründet. So meint K. Schmidt etwa, daß es bei der qualifizierten Abhängigkeit um Organisationssachverhalte geht, bei denen das Trennungsgebot mißachtet wird; vgl. z.B. Schmidt in der Diskussion auf dem DJT 1992, Sitzungsbericht S. R 135 wiederholt in ders., Unternehmensbegriff (1994), S. 195. So richtig dies auch sein mag: die zentrale gesetzgeberische Wertung ist der bei der abhängigen Gesellschaft nicht mehr gegebene, in der Gesetzeskonzeption für eine autonome Gesellschaft jedoch vorausgesetzte Interessengleichlauf in der abhängigen Gesellschaft, vgl. dazu unten oben in diesem Teil unter A.V. und insgesamt unter C.

<sup>196</sup> Vgl. hierzu etwa Konzen, Arbeitsverhältnisse im Konzern (1987), S. 570 auch mit Nachweisen anderer Auffassungen und etwa Schanze auf DJT 1992, Sitzungsbericht R. S. 117. Vgl. zu der für ihn 'wertungsrechtlich offenen Frage', wovon die Haftung abzuhängen hat, auch K. Schmidt, Konzernhaftung nach TBB (1993), S. 553.

<sup>197</sup> Vgl. statt aller etwa Filbinger, Haftung im Konzernrecht (1948), S. 28, 59.

<sup>198</sup> Vgl. Teubners Plädoyer für einen sektoralen Konzerndurchgriff in Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1991), passim. Bei der Würdigung der Auffassung Teubners sollte berücksichtigt werden, daß Teubner die haftungsrechtlichen Fragen aus dem Blickwinkel des polykorporativen Netzwerkes betrachtet. Dabei geht es ihm darum, die Polykorporativität des Unternehmens darzulegen, dies wird deutlich in Teubner, Unitas Multiplex (1990), S. 208 oder ders. Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 267ff. Ansatzweise findet sich die Idee eines neuronalen Netzwerkes bereits bei Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 14. Wiedemann spricht von einer Art Netzwerk, nämlich dem organischen Unternehmensverbund, der sich auch und gerade "in den Nervenenden" orientiert; vgl. hierzu das zur Problemstellung oben in diesem Teil unter A.V. Gesagte.

<sup>199</sup> So für die "postautokratische Phase" des Konzernrechts Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 261. mit zumindest teilweiser Begrüßung der Ablösung der diffusen Durchgriffsgrundsätze durch konzernspezifische Haftungsregeln S. 269. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 1228 meint ähnlich, daß jene Probleme, die im anglo-amerikanischen Recht mit der Durchgriffslehre bewältigt werden, mit dem Verlustausgleich analog § 302 AktG im Ergebnis mit einem "geordneten Durchgriff" gelöst würden; Vgl. systematisch hierzu etwa Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 288f.

Unangemessenheit des Rechtsbildes der "abhängigen Gesellschaft" postuliert wird,<sup>200</sup> so ist dem für den in dieser Arbeit angelegten Blickwinkel entgegenzutreten: Für z.B. das unternehmensverfassungsrechtliche Problem mag die Abhängigkeit als Anknüpfungspunkt weniger geeignet sein; hier soll nur die Begrenzung der Haftungsmasse im verbundenen Unternehmen betrachtet werden. Ausgangspunkt dieser Problematik ist hierbei die Unterscheidung zwischen autonomer und abhängiger Gesellschaft: Die die beschränkte Haftung rechtfertigenden Schutzmechanismen sind bei der abhängigen Gesellschaft nicht mehr gegeben. Deshalb kommt es darauf an, für die durch den Autonomieverlust der abhängigen Gesellschaft auftretenden Benachteiligungen durch Ausgleichsmechanismen zu kompensieren.<sup>201</sup> Dieser Grundgedanke der bestehenden Haftungsregelung orientiert sich zutreffend an der abhängigen Gesellschaft. Das wird besonders bei der Regelung zum faktischen Konzern deutlich,<sup>202</sup> die sich am Vergleichsmaßstab einer autonom am Markt agierenden Gesellschaft, am "*Als-ob-Maßstab des potentiell unabhängigen Unternehmens*" orientiert.<sup>203</sup>

Trotz unterschiedlicher Ansätze soll diese Idee des sektoralen Haftungsdurchgriffs im Konzernverhältnis<sup>204</sup> hier in gewisser Weise aufgegriffen werden, als daß es wertungsstimmig und sowohl materiellrechtlich als auch methodisch richtig erscheint, im Gegensatz zur konturenlosen Durchgriffshaftung eine konzernspezifische Ausgestaltung der Haftung zu fordern.<sup>205</sup> Interessant ist hierbei die in der Diskussion anzutreffende Überlegung, daß die traditionelle Durchgriffslehre mit ihren als "konspirativ" bezeichneten Vorstellungen von einem "Hintermann" dort nicht mehr anwendbar ist, wo etwa der arbeitsteilige Verbund die wirtschaftliche Steuerung übernimmt.<sup>206</sup> Es ist überzeugend, daß insbesondere dort, wo kein Hintermann mehr existiert, auf einem spezifischen Recht der verbundenen Unternehmen aufzubauen ist. Das Haftungsrecht als solches muß mit einer "Theorie der verbundenen Unternehmen" - hier: einer Verantwortlichkeitsregelung für abhängige Kapitalgesellschaften - ausgestattet sein, die den haftungsrechtlichen Wertungen des Gesetzes angemessen ist.<sup>207</sup> Entscheidend ist, daß

---

<sup>200</sup> Vgl. Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 201.

<sup>201</sup> Vgl. ebenso etwa Teubner, *Unitas Multiplex*, (1991), S. 195.

<sup>202</sup> Vgl. Hommelhoff, *Konzernleitungspflicht* (1982), S. 33ff.

<sup>203</sup> Vgl. Rehbinder, *Schutz im faktischen GmbH-Konzern* (1986), S. 87.

<sup>204</sup> Teubner, *Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung* (1990), passim. Teubner knüpft an die klassischen Ansätze Kronsteins an. Wenn Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 201, die Unangemessenheit des Rechtsbildes der "abhängigen Gesellschaft" postuliert, so erklärt sich diese - hier bestrittene - These aus Teubners unternehmensverfassungsrechtlichem Blickwinkel.

<sup>205</sup> Vgl. etwa Teubner, *Politik des Gesetzes in der Konzernhaftung* (1990), S. 271.

<sup>206</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter A.V.2.d. zum Interesse des verbundenen Unternehmens Gesagte.

<sup>207</sup> Insoweit ist Teubner, *Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung* (1990), S. 272 zuzustimmen. Hier werden jedoch der materielle Gehalt der teubnerschen Aussage auf das verbundene Unternehmen statt auf den Konzern und auf die Wertungen statt auf die Politik des Gesetzes angewandt. Teubner ist zuzustimmen, wenn er meint, daß die Grundidee des sektoralen Haftungsdurchgriffs bei verbundenen Unternehmen bei Anknüpfung an die für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifischen Tatbestände und Wertungen Vorteile hat, vgl. hierzu etwa



die spezifischen Wertungen<sup>208</sup> "den Vorzug vor einem Rückgriff auf die Durchgriffslehre" verdienen, "weil im kodifizierten oder judiziell entwickelten Bestand des Konzernrechts Wertungsgesichtspunkte spezifiziert sind."<sup>209</sup>

Der 'Konzerndurchgriff' ist somit nicht als eine spezielle Fallgruppe der allgemeinen Durchgriffslehre anzusehen.<sup>210</sup> Eine *allgemeine* Durchgriffshaftung wäre eine zu konturenlose Generalklausel,<sup>211</sup> deren Diffusität<sup>212</sup> zu Rechtsunsicherheiten führen würde.<sup>213</sup> Festzuhalten bleibt: Nur im Ergebnis, jedoch aufgrund ganz eigener Wertungen, kommt es im verbundenen Unternehmen zu einer (Durchgriffs)Haftung,<sup>214</sup> wobei wie oben dargelegt diesem Begriff nur Stichwortfunktion zukommt.<sup>215</sup> Nur so kann die konzernrechtliche Haftung als ein Sondertatbestand der Durchgriffshaftung bezeichnet werden.<sup>216</sup> Wichtig ist besonders, daß es zur Haftung aufgrund der Zweckbetrachtung<sup>217</sup> des gesamten Normenkomplexes kommt, und daß dabei die dem gesamten Normenkomplex zugrundeliegenden Wertungen zentrale Beachtung finden. Diese Bewertungsaufgabe ist

---

Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 207f. Wo dieser im folgenden jedoch meint, es sei eine Dogmatik eines solchen sektoralen Durchgriffs zu entwickeln, wird in dieser Arbeit der unmittelbare Rückgriff auf die Wertungen vorgeschlagen.

<sup>208</sup> Teubner, *Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung* (1990), S. 261 spricht etwa von konzerntypischen Wertungen m.w.N.

<sup>209</sup> So bereits Reh binder, *Schutz im faktischen GmbH-Konzern* (1987), S. 97.

<sup>210</sup> Ganz anderer Ansicht etwa Teubner, *Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung* (1990), S. 275.

<sup>211</sup> So Reh binder, *Schutz im faktischen GmbH-Konzern* (1986), S. 97.

<sup>212</sup> Teubner, *Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung* (1990), S. 261, Die Absicht des II. Zivilsenats, das diffuse "Durchgriffs"-Konzept durch schärfere Konturen zu ersetzen, um ein an der Normzwecklehre orientiertes Vorgehen hervorzu bringen, begrüßt Kübler, *Haftungstrennung und Gläubigerschutz* (1991), S. 402.

<sup>213</sup> Vgl. zu den Gefahren bei der Anwendung von Generalklauseln die Ausführungen oben im ersten Teil unter D.II.3.

<sup>214</sup> Ähnlich Reh binder, *Schutz im faktischen GmbH-Konzern* (1986), S. 97. Auch Drüke, *Haftung der Muttergesellschaft* (1990), S. 138 bezeichnet den qualifiziert faktischen Konzern als konzernspezifische Durchgriffshaftung mit genauen Tatbestandsvoraussetzungen, und verwendet dabei den Durchgriffsbegriff stichwortartig. Vgl. zum konzernspezifischen Haftungsdurchgriff ebenso Ehlke, *Konzerninduzierter Haftungsdurchgriff* (1986), S. 523ff. und hierzu wiederum Drax, *Durchgriffs- und Konzernhaftung* (1991), S. 174, der die Unterschiede der Haftungskonzepte betont. Auch Zöllner in *Baumbach/Hueck, GmbHG* (17. Aufl., 2000), Anh. *GmbH-Konzernrecht* Rn. 75 unterscheidet die konzernspezifische Haftung vom Haftungsdurchgriff, meint jedoch, sie stünde dem allgemeinen Haftungsdurchgriff durchaus nahe - und manchmal kaum unterscheidbar gegenüber.

<sup>215</sup> Vgl. hierzu im ersten Teil unter B.IV.1. und C.II.6.; wie hier auch etwa Raiser, *Recht der Kapitalgesellschaften* (1992), S. 335. der die Haftung bei den Fällen eines qualifiziert faktischen Konzerns "als gesicherte Grundlage für eine Durchgriffshaftung im GmbH-Konzernrecht" bezeichnet.

<sup>216</sup> Vgl. Wiedemann, *Unternehmensgruppe* (1988), S. 77, der dabei betont, daß die konzernrechtliche Haftung damit alle ordnungspolitischen Wertungen teilt, die das Feld der Durchgriffshaftung und seiner Reichweite teilen. Dazu ist zu sagen, daß eine einheitliche haftungsrechtliche Wertungsgrundlage zwar zu begrüßen ist, daß es im Recht der verbundenen Unternehmen aber eben zahlreiche nicht haftungsrechtliche Erwägungen gibt. Eben deshalb sind, wie in dieser Arbeit versucht, die haftungsrechtlichen Wertungen im Recht der verbundenen Unternehmen als rechtsqualitativ eigenständig festzuhalten.

<sup>217</sup> Vgl. etwa zur Bedeutung des Normzwecks bei der Haftung im verbundenen Unternehmen Teubner, *Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung* (1990), S. 277.

recht komplex, so daß eine fallweise Konkretisierung angebracht ist.<sup>218</sup> Dies könnte eben im Rahmen einer gruppenspezifischen Haftungsgeneralklausel als Auffangtatbestand geschehen. Eine solche böte auf methodenehrliche Weise<sup>219</sup> die Möglichkeit, der Aufgabe gerecht zu werden, die anstehenden Entscheidungen mit den vom Gesetzgeber vorgegebenen Wertungen übereinstimmen zu lassen.<sup>220</sup>

#### **4. Zur Systematik: Verlustausgleichspflicht oder Ausfallhaftung?**

Gerade im Kapitalgesellschaftsrecht stellt sich grundsätzlich die Frage, ob der Schutz der Gläubiger auf indirektem Wege durch den Schutz der abhängigen Gesellschaft, etwa durch einen Verlustausgleich, zu realisieren, oder ob dieser Schutz durch die unmittelbare Haftung des herrschenden Unternehmens für die Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft zu gewährleisten ist.<sup>221</sup> Dabei ist zwischen den Rechtsfolgen Haftung und Verlustausgleichspflicht zu sondern.<sup>222</sup>

Eine unmittelbare Ausfallhaftung oder Globalhaftung des herrschenden Unternehmens würde dem Trennungsprinzip widersprechen. Denn eine Außenhaftung gibt es eben nicht im Kapitalgesellschaftsrecht, einmal abgesehen von den Fällen, in denen dem Trennungsprinzip nicht Rechnung getragen wird, , z.B. in Fällen der Durchgriffshaftung.<sup>223</sup> Eine solche Mißachtung der Vermögenstrennung zwischen Verbands- und Mitgliedsvermögen mit der Folge einer einheitlichen Vermögenszuordnung würde gegen den elementaren Grundsatz verstoßen, daß das Vermögen der juristischen Person einem bestimmten Zweck gewidmet ist und ausschließlich seinen eigenen Gläubigern haftet. Die Vermögensvereinheitlichung setzt außerdem ein geordnetes und die Interessen der gesellschaftsrechtlichen Bezugsgruppen<sup>224</sup>

<sup>218</sup> So der Gedanke von Rehbinder, Schutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), s. 96. Auch Lutter, Haftung des herrschenden Unternehmens (1985), S. 1434 meinte zu den Thesen und Formulierungen in BGHZ 95, 330 (Autokran, 1985), daß die größere Beweglichkeit eines eher fallorientierten Systems ein Vorzug sei.

<sup>219</sup> Zu der hier geforderten Methodenehrlichkeit gehört dabei, daß eine gewünschte Lösung nicht durch eine zielorientierte Interpretation des Gesetzestextes in diesen hinein projiziert werden sollte, vgl. so für die hier behandelte Problematik bereits richtig Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 33. Eine Generalklausel käme einer solchen Interpretation zuvor, indem sie den Rahmen für wertungskonforme Lösungen böte.

<sup>220</sup> Zum letzteren etwa für die Politik des Gesetzes anstelle der hier als zentral angesehenen vorgegebenen Wertungen Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 262.

<sup>221</sup> Zu dieser Problematik einführend etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 407, der sich mit der ganz überwiegenden Literatur für den indirekten Weg ausspricht.

<sup>222</sup> Auf die Unterscheidung von Durchgriff und Verlustausgleichspflicht hinweisend etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 31; vgl. hierzu statt aller auch K. Schmidt, Verlustausgleichspflicht und Konzernleitungshaftung (1989), S. 545ff., vgl. auch Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz (1991), S. 499.

<sup>223</sup> Vgl. insgesamt zu den - eben nicht für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifischen - Fällen der Haftung neben und trotz Haftungsprivileg oben im zweiten Teil unter B.

<sup>224</sup> Bereits Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 410 zeigt deutlich auf, wie die systemstimmige Lösung der Haftungsfrage durch Ansprüche der abhängigen Gesellschaft gegen das herrschende Unternehmen auch die typisch interessengerechtere Lösung ist; diese

berücksichtigendes Verfahren voraus.<sup>225</sup> Eine allen Interessen gerecht werdende Regelung einer Vermögensvereinheitlichung ist jedoch kaum denkbar. Eine globale Aufhebung der getrennten Vermögenszuordnung ist somit insgesamt abzulehnen.<sup>226</sup>

Gerade aufgrund der getrennten Vermögenszuordnung und dem von den Gesellschaftern getrennten Sondervermögen der Kapitalgesellschaft stellt sich die Frage, ob es nicht sachgerecht ist, statt einer Außenhaftung des herrschenden Unternehmens für die Verbindlichkeiten einer beherrschten GmbH, die notwendig zum Gläubigerwettlauf in der Insolvenz der beherrschten Gesellschaft führt, eine konzernspezifische Innenhaftung gegenüber der beherrschten GmbH zu begründen und dadurch bei dieser zu einer "*Haftungskanalisation*" mit entsprechender konkursrechtlicher Abwicklung zu kommen, die allen schützenswürdigen Interessen gleich gerecht wird.<sup>227</sup> Insbesondere die Berücksichtigung des im Kapitalgesellschaftsrecht geltenden Grundsatzes des mittelbaren Gläubigerschutzes legt es nahe, von den Gesellschaftern zu verlangen, das Stammkapital funktionsgerecht wiederherzustellen. Schlagwortartig: eine Defunktionalisierung der Kapitalsicherungsvorschriften in der Kapitalgesellschaft verlangt Kompensation in der Kapitalgesellschaft.<sup>228</sup> Die diesem zugrundeliegende Interessenabwägung spricht denn auch für eine Innenhaftung: eine Außenhaftung führte zu einem nicht wertungsstimmigen Übermaß am Gläubigerschutz.

Dementsprechend ist eine solche Binnenhaftung für den Vertragskonzern etwa im Verlustausgleich nach § 302 AktG angelegt. Diese Verlustübernahmepflicht nach § 302 AktG ist in der Vertragskonzernregelung dabei die zentrale, gegenüber § 303 AktG vorrangige Regelung, zu der § 303 lediglich eine Komplementärvorschrift ist.<sup>229</sup> Ebenso

---

richtige systematische Erwägung findet sich entsprechend auch bei Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 267. Daß die Verlustübernahmepflicht sich aus dem der aktienrechtlichen Konzeption zugrundeliegenden Ausgleichsprinzip ergibt und deshalb die richtige systematische Lösung ist, meinte ebenso bereits die Unternehmensrechtskommission, Bericht (1980), Tz. 1690 und zu den unterschiedlichen Positionen der Diskussion in der Frage Verlustausgleich/Mithaftung aaO. Tz. 1691f.

<sup>225</sup> Vgl. hierzu auch § 93 InsO, wonach die persönliche Gesellschafterhaftung vom Verwalter und nicht von den einzelnen Gläubigern der insolventen Gesellschaft geltend gemacht wird.

<sup>226</sup> Vgl. hierzu bereits Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 229.

<sup>227</sup> So und dies bejahend bereits Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 124, 128ff. m.w.N. für die Binnen-/Innenhaftung als systemgerechte Lösung auch Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 30f; auch K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 1017 ist für das Konzept der Binnenhaftung; vgl. zur Problematik der Binnenhaftung bei Durchgriffsbetrachtungen dens., Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH (1994), S. 844. Zum ungewollten Gläubigerwettlauf auch Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 81ff. die ebenfalls deshalb eine direkte Haftung der Gesellschafter ablehnt, und mittelbare Haftungsmodelle für den Gläubigerschutz befürwortet. Gegen eine Unterschätzung der Verlustausgleichspflicht etwa Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 63f., der meint die Entscheidung Innen- bzw. Außenhaftung sei eine Frage der technischen Abwicklung, die für die effektive Belastung der Gesellschafter ohne große Bedeutung sei. Vgl. hierzu auch Hattstein, Gläubigerschutz durch das ehemals herrschende Unternehmen (1995), S. 169, der betont, daß bei der Konzeption der Insolvenzsicherung die Ausfallhaftung entscheidend sei.

<sup>228</sup> So - für Durchgriffsfälle bei der GmbH, die er - verkürzt gesagt - als Ausfall der gesetzlichen Kapitalsicherungsschutzes sieht, Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 614 (612) und 609.

<sup>229</sup> So Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 124.

gehen bei einfachen Abhängigkeitsverhältnissen der Ausgleich nach § 311 AktG bzw. der Schadensersatz nach § 317 an die Gesellschaft.<sup>230</sup> Sowohl beim Vorliegen als auch beim Fehlen eines Beherrschungsvertrags besteht die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens somit gegenüber der abhängigen Gesellschaft; der Gläubigerschutz wird im kodifizierten Recht der verbundenen Unternehmen mittelbar über den Schutz der Gesellschaft verwirklicht.

Wertungserhaltend muß es sowohl bei zentralen Unternehmensverbindungen, bei denen ein Einzelausgleich möglich ist, als auch in zentralen Konzernstrukturen, in denen das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft nicht gewahrt ist, zu einer Innenhaftung kommen. Denn ebenso wie der Ausgleich im dezentralen Konzern das Interesse der Gesellschaft wieder herstellen soll, stellt im nicht dezentral<sup>231</sup> geführten Konzern die Verlustausgleichspflicht ein Korrelat zur Befreiung von der Bindung an das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft dar.<sup>232</sup> Zwar hat der Bundesgerichtshof im Autokran-Urteil<sup>233</sup> und in späteren Entscheidungen<sup>234</sup> aus der Sicherheitsstellung<sup>235</sup> entsprechend § 303 auf die unmittelbare Haftung<sup>236</sup> des herrschenden Unternehmens entschieden, hierbei handelte es sich in concreto jedoch jeweils um so herabgewirtschaftete Gesellschaften, daß der (Um)Weg über die Innenhaftung keinen Sinn gehabt hätte, und es nicht nur für die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft keinen materiellen Unterschied zwischen den Innen- und der unmittelbaren Ausfallhaftung

<sup>230</sup> Vgl. insgesamt oben in diesem Teil unter C.IV.

<sup>231</sup> Mit *dezentral* wird hier die Fokussierung des unternehmerischen Handelns auf die Wahrung des Interesse der einzelnen, abhängigen Gesellschaft ausgedrückt; *nicht-dezentral* drückt dagegen aus, daß eben nicht auf ein Interesse der einzelnen Gesellschaft fokussiert wird. Vom *zentral* geführten Konzern wird in dieser Arbeit nicht gesprochen: Es kommt für die hier behandelte Frage nicht darauf an, ob ein Zentrum, d.h. ein Mittelpunkt, besteht, oder ob ein zentrales, d.h. von einem Mittelpunkt ausgehendes Interesse im verbundenen Unternehmen wahrgenommen wird; vgl. insofern das oben in diesem Teil unter V.2. zum Polykorporations-, Netzwerks bzw. Unternehmensinteresse Gesagte. Entscheidend ist dagegen, daß bei Haftungsfragen im verbundenen Unternehmen auf die abhängige Gesellschaft zu fokussieren ist, und folglich sollte deshalb der Gläubigerschutz auch *durch* die Gesellschaft realisiert werden.

<sup>232</sup> So bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 299.

<sup>233</sup> BGHZ 95, 330, 341 (Autokran, 1985).

<sup>234</sup> Vgl. etwa BGHZ 122, 123, 132 (TBB, 1993).

<sup>235</sup> Diese gewährt den Gläubigern einen unmittelbaren Anspruch gegen das herrschende Unternehmen, wenn das Beherrschungsverhältnis tatsächlich beendet ist, etwa in den Fällen, in denen die abhängige GmbH förmlich aufgelöst, der Konkurs über ihr Vermögen eröffnet, der Konkursantrag mangels Masse abgelehnt oder die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft in sonstiger Weise eingestellt ist. Weil es keinen Sinn hat, einer vermögenslosen Gesellschaft zunächst Sicherheiten zu gewähren, haftet das herrschende Unternehmen dann unmittelbar auf Zahlung; vgl. hierzu eingehend BGHZ 95, 330, 346f. (Autokran, 1985) und zum Außenhaftungsanspruch analog § 303 AktG etwa K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2078.

<sup>236</sup> Bei der unmittelbaren Haftung bereitet auch die Festsetzung des Haftungsbetrags Probleme. Es wäre jedoch falsch, die Möglichkeit einer sinnvollen Festlegung der Haftungsgrenze von vornherein abzulehnen. Für eine Möglichkeit der sinnvollen Festlegung für den Bereich des Haftungsdurchgriffs etwa Adams, Beschränkte Haftung (1991), S. 67 auch mit Nachweisen der Diskussion um die Frage der angemessenen Eigenkapitalausstattung eines Unternehmens; Stimpel, Durchgriffshaftung (1987) S. 614 hat etwa vorgeschlagen, man könnte die Haftung so weit ausstrecken, bis ein funktionsgerechtes Stammkapital wiederhergestellt ist. Da die unmittelbare Haftung nach dem Gesagten für abhängige Kapitalgesellschaften bereits aus systematischen Erwägungen abgelehnt wird, ist hierauf nicht weiter einzugehen.

gab,<sup>237</sup> sondern de facto keine weiterhin zu schützende Gesellschaft mehr bestand.<sup>238</sup> Die in diesen Fällen vom Bundesgerichtshof bejahte, jedoch nur im Ergebnis einem Haftungsdurchgriff ähnliche unmittelbare Außenhaftung des herrschenden Unternehmens nach § 303 AktG, ist somit als eine konsequente Fortführung der analogen Anwendung der Verlustübernahmepflicht des § 302 AktG zu bewerten.<sup>239</sup> Der Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens im qualifizierten faktischen Konzern ist also der Vorzug gegenüber der primären Außenhaftung zu geben.<sup>240</sup>

Beim Verlustausgleich handelt es sich rechtlich immer um Ansprüche der geschädigten Gesellschaft. Ein praktisches Problem ergibt sich bei der Geltendmachung dieses Anspruches durch diese: da der Anspruchsgegner als herrschendes Unternehmen den beherrschenden Einfluß dazu nutzen kann, das Durchsetzen dieser Ansprüche zu unterbinden, ist der Anspruch für die abhängige Gesellschaft de facto ohne großen Nutzen.<sup>241</sup> Eben deshalb kommt es oftmals, abgesehen von den §§ 117, 311, 317, 318 AktG, erst im Konkurs der abhängigen Gesellschaft zur Geltendmachung der Ansprüche durch den Konkursverwalter.<sup>242</sup> Insofern sei daran erinnert, daß bei insolventen Gesellschaften in der Mehrzahl der Fälle ein Konkursverfahren gar nicht erst stattfindet,<sup>243</sup> weil

<sup>237</sup> Schlüssig bereits BGHZ 95, 330, 347 (Autokran, 1985). Anders dagegen in BGHZ 107, 7, 15f., (Tiefbau, 1989) wo zum einen gesagt wird, daß im Autokran-Urteil für den dort gegebenen Sachverhalt eine Ausfallhaftung angenommen wurde, während zum anderen im Tiefbau-Urteil eine Verlustausgleichspflicht entsprechend § 302 während der Konzernierung bejaht wurde. Spätestens nach dem TBB-Urteil scheint die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft Vorrang vor der Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft zu haben; vgl. BGHZ 122, 123, 130f. und wie hier Lutter, Gefahren persönlicher Haftung (1994), S. 130.

<sup>238</sup> Eine nicht mehr bestehende Gesellschaft nur deshalb wieder entstehen zu lassen, um zum Zwecke der Realisierung eines *mittelbaren* Gläubigerschutz ein *Mittel* zu erzeugen, erscheint denn auch nicht mit den Wertungen der Gesamtrechtsordnung vereinbar; vgl. zum zentralen Gesichtspunkt des Bestandsinteresses gleich unten in diesem Teil unter E.I.2.

<sup>239</sup> So m.w.N. auch der Gegenauffassung bereits früh Ulmer, Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1583f., der der hier vertretenen Auffassung entsprechend gleichzeitig in Frage stellt, ob statt der Außenhaftung nicht eine Haftungskanalisation bei der beherrschten Gesellschaft den Vorzug verdient. Auch für Lutter, Haftung des herrschenden Unternehmens (1985), S. 1432 m.w.N. stand bereits früh die Wertung außer Zweifel, daß das Prinzip der Haftungskanalisation auch im verbundenen Unternehmen nicht zur Debatte steht. Ganz abgelehnt werden Direktansprüche der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft gegen das herrschende Unternehmen entsprechend § 303 AktG von Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2116, der dabei den erwähnten Gesichtspunkt betont, daß ein solcher 'Haftungsdurchgriff' die ordnungsgemäße Abwicklung im Konkursverfahren durch einen sinnlosen Wettlauf der Gläubiger ersetzen bzw. erschweren würde; vgl. zum 'unerwünschten Windhundverfahren' auch Lutter/Hommelhoff, GmbHG (15. Aufl., 1999) Anh. § 13 Rn. 30.

<sup>240</sup> Vgl. auch K. Schmidt, Unternehmensrechtskommission (1981), S. 473.

<sup>241</sup> Hierzu und allgemein rechtsvergleichend zur Geltendmachung der Haftungsansprüche etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 268ff., der dies verdeutlichend darauf aufmerksam macht, daß die Idee des Abhängigkeitsberichtes, vgl. § 312 AktG, eben auf dieser Erfahrung beruht.

<sup>242</sup> ...und eben deshalb *im Ergebnis* zu einer Ausfallhaftung; vgl. das soeben Gesagte.

<sup>243</sup> Dies war schon zur Entscheidungszeit des Autokran-Urteils 1985 bekannt: Bereits 1983 kam es so in der Bundesrepublik in über 75% der Fälle zu einer Abweisung des Konkursantrages mangels Masse, vgl. etwa Kuhn/Uhlenbruck, Konkursordnung (1986), § 107 vor Rn. 1. Insofern ist die Aussage, daß die Konzernhaftung erst im Konkurs von praktischer Bedeutung sei (etwa Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 415) mißweisend: die Haftung ist eben nicht erst im Konkursfalle sondern bereits bei Insolvenz der abhängigen Gesellschaft relevant. Auch ist zu betonen, daß bei der hier behandelten gesellschaftsrechtlichen Problemstellung auf *gesellschaftsrechtliche* Wertungen aufzubauen ist. Dies gilt auch für die

das Gesellschaftsvermögen nicht zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens ausreicht. In diesen Fällen können die Gesellschaftsgläubiger die Ansprüche geltend machen.<sup>244</sup> Systematisch betrachtet handelt es sich dabei jedoch um einen Verlustausgleichsanspruch der abhängigen Gesellschaft gegen das Mutterunternehmen.<sup>245</sup> Diese Binnenhaftung<sup>246</sup> ist sowohl aus Gründen der praktikablen Abwicklung zu befürworten, als auch weil sie die allgemeine Außenhaftungsordnung zu wahren trachtet.<sup>247</sup>

---

Abgrenzung gegen die - faktisch oft mit der hier behandelten Problematik einhergehenden - Fälle der Konkursverschleppung. Bei der Konkursverschleppung geht es zwar ebenso um den Gläubigerschutz - es handelt sich hierbei jedoch um eine völlig andere gesetzgeberische Wertung: bei der Konkursverschleppung geht es eben nicht um eine korporationsrechtliche, sondern um eine konkursrechtliche Wertung. Denn bei den Urteilen zur Konkursverschleppung geht es eben nicht um den - im Gesellschaftseigeninteresse zusammenzufassenden allgemeinen Gläubigerschutz vor einer unternehmerisch nicht gerechtfertigten Verminderung des Gesellschaftsvermögens (vgl. näher hierzu gleich unten unter E.1.) - sondern um *das spezifisch konkursrechtliche Interesse* der Gesellschaftsgläubiger am Erhalt der Aktiva nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit; vgl. hierzu etwa BGH NJW 1974, 1088, 1089 und Schulze-Osterloh in Baumbach-Hueck, GmbHG (17. Aufl. 2000), § 64 Rn. 13; vgl. statt aller im Bezug auf die hier behandelte Fragestellung etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 161ff. m.w.N., wo rechtsvergleichend zu Recht betont wird, daß das gesetzgeberische Unwerturteil sich nicht gegen die Versäumung des Konkursantrags richtet, sondern gegen die Fortführung des werbenden Unternehmens trotz Insolvenz. Daß diese Wertung de lege ferenda auch im Recht der verbundenen Unternehmen zugrundelegen sein könnte, zeigt illustrativ die Verweisung auf das - wertungsidentische - wrongful trading (sec. 214 Companies Act) bei Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 753ff.

<sup>244</sup> Vgl. das zu BGHZ 95, 330, 347 (Autokran, 1985) Gesagte und zur Analogie zu §§ 93 Abs. 5; 117 Abs. 5; 309 Abs. 4, S. 3; 310 Abs. 4 sowie 317 Abs. 4 und zur Bedeutung dieses Umstands für die hier behandelte Haftungsproblematik statt aller anschaulich Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 40 m.w.N. Es sei angemerkt, daß auch bei der im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelung nach § E 284 Abs. 2 i.V.m. § E 283 Abs. 4 RefE jeder Gläubiger, der von der abhängigen Gesellschaft keine Befriedigung erlangen konnte, den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen konnte. Auch nach der im Referentenentwurf vorgesehenen Regelung kam es außerhalb des Vertragskonzerns also eindeutig zu einer Kanalisierung über die abhängige Gesellschaft, gegenüber der die Verantwortlichkeit und der Schadensersatz bestand.

<sup>245</sup> Rechtsvergleichend ist insbesondere interessant, daß bei der französischen "action en comblement du passif social" das Gesellschaftsinteresse nur insoweit geschützt ist, wie sich der Schaden der Gesellschaft gleichzeitig in einem kollektiven Schaden der Gläubiger äußert - und daß der Umfang der Haftung in einem - im übrigen von der Cour de cassation nicht weiter kontrolliertem - Ermessen des Tatsachenrichters liegt. Vgl. näher Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 164ff. m.w.N. Vgl. zu einem Beispiel (Com 21.7.1987, "Le Veaux de Gascogne", RJC 1988, 289, 1. Urteil (F.Cherschouly Sicard), bei dem die französische Rechtsprechung nach Art. 1382 CC für einen Dritten aufgrund dessen Einflußnahme zur Haftung kommt - und zwar eben zu einer Haftung in Höhe der Überschuldung, aaO. S. 201f.

<sup>246</sup> Die - wie oben dargelegt - lediglich in der rechtstechnischen Ausgestaltung als direkte Anspruchsnahme des Gesellschafters durch einzelne Gläubiger Ausdruck findet, vgl. rechtsvergleichend hierzu etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 40.

<sup>247</sup> So im Ergebnis beispielsweise Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 291. Eine Parallele Haftungsgestaltung hat sich in der neueren Rechtsprechung des BGH zur Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH herauskristallisiert: der BGH hat sich von einer Außenhaftung distanziert und zur Innenhaftung bekannt: grundsätzlich haften die Gesellschafter einer Vor-GmbH unbeschränkt, allerdings nur im Sinne einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft; vgl. nur BGH BB 1996, 1349. Gläubiger sind zur Befriedigung ihrer Ansprüche grundsätzlich auf die Pfändung der Ansprüche der Vor-GmbH gegen ihre Gesellschafter angewiesen. Eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Haftungsgestaltung der Innenhaftung gibt es bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft, vgl. nur BAG WiB 1997, 1188 und das soeben Gesagte.

Dogmatisch handelt es sich bei dieser Innenhaftung um eine auf die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft gestützte Haftung.<sup>248</sup> Die Treupflicht als Haftungsgrundlage ist systemgerecht, weil die Haftungsgrundlage für diese Innenhaftung im Innenverhältnis zwischen den Konzernunternehmen verankert sein sollte.<sup>249</sup> Da auf die Treupflicht gestützte Ansprüche ausschließlich im Innenrecht bestehen,<sup>250</sup> ist es folgerichtig systemstimmig, daß die Ansprüche aufgrund einer Treupflichtverletzung der abhängigen Gesellschaft als solcher zustehen.<sup>251</sup> Denn eine Verletzung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft begründet einen Anspruch der Gesellschaft. Auf diesen können dann - wenn nötig auf dem Weg der Forderungspfändung - auch deren Gläubiger zurückgreifen.<sup>252</sup> Dies hat auch für die Einmann-Gesellschaft zu gelten.<sup>253</sup>

Diese Erwägungen fügen sich systematisch stimmig in das Gesamtbild der Haftungsregelung im deutschen Recht: Die deutsche Konzeption strebt eine Übereinstimmung von Innen und Außen jedenfalls in dem Sinn an, daß Organisationsstrukturen und Haftungsordnung sich entsprechen sollen.<sup>254</sup> Allgemeine - d.h. nicht verbundenspezifische - Regeln schützen die Gläubiger der Gesellschaft unmittelbar, die Ansprüche stehen in der Regel bestimmten Gläubigern zu. Die für verbundene Unternehmen spezifischen Ansprüche stehen im deutschen Recht dagegen stets der benachteiligten Gesellschaft zu, weil sie diese unmittelbar schützen. Dadurch dienen sie nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar dem Schutz von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern<sup>255</sup> - und mittelbarer Gläubigerschutz, primär durch Substanzerhaltung

<sup>248</sup> Vgl. allgemein Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 84, 102 und im Bezug auf die hier behandelte Problematik etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 143; vgl. näher zur Treupflicht gleich unten unter E.II.

<sup>249</sup> Es sollte nicht übersehen werden, daß diese Auffassung von einem Teil der Literatur bereits vor dem AktG 1965 vertreten wurde; vgl. nur C. E. Fischer, Reform des Aktiengesetzes (1955), S. 221, der meinte, daß, da das Recht der Aktiengesellschaft juristische Selbständigkeit im gesamten Rechtsverkehr mit Dritten zuerkennt, das Recht ebenso unterstellen müsse, daß sie auch wirtschaftlich selbständig sei. Sei dies auf wirtschaftlichem Gebiet nicht praktisch, so müsse im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs nach außen dieser Sachverhalt *negiert* werden; *im Innenverhältnis* zwischen der einzelnen juristisch selbständigen AG und dem ihr wirtschaftlich übergeordneten Konzerngebilde müßten sich eine Reihe von Gestaltungsvorschriften ergeben.

<sup>250</sup> Vgl. etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 143.

<sup>251</sup> Vgl. hierzu etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 41 m.w.N. und hierzu auch die Darstellung der entsprechenden Regelung des § 117 AktG oben in diesem Teil unter D.I.2. Anzumerken ist, daß auch, wo die Haftung - entgegen der hier vertretenen Auffassung - nicht auf Treupflichtgedanken gestützt wird, eine Innenhaftung befürwortet wird - vgl. beispielsweise Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), zusammenfassend etwa S. 330, will ebenfalls den Einzeldurchgriff durch eine "*Binnenhaftung des Schädigers gegenüber der Gesellschaft*" ersetzen.

<sup>252</sup> Vgl. ähnlich Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 87, der dabei zu Recht die Parallelität des Rechtsgedanken in § 117 Abs. 1 S. 2 und § 317 Abs. 1 S. 2 AktG hervorhebt.

<sup>253</sup> Zu diesem Ergebnis kommen nach Abwägung der Argumente auch Lutter/Hommelhoff, GmbHG (15. Aufl., 1999) Anh. § 13 Rn. 30 m.w.N. zur Frage; vgl. hierzu auch die Ausführungen gleich anschließend in diesem Teil unter E.

<sup>254</sup> Vgl. Druey, Gutachten (1992), S. H 49.

<sup>255</sup> So systematisch zusammenfassend Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 271f. Gerade weil die gesetzliche Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen nur mittelbare Gläubigeransprüche vorsieht, sieht Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 133 in den Ausgleichszahlungen ein Konzept der Innenhaftung verwirklicht.

der abhängigen Gesellschaft, ist eben der Grundgedanke der Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen: Die zur Haftungseinheit führenden Voraussetzungen führen zur Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens und resultieren letztlich in einer Art "geordnetem Haftungsdurchgriff".<sup>256</sup>

### **5. Rechtssystematische Betrachtung zur Haftungsgrundlage**

Das deutsche Recht hat eine besondere Haftungsregelung für Konzernverhältnisse geschaffen. Das gilt für den Eingliederungskonzern (§§ 321ff.) und den Vertragskonzern (§§ 302ff.) ebenso wie für die faktischen Konzernverhältnisse. Denn die §§ 311, 317 sind keine Haftung für schlechte Geschäftsführung oder anderes, das letztlich noch ein allgemein zivilrechtliches und rein vermögensrechtliches Denken wäre. "Es geht vielmehr um eine spezifisch personenrechtliche, organisationsrechtliche Haftung [...]. Eine Haftung für die Ausnutzung von gesellschaftsrechtlicher Abhängigkeit, die systematisch gesehen in der Genealogie der §§ 62 und 117 AktG steht."<sup>257</sup> Es handelt sich somit rechtssystematisch gesehen um eine eigenständige, eben eine spezifische Haftungsgattung.

Bemerkenswert ist, daß in den Fällen, die vom BGH unter dem Schlagwort "qualifiziert faktischer Konzern" behandelt worden sind, Grundlage der Haftung eine *rechtswidrige* Schädigung der Gesellschaft gewesen ist,<sup>258</sup> und daß es sich dabei für die betroffenen Gesellschaften nicht um Situationen gewöhnlichen Geschäftsverkehrs, sondern um Krisensituationen gehandelt hat. Es handelt sich bei den Fällen der Haftung nach dem Grundsatz des sogenannten qualifiziert faktischen Konzerns nicht um Regelfälle, sondern um Einzelfälle, Sonderfälle und Extremfälle.<sup>259</sup> Letztlich handelt es sich bei dem Begriff des qualifiziert faktischen Konzerns also um eine - aufgrund der Lückenhaftigkeit des

<sup>256</sup> So - die Formulierung von K. Schmidt, Verlustausgleich im qualifiziert faktischen Konzern (1992), S. 123 - aufgreifend auch Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (2000), Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 91ff.

<sup>257</sup> Vgl. Bälz in der Diskussion auf dem DJT 1992 S. R 122. Diese - richtige - Zusammenkettung der allgemeinen Regelung für Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft (Generalklausel in § 117 AktG) und Haftung der Aktionäre beim Empfang verbotener Leistungen (§ 62 AktG im dritten Teil des ersten Buches des AktG über Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter), zeigt deutlich, daß dem Kapitalgesellschaftsrecht soweit wie möglich *eine* Konzeption zugrundeliegt, und daß die Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen mit dem *ganzen* Recht methodisch übereinstimmen sollte.

<sup>258</sup> Vgl. Knobbe-Keuk auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht S. R 157.

<sup>259</sup> Vgl. Lutter auf dem DJT 1992, Sitzungsbericht R 154. Ebenso Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 419. Bereits das Autokran-Urteil (vgl. BGHZ 95, 330, 332) enthält die Wendung vom "Ausnahmetatbestand, dessentwegen sich die GmbH-Gesellschafter auf die rechtliche Selbständigkeit der GmbH als juristische Person nicht berufen dürfen", und auch wenn diese Wendung teilweise als überflüssig und verfehlt angesehen wird (vgl. Stimpel, Durchgriffshaftung (1987), S. 604), so wird der - unbedingt beizubehaltende -Ausnahmecharakter der Haftung beim Vorliegen einer Haftungsbeschränkung doch deutlich. Interessant ist insofern, daß rechtsvergleichend geurteilt worden ist, daß nur im Rahmen eines über die abhängige Gesellschaft eröffneten Insolvenzverfahrens eine Muttergesellschaft (bzw. das herrschende Unternehmen) in Anspruch genommen werden kann; Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), S. 163, meint so etwa, daß die Haftungsfälle sich zumeist auf den Bereich der Krisenbewältigung beschränken. Entscheidend muß es sein, zu einem in Krisen- und Extremsituationen handhabbaren Ergebnis zu gelangen.



Gesetzes nötige - in der Rechtspraxis entwickelte Formel für bestimmte extreme Haftungskonstellationen. Auch deshalb erscheint es systemstimmig, ebenfalls für die qualifizierten Abhängigkeits- bzw. Konzernverhältnisse, die Haftung auf einer konzernspezifischen Haftungsregelung aufzubauen - und einen auf die bestehenden Wertungen aufbauenden, spezifischen Regelungsansatz fortzuführen. Dies ermöglicht eine Generalklausel.

So mag es beispielsweise richtig sein, daß jene "pathologischen Fälle", die der Bundesgerichtshof entscheiden hat, für den Einzelfall im Wege der Durchgriffshaftung wegen erweckten Vertrauens oder bewußter Schädigung hätten gelöst werden können,<sup>260</sup> oder daß z.B. die im Autokran-Urteil angesprochenen Probleme sich genauso gut und ohne weiteres über § 826 befriedigend hätten lösen lassen.<sup>261</sup> Dies scheint zweifelhaft, soll hier aber nicht interessieren. Von der Begrifflichkeit "qualifiziert faktischer Konzern" soll hier Abstand genommen werden. Auch mag hier dahinstehen, ob die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns - in der Literatur müssen sich die Konzerrechtler aufgrund dieser gar mehrmals die Anspielung auf den Zauberlehrling Goethes<sup>262</sup> gefallen lassen - in einigen Jahren noch Bestand haben wird.<sup>263</sup> Hier geht es um die Betrachtung des materiellrechtlichen Gehalts der Haftungsfälle, und wie jeder Formelkompromiß verdeckt die Formel vom "qualifiziert faktischen Konzern" die Dynamik des Gesellschaftsrechts als Unternehmensrecht und ersetzt die Frage nach den Funktionszusammenhängen durch ein gesellschaftspolitisches Postulat.<sup>264</sup> Neben den gesetzgeberischen Wertungen sollte die Regelung im Recht der verbundenen Unternehmen gerade dieser Dynamik gerecht werden.

Die Frage der Haftung im Recht der verbundenen Unternehmen sollte aber in keinem Falle aufgrund begrifflicher Begrenzungen beantwortet werden.<sup>265</sup> Es ist sekundär, ob die Haftungsgrundlage in den hier problematisierten Fällen auf eine besondere Art der Durchgriffshaftung, auf allgemeine Grundsätze oder auf dem von der Rechtsprechung gewählten Weg des Haftungstatbestandes des qualifiziert faktischen Konzerns geregelt wird: Die primäre Aufgabe des Rechts muß es sein, einen praktikablen, systemstimmigen, normzweckentsprechenden und wertungsgerechten Lösungsweg für diese Frage

---

<sup>260</sup> Dies meinte etwa Gäbele in der Diskussion auf dem DJT 1992, Sitzungsbericht S. R 131, und knüpfte damit wohl - bewußt oder unbewußt - an die weiterführende Frage Sericks nach der juristischen Person an, vgl. Serick, Rechtsform und Realität (1955), S. 220.

<sup>261</sup> Dies meint etwa Timm, GmbH-(Vertrags-)Konzernrecht (1992), S. 219. Auch für Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 202 hätte das Ergebnis des Autokran-Urteiles ebenso gut mit der Durchgriffshaftung aufgrund von Vermögensvermischung erreicht werden können.

<sup>262</sup> Vgl. nur Flume, Das Video-Urteil II (1992), S. 820.

<sup>263</sup> Insofern sei daran erinnert, daß es auch in Deutschland Stimmen gibt, die Rechtsprechung zur Konzernverantwortung aufzugeben, und die Fälle der Haftung im Konzern künftig - wieder - als Realisierung der allgemeinen Gläubigerschutzprobleme zu begreifen und gesetzes- und systemkonform zu lösen, vgl. statt mancher Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 295 m.w.N.

<sup>264</sup> Diese generelle Aussage machte bereits bei Mestmäcker, Berufsfreiheit (1974), S. 423.

<sup>265</sup> Im Gedankengang bereits Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht (1957), S. 24.

bereitzustellen. Überhaupt sollte die Diskussion von Begriffsbezeichnungen zu Begriffsinhalten übergehen.<sup>266</sup> Dazu sind die in den Gesetzen enthaltenen Wertungen bei der Rechtsentwicklung aufrechtzuerhalten und weiterzudenken.<sup>267</sup>

---

<sup>266</sup> Statt Begriffen müssen die der Konzeption zugrundeliegenden Schutzgedanken verstärkt Ausdruck finden. Vgl. hierzu aus der Sicht eines Praktikers Behr, Votum für Organisationsfreiheit (1986), S. 129. Entscheidend müssen immer die materiellen und nicht die begrifflichen Inhalte und Konsequenzen einer Regelung sein, aus Begrifflichem sollte nie materieller Begriffsinhalte deduziert werden, vgl. hierzu und zu dem Phänomen etwas aus einem Begriff hinauszuholen was zuvor in den Begriff hineingelegt wurde, illustrativ etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 124.

<sup>267</sup> Beispielsweise die in der Rechtsprechung erfolgte Ausdifferenzierung des Haftungstatbestandes des qualifiziert faktischen Konzerns, besonders durch die den durchschnittlichen Interessen gerechtwerdende Verteilung der Beweislast; vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.V.5.f. und gleich unten unter E.III.

### **E: Eigeninteresse und Treupflicht als Kern des Gläubigerschutzkonzeptes**

Im Vorangegangenen wurde das materielle Haftungsrecht im geltenden deutschen Recht der verbundenen Unternehmen dargelegt. Dabei wurde deutlich, daß der Interessenumbruch in einer abhängigen Gesellschaft die zentrale gesetzgeberische Wertung für die hier behandelte Frage ist: Dieser Interessenumbruch bewirkt, daß in einer abhängigen Kapitalgesellschaft der in der Gesetzeskonzeption als typisch vorausgesetzter Interessenabgleich nicht so abläuft, wie dies im Gesetz vorausgesetzt ist.<sup>1</sup> Gleichzeitig wurde deutlich, daß der Anknüpfungspunkt für die besonderen Pflichten eines herrschenden Unternehmens<sup>2</sup> in der Treubindung der Gesellschafter zu sehen ist.<sup>3</sup>

In diesem Abschnitt sind aus dem Merkmal des Interessenumbruchs und der besonderen Treupflicht zwei Wertungsgesichtspunkte zu entwickeln, die als Wertungsgrundlage des bestehenden Haftungsrecht im Recht der verbundenen Unternehmen verstanden werden können. Dabei muß es das Ziel sein, die zentralen Gesichtspunkte so zu erfassen, daß sie die das gesetz-, wertungs- und systemkonforme Weiterentwickeln und Ausbauen des Kapitalgesellschaftsrechts für in verbundene Unternehmen eingebundene Kapitalgesellschaften erlauben.

Diese beiden vom herrschenden Unternehmen zu wahren zentralen Wertungen werden im folgenden als "*Haftungsmaßstab Eigeninteresse*" und "*Treupflicht gegenüber der Kapitalgesellschaft*" bezeichnet. Im folgenden soll zuerst die Wahrung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft als möglicher zentraler Gesichtspunkt für ein Verständnis der deutschen Regelung hervorgehoben werden.

### **I. Verankerung des Maßstabs Eigeninteresse im geltenden Recht**

In der Literatur sind die Auffassungen zur Frage des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft sehr unterschiedlich: Sie reichen von der konsequenten Ablehnung eines Eigeninteresse<sup>4</sup> über Zwischenansichten wie eine rechtsformspezifische bzw. strukturbetrachtende Bejahung<sup>5</sup> bis zu seiner allgemeiner Anerkennung.<sup>6</sup> Ein zu schützendes Eigeninteresse wird dabei zunehmend bejaht.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Vgl. vorbereitend die Problemdarlegung unter A.III und V sowie insgesamt oben in diesem Teil unter C.II.1., C.III.2.a., C.II.2.d.bb., C.III.3., C.IV.1., C.IV.2.c., C.IV.3.a., C.V.5.a. bis d., C.V.5.g, D.I.3., D.II.2., D.II.3. sowie das gleich unten in diesem Teil unter E.I. Gesagte.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.I.1.

<sup>3</sup> Vgl. vorbereitend das oben im zweiten Teil unter E.III. und IV. Gesagte sowie oben in diesem Teil die Verweise unter C.V.3. und insgesamt D.I.2. und gleich unten in diesem Teil unter E.II.

<sup>4</sup> Problembezogen haben sich gegen ein Eigeninteresse etwa ausgesprochen Lutter, Haftung des herrschenden Unternehmens (1985), S. 1428f. 1433; Rehbinder, Schutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 90, 94 oder Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl. 2000), Schlußanhang I GmbH-KonzernR, Rn. 101ff.

<sup>5</sup> Vgl. darstellend zur Beurteilung der Rolle des Eigeninteresse auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 22ff. m.w.N.; Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen (1988), S. 206ff.; ders., Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 577ff., über den zivilrechtlichen Rahmen heraus darstellend Wodicka, Untreue zum Nachteil der GmbH (1993), passim, insbesondere zur gesellschaftsrechtlichen Frage aaO. S. 152ff.; sowie Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), passim und ausführlich Nissing, Eigeninteresse (1993), insbesondere S. 56ff. m.w.N. Eine stringente Darstellung zu einem bestehenden Eigeninteresse im geltenden deutschen Recht ist hier nicht zu wiederholen; vgl. statt dessen etwa den darstellenden Teil bei Nissing, aaO. Im folgenden sollen nur die Ansätze der Diskussion zur Frage

Einleitend ist zu untersuchen, ob und gegebenenfalls wie die Wahrung des Eigeninteresses als vorgelagerte, jedoch denkbare Voraussetzung für die kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzregeln, einschließlich der Liquidationsregeln, aufzufassen ist. Daraufhin werden die anzuführenden Gesichtspunkte *gegen* den Maßstab des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft als Korrektiv<sup>8</sup> der in ein verbundenes Unternehmen eingebundenen Gesellschaft betrachtet und dem Ansatz eines zu wahrenen Eigeninteresses gegenübergestellt, womit ausgedrückt wird, daß die bestehende Haftungsregelung als Wertung die ausreichende Wahrung einer Interessenausrichtung voraussetzt, welche ein Funktionieren der im geltenden Recht enthaltenen Schutzmechanismen gewährleistet. Das Mindestmaß dieser Interessenausrichtung, welches - an den gesetzlichen Wertungen gemessen - zur Verwirklichung eines ausreichenden Gläubigerschutzes vorliegen muß, wird im Vergleichsmaßstab des jeweils zu wahrenen Eigeninteresses ausgedrückt.

---

eines Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft skizziert werden, die für die Frage des Eigeninteresses als mögliche Basiswertung relevant sind.

- <sup>6</sup> Ein Eigeninteresse bejahend etwa Ulmer Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 391ff., 416ff.; ders. in Hachenburg, GmbHG (1994) Anhang § 77 Rn. 76ff.; Fleck, Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers (1985), S. 394ff.; ders., Mißbrauch oder Treubruch (1990), S. 31, 37f. und öfter; ebenso bereits Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 128, 256 und öfter; in die gleiche Richtung auch K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2077; ders. Gesellschaftsrecht (2. Aufl. 1991) S. 1015; ders., Konzernhaftung (1986) S. 148; Assmann, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 931. Die Thematik der hier ausgewählten Nachweise zur Diskussion macht bereits deutlich, daß die Frage eines Eigeninteresses gerade bei Haftungsfragen im Recht der verbundenen Unternehmen gestellt ist. An bemerkenswerten Diskussionsbeiträgen sei insbesondere noch hingewiesen auf DJT-Konzernrecht (1967) Tz. 246.; Flume, Juristische Person (1983), S. 56, 121, 123.; Krieger in Münchner Handbuch, Aktiengesellschaft (1988), § 68, Rn. 6; Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 48. illustrierend auch die Diskussionsbeiträge von H.P. Westermann und Kropff auf dem DJT-1992, S. R. 143 und R. 74.
- <sup>7</sup> Dies sei hier nur vorweggenommen; ebenso darstellend etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (15. Aufl. 1999) § 13 Rn. 22. Eine ein Eigeninteresse bejahende Kurzdarstellung mit Anführung der den Schutz des Eigeninteresses - auch in der Einmann-GmbH bejahenden - Literatur findet sich bei Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 38f., der selber von einem Gläubiger-Gesellschaftsinteresse spricht.
- <sup>8</sup> Richtig ist in der Literatur betont worden, daß sich etwa in Konzernsachverhalten, wenn Gläubigerinteressen als Drittinteressen nicht hinreichend berücksichtigt werden, das Problem eines Korrektivs stellt, und als ein solches Korrektiv ist das Eigeninteresse als Maßstab vorgeschlagen worden. So ausführlich - auch zum Eigeninteresse als Korrektiv außerhalb des Rechts der verbundenen Unternehmen - Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 65, die somit das Eigeninteresse als Verhaltensmaßstab der Haftungsordnung einstuft, aaO. S. 55. Ähnlich auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), passim, etwa S. 44. Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 11 meint etwa, das Eigeninteresse als Maßstab sei objektiv zu verstehen: Das Gesellschaftsinteresse könne nur objektiv verstanden werden, da ein subjektiver Interessenbegriff zum Schutz der Gesellschaft zwangsläufig leerlaufen müsse, weil danach ausnahmslos jedes willentliche Handeln von Gesellschaftsorganen, die ein herrschendes Unternehmen dominieren könnten, als im Gesellschaftsinteresse liegend zu behandeln wäre.

### 1. Eigeninteressenwahrung als Abrundung der Liquidationsregeln

Gesellschaftern steht die gesellschaftsrechtliche Freiheit zu, die einer Gesellschaft einmal zur Verfügung gestellten Mittel abzuziehen und für andere Zwecke zu verwenden. Diese Freiheit beinhaltet neben der Anteilsveräußerung auch die Liquidation der Gesellschaft.<sup>9</sup> Den Schutz des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft zu betonen, heißt nicht etwa, die Gesellschaft um ihrer selbst willen zu schützen, denn dies würde letztlich einen Wertungswiderspruch zur Möglichkeit der Liquidation darstellen.<sup>10</sup> Gegen den Willen der Mehrheit der Gesellschafter, die Gesellschaft aufzulösen, kann ein Bestandsschutz dieser nicht existieren,<sup>11</sup> denn das Recht schützt das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen nicht als Selbstzweck.

Eingangs ist somit festzuhalten: Eine Gesellschaft genießt gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Bestandsschutz; diese sind vielmehr in der Lage, den Gesellschaftszweck jederzeit zu beenden und die Auflösung der Gesellschaft zu beschließen.<sup>12</sup> D.h.: Eine Kapitalgesellschaft kann *in den Formen* des Rechts ohne Rechtsverstoß liquidiert werden.<sup>13</sup>

Die §§ 262ff. AktG und die §§ 60ff. GmbHG regeln diese Auflösung einer Kapitalgesellschaft. Danach können sich die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft nur an das Gesellschaftsvermögen halten. Die Regelung der Abwicklung ist im Gesetz so gestaltet, daß die Liquidationsregeln einen ausreichenden Gläubigerschutz gewährleisten. Da bei

<sup>9</sup> Vgl. zur sogenannten Devestitionsfreiheit etwa BGHZ 103, 184, 189ff. (Linotype): der BGH führt aus, daß während in der Literatur geäußert worden sei, "[...] die von dem Gesetzgeber respektierte Autonomie mit der erforderlichen Mehrheit über die Auflösung der Gesellschaft und damit den Abzug des investierten Kapitals zu beschließen [...] gebiete [...] eine angemessene Rücksichtnahme" (in casu auf Minderheitsinteressen), so vermöge der BGH sich einer solchen Rücksichtnahmepflicht nicht anzuschließen, denn dies führe "zu einer allgemein erhöhten Bindung des investierten Kapitals, die über die vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen hinausgeht und die darin keine Stütze findet." Diese Entscheidung bezieht sich eben auf die Auflösung der Gesellschaft, in der ein besonderer Gläubigerschutz gesetzlich vorhanden ist; vgl. zum Abzug von Kapital auch BGHZ 76, 326, 333 mit Besprechung von K. Schmidt, Fortschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (1980), S. 575ff., der (aaO. S. 575 m.w.N.) mit der h.M. betont, daß Kapitalerhaltung bei der GmbH (§ 30 GmbHG) etwas völlig anderes bedeutet als bei der Aktiengesellschaft (§ 57 AktG), da bei der GmbH nicht alles *vorhandene*, sondern nur das satzungsmäßig *versprochene* haftende Kapital zu erhalten ist. Für die hier behandelte Frage kommt dieser Unterscheidung keine eigenständige Bedeutung zu - geht es doch lediglich darum, den Gläubigern den in der Gesetzeskonzeption angelegten, für beide Kapitalgesellschaftsformen zu wahren Mindestschutz zukommen zu lassen.

<sup>10</sup> Vgl. ebenso - und zur Abgrenzung gegenüber der seit etwa 1920 diskutierten Theorie des "*Unternehmens an sich*" - beispielsweise Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 45, die richtig auch die in Art. 9 Abs.1 GG enthaltene negative Vereinigungsfreiheit dafür aufführt, daß Gesellschaften wieder aufgelöst werden können.

<sup>11</sup> Vgl. nur Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S. 32; Winter, Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 587.

<sup>12</sup> Vgl. nur BGHZ 76, 352, 353; 103, 184, 191f.

<sup>13</sup> Vgl. so bereits die deutlichen Worte Mestmäckers, Stellung der Verwaltung (1961), S. 946, der pointiert, daß es kein gesellschaftsrechtliches Prinzip gegen die gesetzlich gestattete Liquidation gibt. Schlagwortartig ausgedrückt wird dies bei K. Schmidt, Konzernhaftung von freiberuflichen Mehrheitsgesellschaften (1994), S. 1745, wenn dieser betont, die Gesellschafter dürfen die Gesellschaft *zwar rite liquidieren, nicht aber ruinieren*.

der Liquidation zwingende Gläubigerschutzregeln zu berücksichtigen sind,<sup>14</sup> ist etwa das jederzeitige Liquidationsrecht eines Alleingeschafters nach richtiger Auffassung insoweit kein Argument gegen einen besonderen Bestandsschutz einer abhängigen Gesellschaft, wenn dieser denn den Gläubigern einen Schutz gewährt, der mit dem Gläubigerschutzkonzept des Gesetzes übereinstimmt und nicht auf andere Art und Weise gewährleistet werden kann.<sup>15</sup> Denn wohl gilt "*daß die Gesellschafter einer Gesellschaft nicht verpflichtet sind, deren Geschäftsbetrieb im Interesse von Gesellschaftsgläubigern im bisherigen Umfang fortzuführen. Sie können die Beendigung des Geschäftsbetriebs und die Auflösung der Gesellschaft beschließen [...] und auf vielfache andere Weise Maßnahmen treffen, durch die sich die Vollstreckungsaussichten von Gesellschaftsgläubigern vermindern. [...] Wenn (jedoch) die Einstellung der Geschäftstätigkeit einer GmbH nicht auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Weg durch Gesellschafterbeschluß und anschließende Liquidation vollzogen, sondern die GmbH durch Abzug aller Ressourcen in einen masselosen Konkurs geführt wird, liegt eine Verletzung ihrer Eigeninteressen vor, die schon wegen der Auflösung nach § 1 LöschG nicht mehr durch Einzelmaßnahmen beseitigt werden kann.*"<sup>16</sup>

Wird für die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung ein sich im eigenen Interesse einer Kapitalgesellschaft niederschlagender Interessengleichlauf als systemimmanente Voraussetzung verstanden,<sup>17</sup> so ergäbe diese, daß die *besonderen* Gläubigerschutzregeln für die Abwicklung einer Gesellschaft eben deshalb nötig sind, weil das u.a. im Gläubigerinteresse zu beachtende Gesellschaftsinteresse - in der abhängigen Gesellschaft

<sup>14</sup> So etwa zu § 60 Abs. 1 Nr. 2 und § 73 GmbHG bereits Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 86 m.w.N. auch der Gegenmeinung. Die Anerkennung eines jederzeitigen Auflösungsrechts nach § 60 Abs. 1 Nr. 2 spricht nicht für, sondern gegen eine Befugnis zur "Liquidation auf kaltem Wege" (d.h. nicht auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg, vgl. gleich unten), eben weil die gesetzlichen Liquidationsvorschriften zwingende Schutzkautele zugunsten der Gläubiger enthalten, die nicht zur Disposition der Gesellschaftergesamtheit stehen; vgl. hierzu statt aller Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 328, der zum einen auch den Schutz der Arbeitnehmer über die Liquidationsregeln (§§ 111f. BetrVG) betont, zum anderen aber gleichzeitig richtig hervorhebt, daß das Hauptanwendungsgebiet dieser Einschränkung der Dispositionsbefugnis eben bei Konzernlagen liegt.

<sup>15</sup> Illustrativ hierzu etwa BGHZ 103, 184 (Linotype, 1988): Nach Auffassung des BGH bedarf ein Liquidationsbeschluß keiner sachlichen Rechtfertigung - *er trage seine Rechtfertigung in sich* (aaO. S. 190). Gleichzeitig wurde judiziert, daß ein Aktionär, der mit seinem Beschluß zur Auflösung der Gesellschaft Sondervorteile anstrebt, gegen seine Treupflicht verstößt (aaO. S. 194). In casu ging es um die Treupflicht gegenüber Mitaktionären, entscheidend ist jedoch: Zwar kann die Gesellschaft jederzeit aufgelöst werden, dabei darf jedoch nicht gegen die Prinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts verstoßen werden. Ebenso wie in casu der BGH dem Sondervorteilsverbot den Vorrang gibt, ist auch der im Kapitalerhaltungsgebot enthaltene Gläubigerschutz gegenüber dem Auflösungsrecht insoweit Beachtung zu schenken, daß eine Auflösung nur nach den Liquidationsregeln erfolgen kann.

<sup>16</sup> So BGH v. 12. Februar 1996, etwa abgedruckt in DZWIR 1996, 242, 243 mit Anm. Kowalski. = NJW 1996, 1283f. In dem Urteil, daß die GmbH-Stafette als eine Variante der Haftung im klassischen Konzern anerkennt, gibt der BGH gleichzeitig ein Beispiel dafür, wie konkret eine sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB - im Gegensatz zu einem Anspruch im qualifiziert faktischen Konzern - zu verneinen ist - und drückt darin implizit aus, worin sich das Zweipersonenverhältnis des allgemeinen Zivilrechts und das korporationsrechtliche Verhältnis von Gesellschaftern, Gesellschaft und Gesellschaftsgläubigern - zumal bei der abhängigen Gesellschaft - grundlegend unterscheiden.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in diesem Teil unter A.V.2.e.

fungiert das Eigeninteresse der Gesellschaft als Maßstab für den Gläubigerschutz - mit der Liquidation beseitigt wird.<sup>18</sup> Oder thesenhaft (über-)pointiert formuliert: Außerhalb des gesetzlich geregelten Liquidationsverlaufes<sup>19</sup> ist ein besonderer Schutz der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft bereits deshalb zu sichern, weil die Haftungsbeschränkung auch bei der Abwicklung einer Gesellschaft die Wahrung eines ausreichenden Gläubigerschutzes verlangt. Die Liquidationsregeln enthalten für die Beantwortung der in dieser Arbeit untersuchten Haftungsfrage wichtige Gläubigerschutzwertungen. Diese sollen die unterschiedlichen Interessen bei der Abwicklung der Gesellschaft angemessen berücksichtigen. Die Sicherungen im Liquidationsverfahren finden dabei ihre Erklärung im Fehlen der persönlichen Haftung<sup>20</sup> - oder anders ausgedrückt: aufgrund der mit der Haftungsbeschränkung einhergehenden und zu kompensierenden besonderen Gläubigergefährdung ist die Liquidation einer Kapitalgesellschaft nur nach Regeln möglich, die eine ausreichende Sicherung der Gläubiger gewährleisten: Die Gesellschaft ist entweder nach den gesetzlichen Regeln aufzulösen oder nach unternehmerischen Gesichtspunkten zu führen.<sup>21</sup> So gesehen bilden die Liquidationsregeln eine Verlängerung der ebenfalls die Gläubiger schützenden Kapitalerhaltungsvorschriften,<sup>22</sup> insbesondere § 30 GmbHG,<sup>23</sup> die

<sup>18</sup> So könnte das traditionelle Argumentationsschema schlüssig umgedreht werden, wenn man dem in dieser Arbeit vertretenen Ansatz eines nötigen Korrektivs aufgrund der besonderen Gefahrenlage einer abhängigen Kapitalgesellschaft zu folgen bereit ist. Auch eine wirtschaftlich angelegte Argumentation spricht für einen solchen - besonderen, zusätzlichen - Schutz: Während in der autonomen Gesellschaft der durch die Kapitalsicherung vermittelte Gläubigerschutz dadurch entscheidend verstärkt wird, daß die Gesellschafter regelmäßig ein gemeinsames Interesse daran haben, die Vermögenssubstanz ihrer Gesellschaft nicht nur zu erhalten, sondern zu vermehren, wobei es allgemein das Ziel ist, die Gesellschaftsgläubiger nicht aus dem Kapital, sondern aus den erwirtschafteten Erträgen zu befriedigen, ist diese - reflexartige - Gläubigersicherung bei der nicht autonomen Gesellschaft nicht gegeben. Ähnlich - für die beherrschungsvertraglich verbundene Gesellschaft insbesondere die Einmann-Gesellschaft - argumentierend bereits Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 152f., sowie S. 155.

<sup>19</sup> In welchem das Gesetz, beispielsweise für die GmbH in § 73 GmbHG, eben die vorrangige Befriedigung der Gläubiger sicherstellt, vgl. hierzu Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 206; Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 96f.; vgl. insgesamt auch Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 86 m.w.N..

<sup>20</sup> Vgl. hierzu etwa Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 90f. m.w.N.

<sup>21</sup> So bereits K. Schmidt, Verlustausgleichspflicht und Konzernleitungshaftung (1989), S. 546. An ein ungeschriebenes, aus Zusammenhang und Zweck der Kapitalschutzvorschriften ableitbares Verbot, die Existenz der Gesellschaft zu gefährden, denkt Fleck, Mißbrauch oder Treubruch (1990), S. 36f., weil es namentlich vom Schutz der Gläubiger her gesehen einen wesentlichen Unterschied macht, ob die Gesellschaft gemäß den Liquidationsvorschriften ordentlich liquidiert oder ohne Beachtung dieser in den Zusammenbruch getrieben wird. Letzteres wird lautmalersich gelegentlich als 'kalt liquidiert' bezeichnet, vgl. hierzu gleich unten.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (15. Aufl., 1999), Rn. 22: Dort wird zutreffend vertreten, daß die Eigentümer die Gesellschaft jederzeit liquidieren können, solange sie die Regeln dafür beachten. Wenn dort gesagt wird, diese Liquidationsregeln lägen nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im Interesse ihrer Gläubiger, so daß diese - und nach dort vertretener Ansicht eben nicht die GmbH - gegen eine Verletzung zu schützen sind und daß es genüge, das für eine korrekte Liquidation oft über das Kapital hinaus notwendige Vermögen der Gesellschaft in den Schutzbereich des § 30 - also eben der allgemeinen Kapitalerhaltungsvorschriften - miteinzubeziehen, so widerspricht dies materiellrechtlich nicht der hier vertretenen Auffassung. Zwar wird dort ausdrücklich gesagt, daß es dafür eines besonderen Eigeninteresses der GmbH nicht bedarf, der aaO. richtig angestrebte Schutz der Gläubiger ist jedoch mit dem hier dargestellten Schutzzweck identisch. Die aaO. ausgedrückte Ablehnung des Eigeninteresses ist in dieser Arbeit letztlich nicht zu untersuchen; in dieser Arbeit geht es lediglich darum *einen* Haftungsmaßstab aufzustellen, der Gläubigern einer abhängigen Gesellschaft einen Schutz gewährt, welcher mit den für die autonome Gesellschaft im System angelegten Schutz äquivalent ist. Das Fortdenken der im

ja eben vom Fortbestand der Gesellschaft und nicht von deren Liquidation ausgehen. Eben weil die klassischen Kapitalerhaltungsregeln im verbundenen Unternehmen ihre Funktion nicht mehr erfüllen können<sup>24</sup> und der Gläubigerschutz mittelbar über den Schutz der Gesellschaft gewährleistet wird,<sup>25</sup> bedarf es dieses besonderen Schutzes für die abhängige Gesellschaft: Die Gesellschaft ist in ihrer Substanz zu erhalten. Für das Recht der verbundenen Unternehmen kann es in einem solchen Substanzerhaltungsgebot das notwendige Korrelat zu der Einflußmöglichkeiten des herrschenden Unternehmens und den damit einhergehenden Gefährdungen für die abhängige Gesellschaft, ihre Gläubiger und ihre außenstehenden Gesellschafter gesehen werden.<sup>26</sup>

Ein Verhalten der Gesellschafter, das zur Vernichtung der Gesellschaft führt, ohne daß seitens der Gesellschafter ein Liquidationsverfahren durchgeführt worden ist, ist somit nicht erlaubt.<sup>27</sup> Die Ausübung von Einfluß auf die abhängige Gesellschaft findet somit ihre Grenze in der Gefährdung und Existenz der abhängigen Gesellschaft.<sup>28</sup> Dieses

---

Gesetz niedergelegten Gläubigerschutzerwägungen wird hier kristallisationspunktartig als 'Eigeninteresse' bezeichnet. Einem solchen ohne jede Begrifflichkeit als 'Eigeninteresse' bezeichnetem Maßstab (vgl. oben in diesem Teil unter A.IV.2.b.) stehen haftungsübergreifende, dogmatische Einwände und Betrachtungen gegen einen 'Eigeninteresse'-Begriff nicht entgegen.

<sup>23</sup> Vgl. zu § 30 GmbHG als neben §§ 32a, 43 und 64 wichtigste Vorschrift im harten Kernbereich des Gläubigerschutzes in der GmbH Reh binder, Schutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 93 und diesem folgend insbesondere zu § 30 GmbHG Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 41f., der sich im folgenden (aaO. S. 44ff. m.w.N.) für den Bestandsschutz ausspricht.

<sup>24</sup> Ulmer, Gläubigerschutz im "qualifizierten" faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1583f. hat im Anschluß an Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 325ff. zu recht zusammengefaßt, daß die klassischen Kapitalerhaltungsregeln im Unternehmensverbund ihre Funktion nicht zu erfüllen vermögen. Ulmer, aaO. S. 1584, weist darauf hin, daß die Gläubigerschutzvorschriften des GmbH-Gesetzes (§§13 Abs. 2, 30, 31,32a, 43 Abs. 3, 58 und 64) nicht zwischen Einmann-GmbH und solchen, bei denen es mehrere Gesellschafter gibt, sondern. Außerdem macht Ulmer zu Recht darauf aufmerksam, daß Vorschriften wie die §§ 7 Abs. 2 S. 3, 19 Abs. 4, 35 Abs. 4 sowie 48 Abs. 3 eine vom Gesetzgeber anerkannte Eigenständigkeit auch der Einmann-GmbH gegenüber einem Alleingesellschafter verdeutlichen. Vgl. dem zustimmend m.w.N. auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 42. Die zentrale Stellung dieser Eigenständigkeit, vgl. hierzu bereits oben in diesem Teil unter A.V.2., und das gesetzgeberische Konzept des Eigenständigkeitsschutzes betont ebenso Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 40 m.w.N.

<sup>25</sup> Vgl. nur oben in diesem Teil unter D.II.4; die Ausrichtung des Schutzes auf die GmbH wird eben dadurch illustriert, daß diese Gläubigerschutzregeln auf einen indirekten, reflexartigen Schutz der Gläubiger gerichtet sind - also auf den Schutz des Bestandes der abhängigen Gesellschaft abzielen; vgl. hierzu auch gleich unten unter 2.

<sup>26</sup> Ähnlich für den unternehmensvertraglich begründeten Verlustausgleichsanspruch etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 148 m.w.N. Als Rechtsgrundlage des Verlustausgleichsanspruchs wird jedoch nicht überall der organisationsrechtliche Unternehmensvertrag selbst angesehen; K. Schmidt, Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis (1983), S. 517f. sieht beispielsweise im Unternehmensvertrag - richtigerweise - lediglich die tatbestandsrechtliche Voraussetzung, nicht aber den Verpflichtungsgrund für den Verlustausgleich.

<sup>27</sup> Zu diesem grundlegenden Zwischenergebnis bereits Nissing, Eigeninteresse (1991), S. 97, 99, die eben daraus ableitet, daß dem Gesellschafter bzw. den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft Maßnahmen verboten sind, die außerhalb eines geordneten Liquidationsverfahrens zur Vernichtung der Gesellschaft führen. Gegen dieses Verbot erfolgte Handlungen führen für Nissing zur Schadensersatzpflicht des/der handelnden Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft.

<sup>28</sup> Vgl. zu dieser absoluten Grenze der Konzernleitungsmacht etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 87; Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen (1988), S. 204f.; ders. Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 585ff. m.w.N.; für den Vertragskonzern etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 150f.; ders., Recht der Konzernhaftung (1994), S. 404f. meint weitergehend im Anschluß an BGHZ 122, 123, 130 (TBB, 1993), daß die abhängige



Verbot der Existenzgefährdung als zwingende Schranke aktiver Einflußnahme kann bildlich als 'Verbot der Liquidation auf kaltem Wege' ausgedrückt werden.<sup>29</sup> In der hier vorliegenden Arbeit wird dies Verbot der Existenzgefährdung als Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses bezeichnet.<sup>30</sup>

## **2. Zum Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft als deren Bestandsinteresse?**

Wie dargelegt sind Gruppenrealität und eine begrenzt Fremdbeeinflussung von den gesetzgeberischen Wertungen durchaus gedeckt. Eine allgemeine Gleichsetzung von Fremdbestimmung und Existenzvernichtung im Wirtschaftsrecht ginge denn auch völlig fehl.<sup>31</sup> Es muß somit ein Maßstab für das wertungsstimmige und das mit den gesetzgeberischen Wertungen nicht in Übereinstimmung zu bringende Maß der Folgen einer Fremdeinflussnahme gefunden werden. Dazu ist es nötig, auf den konkreten kapitalgesellschaftsrechtlichen Ansatz einzugehen: Wie dargelegt sind gegenwärtig Existenz und Bedeutung eines Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft im geltenden Recht nicht endgültig geklärt. Insbesondere umstritten ist dabei die Frage, ob es für den EinmannGesellschafter<sup>32</sup> eine Bestandserhaltungspflicht gibt. Dies wird von einem Teil der Literatur bejaht,<sup>33</sup> von einem Teil verneint.<sup>34</sup> Die Rechtsprechung steht der Frage bisher eher zurückhaltend gegenüber.<sup>35</sup>

---

Gesellschaft jederzeit in der Lage bleiben muß, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen und geht letztlich somit davon aus, daß das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft, auf das angemessene Rücksicht zu nehmen ist, von dem einer verbundfrei gedachten Gesellschaft her entwickelt werden muß (aaO. S. 420).

<sup>29</sup> Mit Liquidation auf kaltem Wege ist dabei ein Verhalten der Gesellschafter gemeint, das zur Aushöhlung, bzw. Vernichtung der Gesellschaft führt, ohne daß seitens der Gesellschafter ein Liquidationsverfahren durchgeführt worden ist, vgl. hierzu bereits Ulmer, Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 407; Winter, Treuebindungen (1988), S. 206; ders., Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 586 und hierzu und zum Gläubigerschutz etwa K. Nissing, Eigeninteresse (1991), S. 92-100, insbesondere S. 95. Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2118, Fn. 43 spricht unter Verweisung auf Kübler insofern vom 'Interessenwahrnehmungsgebot', dieser Begriff wird hier jedoch nicht aufgegriffen.

<sup>30</sup> Der BGH hat - ähnlich - die Ansicht vertreten, daß eine Verletzung des Eigeninteresses bereits dann vorliegen kann, wenn die Einstellung der Geschäftstätigkeit einer GmbH nicht auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg durch Gesellschafterbeschluß und anschließende Liquidation vollzogen, sondern eine GmbH durch Abzug aller Ressourcen in einen masselosen Konkurs geführt wird (vgl. BGH vom 12. Februar 1996, NJW 1996, 1283, 1284 = WM 1996, 587 = ZIP 1996, 637, wo angeführt wird, die Verletzung der Eigeninteressen könne schon dann wegen der Auflösung nach § 1 LösSchG nicht mehr durch Einzelmaßnahmen beseitigt werden); kritisch zur auf den Abzug aller Ressourcen gemachten Feststellung des BGH, daß die Einzelausgleichsfähigkeit bereits im Hinblick auf die Löschung der Gesellschaft ausgeschlossen sei, etwa Bitter/Bitter, Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung durch das BAG (1996), S. 2157f. m.w.N.

<sup>31</sup> beispielsweise lautete in der Kartellrechtsgeschichte die Alternative für die von Monopolkämpfen Betroffenen nicht selten Fremdbestimmung oder Existenzvernichtung; Wie diese Alternativität illustrativ zeigt, geht die Fremdbestimmung somit nicht unbedingt zu Lasten einer abhängigen Gesellschaft; vgl. statt aller etwa Mestmäcker, Herausforderungen der wirtschaftlichen Macht (1996), S. 60.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu gleich unten unter 6.

<sup>33</sup> Vgl. nur Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 256 oder Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 416ff.; ders. in Hachenburg GmbHG (1994) Anh. § 77 Rn. 85ff. und Rn. 136, wo gerade im Bezug auf die konkrete Bestandsgefährdung das Erreichen einer Wertungsübereinstimmung beim Schutz der Einmann-Gesellschaft vor bestandsgefährdenden Einzeleingriffen zu Recht betont wird. Vgl. auch Fleck, Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers (1985), S. 394; K. Schmidt, Konzernhaftung (1986), S. 146, 148;

Der Bundesgerichtshof hat es bisher vermieden, sich zu der Frage zu äußern, ob zur Vermeidung einer Gefährdung von Gläubigerinteressen durch Existenzgefährdung einer abhängigen Gesellschaft eine Treupflicht gegenüber dieser existiert.<sup>36</sup> In einigen Urteilsbegründungen ist diese Frage jedoch explizit ausgegrenzt worden. So wurde etwa entschieden: "*Jedenfalls außerhalb der Gefährdung von Gläubigerinteressen ist ein von der Gesamtheit der Gesellschafterinteressen unabhängiges Gesellschaftsinteresse, dem eine Treupflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft Rechnung zu tragen hätte, grundsätzlich nicht anzuerkennen.*"<sup>37</sup> An anderer Stelle heißt es: "*Der alleinige Gesellschafter einer GmbH schuldet dieser - ebensowenig wie die Gesellschafter einer mehrgliedrigen GmbH, wenn sie einverständlich handeln - grundsätzlich weder wegen*

---

Rehbinder, Schutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 90; Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 44ff.;

<sup>34</sup> Verneint etwa von Flume, Juristische Person (1983), S. 61; Münchkomm-Reuter Vorbem. § 21 BGB, Rn. 44; Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1985), S. 1428; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz (16. Aufl., 1996), Anh. GmbH-KonzernR, Rn. 100 meint, nachdem er sich gegen ein von der Gesamtheit der Gesellschafter unabhängiges Gesellschaftsinteresse gewendet hat, jedoch weiter, daß selbstverständlich auch der Einmann-Gesellschafter gewisse Eingriffsgrenzen zum Schutz der Gläubiger zu wahren hat. Zöllner meint aber, daraus ließe sich kein "*generalklauselartiges Eigeninteresse der GmbH nach Art des* (für ihn sinnvoll nur mit Hilfe des Gesellschaftszweckes umschreibbaren) *Gesellschaftsinteresses hypostasieren, aus dem dann in bester begriffsjuristischer Manier Folgerungen gezogen werden.*" Zur Bedeutung des Gesellschaftszweckes als verbindliche Verhaltensmaxime und zur Notwendigkeit der Zweckbindung der Gesellschafter bereits das grundsätzlich zur Problematik oben in diesem Teil am Ende von A.V.2.b. Gesagte; für das GmbH-Recht statt aller Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 95ff. bzw. 99ff. m.w.N.; vgl. zum Verhältnis von Gesellschaftszweck und Treupflicht auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 53 m.w.N. Dem Gesellschaftszweck kommt für die, hier interessierende, Berufung auf die Treupflicht aus Gläubigerschutzgesichtspunkten jedoch keine Bedeutung zu; es soll hier nicht der Versuch unternommen werden, ein inhaltliches Gesellschaftsinteresse - etwa durch Bezugnahme auf den Gesellschaftszweck - festzulegen. Denn hier interessiert nicht ein materieller Ermessensspielraum für die Ausübung von Gesellschafterrechten in der Gesellschaft; in dieser Arbeit geht es um einen systemkonformen und adäquaten Haftungsmaßstab für die richtige Gewichtung der Gläubigerinteressen. Bereits deshalb greifen beispielsweise die von Zöllner, aaO., angeführten Gesichtspunkte nicht: Zwar ist zuzustimmen, daß der Gläubigerschutz bei der GmbH anders (Zöllner, aaO.: "*abweichend und durchgehend schwächeren Prinzipien*" aufbauend) konzipiert ist als bei der Aktiengesellschaft; vgl. problembezogen hierzu bereits oben in diesem Teil unter C.V.1., aber der hier herangezogene, am Bestand orientierte, Haftungsmaßstab ist als Mindestmaßstab für beide genannten Rechtsformen als Mindestmaß zu wahren. Dabei wird in dieser Arbeit zwar ein "Eigeninteresse" als Kern einer Generalklausel dargestellt, dabei wird jedoch gerade nicht von begriffsjuristischem Denken, sondern von teleologischem Verständnis ausgegangen. Es geht hier um ein - nach hier vertretener Auffassung nicht mit zweckgebundenem, abstraktem Gehalt greifbar zu machendes - 'Eigeninteresse', welches um seiner selbst Willen zu wahren wäre, sondern um die Wahrung des Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft zur Wiederherstellung des bei der Haftungsprivilegierung vorausgesetzten Interessengleichlaufs. Anders gesagt: es geht nicht um einen zu verneinenden Selbstzweck der Gesellschaft, sondern um den Schutz der Gläubiger. (Ähnlich, und sich gleichzeitig richtig von der Begriffsjurisprudenz distanzierend bereits Winter, Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 587f.) Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 27 meint, es könne keine allgemeingültige Bestimmung des Begriffs 'Eigeninteresse' geben. Ein Eigeninteresse könne nur spezifisch konzernrechtlich - eben an Zweck und Wertungen des Konzernrechts ausgerichtet - verstanden werden.

<sup>35</sup> Vgl. etwa BGHZ 95, 330, 340 (Autokran, 1985), vgl. auch illustrativ zur Diskussion den Diskussionsbericht in Hommelhoff usw. (Hrsg.), Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht (1986), Diskussionsbericht S. 220f.

<sup>36</sup> Vgl. so ausdrücklich Winter, Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 570f., 594 und zu den im folgenden referierten Urteilen S. 571.

<sup>37</sup> BGHZ 119, 257, 262 (Warenzeichenfall, 1992).

*Treupflichtverletzung noch unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung Schadensersatz, wenn er der Gesellschaft Vermögen entzieht, das zur Deckung des Stammkapitals nicht benötigt wird. [...] Ob das anders ist, wenn eine bestimmte Maßnahme die Gesellschaft in ihrer Existenz gefährdet, ist hier nicht zu entscheiden.*"<sup>38</sup>

Vom obersten Gericht liegen also klare Aussagen zur hier gestellten Frage nicht vor.<sup>39</sup>

Mit der insoweit wohl einhelligen Literatur<sup>40</sup> wird im folgenden angenommen, daß dem herrschenden Unternehmen existenzgefährdende bzw. -vernichtende Maßnahmen verboten sind: Der Fortbestand der Gesellschaft ist bis zu deren Liquidation zu sichern. Aus der in dieser Betrachtung enthaltenen Eigenständigkeit der Gesellschaft wird in Verbindung mit der Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft durch Liquidation in der Literatur das Eigeninteresse einer Gesellschaft so verstanden, daß die Gesellschaft gegenüber bestandsgefährdenden und -vernichtenden Handlungen der Gesellschaft geschützt ist.<sup>41</sup> Dies ist so ausgedrückt worden, daß das Eigeninteresse - formuliert als Bestandsinteresse - den Ausgleich für die sich aus der Konzernierung ergebende Beeinträchtigung des Gläubigerschutzes schafft,<sup>42</sup> und es ist von der Bindung an das Bestandsinteresse als von einer abstrakten, spezifisch konzernrechtlichen Kapitalerhaltungspflicht gesprochen worden.<sup>43</sup> Insofern ist zu betonen, daß mit dem Eigeninteresse als

<sup>38</sup> Entscheidung des BGH vom 10. Mai 1993, nicht erschienen in BGHZ jedoch abgedruckt in ZIP 1993, 917 = WM 1993, 1132 = DB 1993, 1411 = BB 1993, 1314; vgl. zur Treupflicht insgesamt unten in diesem Teil unter E.II.

<sup>39</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG (1999), § 13 Rn. 28ff. vertreten, es bedürfe keines Eigeninteresses einer GmbH, bestätigen jedoch, daß der BGH zwar allgemein ein Eigeninteresse ablehne, allerdings offengelassen hätte, ob dies auch bei Existenzgefährdung gelte.

<sup>40</sup> Hierzu außer dem oben zur Liquidation Gesagten etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen (1988), S. 191; vgl. statt aller Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 256; Immenga, Bestandsschutz (1976), S. 301ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1991), S. 798; zur Einhelligkeit in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 46 und ausführlich darstellend Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 46ff. m.w.N.

<sup>41</sup> So bereits Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 47. Nach dieser Auffassung sind die beiden Begriffe Eigeninteresse und Bestandsinteresse also identisch, so ausdrücklich etwa Nissing, aaO. S. 48, 69. Vgl. zur Frage des Bestandsinteresses in der Literatur darstellend auch Wodicka, Untreue zum Nachteil der GmbH (1993), S. 163.

<sup>42</sup> So im Anschluß an Ulmer etwa Limmer, aaO. S. 44, der diese Betrachtung durch die Parallele des Bestandsschutzes im Vertragskonzern als wertungsstimmig untermauert. Für Limmer, aaO. S. 298 ist Eigeninteressenschutz dabei mehr als die Erhaltung des Stammkapitals, für ihn bedeutet Eigeninteresse wirtschaftlich rationales, bestandsmehrendes Verhalten, und er spricht so von Substanzschutz. Ein solcher Substanzschutz geht dabei weiter als der allgemein angeführte Bestandsschutz; vgl. hierzu Hachenburg/Ulmer GmbHG (1994) Anh. § 77 Rn. 87, vgl. auch Rn. 83ff.; konsequent darstellend auch Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 129, der ein von der Treupflicht unabhängiges Bestandsinteresse ganz ablehnen will. Soweit mit dem Bestandsschutz lediglich der Schutz der Gesellschaft im gemeinsamen Interesse der Gesellschafter - d.h. zur Erhaltung der von ihnen geschaffenen Werte - gemeint ist, entspricht dieser Schutzzweck in gewisser Weise einem der mit der Treupflicht angestrebten Zwecke, nämlich den Schutz der Gesellschaft gegen störende Eingriffe oder sonstige den Gesellschaftsbestand gefährdende Maßnahmen durch einzelne Gesellschafter; So bereits Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S.32. Ulmer meint aaO. jedoch, daß im geltenden Recht ein so verstandener Bestandsschutz bei der Suche nach Hintergründen der Rechtsfortbildung nicht weiterführe, aaO. m.w.N.

<sup>43</sup> So im Anschluß an Ulmer explizit etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 44, der dementsprechend vertritt, das herrschende Unternehmen sei auf das Bestandsinteresse "*als Mindestmaß an Eigeninteresse*" verpflichtet.

Haftungsmaßstab das reine Vermögensinteresse gemeint ist.<sup>44</sup> Auf eine eventuell über die Erhaltung des Stammkapitals hinausgehende Erhaltung der Vermögenssubstanz - wie sie etwa in den §§ 293ff. durch die Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG gegeben ist<sup>45</sup> - ist dabei für die hier behandelte Haftungsfrage nicht weiter einzugehen: diese ist, im Gegensatz zu den Interessen außenstehender Gesellschafter etc., für die Gläubiger nicht nötig, da diesen bereits die Wiederherstellung des Stammkapitals zur vollen Forderungsdeckung und damit als Gläubigerschutz ausreicht.<sup>46</sup>

Von Teilen der Literatur wird vertreten, ein schutzwürdiges Interesse der Gläubiger - im Gegensatz zu dem überwiegend anerkannten Interesse eventueller Minderheitsgesellschafter - an der Erhaltung des Bestandes der abhängigen Gesellschaft sei nicht ohne weiteres ersichtlich.<sup>47</sup> Den Gläubigern könne statt einem Schutz eines Eigeninteresses beispielsweise dadurch Rechnung getragen werden, daß ihnen ein Anspruch gegen das herrschende Unternehmen eingeräumt würde, wenn die abhängige Gesellschaft ihre Ver-

<sup>44</sup> Es ist daran zu erinnern, daß Schutzgegenstand der §§ 311ff. AktG nur das vermögensmäßige Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft ist; vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 407 und statt aller Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 47 m.w.N., für den dies allerdings beinhaltet, die Gesellschaft sei wirtschaftlich so zu stellen, als wäre sie unabhängig. Auch von Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 18f. ist geltend gemacht worden, daß der Schutz der § 311ff. AktG darauf angelegt sei, daß eine abhängige Aktiengesellschaft ihre eigenen Unternehmensziele ohne jede Beeinflussung bzw. Überlagerung durch die Interessen eines herrschenden Unternehmens optimal verwirklichen können müsse. Dieses ist überzeugend widerlegt von Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 133ff., der nachweist, daß die §§ 311ff. einen solchen Schutz weder leisten können - noch sollen. Ebenso wie die §§ 311ff. für die GmbH ohnehin unanwendbar sind, vgl. nur oben in diesem Teil unter C.V.1., und bei der GmbH über § 37 Abs.d 1 GmbH die vom Gesetz zugelassene faktische (Konzern-)herrschaft möglich ist, kann ein Eigeninteresse einer abhängigen GmbH als Haftungsmaßstab auch nicht weiter ausgefüllt werden; vgl. ähnlich auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 34.

<sup>45</sup> So betont etwa Hommelhoff, Der Verlustausgleich (1987), S. 230 m.w.N., daß das in § 302 Abs. 1 AktG geschützte Kapital nicht nur Haftungsfonds, sondern auch Betriebsmittelfonds ist.

<sup>46</sup> Vgl. stattdessen allgemeiner zu einem weitergehenden Schutz etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 150 m.w.N.

<sup>47</sup> Vgl. die eingangs angeführte Literatur; wie hier dies darstellend etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 407, mit richtigen Betrachtungen gegen diesen Ansatz. K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 434f., meint, die Kapitalgesellschaft genieße keinen Bestandsschutz, wohl aber Integritätsschutz gegenüber den Gesellschaftern; andere, wie etwa Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), etwa S. 18 oder 172 sprechen vom Integritätsinteresse. Für Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 87. ist die Bestandssicherungspflicht dagegen eine "*gebündelte Vertragserfüllungspflicht gegenüber Arbeitnehmern und Gläubigern*". Wiedemann, aaO., meint etwa, eine Bestandserhaltungspflicht des Alleingeschafters müsse diesen dazu verpflichten, de iure und de facto die Gewinnerzielungsabsicht der abhängigen Gesellschaft nicht zu gefährden, und Wiedemann wendet gegen eine solche Pflicht ein, daß allen Gesellschaftern die jederzeitige Auflösung, Teilliquidation, Umwandlung oder Satzungsänderung gestattet ist, und wendet sich so gegen ein *solches* Gesellschafts (-erhaltungs-)interesse. Dieser Gedankengang berücksichtigt jedoch nicht, daß Auflösung, Liquidation, Umwandlung etc. nur nach den gesetzlichen Normen geschehen können, wobei diesen Normen eben die bei der autonomen Gesellschaft im Gesetz vorausgesetzte Interesseneinheit zugrundeliegt, vgl. hierzu das oben Gesagte. Bei der nicht am Eigeninteresse ausgerichteten abhängigen Gesellschaft entfällt nach hier vertretener Auffassung diese Voraussetzung der Haftungsbeschränkung jedoch, und eben deshalb ist letztlich die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen, wie im dritten Buch des AktG geschehen, entsprechend dieser Grundentscheidung des deutschen Gesetzgebers rechtsqualitativ anders zu beurteilen als bei der autonomen Gesellschaft. Assmann, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 930 kommt denn auch aus einem der hier vertretenen Auffassung insofern ähnlichem Bedürfnis zu einem Eigeninteresse einer abhängigen Einmann-GmbH aufgrund der qualitativ andersartigen Gläubigergefährdung im Konzern.

bindlichkeiten nicht mehr zu erfüllen imstande ist.<sup>48</sup> Bei inhaltlicher Auseinandersetzung mit dieser Argumentation wird deutlich, daß die Vorbehalte bzw. die Ablehnung eines Eigeninteresses als Haftungsmaßstab im Recht der verbundenen Unternehmen oftmals pauschalierender Art sind und nicht der gesetzlichen Wertung entsprechend der spezifischen Gläubigergefährdung im verbundenen Unternehmen gerecht werden.<sup>49</sup> Im folgenden soll deshalb der Frage nachgegangen werden, ob das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab im Recht der verbundenen Unternehmen wirklich anwendbar ist.

### **3. Ansatz des Vorschlags: 'Eigeninteresse' als Haftungsmaßstab**

#### **a. Kein Eigeninteresse als 'Seele' der Kapitalgesellschaft**

Es sollte festgehalten und betont werden, daß die Kapitalgesellschaft ein Zweckgebilde der vom Menschen geschaffenen Rechtsordnung ist. Sie besitzt kein - seelenartiges - eigenes Interesse. Ganz allgemein sind einem Gesellschafts- oder Eigeninteresse gegenüber berechnete Bedenken angemeldet, soweit diese sich auf die Suggestivkraft und den scheinargumentativen Wert des Begriffes beziehen, etwa indem ein solches Gesellschafts- oder Eigeninteresse als nicht weiter zu hinterfragendes "*Phänomen der Seinswelt*"<sup>50</sup> postuliert wird.

Solche Betrachtungen entziehen sich jedoch der rechtlichen Betrachtung, und dementsprechend ist die Vereinbarkeit des Ansatzes des Eigeninteresses mit dem geltenden Recht zu untersuchen. So ist denn auch zu Recht bereits gegen die Ansicht opponiert worden, einer Kapitalgesellschaft fehle ein "rechtlicher Eigenwert", und daran anschließend ausgeführt worden, eine Kapitalgesellschaft sei mindestens genauso schutzwürdig wie eine Personalgesellschaft.<sup>51</sup>

Die verbreitet anzutreffende Ablehnung eines am Eigeninteresse der Kapitalgesellschaft ansetzenden Schutzkonzeptes hat als richtigen Kern die Ablehnung eines solchen wie auch immer gearteten *materiellen* Eigeninteresses. Ein hypostasiertes Gesellschaftsinteresse - also eine Verselbständigung, eine Vergegenständlichung eines Eigeninteresses - soll hier in keiner Weise propagiert werden. Auf ein solches kann es beim wertungsgemäßen Weiterdenken des allgemeinen Gläubigerschutzkonzeptes auf die

<sup>48</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter D.II.4 zur Systemstimmigkeit des Innen-Ausgleichsanspruchs Gesagte.

<sup>49</sup> Dies ist hier nicht zu wiederholen; vgl. oben in diesem Teil unter A.III. und V.

<sup>50</sup> Illustrativ warnend so bereits Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 9.

<sup>51</sup> Vgl. zutreffend darstellend etwa Kleindiek, *Strukturvielfalt* (1991), S. 116 mit Sympathie für und Nachweisen der Teile der Literatur, die gerade der Kapitalgesellschaft ein von den Interessen der Gesellschafter unabhängiges, rechtlich geschütztes "Eigeninteresse" zuerkennen will, welches durch die Interessen ihrer Arbeitnehmer, ihrer Gläubiger sowie der Allgemeinheit gespeist werde; näheres hierzu gleich unten. Betont sei, daß die Gesellschaft auch in ihrer Funktion als Unternehmensträger im geltenden Recht keinen spezifischen Schutz erfährt; vgl. zum in diese Richtung weisenden, voraktiengesetzlichen Ansatz des "*Unternehmens an sich*" nur oben im zweiten Teil unter E.II.

konzernspezifische Problemlage nicht ankommen. Schlagwortartig: die Gesellschaft ist ein Zweckgebilde, kein Wesen; sie hat Funktionen, keine Seele!<sup>52</sup>

Ein Eigeninteresse wird dementsprechend von Teilen der Literatur abgelehnt - gleichzeitig wird das Gesellschaftsinteresse jedoch als Metapher und als nützliche Denkfigur herangezogen.<sup>53</sup> Worum es hier geht, ist die Zusammenfassung mehrerer gesetzgeberischer Wertungen, nämlich der allgemein gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzermäßigungen einerseits und der konzernspezifischen Erweiterungen der Schutzausrichtungen andererseits.<sup>54</sup> Dies soll der hier vorgeschlagene Gläubigerschutzmaßstab verwirklichen.

In Fortführung der angestellten Erwägungen zum Schutz des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft als deren Bestandsschutz ist beispielsweise auf folgende in der Diskussion anzutreffende Formulierung hinzuweisen. *"Es gibt kein rechtlich geschütztes Interesse der Korporation selbst, stets und immer am Leben zu bleiben."*<sup>55</sup> So richtig der - rechtliche - Gehalt einer solchen Aussage auch sein mag,<sup>56</sup> so sehr ist eben vor anthropomorphem Denken im Umgang mit juristischen Personen zu warnen. Dementsprechend ist ein Aspekt bei der Frage der Anerkennung eines Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft besonders hervorzuheben, nämlich die zur Vermeidung von Trugschlüssen leicht gestellte Frage nach dem Gehalt eines solchen Eigeninteresses: Wenn man unter dem 'Eigeninteresse' ein solches Eigeninteresse als objektives und materiellrechtliches, gar drittbestimmtes und mit eigenem Inhalt gefülltes abstraktes Interesse der Gesellschaft verstehen wollte, wäre ein solches nach geltenden Recht allerdings abzulehnen: Die abhängige Gesellschaft ist lediglich als derivativer Interessenträger zu verstehen. Dementsprechend ist lediglich zur Gewährleistung des Schutzes anderer, in den Kapitalgesetzen als schutzwürdig angesehener Interessen<sup>57</sup>, welche mittelbar durch den Schutz der abhängigen Kapitalgesellschaft geschützt werden, ein Eigeninteresse als Maßstab für die Einhaltung dieses Schutzes aufzustellen.<sup>58</sup> Ebenso wie

<sup>52</sup> Vgl. hierzu bereit oben in diesem Teil unter E.I.3.a.

<sup>53</sup> Vgl. nur Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 183 im Zusammenhang mit der Ablehnung der Treupflicht eines einzigen Gesellschafters; vgl. zur Problematik bei der Einpersonen-GmbH gleich unten in diesem Teil unter E.II.4.

<sup>54</sup> Vgl. bereits einleitend oben in diesem Teil unter A.I.,III. und V.

<sup>55</sup> Diese Aussage macht z.B. Lutter, Treupflicht des Aktionärs (1989), S. 449.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu das gerade eben unter 1. und 2. sowie das bereits zur Problemdarlegung in diesem Teil unter A.V.2.b. Gesagte.

<sup>57</sup> Vgl. gl. zu einem 'Eigeninteresse als Sammelpunkt dieser Einzelinteressen', das somit gleichsam als Reservoir für die in der Gesellschaft zusammenlaufenden Interessen zu sehen wäre und das dementsprechend auch als Interesseninteresse bezeichnet worden ist, darstellend etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 38 m.w.N., der dies als *Sammelpunkttheorie* bezeichnet. Hierauf und auf andere, über das Gläubigerinteresse hinausgehende, interessenbezogene Argumentationsgänge kann und soll hier nicht eingegangen werden. Hier geht es lediglich um das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab, als Korrektiv bei Abhängigkeitslagen.

<sup>58</sup> So will etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 10ff., zusammenfassend S. 37, der abhängigen GmbH lediglich als derivativen Interessenträger aus Gründen des Individualschutzes ein abtrennbares, objektives eigenes Interesse zusprechen. Limmer, aaO., S. 34f. m.w.N. kommt gleichwohl zu einer drei Punkte enthaltenden

eine Bindung an das Gesellschaftsinteresse kein Selbstzweck sein kann,<sup>59</sup> kann ein Eigeninteresse nicht absolut definiert werden.<sup>60</sup> Die (unternehmerischen) Interessen einer Gesellschaft werden zwar richtigerweise nur durch die Satzung und die Gesellschafter festgelegt;<sup>61</sup> die unternehmerische Entfaltung in einer Kapitalgesellschaft darf aufgrund der damit verbundenen Risiken für Fremdinteressen dabei jedoch nur im Rahmen der gesetzgeberischen Wertungen geschehen.<sup>62</sup>

### **b. Eigeninteresse als ein die Haftungsordnung erhaltendes Korrektiv**

Um ein abstrakt festzulegendes Eigeninteresse kann es dieser Arbeit nicht gehen,<sup>63</sup> vielmehr ist für die Haftungsfrage nach einem besonderen Schutz für eine besondere

wertungsmäßigen Formulierung des Eigeninteresses als Ergebnis eines Interessenabgleichungsprozesses: 1. Einem herrschenden Unternehmen solle es grundsätzlich gestattet sein, eine GmbH in einen Unternehmensverbund auch wirtschaftlich einzubeziehen, z.B. die Kooperation mit anderen Unternehmen des polykorporativen Gebildes zu veranlassen. 2. Ein herrschendes Unternehmen dürfe solche Maßnahmen nur unter den Voraussetzungen und Bedingungen durchführen, unter denen sie ein unabhängiges Unternehmen getroffen hätte. 3. Als Beurteilungsmaßstab für jede Geschäftsführungs- und organisatorische Maßnahme im Konzerninteresse sei auf ein Unternehmen zu zurückzugreifen, das in ähnlich engen wirtschaftlichen Beziehungen zu einem anderen Unternehmen steht wie die abhängige GmbH. So richtig es auch ist, den Versuch einer wertungsmäßigen Formulierung zu machen, so zeigt ein Hineindenken in die drei Punkte doch deutlich, daß es sich auch bei der von Limmer skizzierten wertungsmäßigen Formulierung nur um den Versuch eines Maßstabs handelt.

<sup>59</sup> So für die rechtliche Bindung der Organtätigkeit der Kapitalgesellschaft an ein Gesellschaftsinteresse bereits Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 8, der dies Gesellschaftsinteresse ebenfalls als Maßstab (bei Reimer als Maßstab der Fremdsteuerung) funktionell von der Erfüllung zweier Funktionen betrachtet, nämlich (1) die in dieser auf Gläubigergesichtspunkte abstellende Arbeit weniger interessierende Betrachtung der Gewährleistung der gesellschaftlichen Zweckerfüllung im Interesse der Gesellschafter und (2) eben den hier interessierenden Erhalt des Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse der Gesellschaftsgläubiger.

<sup>60</sup> Interessant ist insofern die rechtsvergleichende Beobachtung von Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 8, der betont, daß auch im französischen Recht der Aspekt des Vermögensschutzes im regelmäßig zitierten Prinzip der "autonomie patrimoniale" Ausdruck findet, daß aber dies "principe d'autonomie patrimoniale" weitgehend ohne Definition dieses Begriffes diskutiert wird. Vgl. rechtsvergleichend zur "*haftungsbegründenden Schädigung des Eigeninteresses*" seine Betrachtungen zusammenfassend auch Wolf, *Konzernhaftung in Frankreich und England* (1995), passim und zusammenfassend S. 168.

<sup>61</sup> Gegen ein vom Interesse der Gesellschaftergesamtheit unterschiedliches Eigeninteresse Versteegen, *Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg* (1993), explizit etwa S. 160 und durchgehend, der unter dem Eigeninteresse (Rehbinder, *Schutz im faktischen GmbH-Konzern* (1986), S. 93 folgend) ein hypothetisches Interesse der Gesellschaft an einem dauerhaft optimalen Ertrag versteht, und somit den Begriff des Eigeninteresse mit einem stärker materiellen Gehalt belegt, als dies hier geschieht, da das Eigeninteresse lediglich als der sich aus der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ergebende Haftungsmaßstab aufgefaßt wird. Eine solche abstrakte Begriffsbestimmung ist abzulehnen, weshalb etwa Lutter, *Haftung des herrschenden Unternehmens* (1985) S. 1428 sowie 1432 insoweit gefolgt werden kann. Für Lutter, aaO. S. 1433 kann es eben kein allgemeines, objektives, drittbestimmtes Interesse der GmbH geben, sondern nur ihre durch Satzung und die Gesellschafter festgelegten Interessen. Vgl. darstellend zu Lutters Auffassung gegen eine Anerkennung eines Eigeninteresses bei der GmbH auch Nissing, *Eigeninteresse* (1993), S. 61ff. Frühe Andeutungen von Kriterien für die Definition eines Eigeninteresses finden sich bei Ulmer, *Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern* (1984), S. 419, 426f., der als solche Kriterien die Interessen der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer sowie den Gesellschaftszweck anführt und den Bestand der abhängigen Gesellschaft als Mindestgehalt dieses Eigeninteresses ansieht.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu die Risikobetrachtung oben in diesem Teil unter A.III.

<sup>63</sup> Vgl. das soeben unter E.I.3.a. Gesagte.

Gefährdung der Gläubiger einer im verbundenen Unternehmen stehenden Kapitalgesellschaft gefragt, und als nichts anderes ist das hier diskutierte Eigeninteresse zu verstehen: als haftungsspezifisches Korrektiv.<sup>64</sup> Das Eigeninteresse als Korrektiv hat somit eine Kompensationsfunktion für den Fremdeinfluß, der die im ungestörten Interessenabgleich liegende Sicherheitsgewähr aufhebt.<sup>65</sup>

Daß ein solches Korrektiv nötig ist, mag folgende - vereinfachte - Betrachtung illustrieren: Das Funktionieren des Marktes setzt ein an wirtschaftlichen Grundsätzen ausgerichtetes Handeln zur Nutzenoptimierung voraus. Rechtsregeln, die den normativen Rahmen für Marktakteure bilden - wie etwa das Gesellschaftsrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen - müssen ebenfalls nach diesen Grundsätzen ausgerichtet sein.<sup>66</sup> In den Fällen, in denen aufgrund des Interessenumbruchs<sup>67</sup> die Nutzenoptimierung eines Akteurs außerhalb des normativen Rahmens der Kapitalgesellschaftsgesetze erreicht wird,<sup>68</sup> bedarf dieser Rahmen eines dementsprechenden Korrektivs. Im Recht der verbundenen Unternehmen ist dies die Bindung an das Eigeninteresse einer abhängigen Kapitalgesellschaft. Die Bindung an das Eigeninteresse wird also als korrigierender Gläubigerschutzmaßstab, als korrigierender Maßstab für die sich aus dem mit der Abhängigkeit verbundenen Interessenumbruch und die sich daraus ergebende Gefahr verstanden. Art, Umfang und Abgrenzung dieses Gläubigerschutzes dürfen dabei nicht deduktiv aus einem - abzulehnenden - Eigeninteresse abgeleitet werden, sondern sind unmittelbar den gesetzgeberischen Wertungen zu entnehmen,<sup>69</sup> die der Gesamtheit der Gläubigerschutzregeln entsprechen und im Haftungsmaßstab Eigeninteresse zusammengefaßt werden können. Im Ansatz ähnlich ist in der Literatur zu Recht ausdrücklich pointiert worden, daß das Eigeninteresse allein den Maßstab für die nicht zu

---

<sup>64</sup> Nach hier vertretener Auffassung stellt sich der konkrete Inhalt des Eigeninteresses von Fallkonstellation zu Fallkonstellation anders dar, d.h., der Haftungsmaßstab des Eigeninteresses bedarf jeweils einer Einzelfall bezogenen Konkretisierung; ähnlich - allerdings zum Begriff des Eigeninteresses - etwa Nissing, *Eigeninteresse* (1993), S. 43. Hier ist lediglich die systematische Bedeutung der Wahrung des Eigeninteresses, nicht dessen sich im Einzelfall ergebender Inhalt darzustellen. Es sei daran erinnert, daß die Ursache für die Verantwortung des herrschenden Unternehmens in der Interessenbeeinträchtigung der abhängigen Gesellschaft, der Schaffung einer Gefährdungslage für die Gläubiger und damit wiederum in der potentiellen Beeinträchtigung des Bestandsinteresses der abhängigen Gesellschaft liegt; wie hier bereits Schramm, *Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff* (1991), S. 87.

<sup>65</sup> Vgl. insgesamt oben in diesem Teil unter A.V. und wie hier bereits Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S. 27, der damit (aaO. S. 12) auf den Gedanken Mestmäckers, *Konzerngewalt* (1958), S. 366 von der Kompensationsfunktion des Konzernrechts zurückgreift und diesen, aaO. S. 27 so auf den Interessenkonflikt in der abhängigen Gesellschaft überträgt. Limmer, aaO. S. 28, betont richtig, daß es in der unabhängigen Gesellschaft keinen solchen Kompensationsbedarf gibt; eben deshalb ist eine Wahrung des Eigeninteresses als konzernspezifisches Korrektiv nötig.

<sup>66</sup> Vgl. zu ähnlichen, den Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts streifenden Überlegungen auch Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S. 43 m.w.N.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter A.V.

<sup>68</sup> Vgl. zur Vertiefung das oben in diesem Teil unter A.III. zu Risikoexternalisierung etc. Gesagte.

<sup>69</sup> Im Grundsatz ähnlich für das Gesellschaftsrecht als Maßstab für organschaftliches Handeln bereits Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 10, der richtig auch die Bedeutung der Wertungen betont.



sanktionierenden unternehmerischen Entscheidungen<sup>70</sup> in der abhängigen Gesellschaft bezeichnen kann.<sup>71</sup> Es ist ebenfalls bereits versucht worden, den Wertungsbestand des geltenden Konzernrechts mit den zu regelnden Interessen zu einem normativen Wertungsinteresse - Eigen- bzw. Gesellschaftsinteresse - zu verschmelzen.<sup>72</sup>

Ein am Eigeninteresse orientierter Gläubigerschutz in der GmbH wird etwa mit der Begründung abgelehnt, daß sich allein aus den Wirkungen des Konzernverhältnisses kein besonderer Gläubigerschutz für die abhängige Gesellschaft ergeben könne, weil der weite Einfluß der Gesellschafter bereits in der Gesetzeskonzeption veranlagt sei. Der Gesetzgeber habe hierfür lediglich die allgemeinen Kapitalerhaltungsregeln aufgestellt.<sup>73</sup> Hiergegen ist jedoch anzuführen, daß dieser Gläubigerschutz lediglich für die autonome Gesellschaft ausreichend Schutz gewährt, die *besonderen* Konzerngefahren werden durch die *allgemeinen* Kapitalerhaltungsregeln eben nicht aufgefangen, weshalb diese Gläubigerschutzregeln für das Recht der verbundenen Unternehmen eines Korrektivs bedürfen.<sup>74</sup> Dieses auf der Grundlage der gesetzgeberischen Wertungen aufzustellen, ist eben das Ziel der hier angestellten Betrachtungen.

### **c. Gläubigerschutzkonzept Eigeninteresse als zwingendes Recht**

Stimmen in der Literatur lehnen ein Eigeninteresse bei der GmbH deshalb ab, weil es eben der Konzeption des GmbHG entspräche, daß die Gesellschafter einer GmbH, solange diese sich nur untereinander einig wären, die GmbH als solche benachteiligen könnten. Auch eine die Gläubiger schädigende Benachteiligung sei innerhalb des Rahmens der Kapitalerhaltungsregeln möglich,<sup>75</sup> dies sei aufgrund der unbedingten Dispositionsfreiheit der Gesellschafter zwingend.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> Vgl. näher hierzu gleich unten unter e.

<sup>71</sup> So Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 41 m.w.N., der dabei jedoch den Maßstab des Eigeninteresses als Umschreibung für die von jeder Ausrichtung auf ein fremdunternehmerisches Sonderinteresse freie Verwirklichung des Gesellschaftszwecks im Sinn hat. Dabei sollen die Kategorien Eigen- bzw. Konzerninteresse allein den von der Unternehmensleitung angelegten Entscheidungsmaßstab umschreiben; vgl. Kleindiek, aaO., S. 42.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu ausdrücklich etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 83ff.

<sup>73</sup> So etwa Reh binder, Schutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 92f.

<sup>74</sup> Vgl. hierzu auch das oben in diesem Teil unter A.IV.2.b. und c. Gesagte; im Ergebnis wie hier bereits Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 57ff., 86.

<sup>75</sup> So etwa Zöllner in Baumbach/Hueck GmbHG (1996), Schlußanhang I (GmbH-Konzernrecht), Rz. 100 und dies skizzierend bereits ders., Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), S. 21f., im Ergebnis gleich Reh binder, Schutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 92f. Diesen Gedanken und die nach hier vertretener Auffassung für *externe* Haftungsfragen eher ansatzfremde Betrachtung, daß die Gesellschafter den - in den hier interessierenden Haftungsfragen freilich irrelevanten - Zweck der Gesellschaft zu ändern vermögen, aufgreifend auch Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 87; hierzu wiederum Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 58f. Vgl. hierzu auch die parallele Wertung zur möglichen Abbedingung der Treupflicht zwischen den Gesellschaftern einerseits sowie Vorbehalten gegenüber der Abbedingung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft andererseits gleich unten in diesem Teil unter E.II.4.c. und d.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu etwa Semler, Fehlerhafte Geschäftsführung in der Einmann-GmbH (1987), S. 559 oder auch Flume, Die juristische Person (1983), S. 60, die für die GmbH aufgrund der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen ein Eigeninteresse

Der hier für das Recht der verbundenen Unternehmen diskutierte Haftungsmaßstab Eigeninteresse *kann* jedoch nicht zur Disposition des herrschenden Unternehmens stehen.<sup>77</sup> Denn der Haftungsmaßstab transzendiert die Dispositionssphäre der Gesellschafter.<sup>78</sup> Schlagwortartig ausgedrückt: der Gläubigerschutz steht weder unmittelbar noch mittelbar zur Disposition einer Gesellschaftergruppe noch einer Gesellschaftergesamtheit. Die Haftungsverfassung wird von der Rechtsordnung gewährt; die Voraussetzungen, unter denen den Gesellschaftern das Haftungsprivileg gewährt wird, stehen nicht zur Disposition der Gesellschafter.<sup>79</sup>

Dem Gedanken der Disponibilität ist ferner entgegenzuhalten, daß die abhängige Gesellschaft eben von der unabhängigen Gesellschaft, von der die Konzeption des GmbHG ausgeht, rechtsqualitativ abweichend zu beurteilen ist: Der Dispositions-Einwand übersieht damit für den Bereich der verbundenen Unternehmen die dem dritten Buch des AktG von 1965 zugrundeliegende Wertung des Gesetzgebers, daß die Problem- und Gefahrenlagen im verbundenen Unternehmen sich grundlegend von denen der autonomen Gesellschaft unterscheiden<sup>80</sup> und eine fehlende Dispositionsbefugnis einer Gesell-

---

ablehnen. Gegen diese Auffassung bereits Nissing, *Eigeninteresse* (1993), S. 61, 86. Vgl. hierzu auch die Betrachtungen zur Abbedingung der Treupflicht bei Winter, *Mitgliedschaftliche Treuebindungen* (1988), S. 190ff., und insbesondere 214f., 328. Fleck, *Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers* (1985), S. 395 hebt in Bezug auf die Pflicht zu einer sorgfältigen Führung der Geschäfte nach § 43 Abs. 1 GmbHG hervor, daß das GmbHG dort nicht lediglich das Interesse der Gesellschafter am Gedeihen des Unternehmens schützt. Auf Hommelhoff, *Konzernleitungspflicht* (1982), S. 256 aufbauend, wird von Fleck zum Gedanken des Bestandsschutzes deutlich gesagt, daß vielmehr auch die Interessen der Gläubiger, der Allgemeinheit und der Arbeitnehmer geschützt sind, die die Unterwerfung unter fremde Interessen ohne jede Schranke verbieten. Fleck betont dabei die Existenz eines Kernbereiches, der auch für den Satzungsgeber nicht beliebig verfügbar ist. Daß aufgrund - zumindest *auch* - der Interessen der Gesellschaftsgläubiger keine Abschwächung der Diligenzpflicht durch den Gesellschaftsvertrag gestattet ist, ergibt sich bereits aus der Begründung zum GmbHG, vgl. hierzu auch Wilhelm, *Rechtsform und Haftung* (1981), S. 344f.

<sup>77</sup> So für die Existenz eines solchen Eigeninteresse-Kerns etwa Hommelhoff, *Recht der Konzernhaftung* (1994), S. 405.

<sup>78</sup> Insofern ist - voraussetzungsweise - auf die Betrachtungen von Lutter, *Haftung des herrschenden Unternehmens* (1985), S. 1428 zu verweisen, der richtig betont, daß Gedanken, die eine Ausprägung des Bestandsschutzes zugunsten der Gesellschaft wären, die Gesellschafterebene transzendieren müssen und nicht mehr der freien Disposition der Gesellschafter unterliegen. Was für die Treupflicht unter GmbH-Gesellschaftern nicht zu gelten hätte, vgl. dazu insgesamt unten in diesem Teil unter II., gilt im Gegenschluß für den hier angesprochenen Haftungsmaßstab - eben als Maßstab - uneingeschränkt. Kleindiek, *Strukturvielfalt* (1991), S. 140ff., 142 verweist bei der Diskussion des Bestandsschutzes im Rahmen der Substanzerhaltung im Vertragskonzern zurecht auf das § 299 AktG zu entnehmende Argument, wonach ein herrschendes Unternehmen aufgrund eines Unternehmensvertrages keine diesen betreffenden Weisungen erteilen kann. Gerade im Bezug auf den Bestandsschutz als Gläubigersicherung spricht (arg. § 299 AktG) dies dafür, außerhalb der ordentlichen Liquidation die Vernichtung der Lebensfähigkeit als Grenze der Disposition der Gesellschafter anzusehen.

<sup>79</sup> Vgl. insgesamt oben im ersten Teil unter B.II. und III. sowie oben in diesem Teil unter A.III.

<sup>80</sup> Diese Wertung muß auch im GmbHG gelten; daß der Gesetzgeber hier keine Regelung erlassen hat, kann daran nichts ändern. Dies verdeutlicht etwa das in der Rechtsprechung herausgebildete GmbH-Konzernrecht, vgl. hierzu die Darstellung zur Zweispurigkeit des deutschen Rechts der verbundenen Unternehmen oben in diesem Teil unter A.I.3. und insgesamt unter C.V. Anderer Auffassung insofern freilich Zöllner in Baumbach/Hueck, *GmbHG* (1996) *Schlußanhang GmbH-Konzernrecht*, Rz. 100, der meint aufgrund der allgemein schwächeren Gläubigerschutzvorschriften des GmbHG gegenüber denen des AktG, seien die Wertungen des letzteren nicht übertragbar. Diesem ist zu widersprechen: wohl ist der Gläubigerschutz im GmbHG schwächer ausgebaut als im AktG, nur kann daraus keineswegs ein geringeres Schutzbedürfnis für die

schaftergesamtheit ist der Verletzung des Eigeninteresses als Haftungskriterium somit nicht entgegenzuhalten. Im Gegenteil: die Unzulänglichkeit des - weil auf die autonome Gesellschaft zugeschnittenen - nur rudimentär entwickelten Gläubigerschutzes bedarf im Recht der verbundenen Unternehmen umso stärker eines haftungsspezifischen Korrektivs. Diesem Bedürfnis würde eine der Gesetzeskonzeption als systemimmanente Voraussetzung zugrundeliegende Wertung gerecht werden, die in der vorliegenden als Wahrung des Eigeninteresses ausgedrückt wird.

#### **d. Eigeninteresse zur Abwehr eines übergeordneten Konzerninteresses**

Das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab im Recht der verbundenen Unternehmen ergäbe dann keinen Sinn, wenn ein *Vorrang des Konzerninteresses*<sup>81</sup> vor dem Eigeninteresses bestünde. Ein - insbesondere älterer - Teil der Literatur vertritt, daß eine Gesellschaft rechtmäßig nicht nur auf das Gesellschaftsinteresse, sondern von den Organen auch auf ein *übergeordnetes Konzerninteresse* ausgerichtet werden kann. Dem ist jedoch mit der herrschenden Meinung entgegenzuhalten, daß außerhalb des Eingliederungs - und Vertragskonzerns ein genereller Vorrang des - eine Ausrichtung auf das - Konzerninteresse(s) nicht erlaubt ist.

Hierauf ist nicht näher einzugehen:<sup>82</sup> Bereits die schiere Existenz des dritten Buches des Aktiengesetzes zeigt, daß der Gesetzgeber nicht willig gewesen ist, einen generelles Vorrang des Konzerninteresses hinzunehmen: In der Begründung zum AktG heißt es denn auch, daß nur der Beherrschungsvertrag dem herrschenden Unternehmen das Recht gäbe, die Interessen der abhängigen Gesellschaft "*zugunsten von Konzerninteressen*" zurückzustellen.<sup>83</sup> Die § 311ff. AktG erlauben eine Durchsetzung gesellschaftsfremder Interessen gegen das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft nur gegen Ausgleich, und für die GmbH kann das System der §§ 311ff. und die ihm innenwohnende Privilegierung eben nicht übernommen werden.<sup>84</sup>

---

Gläubiger der GmbH im Falle der Konzerneinbindung dieser abgeleitet werden. Nach hier vertretener Auffassung sollte dies *eh*er auf ein verstärktes Schutzbedürfnis hinweisen, denn da die Konzerneinbindung (wertungsentsprechend) die Gefahr der Gläubiger erhöht, müßten (wiederum der Wertung folgend) die Schutzmaßstäbe entsprechend erhöht werden; so denn auch BGHZ 95, 330, 335 (Autokran, 1985) und die seither wertungsstimmig auf die Treupflicht aufbauende und ausdifferenzierende Rechtsfortentwicklung.

<sup>81</sup> Hier wird der Einfachheit halber das Schlagwort des 'Konzerninteresses' benutzt, gemeint ist das die Ausrichtung des polykorporativen Gebildes bestimmende Gesamtinteresse, vgl. dazu die Problemdarlegung oben in diesem Teil unter A.V.2.d. Der Konzeption des deutschen Gesetzes folgend müßte dies Konzerninteresse mit dem Interesse des herrschenden Unternehmens gleichgesetzt werden, um zu dem Interessengegensatz zu gelangen, den das dritte Buch des AktG zu lösen versucht; insoweit ist etwa Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 15 zuzustimmen.

<sup>82</sup> Vgl. hierzu statt aller darstellend Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 12, der S. 13f. m.w.N. einem Vorrang ablehnend gegenübersteht.

<sup>83</sup> Vgl. BegRegE bei Kropff, *Textausgabe AktG* (1965), S. 374f. und 407f.

<sup>84</sup> Vgl. zu den hierfür ursächlichen Unterschieden die Darstellung oben in diesem Teil unter C.V.1. und angemessen kurz mit ausführlichem Literaturnachweis etwa Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S. 34f. und S. 41, wenn Limmer betont, daß im GmbH-Konzern kein Vorrang des Konzerninteresses gilt - und daß eben deshalb auch im Konzern der

Die Wahrung des Eigeninteresse ist somit als materielle Grenze der Wahrnehmung fremder Interessen zu verstehen; das Eigeninteresse ist als Schranke zu wahren.<sup>85</sup> Zu erörtern bleibt, ob das Konzerninteresse einen teilweisen Vorrang vor dem Eigeninteresse einer Gesellschaft genießt. Ein Teil der Literatur hat - von einer "Pflicht zur ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung" ausgehend - die Grenze der zu ahnenden Beeinträchtigung des Eigeninteresses bei der Ausbeutung der abhängigen Gesellschaft den gesetzgeberischen Wertungen entsprechend so gezogen,<sup>86</sup> daß ein begrenzter Vorrang im Rahmen einer ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung möglich sein sollte, wenn durch Einzelausgleichszahlungen eine Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft vermieden werde.<sup>87</sup> Dieser Ansatz ist - vor allem wegen seiner, auch von seinen Befürwortern zugegebenen, mangelnden Präzision - kritisiert worden.<sup>88</sup> Gerade diese - abstrakt und ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles - mangelnde Präzision spricht jedoch nicht *gegen*, sondern aufgrund der Utopie eines solchen Präzisionsanspruches *für* den Ansatz eines im Rahmen der ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung stattfindenden, geschmeidigen Zusammenspiels von Verbunds- und Eigeninteressen<sup>89</sup>.

Entscheidend muß gegenüber diesem möglichen Einwand gegen das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab letztlich sein, ob der abhängigen Gesellschaft für eine Interessenbeeinträchtigung eine Kompensation zu leisten ist. Das heißt - den Wertungen des dritten Buches des AktG entsprechend - ob nach Einzel- bzw. Verlustausgleich die abhängige Gesellschaft so stünde, wie sie - am Maßstab des Eigeninteresses gemessen - stehen würde, wenn es keine Beeinträchtigungen aufgrund des eingeflossenen Verbundsinteresses gegeben hätte. Falls solange dies geschieht, kann das Konzerninteresse im Rahmen einer ordnungsgemäßen Gesellschaftsgeschäftsführung durchaus angemessen berücksichtigt werden - ohne daß dadurch das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab ausscheiden müßte.<sup>90</sup> Dies ist sogar systemstimmig und wirtschaftlich

---

Umfang des in der Gesetzeskonzeption in Bezug auf die unabhängige Gesellschaft gewährten Gläubigerschutzes erhalten bleiben muß. Eben weil es keinen Vorrang des Konzerninteresses gibt, ist der Gläubigerschutz also um eine konzernspezifische Dimension zu erweitern, die einen entsprechenden Umfang des Gläubigerschutzes sichert.

<sup>85</sup> Vgl. nur Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 45; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 247f.

<sup>86</sup> Vgl. an sich überzeugend etwa Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 264, 267.

<sup>87</sup> Dies ist quasi die Ausformulierung der gesetzgeberischen Wertung, die den §§ 311ff. AktG zugrundeliegt.

<sup>88</sup> So wird etwa von einem *unkonturierterem Abwägungsmodell gesprochen*; vgl. etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 14 m.w.N.

<sup>89</sup> So Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 402; vgl. zur Illustration dieses Zusammenspiels die Ausführungen zu den Interessenabgleichungs- und -festlegungsprozessen im polykorporativen Unternehmen oben in diesem Teil unter A.V.2.c.,d. und e.

<sup>90</sup> Vgl. zum Abgleich zwischen Partial- und Gesamtinteresse im polykorporativen Unternehmen bereits oben in diesem Teil unter A.V.2.c. bis e. Die Kritik am Gedanken der ordnungsgemäßen Konzernführung wie sie etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 14ff. äußert, greift so - zumindest für den in dieser Arbeit zu behandelnden Problembereich - nicht.

sinnvoll, da die Interessen des herrschenden Unternehmens de facto oft deckungsgleich mit den Interessen der abhängigen Gesellschaft sein werden.

#### **e. Vorliegen und Ausmaß der Eigeninteressenbeeinträchtigung**

Damit ist gleichzeitig der schwierigste Punkt bei der Frage der Eignung des Eigeninteresses als Haftungsmaßstab angesprochen: Dies sind die Schwierigkeiten bei der Feststellung und evt. der Festlegung des Ausmaßes der Interessenbeeinträchtigung.<sup>91</sup>

In vielen Fällen ist eine Festlegung schlechthin nicht möglich. So hat der BGH etwa bei besonderen Einflußnahmen ausdrücklich betont, daß jeder objektive Maßstab für die jeweils sachgerechte Maßnahme und damit für die Frage einer Benachteiligung und deren Ausgleich fehle, weil aufgrund der Abhängigkeit der abhängigen Gesellschaft vom herrschenden Unternehmen dieses eben kein freies Ermessen bei seinen Entscheidungen hätte. Gleichzeitig betont der BGH, eine Entscheidung sei "*grundsätzlich rechtswidrig, falls sie nicht durch sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt*" sei,<sup>92</sup> wobei der BGH an gleicher Stelle feststellt, die Entscheidung schließe "*die Abwägung der Interessen und die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck ein*".<sup>93</sup>

Im Einzelnen ist somit zu untersuchen, wie (aa) eine vorliegende Beeinträchtigung des Eigeninteresses als Haftungsmaßstab herangezogen werden kann und ob eine Beeinträchtigung dieses Eigeninteresses vorliegt. Anschließend ist dann auf die Fragen einzugehen, (bb) inwieweit es bei einer vorliegenden Beeinträchtigung möglich und nötig ist, das Ausmaß dieser Beeinträchtigung festzulegen, (cc) ob der Ausgleichsgedanke im Rahmen der Eigeninteressenbeeinträchtigung Raum finden kann und (dd) ob ein Ausgleich in voller Höhe zu leisten ist,<sup>94</sup> oder ob (ee) mögliche Vorteile der Einbindung in ein herrschendes Unternehmen evtl. auf die Beeinträchtigung angerechnet werden können bzw. müssen. Abschließend ist (ff) dann die Frage nach der Bedeutung des Ausmaßes einer Beeinträchtigung des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft für die Fälle zu stellen, in denen ein an der Beeinträchtigung gemessener Ausgleich nicht sachgerecht ist.

<sup>91</sup> Vgl. näher das oben in diesem Teil unter C.III.3.d. und 3. zum Normzweck des Verlustausgleichs Gesagte und gleich unten unter aa.

<sup>92</sup> Vgl. BGHZ 80, 69, 74 (Süssen, 1981); in casu wurde statt vom herrschenden Unternehmen von der Mehrheit gesprochen und es ging um die Befreiung von einem Wettbewerbsverbot.

<sup>93</sup> Vgl. BGHZ 80, 69, 74 (Süssen, 1981).

<sup>94</sup> Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen den beiden Wertungsfragen der Anerkennung eines Eigeninteresses einerseits und dessen Umfang andererseits betont zu Recht bereits Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S. 39f. Für Limmer, aaO., ist das Eigeninteresse gar ein objektiv zu bestimmender Ausgleichsbegriff, der von den Interessen, die er zusammenfaßt, und den Grundwertungen des Konzernrechts bestimmt wird. Für Limmer stellen sich jene Stimmen, die sich gegen ein Eigeninteresse etwa der Einmanggesellschaft aussprechen (etwa Lutter, *Haftung des herrschenden Unternehmens* (1985) S. 1429) so dar, als gründen sie sich weniger auf der Ablehnung des Eigeninteresses als solchem, als vielmehr auf die Frage nach dem Umfang des Schutzes. Dies ist aber wohl als eine Verkürzung der unterschiedlichen Positionen anzusehen, vgl. näher hierzu gleich unten.

### **aa. Eigeninteresse als Maßstab für vertretbares Ermessen**

Der Bundesgerichtshof hat die Schwierigkeiten bei der Frage der Beeinträchtigung der Interessen einer abhängigen Gesellschaft etwa mit der Aussage ausgedrückt, daß die Möglichkeiten zum Ausnutzen der durch die Abhängigkeit begründeten Herrschaftsmöglichkeiten zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft mannigfaltig seien. So heißt es etwa, diese *"reichen von Einflüssen mit eindeutig isolierbaren und deshalb ausgleichsfähigen Nachteilen (vgl. BGHZ 65, 15) bis zu solchen, bei denen sich weder hinreichend sicher bejahen noch verneinen läßt, daß eine nachhaltige Einflußnahme vorliegt, insbesondere aber, daß ein Nachteil dem Unternehmen im Falle seiner Unabhängigkeit erspart geblieben wäre, welches stets Voraussetzung einer Ausgleichspflicht"* sei.<sup>95</sup>

Vom BGH wird im Einzelfall<sup>96</sup> etwa angeführt, eine unabhängige Gesellschaft sei *"eher"* bereit Rationalisierungsrisiken einzugehen, als eine abhängige Gesellschaft dies tun könne. Anders ausgedrückt: ein herrschendes Unternehmen, welches durch anderweitige unternehmerische Tätigkeit ein Konkurrenzprodukt vertreibe, würde dieses Risiko scheuen. Wie sehr diese Argumentation auf den Einzelfall bezogen ist,<sup>97</sup> wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß ein herrschendes Unternehmen ebenso versuchen könne, die mit einer Rationalisierung verbundenen Risiken in einer abhängigen Gesellschaft 'zu testen'.

An diesem Beispiel manifestiert sich das Bedenken, daß sich in der Rechtswirklichkeit oftmals *"weder hinreichend sicher bejahen noch verneinen lasse"*, daß eine Einflußnahme zum Zeitpunkt<sup>98</sup> dieser Einflußnahme eine Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen Gesellschaft bedeute. An gleicher Stelle greift der BGH ausdrücklich auf die *"unabhängige Gesellschaft als Vergleichsmaßstab"* zurück.<sup>99</sup> Wo bei der Bestimmung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft auf dasjenige einer verbundfrei gedachten Gesellschaft verwiesen wird,<sup>100</sup> wird als Vergleichsmaßstab eine Gesellschaft

<sup>95</sup> Vgl. BGHZ 80, 69, 74 (Süssen, 1981).

<sup>96</sup> Vgl. BGHZ 80, 69, 74 (Süssen, 1981).

<sup>97</sup> Wobei dies keinesfalls als Kritik zu verstehen ist - wird hier doch gerade die Auffassung ausgedrückt, ein Gericht solle gerade auf den Einzelfall bezogen argumentieren.

<sup>98</sup> Vgl. zu diesem Punkt im BGH-Zitat auch die Ausführungen zur Darstellung der Problematik der polykorporativen Wirtschaftseinheit oben in diesem Teil unter A.III. zur Erfassung des verbundsspezifischen bzw. Akzeptanz des allgemeinen Geschäftsrisikos.

<sup>99</sup> So auch Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 16, dessen auf seinem Rechtsvergleich mit dem französischen Recht beruhende "Verbesserungen" im Sprachgebrauch (*"persönlich unabhängige Gesellschaft"*) jedoch nicht aufzugreifen sind, vgl. das oben in diesem Teil unter A.V.d. Gesagte.

<sup>100</sup> Vgl. etwa Kropff, *TBB und das Aktienkonzernrecht* (1993), S. 491 und ebenso Hommelhoff, *Recht der Konzernhaftung* (1994), S. 402, der hervorhebt, daß in einer verbundenen GmbH wegen § 37 GmbHG die Bestimmung der Eigeninteressen ohnedies vom Konzern oder Verbund her gedacht ist und für die Aktiengesellschaft auf § 76 Abs. 1 AktG, den im Ansatz als autonom gedachten Vorstand, verweist. Anders dagegen beispielsweise Lutter, *Haftung des herrschenden Unternehmens* (1985), S. 491. Beim Heranziehen einer unabhängigen Gesellschaft als Vergleichsmaßstab ist jedoch Vorsicht geboten: Wenn beispielsweise für Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S.22ff. und durchgehend Eigeninteresse bedeutet, *"daß die abhängige Gesellschaft wie eine unabhängige GmbH zu führen"*

antizipiert, die in der selben wirtschaftlichen Situation ihr Verhalten am Maßstab eines ordentlichen Kaufmanns orientiert hätte. Diese Betrachtung zeigt illustrativ, daß es sich bei der hier zu untersuchenden Frage der Beeinträchtigung eines Eigeninteresses nur um das Aufstellen eines Maßstabs handeln kann.<sup>101</sup> Doch macht es Sinn darauf abzustellen, ob die Einflußnahme, gemessen am Maßstab des vertretbaren Handelns einer nicht-abhängigen Gesellschaft, so geführt worden ist, wie ein ordentlicher Kaufmann dies getan hätte?

Dabei ist zu bedenken, daß sich beim Heranziehen des ordentlichen Kaufmannes<sup>102</sup> als Vergleichsmaßstab sich die Frage nach dem Ermessensspielraum stellt, welcher für die zu antizipierenden unternehmerischen Entscheidungen zu gelten hätte.<sup>103</sup> Dabei kann die

---

*ist,*" (etwa S. 279) und Eigeninteresse somit "*wirtschaftlich rationales, bestandsmehrendes Verhalten*" bedeutet (etwa S. 298), so greift eine solche Forderung an der Rechtswirklichkeit vorbei: Eine abhängige Gesellschaft ist eben nicht unabhängig, die Abhängigkeitslage wird oft Verwerfungen im gesellschaftsinternen Interessenabgleichungsprozeß mit sich bringen, die eine Führung wie bei einer unabhängigen Gesellschaft illusorisch machen würden. Dementsprechend kann das "Eigeninteresse" nicht als materiellrechtliche Verpflichtung angesehen werden - sondern nur als Maßstab, in der hier vorliegenden Arbeit als Haftungsmaßstab.

<sup>101</sup> Vgl. so bereits Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 16, der - um nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit einzugreifen - als Vergleichsmaßstab nicht die optimale unternehmerische Entscheidung heranziehen will, sondern nur dasjenige Verhalten, das unternehmerisch vertretbar und das deshalb dem Standard des ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns entspricht. Reimer folgt im Ergebnis so wohl Fleck, *Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers* (1985), S. 394, der die Geschäftsführerhaftung als die mit kaufmännischer Sorgfalt wahrzunehmenden "*Angelegenheiten der Gesellschaft*" definiert; ähnlich hat bereits Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindung* (1988), S. 109, allerdings für die Frage des Pflichtmaßstabes bei der Ausmessung der Sorgfaltspflicht im Rahmen der inhaltlichen Konkretisierung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft darauf abgestellt, ob die voraussichtliche Nachteiligkeit bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erkennbar gewesen wäre. Diese Parallelität der Maßstäbe und Ähnlichkeit der Gedanken zeigt exemplarisch die Verknüpfung der objektiven Aspekte der Treupflicht einerseits mit dem Maßstab des Eigeninteresses andererseits: Für Winter ist eine Maßnahme als treuwidrig anzusehen, wenn sie *ex ante*, also unter Beachtung und angemessener Gewichtung der zum Zeitpunkt der Beschlußfassung erkennbaren Umstände und der absehbaren bzw. zu erwartenden Entwicklung für die Gesellschaft als eindeutig nachteilig zu beurteilen ist. Dies muß entsprechend für die Wahrung des Eigeninteresses gelten; vgl. näher hierzu mit eingehender Darstellung für Risikogeschäfte etwa Winter, aaO., S. 107. Wo dieser sich auf den Gesellschaftszweck bezieht und für Einpersonen-Gesellschaften, aaO. S. 191ff., besondere Erwägungen vorbringt, wird betreffend die Treuwidrigkeit als Gläubigerschutzkonzept hier erneut auf die aus der Haftungsbeschränkung fließenden immanenten Grenzen - und somit auf die von der Rechtsordnung vorausgesetzten Bedingungen zur Aufrechterhaltung dieser Haftungsbeschränkung - verwiesen, vgl. dazu gleich unten unter II.

<sup>102</sup> Hier sei nur darauf hingewiesen, daß der deutsche Gesetzgeber diesen Maßstab der "ordentlichen Kaufleute" etwa in § 32a GmbHG zur Beurteilung unternehmerischer Maßnahmen ins Gesetz aufgenommen hat - und damit für die schwierige Frage der Eigenkapitalersatzenden Gesellschafterdarlehen eine Generalklausel ins Gesetz aufnahm, die die Gerichte zu konkretisieren hatten; vgl. ähnlich bereits K. Schmidt, *Fortschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der kapitalersatzenden Gesellschafterdarlehen* (1980), S. 571f., der aaO. auch richtig darauf aufmerksam macht, das so zugeführtes Kapital die Funktion haftenden Kapitals, als neben dem Garantiekapital zur Verfügung stehendes Kapital, zu erfüllen hat. Auf die Funktion des Haftkapitals ist oben im ersten Teil unter B.III. bereits eingegangen worden, hier verdient es der Beachtung, daß eben auch die hier diskutierte Generalklausel sich an der das Haftungsprivileg rechtfertigenden Existenz des haftenden Kapital zu orientieren hat.

<sup>103</sup> Es sei daran erinnert, daß der Gläubigerschutz nach dem hier verfolgten Ansatz über eine flexible Treubindung erreicht wird; insoweit geht es beim Haftungsmaßstab Eigeninteresse also um die treupflichtgemäße Ermessensausübung als flexible Gläubigernorm. Dies ist bezeichnenderweise gerade das Modell des US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrechts: es gibt weder ein starres Gläubigerschutzkonzept, über Mindestkapital bis zu vorgeschriebenen Ausgleichszahlungen, noch wird das Ermessen des board durch gesetzliche Restriktionen, dafür jedoch durch fiduziarische Verpflichtungen eingeschränkt, wobei jedoch vorrangig kein Gläubigerschutz bezweckt wird; vgl.

Wichtigkeit und die Notwendigkeit des Bestehens eines "rechtsfreien" eigenen Entscheidungsspielraums bei Ausfüllung des unternehmerischen Ermessens<sup>104</sup> in der freien Marktwirtschaft nicht genug betont werden.<sup>105</sup> In der Literatur wird demgemäß richtig gefordert, daß die Gerichte nicht das materielle Ermessen überprüfen dürfen.<sup>106</sup> Die Gerichte können lediglich überprüfen, ob der unternehmerische Ermessensspielraum eingehalten worden ist.<sup>107</sup>

Anderes würde denn auch zu dem unerwünschten Ergebnis führen, daß für die Haftungsfrage entscheidend wäre, ob ein oder mehrere unternehmensfremde Richter etwa die Ausgliederung eines wichtigen Produktionszweiges auf eine andere Unternehmenseinheit im polykorporativen Gebilde, die Zentralisierung bzw. Dezentralisierung von Unternehmensfunktionen bzw. unternehmerischer Teilfunktionen (etwa gar und insbesondere den Finanzbereich) als gegen das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft verstoßend einschätzten.<sup>108</sup> Es kann jedoch nicht die Aufgabe

---

ausblickend etwa Kübler, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung (1994), S. 146. Auch das Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 712 bezieht sich in seinem Richtlinienentwurf (aaO. S. 769) u.a. darauf, ob die Einflußnahme auf die Entscheidungsträger "*von unternehmerischen Ermessen in ihrer eigenen Gesellschaft gedeckt*" ist, erlaubt dabei aber eine Gesamtabwägung unter Erfüllung näherer, an das französische Recht angelehnter Voraussetzungen.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu bereits oben in diesem Teil unter A.III. zur Frage der an der Realität auszurichtenden Risikoakzeptanz. Auf die Frage des Inhalts des unternehmerischen Ermessens ist hier nicht näher einzugehen; vgl. zur Bestimmung des unternehmerischen Ermessens näher BGHZ 135, 244 (ARAG/Garmenbeck); vgl. auch Abeltschauer, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht (1998), S. 49ff. und 272ff. m.w.N.

<sup>105</sup> Vgl. bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 121, 326, der für die analoge Abgrenzung betont, daß das Gesellschaftsinteresse den äußeren Rahmen für beispielsweise die Stimmabgabe in Geschäftsführungsangelegenheiten bietet.

<sup>106</sup> Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 168, 170 meint, es gäbe zu Recht ein breites Feld unternehmerischen Ermessens, in das sich die Gerichte nicht einmischen sollten: beispielsweise bei Konflikten betreffend die allgemeine Geschäftsführung oder der Entscheidung über eine Liquidation könne ein möglicher Treupflichtverstoß nur dann überhaupt justitiabel sein, wenn offensichtlich keine Chancen und keine realistischen Alternativen am Markt mehr bestünden. Rechtsvergleichend kommt ders., Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften (1998), S. 209 für die Frage der Kontrolle der Unternehmensführung durch die Gerichte zu dem Schluß, daß die Gerichte verschiedener Länder freier Wirtschaft, gleicher Zivilisation und in etwa gleichem Lebensstandard zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen kommen. AaO., S. 197 warnt Lutter, ebenfalls rechtsvergleichend, davor, daß die Frage der Kontrolle der Unternehmensführung durch die Gerichte eine Gefahr von der Art der Büchse der Pandora beinhaltet, und daß die Gerichte sich deshalb um Zurückhaltung und Objektivierbarkeit bemühen sollten.

<sup>107</sup> So für die Anfechtung bei treupflichtwidrigen Gesellschafterbeschlüssen im Anschluß an Lutter grundlegend Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 299, der zur Verdeutlichung illustrierend anführt, daß also die Rechtmäßigkeit nicht voraussetzt, daß die getroffene Maßnahme die einzig mögliche und damit absolut richtige war. Entscheidend sei vielmehr, ob sich die vorgenommene Maßnahme als unvertretbar erweise: im Bereich des unternehmerischen Ermessens findet von vornherein nur eine negative Kontrolle auf unvertretbare Wertungen statt; vgl. so auch Lutter, Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses - Kali und Salz (1979), S. 414.

<sup>108</sup> Vgl. nur Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1517f., 1524f. (m.w.N.), der mehrere Beispiele dafür anführt, wie unter Umständen einzelne Umstände den Schluß rechtfertigen können, daß damit die Interessen der abhängigen Gesellschaft beeinträchtigt worden sind - dem herrschenden Unternehmen jedoch die Möglichkeit zu geben ist, weitere Umstände darzulegen, die jenen Schluß als nicht mehr gerechtfertigt erscheinen lassen; vgl. näher zur diesbezüglich zentralen Beweislastproblematik gleich unten in diesem Teil unter E.III.



eines Richters sein, ex post unternehmerische Entscheidungen aus einem ex ante Blickwinkel nachzuvollziehen.<sup>109</sup>

Bei der Entscheidung darüber, ob die getroffene Entscheidung sich im Rahmen der Ermessensschränken hält, wäre demnach also nicht die Ermessensausübung als solche, also nicht eine "objektive"<sup>110</sup> Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu überprüfen, sondern vielmehr, ob sich die getroffene Entscheidung als unvertretbar darstellt.<sup>111</sup> Nur die unvertretbare Maßnahme verstößt somit in haftungsbegründender Weise gegen den Haftungsmaßstab.<sup>112</sup>

Dabei ist entsprechend dem hier vertretenen Ansatz vor allem zu prüfen, ob die getroffene Entscheidung dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gerecht wird oder ob dies durch Fremd- bzw. Partikularinteressen verdrängt worden ist.<sup>113</sup> Entscheidend muß sein, ob die aufgrund des Einflusses des herrschenden Unternehmens getroffenen Maßnahmen innerhalb der Bandbreite dessen liegen, was für einen alternativ zu antizipierenden 'ordentlichen Kaufmann' unternehmerisch vertretbar gewesen wäre. Nur wenn diese Bandbreiten überschritten wurden, liegt eine Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft vor. Konkret: innerhalb dieser Bandbreiten

---

<sup>109</sup> Im englischen Gesellschaftsrecht haben die Richter schon längst erkannt, daß "*It is not the business of the Court to manage the affairs of the company*" "[...] nor will the Courts of law assume to act as a kind of supervisory board [...]; vgl. zum ersteren *Shuttleworth v. Cox Brothers And Company (Maidenhead) Ltd.* (1927) 2 KB 9, 23 und zum letzteren *Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd.* (1974) AC 821, 832; vgl. statt aller rechtsvergleichend zur Frage der Kontrolle der Unternehmensführung durch die Gerichte Lutter, Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften (1998), S. 194ff. m.w.N.

<sup>110</sup> Rechtsvergleichend zu einer solchen "objektiven Überprüfung" etwa Lutter, Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften (1998), S. 198, den Maßstab eines neutralen Dritten ablehnend.

<sup>111</sup> So für die durch die Treupflicht gezogenen Schranken etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 299, dessen auf die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen bezogene Gedanken hier abgewandelt angewendet sind. Insofern ist klarzustellen, daß der Verletzung des Eigeninteresses der Gesellschaft im Rahmen der vorgeschlagenen Haftungsregel somit den 'objektiven Teil' der Treupflichtverletzung bei Winter insoweit ersetzt, als daß objektive Tatbestandsvoraussetzungen dem Tatbestandsmerkmal der 'Eigeninteresseverletzung' zugeordnet werden, während die subjektiven 'Tatbestandsvoraussetzungen' beim hier vorgeschlagenen Regelungsansatz unter die Treupflichtverletzung zu subsumieren sind; vgl. näher zur Treupflicht gleich unten in diesem Teil unter II. und zum Zusammenspiel der Wertungen Eigeninteresse und Treupflicht anschließend unter E.IV.

<sup>112</sup> Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 16 kommt - bezogen auf BGHZ 80, 69 (Süssen, 1981) zu dem entsprechenden Ergebnis, daß wenn eine unbefangene Geschäftsleitung, die sich am Maßstab des ordentlichen Kaufmannes orientiert hätte, die fraglichen Maßnahmen riskiert hätte und wenn der Verzicht auf diese Maßnahmen außerhalb des unternehmerischen Interesses lag, so sei das Verhalten des befangenen Gesellschaftsorgans gesellschaftswidrig. Damit korrigiert Reimer seine eigenen Ausführungen von S. 11f., wo er bereits dann zu einem Verstoß gegen das Gesellschaftsinteresse gekommen war, wenn ein ordentlicher, unbefangener Unternehmer an der Stelle des betreffenden Gesellschaftsorgans in der gleichen wirtschaftlichen Situation aus damaliger Sicht anders gehandelt hätte. Reimer müßte hier zu dem Ergebnis kommen, daß ein Verstoß vorliege, wenn es ein ordentlicher unbefangener Unternehmer an Stelle des herrschenden Unternehmens in der gleichen wirtschaftlichen Situation aus damaliger Sicht für unvertretbar hielte, die Maßnahmen zu treffen, die das herrschende Unternehmen veranlaßt hat.

<sup>113</sup> Auch im US-amerikanischen Recht bestehen die Gerichte bei der Frage der Kontrolle der Unternehmensführung auf einer sorgfältig vorbereiteten und vom (partikulären) Eigeninteresse der Entscheidungsträger freien Entscheidung; vgl. rechtsvergleichend nur Lutter, Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften (1998), S. 203 m.w.N.

kann nicht von einer haftungsbegründenden Beeinträchtigung des Eigeninteresses - einem Schaden - der Gesellschaft gesprochen werden, und zwar auch dann nicht, wenn in der konkreten Situation - der gegebenen Organbesetzung etc. - ohne den Einfluß des herrschenden Unternehmens eine letztlich für die Gesellschaft günstigere Entscheidung getroffen worden wäre, entscheidend für die Haftung muß sein, ob der Rahmen des Vertretbaren überschritten wurde.<sup>114</sup>

Dabei ist der konzernspezifischen Wertung entsprechend darauf abzustellen, ob bei einer Gesamtbetrachtung der abhängigen Kapitalgesellschaft deren Belange auf eine vertretbare und mit den von der Rechtsordnung vorausgesetzten wirtschaftlich sinnvollen Auftreten<sup>115</sup> zu vereinbarenden Art und Weise vertreten worden sind - oder ob dieser Haftungsmaßstab des zu wahrenen Eigeninteresses verletzt worden ist. Ob das Eigeninteresse im konkreten Fall unzulässig beeinträchtigt worden ist, kann - und sollte - nicht abstrakt festgelegt werden: allzusehr ist die Frage der Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft mit den konkreten Umständen des Einzelfalles verbunden; allzusehr kommt diesen Indizfunktion bei der Entscheidung des Einzelfalles zu.<sup>116</sup>

### **bb. Indizien zur Beeinträchtigung des Eigeninteresses im Einzelfall**

<sup>114</sup> Ähnlich bereits Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 16f.; vgl. dies motivierend bereits oben in diesem Teil unter A.III. Die Evidenz und Bedeutung dieser Betrachtungsweise zeigte sich auch beim Verlassen des E § 284 zugunsten der §§ 311ff., vgl. hierzu grundlegend Mestmäcker, Systematik (1967), S. 141 und bereits oben in diesem Teil unter D.I.3. Eine auffallende rechtsevolutionäre Parallele bietet sich an: K. Schmidt, Fortschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (1980), S. 572 hat auch das Merkmal des damals neuen 32a Abs. 1 GmbHG, ob Gesellschafter *als ordentliche Kaufleute* der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätten, als neue Generalklausel bezeichnet, die durch die Gerichte zu konkretisieren gewesen sei. K. Schmidt stellt, aaO. S. 573, in seinen Ausführungen zur Konkretisierung entscheidend darauf ab, wie der Gesetzgeber den Sinn der Vorschriften verstanden wissen wollte, weist aber gleichzeitig darauf hin, daß zwischen Wortlaut und Telos der Novelle eine empfindliche Lücke klaffe, die bei der Anwendung zu schließen sei. Die angeführte Betrachtung K.Schmidt ist für die hier gemachten Ausführungen gleich zweifach illustrativ: zum einen ist bemerkenswert, daß als Kern einer als Generalklausel bezeichneten, die vorhergehende Rechtsprechung aufarbeiten wollende Regelung auf den ordentlichen Kaufmann als Tatbestandsmerkmal zurückgegriffen wird, wobei dieses Tatbestandsmerkmal viel Raum für eine einzelfallbezogene Wertung übrigläßt - ebenso wie dies mit der hier vorgeschlagenen Regelung der Fall wäre. Zum anderen ist die Lücke zwischen Wortlaut und Telos der Regelung, wie sie K. Schmidt für den von ihm aaO. untersuchten Rechtsbereich festgestellt hat, ähnlich - nicht zuletzt durch die Abänderungen des E § 284 im Gesetzgebungsverfahren, vgl. dazu oben - in der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen aufgetaucht. In dieser Arbeit soll eben versucht werden, diese Lücke wertungsstimmig zu schließen.

<sup>115</sup> Vgl. zu den hinter diesem hier gestrafften Ausdruck stehenden Erwägungen, warum die Rechtsordnung einer wirtschaftlich sinnvoll agierenden Einheit das Privileg der beschränkten Haftung gewährt, insgesamt oben im ersten Teil unter B.III. und oben in diesem Teil unter A.III.3.

<sup>116</sup> Vgl. hierzu gleich unten unter II.5.a. und III. Lutter, Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften (1998), S. 198 meint rechtsvergleichend mit dem "unfair conduct" des englischen Gesellschaftsrecht, daß die Frage der Kontrolle der Unternehmensführung durch die Gerichte nicht ein für allemal beantwortet werden könne. Ebenso wie man Treu und Glauben nicht definieren könne, käme es bei der Beurteilung des Vorliegens einer "unfairness" eben auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Lutter selbst bemerkt zutreffend, aaO. S. 199, daß die englischen Gerichte dabei die gleichen Aspekte berücksichtigten, wie sie in Deutschland unter der "Treupflicht" erörtert und entschieden werden.

Zutreffend wird unter Richtern denn auch angenommen, erst zukünftiges Fallmaterial werde zeigen können, welche indizielle Beweiskraft den einzelnen Indizien beizumessen ist,<sup>117</sup> und ob, bzw. welche Umstände vorliegen müssen, um den Schluß auf die Beeinträchtigung des Eigeninteresses der beherrschten Gesellschaft zu rechtfertigen. Richtig ist dabei auch betont worden, es sollten nicht vorschnell allgemeingültige Regeln aufgestellt werden, sondern anhand des entsprechenden Fallmaterials seien die maßgebenden Grundsätze unter stärkerer Gewichtung der relevanten Umstände des Einzelfalls vorsichtig weiter zu entwickeln.<sup>118</sup>

Damit ist zugleich eine Parallele des hier gewählten Ansatzes zu der in der Rechtsprechung entwickelten Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns<sup>119</sup> angesprochen: Betonte doch der Bundesgerichtshof gleich 1985 am Anfang der Rechtsprechung zum qualifizierten faktischen Konzern, daß *im konkreten Fall* die Klage *unter den konkret gegebenen Voraussetzungen und aufgrund konkreter Tatsachen* als schlüssig anzusehen sei.<sup>120</sup> Im Anschluß an das Autokran-Urteil betonte die Literatur jedoch weniger das Bewerten und Aufbauen *auf* den konkreten Umständen und Voraussetzungen des Einzelfalls, sondern fokussierte weitgehend auf die in diesem Einzelfall vom Gericht hervorgehobenen Umstände.<sup>121</sup> Und: Im vielgescholtenen Video-Urteil wurde dann - was von der Kritik weitgehend übergangen worden ist, in einer bestimmten Konstellation "*zunächst ein ausreichendes Indiz*" für das Vorliegen einer Gefährdung gesehen, an das der gesetzlichen Wertung entsprechend eine Verantwortung zu knüpfen ist.<sup>122</sup>

<sup>117</sup> So für die Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1523, der dabei insbesondere das Indiz einer dauernden und umfassenden Leitung der Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen im Auge hat, wie dies etwa in BGHZ 95, 330 (Autokran, 1985) festgestellt wurde.

<sup>118</sup> Vgl. nur Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1524f.

<sup>119</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter C.V.5. und zur Bedeutung dieser Parallele für die Einschätzung der Beweisfrage gleich unten in diesem Teil unter E.III.2.b. Die Offenheit bei der Formulierung ließe den nötigen Platz für die angemessene und flexible Berücksichtigung der konkreten Umstände und Momente des Einzelfalls.

<sup>120</sup> Vgl. nur BGZ 95, 330, 343 (Autokran, 1985) und dies erneut betonend Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1518.

<sup>121</sup> In casu etwa die *dauernd und umfassend* ausgeübte Geschäftsführung, ein Nachlesen der Urteils bei Beachtung des Aufbaus und der Gründe sowie der herausgestellten Tatsachen unterstreicht den konkreten Ansatz des BGHs. Der BGH-Richter Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1521 betont denn auch, daß der eigentliche Tatbestand nicht in der dauernden und umfassenden Leitung liegt, sondern in der nachhaltigen Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft: die Leitungsdichte ist eben nur ein Indiz (aaO. S. 1522); vgl. ebenso bereits Ulmer, Vermutungs- und Beweisfragen (Heidelberger Konzernrechtstage 1992), S. 70. Die Verdrängung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft kann auf zahllose unterschiedliche Arten von beeinträchtigenden Maßnahmen etc. geschehen, erwähnt seien etwa die Verlegung wesentlicher unternehmerischer Teilfunktionen aus der abhängigen Gesellschaft heraus oder finanzielle Einschränkungen, die die unternehmenspolitische Entfaltungsfreiheit der abhängigen Gesellschaft beeinträchtigen; vgl. statt aller nur Stodolkowitz, aaO. S. 1522 m.w.N.

<sup>122</sup> Wobei der BGH hier, der Gesetz gewordenen deutschen Regelung entsprechend, auf die Haftung entsprechend der Regelung für Vertragskonzerne zurückgreift; vgl. BGH 115, 187, 193f. (Video, 1991) und ausführlich darstellend etwa den BGH-Richter Stodolkowitz, Die Haftung im

Dementsprechend hat ein Richter des BGH zur durch die Rechtsprechung des BGH geltendes Recht gewordenen Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns ausgeführt, der BGH habe versucht, eine Formel für einen Tatbestand zu finden. Es habe zunehmendes Einverständnis darüber geherrscht, daß wenn es zu einem die abhängige Gesellschaft, ihre außenstehenden Gesellschafter und Gläubiger gefährdendem Zustand komme, weil fremde Interessen anstelle der eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft träten, dann sei ein dem Vertragskonzern entsprechender Schutz erforderlich. Schwierig sei es jedoch eben gewesen, eine Formel dafür zu finden, wann die Beeinträchtigung<sup>123</sup> der Belange der abhängigen Gesellschaft eine Intensität und Breite annähme, von der ab jener Schutz zu gewähren sei.

Die in der Rechtsprechung nach und nach konkretisierte Haftungsformel vom qualifiziert faktischen Konzern ist die Verdichtung zu *einer* Formel zur Feststellung dieses Sachverhalts. Die hier vorgeschlagene Treubindung an den Maßstab des Eigeninteresses ist eine Wertungen als Formel ausdrückende Verdichtung zu einem anderen Ansatz: Dieser Ansatz orientiert sich weniger an den Vorgaben des Vertragskonzerns, sondern mehr an den teleologischen Grundlagen der gesamten Regelung der verbundenen Unternehmen, einschließlich der Vertragskonzernregelung und insbesondere der nach Erlaß des AktG von 1965 konkretisierten Treupflicht.

Wenn es der Bundesgerichtshof - insbesondere am Anfang der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern - zu gewissen *dogmatischen Unschärfen* und einer *merkwürdigen Ungewißheit* über den die Haftung auslösenden Tatbestand kommen ließ,<sup>124</sup> so ist dies nach hier vertretener Auffassung eben auf die Vielgestaltigkeit der im Einzelfall denkbaren Tatsachen zurückzuführen. Die auf die Entscheidung im Einzelfall passende Aussage darf jedoch eben nicht verselbständigt werden.<sup>125</sup> Dem sollte nicht durch den Versuch eines starren, sondern eher durch einen offenen Tatbestand Rechnung getragen werden - weil eine "*Formel*" eben dazu neigt, sich zu verselbständigen.<sup>126</sup>

Diese - an die im geltenden deutschen Recht entwickelte Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns anknüpfenden - Gedanken sollten bei dem hier verfolgten Lösungsansatz berücksichtigt werden: Es muß darum gehen, einen rechtlichen Ansatz zu

---

qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1517f.

<sup>123</sup> So, statt der Beeinträchtigung auf Breite und Intensität der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens abstellend, erneut etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1518.

<sup>124</sup> Dies eingestehend etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1518.

<sup>125</sup> So bereits Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1519, der gleichzeitig richtig betont, daß die Richter einem Urteil gleichzeitig einen allgemeingültigen Rechtssatz zugrundelegen haben.

<sup>126</sup> Vor formelartigen Verdichtungen ist gerade bei Haftungsfragen zu warnen; vgl. hierzu die entsprechenden Betrachtungen zur Besinnung auf den Normzweck der Haftungsregelung oben im ersten Teil unter B.III.2.b. und IV.2.c. sowie zur Ablehnung einer umfassenden Durchgriffsformel und Betonung des Einzelfallcharakters ebenda unter C.II.6.

finden, der die Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls ermöglicht, ohne in Einzelfallentscheidungen oder gar ins Billigkeitsrecht abzugleiten.<sup>127</sup> Der Lösungsansatz muß deshalb auf einen Tatbestand abzielen, welcher den konkreten Momenten des Einzelfalls gerecht wird und diese entscheidungserheblich werden läßt, dabei aber einen allgemeinen Regelungsgrundsatz beinhaltet.

### **cc. Zum Maßstab Eigeninteresse bei nur punktueller Beeinträchtigung**

Das Modell der §§ 311ff. AktG beruht für die dezentral<sup>128</sup> organisierten Konzerne, in denen das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft neben dem Konzerninteresse gewahrt werden kann, auf der Grundwertung des Verbots der kompensationslosen Nachteilszufügung.<sup>129</sup> Solange es sich lediglich um punktuelle Störungen des Eigeninteresses handelt, die in ihren Folgen isolierbar und quantifizierbar bleiben, entspricht es der in den §§ 311ff. AktG zum Ausdruck gekommenen Wertung des deutschen Gesetzgebers,<sup>130</sup> daß diese Beeinträchtigung durch einen Einzelausgleich zu geschehen hat. Durch einen solchen Ausgleich soll die abhängige Gesellschaft vermögensmäßig so gestellt werden, wie sie ohne die Beeinflussung stünde. Aus Gläubigersicht heißt dies, das vermögensmäßige Eigeninteresse ist wieder herzustellen.

Zwar ist das System der § 311ff. AktG von Anfang an scharf kritisiert worden; auf Rechtspraxis zu den §§ 311 und 317 AktG ist schwer zu verweisen<sup>131</sup> und für die GmbH verbietet sich die Übernahme der aktienrechtlichen Regeln<sup>132</sup> überhaupt. Trotzdem ist den hier interessierenden, der Regelung zugrundeliegenden gesetzgeberischen *Wertungen* volle Beachtung zu schenken, denn: Die Gesetz gewordene Regelung entspricht einer

<sup>127</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter D.2.3. und 4.

<sup>128</sup> Vgl. zur Sonderung zwischen dezentraler und zentraler Struktur für die hier behandelte Problemstellung statt aller etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 276.

<sup>129</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.IV.1.

<sup>130</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.IV.3.

<sup>131</sup> Weder in den Kommentierungen noch in der Literatur konnten - mit der wichtigen Ausnahme von BGHZ 124, 111 (Vereinigte Versicherung"), worauf aber für die hier behandelte Problematik nicht einzugehen ist - Hinweise auf Rechtspraxis ausgemacht werden; auch Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 185 führt als Kritik an dem Regelungskonzept an, daß es trotz 30jähriger Geltungsdauer weder höchstrichterliche, noch instanzrichterliche Entscheidungen gibt, in der eine Haftung nach § 317 AktG bejaht worden wäre.

<sup>132</sup> Vgl. zu den dies bewirkenden Unterschieden zwischen Aktiengesellschaft und GmbH oben in diesem Teil unter C.V.1. Insbesondere sei hier erneut daran erinnert, daß ein herrschendes Unternehmen gemäß § 37 GmbHG die GmbH - anders als eine Aktiengesellschaft, vgl. nur § 76 AktG - in legaler Weise beherrschen kann. Für die GmbH können - die sei nur wiederholt - die § 311ff. nicht entsprechend angewendet werden, weil das GmbH-Recht gerade keine Erlaubnis zur Schädigung der Gesellschaft, selbst gegen einen sofortigen anderweitigen Ausgleich, gewährt; vgl. statt aller Lutter/Hommelhoff, aaO. Rn. 12. Dies soll hier nicht vernachlässigt werden, ebensowenig wie die Rechtswidrigkeit punktueller Beeinträchtigungen überhaupt (Problematik der Treupflichtwidrigkeit, zumindest bei Bestehen von Minderheitsgesellschaftern, vgl. gleich unten unter E.II., bzw. des Verstoßes bei entsprechender Anwendung des § 43 GmbHG.). Den hier angestellten Betrachtungen geht es nicht um die Beurteilung der Legitimität von Schädigungen, sondern um das Aufstellen eines Haftungsmaßstabes für die - in der Rechtswirklichkeit unbestreitbar auftretenden - Fälle, in denen sich aufgrund einer stattgefundenen Schädigung die Haftungsfrage stellt.

gesetzgeberischen Wertung, die gerade bei einer rechtsgeschichtlichen Betrachtung noch an Konturen gewinnt: Die Verwerfung der strengen Haftungsregelung des ursprünglichen Regelungsentwurfes E § 284,<sup>133</sup> die noch mit einer im Interesse der abhängigen Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger erforderlichen Einschränkung der unternehmerischen Freiheit der Konzernleitung begründet wurde, zeigt, daß der Gesetzgeber die punktuelle Ausgleichszahlungen einerseits wollte, um eine echte Selbständigkeit abhängiger Gesellschaften zu sichern, andererseits einem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit geben wollte, ohne weitergehende Haftungsfolgen durch Kompensationszahlungen die Konzernierungsvorteile zu nutzen.<sup>134</sup>

In dem Zusammenspiel von § 311 und § 317 AktG, dem Einzelausgleich und der Schadensersatzregelung bei fehlendem Ausgleich, findet für punktuelle Beeinträchtigungen also eine eindeutige Wertung des Gesetzgebers ihren Ausdruck:<sup>135</sup> Ein herrschendes Unternehmen hat entweder von sich aus oder als Sanktion im Rahmen seiner Verantwortung (Überschrift der §§ 311ff.) die Beeinträchtigungen des Eigeninteresses auszugleichen.

#### **dd. Ausmaß der Beeinträchtigung**

Das Ausmaß der Nachteilszufügungen ist bei punktuellen Beeinträchtigungen des Eigeninteresses zur Ermittlung der Kompensation jeweils zu ermitteln, denn das herrschende Unternehmen hat Ausgleich in Höhe des Ausmaßes des durch die Beeinträchtigung entstandenen Schadens zu leisten.<sup>136</sup> Bei isolierbaren Einzeleinflußnahmen, die zu punktuellen Beeinträchtigungen des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft führen, ist das Ausmaß dieser Beeinträchtigung dabei als der Betrag der Nachteilszufügung zum Zeitpunkt der Eigeninteressenbeeinträchtigung festzusetzen. Dies hat anhand eines Vergleichs mit dem fiktiven Alternativverhalten einer auf dem Markt operierenden, unabhängigen Gesellschaft<sup>137</sup> im Einzelfall zu geschehen. Gerade diese Wertung der Umstände des Einzelfalles, die etwa in § 312 Abs. 1 S. 4 AktG Ausdruck findet, entspricht dabei dem Ansatz einer Haftungsregelung mit dem konkreten Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft als Maßstab.

Auch diese Festsetzung des Ausgleichs im Einzelfall ist in der bestehenden Regelung der §§ 311ff. kritisiert worden, und die in der Realität auftretenden Schwierigkeiten können und sollen denn auch nicht geleugnet werden. So wird es oft nicht möglich sein anhand von Marktpreisen oder ähnlichen Fixgrößen zu einer eindeutig richtigen

<sup>133</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter D.I.3.

<sup>134</sup> Vgl. das oben in diesem Teil unter D.I.3. Gesagte und die dort gemachten Bemerkungen zur Aussage des Berichterstatters Wilhelmi, bei Kropff, Der faktische Konzern (1965), S. 2150.

<sup>135</sup> Vgl. zur Gesetzeskonzeption und den den § 311ff. zugrundeliegenden Wertungen im einzelnen die Ausführungen oben in diesem Teil unter C.IV.3.

<sup>136</sup> Vgl. zum Zusammenspiel von Nachteilsausgleich und Schadensersatzpflicht oben in diesem Teil unter C.IV.3.b.

<sup>137</sup> Vgl. hierzu das gerade unter aa. Gesagte und bereits oben in diesem Teil unter C.IV.1.

Ausgleichsfestsetzung zu gelangen. Dies ist jedoch nicht als Einwand gegen die angeführten Wertungen und das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab anzuführen.<sup>138</sup> Beim Aufstellen eines Haftungsmaßstabes geht es denn auch nicht um die 'Wiederherstellung' eines (eben nicht existenten) 'abstrakten Eigeninteresses' - gar mit dem 'Ziel', die Nachteile einer Verbundseinbindung so zu kompensieren, daß eine unternehmerische Selbständigkeit der Gesellschaft gegeben wäre. Ein solches Vorhaben wäre betriebswirtschaftlich wohl kaum sinnvoll und würde auch kaum mit dem Grundsätzen der Privatautonomie und der freien wirtschaftlichen Entfaltung einhergehen. Nur um den in den Kapitalgesellschaftsgesetzen angelegten Gläubigerschutz, der die Haftungsbeschränkung überhaupt und damit auch die Haftungssegmentierung im Verbund ermöglicht, geht es beim Haftungsmaßstab 'Eigeninteresse der Gesellschaft'.

Hier soll insofern die Feststellung genügen, daß es für die Eignung des Maßstabes Eigeninteresses ausreicht festzustellen, daß das Ausmaß der Eigeninteresse entweder punktuell festgestellt und kompensiert werden kann (Wertung der 311ff.) oder aber, daß es statt einem Einzelausgleich zu einer pauschalen Kompensation kommt (Wertung der §§ 302ff.)

#### **ee. Auf Benachteiligungen anzurechnende Vorteile der Einbindung?**

Neben den Schwierigkeiten bei der Feststellung des Ausmaßes der Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft und damit der betragsmäßigen Festsetzung einer Nachteilszufügung ergibt sich bei punktuellen Beeinträchtigungen für die Bemessung des Betrages noch eine mögliche Korrektur, nämlich wenn der abhängigen Gesellschaft vom herrschenden Unternehmen Vorteile zugeflossen sind, die diese Nachteile kompensieren könnten.<sup>139</sup> Von Seiten des herrschenden Unternehmens könnte geltend gemacht werden, daß die Konzerneinbindung überhaupt nicht ursächlich für ein solch negatives Gesamtergebnis gewesen sei, daß es zwar einzelne Beeinträchtigungen des Eigeninteresses gegeben hätte, daß der abhängigen Gesellschaft jedoch zu deren Ausgleich diverse, sich aus den komplexen Geschäftsbeziehungen ergebende Vorteile für die abhängige Gesellschaft hätten ergeben, so daß bei einer totalen Saldierung nicht von einer Beeinträchtigung des Eigeninteresses gesprochen werden könne.

Einer solchen Gesamtsaldierung ist zu Recht früh widersprochen worden. Dabei ist argumentiert worden, daß - da eine Gesamtsaldierung letztlich ein Nachvollziehen von Verstößen gegen das Eigeninteresse unmöglich macht - es für den Ausgleich der verbandsbedingten Vor- und Nachteile erforderlich sei, einen "*gemeinsamen Nenner*" für

<sup>138</sup> Hier ist etwa mit Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 18 festzustellen, daß die Existenz von Fixgrößen wie dem Marktwert die Bewertung zwar erleichtert, daß sie aber in keiner Weise erforderlich ist.

<sup>139</sup> Vgl. zur kongruenten Frage, ob beim geleisteten Ausgleichszahlungen überhaupt ein Treupflichtverstoß vorliegt, gleich unten unter E.IV.3.

diese zu finden.<sup>140</sup> Auch nach dem E § 300, der im Gesetzgebungsprozeß zwar abgeändert wurde, dessen Wertung insofern jedoch Bestand hat,<sup>141</sup> sollten sich bei jedem Geschäft Vorteile und Nachteile mindestens ausgleichen.<sup>142</sup> Die - spärliche - Rechtsprechung<sup>143</sup> hat denn auch verlangt, daß ein so enger Zusammenhang zwischen der nachteiligen Maßnahme und dem Vorteil besteht, daß Nachteilszufügung und Vorteilsgewährung "*wirtschaftlich als einheitliches Geschäft*" einzustufen seien.<sup>144</sup>

Die konkret auftretenden Schwierigkeiten bei der Bewertung der so möglicherweise auf Nachteile anzurechnenden Vorteile sollten im Einzelfall gelöst werden. Diesem Bedürfnis kommt eine flexible Regelung denn auch entgegen,<sup>145</sup> so daß die oft angesprochenen Schwierigkeiten bei der Festlegung von Vor- und Nachteilsfeststellung bei einer dezentral in ein polykorporatives Unternehmen eingebundenen Kapitalgesellschaft kein Hindernis für eine am Haftungsmaßstab des Eigeninteresses ausgerichteten Regelung ist.<sup>146</sup> Mehr noch: Während bei der GmbH im geltenden Recht das Eigeninteresse grundsätzlich die Grenzen der Verfolgung eines Fremdinteresses zieht, und das Interesse eines herrschenden Unternehmen mit diesem Eigeninteresse nur insoweit abgeglichen werden darf, als das Interesse des herrschenden Unternehmens Eingang findet in den Prozeß, in welchem das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gebildet wird,<sup>147</sup> ermöglicht der

---

<sup>140.</sup> So Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 278f., der zu dem Ergebnis kommt, daß Vor- und Nachteile dementsprechend jeweils innerhalb von "verbindlichen rechtsgeschäftlichen Verträgen" festzustellen seien.

<sup>141.</sup> Vgl. zu den Änderungen, die zu den §§ 311ff. führten, und deren Bedeutung oben in diesem Teil unter D.I.3.

<sup>142.</sup> Vgl. Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 409 ("mindestens die Waage halten").

<sup>143.</sup> Vgl. etwa bezogen auf verdeckte Gewinnausschüttungen an eine verbundene KG OLG Karlsruhe vom 16. 12.1983 (abgedruckt in WM 84, 656 = BB 84, 1189).

<sup>144.</sup> So das OLG Karlsruhe in WM 1984, 656, 658. Vgl. näher hierzu Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 19f. m.w.N. zur Literatur. Reimer selbst argumentiert (seinem rechtsvergleichend aus den Erkenntnisquellen des französischen Recht gewonnenen, Verständnis nach an sich überzeugend) dafür, daß eine rein unternehmerische, nicht aber juristische Entscheidung, für die Beurteilung einer globalen Kosten-/Nutzenbilanz der Verbundzugehörigkeit anzulegen sei. Reimer will also auch Vorteile, die außerhalb eines Synallagmas stehen, ganz selbstverständlich mit einbeziehen. Für die im Wertungsbereich der § 311ff. stehenden dezentralen Unternehmensverbindungen kann dieser Folgerung jedoch nicht zugestimmt werden: wie bereits von Mestmäcker, aaO., richtig herausgearbeitet und vom BGH fortgesetzt wurde, kann es im Rahmen der Verantwortlichkeit bei nur punktueller Nachteilszufügung nur Raum für einen auf die konkrete Nachteilszufügung bezogenen Ausgleichsgewährung geben, wie dies denn auch im Wortlaut des § 311 Abs. 1 und des § 317 Abs. 1 S. 1. AktG Ausdruck findet.

<sup>145.</sup> Dabei dürfen die Darlegungs- und Beweislastfragen in Verbindung mit der Nachteile auslösenden Maßnahme und eventuellen Vorteilen nicht übergangen werden, wie entscheidend diese Punkte im Einzelfall sind, hat die Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern ausreichend illustriert; vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.V.5.f. und gleich unten unter E.III.

<sup>146.</sup> Daß die Bewertungsschwierigkeiten bei ganz unterschiedlichen Regelungsansätzen bestehen bleiben, illustriert ein rechtsvergleichender Blick nach Frankreich, wo diese Schwierigkeiten bei Bewertungsfragen etwa im Rahmen der "action en comblement du passif" aktenkundig geworden sind; vgl. rechtsvergleichend etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 169.

<sup>147.</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter A.V.2.b. zur Abgrenzung des Eigeninteresses Gesagte; ähnlich wie hier Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 710 m.w.N. Rechtsvergleichend mit dem französischen Recht wird aaO. S. 704ff. m.w.N. auf die Voraussetzungen einer legitimen Beeinflussung der abhängigen Gesellschaft eingegangen: Der in



vorgeschlagene, flexible Maßstab die Berücksichtigung der durch die Einbindung entstehenden positiven Effekte als Wertungselemente.<sup>148</sup> Dies ermöglicht nicht zuletzt eine mit dem geltenden Recht und der Rechtswirklichkeit konform gehende Handhabung,<sup>149</sup> weil eben die Stellung, Motivation Gesamteffekte usw. des polykorporativen Unternehmens bei der Einflußnahme berücksichtigt werden können.<sup>150</sup>

#### **ff. Bedeutung des Ausmaßes der Interessenbeeinträchtigung**

Wo die Bemessung eines Einzelausgleichs aufgrund der generellen Beeinträchtigung des Eigeninteresses nicht möglich ist, kann der Wertung des AktG<sup>151</sup> folgend dem Ausmaß der Beeinträchtigung keine Rolle zukommen. Anders ausgedrückt heißt dies, daß der skizzierte punktuelle Ausgleich in den Fällen nicht mehr möglich ist, in denen die auf dem Einfluß des herrschenden Unternehmens zurückgehenden Maßnahmen nicht mehr quantifizierbar sind,<sup>152</sup> weil sie damit nicht mehr äquivalent zu entgelten sind.<sup>153</sup>

Die Wertung der Vertragskonzernregelung aufgreifend ist in der Literatur dargelegt worden, daß bei einem zentral geführten polykorporativen Unternehmen eine hypothetisch selbständige Gesellschaft als Vergleichsmaßstab nicht mehr antizipiert werden könne.<sup>154</sup> Folglich kann auch der Vergleichsmaßstab des ordentlichen

---

Frankreich akzeptierte Abgleich zwischen dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft und dem in der abhängigen Gesellschaft ausgeübtem Fremdinteresse, der von den Gerichten dann akzeptiert wird, wenn das Eigeninteresse und das Polykorporationsinteresse in einen ausgewogenen Ausgleich miteinander gebracht werden, wird einer Gesamtbeurteilung unterzogen, die im Ergebnis auf die gleichen Wertungen aufzubauen und dem gleichen Beurteilungsmechanismus zu folgen scheint wie die hier vorgeschlagene Generalklausel.

148. Der hier vorgeschlagene Ansatz entspricht so denn auch der Wertung des Ausgleichsgedanken in den §§ 311ff. AktG; vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.IV.; vgl. insofern kritisch zum nach geltendem Recht konstatiertem leerlaufenden, da (zu) späten Eingreifen der Schutzmechanismen bei der GmbH (Schutzmechanismen griffen erst im Konkurs) ausblickend statt aller Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 710f.
149. Dieser Gedanke findet sich auch in dem de lege ferenda gemachten Vorschlag des Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 746f. zum Gläubigerschutz, wonach beim Eintritt des Konkurs einer Tochtergesellschaft eine Pflicht zum Ausgleich bestehen sollte, bei dem Gewinne späterer Geschäftsjahre "selbstverständlich mit den früheren Verlusten verrechnet werden und so die latente Ausgleichspflicht mindern oder gar beseitigen" können. Aao. wird betont, daß insofern kein Unterschied zur normalen Rechtslage in einer Kapitalgesellschaft bestünde.
150. Und bei dem ebenfalls im Einzelfall festzustellenden Treupflichtverstoß, vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter E.II.5
151. Vgl. zu dieser in § 302 AktG Ausdruck findenden Wertung nur das oben in diesem Teil unter C.III.2.d.bb. Gesagte.
152. So für die qualifiziert faktischen Konzerne etwa Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), Schlußanh. I, Rz. 84; vgl. zu den Grenzen der Funktionsfähigkeit des Einzelausgleichsystems insbesondere bei den hier nicht näher zu erläuternden konzernintegrativen Maßnahmen etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 132 und 138; vgl. zum Bestand des Maßstabes auch in diesen Fällen etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 17f.
153. Vgl. statt aller Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 143 m.w.N.
154. Vgl. statt aller illustrativ Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 86.

Kaufmannes nicht angewendet werden.<sup>155</sup> Insofern ist bereits vom 'Versagen' des Gesellschaftsinteresses - argumentativ insofern auch des Eigeninteresses - als Beurteilungsmaßstab gesprochen worden.<sup>156</sup>

Die der Vertragskonzernregelung zugrundeliegende gesetzgeberische Wertung verlangt denn auch keine Konstruktion eines solchen - nur utopisch nachvollziehbaren - Vergleichsmaßstabs.<sup>157</sup> Sie gibt ihn vor. Für die nicht lediglich punktuelle Beeinträchtigung hat der Gesetzgeber - und dieser Wertung folgend der BGH im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern<sup>158</sup> - nämlich dem Interessenumbruch in der Gesellschaft den Verlustausgleich folgen lassen: Als Konsequenz der breitflächigen Verdrängung des Eigeninteresses - die sich im Weisungsrecht manifestierende Ausrichtung auf das Interesse des herrschenden Unternehmens - ergibt sich diese Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens.

Die vom Gesetzgeber im Vertragskonzern gebilligte Überlagerung des Eigeninteresses durch das Interesse des herrschenden Unternehmens, die Akzeptanz eines generellen Interessenumbruchs, erklärt die Verlustausgleichspflicht als Konsequenz der Verdrängung des Eigeninteresses der Gesellschaft.<sup>159</sup> Im zentral geführten Konzern - dessen Archetyp in der Konzeption der deutschen Regelung eben der Vertragskonzern ist - wird somit nicht für die einzelne Weisung gehaftet. Die Willensunterwerfung und der Interessenumbruch in der abhängigen Gesellschaft sind eben die strukturprägenden Merkmale,<sup>160</sup> an die die Verlustausgleichspflicht als globale Kompensation anknüpft: Nur wenn die dichte Leitung mit schädigenden Eingriffen zu so unüberschaubaren Verhältnissen führt, daß eine "Einzelabrechnung" praktisch nicht (mehr) möglich ist, dann ist der Übergang zur Globalhaftung gerechtfertigt.<sup>161</sup> Aufgrund dieser von der Einzelmaßnahme unabhängigen globalen Verantwortlichkeit kommt für die hier behandelte Frage des Gläubigerschutzes bei genereller Verdrängung des Eigeninteresses dessen Ausmaß also keine Bedeutung zu: Wird das Eigeninteresse verdrängt, so kommt es entsprechend der Wertung des deutschen Gesetzgebers zum Verlustausgleich durch das herrschende Unternehmen.

---

155. Vgl. zur Defunktionalisierung des Maßstabs des 'neutralen Geschäftsleiters' aus rechtsvergleichender Sicht auch Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 17.

156. Vgl. Strohn, *Verfassung der Aktiengesellschaft* (1977), S. 115f.

157. Vgl. zum folgenden die Ausführungen oben in diesem Teil unter C.III.2.a. zur Rechtfertigung des Weisungsrechts im und unter III.3. zur Konzeption der Vertragskonzernregelung überhaupt.

158. Vgl. oben in diesem Teil unter C.V.5.g.

159. Vgl. hierzu ausführlich oben in diesem Teil unter C.III.2.a., wo erläutert wird, daß die im Vertragskonzern bestehenden Gefährdungen und Beeinträchtigungen des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft entweder abzuwenden oder auszugleichen sind.

160. Vgl. oben in diesem Teil unter C.III.2.a. und hierzu näher Kleindiek, *Strukturvielfalt* (1991), S. 19.

161. So etwa Lutter, *Haftung in der Unternehmensgruppe* (1982), S. 262f. und ders., *Anmerkung zum TBB-Urteil* (1993), S. 580 zur gesetzlichen Konzeption des Rechts der verbundenen Unternehmen; vgl. hierzu ausführlich oben in diesem Teil unter C.III.2.a.

Hier hat der deutsche Gesetzgeber auch keine Entlastungsmöglichkeit des herrschenden Unternehmens vorausgesetzt - insofern entspricht die Aussage des BGH, daß es "*stets Voraussetzung einer Ausgleichspflicht ist*", daß ein Nachteil dem Unternehmen im Falle seiner Unabhängigkeit erspart geblieben wäre"<sup>162</sup> für diese Fälle nicht der Wertung des Gesetzgebers, die dem zentralisierten Konzern (Eingliederungs- oder Vertragskonzern) zugrundeliegt;<sup>163</sup> für die breitflächige Beeinträchtigung fallen die Bedenken des BGH also weg.<sup>164</sup>

#### **4. Zur Wahrung des Eigeninteresses im Recht der Konzernhaftung**

Traditionell wurde im Kapitalgesellschaftsrecht das Gesellschaftsinteresse als Gesellschafterinteresse geschützt.<sup>165</sup> Es ist zu hinterfragen, ob aufgrund der konzernspezifischen Gefahren für die abhängige Gesellschaft und ihre Gläubiger von dieser im klassischen GmbH-Recht anzutreffenden Gleichsetzung von Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen<sup>166</sup> für die hier behandelte Haftungsfrage abzuweichen und eine

---

162. Vgl. BGHZ 80, 69, 74 (Süssen, 1981).

163. Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1524 meint, daß ein herrschendes Unternehmen beispielsweise Indizien gegen die Verlustkausalität der Einbindung in ein polykorporatives Gebilde anführen könne und etwa damit - oder ebenso auf andere Art - die Indizwirkung der auf eine Beeinträchtigung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft hindeutenden Umstände ausräumen könne; vgl. zur Beweislastfrage und zur Bedeutung von indizierenden Umständen gleich unten unter III. Im von ihm vorgetragenen Zusammenhang ist dem von Stodolkowitz erreichten Ergebnis zuzustimmen - die Entkräftung einer indizierten Eigeninteressenbeeinträchtigung durch gegenläufige Indizien erscheint tatsächlich zweck- und problembezogen die passende Lösung der schwierigen Beweisfrage. Jedoch sollte auch hier, wie dies denn der BGH in seiner Rechtsprechung ansonsten auch tut, die in der Vertrags- und Eingliederungskonzernregelung der §§ 302ff., 319ff. anzutreffende Wertung beachtet werden, wonach bei nicht zu isolierenden Einzelmaßnahmen ein Verlustausgleich (§§ 302, 322 AktG) unabhängig von einer eventuellen Kausalität für den Verlust zu leisten ist. Die zu erhaltende gesetzgeberische Wertung macht die Verantwortung eben nicht von der Kausalität einer Eigeninteressenbeeinträchtigung für den entstandenen Verlust abhängig, sondern knüpft die Verantwortlichkeit unmittelbar an das nicht gewahrte Eigeninteresse; vgl. hierzu grundsätzlich oben im dritten Teil unter A.V. und C.III., an letzterem Ort insbesondere 2.d.bb. und 3. Die Beweislastfrage hat in diesem Fall richtigerweise am Eigeninteresse anzusetzen, sondern daran, ob im Einzelfall ein Treupflichtverstoß vorliegt; vgl. hierzu gleich unten unter in diesem Teil unter E.II. und III. sowie das zum Zusammenspiel zwischen Eigeninteresse und Treupflicht unter IV. Gesagte.

164. Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 18 meint - im Ergebnis ebenso - für nicht quantifizierbare, in casu konzernintegrative - Maßnahmen, daß eine Bemessung von deren konkreten Folgewirkungen nicht erforderlich sei, um zu erkennen, ob eine solche Maßnahme gegen den Maßstab des Eigeninteresses (bei ihm Gesellschaftsinteresse) verstößt. Letztlich sei die unternehmerische Vertretbarkeit eine Frage des Einzelfalls, die der Rechtsanwender nach Auffassung Reimers, "notfalls unter Hinzuziehung von Sachverständigen", durchaus beantworten könne. Hervorzuheben ist an dieser Betrachtung zum einen die Einschätzung, die letztlich das unternehmerische Ermessen betrifft, daß - für den Verlustausgleich - eine Bemessung wirklich nicht erforderlich ist - und zum anderen, daß auch diese Frage tatsächlich auf eine Einzelfallwürdigung hinausläuft, für die eine flexible Regelung die bessere Handhabe bildet.

165. Dies schön darstellend - insoweit völlig korrekt - etwa Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2113, der aaO. S. 2120 dann jedoch meint, daß es der Überwindung der Identifizierung des Gesellschaftsinteresses mit dem Interesse der Gesellschafter durch die Miteigentums- und Durchgriffskonzeption bedarf. Dieser - auf den grundsätzlich anders gearteten Ansatz Wilhelms zurückgehenden - Betrachtung kann bei Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertungen nicht gefolgt werden.

166. Bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 38 hat es so als die entscheidende Frage bezeichnet, ob das Gesellschaftsinteresse als konzernrechtlicher

Pflicht des herrschenden Unternehmens zur Rücksichtnahme auf das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft anzuerkennen ist.<sup>167</sup>

Diese Frage stellt sich deshalb, weil die Gesellschafter die Haftungsbeschränkung nur soweit in Anspruch nehmen können, als sie die Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung wahren.<sup>168</sup> Während bei der autonomen Gesellschaft vom Gleichlauf der Interessen der Gesellschafter und Gläubiger auszugehen ist, fehlt diese die Gläubiger schützende Voraussetzung im verbundenen Unternehmen. Eben dadurch kommt es zur besonderen Gefahrenlage, die zu korrigieren ist.<sup>169</sup>

---

Wertungsbegriff lediglich im herkömmlichen Sinne als zusammengefaßtes Gesellschafterinteresse zu verstehen ist.

167. Vgl. bereits oben in diesem Teil unter A.V.2. sowie Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 419; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 253; Rehbinder, Treuepflichten im GmbH-Konzern (1976), S. 391; Stimpel, Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1991), S. 154; K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1986), S. 2077; Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 22ff. Auch Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 90 meint, die Konzernhaftung geht über die allgemeinen Rechtssätze des Vertragsrechts hinaus, weil das wirtschaftliche Eigeninteresse einer Tochtergesellschaft evident sei; zahlreiche Autoren meinen jedoch, die Frage nach dem Fremd- bzw. Eigeninteresse sei gar nicht ausschlaggebend, wenn es darum geht, Konzernhandeln über Haftungsnormen zu beeinflussen. So ist etwa für Teubner nicht diese Interessenfrage, sondern die genaue Prüfung der Frage entscheidend, ob im Konzern für den einschlägigen Normzweckzusammenhang konkret eine ausreichend dichte Handlungsverflechtung vorlag, welche die Zurechnung auf den Verbund rechtfertigt, vgl. Teubner, Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung (1990), S. 274. Dieser Normzweckbetrachtung wird hier gar nicht widersprochen, nur ist der Zweck der einzelnen Norm jeweils unter dem Regelungszweck zu verstehen, daß ein ausreichender Gläubigerschutz bis zu einer eventuellen Auflösung der Gesellschaft zu gewähren ist. Einen solchen ausreichenden Gläubigerschutz soll eben die zugrundezulegende Wertung der Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft sichern. Wenn andererseits etwa Winter, Eigeninteresse und Treuepflicht (1994), S. 590, gegen eine Beschränkung des Vorliegens eines Eigeninteresses auf Konzernlagen argumentiert, so wird hierauf nicht eingegangen. In der hier vorliegenden Arbeit interessiert die Wahrung des Eigeninteresses lediglich für das Recht der verbundenen Unternehmen und wird in diesem Bereich aufgrund des fehlenden Interessengleichlaufs bei der abhängigen Gesellschaft als denkbare Voraussetzung für die Beschränkung der Haftung verstanden, denn eben die Aufhebung des Interessengleichlaufs ist der entscheidende Regelungspunkt, vgl. hierzu das oben Gesagte und wie hier auch Limmer, aaO., (1992), S. 27.
168. Vgl. auch das oben im ersten Teil dieser Arbeit unter B.III.1. zur Voraussetzung des Trennungsprinzip für das Haftungsprivileg Gesagte; bezogen auf die Kapitalerhaltungsregeln etwa Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht (1991), S. 265; mit besonderer Betonung des Eigeninteresses Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 71 m.w.N. Noch einmal betont sei, daß in der hier vorliegenden Arbeit die Frage nach der Bedeutung des Eigeninteresses lediglich für abhängige Gesellschaften gestellt wird, da es in dieser Arbeit lediglich um die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen geht. Ob es auch bei der unabhängigen Gesellschaft ein Eigeninteresse geben kann, mag hier dahinstehen, vgl. dazu stattdessen Nissing, aaO. S. 66 m.z.w.N.
169. Vgl. etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 416ff., Assmann, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 930 und hierzu das gerade oben in diesem Teil unter E.I.3. Gesagte. Kübler, Haftungstrennung und Gläubigerschutz (1991), S. 422 hebt zwar das maßgebliche Regulativ des Gleichlaufs der Interessen hervor, das entfällt, wenn ein einflußreicher Gesellschafter noch andere unternehmerische Interessen verfolgt, meint jedoch, diese Interessenerwägung sei nur stichhaltig, soweit es um andere Gesellschafter gehe. Für die Gläubiger sei dies ein Randproblem, das für sie nur im Falle der systematischen Ausplünderung bzw. Dekapitalisierung der Gesellschaft relevant werde. Wenn Kübler, aaO. S. 423, stattdessen die Risikoverteilung in den Mittelpunkt des Gläubigerinteresses stellt, so ist dies aufgrund des von ihm angelegten - gesellschaftsrechtlichen - Blickwinkels des Hintergrundes des Trennungsprinzips zu erklären. Für Kübler ist der rechtsqualitative Unterschied von abhängiger und autonomer Gesellschaft nicht entscheidend, welches in der Aussage deutlich wird, daß für ihn das Gläubigerisiko durch ein anderes unternehmerisches Engagement des dominierenden Gesellschafters nicht signifikant verschärft wird. Dieser Perspektive kann in dieser Arbeit, da eben der charakteristische, weil konzernspezifische Ansatz der deutschen Regelung interessiert, nicht gefolgt werden. Aus Küblers aufschlußreicher und sehr interessanten Risikobetrachtung ergeben

Die Rechtsordnung setzt für die Kapitalgesellschaft einerseits ein autonomes Willenszentrum voraus, stellt sie aber gleichzeitig auch als rechtstechnisches Instrument in der Hand externer Willenszentren zur Verfügung. Die hier interessierenden haftungsrechtlichen Probleme entstehen, weil aufgrund der Einbindung der Kapitalgesellschaft in ein verbundenes Unternehmen nicht mehr die Erwartung gerechtfertigt ist, daß das Interesse der Kapitalgesellschaft ordnungsgemäß so wahrgenommen wird, wie eine natürliche Person ihr eigenes Interesse wahrnehmen würde.<sup>170</sup> Denn die *"Bildung jedes eigenen Willens der abhängigen Gesellschaft kann durch das herrschende Unternehmen ausgeschlossen sein. Bei der abhängigen Gesellschaft ist kein Organ vorhanden, das sich bei der Wahrung der eigenen Belange dieser Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen durchsetzen könnte."*<sup>171</sup>

Die Abhängigkeit ist somit ein ganz wesentliches Bewertungsmoment für die Interessenanalyse.<sup>172</sup> Zur Aufrechterhaltung der gesetzgeberischen Wertungen des deutschen Rechts bedarf es eines eigenständigen Gläubigerschutzes,<sup>173</sup> wie dieser im dritten Buch des AktG angelegt ist.<sup>174</sup> Als Substitut für den im verbundenen Unternehmen bei der einzelnen Kapitalgesellschaft fehlenden Gleichlauf der Interessen bietet sich eine Pflicht zur Wahrung eines zu antizipierenden Eigeninteresses als denknotwendige Voraussetzung der Rechtfertigung einer beschränkten Haftung an - um für die Ausrichtung auf ein

---

sich nach den §§ 291ff. AktG für das Recht der verbundenen Unternehmen jedoch keine unmittelbaren Folgen, weil dem Regelungsansatz zwar der Risikogesichtspunkt zugrundeliegt; vgl. nur das oben in diesem Teil unter A.III. Gesagte, der Interessenumbruch jedoch die spezifische gesetzgeberische Wertung ausdrückt.

170. Vgl. allgemein hierzu MünchKommBGB - Reuter (1983) Vor § 21 Rn. 16.

171. So unter Betonung der Interessen des herrschenden Unternehmens etwa DJT-Konzernrecht (1967), Rn. 135. Hier wird statt den eigenen Belangen der abhängigen Gesellschaft als Referenzwert das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab herangezogen; daß dies statthaft ist, mag die vom BGH-Richter Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1521 gemachte Argumentation illustrieren, wonach einerseits die nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft als Haftungsgrundlage anzusehen ist und gleichzeitig als die für die Haftung maßgebende Tatsache die fehlende Rücksichtnahme auf die Belange der abhängigen Gesellschaft bezeichnet wird; vgl. zur Berücksichtigung dieser komplementären Wertung fehlenden Rücksichtnahme das gleich unten unter II.1. zur Treupflicht Gesagte.

172. Vgl. so bereits Müller-Freienfels, Durchgriff (1957), S. 534.

173. Vgl. bereits Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 418f. und hierzu etwa Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 64f. m.w.N.

174. Vgl. hierzu die BegRegE, BT-Drucks IV/171 (1962), S. 95: "Ein besonders schwerwiegendes gesellschaftsrechtliches Problem ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Obergesellschaft das Konzerninteresse über die Interessen der abhängigen Gesellschaft stellen darf.[...] Der Entwurf läßt [...] die Verfolgung von Konzerninteressen zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft nur zu, wenn [...] die im Entwurf vorgesehenen gesetzlichen Sicherungen zum Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger eingreifen.[...]" Insofern sei daran erinnert, daß die schärfste Gläubigerschutzvorschrift des Entwurfes, die strenge Erfolgshaftung des E § 284, nicht Gesetz wurde (vgl. das oben in diesem Teil unter D.I.3. Gesagte), und daß gerade diese Haftungskonstellationen in der Praxis die problematischsten Haftungskonstellationen aufwerfen. Dies wirft die Frage auf, ob die §§ 311ff. die Gläubiger ebenso sichern, wie dies im Entwurf beabsichtigt war, oder ob sie eines, die - Wertungen des Gesetzes umsetzenden - Korrektivs bedürfen; vgl. hierzu die Ausführungen gleich unten in diesem Teil unter E.I.5. zur Eigeninteressenwahrung bei qualifizierter Abhängigkeit.

fremdes Interesse zu kompensieren.<sup>175</sup> Denn die Wahrung des Eigeninteresses - verstanden als Wahrung des gesetzlich vorgesehenen Gläubigerschutzniveaus - hat Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung bei der Kapitalgesellschaft zu sein.<sup>176</sup> Die Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft hat im Interesse der sonstigen zu ihr in Beziehung stehenden Personen<sup>177</sup> - für die Haftungsfrage interessiert nur das Interesse der Gläubiger - zu geschehen.

Dieser gedankliche Ansatz eines vorausgesetzten Eigeninteresses ist in der deutschen Literatur bereits angeführt und in der dort vertretenen Form<sup>178</sup> abgelehnt worden.<sup>179</sup> Der hier angeführte, allgemeine Gedanke der Wahrung gewisser Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der beschränkten Haftung, findet sich dagegen vielerorts wieder und der Rückbindung der Regelung an immanente Voraussetzungen wurde für die hier behandelte Haftungsfrage soweit ersichtlich bisher auch nicht widersprochen. So findet man etwa die Äußerung, daß es zu keiner Außenhaftung des herrschenden Unternehmens

- 
175. Vgl. zur Interessenfrage die Problemdarlegung oben in diesem Teil unter A.V., insbesondere 3. und 4. Angemerkt sei hier, daß etwa für Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 65 die Ausübung konzernstiftender einheitlicher Leitung keineswegs notwendig zur Verdrängung oder Überlagerung des Gesellschaftsinteresses durch das Konzerninteresse führt, sondern daß stattdessen die Ausrichtung der abhängigen (beherrschten) Gesellschaft auf das unternehmerische Sonderinteresse des herrschenden Unternehmens das prägende Merkmal ist. So richtig dieser Ansatz sein mag: hier ist den Wertungen des kodifizierten Rechts entsprechend der Blick auf die einzelne abhängige Gesellschaft zu richten; diese und ihre Gläubiger sind Schutzgegenstand der Haftungsregelungen im geltenden deutschen Recht der verbundenen Unternehmen.
176. Ähnlich meint Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 270, das Eigeninteresse der GmbH stelle eine institutionelle Funktionsbedingung des Haftungsprivilegs im GmbH-Konzern dar.
177. So bereits DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 709, wo anschließend betont wird, daß insbesondere wegen des Gläubigerschutzes auf Maßnahmen der Sicherung der Eigenständigkeit nicht verzichtet werden kann. Der gegenwärtige Meinungsstand zur Frage eines vom Willen der Gesellschafter unabhängigen Eigeninteresses im geltenden Recht ist, wie dargelegt, zwar richtig von Winter, Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 577ff. so zusammengefaßt worden, daß in den zivilrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und von der wohl herrschenden Meinung ein solches Eigeninteresse abgelehnt wird. Ohne diesen Diskussionsstand zu ignorieren wird hier für ein Weiterdenken und wertungsstimmiges Erfassen der geltenden Regelung unter Zuhilfenahme des Eigeninteresses als Denkfigur plädiert. Insofern ist zu verweisen auf die Ausführungen bei Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 49f. und 88, wo (richtig) ausgeführt wird, daß die Anerkennung einer juristischen Person als Interessenträger auch im Verhältnis zu ihren Mitgliedern eben nicht notwendig die Bejahung eines eigenständigen, vom Willen der Gesellschaftergesamtheit unabhängigen Gesellschaftsinteresses voraussetzt. Eben um die Sicherung des Eigeninteresses zu gewährleisten gilt dies aufgrund des fehlenden Eigenwillens der Gesellschaft auch bei der Einmangengesellschaft (vgl. DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 203, 244 und 709 einleitend).
178. Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 339ff., 348f. meint, Savignys Theorie von der juristischen Person hätte ein von ihren Mitgliedern abstrahiertes Eigeninteresse vorausgesetzt. Diesem tritt für die GmbH mit Betonung der dominierenden Stellung der Gesellschafter entgegen Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 418. Ulmer argumentiert aaO. nicht gegen ein Eigeninteresse an sich. Ulmer zeigt jedoch aaO. zur Vorstellung vom Eigeninteresse als 'denknotwendige Voraussetzung' Schwierigkeiten auf, so etwa im Hinblick auf die Rechtsgrundlage für die Differenzierung von Gesellschafts- und Gesellschafterinteresse und die Anforderungen, die an die Anerkennung eines Eigeninteresses zu stellen sind; vgl. zur Position Wilhelms auch Winter, Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 579.
179. Vgl. darstellend - und mit Recht ablehnend - zur Auffassung Wilhelms auch Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 66f. Eine andere Betrachtung von Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 224, wonach die einheitliche Leitung aufgrund der Gleichberechtigung der Partner nicht nur dem Eigenzweck des herrschenden Partners dienen darf, sondern auch das eigene Interesse der abhängigen Gesellschaft zu beachten hat, scheint insoweit jedoch richtig.

gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft kommen kann, wenn nicht im Einzelfall die Voraussetzungen eines der besonderen Haftungstatbestände erfüllt sind.<sup>180</sup> Der in dieser Aussage enthaltene Gedanke, daß bei Haftungserwägungen die Voraussetzungen der Haftungsfrage zugrundezulegen sind, wird in seinem Kern in der hier vorliegenden Arbeit aufgegriffen: Da die Haftung - und nicht die Haftungsbeschränkung - die systematische Grundentscheidung der Rechtsordnung darstellt,<sup>181</sup> kann die Haftungsbeschränkung nach hier vertretener Auffassung nur dann gelten, wenn im Einzelfall die systemimmanenten Voraussetzungen - und dabei nach hier vertretener Auffassung das den im Gesetz zugrundegelegten Gleichlauf der Interessen ersetzende Eigeninteresse - für die Aufrechterhaltung der beschränkten Verantwortung erfüllt sind.<sup>182</sup>

In der hier vorliegenden Arbeit wird die Auffassung vertreten, daß die Wahrung des Eigeninteresses bereits im geltenden Haftungsrecht der verbundenen Unternehmen der zentrale Punkt ist: An den Stellen, an denen das Recht die Verdrängung des Eigeninteresses erkannt hat, etwa im Vertragskonzern oder in der auf dessen Wertungen aufbauenden Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns, knüpft die gesetzliche Regelung genau an den Interessenumbruch an. Außerhalb des Eingliederungs- oder Vertragskonzerns ist die Wahrung des Eigeninteresses der Gesellschaft der verbindliche Maßstab bei der Ausübung aller uneigennütigen Rechte der Gesellschafter, und ein herrschendes Unternehmen darf sein Interesse nur innerhalb des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft verfolgen.<sup>183</sup>

Der Schutz des Eigeninteresses der abhängigen GmbH ist so denn auch als der Angelpunkt des GmbH-Konzernrechts bezeichnet worden.<sup>184</sup> Obwohl sich der Begriff des Eigeninteresses explizit nicht im Gesetzestext findet, ist die Beachtung eben dieses

---

180. So Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 417 in Bezug auf § 826 BGB, Patronatserklärungen, Rechts- und Vertrauenshaftung etc.

181. Vgl. die Darstellung im ersten Teil unter A.I., III. und IV sowie unter B.I.

182. Wenn Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 418 also meint, "Allein auf die Ausgestaltung der GmbH als juristische Person läßt sich das vom Gesellschafterinteresse zu unterscheidende Gesellschaftsinteresse nicht stützen", so ist dies richtig. Auf den dem Gedanken der beschränkten Haftung zugrundeliegenden Interessengleichlauf, der sich bei der unabhängigen Gesellschaft im fremdinteressenfreien Interessenabgleichungsprozess herausbildet, darf jedoch nicht verzichtet werden, und eben deshalb muß bei abhängigen Kapitalgesellschaften auf das Eigeninteresse als Maßstab für die Aufrechterhaltung des Haftungsprivilegs zurückgegriffen werden. So hält denn auch Ulmer, aaO. S. 426 das vom herrschenden Unternehmen zu wahrende Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft in Analogie zu den im AktG zugrundegelegten Wertungen für den zutreffenden Ansatz eines Gläubigerschutzes in faktischen Konzernverhältnissen.

183. Für die Fälle des faktischen Konzerns wird dies deutlich ausgedrückt von Mestmäcker, Systematik (1967), S. 133: "Die abhängige Gesellschaft soll grundsätzlich so behandelt werden, als ob sie unabhängig wäre. Das Gesetz versucht durch Sondervorschriften, gesellschaftsschädliche Weisungen des herrschenden Unternehmens zu unterbinden (§§ 311ff.). Das herrschende Unternehmen [...] bleibt in der Ausübung seines Einflusses an das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gebunden."

184. So Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 13. Vgl. auch Limmer, aaO. S. 22ff., der anschließend das Eigeninteresse als konzernrechtlichen Wertungsbegriff darstellt und versucht, den Wertungsbestand des geltenden Konzernrechts mit den zu regelnden Interessen zu einem normativen Wertungsinteresse - nach hier verwandtem Sprachmodus: dem Eigeninteresse - zu verschmelzen, aaO. S. 83.

Eigeninteresses bzw. seine Nichtbeachtung doch genau der Punkt, der das Recht der verbundenen Unternehmen vom allgemeinen Gesellschaftsrecht unterscheidet. Dies wird etwa deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, wie das Eigeninteresse etwa von der Mehrheit der vom Deutschen Juristentag eingesetzten Studienkommission zur Reform des Konzernrechts, deren Entwürfe große Bedeutung für das AktG von 1965 hatten, vorausgesetzt wird: Von dieser wird ausdrücklich hervorgehoben, daß eine Gesellschaft nicht ihrem Eigeninteresse entfremdet werden darf.<sup>185</sup> Das Eigeninteresse als zentrale Wertung des spezifischen Ansatzes der deutschen Regelung gilt es, bei Regelungserwägungen aufzugreifen.

### **5. Zur Wahrung des Eigeninteresses bei qualifizierter Abhängigkeit**

Nur wenn ein Eingliederungs- oder Beherrschungsvertrag abgeschlossen ist, darf die abhängige Gesellschaft den Konzerninteressen so untergeordnet werden, daß keine Rücksicht auf das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft genommen wird.<sup>186</sup> Dafür enthalten die §§ 300ff. und 322 f. AktG Sicherungsmaßnahmen, welche unter anderem dem Interesse der abhängigen Gesellschaft dienen,<sup>187</sup> etwa die gesetzliche Rücklagenbildung oder die Verlustübernahmepflicht zur Sicherung der Vermögenssubstanz beim Vertragskonzern.<sup>188</sup>

Die Regelung des Gesetzes für Abhängigkeitsverhältnisse beim Fehlen eines Vertragskonzernverhältnisses<sup>189</sup> kann anhand der Denkfigur des zu wahrenen Eigeninteresses als Haftungsmaßstab wie folgt dargestellt werden: Auch beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages steht die im Konzern bestehende Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zur Wahrung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft *der Möglichkeit* einheitlicher Leitung nicht entgegen. Die Bindung an das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft setzt der einheitlichen Leitung jedoch materielle Schranken: Das Konzerninteresse darf nur in dem Rahmen verfolgt werden, den das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft vorgibt.<sup>190</sup> Das AktG 1965 unterläßt

185. Vgl. so explizit DJT-Konzernrecht (1967), Rz. 127, vgl. zur Verdeutlichung der Bedeutung des Gesichtspunktes des Eigeninteresses auch aaO. Rz. 142, 150, 181, 189, 201ff., 205ff., 209f., 211, 213f., 235ff., 239, 241ff., 247, 249, 261f., 266, 315, 404, 406, 409, 413, 420ff., 501, 503f., 513, 535, 567, 573, 601, 709, 804. Gerade die Fülle dieser Verweisungen ergibt in ihrer Gesamtheit eine äußerst anschauliche Darstellung der zentralen Bedeutung des Gesichtspunktes der Wahrung des Eigeninteresses.

186. Arg. §§ 291 Abs. 3, 308 Abs. 1 S. 2 AktG. Vgl. hierzu und zum folgenden Hommelhoff/Kleindiek, Richtlinie und Konzernrecht (1990), S. 110.

187. Vgl. hierzu etwa Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1966), S. 295.

188. Diese Fokussierung auf das vermögensmäßige Eigeninteresse fand sich bereits vor dem AktG. Bemerkenswert ist insofern die frühe Bemerkung von Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931), S. 96: "Das Interesse der abhängigen Person ist gleich dem, was sie bei vertragsmäßiger Abwicklung nach Abzug aller Spesen behalten hätte."

189. Vgl. hierzu die Ausführungen oben in diesem Teil unter C.IV.

190. Vgl. hierzu Hommelhoff/Kleindiek, Richtlinie und Konzernrecht (1990), S. 110 und für die faktisch konzernierte GmbH bereits Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 248; vgl. zum Eigeninteresse als Maßstab bei dieser Betrachtung das gerade oben in diesem Teil unter E.I.1. bis 4. Gesagte.



bewußt die Sanktion der vollen Verantwortlichkeit im faktischen Konzern;<sup>191</sup> dies konnte aber nur zugelassen werden, weil versucht wird, mit dem Ausgleichssystem der §§ 311 ff. das Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft - zumindest vermögensmässig - zu sichern.<sup>192</sup>

Das konzernrechtliche Regelungskonzept des AktG 1965 geht also davon aus, daß einheitliche Leitung auch bei Respektierung des Eigeninteresses der konzernierten Gesellschaft ausgeübt werden kann.<sup>193</sup> Die Regelung der faktischen Konzerne bezweckt dabei, das vermögensmäßige Eigeninteresse<sup>194</sup> der abhängigen Gesellschaft zu schützen.<sup>195</sup> Die Grundidee der Haftungsfigur des qualifizierten faktischen Konzerns ist dementsprechend so ausgedrückt worden, daß "*die qualifizierte Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft in entsprechender Anwendung der §§ 302, 303 AktG in einer Pflicht des herrschenden Unternehmens zu Verlustübernahme*" resultiert.<sup>196</sup>

Da dies nun so ist, ist auch bei der Abgrenzung zwischen der einfachen und der qualifizierten faktischen Abhängigkeit<sup>197</sup> das entscheidende Moment folglich der Interessenumbruch in der abhängigen Gesellschaft.<sup>198</sup> Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes muß die Nachteilszufügung einen objektiven Mißbrauch der

---

191. Vgl. das zu § E 284 oben in diesem Teil unter D.I.3. Gesagte.

192. So - und diesem Konzept zustimmend - Hommelhoff/Kleindiek, Richtlinie und Konzernrecht (1990), S. 110 in Anlehnung an die BegRegE zu § 311 bei Kropff, Textausgabe AktG, S. 407.

193. So - und diesem Konzept zustimmend - Hommelhoff/Kleindiek, Richtlinie und Konzernrecht (1990), S. 110.

194. Wenn man das Eigeninteresse differenziert betrachten will, kann man von einem rein vermögensmäßigen, pekuniären Aspekt und von einem wirtschaftlich-organisatorischen Aspekt sprechen. Regelungsgegenstand des Aktiengesetzes ist dabei vornehmlich das Vermögensinteresse; vgl. hierzu Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 17. Dies ist hier nur hervorzuheben, wie dargelegt interessiert hier der im Einzelfall festzulegende Inhalt des Eigeninteresses nicht, sondern die Besinnung auf das Eigeninteresses als systemimmanenten und - vervollständigenden, die Haftung korrigierenden Maßstab.

195. Vgl. hierzu etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 133ff. und diesem folgend Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 19 m.w.N.

196. "wobei der Gläubiger im Falle der Insolvenz in erweiternder Auslegung des § 303 unmittelbar anspruchsberechtigt sein sollte", so Kropff, TBB und das Aktienkonzernrecht (1993), S. 493 m.w.N.

197. Es sei angemerkt, daß Reuter, Abhängiges Unternehmen (1982), S. 9ff. etwa für Personengesellschaften unter Berufung auf Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 278ff. vorgetragen hat, daß eine nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses des abhängigen Unternehmens nicht erst durch eine qualifizierte Abhängigkeit, sondern bereits durch die einheitliche Leitung - bzw. die einheitliche Planung, die diese konstituiert - und die Konzernabhängigkeit überhaupt stattfindet. Da die einheitliche Planung aber die des herrschenden Unternehmens sei, würde sich diese notwendig am Interesse des herrschenden Unternehmens orientieren. Reuter, aaO. S. 10., lehnt eine gleichzeitige Bindung des herrschenden Unternehmens an dessen und an das Interesse des abhängigen Unternehmens als wirtschaftlich nicht nachvollziehbar ab. In dieser Arbeit wird durchgehend an die Abhängigkeit und damit an die in § 17 AktG für das gesamte Recht der verbundenen Unternehmen zum Ausdruck gekommene Wertung angeknüpft; vgl. oben in diesem Teil unter C.II.3. und zur Wahrnehmung von mehr als einem Interesse unter A.V.2.d.; vgl. kritisch zum Ansatz Reuters bereits Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 38f. m.w.N. sowie 44ff., 49 etc.; vgl. zur Vereinbarkeit von einheitlicher Leitung und Wahrung des Eigeninteresses auch Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 107f.

198. So etwa Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), S. 309; ders., Recht der Konzernhaftung (1994), S. 411.

Stellung als herrschender Gesellschafter darstellen: für das Eingreifen der spezifischen Haftung bedarf es nach dem TBB-Urteil<sup>199</sup> eines objektiv mißbräuchlichen Verhaltens des herrschenden Unternehmens bei der Konzernleitung. Wie in der Literatur richtig betont wird, ist dieser geforderte objektive Mißbrauch eng mit dem Tatbestandsmerkmal des Eigeninteresses der abhängigen GmbH verwandt.<sup>200</sup>

Ebenso wie beim einfach faktischen Konzern einerseits und dem Eingliederungs- und Vertragskonzern andererseits, so ist also auch der qualifiziert faktische Konzern konsequent vom Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft her zu definieren.<sup>201</sup> Es hat sich gezeigt, daß die Beeinträchtigung des Eigeninteresses auch bei qualifizierten Abhängigkeiten das entscheidende Tatbestandsmerkmal der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen ist.

### **6. Insbesondere zum Eigeninteresse einer Einmangengesellschaft**

Auch bei der Einmangengesellschaft sind die Gläubiger zu schützen, ja sie verdienen einen besonderen Schutzes: Denn da kein Abgleich zwischen (eben nicht vorhandenen) unterschiedlichen Gesellschaftern stattfindet, muß die Rechtsordnung sicherstellen, daß ein Abgleich des Gesellschafterinteresses mit den übrigen, in der Gesellschaft zusammenlaufenden Interessen gesichert wird.<sup>202</sup> Insofern stimmt der hier vorgeschlagene Regelungsansatz mit dem Vorverständnis von sowohl Befürwortern als auch Gegnern eines am Eigeninteresses orientierten Ansatzes überein, denn "*selbstverständlich hat auch ein Einmann- Gesellschafter Eingriffsgrenzen zum Schutz der Gläubiger zu wahren.*"<sup>203</sup>

Bei der Beantwortung der Frage, ob bei der Einmann-Gesellschaft auf das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab zurückgegriffen werden kann, ist nach hier vertretener Auffassung einleitend zwischen Gesellschafterinteresse und Gesellschaftsinteresse zu unterscheiden.<sup>204</sup> Für die Fälle, in denen neben dem herrschenden Unternehmen noch

199. "Der Zugriff auf das Vermögen des herrschenden Unternehmens" ist dann zu gestatten, wenn die Behandlung der abhängigen Gesellschaft "einen objektiven Mißbrauch der beherrschenden Gesellschafterstellung darstellt." Dies ist der Fall, wenn die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausgeübt wird, "die keine angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt.", BGHZ 122, 123, 130 (TBB, 1993).

200. So bereits Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 130ff. und damit auf den Interessenumbruch (Rn. 132) als für die Haftung entscheidendes Merkmal hinführend.

201. Vgl. bereits Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), S. 309.

202. Vgl. nur im ersten Teil unter A.III. sowie oben in diesem Teil unter A.III. und V.

203. Vgl. statt aller nur den hier zitierten Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (16. Aufl., 1996), Schlußanhang GmbH-KonzernRecht, Rz. 100.

204. Bereits Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 415 meint, daß als Vorfrage (in casu in Bezug auf Frage einer Haftungssanktion des herrschenden Unternehmens nach § 43, aber eben auch im Hinblick auf die Treupflicht des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen GmbH) zu klären ist, ob es abweichend vom klassischen GmbH-Recht geboten ist, zwischen Gesellschaft-(Unternehmens)-Interesse und Interesse der Gesellschafter zu unterscheiden. Vgl. hierzu auch die kongruente Betrachtung zur Treupflicht zur Gesellschaft, die mit dem Mitgliedschaftsverhältnis entsteht und erst mit diesem erlischt, und der Treupflicht zwischen den Gesellschaftern, die bei der Einmann-Gesellschaft entfällt, vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter E.II.4.

weitere Gesellschafter an der GmbH beteiligt sind, ist nach dem Gesagten ein vom Interesse eines herrschenden (Unternehmens-)Gesellschafter unterschiedliches - und gegenüber diesem schutzfähiges - Gesellschaftsinteresse - anzunehmen.

Die Frage, ob auch der Einmann-GmbH ein konzernrechtliches Eigeninteresse zugesprochen werden kann, ist in der Literatur streitig. Soweit ersichtlich, hat der Bundesgerichtshof die Frage nicht eindeutig beantwortet. Daß der BGH die Frage jedoch gesehen hat wird beispielsweise deutlich in der Autokran-Entscheidung,<sup>205</sup> wo der BGH ausführt: *"Im vorliegenden Fall, wo sich die Anteile der Gesellschaften im Alleinbesitz des herrschenden Unternehmens [...] befinden, liegt es [...] nicht ohne weiteres auf der Hand, daß Schadensersatzansprüche der abhängigen GmbH gegen das herrschende Unternehmen, die von den Gläubigern geltend gemacht werden könnten, überhaupt in Betracht kommen. Denn in der GmbH sind (im Gegensatz zur Aktiengesellschaft) der oder - wenn sie einverständlich handeln - die Gesellschafter (in den Grenzen des § 30 GmbHG) frei, über Gesellschaftsvermögen zu verfügen. [...]"* Der BGH setzt fort, daß es nicht leicht zu begründen sei, *"demgegenüber bestehe im Konzernverhältnis eine Pflicht des herrschenden Unternehmens, für das Vermögen der "eigenen" abhängigen GmbH nachteilige Maßnahmen zu unterlassen."*

Für die in dieser Arbeit behandelte Gläubigerschutzproblematik ist die Einschränkung der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter auf die *Grenzen des § 30 GmbHG*, also die Erhaltung des Stammkapitals der GmbH, bezeichnend: Auch bei der Einmann-GmbH steht der Gläubigerschutz nicht zur Disposition der Gesellschafter.<sup>206</sup> Eine Benachteiligung darf nur soweit gehen, daß sichergestellt bleibt, daß Gesellschaftsgläubiger in einer evtl. späteren Liquidation vollständig befriedigt werden.<sup>207</sup>

Dementsprechend darf auch bei der Einmanngesellschaft die als Korrektiv der Abhängigkeit zu verstehende Bindung des herrschenden Unternehmens an das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft nicht verletzt, das Eigeninteresse dieser vom herrschenden Unternehmen nicht beeinträchtigt werden. Denn über die Interessen des Einmann-Gesellschafters hinaus<sup>208</sup> sind die gesetzlichen Voraussetzungen, die die

205. BGHZ 95, 330, 340, vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.V.5.a.

206. Vgl. auch oben in diesem Teil unter E.I.1. und gleich unten unter E.II.4.c.

207. So auf das französische, die Interessenabwägung unter bestimmten Voraussetzungen bis zur entsprechenden Grenze eben erlaubende, "Rozenblum"-Konzept aufbauend auch Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 714f.

208. Hier soll eine einfache etymologische Betrachtung Platz finden (vertiefend etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 10ff.): Der Begriff Interesse stammt von dem lateinischen *inter esse* und bezeichnet 'das, was dazwischen ist'. Unter der Bezeichnung 'Gesellschafterinteresse' ist das sich bei einem zu antizipierenden ungestörten Interessenabgleichungsprozeß unter den Gesellschaftern herauskristallisierende gemeinsame Interesse an der Gesellschaft zu verstehen. Die Bezeichnung Gesellschaftsinteresse drückt somit das sich zwischen den Gesellschaftern herauskristallisierte Ergebnis des Abgleichungsprozesses aus. Die Bezeichnung Gesellschaftsinteresse drückt dagegen eben nicht das sich zwischen den Gesellschaftern herausbildende Gesellschaftsinteresse aus, sondern impliziert eine Beziehung zur Gesellschaft als selbständiger juristischer Person, so wie diese sich in der Rechtsordnung darstellt;

Existenz einer Gesellschaft mit begrenzt haftenden Gesellschaftern überhaupt erst ermöglichen, zu beachten.<sup>209</sup> Dies gilt auch, wenn man das Eigeninteresse nicht selbständig definiert,<sup>210</sup> sondern es nur als Bezugsgröße für die mitgliedschaftliche Rückbindung, als Maßstab für die Treubindung versteht.<sup>211</sup>

Der Grund hierfür ist, daß die gekoppelten Schutzbedürfnisse von Minderheit und Gläubigern bei der Einmanngesellschaft zu isolieren sind: Da in der Einmanngesellschaft keine Minderheit existiert, bleiben die Gläubigerinteressen zu schützen.<sup>212</sup> Entsprechend dem im Vorangegangenen Gesagten wird hier die Auffassung vertreten, daß bei der Einmann-Gesellschaft das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab ebenso Anwendung finden kann wie bei Mehrpersonengesellschaften. Bereits um den nötigen Gläubigerschutz zu gewährleisten, ist das Eigeninteresse der abhängigen Einmann-Gesellschaft als Haftungsmaßstab zu beachten.<sup>213</sup>

Außerdem sei daran erinnert, daß selbst auf eine im Alleinbesitz stehende Gesellschaft weitere Interessen gerichtet sind,<sup>214</sup> und das herrschende Unternehmen auch deshalb bei der im Alleinbesitz stehenden Gesellschaft ebenfalls verpflichtet ist, *"im harmonisierenden Interessenausgleich das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft zu formulieren"* - und zu berücksichtigen. Das Gesamtinteresse des verbundenen Unternehmens darf aus dieser systematischen Betrachtung heraus somit *"nur innerhalb des Eigeninteresses der Tochtergesellschaft verfolgt und verwirklicht werden."*<sup>215</sup>

Dem Gesagten entsprechend ist auch in der faktisch konzernierten, im hundertprozentigen Besitz des herrschenden Unternehmens stehenden 'Einmann'-GmbH das Eigeninteresse dieser abhängigen Gesellschaft entsprechend einem harmonischen Interessenausgleich zu

---

diese Beziehung manifestiert sich in der gleich unten unter II. darzulegenden Treupflicht zur Gesellschaft.

209. Mit Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 247 und diesem folgend etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 35f., ist hierbei das Eigeninteresse als das fortwährend neu zu suchende Resultat eines permanenten, in seinem Ausgang offenen Abgleichungsprozesses, in dem die unterschiedlichen Partikularinteressen zu harmonisieren sind, darunter auch das objektive, d.h. falls nötig fremdinteressenfreie zu antizipierende Interesse eines herrschenden Unternehmens; vgl. zum Abgleich zwischen Partial- und Gesamtinteresse im polykorporativen Unternehmen die Ausführungen oben in diesem Teil unter A.V.2.c.-e
210. So zur Interessenfrage Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 417, vgl. hierzu auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 37ff.
211. Vgl. hierzu gleich unten.
212. So etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 37, der darauf hinweist, daß bereits Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 391ff. die besondere Problematik, die der Interessenstruktur im Bezug auf die Schutzansätze des GmbH-Rechts bei abhängigen Einmann-GmbH immanent ist, herausgearbeitet hat.
213. Im Ergebnis so auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 40, der zu dem Ergebnis kommt, auch in der 100%igen Tochter-GmbH rechtfertigten es allein die Gläubigerinteressen, daß der GmbH als solcher ein konzernspezifisch zu bestimmendes Eigeninteresse zugesprochen werde.
214. So etwa Arbeitnehmerinteressen, Gläubigerinteressen oder die Interessen der Allgemeinheit, vgl. hierzu nur Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 256.
215. Vgl. so bereits Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 256 und insgesamt die Problemdarlegung oben in diesem Teil unter A.III. und A.V.

formulieren.<sup>216</sup> Wenn man über die Kontrollfrage nachdenkt, warum Gläubiger einer abhängigen Einmann-Gesellschaft schlechter gestellt sein sollten als Gläubiger einer abhängigen Mehrpersonen-Gesellschaft, zeigt sich dies Ergebnis als gerechtfertigt: Denn dabei kommt man zu der Betrachtung, daß bei der Einmanngesellschaft eher ein größeres Schutzbedürfnis besteht als bei der Mehrpersonengesellschaft, da die Interessenharmonisierung unter mehreren Beteiligten entfällt. Für die in ein polykorporatives Unternehmen eingebundene Einpersonengesellschaft gilt für die Haftungsfrage nichts anderes als für eine Mehrpersonengesellschaft.<sup>217</sup>

Das Eigeninteresse ist somit als Lösungsmaßstab für Haftungsprobleme für sowohl Einmann- und Mehrpersonengesellschaften geeignet, und stellt einen einheitlichen Maßstab zur Lösung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen dar.<sup>218</sup> Zu klären bleibt, auf welchen Wertungen aufbauend und aus welchem Rechtsgrund ein herrschendes Unternehmen an diesen Maßstab gebunden ist. Als wertungsstimmige Rechtsgrundlage, aufgrund der ein herrschendes Unternehmen dazu verpflichtet ist, das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft zu wahren, ist im folgenden die sich aus der mitgliedschaftlichen Treubindung ergebende Treubindung aufzuzeigen.

## **II. Verankerung der Treupflicht im geltenden Recht**

Einen Maßstab der Verantwortlichkeit für die behandelte Haftungsfrage aufzustellen hat nur dann Sinn, wenn eine Rechtspflicht zur Beachtung des Maßstabes besteht. Denn die Pflicht eines herrschenden Unternehmens zur Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft bedarf einer Grundlage, die beispielsweise wie folgt beschrieben werden könnte: "*Schädigungen der Interessen der Gemeinschaft zu unterlassen und darüber hinaus dieses Interesse im Rahmen der durch die Gemeinschaft bedingten Tätigkeit zu fördern*".<sup>219</sup> Diese Pflicht wird allgemein als gesellschaftsrechtliche Treupflicht bezeichnet.<sup>220</sup> Im folgenden wird dargestellt, daß im Bezug auf die Regelung der Haftung und der Verantwortlichkeit die Grundlage der Verpflichtung eines

---

<sup>216.</sup> So bereits Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 256; im Ergebnis ebenso für den Schutz des Eigeninteresses, verstanden als Bestandsinteresse, bei der abhängigen Einmann-GmbH Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 44ff.

<sup>217.</sup> A priori wird dies für die GmbH auch deutlich in der in anderem, jedoch gerade europarechtlichem Zusammenhang - der inzwischen geklärten Vereinbarkeit der deutschen Haftungsregelung mit der 12. Richtlinie - gemachten Aussage des BGH-Richters Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1527, wenn dieser plakativ ausführt: "Das deutsche GmbH knüpft die Haftung des herrschenden Unternehmens nicht an die [...] Stellung als Alleingesellschafter, sondern an die Vernachlässigung des Eigeninteresses der Gesellschaft zugunsten des Konzerninteresses"

<sup>218.</sup> Hierfür bereits Nissing, Eigeninteresse (1993), S. 43.

<sup>219.</sup> So die Formulierung von A. Hueck, Treuegedanke (1947), S. 15.

<sup>220.</sup> An dieser einleitenden Stelle ist nicht näher auf eine Definition der Treupflicht einzugehen; vgl. näher zum Gehalt der Treupflicht gleich unten unter II.2.

herrschenden Unternehmens zur Wahrung des Eigeninteresses eben diese gesellschaftsrechtliche Treupflicht ist.<sup>221</sup>

### **1. Eigeninteresse und Treupflicht gegenüber einer abhängigen Gesellschaft**

Die Begriffe Treupflicht und Eigeninteresse sollten bei einer Betrachtung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen nicht getrennt werden.<sup>222</sup> Die Relevanz des Gesichtspunkts des Gesellschaftsinteresses ist in Verbindung mit Treupflichtbetrachtungen denn auch wiederholt festgestellt worden.<sup>223</sup> Denn sowohl bei Treupflichterwägungen als auch bei der Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses geht es um die Erkenntnis, daß in der Gesellschaft als Rechtseinrichtung Interessen mitzuschützen sind, die nicht notwendig auch die Interessen der Gesellschafter sind.<sup>224</sup> Und: der Schutzgegenstand der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ist nach hier vertretener Auffassung gerade das Integritätsinteresse der Gesellschaft, verstanden als deren Bestandsinteresse.<sup>225</sup>

<sup>221</sup> Vgl. zur Bedeutung der Treupflicht gleich unten, als relevante Literatur zur Treupflicht sei einleitend genannt A. Hueck, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht* (1947), passim; Zöllner, *Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht* (1963), passim; Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft* (1980), insbesondere S. 130ff.; ders., *Die Treupflicht des Aktionärs* (1989), S. 446ff.; Winter, *Mitgliedschaftliche Treuebindungen* (1987), passim; Raiser, *Die Treupflichten im GmbH-Recht als Beispiel der Rechtsfortbildung*, ZHR 151 (1987), p. 422ff.; ders., *Kapitalgesellschaften* (1992), für die Aktiengesellschaft S. 65ff. und für die GmbH S. 319ff.; Timm, *Treupflichten im Aktienrecht* (1991), S. 481ff.; Immenga, *Bindung von Rechtsmacht durch Treupflichten*, FS 100 Jahre GmbH, S. 189ff.; Dreher, *Treupflichten zwischen Aktionären* (1993), S. 150ff.; Marsch-Barner, *Treupflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsausübung* (1993) S. 172ff.; Hennrichs, *Treupflichten im Aktienrecht* (1995), S. 221ff.; Jilg, *Treupflicht des Aktionärs* (1996), passim; Henze, *Treupflicht im Aktienrecht* (1996), 489ff.; vgl. zum Sonderproblem der Treupflicht als Schranke für die Ausübung von beherrschendem Einfluß statt aller Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 75ff. m.w.N.; vgl. zu den Herleitungen der Treupflicht statt aller für die hier behandelte Problematik etwa Drüke, *Haftung der Muttergesellschaft* (1990), S. 48 m.z.w.N.

<sup>222</sup> Unklar, aber doch erkennbar, forderte bereits C. E. Fischer, *Reform des Aktiengesetzes* (1955), S. 206 das Interesse der einzelnen juristisch verselbständigten Einheit (in concreto: "Aktienunternehmen") als Bezugsgrundlage der Treupflicht (in concreto: der nur am Gesamtkonzern interessierten Paketaktionäre). Das Verhältnis von Treupflicht und Eigeninteresse zu einander wird unterschiedlich ausgedrückt, so wird etwa von einer "*durch das Eigeninteresse begründeten Treupflicht*" (Wodicka, *Untreue zum Nachteil der GmbH* (1993), S. 157) oder vom "*-Begriffspaar Treupflicht und Eigeninteresse*" (Assmann, *Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern* (1986) S. 931.) gesprochen. Stimpel, *Stand der Rechtsprechung* (1992), S. 12 meint - dort allerdings für die mehrgliedrige Gesellschaft, eine Verletzung des Eigeninteresses sei eine Mißachtung der allgemeinen Regeln der Treupflicht und des Eigeninteresses. Wenn hier dies Zusammenspiel als Treupflicht gegenüber dem Eigeninteresse betont wird, so soll dies ausdrücken, daß das Eigeninteresse in der hier behandelten Problematik lediglich als Haftungsmaßstab aufgefaßt wird und daß die Frage einer Haftung danach zu beurteilen ist, ob das herrschende Unternehmen *an diesem Haftungsmaßstab gemessen* seine Treupflicht verletzt hat.

<sup>223</sup> So betont etwa Immenga, *Bindung durch Treupflichten* (1992), S. 207, daß das Gesellschaftsinteresse die Grenzen für den Einfluß einer Stimmenmehrheit beschreibt.

<sup>224</sup> Dies zwar nicht vertiefend, jedoch richtig postulierend bereits Hüffer, *Treupflicht als Generalklausel* (1990), S. 71. Eine mögliche einleitende weite Formulierung könnte - erneut im Anschluß A. Hueck, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht* (1947), S. 15 - die Treupflicht als Verpflichtung der Gesellschafter zusammenfassen, *die Gesellschaft und evt. Mitgesellschafter nicht zu schädigen und auf ihre Interessen angemessen Rücksicht zu nehmen*.

<sup>225</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter E. I. Gesagte. Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft im Gesellschaftsverhältnis wird hier somit als Sammelbegriff für die aus der Sonderverbindung entspringenden Verhaltens- bzw. Schutzpflichten verstanden; ähnlich wie etwa der Schutzgegenstand der leistungsbezogenen Nebenpflichten im Schuldverhältnis als

Wenn etwa die Auffassung vertreten wird, daß eine Haftung wegen Treupflichtverletzung ins Leere gehe, wenn sich, wie es gerade bei zentralisierten polykorporativen Unternehmen, beispielsweise beim qualifizierten faktischen Konzern, kennzeichnend ist, Einzeleingriffe nicht mehr individualisieren lassen,<sup>226</sup> so ist diesem gleich einleitend entgegenzutreten: Denn bei dieser Betrachtung wird die gleich anschließend darzulegende enge Verbindung der Treupflicht mit dem Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft, so wie dies im Voranstehenden dargelegt wurde, eben nicht wahrgenommen. Und: wie im folgenden darzulegen sein wird, ist der Treupflichtverstoß gerade in der Verletzung des Eigeninteresses zu sehen.<sup>227</sup>

Dem hier vertretenen Ansatz liegt dabei die Auffassung zugrunde, daß das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft als 'objektiver', verstanden als von den subjektiven Gegebenheiten und Verhältnissen des herrschenden Unternehmen losgelöster, Haftungsmaßstab zu verstehen ist. Das 'Eigeninteresse' beschreibt dabei den Teilbereich des die Haftung auslösenden Tatbestandes, welcher zu wahren und zu schützen ist. Während das Tatbestandmerkmal des Eigeninteresses also an die abhängige Gesellschaft anknüpft, bezieht sich die Treupflicht auf den Gesellschafter, nach Terminologie und Aufbau der deutschen Regelung auf das herrschende Unternehmen. Die Treupflicht ist somit als 'subjektives' Tatbestandselement aufzufassen; sie knüpft an die konkrete Stellung des einzelnen Gesellschafters in der konkreten Gesellschaft und ist demgemäß situationsbestimmt für den Gesellschafter zu bestimmen, welcher aufgrund dieser Treubindung zur Wahrung jener oben dargelegten<sup>228</sup> Gesichtspunkte verpflichtet ist.<sup>229</sup>

Kurz: In dieser Arbeit wird eben die im Rahmen der Treubindung zu gewährleistende Wahrung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft - verstanden als ein die Gläubigerschutzvorschriften der Kapitalgesellschaftsgesetze abrundender Haftungsmaßstab - als der die Verantwortlichkeit auslösende Wertung, den eine Haftung auslösenden Tatbestand, aufgefaßt. Denn die Verbindlichkeit der Treubindung als notwendiges Korrektiv zur Erzielung eines interessengerechten Resultats<sup>230</sup> tritt an die Stelle eines nur immanent, nämlich durch den gesetzeskonzeptionell vorausgesetzten Gleichlauf der Interessen gesicherten rationalen Abgleichs, eben der immanent

---

Schutzgegenstand das Integritätsinteresse des anderen Teils ist, womit sein personen- und vermögensrechtlicher *status quo* gemeint ist, vgl. statt aller nur Palandt/Heinrichs (57. Aufl. 1994), Einl. v § 241 und näher gleich unten.

<sup>226</sup> Auf BGHZ 65, 15 (ITT, 1975) aufbauend pointiert so etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1525

<sup>227</sup> Vgl. zur Rechtsfolge der Verantwortung in Form eines Verlustausgleichs bereits oben in diesem Teil unter D.II.4.

<sup>228</sup> Vgl. unmittelbar oben unter I.

<sup>229</sup> Vgl. zum konkreten Gehalt der Treupflicht gleich anschließend unter 5. und insgesamt in diesem Abschnitt.

<sup>230</sup> Vgl. zur hier vertretenen - an dieser einleitenden Stelle lediglich postulierten - Auffassung von der Treupflicht gleich unten unter 2.

vorausgesetzten, ihren Belangen entsprechenden Ausrichtung der Gesellschaft.<sup>231</sup> Als Referenz für die ihren Belangen entsprechende Ausrichtung der Gesellschaft kann bei der abhängigen Gesellschaft - aufgrund der fehlenden Interessenharmonie in dieser<sup>232</sup> - als Maßstab auf das Eigeninteresse zurückgegriffen werden. Um die Treubindung als Anknüpfung an und als Verpflichtung zur Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft zu begreifen, sind im folgenden der für einen solchen Ansatz nötige Hintergrund der Treubindung sowie Gehalt, Wesen und Handhabung der Treupflicht aufzuzeigen.

## **2. Zu Gehalt und Grundlage der Treupflicht**

Das Recht der verbundenen Unternehmen hat mit der Treupflicht als Richtschnur durch richtungsweisende Entscheidungen seine Rechtsfortbildung erfahren.<sup>233</sup> Um den Gehalt der Treupflicht als zentrale Wertung im Recht der verbundenen Unternehmen zu erschließen, ist im folgenden erst auf die hinter dem Treupflichtansatz stehenden Erwägungen sowie die Grundlage der Treupflicht einzugehen, bevor die Nutzbarmachung der Treupflicht als zentrale Wertung bei für die hier behandelte Problematik offengelegt wird.

### **a. Die dem Treupflichtansatz zugrundeliegenden Erwägungen**

In einer Gesellschaft als einem auf Dauer angelegten Zusammenschluß mehrerer Personen bedarf es - wie bei der Schaffung eines korporativen Gefüges überhaupt - eines Instruments, um die in einer solchen Dauerbeziehung immer wieder entstehenden, unvorhersehbaren und in ihren Einzelheiten vorher unmöglich festzulegenden Sachverhalte und Probleme zu beurteilen - und zu sachdienlichen konstruktiven Lösungen zu gelangen. Jede Lösung verlangt eine Rückbindung der Teilnehmer an den auf Dauer angelegten Zusammenschluß, verlangt eine korporative Loyalität der

---

<sup>231</sup> Vgl. - im Ergebnis ähnlich - auch Binnewies, *Konzerneingangskontrolle* (1996), zusammenfassend etwa S. 417, der meint, die abhängige Gesellschaft weiche in wesentlichen Punkten von der gesetzestypischen Gesellschaft ab: Es müsse gerade wegen der daraus resultierenden Gefahren für die Interessen der abhängigen Gesellschaft zu einer Erweiterung der gesetzlichen Interessenausgleichsmechanismen für Gefahrenpotentiale kommen. Auch Binnewies sieht als Rechtsgrundlage hierfür - aaO. bezogen auf die Erweiterung der gesetzlichen Beschlußkompetenzen - die Treupflicht

<sup>232</sup> Vgl. grundlegend hierzu die Problemdarstellung einleitend oben in diesem Teil unter A.II., III. und V.

<sup>233</sup> Vgl. nur BGH WM 1979, 937 (Gervais-Danone); BGHZ 65, 15 (ITT); BGHZ 89, 162 (Heumann-Ogilvy) etc. oder die oben in diesem Teil unter C.V. angeführte, auf die Treupflicht aufbauende, Rechtsprechung des BGH zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern.



Mitglieder.<sup>234</sup> Diesem prozeßdynamischen Bedürfnis entspringt die gesellschaftsrechtliche Treupflicht.<sup>235</sup>

Allgemein gesprochen ist unter der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht die Pflicht aller Gesellschafter zur Förderung der gemeinsamen Ziele und zur Rücksicht auf die Interessen ihrer Gesellschaft zu verstehen.<sup>236</sup> Dementsprechend ist die gesellschaftsrechtliche Treupflicht für Teile der Literatur als eine Ausprägung der in jeder rechtlichen Sonderverbindung geltenden allgemeinen Rücksichts- und Loyalitätspflicht anzusehen.<sup>237</sup> Ebenso wie ein Schuldverhältnis sich nicht in der Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolges erschöpft, sondern eine von den Grundsätzen von Treu und Glauben beherrschte Sonderverbindung ist,<sup>238</sup> woraus sich neben der Leistungspflicht weitere Verhaltenspflichten ergeben, darf das Gesellschaftsverhältnis nicht nur als ein reines Beteiligungsverhältnis verstanden werden: Das Gesellschaftsverhältnis beinhaltet - wie jedes Vertragsverhältnis - mehr oder weniger stark ausgeprägte sogenannte Treue- und Fürsorgepflichten.<sup>239</sup> Die Treupflicht verlangt vom Gesellschafter eine Disziplinierung und die Aufrechterhaltung eines Mindestmaßes an Loyalität. Denn eben darum und um die

---

<sup>234</sup> Vgl. die ähnlichen, der rechtlichen Einordnung vorgelagerten Betrachtungen bei Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 144; bezogen auf die Problematik im verbundenen Unternehmen etwa Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 53 m.w.N.

<sup>235</sup> Vgl. zur allgemeinen Betrachtung der Entstehung von Sonderpflichten wie der Treupflicht aus Rechtsverhältnissen einordnend etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 588, 1218.f

<sup>236</sup> Zu diesem allgemeinen und konkretisierungsbedürftigen Grundsatz etwa Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 110ff. m.w.N.; vgl. zur Sonderung zwischen der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und derjenigen gegenüber Mitgesellschaftern gleich unten unter 4.a.

<sup>237</sup> So zutreffend etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 588, 1218.f; Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 229 im Anschluß an Roth im Münchner Kommentar zum BGB (3. Aufl. 1994) § 242 Rn. 119. Wo Hennrichs, aaO., auf Kübler, Gesellschaftsrecht § 6II 2 c hinweist, der für das Gesellschaftsrecht lediglich eine gewisse Intensivierung der generellen Pflichten eines vertraglichen Beziehungsgefüges für charakteristisch hält, sei darauf hingewiesen, daß Kübler aaO. die Treupflicht für fragwürdig hält, wie Kübler überhaupt den Begriff für nicht besonders glücklich hält, da es nicht auf die personale Beziehung zwischen den Gesellschaftern ankomme, sondern auf den vereinbarten gemeinsamen Zweck, die Funktionsbedürfnisse der zu seiner gemeinsamen Verfolgung geschaffenen Organisation und die in ihrem Rahmen übernommene Verantwortung für fremde Vermögensinteressen, aaO. § 3.I.5. Es erscheint eigentümlich bei Treupflichtsbetrachtungen auf Kübler aufzubauen, der doch, etwa aaO. § 3.II.5., gar nicht allgemein von einer Treupflicht des Aktionärs sprechen will, sondern stattdessen bei qualifizierten Einflußmöglichkeiten auf besondere Verhaltensmaßstäbe rekurriert, die das Gesetz zunehmend, etwa in den §§ 117 und 311ff. AktG, konkretisiere. Bei der GmbH entspricht für Kübler, aaO. § 17 IV.2.d. die Treupflicht zwischen den Gesellschaftern sowie gegenüber der Gesellschaft weitgehend der geschilderten gesteigerten Pflichtenbindung bei Personengesellschaften. Gerade die ähnliche Rückbesinnung auf einen Verhaltensmaßstab; vgl. hierzu das gerade oben unter E.I. Gesagte einerseits und das Fokussieren auf Begrifflichkeiten bzw. dogmatische Einordnungen andererseits scheinen eine der Ursachen dafür zu sein, daß bei grundlegender Einigkeit zur Wertungs- und Rechtsfolgenseite kein Übereinstimmung über den einzuschlagenden Weg besteht. Dies berücksichtigend wird in diesem Teil, der die zentralen Wertungen in den Vordergrund stellt, auf dogmatische Verästelungen und Differenzierungen weitgehend verzichtet, um stattdessen durch funktionelle und auf die gesetzgeberischen Wertungen aufbauende Betrachtungen zu dem hier vorgestellten Regelungsansatz zu gelangen.

<sup>238</sup> Vgl. nur Palandt/Heinrichs (61. Aufl., 2002) § 242 Rn. 23ff.

<sup>239</sup> Wobei es sich nach richtiger Ansicht um Sammelbezeichnungen ohne spezifischen Aussagegehalt handelt; vgl. insbesondere zum Verhältnis Treupflicht und Mitgliedschaft gleich unten in diesem Teil unter E.II.2.c.dd.

Sicherung der Gesellschaft selbst geht es der Treupflicht.<sup>240</sup> Die Treupflicht ist dementsprechend keine spezifische oder gar selbständige vorab konkret zu erfassende Pflicht, sondern vielmehr eine - fundamentale - allgemeine Verhaltenspflicht, die die Rechts- und Pflichtenstellung eines Gesellschafters bestimmt. Aus dieser Treupflicht erwachsen erst die einzelnen Pflichten. Außerdem bestimmt der Treuegedanke Inhalt und Grenzen der einem Gesellschafter zustehenden Rechte und bildet so eine Schranke statthafter Rechtsausübung.<sup>241</sup> Die Treupflicht wird dabei durch Grundsätze und Schranken ausgefüllt;<sup>242</sup> nicht endgültig geklärt sind die Fragen, wie die Treupflicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz aufzufassen ist, ob und wie sie als Generalklausel zu verstehen ist und (bzw.: oder) ob vielmehr bei der in und auf Einzelentscheidungen<sup>243</sup> aufgebauten Treupflicht funktions- und sachgerecht zu unterscheiden ist.<sup>244</sup> Es erscheint wenig sinnvoll, solchen Fragen nachzugehen: hier wird die Treupflicht vielmehr als eine im Einzelfall zu konkretisierende Generalklausel aufgefaßt, funktions- und sachgerechte Unterscheidungen ergeben sich hieraus.<sup>245</sup>

Diese Treupflicht findet sich nicht explizit im Gesetzestext. Es handelt sich bei der Treupflicht vielmehr um eine gedankliche und sprachliche Zusammenfassung im Gesetz vorhandener Teilelemente, deren Verknüpfung und Fortführung das Prinzip der Treupflicht ergeben.<sup>246</sup> Die gegebene Systemstimmigkeit der Treupflicht wird etwa in der Aussage deutlich, daß die gesellschaftsrechtliche Treupflicht sich zwanglos in das vom Gesetzgeber vorgegebene System einpasse.<sup>247</sup> Der Kern des Treupflichtgedankens besteht dabei darin, daß dem Maß des Einflusses eines Gesellschafters auf die Gesellschaft das

---

<sup>240</sup> Vgl. etwa Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 165 m.w.N.

<sup>241</sup> Die Treupflicht so illustrativ in die zivilrechtlichen Sonderverbindungen einordnend etwa Roth im Münchener Kommentar zum BGB (3. Aufl. 1994) § 242, Rn. 120f.

<sup>242</sup> Vgl. im einzelnen zu den Treupflichten Winter, Mitgliedschaftliche Treupflichten im GmbH-Recht (1988), S. 108ff.

<sup>243</sup> Vgl. zu den besonderen Voraussetzungen der Treupflicht im Ansatz schon BGHZ 65, 15 S. 19; vgl. auch Raiser, 100 Jahre BGHZ: GmbH-Treupflichten (1987), S. 422.

<sup>244</sup> Vgl. zu diesen Unterscheidungen Immenga, Bindung durch Treuepflichten (1992, in Lutter/Ulmer/Zöllner (Hrsg.): Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz) S. 201 und S. 206 m.w.N. Vgl. zur Entwicklung der Treupflicht M. Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988). Instrukтив zur Entwicklung und zum Stand der Diskussion zur Treupflicht - gerade mit Hinblick auf die dieser Arbeit zugrundeliegende Frage der zeitgemäßen Ausformung des Haftungsprivilegs - etwa Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 60 m.w.N., der S. 64 richtig feststellt, daß über die Existenz von Treupflichten inzwischen auch für das Recht der Kapitalgesellschaften weitgehend Einigkeit besteht. Es kann hier nicht näher auf die Entwicklung der Treupflicht eingegangen werden; im folgenden soll nur die Bedeutung der Treupflicht für die Haftungsfrage dargelegt werden. Die Treupflicht ist jedoch, das sei hier nur erwähnt, auch bei der Klärung anderer GmbH-konzernrechtlicher Fragen in Entscheidungen herangezogen worden, vgl. z.B. BGHZ 80, 69 (Süssen) oder BGHZ 89, 162 (Heumann-Ogilvy).

<sup>245</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter E.II.5.

<sup>246</sup> So systematisch schön zusammenfassend Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 72f. Dementsprechend wird beispielsweise vertreten, daß es im § 317 AktG um die Sanktionierung besonderer institutionalisierter Loyalitätspflichten des herrschenden Unternehmens gehe; so beispielsweise Schanze, Normanwendung (1988), S. 44 im Anschluß an Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 347; vgl. hierzu einordnend das oben in diesem Teil unter D.II.2.d. Gesagte.

<sup>247</sup> So für die Aktiengesellschaft Dreher, Treupflichten zwischen Aktionären (1993), S. 155.

Ausmaß der Pflicht entspricht, auf die Interessen der Gesellschaft<sup>248</sup> Rücksicht zu nehmen.<sup>249</sup>

Die Treupflicht hat mehrere Funktionen:<sup>250</sup> Zum einen ist sie als Gegengewicht oder Schranke bei der Ausübung der vom Gesetz oder durch Gesellschaftervertrag geschaffenen Einwirkungsmöglichkeiten anzusehen; daneben dient sie der Gewinnung bzw. zur Konturgewinnung neuer Rechtsregeln.<sup>251</sup> Da in einem nach vorne offenen Rechtsverhältnis ex ante nicht alle Pflichten exakt festgelegt werden können, bedarf es eines Prinzips, das es erlaubt, Pflichten zum Tun oder Unterlassen inhaltlich zu konkretisieren. Die Bindung an dieses Prinzip als Rechtspflicht ist - als Generalklausel formuliert - der Inhalt der Treupflicht.<sup>252</sup> Die Treupflicht im Kapitalgesellschaftsrecht ist als Bild zu aufzufassen: Sie ist ein Ausdruck für die Rückbindung des Gesellschafters,<sup>253</sup> wobei sie richtigerweise als Inhalt eines umfassenden Rechtssatzes zu begreifen ist.<sup>254</sup>

Hier soll kein Versuch unternommen werden, eine eigentliche Definition der Treupflicht aufzustellen;<sup>255</sup> dies scheint aufgrund der damit verbundenen begrifflichen Verfestigung weder sinnvoll noch möglich - und erscheint überdies auch nicht nötig.<sup>256</sup>

---

<sup>248</sup> Sowie, was die Treupflicht zwischen den Gesellschaftern betrifft, Rücksicht auf die Belange dieser Gesellschafter; vgl. hierzu, auf BGHZ 65, 15, 18 aufbauend, Lamprecht, Haftung des Aktionärs für die treupflichtwidrige Stimmabgabe (1996), S. 1373.

<sup>249</sup> Vgl. hierzu auch das oben in diesem Teil unter E.I.3.c. und d. zum Eigeninteresse als Maß für die Einflußnahme bzw. Grenze der Wahrung des Gesellschaftsinteresses Gesagte sowie gleich unten.

<sup>250</sup> Die teilweise ineinander übergehen, bzw. von der Abgrenzung bzw. jeweiligen Betrachtungsperspektive unterschiedlich gegeneinander abgegrenzt werden; so steht etwa für Immenga, Bindung durch Treupflichten (1992), S. 204 die Schrankenfunktion im Vordergrund, zu der bei der GmbH die Begrenzung von Rechtsmacht und die Loyalitätsfunktion als weitere Funktionen der Treupflicht hinzukommen. Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 230, der im übrigen aaO. sich teils auf Immenga bezieht, sieht dagegen nur Schranken- und Ermächtigungsfunktionen. Gerade die - etwa hier für die unterschiedliche Funktionsbeurteilung ursächliche - Berührung von Treupflichtsproblematik und Rechtsmißbrauchsansatz, vgl. hierzu gleich unten unter 2.c.ee., andererseits verdeutlicht, daß unter der als "Treupflicht" bezeichneten Pflichtenbindung ein immanenter Teil der gesamten Privatrechtsordnung zu verstehen ist.

<sup>251</sup> Vgl. statt aller Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 230 m.w.N. und näher hierzu gleich unten unter 3.b.

<sup>252</sup> Ähnlich zur Funktion der Treupflicht etwa Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 166 m.w.N.

<sup>253</sup> Dieser ausdrucksstarke Gedanke der mitgliedschaftlichen Rückbindung in das System, in concreto die Kapitalgesellschaft, findet sich bei Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 90. Die altbekannte und länderübergreifende Natur des Treupflichtansatzes betont etwa Wiedemann, Anmerkung zum Linotype-Urteil (1989), S. 447, der erklärt, daß für ihn die Treupflicht-Rechtssprechung das deutsche Aktienrecht auf einen höheren Standard hebe.

<sup>254</sup> So wird eine Verletzung der Treupflicht, wenn sie gleichzeitig die Voraussetzungen für die Verletzung einer (allgemeinen) Sorgfaltspflicht erfüllt, systematisch von dem die Treupflicht beinhaltenden Rechtssatz umfaßt; vgl. hierzu etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 494.

<sup>255</sup> Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 69 hat etwa die Treupflicht als Generalklausel so formuliert: *"Die Gesellschafter sind verpflichtet, in Ausübung ihrer im Gesellschaftsinteresse begründeten mitgliedschaftlichen Befugnisse diejenigen Handlungen vorzunehmen, die der Förderung des Gesellschaftszwecks dienen, und zuwiderlaufende Maßnahmen zu unterlassen. Bei der Ausübung eigennütziger Mitgliedsrechte sind die Schranken einzuhalten, die sich aus dem Verbot einer willkürlichen oder unverhältnismäßigen Rechtsausübung ergeben. Auf die mitgliedschaftlichen Interessen anderer Gesellschafter ist angemessen Rücksicht zu nehmen."*

<sup>256</sup> Gegen den Versuch, die Treupflicht in einem einheitlichen Rechtssatz zu formulieren, zu Recht auch Immenga, Bindung durch Treupflichten (1992), S. 208. Vgl. näher hierzu die Ausführungen

Die Treupflicht wird teilweise als Pflicht zum Handeln im fremden Interesse aufgefaßt und als eine Form von Treuhand angesehen.<sup>257</sup> Dies Verständnis der Treubindung als fiduziarische Pflichtbindung beruht darauf, daß für die Gesellschafter Eingriffsmöglichkeiten in sowie Verfügungsgewalt über die in der Gesellschaft zusammenlaufende Interessen bestehen. Diese Eingriffs- und Verfügungsmöglichkeiten können jedoch nicht völlig grenzenlos, nicht ohne Rückbindung sein: Es kann dort keine Freiheit zur Willkür geben, wo andere Interessen betroffen sind. Folgerichtig ist die Treupflicht richtig als Gegenstück zu dieser Pflichtenbindung angesehen worden. Die Treupflicht ist aufgrund der zu schützenden Interessen anderer, einschließlich derer Freiheit, als notwendige Korrektur dieser "*Freiheit aller am Wirtschaftsleben Beteiligten*" zu verstehen.<sup>258</sup> Schlagwortartig könnte man die Treupflicht dementsprechend als die mit der Freiheit des Gesellschafters unlöslich verbundene Verantwortung bezeichnen.<sup>259</sup> Schlagwortartig: Das Ausüben von Rechten ist nur in den Grenzen der Treubindung erlaubt. Das Haftungsprivileg beinhaltet keine Willkürsprivilegierung.<sup>260</sup> Die Treupflicht ist heute ein gesicherter und nicht länger zur Diskussion stehender Bestandteil des deutschen Gesellschaftsrechts,<sup>261</sup> dabei soll jedoch nicht verschwiegen werden, daß der Treupflicht-Ansatz in Deutschland auch Gegner hat.<sup>262</sup>

---

unten unter 5.a. zum Inhalt der Treupflicht und unter IV.1.c. zu einer *ohne eigentliche Definition der Treupflicht* denkbaren Regelung.

<sup>257</sup> Vgl. nur Lamprecht, Haftung des Aktionärs für die treupflichtwidrige Stimmabgabe (1996), S. 1373 m.w.N.

<sup>258</sup> Vgl. so auf die Freiheit der Stimmrechtsausübung bezogen Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 484.

<sup>259</sup> Vgl. zum Zusammenhang von Rechtsmacht und Verantwortung gleich unten unter 5., auf die Abgrenzung zum im Kapitalgesellschaftsrecht eben nicht geltenden Gleichlauf von Herrschaft und Haftung, vgl. hierzu oben in diesem Teil unter A.IV.2., sei hier nur hingewiesen.

<sup>260</sup> Diesem Ansatz kann für die Aktiengesellschaft auch nicht unter Hinweis auf eine gesetzliche Wertung aus § 54 AktG, wonach den Aktionär nur die Pflicht zur Leistung der Einlage trifft, oder dem generellen Hinweis auf das Haftungsprivileg nach § 1 AktG widersprochen werden. Wie bereits Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 487 und 494 darlegt, kennt auch das AktG in § 117 AktG, vgl. dazu näher oben in diesem Teil unter D.I.2., eine Schadensersatzpflicht für denjenigen, der unter Benutzung seines Einflusses die Gesellschaft schädigt, eine Ersatzpflicht. Hieraus folgt, daß einer Haftung wegen treupflichtwidrigen Verhaltens institutionelle Bedenken nicht entgegenstehen sollten. Denn es handelt sich dabei letztlich lediglich um eine systemstimmige Weiterführung des jener Haftung zugrundeliegenden Gedankens auf ein nur stückweise geregeltes Problemfeld.

<sup>261</sup> Vgl. hierzu die gesamte Darstellung und insbesondere die Darstellung gleich anschließend zur Grundlage der Treupflicht .

<sup>262</sup> Als namhafter Gegner eines Treupflichtansatzes sei erwähnt Werner Flume; vgl. etwa Flume, Rechtsprechung zur Treupflicht (1995), S. 161ff. Ähnlich vertritt problembezogen etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), durchgehend und zusammenfassend etwa S. 328f., die Auffassung, die "Rechtsfigur der gesellschaftlichen Treupflicht" eines Gesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern bzw. gegenüber der Gesellschaft fehle die "*nötige rechtsdogmatische Fundierung und Eingrenzung.*" In ihrer gegenwärtigen Form sei sie nicht mehr als eine Leerformel, die angesichts der Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts entbehrlich sei. Die Kritik am Treupflichtansatz wird von der herrschenden Meinung zum Teil als Nörgelei abgetan wird; Zöllner, DB 89, 913ff. erlaubt sich so beispielsweise, Flume als "ewigen Nörgler" zu bezeichnen - diese Titulierung allein mag gleichzeitig aufzeigen, daß die Diskussion nicht immer sachlich und personenunabhängig geführt wird.

Betont sei noch, daß zu Recht wiederholt davor gewarnt worden ist, daß sozial-moralische Beziehungen oder ethisch-moralische Werte mit dem Begriff der Treupflicht assoziiert werden. Es ist zwischen allgemeinem und juristischem Sprachgebrauch zu sondern. Der Ansatz einer gesellschaftsrechtlichen Treupflicht beinhaltet keinerlei ethische, moralisch beurteilende oder gar wertende Dimension.<sup>263</sup>

Im folgenden soll die Treupflicht systematisch eingeordnet werden, die einzelnen Kriterien bei der Frage einer Treupflichtverletzung sollen dabei hier nicht in der bereits an zahllosen Stellen dargestellten Form aufgegriffen werden. Die vorliegende Darstellung zielt weniger auf die theoretische Durchdringung sämtlicher mit der Treupflicht angesprochenen Facetten. Es geht ihr vielmehr um die Bedeutung und Einbettung sowie Nutzbarmachung des Treupflichtansatzes für die hier behandelte Haftungsproblematik im Recht der verbundenen Unternehmen.<sup>264</sup>

### **b. Vorbemerkung zur Frage der Grundlage der Treupflicht**

Es ist bereits mehrmals festgestellt worden, daß man sich (zu) lange mit der Begründung der Loyalitätspflicht aufgehalten habe; es müsse in Zukunft darum gehen, die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegebene Möglichkeit auszunutzen, Rechtssätze und

<sup>263</sup> Vgl. statt aller etwa Immenga, Bindung durch Treuepflichten (1992), S. 206f.; Kübler, Gesellschaftsrecht (5. Aufl., 1994) § 6.II.2.c. Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 38 m.w.N. betont ähnlich zu Recht, daß die Treue nicht nur ein Begriff aus sittlichen Kategorien, sondern gleichfalls Bestandteil rechtlicher Sprachkategorien - mit durchaus eigener Bedeutung - ist; vgl. insgesamt zur Kritik am Terminus Treupflicht darstellend etwa Jilg, aaO., S. 9ff. Stattdessen wird betont, die Treupflicht sei lediglich juristischer Ausdruck für jenen immanenten Bestandteil der Mitgliedschaft, der für einen Gesellschafter eine erhöhte eigene verbandsrechtliche Pflichtenstellung gegenüber dem Verband beinhaltet; vgl. hierzu gleich unten unter c. Auf die Pflichtenstellung gegenüber anderen Mitgliedern ist im Rahmen dieser haftungsrechtlichen Arbeit nicht näher einzugehen; vgl. dazu unten unter 4.a.

<sup>264</sup> Zu inhaltlichen Kriterien für eine Konkretisierung der Treuepflichten Immenga, Bindung durch Treuepflichten (1992), S. 198ff. Wenn Immenga, aaO. S. 204 mit Recht davor warnt, die Treupflicht in die Nähe des Billigkeitsrechts abgleiten zu lassen, so unterstreicht dies bei gleichzeitiger Ablehnung eines einheitlichen Rechtssatzes von der Treupflicht doch die Notwendigkeit konkreter Kriterien für die Treupflicht. Daß diese zu erarbeiten sind, ist denn auch unzweifelhaft. Hier soll es jedoch vorrangig um die Betonung der offenen Ausrichtung der Treupflicht gehen. Diesem entspricht die Erwägung von Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 59, der meint, bei der Konkretisierung der Treupflicht im Recht der verbundenen Unternehmen vermag nur ein Rückgriff auf die grundlegenden konzernrechtlichen Wertungsbegriffe und die Wertungen, die den aktienrechtlichen Konzernvorschriften zugrundeliegen, zu helfen. Bemerkenswert insofern auch die Gegenüberstellung des Treupflichtansatzes und der von ihm propagierten Organhaftung bei Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2117 m.w.N., wo die Auffassung vertreten wird, die Treuepflichtsthese führe bei einer konsequenten Verfolgung zur Organhaftungsthese. An anderem Ort begründet Wilhelm, Rechtsform und Haftung S. 355 seine Auffassung der Organhaftung denn auch mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Pflichtgebundenheit fremdbezogener Machtausübung, ein Gedanke, der auch bei Treupflichtserwägungen angeführt wird, vgl. hierzu das soeben einleitend unter E.II.2. Gesagte und Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 118. Wilhelm, Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht (1986), S. 2115 vertritt denn auch, daß die Suche nach *konkreten* Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern aufzugeben ist; Wilhelm zielt dabei jedoch *gegen* die Betonung der Treupflicht und auf die Wahrnehmung der juristischen Person als Rechtssubjekt. In einer solchen befürworteten Aufgabe konkreter Rechtsbeziehungen kann gleichzeitig auch eine Besinnung auf eine systemgemäße, nicht konkrete sondern stets zu beachtende, grundlegende Voraussetzung gesehen werden, hier ausgedrückt als Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses einer Gesellschaft, vgl. dazu oben unter E.I., ohne die - als *conditio sine qua non* - die Aufrechterhaltung der Haftungsbeschränkung nicht wertungsstimmig ist. Auf diese systemgemäße Treupflichtsbetrachtung soll es hier ankommen.

Unterrechtssätze des allgemeinen Rechtsprinzips Treupflicht aufzuarbeiten. Dabei, so ist gefordert worden, müsse es das Ziel sein, die konkreten Rechtssätze der Treupflicht auszuprägen.<sup>265</sup> Die unterschiedlichen Ansätze einer Begründung der Treupflicht sollen hier nur gestreift werden - hat die Treupflicht trotz unterschiedlicher Auffassungen zu ihrer Grundlage doch zu Recht inzwischen einen eigenen, gefestigten Platz im Kapitalgesellschaftsrecht. Auf die Grundlage der Treupflicht kommt es letztlich nicht mehr an: Wiederholt ist festgestellt worden, daß die Treupflicht heute a priori existentes verbandsrechtliches Prinzip und als richterliche Generalklausel gewohnheitsrechtlich etabliert ist, und zwar sowohl in ihrer Ausprägung als Rechtspflicht der Gesellschafter zur Gesellschaft<sup>266</sup> wie auch als Rechtspflicht der Gesellschafter untereinander.<sup>267</sup> Die Treupflicht ist aus dem in der Rechtsprechung entwickelten Recht der verbundenen Unternehmen nicht mehr fortzudenken. So ist sie denn auch die Grundlage der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern.<sup>268</sup>

Das Rechtsprinzip der Treupflicht war eine nötige Leistung der Rechtsfortbildung, um zu einer Lösung für nicht geregelte Probleme zu gelangen.<sup>269</sup> In der Literatur ist eine der Grundsatzentscheidungen zur Treupflicht denn auch mit den Worten "Der Gerechtigkeit eine Gasse" eingeleitet worden.<sup>270</sup>

---

<sup>265</sup> Allgemein so Wiedemann, Anmerkung zum Linotype-Urteil (1989), S. 447; diesem folgend etwa Binnewies, Konzerningangskontrolle (1996), S. 397. Daß die Treupflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, und nur diese interessiert in der hier behandelten Gläubigerschutzproblematik, vgl. gleich unten unter 4.a., inzwischen in der Literatur feststeht betont (für die GmbH) Stimpel, Innenhaftung des herrschenden Unternehmens (1986), S. 117, und führt anschließend aus, die Treuepflicht sei in der GmbH heute nicht mehr diskussionsbedürftig; ebenso etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 325. Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 482 meint - den Stand der Diskussion berücksichtigend, daß die Treupflicht nicht mehr im einzelnen zu begründen sei - und arbeitet deshalb lediglich Folgefragen auf. Vgl. zur Existenz einer Treupflicht im Aktienrecht statt aller etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), passim sowie die Ausführungen gleich unten.

<sup>266</sup> Für die hier behandelte Haftungsfrage interessiert nur diese Ausprägung der Treupflicht, vgl. hierzu gleich unten unter 4.a.

<sup>267</sup> Vgl. statt aller für die ganz herrschende Meinung Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 166; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997) S. 588ff. m.w.N.

<sup>268</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter C.V.5. Insofern erscheint es bemerkenswert, daß es als symptomatisch für die Entfernung des Haftungstatbestandes von seiner Rechtsgrundlage angesehen worden ist, daß in der neueren Literatur teilweise nur noch die Haftungsvoraussetzungen in Frage gestellt worden sind, während die Rechtsgrundlage - die Analogie zu §§ 302, 303 AktG - als unstrittig behandelt worden ist; vgl. so - und dies kritisierend - beispielsweise Bitter/Bitter, Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung durch das BAG (1996), S. 2158 m.w.N., die dementsprechend mit einem Teil der Literatur die Entwicklung im qualifiziert faktischen Konzern als möglichen Schritt zu einer allgemeinen Intransparenzhaftung in der GmbH bzw. einer Durchgriffshaftung wegen Mißbrauchs der Haftungsbeschränkung einstufen. (aaO. S. 2159); anders etwa Hommelhoff, Das Recht der Konzernhaftung (1994), S. 419. Bemerkenswert ist dabei insofern, daß die - als Anknüpfungspunkt im geltenden Recht nötige - Rechtsgrundlage des Haftungstatbestandes nicht mehr diskutiert wird - dies gilt für die Treupflicht im allgemeinen wie den auf sie aufbauenden Tatbestand des qualifiziert faktischen Konzerns.

<sup>269</sup> Vgl. zur Veranschaulichung etwa die Darstellung oben im zweiten Teil unter C.3.

<sup>270</sup> So etwa Wiedemann, Anmerkung zum Linotype-Urteil (1989), S. 447, der aaO. den englischen Richter Lord Lindley in *Allen v. Gold Reefs of West Africa, Ltd* [1900] 1 Ch. 656, 671 zitiert, der zu jener Macht (power), als dessen Gegenstück die Treupflicht aufzufassen ist, anführt: "... *it must, like all other powers, be exercised subject to those general principles of law and equity which are applicable to all powers [...] It must be exercised, not only in the manner required by law, but also*

Während die Treupflicht heute als gesicherter Teil des Kapitalgesellschaftsrechts aufzufassen ist, ist die Grundlage der, der Gerechtigkeit eine Gasse bahrenden und inzwischen weitgehend akzeptierten, Treupflicht auch heute noch nicht endgültig, etwa durch klare Äußerungen des Bundesgerichtshofes geklärt. Da die Existenz der Treupflicht und ihr grundsätzlicher Umfang und Inhalt im wesentlichen anerkannt sind, erscheint eine Grundsatzfragen erörternde Stellungnahme des BGH aus praktischer Sicht jedoch nicht erforderlich.<sup>271</sup>

### **c. Zur Grundlage der Treupflicht**

Bereits früh wurde als Grundlage der Treupflicht das von gegenseitigem Vertrauen getragene Gemeinschaftsverhältnis angeführt, ebenso ist an eine Allgemeinverbindlichkeit der gesellschaftsrechtlichen Förderpflicht in § 705 BGB angeknüpft, eine gesellschaftsrechtliche Verdichtung des § 242 BGB herangezogen oder auf ein besonderes, sich aus der "Haftungs- und Arbeitsgemeinschaft ergebendes" Vertrauensverhältnis abgestellt worden - und zahlreiche weitere Gesichtspunkte und Kombinationen möglicher Grundlagen wurden an zahlreichen Stellen erörtert.<sup>272</sup>

Die Diskussion um die Grundlage der Treupflicht soll dem oben Gesagten entsprechend hier nicht in allen Einzelheiten oder in ihrem Verlauf nachgezeichnet werden - aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Entwicklung der Treupflicht einem Bedürfnis entsprochen hat. Ein Versuch der dogmatischen Einordnung eines pragmatisch erreichten Ergebnisses erscheint für die Treupflicht, die nach verbreiteter Auffassung eben einem Bedürfnis entspricht, wenig ergiebig.<sup>273</sup> Die Treupflicht ist nicht aus dem Gesetz abzuleiten,

---

*bona fide for the benefit of the company as a whole, and it must not be exceeded.*" Daß es um die Herstellung der Gerechtigkeit geht, darf jedoch nicht dazu führen, daß über die Treupflicht der richterlichen Billigkeitsjustiz Tür und Tor geöffnet werden; vgl. hierzu richtig bereits Henrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 254 - statt dessen ist eine rational kontrollierbare Entscheidung zu erreichen; daß dies möglich ist, stellt denn auch Henrichs, aaO., fest; für die Anwendung von Generalklauseln ist dies bereits oben im ersten Teil unter D.II.4. dargelegt worden; vgl. zur Konkretisierung der Treupflicht gleich unten unter 5.

<sup>271</sup> Vgl. hierzu auch Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 491. Zu Henze, der als Mitglied des II. Zivilsenats des BGH geäußert hat, der BGH habe zur Frage "der gesetzlichen Grundlage" der Treupflicht bisher gar nicht Stellung genommen, etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 4, der dies als erstauulich bezeichnet, und aaO. S. 47 die Gesetzesbindung des BGH nach Art. 20 Abs. 3 GG betont, wonach die erstmalige Anerkennung eines Rechtsinstitut - der Treupflicht - durch den BGH einer eingehenderen Begründung erfordert hätte.

<sup>272</sup> Gleich anschließend wird auf die wesentlichsten dieser Ansätze summarisch eingegangen, Darstellungen zur Grundlage der Treupflicht finden sich vielerorts, ein guter Überblick, konkret bezogen auf die GmbH, findet sich etwa bei Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988), einleitend; Lutter/Hommelhoff, GmbHG (14. Aufl., 1995) § 14 Rn. 15; Zöllner in Baumbach-Hueck, GmbHG (1996), § 13 Rn. 19ff. (jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Daß die Frage nach der Grundlage der Treupflicht gerade bei Fragen zu abhängigen Kapitalgesellschaften zu stellen ist, illustriert mit seinen Ausführungen deutlich Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 53ff.

<sup>273</sup> Auf die unterschiedlichen Einordnungen soll hier deshalb gar nicht eingegangen werden, sie reichen von der verbandsrechtlichen Voraussetzung bis zur schuldrechtlichen Einordnung der Treupflicht, bei denen die Treupflicht beispielsweise als grundsätzlich einem Auftragsverhältnis entsprechend eingeordnet wird, vgl. so etwa Lamprecht, Haftung des Aktionärs für die treupflichtwidrige Stimmabgabe (1996), S. 1373f. Die unterschiedlichen Auffassungen der Einordnung etc. sind anschaulich beispielsweise diskutiert bei Henrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 228ff.

einzelne Gesetzesbestimmungen sind vielmehr als Ableitungen,<sup>274</sup> Konkretisierungen<sup>275</sup> oder Kristallisationsstellen des allgemeinen Prinzips der Treupflicht zu verstehen. Den unterschiedlichen Ansatzpunkten entsprechend erscheint die Diskussion um die Grundlage leicht verwirrend.<sup>276</sup> Hier seien einige dieser Ansätze deshalb nur angesprochen, bevor die nach hier vertretener Auffassung die Treupflicht tragende Betrachtung der sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Treubindung dargestellt wird.

#### **aa. Eigenständige Grundlage aus dem gesetzlichen Begründungszusammenhang:**

Der Versuch liegt nahe, aus Spezialvorschriften auf induktive Art zu einem übergeordneten Prinzip zu gelangen<sup>277</sup> - und so einen eigenständigen Grundsatz der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht aufzustellen. Einem solchen Ansatz werden jedoch dogmatischen Bedenken entgegengehalten, wobei insbesondere betont wird, eine derartige weitgreifende Generalklausel wäre aus dem Gesetz allein kaum abzuleiten.<sup>278</sup>

Indes: eine solche Ableitung braucht sich nicht allein auf den Wortlaut des Gesetzes zu stützen; die gesamte Konzeption und der Normzweck der gesetzlichen Regelung sind ebenso heranzuziehen wie die dem Gesetz zugrundeliegenden Schutzgedanken und Wertungen. Dazu ist die Rechtsprechung und die in dieser anzutreffende Rechtsfortbildung zu berücksichtigen. Dementsprechend ist im folgenden zuerst auf diejenigen Gesetzesnormen einzugehen, die als eine mögliche Grundlage der Treupflicht in Frage kommen - um sodann systematische und normzweckorientierte Betrachtungen zur Grundlage der Treupflicht anzustellen.

<sup>274</sup> Vgl. zu den in der heutigen Diskussion stehenden Ableitungsversuchen der Treupflicht etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 39, der selbst meint, es könne zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht von einem schon im Kern gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitut der Treupflicht gesprochen werden - und im folgenden Ausführungen zur Verankerung des Rechtsinstituts in das Werte- und Begriffssystem der Rechtsordnung macht.

<sup>275</sup> So ist etwa die Anfechtungsregelung bei gesellschaftsfremden Sondervorteilen in § 243 Abs. 2 AktG im deutschen Recht denn auch als "*spezifisch gesellschaftsrechtliche Generalklausel, die auf die Konkretisierung des Sittenwidrigkeitsgrundsatzes durch Rechtsprechung und Lehre zurückgeht*," bezeichnet worden; vgl. etwa Zöllner im Kölner Kommentar zum Aktiengesetz § 243 Rd. 70. Dem Ansatz dieser Arbeit entsprechend wird § 243 Abs. 2 als Ausfluß der der Konzeption der Kapitalgesellschaftsgesetze immanenten Treupflicht des Gesellschafters angesehen; vgl. hierzu auch Dreher, Treupflichten zwischen Aktionären (1993), S. 151, 154 m.w.N. Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 261, der ähnlich den § 243 Abs. 2 AktG als einen Fall der Treubindung der Aktionäre ansieht, welcher spezialgesetzlich geregelt worden sei.

<sup>276</sup> Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 225 hat seine Ausführungen zum Begriff, der Rechtsgrundlage und dem Entstehungsgrund der Treupflicht so mit der Feststellung eingeleitet, daß über Begriff und dogmatische Einordnung der "gesellschaftlichen Treupflichten" einige Verwirrung herrsche.

<sup>277</sup> Dies hat für die Aktiengesellschaft bereits Lutter, Zur Treupflicht des Großaktionärs (1976), S. 227ff. versucht, indem es aus § 254 Abs. 2 AktG, § 255 Abs. 2 und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (jetzt § 53a AktG) Rücksichtspflichten herleitete. Dieser induktive Ansatz ist in der deutschen Diskussion auf methodische Bedenken gestoßen - wobei, wie Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 122ff. denn auch selbst sieht, ein Problem eines solchen Ansatzes ist, daß nach diesem Ansatz lediglich die Mehrheit der Treupflicht unterliegt; näher hierzu gleich unten. Auch Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 168 sieht inzwischen die Grundlage der Treupflicht in der Mitgliedschaft in der Gesellschaft als allseitiges Rechtsverhältnis; vgl. hierzu gleich unten unter dd.

<sup>278</sup> Vgl. statt aller darstellend etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 44 m.w.N.



### **bb. Der rein zivilrechtliche Ansatz: Treupflicht aus § 242 BGB**

Von Teilen der Literatur wird § 242 als gesetzliche Grundlage der Treupflicht angeführt.<sup>279</sup> Auch von den Stimmen, die § 242 BGB als Grundlage der Treupflicht befürworten, werden dabei außerhalb des § 242 BGB liegende Betrachtungen zur Begründung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht<sup>280</sup> hinzugezogen.<sup>281</sup> Von anderer Seite wird deshalb vorgeschlagen, als Grundlage der Treupflicht über den § 242 hinauszugehen. Hierfür spricht denn auch, daß als Entstehungsgrundlage für die Treubindungen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft<sup>282</sup> weitgehend die aus dem Organisationsvertrag hervorgegangene Satzung angeführt wird.<sup>283</sup> Von Teilen der Literatur ist dementsprechend die Meinung vertreten worden, die gesellschaftliche Treupflicht sprengt den Rahmen des § 242 BGB. Dabei ist zum einen ausgeführt worden, die Bestimmung werde überfordert,<sup>284</sup> zum anderen ist die gesellschaftsrechtliche Wurzel der Treupflicht hervorgehoben worden. Während einerseits somit die Sonderstellung der

<sup>279</sup> Vgl. statt aller für die Treupflicht als Ausprägung des § 242 BGB etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 228ff. mit versuchter Zurückweisung aller Einwände hiergegen S. 231ff., hiergegen für die Treupflicht der Aktionäre bereits etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 50, den qualitativen Unterschied zwischen § 242 BGB und der Treupflicht betonend.

<sup>280</sup> Hennrichs, aaO. S. 228ff. macht so etwa deutlich, daß prima facie § 242 BGB, und nach der Regel, *lex specialis derogat legi generali*, § 705 BGB, als Rechtsgrundlage der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht heranzuziehen sind, und erörtert m.z.w.N. anschließend näher, warum es ihm "unverkrampt" erscheint, den § 242 als die Grundlage einzuordnen.

<sup>281</sup> Dem entspricht es, daß nicht alle Stellungnahmen zur Grundlage der Treupflicht, die sich in der Diskussion finden, gleich schlüssig sind: So will etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 59 die gesellschaftsrechtliche Treupflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft ohne Einschränkung auf der Grundlage von § 242 BGB anerkennen. Ders., aaO. vorbereitend S. 53ff. und im Ergebnis S. 62 betont jedoch gleichenorts, daß die gesellschaftsrechtliche Treupflicht den Adressaten einer höheren Pflichtenbindung unterwirft als Treu und Glauben. Daraus folge, daß die Treupflicht ein davon losgelöstes, eigenständiges Rechtsprinzip darstelle. Die innere Unstimmigkeit dieser Stellungnahme - entweder ist die Treupflicht auf der Grundlage des § 242 BGB anzuerkennen *oder* aber als eigenständiges Rechtsprinzip - gibt Anlaß zu einer weiterführenden Betrachtung: Jilg selbst, aaO. S. 51ff., sondert zwischen Geltungsgrund und Grundlage der Treupflicht und folgt dabei für die Treupflicht der Vertragstheorie, sieht somit als Grundlage der Treupflicht den Organisationsvertrag, vgl. hierzu gleich unten. Dabei argumentiert Jilg - gestraft - etwa so: Da die Treupflicht Bestandteil der Rechtsbeziehung zwischen Gesellschafter und Korporation sei, könne als Grundlage der Generalklausel nicht auf das Sonderrechtsverhältnis selbst zurückgegriffen werden, sondern müsse, da sie somit Teil des Rechtsverhältnisses zwischen Mitglied und Verband sei, vielmehr die gleiche Rechtsgrundlage wie das Mitgliedschaftsverhältnis haben - welches sich wiederum eben auf den Organisationsvertrag stütze. Wenn man einerseits eine korporationsrechtliche Grundlage der Treupflicht annimmt, so ist man verpflichtet, den Besonderheiten des Gesellschaftsrechts gerecht werden. Wenn man andererseits eine schuldrechtliche Grundlage der Treupflicht annimmt (§ 242 BGB ist als eine der einleitenden Bestimmungen zum zweiten Buch des BGB eine Regelung zum Recht und zum Inhalt der Schuldverhältnisse, und gilt außerhalb des BGB entsprechend nur, soweit das mit den Besonderheiten der jeweiligen Regelung vereinbar ist, vgl. BGHZ 80, 237, so muß man sich fragen, ob § 242 BGB der besonderen, wenn auch mittelbaren - da durch die Gesellschaft vermittelten - Beziehung zwischen einem Gesellschafter und den durch dessen Beeinflussung der Geschicke der Gesellschaft berührten Dritten, wie etwa den hier interessierenden Gesellschaftsgläubigern, gerecht wird. Dementsprechend ist denn auch diskutiert worden, ob es nicht bereits in der Grundlage der Pflichtenbindung eine mit dem Ansatz des § 242 BGB nicht deckungsgleiche Ausrichtung der Rückbindung an die Interessen anderer als gesetzgeberischer Wertung bedarf.

<sup>282</sup> Zur Sonderung zwischen Treupflicht zwischen den Gesellschaftern und der hier interessierenden Treupflicht gegenüber der Gesellschaft gleich unten unter 4.a.

<sup>283</sup> Vgl. statt aller für die Aktiengesellschaft Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 492.

<sup>284</sup> Statt aller etwa Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 103.

Treupflicht gegenüber den allgemeinen Geboten von Treu und Glauben vertreten wird,<sup>285</sup> ist andererseits zu Recht betont worden, daß der Treuegedanke in § 242 BGB seine positivrechtliche Grundlage findet - und daß er sich von dessen anderen Geboten nicht prinzipiell, sondern als konsequente Weiterführung der gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten lediglich in seiner Intensität unterscheidet.<sup>286</sup> Richtig erscheint es, von einer allgemeinen Loyalitätspflicht auszugehen, deren Ausdruck § 242 ist. Diese verdichtet sich aufgrund der bestehenden Sonderverbindung zu konkreten Förderungs- und Interessenwahrnehmungspflichten, die im Gesellschaftsrecht als Treupflichten bezeichnet werden.<sup>287</sup>

### **cc. Vorbemerkung zur spezifisch gesellschaftsrechtlichen Grundlage**

Bei der Frage nach der gesetzlichen Verankerung der Treupflicht ist nach hier vertretener Auffassung über den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB hinauszugehen. In der Literatur ist denn auch ausführlich und überzeugend dargelegt worden,<sup>288</sup> daß die hier diskutierte Treupflicht keine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB ist, sondern Teil des durch die Mitgliedschaft begründeten Sonderverhältnisses. Der Rechtsgrund dieser besonderen Treupflicht ist deshalb nicht § 242 BGB: Die Treupflicht ergibt sich nicht aus dem allgemeinen Schuldrecht, sondern sie fließt aus der Mitgliedschaft.<sup>289</sup> Dies ist denn auch ständige Rechtsprechung des BGHs, der in einer jüngeren Entscheidung erneut festgestellt hat: "*Die Treupflicht ist Ausfluß der mitgliedschaftlichen Beteiligung*".<sup>290</sup> Dieser Auffassung von der Grundlage der Treupflicht wird im folgenden nachgegangen.

<sup>285</sup> Vgl. nur Hueck, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht* (1947), S. 16f; Immenga, *Die personalistische Personengesellschaft* (1970), S. 226ff.

<sup>286</sup> Vgl. nur Roth in *Münchener Kommentar zum BGB* (3. Aufl. 1994), § 242 Rn. 120 und gleich unten zur Intensität der Treupflicht unter d.ff und zur dementsprechend gesteigerten Treupflicht eines herrschenden Unternehmens unter 6.

<sup>287</sup> So die Treupflicht in die mitgliedschaftlichen Pflichten und ihre Sanktionen einordnend etwa K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3. Aufl., 1997), S. 588.

<sup>288</sup> Überzeugend Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft* (1980), S. 102ff., diesem Ansatz folgend etwa BGHZ 103, 184, 195 (Linotype, 1988); vgl. auch K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (1991), S. 436; auf die hier behandelte Haftungsproblematik bezogen etwa Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S. 51ff. m.w.N.

<sup>289</sup> So pointiert für die Treupflicht als mitgliedschaftliche Verpflichtung bei einer die Prinzipienbildung und Differenzierung in der Praxis betonenden Betrachtung etwa Marsch-Barner (1993), S. 173; ebenso pointiert K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3. Aufl., 1997), S. 589; Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft* (1980), S. 102f. und ders., *Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme* (1998), S. 168; Ulmer, Staub/Ulmer, *Großkommentar zum HGB* (1988) § 105 Rdn. 232f. Anderer Ansicht etwa Flume, *Rechtsprechung zur Treupflicht* (1995), S. 164f. der nach *seiner* Würdigung von BGHZ 71, 41, 44 (Kali und Salz) meint, daß die Treupflicht nichts Neues ist, sondern daß zurückzukehren sei zu dem bereits in RGZ 132, 149, 163 aus dem Jahre 1933 ausgedrückten - für Flume erklärtermaßen maßgeblichen - Gedanken der aus der Mitgliedschaft resultierenden Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse; vgl. zu Flume auch K. Schmidt, aaO. Hervorgehoben sei hier, daß Flume - obgleich entgegen der herrschenden Meinung und dem hier vertretenen Ansatz ohne Treupflicht argumentierend - die Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse betont. Vgl. insoweit auch Hüffer, *Treupflicht als Generalklausel* (1990), S. 64ff. oder dens., *AktG* (3. Aufl., 1997) § 53a Rn. 13ff. m.z.w.N.,

<sup>290</sup> Vgl. BGHZ 129, 136, 148 (Girmes, 1995), mit Auflistung der Entscheidungspraxis.

Der spezifische Ansatz zeigt gleichzeitig deutlich, daß es sich bei der Treupflicht um eine spezifische Wertung handelt, die für den hier vertretenen Regelungsansatz von Bedeutung ist.

#### **dd. Zusammenhang von Mitgliedschaft und Treupflicht**

Statt langer dogmatischer Betrachtungen zur Grundlage der Treupflicht, die im Ergebnis von geringer Bedeutung wären, da die Treupflicht durch die Rechtspraxis fester Bestandteil auch des Kapitalgesellschaftsrechts geworden ist, ist nach dem Gesagten richtigerweise festzustellen, daß die Pflicht zu Loyalität und Rücksichtnahme gegenüber der Gesellschaft über den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben hinausgeht. Daß dabei die Mitgliedschaft in der Gesellschaft als allseitiges Rechtsverhältnis die Grundlage der Treupflicht sein muß,<sup>291</sup> ergibt sich aus folgenden Betrachtungen: Inhalt und Funktion der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ist die Pflicht des Gesellschafters, *als Mitglied der Gesellschaft* der Gesellschaft deren Interessen zu wahren, sie insbesondere nicht durch schädigendes Verhalten zu beeinträchtigen sowie sie gegebenenfalls aktiv zu fördern. Die Treupflicht bildet eine allgemeine Verhaltensregel gegenüber der Gesellschaft für die Ausübung von Rechten und sonstigen Befugnissen sowie für weitere Einflußnahmen innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses. Dabei schließt das Einhalten der Treupflichtbindungen eine angemessene Berücksichtigung von Eigeninteressen nicht ganz aus.<sup>292</sup> Aus dem verbandsrechtlichen Ansatz dieser Auffassung<sup>293</sup> ergibt sich, daß Adressat der Treupflicht "*schlechthin jeder Gesellschafter*" ist.<sup>294</sup> Als Ausfluß der mitgliedschaftlichen Beteiligung entsteht eine Treubindung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft,<sup>295</sup> und zwar in der Form, daß zwischen Mitgliedschaftsrecht und Treupflicht

<sup>291</sup> So zum Stand der Diskussion Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 168; vgl. statt aller etwa Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 149 m.w.N., der wie hier die Auffassung vertritt, daß es darüber hinaus keiner weiteren Erörterungen zur Rechtsgrundlage der Treupflicht bedarf, wenn man eben nur anerkennt, daß sie letztlich ausschließlich im Mitgliedschaftsverhältnis wurzelt.

<sup>292</sup> Vgl. hierzu das oben Gesagte; wie hier für die GmbH etwa G. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 22, 25 m.z.w.N. in Rn. 21, der damit, trotz vielfältig variierender Formulierungen den Treupflichtansatz treffend ausdrückt. Dabei wird die hier interessierende Treubindung gegenüber der Gesellschaft angesprochen; vgl. gleich unten in diesem Teil unter E.II.4.a. Die Treubindung gegenüber Mitgesellschaftern, auf die hier nicht näher einzugehen ist, beinhaltet entsprechend eine Rücksichtnahmepflicht auf die Interessen der Mitgesellschafter; vgl. zum Recht eines Gesellschafters auf die Wahrung seiner eigener Interessen gleich unten unter 5.c.aa.

<sup>293</sup> Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 325 meint, seine Darstellung zusammenfassend, die Treupflicht hätte ihre Grundlage unmittelbar in der Satzung der juristischen Person; für die Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 51 m.w.N. Limmer, aaO. S. 52, betont dementsprechend, daß durch die Anbindung der Treupflicht an die Mitgliedschaft das Verbandsverhältnis als Wertungsrahmen zur Konkretisierung der Treupflicht vorgegeben ist.

<sup>294</sup> So explizit und zutreffend Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 483.

<sup>295</sup> So für die Aktiengesellschaft im Anschluß an das Girmes-Urteil Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 492.

Wechselbeziehungen bestehen.<sup>296</sup> Das Bestehen der Treupflicht ist dementsprechend von der Höhe der mitgliedschaftlichen Beteiligung unabhängig, die Treupflicht ist vielmehr unabdingbarer Bestandteil jeglicher Mitgliedschaft.<sup>297</sup> Diese organische Verbundenheit ist so beschrieben worden, daß die Loyalitätspflicht ausschließlich im Mitgliedsverhältnis wurzle, das ganz unabhängig von der personalistischen oder kapitalistischen Realstruktur des Verbandes existiere.<sup>298</sup>

Entsprechend dieser Auffassung ist die Treupflicht heute als fester Bestandteil des Kapitalgesellschaftsrechts, nämlich als gesicherter Bestand des Mitgliedschaftsrechts, anzusehen. Die Treupflicht als *Korrelat der mit der Mitgliedschaft verbundenen Einwirkungsbefugnisse* ist zwar nicht unstrittig;<sup>299</sup> der BGH hat jedoch in seiner neueren Rechtsprechung erneut ausdrücklich die Treupflicht als "*Ausfluß der mitgliedschaftlichen Beteiligung*" angesehen und anschließend bestätigt, daß die Mitgliedschaft "*auf eine in sich abgestimmte Einheit von Rechten, Pflichten und Verantwortung hin angelegt ist*".<sup>300</sup> Vereinigt man diese beiden Aussagen unter dem Gesichtspunkt der Mitgliedschaft zu einer einzigen, so ergibt sich folgende Aussage: *Die Treupflicht des Gesellschafters ist Ausfluß der in sich abgestimmten Einheit von Rechten, Pflichten und Verantwortung, die mit der Beteiligung verbunden ist.* Diesem folgend ergibt sich, daß die Treupflicht für jeden Gesellschafter - ungeachtet der Größe seiner Beteiligung - existiert. Gleichzeitig ergibt sich hieraus, daß von der früheren Frage und inzwischen feststehenden Existenz der Treupflicht danach eindeutig die Frage zu trennen ist, welche konkreten Pflichten sich im Einzelfall aus dieser Treupflicht ergeben.<sup>301</sup>

<sup>296</sup> So zutreffend bereits Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 492. Die mitgliedschaftliche Treupflicht hat dementsprechend Bedeutung für sowohl Mitverwaltungsrechte und Vermögensrechte.

<sup>297</sup> So bereits Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 483, 494.

<sup>298</sup> So für die Loyalitätspflicht einer Mehrheitsgruppe gegenüber den übrigen Teilnehmern etwa Wiedemann, Anmerkung zum Linotype-Urteil (1989), S. 448; vgl. näher zur Bedeutung der Realstruktur einer Gesellschaft für *Inhalt und Intensität* der Treupflicht unten unter 5.e.bb.

<sup>299</sup> Dafür hat sich früh ausgesprochen Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), S. 342: "*Dem Maß der Einwirkungsmöglichkeit, dem Spielraum des Ermessens für die Rechtsausübung und dementsprechend der Stärke des - zumindest sachlichen - sich Anvertrauenmüssens entspricht eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf Verbands- und Gesellschafterinteressen. Auf die Art des Verbands kommt es dabei nicht an.*" Ders. meint - die Korrelation ausdrückend - in der Einleitung zum Kölner Kommentar zum AktG (1. Aufl.) Rn. 169, als Ausdruck der Treubindung hätte "*dem Maß des Einflusses das Maß der Verantwortung zu korrespondieren.*" Um nicht auf das Schlagwort vom Gleichlauf von Herrschaft und Haftung zu verfallen, vgl. dazu oben im zweiten Teil unter A.IV.II. und unten unter 5.d., ist dabei zu bemerken, daß also nicht Einfluß und Verantwortung unmittelbar korrespondieren, sondern daß die jeweiligen Maße zu korrespondieren haben: Damit ist also bereits früh angedacht worden, daß die Treupflicht als Maßstab für die Verantwortung herangezogen werden kann, wie dies diese Arbeit versucht. Denn: der Kern des Treupflichtsgedankens besteht eben darin, daß dem Maß des Einflusses das Maß der Rücksichtnahmepflicht gegenüber den Interessen der Gesellschaft entspricht; vgl. hierzu Lamprecht, Haftung des Aktionärs für die treupflichtwidrige Stimmabgabe (1996), S. 1373 und das oben unter 2.a. Gesagte.

<sup>300</sup> So etwa für die Aktiengesellschaft, sein Urteil vom 11.10.1976 (=WM 1976, 1247, 1250) bestätigend, der BGH in BGHZ 129, 136, 148 (Girmes, 1995).

<sup>301</sup> Vgl. hierzu bereits K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl. 1997) S. 593f.; diesem folgend etwa Hennrichs, aaO S. 241 m.w.N. und Betrachtungen auch anderer Auffassungen. Daß andere Auffassungen auch für die hier behandelte Frage existieren illustriert Reimer, Unternehmerisches

Aus dieser ganzheitlichen Betrachtung der Mitgliedschaft ergibt sich des weiteren, daß derjenige Gesellschafter, der seine Rechte auf eine Weise ausübt, die gegenüber der Gesetzeskonzeption ein Mehr bedeuten, und somit mehr Rechte ausübt, als in der gesetzeskonzeptionellen Einheit von Rechten, Pflichten und Verantwortung angelegt sind, eine entsprechende Zunahme von Pflichten und Verantwortung in Kauf nehmen muß. Denn das Sonderrechtsverhältnis zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen beruht ebenso wie dessen Einflußmöglichkeit auf der Mitgliedschaft.<sup>302</sup> Für den Fall, daß ein Gesellschafter - und verstärkt ein herrschendes Unternehmen<sup>303</sup> - diesen Pflichten nicht nachkommt, wächst seine Verantwortung umso stärker. Solche Betrachtungen gehen dabei nicht etwa in Richtung einer um das Gläubigerinteresse kreisenden materialen Verantwortungsethik.<sup>304</sup> Vielmehr zeigt eine solche - ganzheitliche - Betrachtung, wie sich systemkonform eine gesteigerte Verantwortung durch die Treupflichtsbetrachtung nicht nur rechtfertigt, sondern geradezu als Korrektiv verlangt werden muß. Mehr noch: die Treupflicht ist dem gesetzlichen System immanent,<sup>305</sup> und die Bindung an den Gesetzeszweck kann eben als Teil der Treubindung verstanden werden.<sup>306</sup>

#### **ee. Zum Verhältnis von Treupflicht und Rechtsmißbrauch**

Nicht jeder Treupflichtverstoß ist notwendigerweise als Rechtsmißbrauch im Sinne des § 242 BGB anzusehen - umgekehrt erfüllt jedoch die rechtsmißbräuchliche Wahrnehmung eines Mitgliedschaftsrechtes<sup>307</sup> stets die Voraussetzungen der Verletzung einer

---

Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 154, der grundsätzliche Kritik an der Rechtsfigur der "gesellschaftlichen Treupflicht" übt. Reimer meint, der Versuch, die Intensität der anspruchsbegründenden Treupflicht nach ihrer Ausprägung im Einzelfall abzustufen, vermöge bereits deshalb nicht zu überzeugen, weil er weder den von Reimer als erforderlich angesehenen klar abgegrenzten Katalog nachvollziehbarer und meßbarer Beurteilungskriterien, noch eine Aussage zur Gewichtung der einzelnen Kriterien untereinander liefere; vgl. gegen das letztere gleich unten in diesem Teil unter E.II.5.

<sup>302</sup> Ähnlich für die GmbH bereits K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 1218.

<sup>303</sup> Vgl. hierzu näher unten in diesem Teil unter E.II.5. und 6.

<sup>304</sup> Sich von einer solchen distanzierend etwa Mertens, Anmerkung zum Video-Urteil (1991), S. 434 m.w.N.

<sup>305</sup> Dies ist denn auch bereits diskutiert worden: Beispielsweise Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), passim und ebenso Winter, Mitgliederschaftliche Treubindungen (1988), passim geht es eben um die Entwicklung solcher immanenter Schranken unter Treupflichtgesichtspunkten; wenn letzterer etwa bei der Erörterung der aus der Treupflicht abzuleitenden Schranken des Informationsrechts nach § 51 a Abs. 2 GmbHG darlegt, die Bestimmung behandle "*einen typischen, keineswegs aber den einzigen Fall, in dem die Geltendmachung des Informationsrechts treupflichtwidrig ist*", so drückt dies beispielhaft die Treupflicht als "*Korrelat der mit der Mitgliedschaft verbundenen Einwirkungsbefugnisse*" (aaO. S. 124) aus. Gleichzeitig zeigt sich hierbei die Treupflicht als denknotwendige Ergänzung für die Wechselwirkung zwischen Rechten und Pflichten in dem u.a. die Haftungsbeschränkung erst ermöglichenden System des Kapitalgesellschaftsrechts.

<sup>306</sup> So etwa Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl, 2000), Anh. 47 Rn. 50, wo betont wird, daß eine scharfe Trennung zwischen Treubindung und Bindung an den Gesetzeszweck nicht mehr möglich sei.

<sup>307</sup> Mit einer an den Rechtsmißbrauchsgedanken und an eine Mißbrauchsbetrachtung des BGH anknüpfenden einfachen Formulierung könnte man diese als Bestreben des Gesellschafters nach einer Leistung "*auf die er keinen Anspruch hat und billigerweise auch nicht erheben kann*"

gesellschaftsrechtlichen Treupflicht. Entsprechend dem Gesagten ist der Grund hierfür, daß die Treupflicht eben eine gesellschaftsspezifische Verdichtung der allgemeinen Loyalitätspflicht zu einer intensiveren Verpflichtung ist. Da der in § 242 enthaltene Rechtsgedanke ohnehin zu den Grundlagen der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht gehört, umfaßt der umfassendere Aspekt der Treupflichtverletzung auch die Würdigung einer rechtsmißbräuchlichen Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten. Die Rechtsmißbrauchsfälle sind somit in die Generalklausel der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht einzubetten.<sup>308</sup>

Für die hier behandelte Haftungsfrage ergibt sich eine Parallele zu dem einleitend<sup>309</sup> dargelegten Anknüpfungspunkt bei Durchgriffsbetrachtungen: Auch bei dem als Durchgriff diskutierten Haftungsansatz hat sich das allgemeine Verständnis des Durchgriffs gewandelt; frühe Mißbrauchsbetrachtungen wurden weitestgehend verlassen, und da sie inzwischen durch die objektive Durchgriffslehre verdrängt wurden,<sup>310</sup> wird heute zu Recht allgemein die Normanwendungslehre bei Durchgriffsbetrachtungen anerkannt. Bei dieser werden<sup>311</sup> die einzelnen Normen eben im Rahmen des Normenkomplexes gesehen, auf dessen Ratio und Interessenbewertungen aufbauend die jeweilige Lösung zu finden ist.<sup>312</sup> Ebenso ist bei auf die Treupflicht aufbauenden Haftungserwägungen der Ratio des Normgefüges zu folgen, um, auf eine Interessenbewertung des Einzelfalls<sup>313</sup> aufbauend, konkret über das Vorliegen einer Treupflichtverletzung zu entscheiden.

Interessant ist für die hier behandelte Problematik insoweit noch,<sup>314</sup> daß es beim institutionellen Rechtsmißbrauch<sup>315</sup> - etwa im Gegensatz zum individuellen Rechtsmißbrauch - nicht um einen individuellen Vorwurf geht. Stattdessen geht es darum, ob die Ausübung eines Rechts gegen den Zweck des Rechtsinstituts, dem das jeweilige

---

abgrenzen; so BGHZ 107, 296ff. (Kochs/Adler, 1988) für rechtsmißbräuchliches Zahlungsbegehren eines Anfechtungsklägers; vgl. zur Nähe des Treupflichtsansatz und des Rechtsmißbrauchs auch BGHZ 103, 184, 191 (Linotype, 1988), wo der BGH zurecht betont, daß bei derlei Betrachtungen das Vorliegen der relevanten Voraussetzungen jeweils der Prüfung im Einzelfall bedürfe (in casu: des Rechts zur Beendigung des Gesellschaftszwecks und damit zugleich die im Zuge der Vereinbarung über den Gesellschaftszweck geschaffenen Rechte einer Minderheit zu beseitigen).

<sup>308</sup> Wie hier nachdrücklich bereits Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 494.

<sup>309</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B.IV.2.

<sup>310</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B.IV.2.b.

<sup>311</sup> Vgl. näher oben im ersten Teil unter B.III.2.b., B.IV.2.c. und C.II.6.

<sup>312</sup> Vgl. erneut oben im ersten Teil unter B.IV.2.c., wo der Zusammenhang zwischen der die Haftungsbeschränkung rechtfertigenden Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsnormen dargestellt wird und die Einheitlichkeit der Vorschriftengruppe herausgestellt wird.

<sup>313</sup> Vgl. hierzu gleich unten unter 5.c.

<sup>314</sup> Vgl. gleich unten unter III. zur Beweislastverteilung.

<sup>315</sup> Vgl. dazu auf die hier behandelte Problematik bezogen etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.264ff. m.w.N., der - für die hier behandelte Haftungsregelung illustrativ - in engem sachlichen Zusammenhang auf die Frage der immanenten Grenzen subjektiver Rechte und den institutionellen Rechtsmißbrauch eingeht.

Recht funktionell zugehört, verstößt.<sup>316</sup> Bemerkenswert ist insofern, daß bei gesellschaftsrechtlichen Betrachtungen zum Rechtsmißbrauch die Beweisschwierigkeiten dazu geführt haben, daß bei der Feststellung einer rechtsmißbräuchlichen Motivation weitgehend auf Indizien abgestellt wird.<sup>317</sup> Dies wird bei den anzustellenden Betrachtungen zur Beweislastfrage für den hier behandelten Ansatz zu berücksichtigen sein.<sup>318</sup>

### **3. Rechtsformübergreifende Charakter der Treupflicht**

Es ist lange darüber gestritten worden, bei welchen Gesellschaften und Verbänden Treupflichten anzuerkennen sind. Nach dem Gesagten erübrigt es sich, auf diese Diskussion einzugehen, weil die Treupflicht der Mitgliedschaft immanent ist.<sup>319</sup> Somit besteht die Treupflicht in jedem Verband. Wie angedeutet lassen sich Umfang, Intensität und Schutzrichtung der jeweiligen Treupflicht dagegen nicht für alle Verbände und ebensowenig für jede Rechtsform bestimmen. Vielmehr bedarf es einer Konkretisierung des Gehalts der Treupflicht im Einzelfall. Bevor auf die Handhabung der Treupflicht im Einzelfall eingegangen werden kann,<sup>320</sup> ist im folgenden kurz zu begründen, warum bei Treupflichtbetrachtungen das Ergebnis nicht von der Rechtsform abhängen kann. Dabei wird nach dem oben Gesagten davon ausgegangen, daß es zur Bestimmung des Ausmaßes der Treupflicht darauf ankommt, in welchem Umfang personalistische und kooperative Elemente in der konkreten Gesellschaft zum Tragen kommen, während die Frage, ob ein Verstoß gegen diese konkret bestimmte Treupflicht vorliegt, von dem Ausmaß der jeweiligen Interessenbeeinträchtigung im jeweiligen Einzelfall abhängt.<sup>321</sup>

#### **a. Darlegung und Erläuterung des rechtsformübergreifenden Ansatzes**

Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht stellt im geltenden Recht "*eines der dominierenden Elemente der "Legalordnung" aller Gesellschaftsrechtsformen dar.*"<sup>322</sup> Als Ausfluß der mitgliedschaftlichen Beteiligung, die bei allen Gesellschaftstypen existiert,<sup>323</sup> ist die Treupflicht als ein rechtsformübergreifender Bestandteil jeder Gesellschaft aufzufassen:<sup>324</sup> Das allen Gesellschaftsformen immanente Rechtsprinzip variiert nur

<sup>316</sup> Vgl. hierzu nur L. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in Summun ius summa iniuria, Tübinger Ringvorlesung 1963, Tübingen 1963, S. 145ff.

<sup>317</sup> Vgl. darstellend hierzu etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 145ff., der gerade die Nähe der Rechtsmißbrauchsproblematik zur Treupflichtfrage illustriert.

<sup>318</sup> Vgl. hierzu gleich unten unter III.

<sup>319</sup> Vgl. das soeben in diesem Teil unter E.II.2.c.dd. Gesagte.

<sup>320</sup> vgl. gleich unten in diesem Teil unter E.II.5.

<sup>321</sup> Ähnlich bereits K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997) S. 593. Dies sei hier nur vorweggenommen, näher hierzu gleich unten unter E.II.5.

<sup>322</sup> So explizit Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 482.

<sup>323</sup> Vgl. zum Zusammenhang von Mitgliedschaft und Treupflicht oben unter 2.c.dd.

<sup>324</sup> So explizit etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 499. Bereits einleitend betont, Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 4 m.w.N.; daß die Treupflicht im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht ausnahmslos verankert ist, und beschreibt einleitend in seiner Arbeit die

inhaltlich.<sup>325</sup> So ist die Treupflicht denn auch vom BGH richtig als rechtsformübergreifender Bestandteil aller Gesellschaftstypen vorausgesetzt worden.<sup>326</sup> In einer Entscheidung, in der uneingeschränkt anerkannt wird, daß die Treupflicht zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern<sup>327</sup> besteht, wird festgestellt, "*daß es für die Annahme einer gesellschaftsrechtlichen Treupflicht nicht auf die Rechtsform der Gesellschaft, sondern im wesentlichen nur auf ihre innere Struktur ankommen kann*".<sup>328</sup> Für die hier behandelte Haftungsfrage bei abhängigen Kapitalgesellschaften ist beim Gedanken der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft diesbezüglich eine Wertungsparallelität zwischen dem GmbH- und dem Aktienkonzernrecht besonders hervorzuheben: Der Schutz von Gesellschaftsgläubigern wird durch die Statuierung von auf die abhängige Gesellschaft bezogenen Pflichten bewirkt - der Schutz der Gläubiger geschieht mittelbar auf dem Wege eines unmittelbaren Schutzes der Gesellschaft.<sup>329</sup> Dies stimmt mit einer funktionalen Bestimmung des Anwendungsbereichs von Treupflichten überein, wonach der Treupflicht überall dort, und zwar rechtsformübergreifend, Bedeutung zukommt, wo ein Gesellschafter kontrollbedürftige Einwirkungsmöglichkeiten innehat.<sup>330</sup>

---

Aufgabe der Rechtswissenschaft ein für alle Verbände geltendes, also allgemeines Rechtsinstitut der "gesellschaftlichen Treupflicht" zu entwickeln, daß inhaltlich jeweils den spezifischen Erfordernissen der einzelnen Gesellschaften - trotz der teilweise wesentlichen strukturellen Unterschiede der Treubindung bei den einzelnen Gesellschaftsformen - angepaßt werden kann. Jilg, aaO. S. 96 meint, daß seine zur Treupflicht der Aktionäre angestellten Betrachtungen, etwa zur Ableitung der Treupflicht aus § 242 BGB, ihren Inhalt als Generalklausel, ihre in unterschiedliche Elemente (Jilg sondert aaO. zwischen Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld) aufgefächerte dogmatische Struktur sowie die Betrachtungen zu den Rechtsfolgen treupflichtwidrigen Maßnahmen sich zur Verallgemeinerung eignen, wobei die jeweiligen verbandsrechtlichen Besonderheiten der gesellschaftlichen Treupflicht nicht zu verdecken seien; vgl. zur Bedeutung der Rechtsform für die Intensität der Treupflicht unten unter 5.a.

<sup>325</sup> So bereits Wiedemann, Anmerkung zum Linotype-Urteil (1989), S. 448.

<sup>326</sup> So explizit Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 492.

<sup>327</sup> Näher zur Unterscheidung zwischen Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und gegenüber Mitgesellschaftern gleich unten unter 4.a.

<sup>328</sup> Illustriert wird dies mit dem Beispiel, daß die Rechtsform einer Gesellschaft umgewandelt wurde, ihre innere Struktur und Organisation aber erhalten bleibt; vgl. dies zu BGHZ 103, 184 (Linotype, 1988) hervorhebend so bereits Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 490. Anschaulich zur Rechtsformunabhängigkeit der Treupflicht auch Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 230, 234ff.; vgl. zur Bedeutung der inneren Struktur, der Realstruktur der Gesellschaft für die Handhabung und Intensität der Treupflicht im Einzelfall gleich unten unter 5.

<sup>329</sup> Vgl. hierzu bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 88; vgl. näher zur Sonderung zwischen der Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern und der für die Gläubigerschutzfrage wichtigen Treupflicht gegenüber der Gesellschaft gleich unten unter 4.a.; vgl. auch das oben unter D.II.4. Gesagte.

<sup>330</sup> Vgl. so bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 58ff.; Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 75. Angemerkt sei, daß die Treupflicht u.a. zwar dem Vertrauensschutz dient; wenn gelegentlich jedoch der funktionale Anwendungsbereich der Treupflicht auf den Bereich bezogen wird, in dem aufgrund der Realstruktur der Gesellschaft eine besondere Vertrauensbeziehung besteht, so weist dies nach hier angelegtem, rechtsevolutionären Verständnis eher auf die Entwicklung des heute anerkannten Treupflichtgehaltes hin, als daß damit der spezifisch gesellschaftsrechtlichen Funktion der Treupflicht entsprochen wird. Das mit der Realstruktur einhergehendes Vertrauen mag eine gewisse - geringe - Bedeutung für den Anwendungsbereich der Treupflicht haben - richtiger erscheint es jedoch wenn etwa geäußert worden ist, daß die Treupflicht "*mehr dem Maß des Einflusses korrespondiert als dem Maß persönlichen Vertrauens*"; vgl. hierzu etwa Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), S. 350. Dreher, Treupflichten zwischen Aktionären (1993), S. 155 betont dies zurecht für die - weniger auf Vertrauensverhältnissen basierende - Aktiengesellschaft.



Dementsprechend wird die gesellschaftsrechtliche Treupflicht in der Literatur denn auch zunehmend als allgemeines Rechtsinstitut dargestellt, das flexibel - und der jeweiligen verbandsrechtlichen Besonderheiten entsprechend - auf die unterschiedlichen Gesellschaftstypen angewendet werden kann, ohne daß die einheitlichen Strukturen der Treupflicht zurückzutreten hätten.<sup>331</sup>

Bevor sich diese Auffassung durchgesetzt hatte, bedurfte es jedoch einer - gewissermaßen evolutionären - Entwicklung des Treupflichtansatzes.<sup>332</sup> Dessen Bedeutung für diese Arbeit soll hier ansatzweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aufgezeigt werden. Dabei sollen die vielerorts eingehend besprochenen Urteile nicht im einzelnen behandelt werden - es soll vielmehr versucht werden einen Eindruck davon zu vermitteln, in welche Richtung sich das Verständnis der Treupflicht als Teil der gesellschaftsrechtlichen Legalordnung entwickelt hat. Denn da im folgenden - etwa bei den Betrachtungen zur Treupflicht bei der Einmann-Gesellschaft oder eben als mögliche Grundlage einer Haftungsregelung - der Treupflicht für Rechtsfragen Raum und Bedeutung zugemessen wird, die über das von der herrschenden Lehre oder doch einem weitverbreiteten Verständnis der Treupflicht hinausgehen, ist aufzuzeigen, wie der Treupflicht als flexiblem und problemangemessenem Rechtssatz im Gesellschaftsrecht tendenziell ein zunehmend größeres Gewicht bei der Lösung komplexer Fallgestaltungen zukommt.

## **b. Abriss zur Entwicklung des Treupflichtansatzes als Rechtsfortbildung**

### **aa. Herkunft der Treupflicht aus dem Recht der Personengesellschaften**

Die Rechtsfigur der gesellschaftlichen Treupflicht haben Rechtsprechung und Lehre für die Kapitalgesellschaften aus dem Recht der Personengesellschaften<sup>333</sup> übernommen. Die

---

Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 150 m.w.N. weist richtig darauf hin, daß der Vertrauensschutz nur einen Aspekt der weit komplexeren Treupflicht betrifft. Vgl. zur Bedeutung einzelner Momente wie Einfluß auf und die Realstruktur der Gesellschaft für die Handhabung der - wörtlich *komplex*, im Sinne von zusammengefaßten, vielfältig verflochten - Treupflicht gleich unten unter 5.

<sup>331</sup> Vgl. statt aller nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl. 1997), S. 588ff.; Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 73; auch Immenga, Bindung von Rechtsmacht durch Treupflicht (1992), S. 203 spricht von der rechtsformübergreifenden Bedeutung der Treupflicht; ähnlich wie hier insofern bereits Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 96 m.w.N.

<sup>332</sup> Zur rechtsevolutionären Einordnung der Treupflicht äußert sich etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 33f. bei seinen Ausführungen zur dogmatischen Ableitung der Treupflicht. Auf eine perspektiverweiternde, vertiefende Einordnung der Entwicklung zu einem stimmigen Treupflichtkonzept und die stimmige Einbettung dieser Entwicklung in die gesamte gesellschaftsrechtliche Entwicklung muß hier verzichtet werden, da sich hieraus für die hier behandelte Fragestellung keine Besonderheiten ergeben; die Übereinstimmung der Entwicklungen sei hier nur angesprochen.

<sup>333</sup> Die Treupflicht ist im Recht der Personengesellschaften, nach einem tiefgreifenden Funktionswandel im Laufe der Zeit, zu einer normativen Verhaltensanforderung geworden, die das Korrelat mit der Zuweisung von innerverbandlichen Entscheidungskompetenzen notwendig verbundener gesteigerter Einwirkungsmöglichkeiten auf fremde Interessen darstellt; vgl. so zusammenfassend etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 325 sowie S. 9ff. m.w.N. Zu Treupflicht und Eigeninteresse bei im verbundenen Unternehmen stehenden Personengesellschaften etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 32ff. m.w.N.

dort entwickelten Grundsätze der Treupflicht fanden zuerst *"auch auf die Beziehungen einer personalistisch ausgestalteten GmbH Anwendung, denn diese weist eine deutliche Nähe zur Personengesellschaft auf"*.<sup>334</sup>

Hier soll nicht versucht werden, die Entwicklung der Treupflicht in der Rechtsprechung als Ganzes darzustellen,<sup>335</sup> hier ist nur die Einbettung der Entwicklung zur Treupflicht als einem rechtsformübergreifenden Ansatz in die Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts ansatzweise zu skizzieren.

### **bb. Übernahme der Treupflicht für die Kapitalgesellschaft im GmbH-Recht**

Auf die Bedeutung des ITT-Urteils<sup>336</sup> - nicht nur für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen sondern für die Treupflicht im allgemeinen als Teil der Rechtsentwicklung im Gesellschaftsrecht - soll hier nicht weiter eingegangen werden; es sei nur erwähnt, daß von berufener Seite die Entwicklung der Treupflicht als besondere Rechtsfortbildungsleistung eingestuft und als bedeutsam beurteilt worden ist: *"Der Rechtssatz von der Treupflicht des Gesellschafter gehört zu den praktisch bedeutsamsten Beiträgen, die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung selbständig zur Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts geleistet haben"*.<sup>337</sup>

### **cc. Übernahme der Treupflicht ins Aktienrecht**

Im Aktienrecht war die Treupflicht lange nicht anerkannt. Dies wurde insbesondere damit begründet, daß die Grundlage der aus dem Recht der Personengesellschaften stammenden Treupflicht in dem vom gegenseitigen Vertrauen getragenen Gemeinschaftsverhältnis gesucht wurde, auf welches es bei der Aktiengesellschaft nicht ankäme.<sup>338</sup>

<sup>334</sup> Vgl. so den BGH in BGHZ 98, 276, 279. Um die Entwicklung zu verdeutlichen, sei angemerkt, daß der BGH in seiner älteren Rechtsprechung die Herkunft aus dem Personengesellschaftsrecht noch stärker betont hatte, so erklärt der BGH beispielsweise früh in BGHZ 9, 157, 163 (1953), daß der Grundsatz der Treupflicht darauf aufbaut, *"daß die Beziehungen des Gesellschafter zur GmbH und seinen Mitgesellschaftern nicht rein kapitalistisch, sondern auch persönlicher Art sind"*.

<sup>335</sup> Diese Entwicklung ist vielerorts nachzulesen; vgl. statt aller etwa zur Entwicklung der Rechtsprechung zur Treupflicht des Aktionärs Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 262ff.; summarisch etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 13ff. m.w.N.

<sup>336</sup> BGHZ 65, 15 (ITT, 1975); vgl. eingehend hierzu oben in diesem Teil unter C.V.3. Auf die Rechtsprechung und Entwicklung insbesondere vor 1975 wird hier nicht näher eingegangen, vgl. statt dessen die Darstellung der Rechtsprechung zur Treupflicht seit den Entscheidungen des Reichsgerichts bis zu BGHZ 65, 15 (ITT, 1975) bei Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 38ff. m.w.N.; vgl. zur Entwicklung bis zur ITT-Entscheidung statt aller auch Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 489 m.w.N.; vgl. allgemein auch die Darstellung oben im ersten Teil unter E.I.

<sup>337</sup> Vgl. so den früheren Vorsitzenden des für gesellschaftsrechtliche Fragen zuständigen II. Zivilsenats des BGHs Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung (1969), S. 18, der als geistiger Vater der Treupflicht im Recht der Kapitalgesellschaften bezeichnet worden ist; vgl. Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 164; vgl. auch Grundmann, Der Treuhandvertrag (1997), S. 121. Daß es auch in Deutschland andere Auffassung und kritische Äußerungen zum hier dargelegten Ansatz gibt veranschaulicht etwa Flume, Rechtsprechung zur Treupflicht (1995), S. 164. Die Treupflicht wird hier jedoch als geltendes Recht dargestellt,

<sup>338</sup> Vgl. statt aller etwa A. Hueck, Treuegedanke (1947), S. 14f. und darstellend Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 489; rechtsevolutionär spiegelt dies den oben in diesem Teil unter E.II.2.c.bb. und cc. Wandel in der Haltung zur Grundlage der Treupflicht wieder. Es bedurfte des

Auch bei der Aktiengesellschaft ist die Treupflicht inzwischen jedoch als geltendes Recht anerkannt,<sup>339</sup> wenig geklärt ist jedoch, wieweit diese fiduziarische Bindung reicht; weshalb nur für Einzelfragen und oft anhand von Beispielen der Gehalt der Treupflicht bestimmt wird.

Hier soll nicht die Rechtsprechung zur Treupflicht bei der Aktiengesellschaft nachgezeichnet werden.<sup>340</sup> Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung soll nur die Veränderung des Verständnisses von der Treupflicht als Teil des Gesellschaftsrechts aufgezeigt werden: So ist das als Grundsatz-Urteil zur Treupflicht bezeichnete Girmes-Urteil<sup>341</sup> aus dem Jahr 1995 als Ausdruck der von der Literatur weitgehend unterstützten Ethisierung der gesellschaftsrechtlichen Rechtspraxis durch Richterrecht *praeter* und *contra legem* bezeichnet worden.<sup>342</sup> Dabei ist das Urteil zu den "Grand Arrêts" der BGH-

---

geänderten Verständnisses der spezifischen gesellschaftsrechtlichen Verdichtung der allgemeinen Loyalitätspflicht aus der Sonderbeziehung, um in der Mitgliedschaft und nicht im Vertrauen die Grundlage der besonderen Treupflicht zu sehen. Für die hier behandelte Problematik drängt sich eine weitergehende rechtsevolutionäre Betrachtung auf: Ebenso wie die nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) aufgrund der intensivierten Beziehung und des zivilrechtlich relevanten Gesichtspunkts des gesteigerten Vertrauens als gesteigerte Rücksichtnahmepflicht im Vergleich mit den allgemeinen Grundsätzen der guten Sitten verstanden werden kann (vgl. hierzu bereits das oben im ersten Teil Gesagte), und die hier dargelegte gesellschaftsspezifische Treupflicht aufgrund der Mitgliedschaft als gesellschaftsrechtlich relevanten Gesichtspunkt als spezifisch gesellschaftsrechtliche Verdichtung der allgemeinen Rücksichtnahme- und Sorgfaltspflichten verstanden werden sollte, ist nach hier vertretener Auffassung im Recht der verbundenen Unternehmen eine spezifische Verdichtung dieser Rücksichtnahme aufgrund der konzernspezifischen Gesichtspunkte, wie der Einflußnahme oder dem zu wahrenen Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften, nötig. Der in dieser Arbeit angestellte Regelungsansatz kann somit für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen als weiterer spezifizierter Ausdruck der allgemein gesteigerten Rücksichtnahmepflichten gesehen werden. Der vorgeschlagene Ansatz steht somit in der Genealogie expliziter Verdichtungen wie etwa in den §§ 138, 826 BGB zur Wahrung der guten Sitten, der schuldrechtlich spezifischen Verdichtung in § 242 BGB zur Wahrung begründeten Vertrauens, der gesellschaftsrechtlich spezifischen Verdichtung in § 53a AktG zur Wahrung der spezifischen Gleichberechtigung der Gesellschafter als konzernspezifische, aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nötige Verdichtung zur Wahrung des Eigeninteresses abhängiger Kapitalgesellschaften.

<sup>339</sup> So wurde die Treupflicht gegenüber der Aktiengesellschaft vom BGH in einer Reihe von Fällen anerkannt; vgl. BGHZ 14, 25, 38 (1954); BGHZ 76, 352 (1980) = ZIP 1980, 275; grundlegend BGHZ 103, 184 (Linotype, 1988) = ZIP 1988, 301ff. An diesem Urteil ist im übrigen bemerkenswert, daß das OLG Frankfurt/M. nach der Zurückverweisung eine Treupflichtverletzung *im konkreten Einzelfall* verneint hat, vgl. ZIP 1991, 657. Vgl. darstellend zum Linotype-Urteil statt aller Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 224 m.z.w.N. S. 222. Weitere Urteile zum Wirkungsbereich der Treupflicht im Aktienrecht: BGH Urteil vom 22. Juni 1992 - II ZR 178/90 (IBH/Scheich Kamel = ZIP 1992, 1464); BGHZ 127, 107 (BMW, 1994) = ZIP 1994, 1597; BGHZ 129, 136 (Girmes, 1995). Im Verhältnis der Aktionäre zueinander wurde sie erst 1988 (BGHZ 103, 184, 194f., Linotype) anerkannt: seit diesem Urteil wird die Treupflicht des Aktionärs, von einigen Ausnahmen abgesehen, nicht mehr ernstlich in Frage gestellt; vgl. darstellend zum heutigen Meinungsstand zur Treupflicht des Aktionärs etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 21 mit ausführlichem Literaturnachweis; vgl. zur Unterscheidung zwischen der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und gegenüber den Mitgesellschaftern unten unter 4.a.

<sup>340</sup> Vgl. statt dessen und statt aller, mit ausführliche Nachweisen zur Treupflicht, insbesondere im Aktienrecht etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 222ff.

<sup>341</sup> BGHZ 129, 136 (Girmes, 1995) = ZIP 1995, 819 = JZ 95, 1064 = NJW 95, 1739 (mit Anmerkung Altmeyden) = BB 95, 1201 = DB1995, 1064 (mit Anmerkung Bungert S. 1749) = AG 1995, 368 = WiB 95, 548 (mit Anmerkung Witte); vgl. statt aller darstellend etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 225, 255ff. m.z.w.N.

<sup>342</sup> Vgl. insbesondere Rittner in BGH EWIR § 135 AktG 1/95, 525, der gleichzeitig darauf hinweist, daß dies zwangsläufig mit einer Expansion der richterlichen Kontrolle sowie mit einer Überlastung der Gerichte, vor allem quantitativer Art, einhergehe, aaO. S. 526. Auf den Gesichtspunkt einer Überlastung der Gerichte wird in dieser Arbeit nicht eingegangen - wird hier doch die Auffassung

Rechtsprechung gerechnet worden,<sup>343</sup> obwohl es nach seinem ersten Leitsatz lediglich als Ergänzung der älteren Rechtsprechung aufzufassen ist.<sup>344</sup>

#### **dd. Bedeutung dieser Entwicklung für den vertretenen Ansatz**

Ohne daß eine weitere Einbettung der Treupflicht als *besondere Leistung der Rechtsfortbildung* in die gesamte Gesellschaftsrechtsentwicklung versucht werden soll, ist eines doch deutlich geworden: Die Entwicklung des Treupflichtansatzes ist begleitet von einer Entwicklung hin zu einem weniger dogmatisch durchdrungenen Rechtsverständnis, das mehr Raum für eine umfassendere Interessenabwägung bietet. Diese wiederum fordert eine breitere Formulierung von Rechtsregeln. Diese Rechtsentwicklung trägt dem Umstand Rechnung, daß die Wertungen, die das Gesellschaftsrecht durchziehen, hochdifferenziert sind. D. h., daß diese Wertungen sich nur schwer schlagwortartig zusammenfassen lassen - und ebenso schwer in starren Regeln einfangen lassen.

Dies spricht für eine tatbestandarme Regelung wie die hier vorgeschlagene, gesetzgeberische Wertungen aufgreifende, Generalklausel. Die genannten Bedenken sollten einem Versuch, diese Wertungen in einer eine solche Abwägung ermöglichenden Regelung zusammenzufassen, nicht entgegenstehen - wenn dabei den mit einer solchen Regelung verbundenen Gefahren<sup>345</sup> begegnet wird. Dies hat auch dann zu gelten, wenn eine solche Regelung auf den ersten Anschein konturenarm erscheinen mag.<sup>346</sup>

Somit bleibt festzuhalten, daß die Anerkennung einer gesellschaftsrechtlichen Treupflicht an sich nicht von der Rechtsform der jeweiligen Gesellschaft abhängt. Jedoch werden ihr konkreter Inhalt und ihr Umfang<sup>347</sup> durch die der jeweiligen Rechtsform zugrundeliegenden Regelungen bestimmt. Gleichzeitig ermöglicht diese rechtsformübergreifende Rechtsgrundlage einen differenzierten Schutz innerhalb der einzelnen Gesellschaftsformen, weil eben nicht an die Rechtsform, sondern an den konkreten Sachverhalt angeknüpft wird.<sup>348</sup>

---

vertreten, daß aufgrund der mit einer Regelung einhergehenden Vorfeldwirkung durchaus eine quantitative Entlastung der Gerichte verbunden sein könnte. Was die qualitative Überlastung der Gerichte anbelangt, so sei pointiert, daß eine - wie auch immer geartete - Regelung eine möglicherweise bestehende qualitative Überlastung kaum verschärfen würde, weshalb auf diesen Punkt nicht weiter einzugehen ist.

<sup>343</sup> So etwa Lutter, Das Girmes-Urteil (1995), S. 1053ff.

<sup>344</sup> Nämlich als Ergänzung zu BGHZ 103, 184 (Linotype, 1988), einem Urteil das selbst, etwa von Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 3 als Markstein in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung bezeichnet worden ist.

<sup>345</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen im ersten Teil unter D.II.3. und 4.

<sup>346</sup> Vgl. hierzu insgesamt die Betrachtungen von Wiedemann, Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (1980), S. 175f., der richtig meint, daß für den (deutschen) Juristen eine derart farblose Formulierung zwar unbefriedigend sei, im (frühen) Entwicklungsstadium einer Generalklausel jedoch nahezu unvermeidlich sei. Dementsprechend ist es eben wichtig, sich die bei der Konkretisierung der Generalklausel zu berücksichtigenden Wertungen bewußt zu machen und die im Einzelfall vorzunehmende Abwägung an diesen auszurichten.

<sup>347</sup> Vgl. dazu gleich unten unter 5.

<sup>348</sup> Vgl. gleich unten unter 5.

#### **4. Insbesondere zur Treupflicht bei der Einmann-Gesellschaft**

Von Teilen der Diskussion wird angenommen, daß das Gesellschaftsinteresse als Orientierungsmaßstab für Treupflichtsschranken bei der Einmann-Gesellschaft als rechtlicher Ansatz für Schutzerwägungen nicht ausreicht, weil zum einen das Gesellschaftsinteresse nicht losgelöst von den hinter der GmbH stehenden Gesellschaftern bestimmt werden könne<sup>349</sup> und weil es zum anderen der Gesamtheit aller Gesellschafter - die ein Alleingesellschafter ausmacht - möglich sei, die Treupflicht einzuschränken.<sup>350</sup>

Im Vorangegangenen<sup>351</sup> wurde bereits dargelegt, daß das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab bei der Einmann-Gesellschaft sehr wohl aufzustellen ist. Die Verpflichtung zur Wahrung dieses Eigeninteresses folgt aus der Treupflicht. Um die bestehende Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses abhängiger Einpersonen- Kapitalgesellschaften darzulegen, ist im folgenden darzustellen, daß und warum die Treupflicht auch und gerade bei der Einmann-Gesellschaft besteht.

##### **a. Sonderung zwischen Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern**

Ganz allgemein bestehen unterschiedlich ausgeprägte Interessenwahrnehmungspflichten gegenüber unterschiedlichen Interessen. So hat auch die gesellschaftsrechtliche Treupflicht verschiedene Schutzrichtungen.<sup>352</sup> Es ist zu sondern zwischen der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und der Treupflicht unter den Gesellschaftern.<sup>353</sup> Bereits der unterschiedliche Interessenbezug macht diese Ausdifferenzierung der Treupflicht notwendig. Treffend ist von der doppelten Stoßrichtung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und dem Mitgesellschafter gesprochen worden: Jeder Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft unterliegt sowohl einer Förderpflicht gegenüber der Gesellschaft als

<sup>349</sup> Vgl. einführend statt aller Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 75 mit Verweisung auf Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsausübung (1963), S. 21ff.; vgl. auch Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen (1988), S. 63ff. und hierzu das oben für das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab Gesagte unter E.I.6. Gesagte.

<sup>350</sup> Vgl. nur die Darstellung bei Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 75; Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen (1988), S. 190ff. Die Treupflicht ist bei der Einmann-Gesellschaft sehr umstritten; vgl. beispielsweise gegen eine Treupflicht bei der Einmann-Gesellschaft etwa Lutter/Hommelhoff, GmbHG (1994) § 14 Rn. 21; näher hierzu gleich unten.

<sup>351</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter E.I.

<sup>352</sup> Vgl. nur Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht (1988); S. 85ff., 95f., ebenso K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 589.

<sup>353</sup> Bereits Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 102ff, 120ff. hat gezeigt, daß aus dem Gesichtspunkt des Interessenschutzes der Inhalt der Treupflicht gegenüber dem Verband (in casu: der Gesellschaft) anders ist als der Inhalt der Treupflicht gegenüber einem anderen Mitglied (in casu: Mitgesellschaftern). Vgl. statt aller einführend etwa Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 36ff. Die Sonderung entspricht insoweit der oben in diesem Abschnitt unter E.I.6. dargelegten Sonderung zwischen Gesellschaftsinteresse und Gesellschafterinteresse, als daß nicht nur die Belange der unterschiedlichen Gesellschafter erfaßt werden. Zum Bezugspunkt der Treupflicht eingehend Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen (1988), S. 54.

auch einer Loyalitätspflicht gegenüber einem Mitgesellschafter, wobei beide das Verbot gegen eine Schädigung der Gesellschaft einschließen.<sup>354</sup>

Die Differenzierung zwischen Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und derjenigen der Gesellschafter untereinander ergibt sich aus der Tatsache, daß der Gesellschaftsvertrag eben nicht nur Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaftern schafft, sondern darüber hinaus die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als selbständiges Zurechnungsobjekt konstituiert.<sup>355</sup> Diese Konstituierung eines selbständigen Zurechnungsobjekts liegt eben dem korporationsrechtlichen Verständnis zugrunde, welches u.a. die Haftungsbegrenzung ermöglicht.<sup>356</sup> Gleichzeitig erlaubt diese Differenzierung bei der Anwendung der Treupflicht das Gewinnen von Konturen - und ermöglicht somit im Einzelfall berechenbare Ergebnisse.<sup>357</sup>

Im Kontext der hier behandelten Fragestellung interessiert dabei lediglich die sich aus der Treubindung ergebende Treupflicht gegenüber der Gesellschaft.<sup>358</sup> Diese Treupflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft<sup>359</sup> ist denn auch die primäre gegenüber der - in dieser die Haftungsfrage behandelnden Arbeit nicht weiter interessierenden - subsidiären Treupflicht zwischen den Gesellschaftern.<sup>360</sup> Denn da der Grundsatz gilt, daß die

---

<sup>354</sup> Vgl. etwa Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 177.

<sup>355</sup> Vgl. statt aller nur Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 10f.

<sup>356</sup> Vgl. hierzu oben im ersten Teil unter B.II. und III.

<sup>357</sup> Vgl. ähnlich bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 56 m.w.N. auch gegenläufiger Auffassungen. Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 80f. betont, daß beide Aspekte letztlich Aufprägungen eines einheitlichen Rechtsprinzips sind. Ders., aaO. S. 184, meint thesenhaft, daß es sich bei der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und der Treupflicht gegenüber den Mitgesellschaftern um "*zwei Varianten der Treupflicht*" handle.

<sup>358</sup> So bereits im Anschluß an BGHZ 65, 15 (ITT, 1975) Rehbinder, Treuepflichten im GmbH-Konzern (1976), S. 391f., vgl. näher hierzu auf die Haftungsproblematik bezogen statt aller etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 58 m.w.N. Es sei daran erinnert, daß in jüngerer Zeit nur die Treupflicht gegenüber dem Mitgesellschafter umstritten gewesen ist: Am für die Behandlung der Haftungsfrage interessierenden Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft besteht und bestand nie Zweifel, vgl. so denn auch statt aller nur Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 177.

<sup>359</sup> Vgl. Insbesondere zur Treupflicht gegenüber der GmbH etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 86ff. mit einer inhaltlichen Präzisierung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft S. 93ff.

<sup>360</sup> Vgl. anschaulich etwa Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 152 und explizit statt aller Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 76. Die Frage der Treupflicht gegenüber den Gesellschaftern interessiert hier nicht, da hier das besondere Treupflichtverhältnis gegenüber dem Eigeninteresse der Gesellschaft als Grundlage einer Haftungsbetrachtung dargestellt werden soll. Zur Differenzierung zwischen der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und der davon zu unterscheidenden Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern insbesondere Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 263ff., 270 sowie bereits Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), S. 335ff., 344ff. Vgl. zur Differenzierung zwischen der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und derjenigen zu Mitgesellschaftern etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 85ff., der - was bei einer solchen Sonderung stets in mente zu haben ist - S. 93 richtig darauf hinweist, daß Randunschärfen bestehen. Winter betont anschließend ausdrücklich, daß die grundsätzliche Berechtigung der Unterscheidung zwischen der Treupflicht zur Gesellschaft einerseits und den Treubindungen der Gesellschafter untereinander andererseits dadurch nicht in Frage gestellt sei. Zu den wertungsrelevanten Umständen für die Treupflicht gegenüber den Mitgesellschaftern etwa Winter, aaO., S. 188 mit zahlreichen Wertungsgesichtspunkten für jeweils unterschiedliche Beispiele. Zur Sonderung zwischen der Treupflicht gegenüber der Aktiengesellschaft und Aktionären m.z.w.N. auch Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 64ff., 78ff., der, aaO. S. 80, auch die Wertungskriterien der h.M. für die

Treupflicht unter den Gesellschaftern nur dann zum Tragen kommt, wenn nicht gleichzeitig Interessen der Gesellschaft betroffen sind,<sup>361</sup> bei der hier behandelten Frage jedoch immer die Gesellschaft betroffen ist,<sup>362</sup> ist hier lediglich die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft relevant: Da der Gläubigerschutz außerhalb der Liquidation<sup>363</sup> mittelbar, durch den Schutz der Gesellschaft verwirklicht wird,<sup>364</sup> interessiert bei der Haftungsfrage als Gläubigerschutzaspekt lediglich die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft. Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ermöglicht die Entwicklung eines Systems sich gegenseitig bedingender Gläubigerschutzvorkehrungen. Dabei stehen Ansprüche, die aus Verstößen gegen die Treubindung stammen, und die zu einem Schaden der Gesellschaft führen, ausschließlich der Gesellschaft zu.<sup>365</sup> Denn Ansprüche aus Treupflichtverletzungen stehen demjenigen zu, gegenüber dem die Treupflicht verletzt wurde, demgegenüber die Pflicht bestand.<sup>366</sup> Da der Anspruch aufgrund der Verletzung der Treupflicht gegenüber der Korporation besteht, steht der Anspruch auch dieser<sup>367</sup> - d.h.: der Gesellschaft - zu. Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft gewährleistet so einen systemkonformen reflexiven Gläubigerschutz.<sup>368</sup> Gleichzeitig kann über die Treupflicht der notwendige konzernrechtliche Gläubigerschutz gewährt werden.<sup>369</sup>

## **b. Bestehen der Treupflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft**

---

Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern (Verbandsinteresse, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit) darstellt.

- <sup>361</sup> Vgl. statt aller Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 493 m.w.N. Trefflich die Verankerung des als Treupflicht bezeichneten Rechtssatzes im Gesetz aufzeigend hat im Ergebnis zugleich auch Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), zusammenfassend etwa S. 271f. gezeigt, daß die Wertung des § 117 Abs. S. 2 AktG herangezogen werden kann, um Treupflichten im Verhältnis zu Mitgesellschaftern nur eigenständige Bedeutung zukommen zu lassen, soweit nicht zugleich Gesellschaftsinteressen berührt sind; vgl. ausführlicher Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 482ff. auch mit Nachweisen anderer Auffassungen.
- <sup>362</sup> Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 255 will die Treubindung im Verhältnis der Aktionäre untereinander nur eigenständige Bedeutung erlangen lassen, soweit mitgliedschaftliche Interessen der Mitaktionäre betroffen sind, die nicht zugleich solche der Gesellschaft sind. Dies drückt gleichzeitig den Vorrang der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft aus.
- <sup>363</sup> Vgl. zum hier vertretenen Ansatz als vorgelagerte Abrundung der Liquidationsregelung oben unter E.I.1.
- <sup>364</sup> Vgl. nur oben in diesem Teil unter D.II.4. und E.I.1.
- <sup>365</sup> So für die GmbH zusammenfassend bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 325.
- <sup>366</sup> Vgl. so allgemein bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 232.
- <sup>367</sup> So bereits thesenhaft für Schadensersatzansprüche etwa Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 186.
- <sup>368</sup> So für die GmbH aus BGHZ 65, 19 (ITT) argumentierend G. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 23 m.w.N.; vgl. auch Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 87f., der dies besonders für die Fälle betont, in denen ein (Mehrheits-) Gesellschafter Einfluß auf die Geschäftsführung nimmt, weil der Grad der Bindung auch von der im Einzelfall bestehenden Rechtsmacht abhängig ist; vgl. zu dieser auf Einfluß eingehenden Betrachtung gleich unten unter 5.c.
- <sup>369</sup> Dies bereits so pointierend etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 59 m.w.N.; vgl. hierzu bereits oben unter D.II.4.

Hier wird für die Kapitalgesellschaft von einer allgemeinen Anerkennung einer Treupflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft ausgegangen.<sup>370</sup> Auf die hier behandelte Problemstellung der Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen kann dieser Ansatz einer Treupflicht gegenüber der Gesellschaft so ausgedrückt werden, daß die Rechtsordnung auf nicht systemgerechte Eingriffe in die Interessensphäre der abhängigen Gesellschaft durch ein besonderes Instrumentarium reagiert, dem die Treupflicht zugrundeliegt.<sup>371</sup> Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ist tangiert, *"wenn ein Gesellschafter bei Einflußnahme auf die Geschäftsführung außerhalb der Gesellschaft liegenden persönlichen Interessen den Vorzug vor dem "Eigeninteresse" der Gesellschaft gibt"*.<sup>372</sup> Diese Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ist als eigenständige Loyalitäts- und Rücksichtnahmepflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft anzusehen.<sup>373</sup>

Grundlage des Treupflichtgedankens gegenüber der Gesellschaft ist die Vorstellung, daß die Gesellschafter im Interesses der Gesellschaft zu einem sorgfältigen Umgang mit deren Vermögen verpflichtet sind.<sup>374</sup> Die Treupflicht gegenüber dem Gesellschaftsinteresse dient der Erhaltung gesellschaftlichen Vermögens,<sup>375</sup> denn Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft schaffen durch *"vertraglichen Konsens die Basis für die Gesellschaft als Zurechnungsobjekt und zugleich für ihre Beziehungen zu diesem Subjekt."*<sup>376</sup>

### **c. Abbedingung der Treupflicht durch die Gesellschaftergesamtheit ?**

Nach verbreiteter Ansicht sollen die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit grundsätzlich auf die Treupflicht verzichten können, weil - so wird argumentiert - die Treupflicht weit-

<sup>370</sup> Instruktiv für die GmbH so bereits Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 263 und zur Begründung sowie zum Inhalt der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft S. 264ff.; vgl. hierzu das soeben oben unter a. Gesagte.

<sup>371</sup> Vgl. hierzu im Bezug auf den in dieser Arbeit als zentral behandelten systematischen Ansatz gut darstellend etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 141 mit einer Darstellung von Treupflichtansatz gegenüber einem Ansatz der Handelndenhaftung aus Sorgfaltspflichtverletzung S. 141 m.z.w.N. der Stimmen der Literatur, auf die hier nicht eigens eingegangen wird.

<sup>372</sup> Vgl. so mit zahlreichen Nachweisen der grundlegenden Literatur Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 85; näher hierzu gleich unten in diesem Teil unter E.II.5.c.

<sup>373</sup> Vgl. hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1985), S. 35; Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 41 m.w.N.

<sup>374</sup> Vgl. so unter in Anlehnung an K. Schmidt und andere sowie zur Bedeutung dieses Ansatz für die hier behandelte Haftungsfrage etwa Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 39. Daß die Treupflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft an deren Interessenbeeinträchtigung anknüpft, betont allgemein Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 96.

<sup>375</sup> Vgl. etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 270, der noch über den Erhalt hinausgeht, für die hier behandelte Frage des Gläubigerschutzes genügt jedoch der Erhalt der Gesellschaft, vgl. hierzu auch oben in diesem Teil unter E.I.2.

<sup>376</sup> So zur Treupflicht gegenüber der Gesellschaft etwa Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 66 m.w.N.; auch für Immenga, Bindung durch Treupflichten (1992), S. 203 ist die vertragliche Begründung des Treupflichtansatzes nicht fraglich; darstellend zur Treupflicht gegenüber der GmbH etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 63ff.; vgl. insgesamt zur Grundlage der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft die soeben in diesem Teil unter E.II.2. gemachten Ausführungen.



gehend zur Disposition der Gesellschaftergesamtheit stünde.<sup>377</sup> Dementsprechend wird vertreten, bei einer Einmann-Gesellschaft könne keine Treupflichtbindung einer nachteiligen Beeinflussung der Gesellschaft im eigenen Interesse des Einmangesellschafters entgegenstehen.<sup>378</sup> Zentrales Argument dieses Gedankens ist, daß die Anerkennung der Gesellschaft als Interessenträger auch im Verhältnis zu ihren Gesellschaftern notwendige Bedingung für die Anerkennung eines eigenständigen Gesellschaftsinteresses sei.<sup>379</sup>

Ein herrschendes Unternehmen, das Alleingesellschafter ist, wäre dementsprechend nicht daran gehindert, seinen Einfluß im eigenen Interesse geltend zu machen, weil die sich aus der Treupflicht ergebenden allgemeinen und besonderen Schranken nach solcher Auffassung eben nicht für Alleingesellschafter existieren.<sup>380</sup> Nach der wohl herrschenden Meinung<sup>381</sup> bildet die Treupflicht somit kein Korrektiv gegen den Einsatz der abhängigen

---

<sup>377</sup> Zu diesem Ergebnis kommt beispielsweise Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (1988), zusammenfassend etwa S. 328, der - das sei hier nur angemerkt - das Eigeninteresse jedoch eben nicht als Haftungsmaßstab versteht sondern es aus dem Gesellschaftszweck herleitet. Hier sei angemerkt, daß im Bereich der Treupflicht zur Gesellschaft - im Sinne einer Verpflichtung des Mitglieds auf den statutarischen Gesellschaftszweck - die Abgrenzung zur Satzungsverletzung fließend ist, wobei die theoretischen Schwierigkeiten im geltenden Recht daraus resultieren, daß die aus der Satzung abzuleitende Sonderverbindung zwischen Mitglied und Verband de lege lata die Grundlage der Anwendung der gesetzlichen Generalklausel des § 242 BGB bildet - Umfang und Intensität der Bindungen aber andererseits von der statutarischen Ausgestaltung des Verbandszweckes abhängen. Vgl. so für das geltende deutsche GmbH-Recht bereits Winter, aaO. S. 296 in seinen Ausführungen zur Treupflichtverletzung als Anfechtungsgrund; vgl. zur Bedeutung des Verbandszwecks für die Inhaltsbestimmung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft - auf die es in dieser Arbeit, der es lediglich die Gläubigerschutzwertung eines Haftungsmaßstabes geht, nicht ankommt - aaO. S. 95ff.

<sup>378</sup> Vgl. etwa Lutter/Hommelhoff, *GmbHG* (1999) Anh. § 13 Rn. 30; hierzu insgesamt Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (1988), S. 190ff.; darstellend etwa Hachenburg/Ulmer (1994) *GmbHG* Anh. § 77 Rn. 83 m.w.N. in Fn. 122.

<sup>379</sup> Vgl. so für die GmbH illustrativ zusammenfassend etwa Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (1988), S. 328.

<sup>380</sup> Vgl. darstellend Hachenburg/Ulmer (1994) *GmbHG* Anh. § 77 Rn. 87 und zum allgemeinen Problem einer spezifischen Konzerntreupflicht bei der Einmangesellschaft etwa Winter, *Treubindungen* (1988), S. 197ff, 205ff.

<sup>381</sup> Wie hier die herrschende Meinung und die Positionen gegen eine Treupflicht in der Einmann-Gesellschaft anschaulich zusammenfassend etwa Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S. 61f. Zur Rechtsprechung sei angemerkt, daß der Bundesgerichtshof im Autokran-Urteil, wo sich die Anteile der Gesellschaften im Alleinbesitz des herrschenden Unternehmens befanden, meinte, es läge nicht ohne weiteres auf der Hand, daß Schadensersatzansprüche der abhängigen GmbH gegen das herrschende Unternehmen, die von den Gläubigern geltend gemacht werden könnten, überhaupt in Betracht kommen. Es sei nicht leicht zu begründen, daß im Konzernverhältnis eine Pflicht des herrschenden Unternehmens bestehe, für das Vermögen der eigenen abhängigen GmbH nachteilige Maßnahmen zu unterlassen. Im Autokran-Urteil brauchte sich der Bundesgerichtshof hiermit jedoch nicht näher auseinanderzusetzen; vgl. BGHZ 95, 330, 340f. (Autokran, 1985) m.w.N. auch zur Gegenansicht. Der Bundesgerichtshof steht der hier vertretenen Auffassung der Konzerntreupflicht also skeptisch gegenüber, inzwischen nähern sich Rechtsprechung und Treupflicht jedoch immer mehr an, hierzu etwa Schramm, *Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff* (1991), S. 108 und S. 103. Von berufener Seite (Stimpel, *Innenhaftung des herrschenden Unternehmens* (1986), S. 123) ist vom geltenden Recht als von einem merkwürdigen Kompromiß des BGH zwischen dem reinen Treupflichtkonzept und der strengen Gefährdungshaftung gesprochen worden; vgl. hierzu auch Teubner, *Politik des Gesetzes in der Konzernhaftung* (1990), S. 269.

Gesellschaft - oftmals einer GmbH - zur Verfolgung der Interessen des herrschenden Unternehmens.<sup>382</sup>

Wenn etwa die Treupflicht des Gesellschafters einer Einmann-GmbH von Teilen der Literatur abgelehnt worden ist, so wird dabei regelmäßig davon ausgegangen, daß die Grundlage einer solchen Treupflichtverletzung eben keine Verletzung des Gesellschaftsinteresses sein könne, weil es ein solches - von der Gesamtheit der Gesellschafter losgelöstes - unabhängiges Gesellschaftsinteresse nicht geben könne.<sup>383</sup> So wird etwa betont, daß wenn der Alleingesellschafter den Gesellschaftszweck<sup>384</sup> jederzeit ändern und damit den Inhalt einer zum Verband bestehenden Treupflicht bestimmen könne, so sei eine solche Treupflicht als machtbegrenzendes Institut "*nur eine leere Hülle*".<sup>385</sup> Diese Ablehnung richtet sich zum einen gegen ein *generalklauselartiges Eigeninteresse der GmbH, welches sich nach Art des (bei diesem Gedankengang impliziert: sinnvoll nur mit Hilfe des Gesellschaftszwecks umschreibbaren) Gesellschaftsinteresses hypostasieren ließe, und aus dem dann - in bester begriffsjuristischer Manier - Folgerungen gezogen würden*.<sup>386</sup> Zum anderen steht hinter dieser Ablehnung - besonders bei der GmbH - der Ansatz, daß die in der Gesetzeskonzeption angelegten Gläubigerschutzstandarde, die bei der GmbH im Vergleich mit der Aktiengesellschaft durchgehend als schwächer angesehen werden<sup>387</sup> - durch die Anerkennung einer solchen Treupflicht nicht ein überhöhtes Niveau an verwirklichtem Gläubigerschutz erreicht werden soll und darf, wenn man den so verwirklichten Gläubigerschutz mit dem allgemeinen Gläubigerschutzniveau vergleicht.<sup>388</sup>

<sup>382</sup> Vgl. entsprechend zur Treupflicht und zur Zurückstellung aller Eigeninteressen im US-amerikanischen Recht der verbundenen Unternehmen etwa Drücke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 103ff., der S. 105 feststellt, daß dort die Treupflicht entfällt, wenn es keine Minderheitsgesellschafter gibt, so daß in diesen Fällen auf Durchgriffsbetrachtungen aufgebaut wird.

<sup>383</sup> Argumentativ so ansetzend etwa Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (1996) Schlußanhang GmbH-KonzernRecht, Rz. 100. Ebenso ablehnend etwa Lutter, Haftung des herrschenden Unternehmens (1985), S. 1425, ders., Das System des deutschen GmbH-Konzernrechts (1986), S. 211 oder Rehbinder, Schutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 94.

<sup>384</sup> Bei dieser Argumentation wird, wenn man den rechtsformübergreifenden Ansatz der Treupflicht in der Mitgliedschaft in mente hat, übersehen, worauf für das Aktienrecht zu Recht auch von einem Gegner der Treupflicht bei Einmann-Gesellschaften anderernorts hingewiesen worden ist, daß nämlich das Kriterium der "*Zweckverfolgungsnähe*" als Maßstab für die Treupflicht im Aktienrecht nur geringe Bedeutung hat; vgl. etwa Zöllner im Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Rn. 193.

<sup>385</sup> So etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 62. Limmer, aaO., lehnt jedoch selbst letztendlich eine auf den Gesellschaftszweck bezogene Treupflicht zugunsten der Gläubiger ab. Limmer betont, daß die Treupflicht nicht zu einem Universalhilfsinstrument für alle denkbaren Konfliktlagen des Gesellschaftsrechts deformiert werden dürfe. Während die Zweckbezogenheit der Treupflicht mit Recht abzulehnen ist, ist bei der Anwendung der Treupflicht zu differenzieren: da die Treupflicht der Mitgliedschaft immanent ist, ist sie zu wahren - und bei den vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Konflikten bei der Beurteilung denn auch heranzuziehen.

<sup>386</sup> So explizit Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (2000) Schlußanhang GmbH-KonzernRecht, Rz. 100f.

<sup>387</sup> Sich ausdrücklich hierauf beziehend etwa Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG (1996) Schlußanhang GmbH-KonzernRecht, Rz. 100.

<sup>388</sup> Bei der GmbH etwa im Vergleich zu den §§ 30ff. GmbHG; Die Richtigkeit dieses Ziels sei hier unterstrichen; vgl. näher bereits oben in diesem Teil unter A.III.

Daß die Treupflicht als Schranke einseitiger Interessenverfolgung bei im Alleinbesitz stehenden abhängigen GmbH nach überwiegender Meinung nicht greifen soll, ist nicht nur problematisch:<sup>389</sup> es stimmt nicht mit den dargelegten Wertungen überein. Im folgenden wird dargelegt, warum es nicht möglich ist, von der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft zu dispensieren.

#### **d. Wertungswidrigkeit des bei Abbedingung entstehenden Schutzdefizits**

Zumindest für die hier behandelte Frage der Haftungsbeschränkung kann dem Gedanken der Abdingbarkeit der Treupflicht in der Einmann-Gesellschaft nicht gefolgt werden. Der - an sich logisch und nach dem Ansatz der herrschenden Dogmatik richtige - Einwand der herrschenden Meinung gegen eine Treubindung des Einmann-Gesellschafters wird nach dem bereits Gesagten in dieser Arbeit abgelehnt, weil er eine den Gesetzesbestimmungen zugrundeliegende Voraussetzung übergeht. Denn bei einer Auseinandersetzung mit den hinter der Ablehnung der Treupflicht für Einmann-Gesellschaften liegenden Erwägungen wird schnell deutlich, daß diese "*Ablehnung*" letztlich gar keine "*Ablehnung*" des hier vertretenden Schutzkonzeptes ist. Im Gegenteil: Hier soll ebenfalls von begriffsjuristischem Denken Abstand genommen werden<sup>390</sup> - und es ist hier ebenfalls vor einer generellen Ausdehnung des gesetzlichen Gläubigerschutzniveaus zu warnen.<sup>391</sup>

Die Widerlegung dieser Ablehnung einer Treupflicht gegenüber der Gesellschaft für Einmann-Gesellschaften hat andernorts anzusetzen, nämlich daran, daß bei derlei Treupflichtsbetrachtungen allgemein an das persönliche Verhältnis der Gesellschafter untereinander angeknüpft wird, wie dies im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommt.<sup>392</sup> Hiervon ausgehend wird argumentiert,<sup>393</sup> der Treupflichtansatz im klassischen Sinn

---

<sup>389</sup> Vgl. nur Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 53.

<sup>390</sup> Vgl. ausdrücklich oben im zweiten Teil unter A.I.b. und c. sowie II. Bereits Henrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 227, 228 sieht die Frage der Begriffsbildung bei der Treupflicht lediglich als eine Frage der Zweckmäßigkeit an, und spricht sich dementsprechend gegen eine Ableitung von Rechtsfolgen allein aus dem Begriff der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht aus; es gehe vielmehr nur um den Erklärungswert der "*gesellschaftlichen Treupflicht*".

<sup>391</sup> Vgl. zu diesem Aspekt bereits oben in diesem Teil unter A.I, A.III., A.IV.2. etc.

<sup>392</sup> Vgl. hierzu ausführlich Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen (1988), S. 83. Grundlegend zu den Rechtsbeziehungen unter den Mitgliedern einer GmbH Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften (1949), S. 187ff.; vgl. auch Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 272ff.; Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 129f.

<sup>393</sup> Vgl. vertiefend das soeben oben unter E.II.4.c. Gesagte.

versage bei der Einmann-Gesellschaft,<sup>394</sup> weil Interessenidentität zwischen der Gesellschaft und ihrem Einmann-Gesellschafter bestünde.<sup>395</sup>

Eine bei der Einmann-GmbH postulierte Interessengleichheit zwischen Gesellschaftsinteresse und Gesellschafterinteresse verkennt, dass die in einem permanenten Abgleich der in der Gesellschaft zusammenlaufenden geschützten Interessen in der Summe eben nicht identisch sind mit dem Gesellschafterinteresse des Einmann-Gesellschafters. Sofern die Ablehnung eines Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft auf diese postulierte Interessengleichheit zwischen Gesellschaftsinteresse und Gesellschafterinteresse gestützt wird, wird dies ebenso verkannt.<sup>396</sup> Nach hier vertretener Auffassung liegt der Ablehnung eines Eigeninteresses der Einmann-GmbH außerdem ein falsches, da absolutes Verständnis eines Eigeninteresses als verkörperter (korporativer), Substanz zugrunde.<sup>397</sup> Das Eigeninteresse ist dagegen sinnvoll nur als Haftungsmaßstab, verstanden als eine rein relative Größe (bezogen auf die Relation von Gesellschafter und Gesellschaft), zu begreifen.

Da das Eigeninteresse somit auch andere gesetzlich geschützte Interessen, insbesondere Gläubigerinteressen, berücksichtigt, darf auch der Einmann-Gesellschafter dies Eigeninteresse nicht übergehen.<sup>398</sup> In dieser Arbeit wird die Auffassung vertreten, daß in Kapitalgesellschaften die Gesellschafter zwar auf die Treupflicht untereinander verzich-

---

<sup>394</sup> Vgl. zur Treupflicht gegenüber der Einmann-GmbH etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 416ff; K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2077; Assmann, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 2077 und statt aller - gerade im Bezug auf die in dieser Arbeit behandelte Problematik - etwa Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 102 m.w.N. sowie S. 127 oder Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 123 m.w.N., der - das sei noch einmal betont: wie die herrschende Meinung - entgegen der hier vertretenen Auffassung die Treupflicht gegenüber der Einmann-GmbH wegen eines fehlenden Bestandsschutzinteresses dieser ablehnen will.

<sup>395</sup> Statt des Treupflichtansatzes wird so etwa vertreten, Grundlage der Haftung sei eine entsprechende Anwendung von § 43 GmbHG: Weil das herrschende Unternehmen die Gesellschafterversammlung bestimme und quasi an die Stelle des Geschäftsführers trete, müsse es zu einer der Organhaftung entsprechenden Haftung des herrschenden Unternehmens kommen, vgl. hierzu etwa Wilhelm, Rechtsform und Haftung (1981), S. 285ff. Vgl. rechtsvergleichend darstellend zu den hier nicht weiter behandelten organschaftlichen Verhaltenspflichten, welche von Teilen der Literatur für alle diejenigen Personen vertreten werden, die als Gesellschafter oder Nichtgesellschafter die Geschäfte "de facto" leiten und so eine Haftung als faktischer Geschäftsleiter begründen könnten, vgl. statt aller bezogen auf die hier behandelte Problemstellung der Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen auch Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 157ff. m.w.N. Bei den unterschiedlichen Konzeptionen dieses Ansatzes geht es letztlich um die allgemeine Geschäftsleiterhaftung als Ausdruck eines zu antizipierten Rechtsgrundsatzes von der Pflichtbindung bei der Führung fremder Geschäfte; soweit ersichtlich hat der BGH es bisher jedoch vermieden, eine solche Haftung für "faktische Geschäftsleiter" zu statuieren. Einem solchen Ansatz kann nach hier vertretener Ansicht bereits deshalb nicht gefolgt werden, weil bei der GmbH Weisungen durch die Mehrheit der Gesellschafter dem Gesetze nach möglich sind, vgl. gegen eine solche Organhaftung denn auch beispielsweise Ulmer, Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 416; Lutter/Hommelhoff, GmbHG (1999) Anh. § 13 Rn. 13.

<sup>396</sup> Vgl. hierzu bereits das oben in diesem Teil unter E.I.6. Gesagte.

<sup>397</sup> Vgl. das oben in diesem Teil unter E.I.3.a. zur Verknennung des Eigeninteresses als "Seele" einer Kapitalgesellschaft Gesagte.

<sup>398</sup> Vgl. hierzu den Gedanken des Vertrags zu Lasten Dritter. Der Dritte, hier der Gläubiger, wird ja gerade durch die Gläubigerschutzvorschriften geschützt.

ten können, daß aber die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft niemals entfallen kann.<sup>399</sup>

Die Argumentation gegen die Ablehnung eines schützenswerten Eigeninteresses durch die wohl herrschende Auffassung stützt sich dabei eingangs auf ähnliche Überlegungen wie jene, die bereits gegen eine anthropomorphe Auffassung vom Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft angeführt wurden.<sup>400</sup> Denn: da wie dargelegt eine Treupflicht gegenüber der Gesellschaft existiert, der Mitgliedschaft immanent ist, kann auch die Gesellschaftergesamtheit von der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft keinen Gesellschafter freistellen. Diese Treupflicht liegt außerhalb des Dispositivsfreiraumes der Gesellschafter. Denn ebenso wie die Bestandserhaltung der GmbH eine absolute Schranke für nachteilige Einflußnahmen auch einer Gesellschaftergesamtheit bleibt,<sup>401</sup> kann sich die Dispositionsfreiheit der Gesellschaftergesamtheit im Rahmen der gesellschaftlichen Dispositionen nur auf den vom Gesetz eröffneten Gestaltungsraum erstrecken - und in diesem muß der Gläubigerschutz auf dem im Gesetz vorausgesetzten Niveau gewahrt bleiben. Beim Gläubigerschutz handelt es sich insofern um einen gestaltungsaversen Bereich.

Konzeptionell wird der herrschenden Meinung - mit einem Teil der Literatur - also entgegengehalten, daß sich bei der Ermöglichung einer Abbedingung der Treupflicht durch eine Gesellschaftergesamtheit eine Schutzlücke auftut,<sup>402</sup> weshalb eine Gesellschaft auch gegen schädigende Einflüsse der Gesellschaftergesamtheit - etwa eines Einmann-gesellschafters - nicht nur zu schützen sei, sondern *per se geschützt ist*. Ein solcher - konzeptionsimmanenter - Schutz der Gesellschaft gegen schädigende Einflüsse ihres Alleingesellschafters wird auf die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft gestützt.<sup>403</sup>

---

<sup>399</sup> Dies gilt verstärkt für die hier interessierenden abhängigen Kapitalgesellschaften, denn diese Pflicht besteht nach hier vertretener Ansicht in haftungsrechtlichem Zusammenhang bereits deshalb, weil die Treue gegenüber dem Eigeninteresse Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung ist; vgl. hierzu oben in diesem Teil unter E.I. und gleich unten unter IV.

<sup>400</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter A.IV.2.b. und das - bei entsprechender Argumentation unter E.I.6. Gesagte. Zur Bedeutung der Differenzierung zwischen Mehrpersonen-GmbH und Einmann-GmbH bei Betrachtungen der nachhaltigen Beeinträchtigung der abhängigen Gesellschaft etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 133 m.w.N. Die Bedeutung dieser Differenzierung wird in dieser Arbeit nicht bestritten. Der zentrale Tatbestand ist nach in dieser Arbeit vertretene Auffassung jedoch die bereits *vor* dieser Differenzierung zu beachtende Voraussetzung der Wahrung des Eigeninteresses der Gesellschaft als Ausgleich bzw. an Stelle des im Gesetz stillschweigend antizipierten, sich bei der nicht abhängigen Gesellschaft im Interessenabgleichungsprozeß zwangsläufig herauskristallisierenden Gleichlauf der Interessen. Dieser Vergleichmaßstab wird hier als Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft bezeichnet.

<sup>401</sup> Vgl. so denn auch - unter richtigem Bezug auf den Kapitalerhaltungsgedanken in u.a. §§ 30, 31 GmbHG - Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 328. Ein herrschendes Unternehmen hat, will es nicht gegen die Treupflicht verstoßen, den durch § 30 GmbHG geschützten, dem Einfluß der Gesellschafter entzogenen Vermögensbereich zu respektieren; nur bis zu dieser Grenze steht das Gesellschaftsvermögen zur Disposition der Gesellschafter Gerade die Wahrung dieser Grenze ist die Funktion des Haftungsmaßstabs des Eigeninteresses, vgl. hierzu oben in diesem Teil unter E.I.1.

<sup>402</sup> Vgl. zum Zusammenspiel zwischen Kapitalschutzregeln und Treupflicht, bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 101ff.

<sup>403</sup> Vgl. für qualifizierte Abhängigkeiten im Ansatz ähnlich Ulmer, Gläubigerschutz im "qualifizierten" faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 416ff.; Assmann, Gläubigerschutz im faktischen

Dem entspricht es, wenn die Treupflicht als Kardinalpflicht bezeichnet worden ist.<sup>404</sup> Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft - für den behandelten Problemkreis: verstanden als Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses<sup>405</sup> - ist als eine - der Gesetzeskonzeption immanente, da mit der Mitgliedschaft einhergehende<sup>406</sup> - Voraussetzung des Privilegs der beschränkten Haftung zu begreifen. Da die Haftungsbeschränkung gegenüber Dritten, nämlich Gläubigern, ihre Wirkung entfaltet, kann es nicht im Zuständigkeitsbereich der Gesellschafter liegen, durch gemeinsamen Verzicht die Gesamtheit der Gesellschafter von der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft zu entbinden.<sup>407</sup> Dementsprechend kann nach hier vertretener Auffassung eine Gesellschaftergesamtheit - und somit auch ein Alleingesellschafter einer Einmann-Gesellschaft - was die in dieser Arbeit behandelte Haftungsfrage betrifft<sup>408</sup> seine Treupflicht gegenüber der Gesellschaft nicht verletzen, ohne die Haftungskonsequenzen hieraus zu tragen.<sup>409</sup>

#### **e. Zwischenergebnis: Treupflicht bei sowohl Mehrpersonen- als auch Einmanngesellschaften**

Nach dem Gesagten ist es bei einem auf die Treupflicht *gegenüber der Gesellschaft* gestützten Lösungsansatz für die Haftungsfrage also nicht entscheidend, ob es sich um eine Einmann-Gesellschaft oder um eine Mehrpersonengesellschaft handelt. Da die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft der Mitgliedschaft immanent ist und auch eine Gesellschaftergesamtheit sich dementsprechend bei Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft - d.h.: bis zur vollendeten Liquidation, für die im Gesetz ja besondere Gläubigerschutzvorkehrungen getroffen sind - nicht von dieser Treupflicht gegenüber der Gesellschaft befreien kann, kann bei dem im folgenden verfolgten Lösungsansatz also für

---

GmbH-Konzern (1986), S. 931; darstellend etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 75 m.w.N. in Fn. 105, diese Auffassung hat sich jedoch, wie auch an aaO. angeführt, zumindest bisher nicht durchsetzen können, vgl. auch aaO. Rn. 83ff. zum Gläubigerschutz in der abhängigen GmbH, der sich danach auf die Kapitalerhaltungsregeln beschränken würde. Vgl. zu dieser vermittelnden und wohl im Vordringen begriffenen Auffassung auch Winter, Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 580.

<sup>404</sup> Vgl. etwa Wiedemann, Treupflichten im Gesellschaftsrecht (1991), S. 949.

<sup>405</sup> Vgl. hierzu das oben unter E.I. Gesagte und gleich unten unter IV.

<sup>406</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter E.II.2.c.dd.

<sup>407</sup> Richtig hat Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 489, 497 hierzu ausgeführt, daß gerade in dieser fehlenden Disponibilität der Treupflicht diese sich vom Gleichbehandlungsgrundsatz, bzw. -maßstab unterscheidet. Wie Henze richtig betont, unterliegt dieser nämlich gerade dem Vorrang der Privatautonomie, wobei Henze zutreffend darauf aufmerksam macht, daß er nicht die sachlich gerechtfertigte, nicht auf Willkür beruhende Ungleichbehandlung umfaßt. Diese Disponibilität des Gleichbehandlungsgrundsatzes einerseits und das Fehlen derselben für die Treupflicht ist eben entscheidend dafür, daß ein umfassender Schutz gegen "Mehrheitsmacht" (so Henze, aaO.) nur unter dem Aspekt der Treubindung möglich ist.

<sup>408</sup> Zutreffend wird vom Bundesgerichtshof, vgl. nur BGH 119, 257 (= WM 1992, 2053 = NJW 93, 193) die Treupflicht eines Alleingeschafters gegenüber seiner Gesellschafter denn auch nur außerhalb der Gefährdung von Gläubigerinteressen verneint.

<sup>409</sup> Pointiert ist andererseits zu betonen, daß im Rahmen der Treupflicht die Wahrnehmung berechtigter Gesellschafterinteressen nicht zu einer Verantwortung führen kann; vgl. hierzu gleich unten in diesem Teil unter E.II.5., insbesondere c.

sowohl Ein- als auch Mehrpersonen-Kapitalgesellschaften einheitlich auf die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft aufgebaut werden. Daß die Frage der Gesellschafterzusammensetzung und darunter die Möglichkeit des Vorliegens einer Einmann-Gesellschaft bei der Konkretisierung des Treupflichtgedankens jedoch nicht außer Acht gelassen werden darf, sondern bei Treupflichtserwägungen zu berücksichtigen ist, sei bereits an dieser Stelle angemerkt. Hierauf wird im Rahmen der folgenden Betrachtungen zu Ausmaß und Handhabung der Treupflicht im Einzelfall einzugehen sein.

## **5. Handhabung und Intensität der Treupflicht**

Nach dem Gesagten besteht für den Gesellschafter eine Treupflicht gegenüber der Kapitalgesellschaft. Um die Heranziehung der Treupflicht für die hier behandelte Haftungsfrage zu ermöglichen, wird im folgenden zu untersuchen sein, wann und wie sich die Treuebindung dermaßen verdichtet, daß aus der Treupflicht in einer konkreten Situation Implikationen erwachsen - und eine Verantwortlichkeit an den Verstoß gegen die Treupflicht zu knüpfen ist.

### **a. Zum - jeweils im Einzelfall zu bestimmenden - Inhalt der Treupflicht**

Der Inhalt der Treupflicht wird zum einen durch die Handlungs- und Unterlassungspflichten, zum anderen durch die Schrankenfunktion der Treupflicht bestimmt.<sup>410</sup> Während ersteres beinhaltet, daß die Treupflicht sowohl *rechtsbegrenzende* als auch *pflichtbegründende* Funktion hat,<sup>411</sup> und daß es - ähnlich wie nach § 242 BGB - bei der Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht einer "*wertenden Konkretisierung im Einzelfall zu subsumtionsfähigen Handlungs- oder Unterlassungspflichten*"<sup>412</sup> bedarf, bezeichnet letzteres dabei das Prinzip, daß der Rechtsausübung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft durch die Treupflicht Schranken gesetzt sind.<sup>413</sup> Dementsprechend folgt die Rechtsprechung zur Treupflicht in der Kapitalgesellschaft einem Rechtssatz, nach dem der Inhalt der Treupflicht in dem Doppelzweck des

---

<sup>410</sup> Vgl. statt aller etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 493.

<sup>411</sup> Vgl. explizit so etwa Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 483.

<sup>412</sup> Zutreffend so wörtlich Henrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 231. Auch für Henrichs, zusammenfassend S. 272, ist die gesellschaftsrechtliche Treupflicht eben kein subsumtionsfähiger, sondern ein "offener" Tatbestand, der der wertenden Konkretisierung im Einzelfall bedarf. Für Henrichs ist das entscheidende Problem, wie die allgemeine gesellschaftsrechtliche Treupflicht zu im Einzelfall subsumtionsfähigen Verhaltenspflichten konkretisiert werden kann; vgl. Henrichs, aaO. S. 223, der als richtigen Weg dabei die Rückbesinnung auf das allgemeine Zivilrecht ansieht. Mit subsumtionsfähig - vgl. zur "Subsumption" bei - oder richtiger: Anwendung von - offenen Tatbeständen generell oben im zweiten Teil unter D.II.4. - ist dabei gemeint, daß die im Wege der Konkretisierung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Treupflicht zu findende Verhaltenspflicht so konkret formuliert sein muß, daß im Einzelfall festgestellt werden kann, ob sie verletzt worden ist, vgl. Henrichs, aaO. S. 223, 227.

<sup>413</sup> Die Schrankenfunktion der Treupflicht (die schrankensetzende Treupflicht) wird auch als Loyalitäts- oder Rücksichtspflicht bezeichnet, vgl. etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 494.

Vertrauensschutzes (einschließlich der Förderpflicht) und der Rechtsbegrenzungs-, d.h. Schrankenfunktion besteht.<sup>414</sup>

Über den genauen Inhalt der Generalklausel der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als Rechtssatz besteht bei weitem noch keine Einigkeit; die daraus folgende Bildung von Unterrechtssätzen befindet sich erst im Anfangsstadium.<sup>415</sup> Dabei wird schon seit Jahren aufgrund des Standes von Diskussion und Rechtsprechung weniger über die Begründung der Treupflicht nachgedacht. Vielmehr wird versucht, aus dem allgemeinen Rechtsprinzip weitere Rechtssätze und Unterrechtssatz abzuleiten und zu entwickeln, so daß man sich also bereits eingehend mit den Folgefragen beschäftigt.<sup>416</sup> Ob eine Einigung über "die Treupflicht" als Rechtssatz je erreicht werden wird, ja ob es sich überhaupt um einen Rechtssatz handelt, ist jedoch - zumindest - ungewiß: So ist in der Literatur bereits - aufrufend - darauf aufmerksam gemacht worden, daß in der Diskussion um die Treupflicht völlig verschiedene Welten zusammengefaßt werden.<sup>417</sup> Dabei ist - insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Funktionen, die unter dem Begriff der Treupflicht zusammengefaßt werden - der Versuch, für diese unterschiedlichen Pflichten einen einheitlichen Rechtssatz zu formulieren, als fragwürdig bezeichnet worden.<sup>418</sup> Dies ist so zusammengefaßt worden, daß die Treupflicht eben keine Rechtsnorm, sondern stets nur eine generalklauselhafte und konkretisierungsbedürftige Pflicht sei. Schlagwortartig ist dies so formuliert worden, dass die Treupflicht so komplex sei, wie die Mitgliedschaft selbst.<sup>419</sup>

Folglich gibt es keine abstrakt-generellen Anwendungsregeln für die Treupflicht. Solche aufzustellen erscheint dementsprechend weder möglich noch erscheinen sie in Anbetracht des bei einem solchen Versuch anzulegenden hohen und dementsprechend vom konkreten Sachverhalt weit entfernten Abstraktionsgrad wenig sinnvoll. Ebenso könnten Fallgruppen, sollte versucht werden solche aufzustellen,<sup>420</sup> nicht abschließend sondern

<sup>414</sup> So Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 492; dies mag hier genügen, vgl. vertiefend und auf den spezifisch konzernrechtlichen Ansatz fokussiert oben in diesem Teil unter E.II.c.dd. und ee.

<sup>415</sup> So darstellend etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 7, der in seiner Arbeit versucht, den Inhalt des Treugebotes des Aktionärs gegenüber seiner Gesellschaft und gegenüber seinen Mitgesellschaftern näher zu konkretisieren.

<sup>416</sup> Vertiefend bereits oben in diesem Teil unter E.II.; explizit wie hier etwa Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 482 m.w.N.

<sup>417</sup> Zum Schlagwort Treupflicht spricht - selbst schlagwortartig - etwa Wiedemann, Treupflichten im Gesellschaftsrecht (1991), S. 950 die Worte: "*Die Treuepflicht: Ein Wort - drei Welten!*"; er umschreibt damit organschaftliche, mitgliedschaftliche und mehrheitsbezogene Treupflicht; kritisch hierzu etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 9.

<sup>418</sup> Vgl. etwa Immenga, Bindung durch Treupflichten (1992), S. 208, der die Treupflicht als allgemeinen Rechtssatz im GmbH-Recht aufgeben will; hierzu etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 9f.

<sup>419</sup> Vgl. nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 589 und hierzu oben unter E.II.c.dd.

<sup>420</sup> Beispielsweise Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 482 hält eine Fallgruppenbildung innerhalb der Generalklausel für notwendig, da diese argumentativ nur einer Annäherung zugänglich sei, so daß ohne Konkretisierung die Ergebnisse nicht vorhersehbar seien.



lediglich beschreibend sein.<sup>421</sup> Denn je nach den Verhältnissen im konkreten Anwendungsfall sind Intensität und Tragweite der Treuebindung von Fall zu Fall sehr unterschiedlich.<sup>422</sup>

Wohl drängt die Treupflicht als Generalklausel zur systematischen Verfestigung. Aufgrund der konkreten Beschaffenheit der Treupflicht muß sich neben diesem sich im Laufe der Zeit verfestigenden Bereich der Treupflicht - innerhalb dieser Treubindung - jedoch ein wertungsausfüllungsbedürftiger Restbereich finden, der letztlich nur "topisch" zur erfassen sein wird.<sup>423</sup> Bei der Treupflicht im Kapitalgesellschaftsrecht handelt es sich somit um einen flexiblen<sup>424</sup> - beweglichen<sup>425</sup> - Tatbestand, bei dem zwar die "Elemente" feststehen, dessen Rechtsfolge sich aber erst aus ihrem von Fall zu Fall variablen "*Mischungsverhältnis*" ergibt - und neben dem noch ein unkonkretisierbarer Bereich möglich ist.<sup>426</sup> Denn wie sollten die unzähligen Gegebenheiten der Realität, deren Zusammensetzung und Gewichtung sich von Einzelfall zu Einzelfall ganz unterschiedlich gestalten kann, formelhaft erfaßt werden?<sup>427</sup>

---

<sup>421</sup> Eine interessante Beschreibung der unterschiedlichen Gewichtung beispielsweise des Moments des unternehmerischen Ermessens findet sich in der Sonderung von Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 168ff.

<sup>422</sup> Vgl. bereits G. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 22f. mit Aufzählung der vielfältigen, im Einzelnen noch wenig geklärten Faktoren.

<sup>423</sup> Vgl. hierzu insgesamt - dies an einem Beispiel zu § 242 BGB darstellend - Canaris, Systemdenken (1983), S. 152f. Der Typus ist inhaltsreicher als ein abstrakter Begriff, andererseits aber auch unklarer, weshalb ein Typus nicht direkt subsumierbar ist. Der Typus steht zwischen der abstrakten Norm einerseits und der konkreten Wirklichkeit andererseits. Wollte man die Treupflicht etwa als rechtlichen Strukturtypus bezeichnen, der einen Regelungsgegenstand unter einem leitenden Gesichtspunkt vollständig zu erfassen sucht, so wäre die Komplexität der Treupflicht zu betonen. Es wäre zu berücksichtigen, daß das einzelne Rechtsverhältnis mit zunehmender Komplexität zunehmend störanfällig wird; vgl. - problembezogen - hierzu bereits ähnlich die an Larenz, Methodenlehre (1991), S. 450ff. anknüpfende Darstellung von Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 56f. m.w.N.

<sup>424</sup> Insofern ist bemerkenswert, daß in der Literatur zur Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen, bei der erkanntermaßen unterschiedliche Wertungen zusammenstoßen, bereits rechtstheoretische Ansätze zu einem beweglichen System konzernrechtlicher Grundsätze angestellt worden sind; vgl. etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 85ff. m.w.N., der im Anschluß an Wilburg versucht, *die wenigen entscheidenden Elemente aus dem positiven Recht durch Formulierungen von Basiswertungen zu gewinnen*. Limmer, aaO. S. 127, unterstreicht für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen dabei, daß erst das Zusammenspiel dieser Elemente beweglich ist - und das sich die Rechtsfolge "*aus dem Zusammenspiel der Elemente nach Zahl und Stärke*" ergibt. (zitiert aus Wilburg, AcP 163 (1963) S. 346, 347). Limmer, aaO. S. 275 m.w.N., hebt dementsprechend auch die Vorteile des "mehr oder weniger" der Typologie gegenüber dem "entweder oder" einer starren Klassifizierung hervor. Eben diese Vorteile in einem wertungstimmigen Regelungsansatz zu verbinden, ist ein Ziel dieser Arbeit.

<sup>425</sup> Daß dies bereits in der Literatur durchgespielt wird, illustriert Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 250ff.; Hennrichs selbst sieht die "Beweglichkeit seines Abwägungssystem", grenzt es aber gegenüber der Billigkeit eindeutig ab. Diese Beweglichkeit der Schranken der Treupflicht ist dabei - problemimmanent - nicht auf die Haftungsfrage begrenzt; vgl. beispielsweise zu "*beweglichen materiellen Stimmrechtsschranken*" in § 47 Abs. 4 S.2 GmbHG, auch Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 102ff.

<sup>426</sup> Vgl. hierzu weiterführend bereits Canaris, Systemdenken (1983), S. 153f.

<sup>427</sup> Illustrativ sei auf BGH DStR 1994, S. 214 m. Anmerkung Goette, verwiesen: ein Mehrheitsgesellschafter (51%) wollte seinen 49%-Mitgesellschafter (und Bruder) als Geschäftsführer abberufen. Der BGH erkannte (richtig) daß, eine Abberufung nicht ohne gewichtigen Grund geschehen konnte. In diesem Fall hatten die gesamten Umstände den Inhalt der Treupflicht verändert. Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 169 merkt

Dementsprechend muß es darum gehen, die Wertungen so auszudrücken, daß "*einige Merkmale verzichtbar, daß das Verhältnis der einzelnen Merkmale nicht festgelegt und die Anzahl der Merkmale unbestimmt sind.*"<sup>428</sup> Bei einem solchen Verständnis der Treubindung als Ausdruck einer Vielzahl von jeweils zusammenlaufenden Wertungen und konkreten Elementen des Einzelfalles ist der konkrete Inhalt der Treupflicht somit letztlich nur im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen.<sup>429</sup> Denn: Da weder Verbandsstatut noch Gesetz für die Vielfältigkeit der in der Realität der Gesellschaften auftretenden Konflikte Lösungswege vorzeichnen können, muß die Treupflicht eine sachgerechte Abwägung und die konkrete Lösung im konkreten Einzelfall ermöglichen.<sup>430</sup> Anders gesagt: Schutzrichtung und Umfang der Treupflicht sind nur von Fall zu Fall zu bestimmen - und die hieraus zu folgernden Implikationen nur im Einzelfall festzustellen.<sup>431</sup> Intensität und Tragweite der Treubindung sind je nach den Verhältnissen im konkreten Anwendungsfall im Einzelnen ganz unterschiedlich.<sup>432</sup>

Mit der allgemeinen Anerkennung der Treupflicht ist deren Inhalt nicht festgelegt, sondern lediglich ein Ansatzpunkt für die Differenzierungen im Einzelfall gefunden.<sup>433</sup> Auch deshalb wird in der Literatur oft an Beispielen - eben den entschiedenen Fällen - der Inhalt der Treupflicht konkretisiert.<sup>434</sup> So erlaubt die Treupflicht den Gerichten eine

---

insofern zutreffend an, daß dies zwar so weder im Gesellschaftsvertrag, noch im Anstellungsvertrag stand, daß die gesamten Umstände, hierunter die 20jährige Zusammenarbeit der Brüder und einer offensichtlich fehlerhaften Beratung des Betroffenen bei der Umwandlung der ursprünglichen OHG unter den Brüdern in eine GmbH jedoch mit dem Treupflichtansatz korrelierende berechnete Erwartungen begründen, welche sich "*in der Zeit und der persönlichen Geschichte des Miteinanders der Gesellschafter in der 'Gesellschaft'*" entwickeln und verdichten. Der in den entscheidungsrelevanten Umständen Ausdruck findende Einzelfallcharakter dieser Entscheidung illustriert deutlich, daß die topische Konkretisierung der Treupflicht sinnvoll nur im Einzelfall geschehen kann.

<sup>428</sup> Vgl. ähnlich, dort zum Ansatz des Typus, bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 85ff.

<sup>429</sup> Auch der Maßstab des § 242 BGB ist ein beweglicher; die sich aus dem Gebot von Treu und Glauben ergebenden konkreten Verhaltenspflichten hängen ganz von der Lage des Einzelfalles ab. Ebenso bedarf auch die gesellschaftsrechtliche Treupflicht einer wertenden Konkretisierung anhand der Umstände des Einzelfalles; vgl. so bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 227 m.w.N.

<sup>430</sup> Die Treupflicht sollte dementsprechend als "*nach vorn offen*" verstanden werden; vgl. statt aller Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 91; dies gut darstellend auch Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 53 m.w.N.

<sup>431</sup> Vgl. nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 593.

<sup>432</sup> Vgl. zutreffend bereits Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 23, der zu Recht betont, daß die Intensität der Treupflicht im Einzelfall bestimmenden Faktoren vielfältig sind und Einzelheiten noch wenig geklärt.

<sup>433</sup> Ähnlich etwa T. Raiser, 100 Jahre BGHZ: GmbH-Recht. Die Treupflichten im GmbH-Recht als Beispiel der Rechtsfortbildung (1987), S. 433f., diesem folgend bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 55 m.w.N.

<sup>434</sup> Vgl. etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 495 oder auch Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 487f., 489ff. Auch Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 75 meint, abstrakt ließe sich nur eine gewisse Annäherung an den Inhalt der Treupflicht herausarbeiten. Dies sei letztlich, auf den konkreten Fall angewandt, ohne großen Argumentationswert. Der Normbereich der Treupflicht könne erst nach und nach anhand praktischer Fälle argumentativ abgesteckt werden.

sachliche und argumentativ ausgewogene und damit befriedigende Entscheidung in zum Teil hochkomplexen Problemstellungen.<sup>435</sup>

Die Treupflicht als bewegliche Schranke erlaubt Differenzierungen innerhalb des allgemeinen Prinzips, das durch die Treupflicht ausgedrückt wird.<sup>436</sup> Für die in dieser Arbeit behandelte Problematik der Haftung im verbundenen Unternehmen sind im folgenden einzelne Kriterien, "Elemente" in diesem beweglichen System zu skizzieren, um so zu Indikatoren für die Intensität der Treubindung und das Vorliegen einer Treupflichtverletzung im Einzelfall zu gelangen.<sup>437</sup> Denn die konkrete Erscheinungsform der Kapitalgesellschaft, z.B. Rechtsform, personalistische Elemente bei der internen Ausgestaltung, Maß des Einflusses der jeweiligen Mitglieder etc.,<sup>438</sup> hat zwar nicht für die Existenz, wohl aber für das Ausmaß der sich im Einzelfall aus der Treupflicht ergebenden Einzelpflichten Bedeutung.

Dabei soll im folgenden nicht versucht werden, einen abschließenden Katalog der die Intensität und die Handhabung der Treupflicht beeinflussenden Momente aufzustellen - vielmehr sind Momente für die im Einzelfall vorzunehmende Konkretisierung der Treupflicht darzulegen. Dabei ist daran zu erinnern, daß die Treupflicht abstrakt lediglich als Topos verstanden werden sollte, mit dem die gesteigerte Intensität sämtlicher Verhaltensgebote von Treu und Glauben im Gesellschaftsverhältnis gekennzeichnet worden ist. Aus einem dermaßen abstrakten Topos läßt sich dementsprechend zwar deren Intensität, nicht aber die Funktionsbreite der Treupflicht herleiten, und schon gar nicht die Grenze zu einer zulässigen Wahrnehmung kollidierender Eigeninteressen bestimmen.<sup>439</sup> Dementsprechend ist ein Weg zur Handhabung der Treupflicht aufzuzeigen; entsprechend des in dieser Arbeit vertretenen Ansatzes wird dafür die Konkretisierung der zugrundeliegenden Wertungen herangezogen.

## **b. Handhabung der Treupflicht durch Konkretisierung der Wertungen**

---

<sup>435</sup> Ähnlich, bezogen auf Binnenstreitigkeiten in Gesellschaften, bereits Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 185.

<sup>436</sup> So etwa Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 491.

<sup>437</sup> Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 74 bemerkt treffend, daß die Treupflicht als Generalklausel auf offene, d.h. dynamische Konfliktbewältigung hin angelegt ist. Ihre Intensität - richtiger: die Intensität der Treubindung - müsse deshalb für jeden Einzelfall festgestellt werden.

<sup>438</sup> Vgl. zu diesen - abstrakt wenig zu klärenden - Konkretisierungsfaktoren für den Einzelfall etwa Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl, 2000), § 13 Rn. 23; danach sind "*Intensität und Tragweite der Treubindung im einzelnen ganz unterschiedlich je nach den Verhältnissen im konkreten Anwendungsfall.*" Hierauf ist im folgenden einzugehen.

<sup>439</sup> Ähnlich gegen eine Deduzierung aus einer allgemeinen Formulierung ganz generell Roth im Münchener Kommentar zum BGB (3. Aufl. 1994) § 242 Rn. 120.

Um den Rechtssatz der Treupflicht zu handhaben, bedarf dieser einer wertenden Konkretisierung im Einzelfall.<sup>440</sup> Bei dieser Konkretisierung sind die gesetzlichen Wertungen heranzuziehen. Der Einzelfall ist dann unter Heranziehen und Abwägung dieser Wertungen im Rahmen der gesetzlichen Regelung zu entscheiden. Daraus, daß bei der Anwendung von Generalklauseln nicht ohne Wertungen auszukommen ist, darf dabei nicht gefolgert werden, daß eine rationale Kontrolle der Entscheidungsfindung überhaupt nicht zu erreichen sei oder daß die Rechtsprechung allein auf außerrechtliche Maßstäbe verwiesen wäre.<sup>441</sup> Denn die Anwendung einer Generalklausel, wie die Treupflicht es ist,<sup>442</sup> darf nicht zu Rechtsunsicherheit führen. Die Anwendung der Treupflicht muß eben für die Praxis berechenbar bleiben. Dem Rechtssicherheitsbedürfnis entsprechend muß bei der Konkretisierung<sup>443</sup> der Treupflicht als Generalklausel bei den für diese Konkretisierung maßgeblichen Kriterien eine ausreichende Präzisierung erreicht werden. Gerade weil die Einzelfallgerechtigkeit nicht zu Rechtsunsicherheit führen darf, darf zur Erlangung der nötigen Rechtssicherheit nicht auf die Erarbeitung maßgeblicher Wertungskriterien verzichtet werden.<sup>444</sup>

Wie dargelegt kommt es dabei für die Konkretisierung einer Generalklausel einleitend darauf an zu prüfen, ob sich nach der im Gesetz enthaltenen Wertordnung ein eindeutiger Vorzug eines Gutes - bzw. eines Interesses - ergibt. Bei gleichrangig einzustufenden Gütern oder Interessen ist auf das Ausmaß der Beeinträchtigung abzustellen, sowie darauf, wie und in welcher Stärke das Rechtsgut bzw. Interesse geschützt ist. Bei dieser Abwägung gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.<sup>445</sup>

Der Bundesgerichtshof hat für die hier behandelte Problematik bei seinen Abwägungen denn auch auf die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit abgestellt.<sup>446</sup> Dementsprechend sind für die Konkretisierung der Treupflicht Konkretisierungsgrundsätze aufzustellen und ein Weg zur Konkretisierung<sup>447</sup> der Treupflicht für die Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen aufzuzeigen.

<sup>440</sup> Vgl. zur Konkretisierung allgemein oben im zweiten Teil unter D.II., insbesondere unter 4. - dies für die Treupflicht betonend beispielsweise Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), etwa S. 240.

<sup>441</sup> So hat dies - mit scharfer Kritik an Weber, vgl. dazu oben im zweiten Teil unter III. und V. - bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 226f. ausgedrückt. Vgl. hierzu und vertiefend zur Rolle des Richters bei der Anwendung von wertgebundenen Regeln oben im zweiten Teil unter D.II.4. und ebenda unter A.II. Hennrichs, aaO. S. 248, spricht sich für eine Methode zur Konkretisierung von Generalklauseln aus, die eine rationale Kontrolle der Entscheidungsfindung "so weit wie möglich gewährleistet", wobei er - richtig - darauf verweist, daß mathematische Genauigkeit, wie auch sonst bei der Rechtsanwendung, nicht zu erreichen ist.

<sup>442</sup> Vgl. zur Treupflicht als Generalklausel eingehend unten in diesem Teil unter E.IV.1.

<sup>443</sup> Vgl. dazu oben im zweiten Teil unter D.II.4.

<sup>444</sup> Vgl. ähnlich zu typisierten Wertungskriterien bei der Treupflichtpräzisierung als Grundlage eines Zustimmungserfordernisses bereits Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 60ff. m.w.N.

<sup>445</sup> Vgl. ausführlich hierzu oben im zweiten Teil unter D.II.4.

<sup>446</sup> Vgl. nur BGHZ 71, 41, S. 46 sowie BGHZ 80, 69, S. 74.

<sup>447</sup> Vgl. zu zwei unterschiedlichen Ausgangspunkten für eine Konkretisierung der Treupflicht allgemein etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 57, wo Limmer zwischen einem *normativen Ansatz*, bei dem die aus der Treupflicht zu entwickelnden

### c. Treupflichtkonkretisierung durch Interessenabwägung

Der Inhalt der Treupflicht ist im einzelnen weitgehend von einer Interessenabwägung abhängig, für die hier interessierende Haftungsfrage ist dabei eine Abwägung zwischen Gesellschafterinteresse und Gesellschaftsinteresse entscheidend.<sup>448</sup> Die an den vorhandenen Wertungen der Rechtsordnungen ausgerichtete, "*rechtlich geleitete*" Interessenabwägung muß mit einer Sammlung des Abwägungsmaterials beginnen.<sup>449</sup> Hierbei sollte zuerst versucht werden, die *berührten Interessen vollständig aufzuzeigen*. Danach ist zu fragen, ob die berührten Interessen geschützt sind. Dies hat unter Rückgriff auf die gesetzlichen Wertungen zu geschehen. Erst daran anschließend sind die gefundenen relevanten (berührten und rechtlich geschützten Interessen) abzuwägen.<sup>450</sup> Der konkrete Inhalt der Treupflicht ist somit weitgehend von einer Interessenabwägung, einer Abwägung zwischen den Eigeninteressen der handelnden Gesellschafter einerseits und dem Gesellschaftsinteresse andererseits abhängig.<sup>451</sup> Dementsprechend wird von

---

Einzelpflichten aus den betroffenen Interessen heraus entwickelt werden, und einer stärker *wirkungsbezogenen Betrachtung*, die bei der Frage ansetze, ob durch eine Maßnahme die Gesellschaft betroffen oder ob die Maßnahme ausschließlich die Mitgliedschaft eines Mitgeschafters tangiere, unterscheidet. Im Ergebnis würde, so Limmer, der gleiche Weg erreicht. Dagegen wird nur der *wertungsbezogene* Konkretisierungsweg den methodischen und den problemimmanenten Anforderungen gerecht. Zwar könnte man sowohl auf den Normen aufbauend als auch die Wirkungen berücksichtigend konkretisieren - und sowohl auf die betroffenen Interessen als auch auf die Stellung der Gesellschafter ist bei der Konkretisierung durchaus zu achten. Diese Momente sind eben *neben* anderen bei der Konkretisierung zu beachten, so daß die von Limmer angedeuteten Ausgangspunkte zwar zur selben Konkretisierung führen mögen - bei der richtigen Vorgehensweise einer wertungsorientierten Konkretisierung jedoch der einzig wertungsstimmige Weg verfolgt wird.

<sup>448</sup> Vgl. nur Hueck/Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 24.

<sup>449</sup> So bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 250ff. Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S.68ff. plädiert für ein Drei-Stufen-Modell der Treupflicht: Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, wobei Verstöße gegen die Treubindung nicht per se als rechtswidrig anzusehen wären, welches u.a. auf die begriffliche Unschärfe, die Jilg an generalklauselartige Weite (S. 71) erinnert, gestützt wird. Die Rechtswidrigkeit sei dabei nach einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall zu prüfen, aaO. S. 72, 75ff., sowie - dies am Beispiel BGHZ 129, 136 (Girmes, 1995) illustrierend - S. 132. Die von Jilg propagierte Sonderung wird hier nicht in extenso aufgegriffen, entscheidend für das Vorliegen eines Treupflichtverstößes ist eben, ob bei der vorzunehmenden, an den rechtlichen Wertungen ausgerichteten Abwägung eine Interessenbeeinträchtigung - nach dem in dieser Arbeit vertretenen Ansatz bezogen auf das zu antizipierende Eigeninteresse als Haftungsmaßstab - vorliegt. Jilg, aaO., S. 70ff. will Schadensersatzansprüche nur bei schuldhaftem Verhalten zugestehen. Ein reiner Verschuldensmaßstab ist nach dem hier vertretenen Ansatz jedoch nicht aufzustellen; die Verletzung des Eigeninteresses ist als objektives, der Treupflichtverstoß als korrelierende subjektives Tatbestandsmerkmal aufzufassen. Denn ganz allgemein ist die gesellschaftsrechtliche Treupflicht rechtsfolgenspezifisch unter Berücksichtigung der speziellen Normen festzulegen, bei der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen ist dies nach dem Gesagten eben das als Haftungsmaßstab zu wählende Eigeninteresse.

<sup>450</sup> So bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 250ff. Dabei will Hennrichs, auf Alexy, Kraft und Larenz aufbauend, insbesondere die *Wichtigkeit der betroffenen Interessen* sowie den *Grad der drohenden Interessenbeeinträchtigung und die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts* berücksichtigen.

<sup>451</sup> So bereits G. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (16. Aufl., 1996), § 13 Rn. 24, wo für die Treupflicht gegenüber Mitgeschaftern in die Interessenabwägung auch die mitgliederschaflichen Interessen anderer Gesellschafter einbezogen werden. Hierauf ist, wie oben unter 4.a. dargelegt, für die Haftungsfrage nicht näher einzugehen. Angemerkt sei jedoch, daß noch 1930 und 1931 im Rahmen der Entwürfe für ein neues Aktiengesetz - also vor dem nationalsozialistisch motivierten § 101 Abs. 3 AktG (welcher aufgrund des Wohls des Konzerns und höherer gesamtwirtschaftlicher

Teilen der Literatur für die Konkretisierung der Treupflicht eine Interessenabwägung zwischen Mitglied und Verband gefordert.<sup>452</sup> Gleichzeitig ist als geeignetes methodisches Instrument für die Konkretisierung die "*rechtlich geleitete Interessenabwägung*", die an den vorhandenen Wertungen der Rechtsordnung ausgerichtet ist, vorgeschlagen worden.<sup>453</sup>

Um eine solche rechtlich geleitete Interessenabwägung zur Konkretisierung der Treupflicht vorzunehmen, ist es nötig, unberechtigte von berechtigten Interessen zu unterscheiden und eine Gewichtung letzterer bei dieser Abwägung vorzunehmen.<sup>454</sup>

### **aa. Recht des Gesellschafters zur Wahrung seiner Interessen**

Ausgangspunkt jeder Interessenabwägung in einem privatautonomen Bereich sollte sein, daß jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr grundsätzlich berechtigt ist, seine eigenen Interessen wahrzunehmen.<sup>455</sup> Letztlich wäre jede andersartige Grundauffassung nicht mit einer freiheitlichen Rechtsordnung vereinbar. Vor Bevormundung oder altruistisch anmutenden Regelungen kann im Wirtschaftsrecht nicht genügend gewarnt werden: Gerade im Wirtschaftsrecht muß gelten, daß keine Partei verpflichtet sein kann, gleichrangige eigene Interessen gegenüber Belangen des anderen Teils zurückzustellen.<sup>456</sup>

---

Belange die Zurücksetzung der Belange des Konzernunternehmens sowie seiner Aktionäre "*rechtfertige*", vgl. kritisch hierzu oben im zweiten Teil unter C.I.) die vorgeschlagenen Regelungen damit begründet worden, daß es der Rechtsprechung vorbehalten bleiben könne, "*nach der Lage des einzelnen Falles eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Konzerns und denen seiner Mitgliedgesellschaften vorzunehmen*". Die hier dargelegte, in einer Regelung beinhalten Abwägung ist also nichts Neues - im Gegenteil: sie entspricht dem Regelungsansatz wie er sich auf der Höhe der konzernrechtlichen Diskussion in der Weimarer Zeit abzeichnete; vgl. zu den Entwürfen des Reichsministeriums der Justiz aus den Jahren 1930 und 1931 statt aller etwa Mestmäcker, Konzerngewalt (1958), S. 268ff. oder im rechtsgeschichtlichen Kontext Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S.79.

<sup>452</sup> Vgl. nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl. 1997) S. 586ff. und darstellend statt aller etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 69 m.w.N.

<sup>453</sup> Vgl. etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), etwa S. 248ff.

<sup>454</sup> Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995) S. 252. hebt zu Recht einige Kriterien hervor - und betont, daß diese nicht unbedingt scharf gegeneinander abgegrenzt werden müssen. Solche Kriterien sind etwa die *Möglichkeit und Einfachheit der Interessenbeeinträchtigung*, die *Zumutbarkeit*, die *Art des betroffenen Interesses*, die *Realstruktur der Gesellschaft*, deren Bedeutung Hennrichs zu Recht relativiert (vgl. hierzu gleich unten unter e.bb.), sowie der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Die von Hennrichs dazugezählte *Folgenüberlegung*, die die Auswirkungen der Konkretisierung betrachtet, scheint nicht zwingend notwendig. Sie ist letztlich denn auch in dem - allerdings nötigen - entscheidenden Schritt der Abwägung anzusiedeln, in dem die gefundene Konkretisierung auf ihre *Verträglichkeit mit den Wertungen der Rechtsordnung zu überprüfen* ist. Dabei wird zu Recht untersucht, ob die gefundene Regel "*sich in die vorhandene Systematik und die vorhandenen Wertungen der Rechtsordnung einfügt*"; vgl. hierzu allgemein oben im zweiten Teil unter D.II.4.

<sup>455</sup> Vergleich hierzu etwa aus der - hier ansonsten nicht weiter zu vertiefenden - Rechtsprechung zur Treupflicht des Kommanditisten OLG München vom 5. Februar 1997, WiB 1997, 1188, 1189, in der ein Kommanditist lediglich sein eben grundsätzlich schutzwürdiges "*allgemeines Interesse*" nicht schikanös, sondern innerhalb des erheblichen Entscheidungsspielraumes seines unternehmerischen Ermessens ausübte, "*der nicht gerichtlicher Kontrolle unterliegt und Schadenersatzansprüche erst dann in Betracht kommen läßt, wenn die äußerste Grenze dieses Ermessens schuldhaft nicht beachtet worden sind.*" Entsprechendes gilt (vgl. oben unter E.I.3.e.aa.) für das Eigeninteresse als konzernspezifischen Maßstab für vertretbares Handeln im Rahmen der Treupflicht.

<sup>456</sup> Vgl. ganz allgemein zur Illustration BGH LM § 455 Nr. 21 Bl. 2, § 2 (Be) Nr. 36.

Denn die Freiheit zur Wahrnehmung und Optimierung eigener Interessen ist ein Grundelement unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Vor Eingriffen in die Privatautonomie durch die Verwendung von Treupflichten ist denn - zu Recht - auch bereits gewarnt worden.<sup>457</sup> Dementsprechend ist zur Interessenabwägung bei Treupflichtbetrachtungen festzuhalten, daß das Gesellschaftsinteresse gegenüber dem Privatinteresse eines Gesellschafters nicht höherwertig ist.<sup>458</sup>

Diese Freiheit zur Wahrnehmung eigener Interessen gilt es zu schützen, solange diese Wahrnehmung eigener Interessen berechtigt ist. Der grundsätzlichen - privatautonomen - Freiheit zur Wahrung eigener Interessen sind jedoch dort Schranken zu setzen, wo die Interessen anderer tangiert werden - hier bedarf es einer Interessenabwägung. Die berechtigte Interessenwahrung ist gegen die angemessene Berücksichtigung anderer Interessen abzugrenzen.<sup>459</sup> In seiner Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof die Folgen für die Gesellschafter gegenüber dem Interesse der Gesellschafter gewichtet, und dabei eine Rechtfertigung von Einschränkungen der Rechte von Gesellschaftern dann zugelassen, wenn dies durch sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt sei. Dieses Erfordernis wird dabei als *ungeschriebene sachliche Wirksamkeitsvoraussetzung angesehen*, deren Prüfung die Abwägung der Interessen und der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck einschließt.<sup>460</sup>

Aus der vom Gesellschafter vorzunehmenden Abwägung seiner Interessen gegenüber den Belangen der Gesellschaft ergibt sich als Folgeproblem die Fragestellung, welcher Sorgfaltsmaßstab für das Verhalten der Gesellschafter maßgeblich ist.<sup>461</sup> Weil die Treupflicht Bestandteil der mitgliedschaftlichen Bindung des Gesellschafters ist, kann sie weiterreichendere Wirkungen entfalten, als diese sich aus den Sorgfaltspflichten des § 242 BGB ergeben können.<sup>462</sup>

Die Voraussetzungen einer Treupflichtverletzung können nicht aus einem pauschalen Rückgriff - beispielsweise auf den für einen Geschäftsführer geltenden Pflichtenstandard

---

<sup>457</sup> Vgl. nur Immenga, Bindung durch Treuepflichten (1992), S. 207

<sup>458</sup> Vgl. nur Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 147.

<sup>459</sup> Vgl. auch das problemspezifisch oben in diesem Teil unter A.III. zur Kehrseite der vertretbaren Interessenwahrung, der Risikoverschiebung, Gesagte.

<sup>460</sup> Vgl. so in der Rechtsprechung zum Bezugsrechtsausschluß etwa BGHZ 71, 40, 44 (Kali und Salz) sowie BGHZ 125, 239 (Deutsche Bank); vgl. hierzu auch Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 490.

<sup>461</sup> Vgl. bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 107ff. m.z.N. und Darlegung des Meinungsstandes. Winter, aaO. S. 108ff., der - für den von ihm verfolgten Ansatz - richtig die Differenzierung zwischen objektiver Pflichtverletzung und Verschulden für notwendig hält, gelangt dabei zu einem dem von ihm verfolgtem Ansatz entsprechenden Ergebnis: "*Die Anerkennung einer objektiven Zweckbindung, ergänzt durch einen differenzierenden Sorgfaltsmaßstab, ermöglicht vielmehr sachgerechte Lösungen.*" Für die hier behandelte Haftungsfrage kann es nicht darum gehen, eine für die Gläubiger nur periphär interessierende Zweckbindung um einen Sorgfaltsmaßstab zu ergänzen; vielmehr gilt es, den im Eigeninteresse als Haftungsmaßstab Ausdruck findenden Ermessensmaßstab um einen für dieses Ermessen maßgeblichen Sorgfaltsmaßstab zu ergänzen. Das Ausmaß der jeweiligen Treupflicht wird somit zum Maßstab für die Intensität (der Sorgfalt), mit der das Eigeninteresses zu wahren ist.

<sup>462</sup> Vgl. so im Anschluß an BGHZ 125, 239, 244 (Deutsche Bank) Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 494.

- abgeleitet werden. Diese Voraussetzungen müssen vielmehr eigenständig und problemspezifisch unter Beachtung der gesetzlichen Wertungen entwickelt werden.<sup>463</sup> Hier kann somit nicht versucht werden, einen generellen Sorgfaltsmaßstab aufzustellen. Der jeweils anzulegende Sorgfaltsmaßstab ist nach dem Gesagten eben auf den konkreten Fall bezogen unter Rückgriff auf die dargelegten gesetzlichen Wertungen im Einzelfall zu formulieren.

### **bb. Treubindung als Schranke für die Wahrung von Gesellschafterinteressen**

Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ist nach dem Gesagten der Mitgliedschaft immanent, jedem Gesellschafter obliegt eine Treupflicht gegenüber der Gesellschaft. Lediglich *Inhalt* und *Ausmaß* der Treupflicht können für die einzelnen Mitglieder der Kapitalgesellschaft unterschiedlich sein.<sup>464</sup> Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft beinhaltet für einen Gesellschafter, daß gewisse Schranken bei der Wahrung seiner Interessen innerhalb seiner Aktivitäten im Bereich der Gesellschaft einzuhalten sind.<sup>465</sup> Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft hat jedoch auch Auswirkungen auf die anderweitige unternehmerische Betätigung eines Gesellschafters; so ist zum Beispiel die Treupflicht bei der Ausnutzung mitgliedschaftlich vermittelter Geschäftschancen zu wahren.<sup>466</sup> Aufgrund der Treubindung ist ein Gesellschafter also verpflichtet, bei der Wahrung seiner eigenen Interessen gewisse Einschränkungen einzuhalten.<sup>467</sup> Dabei gilt der allgemein anerkannte Grundsatz, daß aufgrund der Treupflicht dem Gesellschaftsinteresse bei unternehmensbezogenen Handlungen eines Gesellschafters vorrangige Beachtung geschenkt werden muß.<sup>468</sup> Diese strikte Verpflichtung des Gesellschafters auf das Gesellschaftsinteresse ist die wichtigste Ausprägung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft.<sup>469</sup> Eigene Interessen darf ein Gesellschafter bei

<sup>463</sup> Daß der BGH dies in BGHZ 65, 15 (ITT) denn auch tut, lobt zu Recht etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 119; vgl. zur Frage der Sorgfalt auch oben in diesem Teil unter E.I.3.e.aa.

<sup>464</sup> So ganz allgemein für die Korporation Timm Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 483, 494.

<sup>465</sup> Die konkrete Beschaffenheit der Treupflicht wird etwa deutlich, wenn man sich klar macht, daß ein Gesellschafter seine Entscheidungen umso stärker an seinem Eigeninteresse, der Verfolgung eigennütziger Rechte, orientieren kann, je geringer der Zusammenhang einer Maßnahme mit der Verfolgung des Gesellschaftszwecks ist; vgl. hierzu etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 493.

<sup>466</sup> Vgl. so bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), zusammenfassend S. 329, der illustrativ das Hineindrängen in Verträge nennt, die eine GmbH mit Dritten abgeschlossen hat. Hierauf ist für die Haftungsfrage nicht näher einzugehen. Vgl. ebenso zu positivrechtlichen Schutzvorschriften bei Interessenkollisionen, etwa beim Zusammenspiel zwischen Kapitalschutzregeln und Treupflicht, aaO., S. 101ff.; vgl. zum Zusammenhang zwischen Treupflicht und Geschäftschancenlehre auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 601 m.w.N.

<sup>467</sup> Auf die Frage, ob die Treupflicht inhalts- oder wirkungsbezogen aufzufassen ist, ist hier nicht näher einzugehen; vgl. stattdessen etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 496 m.w.N.

<sup>468</sup> Vgl. beispielsweise Immenga, Bindung durch Treupflichten (1992), S. 199 und statt aller Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000) § 13, Rn. 27 m.w.N.

<sup>469</sup> So im Bezug auf die Ausübung uneigennütziger Rechte - namentlich für die Mitwirkung an Weisungsbeschlüssen in Geschäftsführungsangelegenheiten aber in gleicher Weise bei andersartiger Beeinflussung der Geschäftsführung - bereits Winter, Mitgliedschaftliche



der Ausübung seiner Rechte nur insoweit verfolgen, als Gesellschaftsbelange dem nicht entgegenstehen. Eine äußerste Grenze der Wahrnehmung dieser Rechte bildet die Willkürschränke, wonach ein Gesellschafter sich nicht willkürlich oder grundlos über aner kennenswerte Belange der Kapitalgesellschaft hinwegsetzen darf.<sup>470</sup> So werden beispielsweise von der Treupflicht insbesondere Risikogeschäfte erfaßt, *"deren günstiger Verlauf unter Berücksichtigung aller Umstände nicht erwartet werden konnte, weil das Risiko des Fehlschlagens die Erfolgchancen eindeutig überwog, zum anderen Geschäfte, bei denen zwar eine gewisse Erfolgsaussicht bestand, die erkennbaren Risiken im Fall des Fehlschlagens aber eine nachhaltige Beeinträchtigung der Ertragskraft der Gesellschaft zur Folge haben würden."*<sup>471</sup>

Dementsprechend ist für die inhaltliche Konkretisierung der Treupflicht ein Verbot der Verfolgung gesellschaftsfremder Partikularinteressen gefolgert worden, wobei es nicht auf die - ohnehin kaum feststellbare - Motivation eines einflußnehmenden Gesellschafters ankomme. Erforderlich und ausreichend sei vielmehr, daß die Veranlassung zur Förderung außerhalb der Gesellschaft liegender Interessen geeignet und für die Gesellschaft erkennbar nachteilig sei.<sup>472</sup> Dabei ist festzuhalten, daß es zur Konkretisierung der sich aus der Treupflicht ergebenden Schranken für das Verhalten des Gesellschafters, *"einer Abwägung zwischen den Interessen der Gesellschaft und derjenigen des Gesellschafters, um dessen Verhalten es geht"*, bedarf.<sup>473</sup>

Für die Haftungsfrage bedeutet dies, daß für einen bei der Gesellschaft entstandenen Verlust zuerst die Gesellschafter mit ihrem Haftkapital einzustehen haben, und nicht die Gesellschaftsgläubiger. Denn das Grundkapital einer Kapitalgesellschaft ist funktionell

---

Treubindungen (1988), S. 326, wobei er das Gesellschaftsinteresse durch den Gesellschaftszweck konstituiert sieht. Denn mit der Wahrnehmung uneigennütziger Rechte wird das Gesellschaftsinteresse gefördert, welches durch Satzung, Verbandszweck und Unternehmensziel zu konkretisieren ist; vgl. hierzu und allgemein zur Unterscheidung zwischen diesen Rechten und den eigennütigen, der Wahrung eigener Interessen dienenden, Mitgliedschaftsrechten etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 492 m.w.N.

<sup>470</sup> So für die Aktiengesellschaft Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 494 m.w.N.

<sup>471</sup> Vgl. so bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 107. Folgerichtig gelangt Winter in seiner grundlegenden Arbeit zur Treubindung im GmbH-Recht für die GmbH zu Schadensansprüchen der Gesellschaft gegen treupflichtwidrig handelnde Gesellschafter, die die Gesellschaft *"unter Mißachtung ihrer Bindung an das Gesellschaftsinteresse durch Verfolgung von Partikularinteressen schädigen oder bei der Durchsetzung von Maßnahmen mitwirken, bei denen die Wahrscheinlichkeit eines für die Gesellschaft nachteiligen Ergebnisses höher ist als die Erfolgsaussichten."* Die Parallelität dieser Gedanken zu dem oben in diesem Teil unter A.III. zur Risikoallokation im verbundenen Unternehmen Gesagte ist nicht zufällig: Der Interessenumbruch, der die Gefahrenquelle im herrschenden Unternehmen bildet; vgl. oben aaO., ist eben auch bei der Treupflicht der entscheidende Gesichtspunkt: wie hier dargelegt, greift die Treupflicht gerade dann, wenn ein Gesellschafter sein Eigeninteresse in unvertretbarem Maß über das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft - verstanden gerade als Vertretbarkeitsmaßstab - stellt. Dies belegt, daß die Treupflicht gegenüber dem Eigeninteresse die wertungsstimmige Grundlage für den hier verfolgten Regelungsansatz ist.

<sup>472</sup> So zur Voranstellung eigener Interessen zum Nachteil der Gesellschaft als Verstoß gegen immanente Bindungen und mithin gegebener Treuwidrigkeit etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 105.

<sup>473</sup> Vgl. zu dieser Abwägung und der Unterscheidung zwischen der Wahrnehmung eigen- bzw. fremdnütziger Rechte sowie der Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 76 m.w.N.

gerade Haftkapital für die Gesellschaftsgläubiger.<sup>474</sup> Insofern ist das Gesellschafterinteresse an der Gesellschaft bei einer Interessenabwägung gegenüber den Gläubigerinteressen *rechtlich nicht geschützt*, denn nach der Konzeption des Aktiengesetzes ist es *zuletzt* an den Gesellschaftsgläubigern, für Verluste der Gesellschaft aufzukommen.<sup>475</sup> Es ist eben eine Grundwertung im Kapitalgesellschaftsrecht, daß vorrangig die Gesellschafter mit dem Haftkapital, welches den Kapitalerhaltungsregeln unterliegt, und erst danach die Gesellschaftsgläubiger einen Verlust der Gesellschaft zu tragen haben. Diese Wertung - einschließlich funktionierender, diese Wertung aufrechterhaltender Kapitalerhaltungsregeln - gilt es aufrechtzuerhalten.

Für das Recht der verbundenen Unternehmen sei insofern angemerkt, daß die uneigennützigen Rechte dem Gesellschafter auch in seinem "*Gesellschafter-Eigeninteresse*" eingeräumt sind. Sie sollen ihm ermöglichen, die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem unternehmerischen Ermessen festzulegen.<sup>476</sup> Bei der Ausübung von uneigennützigen Rechten, insbesondere in Geschäftsführungsangelegenheiten,<sup>477</sup> bewirkt jedoch nach richtiger Auffassung die Treupflicht einen generellen Vorrang des Gesellschaftsinteresses vor den Sonderinteressen der Handelnden.<sup>478</sup>

<sup>474</sup> Vgl. so bezogen auf die Treupflichtfrage im Grundsatz bereits Timm, Treuepflichten im Aktienrecht (1991), S. 485 und diesem folgend etwa Hennrichs, Treuepflichten im Aktienrecht (1995), S. 256f.; vgl. grundsätzlich auch das oben im ersten Teil unter B.III.

<sup>475</sup> Vorbereitend etwa Hennrichs, Treuepflichten im Aktienrecht (1995), S. 257, der S. 262 meint, daß auch der BGH sich bei der Konkretisierung im Einzelfall sich der (auch von Hennrichs propagierten) "*Methodik der Interessenabwägung*" bedient.

<sup>476</sup> So etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 106; Winter betont aaO. Zu Recht auch, daß es unzulässig wäre, aus der Nachteiligkeit einer Maßnahme ex post auf die Treuwidrigkeit der Veranlassung zurückzuschließen; vgl. hierzu auch das einleitend in diesem Teil unter A.III. Gesagte.

<sup>477</sup> Ohne daß hier auf die Figur des faktischen Geschäftsführers eingegangen werden soll (Man könnte über den Einfluß zu einer Kompetenzverlagerung gelangen und über eine Entscheidungskompetenz beim herrschenden Unternehmen diesen Gedanken hier zur Anwendung bringen) soll hier an eine Überlegung von Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 100 erinnert werden: Winter spricht aaO. in seinen Ausführungen zur inhaltlichen Präzisierung der Treupflicht für die GmbH ausdrücklich die "*Bindung des letztentscheidenden Organs an das Gesellschaftsinteresse*" an. Anschließend betont er völlig zu Recht, daß das dargestellte Prinzip, wonach Kompetenzverlagerungen die Erstreckung von Pflichtbindungen auf die Weisungsberechtigten - in casu ein herrschendes Unternehmen - zur Folge haben, als Grundwertung auch den Vorschriften des § 317 Abs. 1 S. 2 AktG zugrundeliegt: Eben weil der Vorstand einer abhängigen Aktiengesellschaft durch die §§ 311 ff. nachteilige Veranlassungen eines herrschenden Unternehmens befolgen darf, verschärft das Gesetz die Haftung des Einflußnehmenden; vgl. aaO. S. 101 m.w.N. Diese Überlegung, und nur darauf soll es hier ankommen, zeigt illustrativ die Nähe der Problemstellung und der Wertungen von Treupflichtansatz und der kodifizierten Regelung für das Recht der verbundenen Unternehmen auf.

<sup>478</sup> Die Ausübung von eigennützigen Rechten eines Gesellschafters wird nur unter bestimmten Voraussetzungen durch das Verbandsinteresse begrenzt, während die Ausübung der uneigennützigen Rechte am Verbandsinteresse ausgerichtet und aus diesem gerechtfertigt sein muß; so in Anlehnung an K. Schmidt etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 121, der gleichzeitig betont, daß die Unterscheidung zwischen eigennützigen und uneigennützigen Rechten - die er an sich wertvoll für die Inhaltsbestimmung der Treupflicht hält - die Gefahr unzutreffender Vereinfachungen in sich birgt. Auch bei eigennützigen Rechten eines Gesellschafters ist eine Interessenabwägung erforderlich, hierbei gehen jedoch die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter den eigenen Interessen eines Gesellschafters nicht generell vor; vgl. so etwa G. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 28.

Vereinfacht läßt sich dabei als Schranke für die Ausübung eigennütziger Rechte anführen, daß die Ausübung uneigennütziger Rechte nicht in einer vom Zweck der Einräumung nicht gedeckten Weise oder durch eine die Gesellschaft unverhältnismäßig beeinträchtigende Ausübung der Befugnisse geschehen darf.<sup>479</sup> Zweckmäßigkeitserwägungen im Rahmen unternehmerischen Ermessens sind zwar zulässig, insbesondere Konzerninteressen - Fremdingteressen des herrschenden Unternehmens - genießen aber keinen Vorrang.<sup>480</sup>

Dem Ansatz dieser Arbeit folgend wird - auf die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen bezogen - eine solche Interessenbeeinträchtigung im Maßstab Eigeninteresse ausgedrückt. Die Wahrung des Eigeninteresses wird demgemäß als eine Treupflichtschranke verstanden. Zur Handhabung der Treupflicht, die durch die Rechtsprechung zu einem jeder Gesellschafterstellung immanenten normativen Verhaltensstandard fortentwickelt worden ist,<sup>481</sup> bedarf es nach dem Gesagten einer Abwägung. Die dabei zu berücksichtigenden Momente sind im folgenden zu skizzieren.

### **cc. Verhältnismäßigkeit etc.**

Bei dieser abwägenden Konkretisierung durch eine an den gesetzlichen Wertungen ausgerichtete Abwägung der für die Beschaffenheit der Treupflicht im Einzelfall entscheidenden Momente ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit<sup>482</sup> zu berücksichtigen.<sup>483</sup> Denn nach dem Gesagten sind Zweckmäßigkeitserwägungen im Rahmen unternehmerischen Ermessens zulässig, wobei unter mehreren Möglichkeiten jeweils die Schonendere zu wählen ist. Hierin drückt sich gerade die Bindung an Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit aus.<sup>484</sup>

Im folgenden soll es um die Konkretisierung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Treupflicht zu subsumtionsfähigen Interessenabwägungen unter Beibehaltung der gesetzlichen Wertungen bei besonderer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls

<sup>479</sup> Auf diese Wertungskriterien verweisend etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 121.

<sup>480</sup> So die herrschende Meinung seit BGHZ 65, 15, 19 (ITT), vgl. statt aller etwa G. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 27 m.w.N. sowie insgesamt zur Konzernproblematik Zöllner, ebenso in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), Schlußanhang I GmbH-Konzernrecht, Rn. 53f. und die Darstellung der Gesamtproblematik der Interessenkollision oben in diesem Teil unter A.V.II.

<sup>481</sup> Dies meint Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S.38 m.w.N.

<sup>482</sup> Vgl. zu diesem materiellen Rechtsprinzip als Leitfaden bei der Konkretisierung bereits oben im zweiten Teil unter D.II.4.

<sup>483</sup> Vgl. hierzu etwa Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 233, 241, 244ff., 272; Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 76 will die Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Prüfung der Rechtswidrigkeit der Treupflicht zwischen erstrebtem Zweck und Beeinträchtigung der Gesellschaft sowie zwischen erstrebtem Zweck und Form, Art und Ausmaß zur Erreichung desselben gewahrt wissen.

<sup>484</sup> Vgl. im Ansatz ähnlich etwa Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 27; vgl. zur Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 76 m.w.N.

gehen, insbesondere den Einflußmöglichkeiten der Gesellschafter.<sup>485</sup> Auf diese Einflußmöglichkeiten der Gesellschafter ist im folgenden besonders einzugehen.

#### **d. Charakteristische Moment: gesteigerte Treupflicht bei gesteigertem Einfluß**

##### **aa. Möglichkeit der Beeinträchtigung anderer schutzwürdiger Interessen**

Der Zusammenhang zwischen Ausmaß der Treupflicht und dem Einfluß eines Gesellschafters ist offensichtlich,<sup>486</sup> besteht die Verletzung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft doch gerade darin, daß ein Gesellschafter im Wege der Einflußnahme auf die Gesellschaft seinen außerhalb der Gesellschaft liegenden persönlichen Interessen den Vorzug vor dem "Eigeninteresse" der Gesellschaft gibt.<sup>487</sup> Die zentrale Bedeutung des Kriteriums der Einflußnahme kommt denn auch in der Begründung der Treupflicht zum Ausdruck, denn die Treupflicht ist gerade in der Rücksichtnahme auf andere, schützenswerte Interessen begründet.<sup>488</sup> Die Möglichkeit der Einflußnahme verlangt als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht, auf jene Interessen, die einer Beeinträchtigung ausgesetzt sind, Rücksicht zu nehmen.<sup>489</sup> Auch in der jüngeren Rechtsprechung wird angeführt, die Treupflicht sei als Gegengewicht erforderlich, weil durch die Einflußnahme andere Interessen durch Einflußnahme beeinträchtigt wurden.<sup>490</sup> Bei den hier anzustellenden Treupflichtsbetrachtungen kommt es als zentrales Kriterium darauf an, ob ein Gesellschafter erhöhte Einflußmöglichkeiten besitzt, wodurch der Gesellschafter andere schutzwürdige Interessen zu beeinträchtigen vermag.<sup>491</sup> Soweit der Treupflichtsgedanke im Kapitalgesellschaftsrecht allgemein Geltung beanspruchen kann, besteht der Kern der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft eben darin, daß dem Maß des Einflusses eines Gesellschafters das Maß seiner Verantwortung mit der sich daraus

<sup>485</sup> Vgl. im Ansatz so bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 233, 241, 244ff., 272.

<sup>486</sup> Ihn unterstreicht etwa Kübler, Gesellschaftsrecht (5. Aufl., 1998), § 15 II 3. c. In zahlreichen Einzelnormen - etwa des Aktiengesetzes in §§ 117, 243 Abs. 2, 254 Abs. 1 und 255 Abs. 2 AktG - kann so die, im 3. Buche des AktG dann besonders umgesetzte Wertung des Gesetzgebers gesehen werden, daß ein gesteigerter Einfluß eine gesteigerte Pflichtenbindung und Ausübungskontrolle begründet; hierzu bereits Dreher, Treupflichten zwischen Aktionären (1993), S. 155.

<sup>487</sup> Vgl. hierzu bereits oben in diesem Teil unter E.II.4.b.

<sup>488</sup> Vgl. zum Gesichtspunkt der Rücksichtnahme oben unter 2.a. zu den hinter dem Treupflichtansatz stehenden Erwägungen und zu den im Rahmen der für die Konkretisierung der Treupflicht nötigen Abwägung oben unter 5.c.

<sup>489</sup> So könnte die folgende Formulierung des BGH aus BGHZ 65, 15, 19 (ITT, 1975) für die Gläubigerfrage verallgemeinert werden. Der BGH, der die Treupflicht im Bezug auf die Rechte von Minderheitsgesellschaftern einer abhängigen Gesellschaft präzisiert, stellte fest, daß "*die für eine Gesellschaftermehrheit bestehende Möglichkeit, durch eine Einflußnahme auf die Geschäftsführung die Mitgesellschafterinteressen zu beeinträchtigen, als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht [verlangt], auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen.*"

<sup>490</sup> So ausdrücklich im Anschluß an das Girmes-Urteil bereits Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 490; hier ging es um die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter.

<sup>491</sup> Vgl. in Anlehnung an BGHZ 103, 183, 194 (Linotype, 1988) beispielsweise Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 239.

ergebenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft entspricht.<sup>492</sup> In der für die Treupflicht gegenüber den Mitgesellchaftern maßgeblichen Rechtsprechung heißt es, "*daß die Möglichkeit, durch Einflußnahme die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellchafter zu beeinträchtigen, als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht verlangt, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen*".<sup>493</sup> Entsprechendes gilt für die hier interessierende Treupflicht gegenüber der Gesellschaft, wobei als Maß einer Rücksichtnahme eben der dargelegte Maßstab des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft heranzuziehen ist.<sup>494</sup>

Mit zunehmender Einflußmöglichkeit kommt es zu einer Verdichtung der Treubindung.<sup>495</sup> Die Treubindung wächst mit dem Einflußpotential. Bildlich gesprochen: Die Schrankenhöhe sinkt bei steigendem Einfluß. Anders gesagt: Die Höhe der Schwelle, ab der sich aufgrund der Treubindung Konsequenzen ergeben, ist reziprok zur Höhe des Einflußpotentials - und dementsprechend wächst die Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses.

Für die Haftungsfrage ist dabei an die Treupflichtsverletzung anzuknüpfen, zu der es kommt, wenn ein Einflußpotential in treupflichtwidriger Weise zur Einflußnahme genutzt wird. Diese - hier interessierende - einwirkungsbezogene Treupflicht wurde lange Zeit unter dem Gesichtspunkt einer mehrheitsbezogenen Treupflicht erörtert.<sup>496</sup> Spätestens nach der neueren Rechtsprechung des BGH<sup>497</sup> steht jedoch fest, daß die einwirkungsbezogene Treupflicht auch für Minderheitsgesellchafter gelten kann, falls diese in der Lage sind, Einfluß auf die gesellschaftsbezogenen Belange einer Mehrheit zu nehmen. Dabei wird an das Einflußpotential angeknüpft. Dies offenbart, daß das Maß der

---

<sup>492</sup> So der BGH in BGHZ 129, 136, 143 (Girmes, 1995) m.z.w.N. Grundsätzlich für eine Verpflichtung des Gesellchafter auf das Gesellschaftsinteresse bei der aktiven Einflußnahme auf die Gesellschaft bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), passim.

<sup>493</sup> Vgl. BGHZ 129, 136, 144; BGHZ 65,15, 19 (ITT, 1975) und BGHZ 103, 184 (Linotype, 1988); vgl. zur Bedeutung dieser Betrachtung etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 489f. Henrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), zusammenfassend S. 271 rechtfertigt die gesellschaftsrechtliche Treupflicht dies berücksichtigend aufgrund der gegenüber dem "Jedermann-Verhältnis" des Deliktsrechts gesteigerten Einflußnahmemöglichkeit, welche das Gesellschaftsverhältnis eröffnet. Vgl. insofern auch die Ausführungen zu § 242 BGB im zweiten Teil unter D.III. und das wiederholt oben in diesem Teil zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als Verdichtung der Sonderverbindung Gesagte.

<sup>494</sup> Vgl. insgesamt oben in diesem Teil unter E.I. und E.II.1.

<sup>495</sup> Vgl. zu dieser allgemein gültigen - und somit auch aufs Kapitalgesellschaftsrecht anwendbaren - Feststellung etwa BGHZ 89, 162ff (Heumann, 1983). Gegenläufig gilt, daß wer den Einfluß nicht besitzt, nicht in gleicher Intensität einer entsprechenden Pflichtenbindung unterliegt, wie der, der über den Einfluß verfügt; vgl. so bereits Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 482.

<sup>496</sup> Vgl. statt aller Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), S. 349ff. oder Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1991), S. 73ff; darstellend etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 495 m.w.N. Wenn also beispielsweise Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 49, die Probleme der Konzernverantwortung als Teilbereich des ganz allgemeinen Ansatzes der Begrenzung von Mehrheitsherrschaft sieht, und die Konzernverantwortung somit nur als einen Ausschnitt einer übergreifenden Problematik sieht, die als Rückbindung der Mehrheitsmacht aufzufassen sei, so ist hier daran zu erinnern, daß seit 1965 der zentrale Anknüpfungspunkt nach § 17 AktG nicht die Mehrheitsherrschaft, sondern die Möglichkeit der Einflußnahme die zentrale Wertung des Gesetzes ist.

<sup>497</sup> Vgl. nach BGHZ 129, 136 (Girmes, 1995) etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 496 m.w.N.

Verantwortung eines Gesellschafters dem Maß seines Einflusses zu entsprechen hat.<sup>498</sup> Es ist gar postuliert worden, die entscheidende Meßlatte für Inhalt und Ausmaß der Treupflicht läge im Maß der dem Gesellschafter allein oder im Verbund mit anderen gegebenen Einflußmöglichkeit.<sup>499</sup> Dies führt zu der Frage, ob sich Rechtsmacht und Verantwortung entsprechen:

### **bb. "Einfluß und Treubindung" statt "Rechtsmacht und Verantwortung"**

Es ist vertreten worden, bei der Haftung wegen Treupflichtverletzung sei der Einsatz von Rechtsmacht entscheidend.<sup>500</sup> Ähnlich dem aus dem Personengesellschaftsrecht bekannten "*Gleichlauf von Herrschaft und Haftung*"<sup>501</sup> bestünde ein Gleichlauf von "Stimmrechtsmacht und Verantwortung". Als maßgeblicher Ansatzpunkt für gesteigerte Rücksichtspflichten gelte die Korrelation zwischen Rechtsmacht und Verantwortung.<sup>502</sup> Eine erhöhte Rechtsmacht müsse sich in einem erhöhten Maß an Verantwortung niederschlagen.<sup>503</sup> Zwar nicht die Existenz der Treupflicht - aber die Treupflichtwidrigkeit - bemesse sich nach dieser Rechtsmacht. Dementsprechend hat man das *Prinzip der Korrelation zwischen Rechtsmacht und Verantwortung* als "*rechtsfunktionalen Anknüpfungspunkt der Treupflicht*" bezeichnet,<sup>504</sup> ebenso wurde in diesem Prinzip der "*tragende Grund*" der Treupflicht gesehen.<sup>505</sup> Es wurde gefolgert, dementsprechend müsse die konkrete Annahme einer Treupflicht auf einer wertenden Betrachtung der Rechtsmacht des Aktionärs beruhen.<sup>506</sup>

<sup>498</sup> Vgl. so für die Treupflicht zwischen den Aktionären etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 496, der betont, daß die einwirkungsbezogene Treupflicht Ausfluß der Möglichkeit ist, die gesellschaftsbezogenen Interessen anderer Gesellschafter zu beeinflussen.

<sup>499</sup> So Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 483.

<sup>500</sup> Dies implizierend etwa Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 488; der am damals noch nicht entschiedenen Girmes-Fall illustriert, wie die einzelnen Aktionäre, die ihre Stimmen nicht gebündelt sondern jeder unabhängig voneinander mit dem gleichen Abstimmungsinhalt ihr Stimmrecht sanktionslos hätten ausüben können; für K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 589 steht bei Treupflichtsbetrachtungen der Ansatz einer Korrelation zwischen Rechtsmacht und Treupflicht *neben* dem Ansatz des mitgliedschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses und dem der mitgliedschaftlichen Zweckförderungspflicht.

<sup>501</sup> Vgl. zu diesem Schlagwort oben in diesem Teil unter A.IV.2.

<sup>502</sup> Vgl. nur Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 489 m.w.N.

<sup>503</sup> Vgl. Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 489. Auf den Hintergrund dieser Korrelation ist hier nicht näher einzugehen, vgl. statt dessen das oben in diesem Teil unter A.IV.2. zum Gleichlauf von Herrschaft und Haftung Gesagte. Der Gedanke der Verknüpfung von Rechtsmacht und Verantwortung findet sich in unterschiedlicher Weise etwa bei Zöllner, im Kölner Kommentar zum AktG, Einl. (1984) Rz. 169 und § 243 Rz. 190. oder bei Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), § 8 II 3.; dies später - nach hier vertretener Auffassung: zutreffend - relativierend Wiedemann, Anmerkung zum Linotype-Urteil (1989), S. 447f. Dagegen, daß dem Maß des Einflusses das Maß der Verantwortung entsprechen solle, etwa Hennrich, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 236; wohl diesem folgend Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 74.

<sup>504</sup> So etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997) § 20.IV.1.b.

<sup>505</sup> So Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 482f.

<sup>506</sup> So, in casu bezogen auf den Aktionär, etwa Dreher, Treupflichten zwischen Aktionären (1993), S. 154. Dreher führt zutreffend aus, daß sich dieser Gedanke bereits in einer Reichsgerichtsentscheidung, RGZ 132, 149, 163 (Victoria) findet, in der festgestellt wird, daß sich aus der mittelbaren Verfügungsgewalt über die in der Gesellschaft gebundenen Vermögensinteressen der

Daß Privilegien mit bestimmten Pflichten einhergehen, ja rechtsstaatlich einhergehen sollten, sei vorweggenommen. Einer unmittelbaren Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung als alleinentscheidendes Moment bei Treupflichtsbeurteilungen ist jedoch zu Recht entgegengetreten worden.<sup>507</sup> Hierbei ist besonders darauf zu achten, daß auch das Prinzip der Entsprechung von Rechtsmacht und Verantwortung erst im Einzelfall zu konkretisieren wäre.<sup>508</sup> Im Einzelfall resultiert dann die Rechtsmacht im Einfluß bzw. der Möglichkeit der Einflußnahme.

Dementsprechend sollte von der Korrelation *Einfluß und Treubindung* statt von der Korrelation *Rechtsmacht und Verantwortung* ausgegangen werden.<sup>509</sup> Der Bundesgerichtshof hat denn in seiner jüngeren Entscheidungspraxis auch auf jenen Teilen der Literatur aufgebaut, die den Kern des Treupflichtgedankens, soweit er im Kapitalgesellschaftsrecht allgemein Geltung beanspruchen kann, darin sieht, daß dem Maß des Einflusses des Gesellschafters das Maß seiner Verantwortung mit der sich daraus ergebenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf andere Interessen entspricht.<sup>510</sup>

Damit ergibt sich für die Treupflicht die gleiche Wertung, wie sie für die besondere Gefahrenlage abhängiger Gesellschaften in § 17 AktG Ausdruck gefunden hat: Entscheidend für die Verantwortung ist eben der Einfluß, so daß richtigerweise von der

Minderheit ergibt, daß "im Rahmen des Gesamtinteresses" auch den berechtigten Belangen einer Minderheit Berücksichtigung zukommt. Es ist bemerkenswert, daß bereits das Reichsgericht somit auf eine zu antizipierende Größe, *Gesamtinteresse*, zurückgreift. Letztlich handelt es sich dabei ebenso um einen Maßstab - in casu - für die Handhabung der Treupflicht bei Interessenkonflikten zwischen einem herrschenden Gesellschafter und seinen Mitgesellschaftern, wie es sich bei der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Generalklausel um einen Haftungsmaßstab für die Handhabung der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft bei Interessenkonflikten zwischen einem herrschenden Gesellschafter und Gläubigern der Gesellschaft handelt.

<sup>507</sup> Vgl. so zur Bedeutung der Korrelation zwischen Rechtsmacht und Verantwortung etwa Hennrichs, *Treupflichten im Aktienrecht* (1995), S. 235ff., der (aaO. S. 237) anführt, daß das Prinzip einer Korrelation zwischen Rechtsmacht und Verantwortung für die Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht nur von begrenztem Wert ist und daß (aaO. S. 239 m.w.N.) dies Prinzip "insbesondere nicht die entscheidende Meßlatte für die Bestimmung von Inhalt und Intensität der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht" sein könne. Ähnlich stellt (in Anlehnung an Hennrichs, *Treupflichten im Aktienrecht* (1995), 232) das Prinzip beispielsweise für Jilg, *Treupflicht des Aktionärs* (1996), S. 6 an sich keine Ableitung einer erhöhten Loyalitätspflicht dar, wengleich Jilg S. 46f. weniger die Korrelation zwischen Rechtsmacht und Treupflicht zu kritisieren vermag, als das Prinzip dem rechtsdogmatischen Einwand gegenüberstellt, es handle sich mehr um ein rechts(-ethisches) Prinzip, welches viel zu unbestimmt sei, um eine konkrete verbandsrechtliche Generalklausel daraus herzuleiten. Eben dies soll denn auch nicht geschehen. Die Rechtsmacht, oder richtiger: der aus ihr resultierende Einfluß, ist eben nur *ein* Moment in der Interessenabwägung, die bei der Konkretisierung der Treupflicht vorzunehmen ist.

<sup>508</sup> Zu sehr von der konkreten Situation losgelöst ist etwa das starre Beispiel von Jilg, *Treupflicht des Aktionärs* (1996), S. 48, der aufgrund des in § 133 verankerten Mehrheitsprinzips ganz generell beispielsweise für einen Großaktionär mit einem Anteil von 51% stärkere Rücksichtspflichten gegenüber der Gesellschaft annehmen will als für denjenigen, der in einem vergleichbaren Verbund nur 49% des Grundkapitals besitzt. Daß ein Prinzip nicht zu solch abstrakten Aussagen führen kann, wird bereits deutlich, wenn man sich bewußt macht, daß beide Anteilsprozentätze - beispielsweise bei starkem Streubesitz - gar zu Satzungsänderungen ausreichen könnten: Die Rechtsmacht wäre also die gleiche, diese kann nicht aufgrund *eines* Faktors bestimmt werden.

<sup>509</sup> Letztlich spricht sich denn wohl auch Timm, *Treupflichten im Aktienrecht* (1991), S. 482 für eine Korrelation von Einfluß und Verantwortung aus.

<sup>510</sup> Vgl., bezogen auf Interessen der Mitgesellschafter, BGHZ 129, 136, 143 (Girmes, 1995) mit Literaturnachweisen. Es sei betont, daß der BGH nicht von einer unmittelbaren Korrelation von Einfluß und Verantwortung ausgeht, sondern die Korrelation zwischen dem *Maß* des Einflusses und dem *Maß* seiner Verantwortung aufstellt.

Korrelation Einfluß und Verantwortung unter Rückbindung an die geschützten Interessen zu sprechen ist. Schlagwortartig: Einfluß und Treubindung (wobei sich aus letzterer eine Verantwortung ergeben kann).

Die Treupflicht ist - ähnlich dem Einflusspotential, auf das nach § 17 AktG abgestellt wird - als eine Schranke aufzufassen, die aufgrund eines Einflusspotentials, welches den gesetzkonzeptionel ausgewogen angelegten Abgleichungsprozeß in einer Gesellschaft einseitig ausrichtet, erforderlich wird. Die Treupflicht ist richtigerweise also als Korrelat zur Einflußmöglichkeit zu verstehen,<sup>511</sup> und zwar aufgrund der mit dem Einflusspotential wachsenden Rückbindung an betroffene, den gesetzlichen Wertungen nach geschützte Interessen. Dementsprechend sind die Treupflicht und die konzernspezifische Berücksichtigung für die Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen eher als zwei Perspektiven bei der Betrachtung des gleichen Problems zu verstehen: der Frage nämlich, wie die auf die einzelne Kapitalgesellschaft zugeschnittene Haftungsprivilegierung wertungsstimmig auf die abhängige Gesellschaft angewendet werden kann. Denn übereinstimmender Grundgedanke sowohl der Treupflicht als auch des besonderen Rechts der verbundenen Unternehmen ist es, die im Gesetz als idealtypisch vorausgesetzten Abgleichprozesse, Interessenberücksichtigungen, Schutzstandards etc. so weit als möglich wertungsstimmig zu erhalten - bzw. zu entsprechenden, wertungsstimmigen und wertungserhaltenden Ergebnissen in jenen Fällen zu gelangen, in denen die Wirklichkeit von den vom Gesetzgeber vorausgesetzten Fällen so stark abweicht, daß es eines Korrektivs bedarf.

Wenn das entscheidende Kriterium der Treupflicht die Einflußnahme bzw. -möglichkeit ist, so stimmt dies wertungsgemäß auch mit der gesetzgeberischen Wertung im Recht der verbundenen Unternehmen - etwa in § 17 AktG - überein.<sup>512</sup> Gleichzeitig zeigt sich daran, daß bereits die Beeinflussung entscheidend ist, auch die Parallelität der Treupflicht als Generalklausel zur Generalklausel des § 117 AktG. Ebenso wie bereits § 117 und § 311 AktG dabei die Benutzung des Einflusses verlangen, ist dies denn auch für die Verletzung der Treupflicht als Rahmen für eine Haftung zu verlangen.<sup>513</sup>

Insofern sei darauf aufmerksam gemacht, daß ein Teil der Literatur in einer allgemeinen Verschuldenshaftung des Gesellschafters bei treupflichtwidrigem Verhalten letztlich eine

---

<sup>511</sup> Beispielsweise Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 48f. kann somit nicht völlig zugestimmt werden, wenn er meint, die "*zwei gedanklich zu trennende[n] Ansätze, Treupflicht und Mehrheitsmachtkontrolle,*" [würden vom BGH] *miteinander verknüpft, indem er die Treupflicht als Instrument der Machtbegrenzung verwendete.*"

<sup>512</sup> Daß die diesem Gedanken zugrundeliegenden Betrachtungen nicht einhellig sind, sei dabei nicht verschwiegen; so beinhaltet die Treupflicht beispielsweise für Immenga, Bindung durch Treupflichten (1992), S. 205, ein Loyalitätsgebot, dessen Anwendung - im Gegensatz zur Anknüpfung in § 17 AktG - *nicht* voraussetzt, daß der betroffene Gesellschafter besondere gesellschaftsrechtlich vermittelte Einwirkungsmöglichkeiten hat. Es gelte nach diesem Loyalitätsgebot daher das allgemeine Prinzip von Treu und Glauben in verdichteter Form aufgrund personenbezogener Verbundenheit. Dem wird nach dem Gesagten hier denn auch nicht entgegengetreten, betont sei jedoch, daß unter den allgemein als Treupflicht zusammengefaßten unterschiedlichen Betrachtungen ganz verschiedene Gesichtspunkte vermischt werden, die nicht zu vermengen sind.

<sup>513</sup> Vgl. näher zu § 117 AktG oben in diesem Teil unter D.I.; hier insbesondere 2.d.



Verbreitung des Gedankens aus § 117 AktG sieht.<sup>514</sup> Nach dem Gesagten ist auch das Ziel des § 117 AktG, den Schutz der Gesellschaft durch Schutz der Integrität der Gesellschaftsorgane gegen eine Anstiftung zu gesellschaftsschädlichem Verhalten im Rahmen der Konkretisierung der Treupflicht in die Abwägung einzubeziehen.<sup>515</sup>

## **e. Bedeutung anderer, an die Gesellschaft anknüpfender Momente**

### **aa. Zur Bedeutung der Rechtsform der jeweiligen Gesellschaft**

Wie im vorangegangenen dargelegt, ist heute allgemein anerkannt, daß das Bestehen der Treupflicht zur Gesellschaft nicht von der Rechtsform der Gesellschaft abhängt.<sup>516</sup> Daß sich dabei für Gehalt und Intensität der Treubindung im Aktienrecht andere Wertungsgesichtspunkte ergeben als im GmbH-Recht, resultiert aus der unterschiedlichen Struktur der verschiedenen Gesellschaftsformen.<sup>517</sup> Der BGH hat früh erkannt: *"Die Treupflicht der Gesellschafter einer GmbH ist größer und stärker als die Treupflicht der Aktionäre, da die Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft in der Regel enger sind, als dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist."*<sup>518</sup> Wenngleich man der in dieser Aussage ausgedrückten Regelmäßigkeit sicher zustimmen hat, so wird doch deutlich, daß der BGH nicht per se von einer stärkeren Treupflicht bei einem Gesellschaftstyp ausgeht - diese Aussage trägt vielmehr dem typischen Erscheinungsbild Rechnung. Wie dargestellt<sup>519</sup> ist die Rechtsform dementsprechend nur ein Moment bei

<sup>514</sup> So etwa Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 487. Gleichzeitig betont Timm, aaO. m.w.N., daß § 117, hier bezieht Timm sich wohl auf § 117 Abs. 7. Nr. 1, keineswegs als Ausdruck der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht verstanden werden könne. Wenn angeführt wird, dafür spreche bereits der Umstand, daß auch Nichtaktionäre nach § 117 AktG haften könnten, so wird die Herkunft des § 117 bzw. seines Vorgängers, des § 101 AktG 1937, aus dem allgemeinen Deliktsrecht übersehen: in dieser Bestimmung wurden - rechtsgeschichtlich betrachtet - eben das allgemeine Verbot der Verfolgung gesellschaftsschädigender Sondervorteile einerseits und andererseits Mißbrauch des Einflusses auf Mitglieder der Verwaltungsorgane durch Dritte zusammengefaßt; vgl. hierzu nur Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 147ff. m.w.N. und die Nachweise oben in diesem Teil unter D.I.2.a. Illustrativ zeigt dieser Gedanke, wie leicht beim Zusammenfassen mehrerer gesetzgeberischer Wertungen unter eine Bestimmung einzelne Wertungen übersehen werden können.

<sup>515</sup> Vgl. so Timm, Treupflichten im Aktienrecht (1991), S. 491; daß die allgemeinen Prinzipien des Gesellschaftsrechts bei Treupflichtbetrachtungen generell zu berücksichtigen sind, illustriert Timm, aaO., für die Treupflicht zwischen den Aktionären mit der Betrachtung, daß aufgrund des Status als 'Sachwalter auch anderer Interessen' der aktienrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 53a AktG) als Wertung in die Konkretisierung der Treupflicht einzufließen hat.

<sup>516</sup> Vgl. nur Henze, Zur Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 149, der dies übrigens auch für die Treupflicht zwischen den Gesellschaftern feststellt.

<sup>517</sup> Vgl. zu den für die hier behandelte Problemstellung relevanten Unterschieden zwischen Aktiengesellschaft und GmbH bereits oben in diesem Teil unter C.V.1.; vgl. zu Wertungskriterien bei der Inhaltsbestimmung der Treupflicht etwa bei Ausübung eigennütziger Rechte Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 122, der etwa - unter Bezugnahme auf RegE BT-Drucks. 8/1347 S. 44 - für die Informationsverweigerung im GmbH-Recht auf die Aufhebung der Interessenparallelität zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, die Ausschaltung gesellschaftsfremder Partikularinteressen und die fehlende idealtypische Interessenparallelität, welche allein das sachlich umfassende Informationsrecht rechtfertigt, verweist.

<sup>518</sup> BGHZ 14, 25, 38 (1954) vgl. zur neueren Rechtsprechung inzwischen etwa BGHZ 103, 184, 194f. (Linotype, 1988) und insgesamt oben unter 3.

<sup>519</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter E.II.3.

der Beurteilung der Frage, ob eine Treupflichtverletzung vorliegt. Für die Intensität der Treupflicht kommt der Rechtsform dabei lediglich indizielle Bedeutung zu.<sup>520</sup>

Daß die Existenz und der Inhalt der Treupflicht nicht von der Rechtsform abhängen kann, zeigt denn auch der Fall, in dem die Rechtsform einer Gesellschaft umgewandelt wird, Struktur, Organisation etc. jedoch unverändert bleiben. Das Ausmaß des Gläubigerschutzes, und soweit dieser über die Treupflicht realisiert wird einhergehend auch die Intensität der Treupflicht - darf durch eine Maßnahme wie den Formwechsel nicht verringert werden.<sup>521</sup> Denn der Formwechsel an sich verändert den Charakter der Mitgliedschaft und der aus dieser folgenden Treupflicht nur mittelbar, und die Intensität der Treupflicht nur soweit die Verbindung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft durch den Formwechsel verändert wird.<sup>522</sup> Der Gehalt der Treubindung hängt nicht von der Rechtsform des Verbandes ab, sondern vielmehr von der in der Wirklichkeit anzutreffenden Verbindung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft.<sup>523</sup> Da die Rechtsform der Gesellschaft den Charakter dieser Verbindung, der Mitgliedschaft überhaupt, wesentlich beeinflusst, kommt der Rechtsform bei der Festlegung des Charakters der Verbindung eine gewichtige Rolle zu; für die Intensität der Treupflicht und der Qualität der Mitgliedschaft ist die Rechtsform jedoch eben nur ein Element in einer Vielheit von Einzelementen, welche in ihrem Zusammenspiel die Intensität der Treupflicht bestimmen.

---

<sup>520</sup> Vgl. etwa BGHZ 103, 184, 195 (Linotype, 1988); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl. 1997), § 20.IV.2., S. 593; ebenso Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 105; Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 61. Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), zusammenfassend etwa S. 97 meint ähnlich, daß es sich bei der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht um eine rechtsformunabhängige Generalklausel des Verbandsrechts handelt, die rechtsformspezifische Besonderheiten aufweist, wobei insbesondere die grundsätzliche Intensität der Treupflicht bei den einzelnen Gesellschaftsformen zwar unterschiedlich sei, diese aber nicht entscheidend von der Rechtsform der Gesellschaft abhängig sei (aa.O.) S. 10, 184.

<sup>521</sup> Vgl. nur BGHZ 103, 184, 195 (Linotype, 1988); vgl. ähnlich Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 61 m.w.N.

<sup>522</sup> Gegen eine große Bedeutung des Formwechsels beispielsweise K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1997), S. 593.

<sup>523</sup> Vgl. ähnlich auf die Realstruktur des Verbandes fokussierend etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (1997), S. 593 m.w.N.; vgl. näher zur Bedeutung der Realstruktur gleich unten in diesem Teil unter E.II.5.e.bb.

### **bb. Bedeutung der "Realstruktur" der jeweiligen Gesellschaft**

Von Teilen der Literatur wird vertreten, die Existenz und die Intensität der Treubindung als Pflichtbindung sei entscheidend von der Realstruktur<sup>524</sup> der Gesellschaft abhängig.<sup>525</sup> Hiermit ist insbesondere die Frage der stärker kapitalistisch oder personalistisch ausgestalteten Struktur gemeint. Die grundlegende Annahme hierbei ist, daß mit zunehmendem personalistischem Element die Treubindung zunimmt.<sup>526</sup> Dabei ist jedoch in der jüngeren Literatur zurecht betont worden, daß etwa die Frage, ob die Treuepflicht nur in personalistisch ausgestalteten GmbH bestehe, überflüssig sei, weil die Grundlage der Treuepflicht bei allen Verbänden eben die gleiche sei.<sup>527</sup> In jüngeren Entscheidungen zur Treuepflicht im Kapitalgesellschaftsrecht wird denn die Nähe zur Personengesellschaft auch nicht mehr betont.<sup>528</sup>

Somit ist nicht die Frage zu stellen, ob der Bestand einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht von der Gesellschaftsform abhängig ist. Es ist vielmehr zu fragen, ob Inhalt und Intensität der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Einzelfall von der Realstruktur der Gesellschaft abhängig zu machen sind.<sup>529</sup> Dabei ist von einer "*rechtlich geforderten Sonderverbindung*" auszugehen.<sup>530</sup> Nicht Bestand der Treuepflicht an sich,<sup>531</sup> sondern eben

<sup>524</sup> Dies gilt insbesondere für die GmbH; der "Realstruktur"-Ansatz stammt - soweit ersichtlich - von Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 105ff., wo der Zusammenhang zwischen Realstruktur des Verbandes und Intensität der Treuepflicht anschaulich offengelegt wird. Die Bedeutung der Realstruktur darstellend etwa Binnewies, Konzernzugangskontrolle (1996), S. 61f.; allgemein etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 593.

<sup>525</sup> Vgl. so für die GmbH etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), etwa S. 124 und insbesondere S. 185ff., der S. 328 zugleich betont, daß die Realstruktur vor allem im - für Haftungsfragen nicht zentralen - Bereich der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander gilt. Diesem folgend Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 59, der gleichzeitig zutreffend betont, daß die Realstruktur ihre größte Bedeutung bei der Inhaltsbestimmung der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander hat und weniger für die in der hier behandelten Gläubigerschutzfrage relevanten Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft zu berücksichtigen ist.

<sup>526</sup> G. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), § 13 Rn. 23 m.w.N. Es sei angemerkt, daß das "*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregluierung des Aktiengesetzes*" (BGBl. I 1994, 1961) dazu beitragen soll, die Aktiengesellschaft als Rechtsform für den Mittelstand attraktiver zu machen - welches zu mehr personalistisch geprägten Aktiengesellschaften führen könnte; vgl. hierzu den Bericht des Rechtsausschusses, BT-DruckS 12/7848 vom 13. Juni 1994 und bezogen auf die hier behandelte Fragestellung diese Folge prophezeiend etwa Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 90.

<sup>527</sup> Vgl. statt aller, bereits auf die hier behandelte Haftungsfrage bezogen, etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 53 m.w.N.; vgl. zur gleichartigen Grundlage der Treuepflicht bei Kapitalgesellschaften oben unter in diesem Teil unter E.II.2.c.

<sup>528</sup> Vgl. nur Henze, Zur Treuepflicht im Aktienrecht (1996), S. 143ff., der aaO. jedoch ausdrücklich spezifische haftungs- und konzernrechtliche Aspekte außer Acht läßt.

<sup>529</sup> Vgl. etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl. 1997) S. 586ff. m.w.N.

<sup>530</sup> So bereits Hennrichs, Treuepflichten im Aktienrecht (1995), S. 234. Der Begriff "*rechtliche Sonderverbindung*" ist dabei für Hennrichs, Treuepflichten im Aktienrecht (1995), S. 243 m.w.N., wie alle Begriffe nur Mittel zur Beschreibung einer sachgerechten Problemlösung, vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter E.II.2.a. und bereits das im zweiten Teil unter A.I.1.a. Gesagte. Dementsprechend, da die Begriffsbildung also der Problemlösung zu folgen hat, will Hennrichs den Begriff der "*rechtlichen Sonderverbindung*" im Rahmen des § 242 BGB vor dem Hintergrund seiner Abgrenzungsfunktion teleologisch verstehen. Dies sei hier betont, weil gerade bei dem auf Wertungen aufbauenden Lösungsansatz das teleologische Verständnis gefördert ist, um die Wertungen im Einzelfall zu konkretisieren.

<sup>531</sup> Vgl. hierzu bereits oben in diesem Teil unter E.II.2.c.dd.

nur ihre Ausprägung ist von den Umständen des Einzelfalles und von den näheren Umständen abhängig.

Dagegen hat die *jeweils gegebene Struktur der Gesellschaft Einfluß* auf die Intensität der Treupflicht.<sup>532</sup> Die Treupflicht besteht unabhängig davon, wie die Gesellschaft als Gesellschaftstyp strukturiert ist, ob sie also eine personalistische oder kapitalistische Ausprägung besitzt. Von dieser Realstruktur hängen lediglich der Inhalt der Treupflicht, ihre Intensität und ihre Wirkungen im Einzelfall ab.<sup>533</sup> Die Auswirkung der Realstruktur der Gesellschaft auf die Intensität der Treupflicht sowie die Frage, welches die in die Interessenabwägung einzustellenden Belange sind, bestimmt sich entscheidend nach der Ausgestaltung des Innenverhältnisses der Gesellschaft. Denn diese prägt die konkrete Struktur der jeweiligen Mitgliedschaft.<sup>534</sup>

Dabei sind die Gesellschaftsverhältnisse im Einzelfall entscheidend. Neben den Fällen, in denen ein Gesellschafter kontrollbedürftige Einwirkungsmöglichkeiten innehat, kommt der Treupflicht vor allem überall dort Bedeutung zu, wo aufgrund der Realstruktur der Gesellschaft eine besondere Vertrauensbeziehung besteht.<sup>535</sup> Heute wird dabei richtig erkannt, daß der Vertrauensschutz nur einen Aspekt des komplexen Typus der Treupflicht betrifft.<sup>536</sup>

Für die Entscheidungsfindung kommt der Realstruktur der Gesellschaft also eine gewisse Bedeutung zu;<sup>537</sup> für Gläubigerfragen kommt der Struktur der Gesellschaft dabei jedoch

---

<sup>532</sup> Vgl. etwa Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (1988), S. 186ff., 251 und grundlegend bereits Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft* (1980), S. 105, 115f. jeweils m.w.N.

<sup>533</sup> So explizit seine Ausführungen zusammenfassend etwa Henze, *Treupflicht im Aktienrecht* (1996), S. 499.

<sup>534</sup> So Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (1988), S. 187 für die Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern; ders. betont zwar S. 186, was die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft anbelangt, daß der Realstruktur einer Gesellschaft bei Ausübung von uneigennütigen Mitgliedsrechten keine wesentliche Bedeutung im Bezug auf die objektiven Voraussetzungen einer Treupflichtverletzung zukommt, auch Winter will allerdings zulassen, daß nach der Stellung des Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft differenziert wird, was den objektiven Verschuldensmaßstab hinsichtlich der an den Gesellschafter zu stellenden Sorgfaltsanforderungen betrifft, deren Verletzung auch bei Winter Voraussetzung für Schadensansprüche ist. In der Literatur wird als systematischer Ansatz für die Rechtskontrolle der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne angeführt; hierauf soll hier nicht näher eingegangen werden, vgl. stattdessen Winter, aaO. S. 187 sowie allgemein oben in diesem Teil unter E.II.5.c.cc.

<sup>535</sup> Vgl. so bereits Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S. 58ff.; Hüffer, *Treupflicht als Generalklausel* (1990), S. 75.

<sup>536</sup> Die Bedeutung des Aspekts des Vertrauensschutzes so im Bezug auf die Treupflicht relativierend Henze, *Zur Treupflicht im Aktienrecht* (1996), S. 150. Wiedemann, *Anmerkung zum Linotype-Urteil* (1989), S. 448 sieht im Hinweis darauf, daß auch Kapitalgesellschaften personalistisch strukturiert sein können die Herstellung des Anschlusses an die ursprüngliche Erklärung der Treupflicht aus dem Vertrauensverhältnis in der Personengesellschaft - und hält diese Zusatzbegründung eben für überflüssig; vgl. hierzu auch die Bemerkungen oben unter 3.a. zur Darlegung und Erläuterung des rechtsformübergreifenden Ansatzes der Treupflicht im Kapitalgesellschaftsrecht.

<sup>537</sup> Jilg, *Treupflicht des Aktionärs* (1996), S. 74 will dagegen die Intensität der Treupflicht nach der Realstruktur der Gesellschaft bestimmen - und gibt dies als h.M. an. (M.w.N. in Fn. 74). Über die Gewichtung dieses Moments herrscht dabei noch keine Einigkeit: So kann, nachdem der BGH früher für die Aktiengesellschaft entscheidend auf die Realstruktur der Gesellschaft abgestellt hatte, für Hennrichs, *Treupflichten im Aktienrecht* (1995), S. 253 m.w.N., heute die Realstruktur der Gesellschaft für die Begründung von Treupflichten nicht mehr stets entscheidend sein.

weniger Bedeutung zu als für die Fragen der Treupflicht zwischen den Gesellschaftern.<sup>538</sup> Denn wo die Treupflicht als Grundlage eines Gläubigerschutzes fungiert, wo der Treupflicht also im Außenverhältnis Bedeutung zukommt, kann die innere Ausgestaltung der Gesellschaft nicht alleinentscheidend sein, dementsprechend ist die Gewichtung weiterer Elemente zu untersuchen.

#### **f. Bedeutung anderer, an den Gesellschafter anknüpfender Momente**

Es ist vertreten worden, daß es sachgerecht sei, die gesellschaftsrechtliche Treupflicht gegenüber der Gesellschaft vor allem von der Stellung des Gesellschafters im Verband abhängig zu machen.<sup>539</sup> Außerdem wird bei Treupflichtsbetrachtungen gelegentlich auf die Art der Betätigung des einer Treupflicht obliegenden Gesellschaft abgestellt und die Ausprägung der Treupflicht im Einzelfall von dieser abhängig gemacht; dies gilt beispielsweise im Bezug auf Wettbewerbsverbote u.ä.<sup>540</sup> Diese Momente können jedoch - zumindest für die hier behandelte Haftungsfrage - ebenso als Grundlage eines konkret möglichen Einflusses aufgefaßt werden,<sup>541</sup> auf diesen Einfluß sollte deshalb unmittelbar abgestellt werden.<sup>542</sup>

Die Frage, welche konkreten Schranken für den Gesellschafter aus der Treupflicht abzuleiten sind, können desweiteren nicht ohne Berücksichtigung der Art des geltendgemachten Rechts beantwortet werden.<sup>543</sup> Dabei geht es letztlich aber auch um

---

<sup>538</sup> Vgl. hierzu näher oben unter 4.a.

<sup>539</sup> So für den jeden Aktionär bereits Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 28, der zur Illustration anfügt, daß dabei einen Kleinaktionär nur verhältnismäßig schwach ausgeprägte Treupflichten treffen.

<sup>540</sup> Vgl. hierzu statt aller Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000) § 13 Rn. 29; Lutter/Hommelhoff, GmbHG (15.Aufl., 1999) § 14 Rn. 23ff. jeweils m.w.N.

<sup>541</sup> Dementsprechend hat ein BGH-Richter denn auch ausgeführt, selbst die Alleingeschäftsführung eines noch anderweitig unternehmerisch tätigen Geschäftsführers stellt "*nicht völlig losgelöst von den sonstigen Umständen des konkreten Fall ein ausreichendes Indiz dar*"; vgl. Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1523; vgl. zur Bedeutung dieser Momente als Indizien für die Beweislastfrage gleich unten unter in diesem Teil unter E.III.

<sup>542</sup> Vgl. hierzu etwa im Bezug auf das Wettbewerbsverbot Lutter/Hommelhoff, GmbHG (1999) § 14 Rn. 23 m.w.N., wo etwa betont wird, daß als mitgliedschaftliche Unterlassungspflicht ein Wettbewerbsverbot aus Treupflicht nicht allgemein trifft, sondern nur dann treffen kann, wenn der betreffende Gesellschafter einen bestimmenden Einfluß auf die Gesellschaft ausübt oder ausüben kann. Daß es, wie aaO. ausgeführt, auch dann zu einem solchen Verbot kommen könnte, wenn eine GmbH insgesamt personalistisch strukturiert ist, steht der hier vorgenommenen Zusammenfassung der an den Gesellschafter anknüpfenden Momente unter das Moment der Einflußnahme nicht entgegen, kommt es bei der personalistisch strukturierten Gesellschaft doch, verglichen mit einer stärker kapitalistisch strukturierten Gesellschaft, eben noch weniger zu einem Abgleich der anzutreffenden Einflußpotentiale; vgl. grundsätzlich zur Bedeutung der Realstruktur der Gesellschaft das soeben oben unter e.bb. Gesagte.

<sup>543</sup> Vgl. so etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 127, und insgesamt S. 124ff. m.w.N., wo am Beispiel eines der Treupflicht unterliegenden Gesellschafters, der gleichzeitig Drittgläubiger gegenüber dieser GmbH ist, im Hinblick auf diese Doppelrolle der Vorzug einer konkreten Beurteilung gegenüber einem zu rigiden Interessenvorrang dargelegt wird. Auch hier wird mit der Lösung des "zeitweiligen Verzichts der Geltendmachung" eine auf die konkreten Umstände abstellende Lösung erreicht; vgl. zur Problematik des Nichtabziehens bzw. Stehenlassen von vermögenswerten Forderungen auch Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG (17. Aufl., 2000), §32a Rn. 34ff. und zum in der Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Hilfskriterium zur Konkretisierung des normativen Maßstabs der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft

nichts anderes als die Art der Benutzung des Einflusses und somit letztlich um den Einfluß eines Gesellschafters.

Somit können diejenigen, in die Abwägung einfließenden und den konkreten Gehalt sowie die Intensität der Treupflicht entscheidenden Momente, die an den Gesellschafter anknüpfen, unter das Moment des konkreten Einflusses gefaßt werden. Die Treubindung eines Gesellschafters hängt eben entscheidend von seinem Einfluß ab. Dieser Einfluß ist *das* zentrale Moment bei der Frage, ob es zur Haftung aufgrund einer Treupflichtverletzung kommen kann.<sup>544</sup>

Diese Betrachtungen zur Bedeutung von an den Gesellschafter anknüpfenden Momenten für Intensität und Gehalt der Treupflicht, die erneut zu dem für die Treubindung charakteristische Moment des Einflusses geführt haben - leiten auf die Frage über, ob für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen auf die allgemeine Treupflicht aufzubauen ist oder ob eine besondere Treubindung bei abhängigen Kapitalgesellschaften besteht. Schlagwortartig: Besteht eine gesteigerte Treupflicht eines herrschenden Unternehmens?

## **6. Gesteigerte Treupflicht eines herrschenden Unternehmens**

Eine konzernspezifische Treupflicht über die gesetzliche Regelung hinaus stößt auf verbreitete Ablehnung.<sup>545</sup> Nach dem Dargelegten<sup>546</sup> sind jedoch im Kapitalgesellschaftsrecht immer Treubindungen vorhanden, und zwar den Umständen des Einzelfalles entsprechend in stärkerer oder schwächerer Form.<sup>547</sup> Da die Treupflicht

---

(Finanzierungsverhalten ordentlicher Kaufleute) aaO. Rn. 43ff. sowie Lutter/Hommelhoff, GmbHG (15. Aufl., 1999), §§ 32a/b Rn. 20ff., die Rn. 23 ebenso auf die konkreten Momente abstellen wollen, wenn dort angeführt wird, daß sich "*in aller Regel [...] die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft und damit die eigenkapitaleretzende Funktion des Gesellschafterdarlehens nur im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller relevanten Indizien beurteilen lassen [werden]...*". Vgl. aus rechtsvergleichender Sicht eine interessante Bemerkung bei Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 203, wonach in einem Fall ein französisches Gericht sich offenbar nicht für den Standard des "ordentlichen Kaufmannes" interessiert und es ebensowenig um einen möglicherweise tatbestandsausschließenden Vorteil geht, sondern um die hiermit verbundene Indizwirkung für die loyale Gesinnung der Muttergesellschaft. Dies alles führt zu dem Zwischenergebnis, daß die konkreten Umstände sinnvoll als Indizien für eine Gesamtwürdigung in Betracht gezogen werden können.

<sup>544</sup> Hieran wird gleichzeitig die systemimmanente Eignung des Treupflichtansatzes zur Heranziehung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen deutlich: denn der Anknüpfungspunkt der spezifischen Verantwortlichkeitsregelungen im dritten Buch des AktG, der Abhängigkeitsbegriff, knüpft letztlich aus genau den gleichen Erwägungen an das Moment des Einflusses an, vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.II.3.

<sup>545</sup> Statt aller sei verwiesen auf Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff (1991), S. 86 und die dort angeführte Literatur. Weitgehend wird wie hier jedoch die Treupflicht zur Lösung der Haftungsfrage herangezogen, so etwa Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 93/36 m.w.N. Insofern sei daran erinnert, daß die Treupflicht von Teilen der Literatur gar nicht in Bezug auf Gläubigerinteressen herangezogen wird, da sie für diese allein auf das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und zur Gesellschaft beschränkt ist; beiden Auffassungen ist bereits widersprochen worden; vgl. das soeben Gesagte und zur Sonderung zwischen der Treupflicht gegenüber anderen Gesellschaftern und derjenigen gegenüber der Gesellschaft nur das oben in diesem Teil unter E.II.3. Gesagte.

<sup>546</sup> Vgl. das oben in diesem Abschnitt unter E.II. 2. und 3. Gesagte.

<sup>547</sup> Vgl. das oben in diesem Abschnitt unter E.II. 5 zur Handhabung der Treupflicht Gesagte.

also keine spezifisch konzernrechtliche Pflicht ist,<sup>548</sup> ist sie auf ihre Anpassungsfähigkeit an das und Nutzbarmachung im Recht der verbundenen Unternehmen zu untersuchen.<sup>549</sup>

Bereits früh wurde zu recht hervorgehoben, daß die Konzerngefahr nur mittelbar mitgliedsbezogen, unmittelbar jedoch gesellschaftsbezogen einzuschätzen sei - und daher der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft zuzuordnen sei.<sup>550</sup> Dem ist zuzustimmen. Daraus ergibt sich für die hier behandelte Frage, daß es bei der nötigen Abwägung gerade und vor allem darauf ankommen muß, ob ein Gesellschafter sich in einer gegen die Treupflicht verstoßenden Weise so gegen das Eigeninteresse der Gesellschaft wendet, daß damit die Voraussetzungen für die begrenzte Haftung nicht mehr gegeben sind. Hierfür spricht zum einen die bei Treupflichts- und Verbundbetrachtungen unübersehbare Parallele in der Interessenfrage: Ebenso wie es bei der abhängigen Gesellschaft aufgrund der Aufhebung des Interessengleichlaufes<sup>551</sup> zu einer Verwerfung im Interessenabgleichungsprozess kommt, ist - wo ein Gesellschafter außerhalb der Gesellschaft liegende Interessen unberechtigt zu wahren sucht - auch bei Treupflichtbetrachtungen der entscheidende Wertungsesichtspunkt die Aufhebung der Interessenparallelität und die Erhöhung der Gefahr. Auch bei der Treupflichtsbetrachtung besteht diese Gefahr darin, daß ein Einfluß ausübender Gesellschafter gesellschaftsexternen Interessen den Vorzug vor dem Gesellschaftsinteresse gibt, etwa weil ein ihm dort entstehende Vorteil größer ist als ein ihm mittelbar, durch die Gesellschaft treffender Nachteil<sup>552</sup> - bzw. dort anfallender Vorteil.

Diese Auffassung wird zum anderen dadurch gestützt, daß die Treupflicht wie dargelegt umso größer ist, je mehr der Einfluß eines Gesellschafters in der Gesellschaft zunimmt.<sup>553</sup>

Denn obwohl die Treupflicht keine spezifisch konzernrechtliche Pflicht ist, so stellt sie eben doch den Rahmen dar, in dem sich die Wertungsesichtspunkte der Konzernverantwortung entfalten.<sup>554</sup> Dem entspricht es, wenn den spezifischen Gefahren,

---

<sup>548</sup> Vgl. hierzu insgesamt das oben in diesem Teil unter E.II.2. Gesagte und explizit wie hier etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997), S. 1217.

<sup>549</sup> Zum letzteren ganz allgemein Wiedemann, Unternehmensgruppe (1989), S. 9.

<sup>550</sup> So im Anschluß an BGHZ 65, 15 (ITT, 1975) Rehbinder, Treupflichten im GmbH-Konzern (1976), S. 386. Entsprechend etwa Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 113f., Ulmer, Gläubigerschutz im "qualifizierten" faktischen Konzern (1986), S. 1581 und Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 58.

<sup>551</sup> Vgl. grundlegend die Problemdarlegung oben in diesem Teil unter A.III. und V.

<sup>552</sup> Vgl. statt aller so bereits Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), etwa S. 124 und das oben in diesem Teil unter A.III. zur Risikoexternalisierung Gesagte.

<sup>553</sup> Vgl. soeben oben in diesem Teil unter E.II.5.d. Der Gedanke, daß die Verantwortung für das Ganze und die Bindung an Treu und Glauben umso stärker werde, je größer die Macht der Mehrheit werde, findet sich bereits in der Entscheidung zur Frage von Schutzaktien in RGZ 113, 188, 193 (1926). Vgl. insgesamt Scholz/Emmerich, GmbHG (2000), § 13 Anm. 38; Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 60 und zur Treupflicht als Grenze der Ausübung von Herrschaftsmacht bereits Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 261ff.; ders., Bindung durch Treupflichten (1992), S. 192 unter Betonung der besonderen Nähe der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft.

<sup>554</sup> Vgl. hierzu bereits die Darstellung der herrschenden Treupflichtlösung bei Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 47ff., wie hier S. 48.

denen eine abhängige Gesellschaft und damit deren Gläubigern ausgesetzt sind, gesteigerte Treuepflichten des herrschenden Unternehmens folgen müssen,<sup>555</sup> welche bei der Konkretisierung der Treuepflicht zu berücksichtigen sind.<sup>556</sup> Das herrschende Unternehmen unterliegt als Ausgleich für seine dominierende Einflußmöglichkeit<sup>557</sup> auf die abhängige Gesellschaft dieser gesteigerten Treuepflicht.<sup>558</sup>

Die gesteigerte, verstanden als auf den Konzernkonflikt bezogene, Treuepflicht beinhaltet, daß das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft nicht so beeinflussen darf,<sup>559</sup> daß das herrschende Unternehmen solche Interessenkonflikte einseitig und ohne Abwägung zu seinen Gunsten ausfallen läßt. Dies beinhaltet auch, daß der Einfluß nicht zu Interessenverletzungen bei der abhängigen Gesellschaft führen darf, ohne daß hierfür ein adäquater Ausgleich geleistet wird.<sup>560</sup> Mit anderen Worten: die gesteigerte Treuepflicht eines herrschenden Unternehmens besteht gerade in der Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft.<sup>561</sup>

---

<sup>555</sup> Vgl. etwa BGHZ 80, 69, 74 (Süssen, 1981) oder BGHZ 95, 330, 335 und 240 (Autokran, 1985) und hierzu mit weiteren Nachweisen Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 122. Dies entspricht der Interessenbetrachtung, daß die Bindung an das Gesellschaftsinteresse um so stärker ist, je größer die Wirkung eines Gesellschafterbeschlusses ist und je mehr ein solcher seiner Wirkung nach einer unternehmerischen Entscheidung nahekommt, vgl. so bereits Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 269.

<sup>556</sup> Bereits Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 59 hat ähnlich zu Recht zusammengefaßt, daß eine erhöhte Treuepflicht gleichsam als Gegengewicht zu der besonderen Gefahrenlage im Konzern korrespondiert und daß letztendlich nur ein Rückgriff auf die grundlegenden konzernrechtlichen Wertungsbegriffe und die Wertungen, die den aktienrechtlichen Konzernvorschriften zugrundeliegen, bei der Konkretisierung der aus dieser Treuepflicht abzuleitenden Einzelpflichten helfen können. Die Parallelität der Wertungen tritt hierin deutlich zu Tage.

<sup>557</sup> Eben aufgrund dieser Einsicht hat denn auch der BGH - auf wissenschaftliche Vorarbeiten aufbauend - das Recht der faktisch verbundenen GmbH auf die Treuepflicht gegründet und aufgebaut; vgl. außer dem oben in diesem Teil unter C.V. Gesagten wie hier nur Lutter, Treuepflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 166 mit Nachweise der grundlegenden Literatur.

<sup>558</sup> Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 73 m.w.N. und zum Sonderproblem der Treuepflicht als Schranke für die Ausübung von beherrschendem Einfluß aaO. Rn. 75.

<sup>559</sup> Vgl. zur rechtsdogmatisch nicht geklärten Frage, ob neben die Sonderrechtsbeziehung aus der Mitgliedschaft auch eine Sonderrechtsbeziehung aus der Leitungsmacht tritt, etwa K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 1013.

<sup>560</sup> So Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 81.

<sup>561</sup> Vgl. hierzu insgesamt das oben in diesem Teil unter E.I., insbesondere das einleitend Gesagte.



### **III. Beweislastwägungen zum vertretenen Gläubigerschutzkonzept**

Die Wechselwirkung zwischen der Begründung der Haftung und der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ist zu Recht oft betont worden.<sup>1</sup> Dies Wechselspiel zwischen der Verteilung materiellrechtlicher Verantwortungslast und prozeßrechtlicher Beweislast hat beispielsweise in der Diskussion im Anschluß an die ersten Urteile des BGH zur Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns Ausdruck gefunden: Die Schwierigkeit bei der Akzeptanz der Rechtsfigur wurzelt dabei neben den Zweifeln über Inhalt den Haftungstatbestand vorrangig in der Unsicherheit über die Frage, welche Prozeßpartei welche Teile des Tatbestandes zu beweisen hätte.<sup>2</sup>

Im folgenden soll unter Berücksichtigung der bestehenden Anforderungen an die Haftungsbegründung versucht werden, allgemeine Beweisregeln unter Berücksichtigung der spezifischen Besonderheiten für die hier vorgeschlagene Regelung nutzbar zu machen. Die erwähnte Wechselwirkung zwischen der Haftungsbegründung und der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast berücksichtigend sind die dargelegten materiellrechtlichen Wertungen im folgenden mit den prozessuellen Grundsätzen und Regeln zu verbinden. Gleichzeitig muß die Beweislastregelung versuchen, den in den Kapitalgesellschaftsgesetzen angelegten Interessenausgleich - bei innergesellschaftlicher Interessenhomogenität und immanent ablaufendem Abgleich - auf verfahrensrationaler Art zu sichern.

#### **1. Allgemein zu Beweislast und richterlichem Beurteilungsspielraum**

Die ungeschriebene, heute weitgehend anerkannte Grundregel der Beweislastverteilung lautet: *Der Anspruchsteller trägt die Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner trägt die Beweislast für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale.*<sup>3</sup> Im folgenden Abschnitt ist erst auf die Aspekte allgemeiner Beweislastwägungen einzugehen, welche für die hier behandelte Problematik Bedeutung haben könnten. Anschließend wird dann auf die Bedeutung problemspezifischer Besonderheiten für die hier behandelte Beweislastfrage eingegangen,<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Vgl. statt aller Kiethe/Groeschke, Darlegungs- und Beweislast für die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern (1994), S. 2150, die sich, aaO. S. 2149f. für ein bewegliches Modell zur Darlegungs- und Beweislast einsetzen; vgl. näher hierzu unten in diesem Teil, etwa unter E.III.1.h.

<sup>2</sup> Dies als BGH-Richter denn auch so erkennend Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1519; vgl. hierzu insgesamt oben in diesem Teil unter C.V.5.f. und gleich unten in diesem Teil unter E.III.2.b.

<sup>3</sup> Zu dieser Formulierung in Anschluß an BGH NJW 1991, 1052 etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 17a; Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 38 sowie Prütting im MünchKommZur ZPO (1992), § 286 Rn. 106. Die Beweislast bezeichnet somit das eine Partei treffende Risiko des Prozeßverlustes wegen Nichterweislichkeit der ihren Sachantrag tragenden Tatsachenbehauptungen; die Fragen der Beweislast beziehen sich nur auf Tatsachen; vgl. etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 18; vgl. auch Prütting, aaO. Rn. 89ff. Die am Anfang des Prozesses aus der Sicht der Parteien zu stellende Frage, welche Partei ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal zu beweisen habe, wird subjektive Beweislast genannt. Dagegen wird unter der sog. objektiven Beweislast am Ende des Prozesses aus der Sicht des Gerichts gefragt, zu wessen Nachteil es ausschlägt, daß eine Tatsachenbehauptung im Prozeß unklar geblieben ist.

<sup>4</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter E.III.2.

bevor konkrete Überlegungen zur problemspezifischen Ausgestaltung der Beweislastregelung in Bezug auf den hier vorgeschlagenen Regelungsansatz<sup>5</sup> angestellt werden.

#### **a. Zur Ausübung des richterlichen Ermessens bei der Beweiswürdigung**

Jeder Beweislastverteilung liegen generalisierende Risikozuweisungen zugrunde.<sup>6</sup> Dementsprechend ist eine Beweislastumkehr im Einzelfall - etwa nach Billigkeitserwägungen - unzulässig.<sup>7</sup> Da die Beweislastverteilung Normcharakter hat, kann die Beweislast nur nach allgemeinen Kriterien bestimmt werden.<sup>8</sup> Die Beweislast ist ein Akt gesetzgeberischer Entscheidung,<sup>9</sup> jede Beweislastverteilung ist somit Ausdruck einer gesetzgeberischen Wertung. Die rechtssatzmäßige Bindung würde in zu weitem Umfang aufgegeben, wenn man die Beweislast allgemein nach Gefahrenbereichen verteilen würde.<sup>10</sup> Eben deshalb kann es im Bezug auf die Beweislastverteilung richterliches Ermessen im Einzelfall nicht geben.

Anzumerken ist insofern, daß die Beweislast einer Partei sich nur auf Tatsachen erstreckt, nicht jedoch auf die rechtliche Wertung dieser Tatsachen. Dies beinhaltet, daß auch die Auslegung als solche nicht Gegenstand des Beweises ist. Die Beweislast hat somit auf die Auslegung von Rechtsnormen keinen Einfluß.<sup>11</sup> Dies hat ebenso für die Ausfüllung und Konkretisierung offener Tatbestände zu gelten.<sup>12</sup>

Für das richterliche Ermessen gibt es nur bei der Beweiswürdigung Platz.<sup>13</sup> Das konkrete Ausmaß der Beweislast, der Umfang und die konkrete Dichte der zu beweisenden

---

<sup>5</sup> Vgl. gleich unten in diesem Teil unter E.III.3.

<sup>6</sup> Vgl. nur Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 17 m.w.N.

<sup>7</sup> Die Umkehr der Beweislast kann so auch kein Instrument der Beweiserleichterung im Einzelfall sein, vgl. nur Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 25; Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 115ff., 118, 123.

<sup>8</sup> Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 103. Ders., aaO. Rn. 95, hebt hervor, daß die auch als materielle Beweislast bezeichnete objektive Beweislast, die dem Gericht vorgibt, zu wessen Nachteil beim Vorliegen eines non liquet zu entscheiden ist, als eine besondere Form gesetzlicher Risikoverteilung zu verstehen ist. Sie müsse deshalb in abstrakt-genereller Form und normativ festgelegt sein.

<sup>9</sup> So etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 102.

<sup>10</sup> Vgl. so für Schadensersatzansprüche etwa Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 50.

<sup>11</sup> Vgl. nur Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 27 m.w.N.

<sup>12</sup> Dagegen müssen die Grundsätze über die Beweislast für Tatsachen, welche die Konkretisierung beeinflussen können, ebenso gelten wie für Tatsachen, die die Auslegung einer Norm beeinflussen können, zum letzteren Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 27.

<sup>13</sup> Vgl. zur Beweiswürdigung nach § 286 ZPO allgemein etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992) § 286 Rn. 1ff. mit ausgiebigem Literaturnachweis. Allerdings sind die Beweislastregeln der Auslegung und analogen Anwendung zugänglich und können so im Wege richterlicher Rechtsfortbildung ergänzt oder modifiziert werden; vgl. hierzu aaO. Rn. 111ff. und Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 17.

Umstände des Einzelfalls ist dagegen im Rahmen der Beweiswürdigung abhängig von der konkreten Prozeßsituation.<sup>14</sup>

### **b. Vom Gesetzgeber zu entscheidendes Beweismaß**

Von der Frage der Beweiswürdigung zu unterscheiden ist die Frage, wann ein Richter von einer behaupteten Tatsache überzeugt sein darf. Während bei der Beweiswürdigung zu prüfen ist, *ob* ein Beweis gelungen ist, gibt das Beweismaß an, *wann* dieser Beweis gelungen ist. Für die hier behandelte Frage ist dabei wichtig, daß im Gegensatz zur Beweiswürdigung das Beweismaß rechtsatzmäßig geregelt sein muß. Denn es ist eben eine Frage genereller und abstrakter *Wertungen* und daher im Grundsatz vom Gesetzgeber zu entscheiden, welches Beweismaß in einem Rechtsgebiet gelten soll.<sup>15</sup> Das Beweismaß kann also nicht nach den konkreten Umständen des Einzelfalls gewählt werden.<sup>16</sup>

Entsprechend dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist ein Tatsachenbeweis erbracht, wenn ein Richter von seiner Wahrheit überzeugt ist.<sup>17</sup> Die freie Beweiswürdigung erstreckt sich dabei auf alle Tatsachen, deren Feststellung erforderlich ist.<sup>18</sup> Die richterliche Würdigung, ob ein Beweis gelungen ist, stellt dabei gewissermaßen einen internen Vorgang in der Person des Richters dar.<sup>19</sup> Damit beinhaltet § 286 ZPO bereits das Prinzip der Gleichwertigkeit aller Beweismittel und Beweisarten.<sup>20</sup>

An dieser Stelle sei noch hervorgehoben, daß der Richter im Hinblick auf den Beweiswert eines Beweismittels eine einzelfallbezogene Gesamtwürdigung vorzunehmen hat.<sup>21</sup> Ansonsten ist hier jedoch nicht näher auf die Frage des Beweismaßes und was es beinhaltet, daß ein Richter die (volle) Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache erlangt hat, einzugehen.<sup>22</sup>

<sup>14</sup> Zu diesen allgemeinen Grundsätzen und ihrer Relevanz für die hier behandelte Problematik bereits Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 281 und 285 m.w.N.

<sup>15</sup> Vgl. statt aller so etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 27; vgl. zum Beweismaß allgemein auch Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 4ff.

<sup>16</sup> Vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 35 m.w.N.

<sup>17</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen von Beweiserleichterungen, zum Regelbeweismaß und Begründungslast statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 3ff.; für die hier behandelte Problematik im Ansatz etwa Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 285ff.

<sup>18</sup> Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 6.

<sup>19</sup> Vgl. statt aller etwa Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 1; Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 1ff., 9ff, 15ff.: Richterliche Überzeugung ist die prozessordnungsgemäß gewonnene Erkenntnis, daß die Erfüllung des vom Gesetz vorgesehenen Beweismaßes zu bejahen ist.

<sup>20</sup> Vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 1.

<sup>21</sup> Vgl. nur Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) § 286 Rn. 13 zu generalisierenden Erwägungen wenn ein Beweismittel nur indizielle Bedeutung hat. Aao. wird gleichzeitig festgestellt, wann einem Indiz im Rahmen der Beweiswürdigung auch dann Wert beigemessen werden kann, wenn der Schluß aus einer Indiztatsache nicht zwingend ist.

<sup>22</sup> Vgl. zur Diskussion, ob eine lediglich überwiegende Wahrscheinlichkeit wirklich ausreichen kann, oder ob es nicht einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit bedarf, mit guten Gründen für Letzteres etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 38f.; ähnlich Greger/Zöller, ZPO (19. Aufl.,

Betont sei noch, daß laut § 286 Abs. 1, S. 2 das Gericht verpflichtet ist, diejenigen Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Die leitende Gründe sind dabei konkret anzugeben.<sup>23</sup> Insbesondere bei der Würdigung von Indizien muß das Gericht dabei die wesentlichen Grundlagen seiner Beweiswürdigung zum Ausdruck bringen.<sup>24</sup> Zu betonen ist weiterhin, daß Ausnahmen zum gesetzlichen Regelbeweismaß einer besonderen normativen Legitimation bedürfen. Dabei ist - gerade im Bezug auf die hier behandelte Frage - zu berücksichtigen, daß ein zu niedriges Beweismaß zu einer unberechtigten Haftungsverlagerung durch die Ausuferung materiellrechtlicher Anspruchsgrundlagen führen könnte.<sup>25</sup> Dazu darf es für die hier behandelte Fragestellung eben nicht kommen: die Aufrechterhaltung des gewährten Haftungsprivilegs ist eine

---

1995) § 286 Rn. 18f. angemerkt sei, daß auch beim Indizienbeweis keine mathematische Berechnung der Wahrscheinlichkeit durchzuführen ist, vgl. etwa Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 4a. Rechtsvergleichend sei angemerkt, daß dies - gerade auch bei Haftungsfragen - ein nicht zu unterschätzender Unterschied zum anglo-amerikanischen Recht ist, in denen etwa der Beweis für Kausalzusammenhänge bei einer Abwägung erbracht werden kann, die "*on a balance of probabilities*", bzw. ein "*more probable than not*" abstellt; vgl. hierzu etwa Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (1976), S. 179 m.w.N., der ausführt, das Bedürfnis nach haftungsrechtlichen Beweiserleichterungen sei im deutschen Recht eben deshalb so groß, weil der Vollbeweis allgemein ein sehr hohes Beweismaß erfordere. Daß diese Frage für die hier behandelte Beweisfrage in der Haftungsproblematik nicht ohne Bedeutung ist, zeigt sich etwa bei Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1523: Stodolkowitz denkt dabei vorrangig an die Entwicklung von anscheinsähnlichen Beweis- und Gegenbeweisregeln. Nach Stodolkowitz hat der Kläger Umstände vorzutragen haben, die dem Richter die "*vorläufige Überzeugung*" vermitteln, daß der Haftungstatbestand erfüllt ist; das herrschende Unternehmen müsse demgegenüber keinen Gegenbeweis erbringen, sondern hätte lediglich die Überzeugung des Gerichts zu erschüttern. In casu würde dies also bedeuten, das ein herrschendes Unternehmen nicht den vollen Beweis dafür zu erbringen hätte, daß das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft stets gewahrt worden sei. An dem in unterschiedlichen Rechtsordnungen unterschiedlich verlangten Überzeugungsgrad eines Richters wird rechtsvergleichend anschaulich deutlich, daß es nicht genügt, Regelungen aus einem Rechtsordnung in eine andere zu übernehmen, vielmehr sollte die jeweilige Rechtsentwicklung wertungsstimmig unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung fortentwickelt werden; vgl. hierzu auch das oben im zweiten Teil unter D.II.2. a. und b. Gesagte und für die hier behandelte Problemstellung anschaulich und im Ergebnis ähnlich Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 684ff. unter gleichzeitiger Betonung unterschiedlicher nationaler Traditionen und wirtschaftlicher Gegebenheiten.

<sup>23</sup> Vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 21.

<sup>24</sup> Vgl. Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) § 286 Rn. 21. Dies sei insbesondere deshalb betont, weil für die hier behandelte Problematik in der Literatur bereits gefordert worden ist, daß die Gerichte die Grundlagen ihrer beweismäßigen Überzeugungsbildung im einzelnen offenlegen sollen, weil eine beweisrechtliche Regelbildung nicht möglich sei; vgl. so seine Ausführungen zusammenfassend Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 330, in Bezug auf die Haftungspauschalierung, die für ihn Beweiswürdigung im Einzelfall ist. Bemerkenswert erscheint, daß Reimer für die von ihm vorgeschlagene Beweiswürdigung den Nachweis einzelner Akte von Fremdsteuerung, die den Verdacht nähren, daß das Gesellschaftsinteresse in einer systematischen Weise mißachtet worden ist, als entscheidendes, aber nicht ausreichendes Indiz zur Rechtfertigung ansieht. Reimer, aaO., hält denn auch eine beweisrechtliche Regelbildung für unmöglich und betont die Wichtigkeit der Beweiswürdigung im Einzelfall, wobei auch Reimer kein einzelnes Indiz für ausreichend hält (wobei Reimer, im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung des zentralen Merkmales der treuwidrigen Eigeninteressenbeeinträchtigung, den Nachweis einzelner Akte von Fremdsteuerung, die zu einer systematischen Mißachtung des Gesellschaftsinteresses Verdacht gäben, wohl als entscheidendes Indiz werten will).

<sup>25</sup> Hiervor warnt generell etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 38.

Grundentscheidung der Rechtsordnung<sup>26</sup> - und die hier diskutierte Regelung trägt eben Ausnahmecharakter.<sup>27</sup>

### **c. Beweislast und freie Beweiswürdigung - Grundsatz des § 286 ZPO**

Aufgrund des allgemeinen Grundsatzes, wonach die für die Anwendung einer Norm vorausgesetzten Tatsachen von demjenigen zu behaupten und zu beweisen sind, der aus der Norm eine für ihn günstige Rechtsfolge ableitet,<sup>28</sup> erlangt das vom Gesetzgeber in § 286 Abs. 1 festgeschriebene Regelbeweismaß für die hier behandelte Frage besondere Bedeutung. Denn regelmäßig wird es gegenüber einem herrschenden Unternehmen kaum möglich sein Tatsachen oder Vorgänge aus der Sphäre des herrschenden Unternehmens vollends zu beweisen.<sup>29</sup>

Nicht zuletzt deshalb, ist es im geltenden Recht im Zuge richterlicher Rechtsfortbildung in manchen Fällen zu einer außergesetzlichen Umkehr der abstrakten Beweislastverteilung gekommen. Es kommt in einigen Fällen zu einer Umkehr der Beweislast, weil die Anwendung einer Norm typischerweise an der praktischen Unmöglichkeit der Beweisführung scheitert. Vereinzelt wird dies auf den Gedanken der "Beweisnot" gestützt.<sup>30</sup> Gerade für die hier behandelte Frage darf im Bereich der reinen Fakten eine Verteilung der Beweislast nicht mit einer Beweislastumkehr gleichgesetzt werden.<sup>31</sup> Ein im folgenden zu berücksichtigender Gesichtspunkte hat deshalb zu sein, daß der Gesetzgeber Ansprüche durch die Beweisschwierigkeiten - etwa den fehlenden Einblick in die Verhältnisse der Gegenseite - nicht illusorisch werden lassen darf.<sup>32</sup> Die für die hier behandelte Frage zu findende Beweislastregelung muß diesem gerecht werden. Ziel der Beweislastregelung muß es sein, "*daß weder eine faktische per se-Haftung entsteht noch daß der Tatbestand zum *lettre morte* wird.*"<sup>33</sup> Wenn man sich klar macht, daß bei den

<sup>26</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B., insbesondere unter 4. sowie oben in diesem Teil unter A.III. 2. und 3.

<sup>27</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter D.II.1.

<sup>28</sup> Vgl. das soeben einleitend unter E.III.1. Gesagte und statt aller Rosenberg-Schwab, *Zivilprozeßrecht*, (13. Aufl.) § 118 II 2, S. 684.

<sup>29</sup> Vgl. nur die Beweisproblematik im qualifiziert faktischen Konzern, hierzu oben in diesem Teil unter C.V.5.f.

<sup>30</sup> Es sei daran erinnert, daß die Beweislast die freie Beweiswürdigung niemals hindern kann, da diese erst einsetzt, wenn trotz Beweiswürdigung Zweifel fortbestehen; vgl. hierzu etwa Greger/Zöller, *ZPO* (19. Aufl., 1995) § 286 Rn. 7.

<sup>31</sup> Vgl. Lutter, *Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses* - Kali und Salz (1979), S. 415, der darauf hinweist, daß - in der von Lutter behandelten Bezugsrechtsproblematik ebenso wie in der hier behandelten Haftungsfrage - zur Widerlegung bestimmter Tatsachenbehauptungen in der Regel Informationen und Unterlagen notwendig seien, die sich nicht im Besitz des Klägers befänden.

<sup>32</sup> Das Problem ist hierbei letztlich die durch die Beweislastregeln vorgezeichnete Konsequenz der Unbilligkeit des Prozessverlustes; vgl. unter Bezugnahme auf BGHZ 51, 91, 104ff. (Hühnerpest, 1968) hierzu im Bezug auf die hier behandelte Problematik etwa Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 280f. m.w.N. Grundsätzlich gegen *Beweiserleichterungen* in diesen Fällen Greger/Zöller, *ZPO* (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 25ff.

<sup>33</sup> Zutreffen so bereits - bezogen auf die Beweislastverteilung im qualifiziert faktischen Konzern - Lutter, *Anmerkung zum TBB-Urteil* (1993), S. 581.

zahlreichen, ja zahllosen im Zuge einer breitflächigen Verdrängung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft vorliegenden Momenten kein Richter völlige Information erlangen kann und viele Tatsachen des Einzelfalles letztlich nicht zu klären sein werden, lautet die entscheidende Frage somit: Wer hat die Beweislast für das non liquet zu tragen? Denn eben in jenen Fällen, in denen das Gericht trotz Ausschöpfung aller möglichen und prozessual zu Gebote stehenden Beweismittel zu keiner Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer streitigen entscheidungserheblichen Tatsachenbehauptung kommen kann und deshalb zu entscheiden ist, zu wessen Lasten diese Unaufklärbarkeit geht, müssen Regelungen der Beweislast greifen.<sup>34</sup> In dieser Situation stellt sich in besonderer Weise die Frage nach der richterlichen Streitentscheidung.<sup>35</sup> Die Beweislastregeln bilden hier ein methodisches Instrument zur Entscheidung in der Sache trotz weiterhin bestehendem non liquet.<sup>36</sup> Gerade deshalb gewinnt die Beweislastfrage für die hier behandelte Haftungsfrage in der Praxis oft entscheidende Bedeutung, und eben deshalb muß die Beweislastfrage wertungsstimmig und in einem engen Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Regelung stehen: Denn es wäre mit der dienenden Funktion des Prozeßrechts nicht vereinbar, wenn bei Auftreten eines non liquet rein prozessuale Regelungen die Risikozuteilung und damit den materiellen Ausgang des Prozesses bestimmen würden.<sup>37</sup>

Mehr noch: gerade bei tatbestandsarmen Regelungen ist danach zu trachten, daß bei der *Gewinnung der Beweislastnormen nicht nur an genuin beweisrechtliche Erwägungen, sondern auch an materiellrechtliche Wertungen angeknüpft* wird, denn für diesen Fall, sollten *"die Wertungsgrundlagen für den Richter ergiebiger und seine Bindung im Ergebnis stärker werden."*<sup>38</sup>

#### **d. Beweislastumkehr**

Wie dargelegt kann die Beweislastverteilung nicht im Einzelfall, etwa aus Gerechtigkeits- oder Billigkeitserwägungen, verändert werden. Ebenso wenig kann es im Einzelfall zur Beweislastumkehr kommen.<sup>39</sup> Auf einzelnen Rechtsgebieten ist es im Zuge ständiger Rechtsprechung durch die Gerichte jedoch zu einer Beweislastumkehr gekommen. So ist beispielsweise in der inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsprechung des

<sup>34</sup> Allgemein so etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 15.

<sup>35</sup> Vgl. näher statt aller Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 88, der hervorhebt, daß ohne einen feststehenden Sachverhalt die Subsumtion unter die Rechtsnormen allgemein nicht möglich sei. Gerade deshalb wäre hier eine weite Norm angebracht.

<sup>36</sup> So bereits Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 88. Vgl. zu allgemeinen Fragen der Beweislast, ihren Begriff, normativen Standort, sachliche Gründe der Beweislastregeln und insgesamt grundlegend zur Beweislastregelung darstellend etwa Reinecke, Beweislastverteilung (1976), S. 18ff.

<sup>37</sup> So zutreffend bereits Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 132.

<sup>38</sup> So bereits Leipold, Beweislastverteilung als rechtspolitische Regelungsaufgabe (1979), S. 503, der dies aufgrund des Aufbaus des materiellen Rechts in Wertungsschichten denn auch als möglich sieht.

<sup>39</sup> Vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 118, 123.

Bundesgerichtshofes seit dem grundlegenden Hühnerpest-Urteil<sup>40</sup> in der Produkthaftung entgegen § 823 Abs. 1 dem Hersteller der Nachweis für das Nichtvorliegen von Verschulden auferlegt worden, wenn bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieproduktes eine Person oder Sache dadurch Schaden erleidet, daß das Produkt fehlerhaft hergestellt wurde.<sup>41</sup> Eine solche Beweislastumkehr bedarf dabei, wie dies anschaulich der Hühnerpest-Fall illustriert, einer auf methodischen Grundlagen aufbauenden und durch Sachgründe getragenen Rechtfertigung.

Grundsätzlich steht dem Gesetzgeber der Weg der Beweislastumkehr offen. Beispielsweise kann eine widerlegbare gesetzliche Vermutung die Beweislastverteilung so regeln, daß die jeweilige Vermutung dem an sich Beweisbelasteten zugute kommt und der Vermutungsgegner aufgrund einer gesetzlichen Vermutung die Beweislast für diejenigen Tatsachen zu tragen hat, die den Beweis des Gegenteils und damit der Entkräftigung der Vermutung ergeben sollen.<sup>42</sup> Eine Beweislastumkehr kommt nur bei Vorliegen einer besonders zu bewertenden materiell-rechtlichen Risikoverteilung in Betracht.<sup>43</sup> Dabei muß der Gesetzgeber darauf achten, daß die Beweislastverteilung mit den Wertungen der gesetzlichen Regelung einhergeht. Denn aus dem Rechtssatz bezieht die Beweislast eben ihre wesentlichen Wertungen und Abwägungen.<sup>44</sup> Gerade weil eine Beweislastumkehr generellen Charakters sein muß, und aufgrund der dargelegten Wechselwirkung von materiellrechtlicher Haftungsbegründung und Beweislastverteilung ist eine Beweislastumkehr für einen Ausnahmebereich wie die hier behandelte Frage der Haftung trotz Haftungsprivileg als sehr bedenklich einzustufen.<sup>45</sup>

### **e. Beweislastverteilung und mögliche Beweiserleichterungen**

Die Beweislastverteilung setzt eine normative Grundlage voraus, da im non-liquet-Fall das Prozeßrisiko zwischen den Streitparteien aufgrund eigenständiger Zurechnungskriterien zu verteilen ist.<sup>46</sup> Während die Beweislastverteilung Normcharakter hat, weshalb es richterliches Ermessen im Bezug auf die Beweislastverteilung im Einzelfall eben nicht

<sup>40</sup> BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

<sup>41</sup> Vgl. zu dieser auf einer Reihe von Sachgründen aufbauenden Entscheidung in diesem Kontext etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 120 mit Darstellung anderer Fallgruppen aus der Rechtsprechung.

<sup>42</sup> Vgl. allgemein etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 126, der zu Recht betont, daß nur widerlegbare Vermutungen als Beweislastregeln einzuordnen sind, womit die widerlegbaren Vermutungen gegenüber den tatsächlichen Vermutungen, vgl. etwa § 17 Abs. 2 AktG und hierzu oben in diesem Teil unter C.II.3., abgegrenzt sind. Es sei daran erinnert, daß gesetzliche Vermutungen lediglich die Beweisbedürftigkeit betreffen, nicht aber die freie Beweiswürdigung einschränken; vgl. statt aller hierzu etwa Zöller/Greger, ZPO (19. Aufl., 1995), § 286 Rn. 3 m.w.N.

<sup>43</sup> So etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 287 Rn. 32.

<sup>44</sup> So zutreffend allgemein bereits Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 132 und das gerade oben in diesem Teil einleitend zu E.III. Gesagte.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu nur das oben in diesem Teil unter D.II.1. Gesagte und näher zum Gedanken einer Beweislastumkehr für die hier behandelte Haftungsproblematik bezogen unten unter 2.

<sup>46</sup> So für die Beweislastentscheidung Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 88.

geben darf,<sup>47</sup> gibt es bei der Beweiswürdigung Raum für richterliches Ermessen.<sup>48</sup> Zu dieser Beweiswürdigung des Richters gehören Beweiserleichterungen gegenüber dem, was eine Partei zu erbringen hat, um den Richter zu überzeugen. Problembezogen wird dementsprechend aus dem Kreis der Richter beispielsweise für die Frage einer Haftung im qualifiziert faktischen Konzern auf Seiten der klagenden Partei eine flexibel handhabbare Beweiserleichterung unterhalb der Beweislastumkehr für angemessen gehalten.<sup>49</sup> Neben dem Anscheinsbeweis als weitestgehende Erleichterung<sup>50</sup> kommt dabei in der konkreten Prozeßsituation - bezogen auf das Verhalten der Gegenpartei - eine Verteilung der Substantiierungslast nach Wahrnehmungsbereichen in Frage.<sup>51</sup> Dies ist im folgenden näher zu erläutern:

#### **f. Anscheinsbeweis und Erfahrungssätze bei typischen Geschehensabläufen**

Auf den Anscheinsbeweis (prima-facie-Beweis) als Möglichkeit der Beweiserleichterung sei gesondert eingegangen, weil dieser in der gerichtlichen Praxis von erheblicher Bedeutung ist.<sup>52</sup> Der gewohnheitsrechtlich anerkannte Anscheinsbeweis (prima-facie-Beweis) erlaubt aufgrund von Erfahrungssätzen bei typischen Geschehensabläufen den Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs oder eines schuldhaften Verhaltens *ohne exakte Tatsachengrundlage*.<sup>53</sup>

Voraussetzung der Anwendung des Anscheinsbeweises ist ein sogenannter typischer Geschehensablauf, womit gemeint ist, daß ein typischer Geschehensablauf feststehen muß, also ein Sachverhalt, bei dem nach der Lebenserfahrung auf das Hervorrufen einer bestimmte Folge oder auf die Verursachung durch ein bestimmtes Verhalten geschlossen werden kann. In die Bewertung der Typizität sind dabei alle bekannten Umstände einzubeziehen.<sup>54</sup> Eben die Typizität des Geschehensablaufs erübrigt im Einzelfall den Nachweis tatsächlicher Einzelumstände.<sup>55</sup>

Für die hier behandelte Frage sei hervorgehoben, daß ein Unterschied des Anscheinsbeweis zum normalen Beweis beispielsweise darin gesehen werden kann, daß

<sup>47</sup> Vgl. das soeben oben in diesem Teil unter E.III.1.b. und c. Gesagte.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu bereits oben unter a. und zur Beweiswürdigung nach § 286 ZPO allgemein etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992) § 286 Rn. 1ff. mit ausgiebigem Literaturnachweis.

<sup>49</sup> So etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1523.

<sup>50</sup> Bereits hier sei betont, daß nach ganz h.M. der Anscheinsbeweis keine Veränderung der Beweislast bedeutet; vgl. statt aller Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 50.

<sup>51</sup> Ähnlich für die behandelte Problematik etwa Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 303ff.

<sup>52</sup> Vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 47ff., vgl. problemspezifisch auch das oben in diesem Teil unter C.V.5.f. zur Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns Gesagte.

<sup>53</sup> Vgl. hierzu etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 29.

<sup>54</sup> Dies ist keine Frage der Entkräftigung, sondern der Begründung des Anscheinsbeweises; vgl. näher hierzu etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 29.

<sup>55</sup> Vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 47.



etwa das Vorliegen von Verschulden oder Kausalität in einem generellen Sinn bewiesen wird, ohne daß alle Einzelheiten des konkreten Geschehens feststehen müßten.<sup>56</sup>

#### **aa. Zum Verhältnis von Anscheinsbeweis und materiellem Recht**

Nach dem Gesagten ist der Anscheinsbeweis kein besonderes Beweismittel. Der Anscheinsbeweis sollte vielmehr als Ausdruck der Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung im Rahmen der freien Beweiswürdigung verstanden werden.<sup>57</sup> Der Anscheinsbeweis ist dabei nach herrschender Meinung kein Instrument zur Abweichung vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung.<sup>58</sup>

In den letzten Jahren wird demgegenüber gelegentlich vertreten, beim Anscheinsbeweis ginge es darum, daß der Nachweis eines typischen Geschehensverlaufes ersetzt wird.<sup>59</sup> Dementsprechend wird vertreten, beim Anscheinsbeweis finde keine Beweiswürdigung mehr statt.<sup>60</sup> Weiterführend wird vertreten, der Anscheinsbeweis sei dem materiellen Recht zuzurechnen. Bei Zugrundelegung eines solchen Verständnisses könnte für die hier behandelte Problematik der Anscheinsbeweis als eine echte Anscheinshaftung mit eigenständigem Tatbestand aufgefaßt werden.<sup>61</sup>

Hier ist nicht der Ort, diese grundsätzliche Diskussion aufzugreifen; betont sei, daß diese Diskussion die für die Haftungsfrage eingangs angesprochene Wechselwirkung zwischen

<sup>56</sup> Vgl. hierzu etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 63. Es könnte beispielsweise gefragt werden, ob nicht ein Erfahrungsgrundsatz bestehe, daß bei einer abhängigen Gesellschaft, deren Gläubiger ein Ausfallrisiko trifft, eine Beeinträchtigung des Eigeninteresses durch das herrschende Unternehmen besteht. Dies könnte die Weiterführung eines Erfahrungssatzes sein, wonach das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft typischerweise im Konfliktfall bei Bestehen eines von diesem abweichenden Interesse eines herrschenden Unternehmens diesem gegenüber benachteiligt würde. Gegen einen solchen Erfahrungssatz etwa Kleindiek, Haftung, freie Beweiswürdigung usw. (1992) S. 580; Knobbe-Keuk, Das Erdbeben "Video" (1992), S. 1464; zumindest im Ansatz für einen solchen Erfahrungssatz jedoch auf den Heidelberger Konzernrechtstagen Ulmer, Vermutungs- und Beweisfragen (1992), S. 77f.; offensichtlich Ulmer folgend Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1523, der durchaus von einer Bevorzugung des Gesamtinteresses auszugehen bereit ist und betont, es ginge dabei eben nicht um schuldhaftes und auch nicht unbedingt um rechtswidriges Verhalten, sondern um die manchmal wohl gar unbewußte Favorisierung der Unternehmensgruppe als Ganzer gegenüber dem Einzelinteresse der einzelnen abhängigen Gesellschaft. Stodolkowitz, aaO., führt anschließend an, "*daß es bei der Ausgestaltung der Beweis- und Gegenbeweisführungsregeln nicht in erster Linie um Erfahrungssätze, sondern darum geht, dem Umstand Rechnung zu tragen, daß es für beide Parteien etwa gleich schwierig ist, das Vorliegen oder das Nichtvorliegen des Haftungstatbestands voll zu beweisen.*" Den Implikationen dieser Feststellung ist bei dem hier anzustellenden Regelungsansatz gerecht zu werden.

<sup>57</sup> Vgl. näher zu diesen Erfahrungsgrundsätzen etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 55ff. m.w.N.

<sup>58</sup> Vgl. mit der herrschenden Meinung etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 44; entgegen Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) § 286 Rn. 20 sieht die herrschende Meinung den sogenannten Anscheinsbeweis richtig als Vorgang der freien Beweiswürdigung an.

<sup>59</sup> Vgl. etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) § 286 Rn. 9a.

<sup>60</sup> Vgl. z.B. Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) § 286 Rn. 9a.

<sup>61</sup> Dies darstellend, den Anscheinsbeweis jedoch selbst eindeutig prozeßrechtlich einstuft etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 53 m.w.N. der von Greger, aaO., u.a. vertreten Auffassung der materiellrechtlichen Zurechnung des Anscheinsbeweises.

materieller Anspruchsgrundlage und Beweislast unterstreicht.<sup>62</sup> Gleichzeitig sei auf die Übereinstimmung der hier zum prozessualen Aspekt gemachten Ausführungen mit den materiellrechtlichen Ausführungen hingewiesen: Ebenso wie der Anscheinsbeweis in der typischerweise anzutreffenden Beweislage im Recht der verbundenen Unternehmen seinen Grund hat, liegt der Grund für die besondere Problematik gerade in dem Interessenumbruch, der erfahrungsgemäß im verbundenen Unternehmen auftritt und aufgrund dessen der idealtypische Gleichlauf der Interessen der Gesellschafter, die Voraussetzung der gesetzlichen Wertung der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung, nicht mehr vorliegt. Die Systemstimmigkeit des Zusammenspiels zwischen materieller Haftungsregelung und Beweislastregelung wird anschaulich daran deutlich, daß sowohl die materiellrechtliche als auch die prozessuale Abweichung von der grundsätzlichen gesetzgeberischen Wertung deshalb nötig wird, weil eine der grundsätzlichen Regelung zugrundeliegenden Voraussetzung fehlt. Sowohl die materiellrechtliche Voraussetzung des idealtypisch vorausgesetzten Interessenumbruchs als auch die prozessuale Voraussetzung der idealtypisch vorausgesetzten Erbringbarkeit des Beweises, fehlt eben deshalb, weil diese Voraussetzungen im Recht der verbundenen Unternehmen nicht gegeben sind. Dies entspricht der gesetzgeberischen Grundwertung, daß im Recht der verbundenen Unternehmen spezifische Regelungen erforderlich sind, weil - um eine bekannte schlagwortartige Verdichtung aufzugreifen - im Konzern eben alles anders ist.<sup>63</sup>

#### **bb. Anscheinsbeweis und Indizienbeweis**

Indizien oder Hilfstatsachen sind Tatsachen, aus denen nach den Gesetzen der Erfahrung auf die unmittelbar erheblichen Tatsachen geschlossen wird.<sup>64</sup> Der Indizienbeweis ist ein mittelbarer Beweis.<sup>65</sup> Rechtliche Einschränkungen des Indizienbeweises, der sog. mittelbaren Beweisführung, bestehen nicht. Es können somit überall statt der unmittelbar erheblichen Tatsachen Indizien bewiesen werden.<sup>66</sup> Grundsätzlich sind sowohl die Indizien wie auch die eine gesetzliche Vermutung begründenden Umstände von den Parteien zu behaupten und unter Beweis zu stellen.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Grundsätzlich zur theoretisch umstrittenen prozess- oder materiellrechtlichen Natur von Beweislastnormen etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 131ff. m.w.N.

<sup>63</sup> Diese, wohl von Wiedemann stammende, häufig anzutreffende plakative Verdichtung der gesetzgeberischen Wertung, die dem dritten Buch des AktG zugrundeliegt, sei hier nicht als Begründung sondern lediglich zum Aufzeigen der Übereinstimmung von prozessualen und materiellrechtlichen Erwägungen angeführt; vgl. stattdessen grundlegend zur Konzernproblematik oben in diesem Teil unter A.

<sup>64</sup> Vgl. unter Bezugnahme auf BGHZ 53, 245, 260 etwa Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 284 Rn. 19, 16.

<sup>65</sup> Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 87ff. sowie § 284 Rn. 19.

<sup>66</sup> Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 284 Rn. 19.

<sup>67</sup> Vgl. so Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 284 Rn. 20.

Insbesondere bei Beweisnot<sup>68</sup> oder Unzumutbarkeit der Beweisführung für unmittelbare Tatsachen ist die Beweisführung mittelbarer Tatsachen dann nicht ausgeschlossen, wenn diese nur geeignet sind, logische Rückschlüsse auf den unmittelbaren Tatbestand zu ziehen, dadurch daß die Indizien diesen be- oder entkräften.<sup>69</sup> Vor Gericht kann es dann auch zur Beweiserhebung über Indiztatsachen kommen. Der Bundesgerichtshof hat hier ausdrucksstark und zutreffend vom Beweistatbestand als einem Mosaik gesprochen, in welchem Indiztatsachen als Steinchen bedeutsam werden können.<sup>70</sup> Dem entspricht es, daß die richterliche Würdigung von Indizien und Beweisen für die unmittelbar erheblichen Tatsachen gleich frei ist.<sup>71</sup>

Zwischen Anscheinsbeweis und Indizienbeweis besteht eine enge methodische Verwandtschaft.<sup>72</sup> Während beim Anscheinsbeweis der Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs oder eines schuldhaften Verhaltens *ohne exakte Tatsachengrundlage* geschieht,<sup>73</sup> liefert der Indizienbeweis nur die Grundlagen für die Beweiswürdigung hinsichtlich irgendeines Tatbestandsmerkmals.<sup>74</sup> Der Anscheinsbeweis kann so auch als eine besondere Art des Indizienbeweises verstanden werden, nämlich als Indizienbeweis bei einem vorliegenden typischen Geschehensverlauf.<sup>75</sup>

Aufgrund der großen Bedeutung der Indizien im Hinblick auf den hier dargelegten Haftungstatbestand<sup>76</sup> ist im folgenden die Frage zu klären, mit welcher Beweiskraft die vom Kläger darzulegenden Indizien ausgestattet sein sollen;<sup>77</sup> vorher ist jedoch kurz auf die Möglichkeiten ihrer Widerlegung einzugehen.

<sup>68</sup> Vgl. zur Beweislastverteilung bei Beweisnot auch das soeben oben in diesem Teil unter E.III.1.c. Gesagte.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu etwa Greger/Zöller, ZPO (19. Aufl., 1995) § 286 Rn. 9a m.w.N., wo die Notwendigkeit einer schlüssigen Darlegung eines ernstlich möglichen Bezugs beim Beweisantritt betont wird.

<sup>70</sup> Vgl. BGH NJW 1983, 2034f., hierzu Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) § 286 Rn. 9a.

<sup>71</sup> Vgl. nur Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 284 Rn. 19.

<sup>72</sup> Vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 53.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 29 und das oben Gesagte.

<sup>74</sup> Vgl. zur Abgrenzung von Indizienbeweis und Anscheinsbeweis etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) § 286 Rn. 9a mit Unterstreichung der Bedeutung der Sonderung für die revisionsrechtliche Überprüfungscompetenz; aaO. Rn. 22 wird - zurückhaltend - unter Bezugnahme auf BGH NJW 91, 1894 sowie BGH NJW 93, 935, 938 hervorgehoben, daß nach Ansicht des BGHs die Würdigung der Beweiskraft von Indizien seiner Prüfung unterliegt.

<sup>75</sup> So etwa Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 87, 88; vgl. zum typischen Geschehensverlauf oben unter aa.

<sup>76</sup> Vgl. nur die große Bedeutung konkreter Momente und die Schwierigkeiten bei der Feststellung des tatsächlichen Ausmaßes einer Beeinträchtigung des Haftungsmaßstabes „Eigeninteresse“ oben in diesem Teil unter E.I.e.bb., cc.,dd. und ff. sowie das unter E.II.5. zur Bedeutung konkreter Momente für die Bestimmung der Intensität der Treubindung.

<sup>77</sup> Dies gilt sowohl für den hier verfolgten Regelungsansatz wie auch im qualifiziert faktischen Konzern; vgl. so zum letzteren bereits Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1523 und näher gleich unten. Stodolkowitz, aaO, meint, bei der Ausgestaltung von den Haftungsbestand ergänzenden Beweislast- und Beweisführungsregeln sei vor allem zu klären, mit welcher Beweiskraft die vom Kläger darzulegenden Indizien im Hinblick auf den eigentlichen Haftungstatbestand ausgestattet sein sollen.

### **cc. Entkräftung des Anscheinsbeweises**

Da die Führung eines Anscheinsbeweises nicht auf die Beweislast einwirkt, reicht es für den Beweisgegner aus, daß dieser eine bestehende richterliche Überzeugung erschüttert. D.h. es ist lediglich der Gegenbeweis zu führen, dagegen wird nicht verlangt, daß ein voller Beweis des Gegenteils geführt wird.<sup>78</sup>

Ein solcher Gegenbeweis wird regelmäßig dadurch geführt, daß der Beweisgegner für konkrete Tatsachen den Nachweis führt, d.h.: das Gericht davon überzeugt, daß im konkreten Fall ein abweichender Geschehensverlauf möglich sei. Denn hierdurch würde die Typizität des Anscheinsbeweises, der auf dem typischen Geschehensablauf beruhende Schluß, durch die Möglichkeit widerlegt, daß im konkret vorliegenden Fall ausnahmsweise eine Atypizität vorliegt.<sup>79</sup> Diesem ist im folgenden zusammen mit der Frage nach der Beweiskraft der darzulegenden Indizien und der jeweiligen Substantiierungslast der Parteien nachzugehen.

### **g. Zur Verteilung der Substantiierungslast nach Wahrnehmungsbereichen**

Große Schwierigkeiten beim Erbringen eines Beweises ändern grundsätzlich nichts an der Verteilung der Beweislast. Ein schwierig zu erbringender Beweis kann jedoch in einer besonderen - durch etwaige Beweisschwierigkeiten bedingten - Weise geführt werden. Im Rahmen des Zumutbaren kann dabei vom Prozessgegner das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positivum sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden.<sup>80</sup> Der Grund hierfür ist pragmatischer Natur: wo eine Partei Umstände zu beweisen hat, die zu dem ihrem Einblick entzogenen Bereich des Prozeßgegners gehören, können ihr erhebliche Beweisprobleme entstehen, welche die Grenzen des Zumutbaren übersteigen.

Diese Problematik berührt den im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung beachtenswerten Gesichtspunkt der Beweiserleichterung. Insbesondere in den Fällen, in denen eine Partei in Beweisnot ist, wird die Frage nach einer Beweiserleichterung gestellt.<sup>81</sup> Auf die Frage von Beweiserleichterungen ist im Rahmen dieser Arbeit, der es um die Erarbeitung einer die spezifischen Wertungen des Gläubigerschutzes im Recht der verbundenen Unternehmen aufnehmenden Regelung geht, allgemein nicht näher einzugehen; lediglich auf die Beweiserleichterung für die Kausalität sei kurz eingegangen: Da sich viele typische Schwierigkeiten bei der Beweisführung auf den Nachweis der Kausalität beziehen, gibt es eine große Anzahl von Ansätzen, für das Beweismaß bei der

<sup>78</sup> Vgl. etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 64.

<sup>79</sup> Ähnlich bereits Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 64.

<sup>80</sup> So ganz generell, bezogen auf die parallele Problematik beim Beweis negativer Tatsachen, Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 24.

<sup>81</sup> Näher hierzu etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 124.

Kausalitätsbeweis zu einer Senkung zu gelangen.<sup>82</sup> Von Teilen der Literatur wird dabei vertreten, daß teilweise schon aus Gründen des materiellen Rechts geringere Beweisforderungen zu stellen sein.<sup>83</sup> Hierbei handelt es sich nicht um eine Beweislastumkehr. Vielmehr ist *im Einzelfall* zu prüfen, ob dem Prozeßgegner im Rahmen seiner Erklärungs- pflicht nach § 138 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise zuzumuten ist, dem Beweispflichtigen durch nähere Angaben über die betreffenden, in die Sphäre (den Wahrnehmungsbereich) des Prozeßgegners gehörende Verhältnisse eine prozessordnungsgemäße Darlegung zu ermöglichen.<sup>84</sup> Im Einzelfall könnte es somit zu einer Aufklärungspflicht der nichtbeweisbelasteten Partei kommen. Eine umfassende prozessuale Aufklärungspflicht der nichtbeweisbelasteten Partei ist zwar vertreten worden, so weit ersichtlich jedoch nicht geltendes Recht.<sup>85</sup>

In allen wesentlichen Fragen folgt der Beweislastverteilung die Verteilung der dieser sachlich vorgeschalteten Behauptungs- oder Darlegungslast.<sup>86</sup> Dementsprechend schlägt es zum Nachteil einer Partei aus, wenn eine darlegungslastbelastete Partei Behauptungen nicht aufstellt. Dies bedeutet, daß das Gericht einen nicht behaupteten Sachverhalt nicht im Urteil zugrundelegen kann. Es ist jedoch zu sondern zwischen dieser Darlegungslast und der Substantiierungslast: Letztere bezeichnet die Verpflichtung der Parteien, je nach der konkreten Prozesssituation ihre Behauptungen näher zu substantiieren. Diese Substantiierungslast kann im Verlauf des Prozesses zwischen den Parteien über- und

<sup>82</sup> So wird beispielsweise der Anscheinsbeweis häufig zur Feststellung eines Ursachenzusammenhangs herangezogen, wenn ein Schaden eine typische Folge einer festgestellten Pflichtverletzung darstellt; d.h., daß vor Gericht für den Nachweis der Kausalität häufig die Führung eines Anscheinsbeweises zugelassen wird. Vgl. diesbetreffend zur Problematik im qualifiziert faktischen Konzern auch den BGH-Richter Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1523f.: Stodolkowitz diskutiert nicht nur den Anscheinsbeweis, sondern betont ausdrücklich, daß es auf die Kausalität, weder ihren Beweis noch einen Gegenbeweis durch ein herrschendes Unternehmen, bestimmter Maßnahmen für einen Verlust nicht ankomme: entscheidend sei vielmehr, welche Umstände eine Seite dazu beitragen könne, ob eingetretene Verluste im konkreten Fall zur Klärung der Frage beitragen könnten, ob Verluste aufgrund einer Beeinträchtigung des Eigeninteresses eingetreten seien.

<sup>83</sup> So etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 46 und 139 m.w.N., dem es gerechtfertigt erscheint, aus einer sinngerechten Auslegung des Merkmals der Kausalität verknüpft mit einer Analogie zu einer Reihe ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften für den Nachweis der Kausalität nur die überwiegende Wahrscheinlichkeit zu verlangen. Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 26 und § 287 Rn. 3 steht dagegen Beweiserleichterungen bei der haftungsausfüllenden Kausalität sehr kritisch gegenüber und vertritt, aaO. Vor § 284 Rn. 28 - entgegen der herrschenden Meinung, daß eine Beweismaßsenkung auch durch Rechtsfortbildung nicht möglich sei. Vgl. näher zur Frage der haftungsbegründenden bzw. haftungsausfüllenden Kausalität statt aller etwa Prütting, aaO. § 287 Rn. 3, 9f., 12. Teilweise finden sich gerade bezogen auf die Frage der Beweiserleichterungen eher plakative Auffassungen, so meint etwa Tschernig, Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz (1995), S. 135, man dürfe bei der Frage der Beweislast "*nicht zu kleinlich*" bei Beweiserleichterungen sein.

<sup>84</sup> Hierzu näher m.w.N. auch anderer Meinungen etwa Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 34 mit dem Hinweis, daß Beweisermittlungs- und Ausforschungsanträge nicht zulässig sind; vgl. zur sogenannten sekundären Behauptungslast auch BGH NJW 90, 3151.

<sup>85</sup> Vgl. nur BGH NJW 1990, 3151; darstellend entgegen der von Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976), S. 92ff. vertretenen Auffassung etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 125.

<sup>86</sup> Die Darlegungslast regelt die Frage, welche konkreten Tatsachenbehauptungen eine Partei aufstellen muß, um die abstrakten Tatbestandsvoraussetzungen einer begehrten Rechtsfolge zu erhalten; vgl. hierzu etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 128f.

wieder zurückgehen, die Substantiierungslast ist somit von der jeweiligen konkreten Situation der Beweiswürdigung, der vorläufigen Überzeugungsbildung des Gerichts, abhängig.<sup>87</sup>

Abschließend sei noch betont, daß die Gerichte kein freies Ermessen bei der Auswahl und Anwendung von Beweiserleichterungen besitzen.<sup>88</sup> Die Beweislastverteilung ist eben generell und nicht konkret festgelegt. Im Rahmen der konkret vorzunehmenden Beweiswürdigung hingegen ist dem Richter durch die hin und her wechselnde Substantiierungslast eine flexible und konkret handhabbare Prozessführung möglich.

#### **h. Zur Beweislast für Interessenbeeinträchtigung und Schadenshöhe**

§ 287 ZPO ermäßigt die normalen Darlegungs- und Beweisforderungen für die Entstehung und die Höhe einer Interessenbeeinträchtigung bzw. eines Schadens. Normzweck dieser Bestimmung ist es, materiell berechnete Ansprüche nicht an prozessualen Anforderungen scheitern zu lassen. Nach § 287 ZPO entscheidet deshalb das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung darüber, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse beläuft, wenn dies unter den Parteien streitig ist. § 287 ZPO knüpft unmittelbar an den Grundsatz der freien Beweiswürdigung in § 286 ZPO an und steht in einem sehr engen Kontext zu § 286 ZPO.<sup>89</sup>

§ 287 ZPO ist selbstverständlich keine Ermächtigung das Gericht, einer Partei Schadensersatzansprüche nach reiner Billigkeit ohne materiellrechtliche Grundlage zuzusprechen. Die Bestimmung kann jedoch in den Fällen herangezogen werden, in denen einer Beweiserhebung über die Höhe der Interessenbeeinträchtigung (des Schadens) besondere Schwierigkeiten entgegenstehen. Dies beinhaltet auch, daß die Schätzung des Gerichts nicht unbedingt eine exakte Schätzung zu sein hat und deshalb mit der - in gewissen Situationen nur fiktiv vorhandenen - wirklichen Schadenshöhe nicht übereinstimmen muß.<sup>90</sup>

Da das Gericht aufgrund der Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten berechtigt ist, die Schadenshöhe zu schätzen,<sup>91</sup> sind von den Parteien die von § 287 erfaßten Angaben lediglich in beschränktem Maße zu substantiieren, wobei allerdings Mindestanforderungen

---

<sup>87</sup> Hierzu m.w.N. etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 98 in Verbindung mit Rn. 130, wo betont wird, diese Substantiierungslast sei nicht mit der abstrakten Behauptungslast oder der abstrakten Beweislast, sondern vielmehr mit der konkreten Beweisführungslast zu vergleichen.

<sup>88</sup> So ausdrücklich Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 124 und soeben oben in diesem Teil unter E.III.1.c.

<sup>89</sup> Vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 287 Rn. 1ff.

<sup>90</sup> Vgl. statt aller und näher hierzu Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 287 Rn. 3; dies gilt unabhängig davon, ob der Schaden auf Vertrag, auf unerlaubte Handlung oder auf Gefährdungshaftung gestützt wird, vgl. aaO. Rn. 5.

<sup>91</sup> Vgl. zu Grenzen dieser Schätzung etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 287 Rn. 14, 33f.

zu stellen sind.<sup>92</sup> Die Parteien müssen sich in zumutbarem Umfang um eine genaue Substantiierung bemühen. Im Ergebnis wird jedoch durch § 287 ZPO eine Erleichterung gegenüber einer genauen Spezifizierung des Schadens gewährt.<sup>93</sup>

### **i. Allgemeine Gründe für eine veränderte Beweislastverteilung**

Ganz generell bedarf es bei der Beantwortung von Beweislastverteilungsfragen einer sinngerechten Auslegung der Wertungen des materiellen Rechts und der für die Beweislastverteilung maßgeblichen sachlichen Gründe.<sup>94</sup> An sachlichen Gründen können für die hier behandelte Problematik neben den oben dargelegten Wertungen insbesondere von Bedeutung die Beweismittelnähe, die Prozeßverhütung, die Waffengleichheit der Parteien, das Gebot der Schaffung und Sicherung von Beweismitteln sowie der allgemeine Verkehrsschutz Bedeutung haben.<sup>95</sup> Dabei hat die Beweislastverteilung konkret den Normzweck der jeweiligen materiellen Norm zu sichern und zu erhalten.<sup>96</sup> Diese Verbindung der materiellrechtlichen Wertungen mit den prozessuellen Grundsätzen ist zu betonen. Denn obwohl zwischen Haftungs begründung und Beweislastfrage zu trennen ist, erfordert das Wechsel- und Zusammenspiel im Einzelfall,<sup>97</sup> welches diesen häufig entscheiden wird,<sup>98</sup> daß Haftungs begründung und Beweislastfrage wertungsstimmig ineinander greifen.

Wenn beispielsweise<sup>99</sup> in § 282 BGB die Beweislast dafür, daß bei Streitigkeit darüber, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, den Schuldner trifft,<sup>100</sup> so hat diese Beweislastverteilung seine Motivation und seinen

<sup>92</sup> Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (1976), S. 184 m.w.N. hat sinnverdeutlichend ausgeführt, daß im Rahmen von § 287 eine Beweisnot des Betroffenen gewissermaßen als Bestandteil des vom Schädiger verursachten Schadens angesehen werden kann. Stoll, aaO., zieht hier eine - recht weit gehende - Parallele zu den Fällen schuldhafter Beweisvereitelung. Gleichzeitig betont ders., daß § 287 ZPO rechtsevolutionär betrachtet weniger mit dem für die richterliche Überzeugung notwendigen Beweismaß zu tun habe, sondern dem Richter ermöglichen soll, bei *feststehendem* Haftungsgrund den Schaden notfalls ex aequo et bono zu bemessen.

<sup>93</sup> Vgl. näher etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 287 Rn. 28f.

<sup>94</sup> So bezogen die Feststellung zweifelhafter Beweisfragen bereits Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 112.

<sup>95</sup> Vgl. zu den sachlichen Gründen der Beweislastverteilung anschaulich Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 43ff., insbesondere zur Waffengleichheit Rn. 45.

<sup>96</sup> Vgl. statt aller allgemein etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 112 m.w.N. sowie das oben im ersten Teil unter B.III.2.b. und IV.2.c. Gesagte.

<sup>97</sup> Vgl. hierzu das in diesem Teil einleitend unter E.III.1. Gesagte.

<sup>98</sup> Vgl. zur Praxis etwa die angeführte Beweislastfrage im sogenannten qualifiziert faktischen Konzern, näher hierzu gleich unten unter E.III.2.b., sowie die Diskussion im Anschluß an das Video-Urteil, vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.V.5.d.

<sup>99</sup> Daß sich im geltenden Recht viele problemspezifische Beweislastregeln finden, vgl. nur §§ 390, 417 HGB, sei hier betont.

<sup>100</sup> Normalerweise wäre nach §§ 280, 325 BGB das Vertretenmüssen als Anspruchsvoraussetzung nach den allgemeinen Beweislastgrundsätzen vom Gläubiger nachzuweisen. Diese in § 282 BGB vorgenommene Abweichung entspricht der Beweislastverteilung im Falle der Unmöglichkeit oder des Verzugs; vgl. hierzu etwa Heinrichs/Palandt, BGB (61. Aufl. 2002), § 282 Rn.1; § 285 Rn. 1.

Grund in der größeren Nähe des Schuldners<sup>101</sup> zum Beweis.<sup>102</sup> Die Beweislastverteilung geschieht hier nach Verantwortungsbereichen,<sup>103</sup> denn der Beweisgegenstand (für die Haftungsfrage außerhalb der Gefährdungshaftungstatbestände: das Nichtvertretenmüssen) gehört in den Verantwortungs- und Gefahrenbereich dessen, der die Beweislast trägt.<sup>104</sup> Der Beweislastverteilung des Gesetzgebers liegt dabei die Wertung zugrunde, daß der Schuldner in der Regel am besten die Umstände aufklären kann, die die Leistung unmöglich machen.<sup>105</sup> Insofern ist hervorzuheben, daß entgegen gelegentlich verbreiteter Bekundung Gesichtspunkte wie Gefahrenbereich einer Partei oder die Nähe einer Partei zum Beweis keine unmittelbaren oder gar alleinigen Beweislastkriterien sind; vielmehr handelt es sich hierbei um *Wertungsgesichtspunkte*, die - neben anderen - bei der Beurteilung von zweifelhaften Beweislastfragen zu berücksichtigen sind.<sup>106</sup>

## **2. Bedeutung problemspezifischer Besonderheiten für die Beweislastfrage**

Nach diesen allgemeinen und grundsätzlichen Betrachtungen zur Beweislast und zur Beweislastverteilung sind im folgenden die für die in dieser Arbeit behandelte

<sup>101</sup> Ausdrücklich sei betont, daß im Rahmen unerlaubter Handlungen das Verschulden Teil der Anspruchsvoraussetzungen ist. Deshalb ist das Verschulden bei deliktischen Ansprüchen vom geschädigten Anspruchsteller zu beweisen. Eine Analogie zu § 282 BGB ist im Deliktsrecht ausgeschlossen (vgl. statt aller etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 148): Grundsätzlich trägt ein Deliktsgläubiger für alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Delikts die Beweislast; vgl. nur Greger/Zöller, ZPO (23. Aufl., 2002) Vor § 284 Rn. 20.

<sup>102</sup> Vgl. etwa BGH NJW RR 90, 447. Für die Haftungsfrage gibt es dementsprechend durchaus einzelne Rechtsbereiche, in denen Beweislastveränderungen anzutreffen sind: § 282 BGB findet in der Arzthaftung zwar keine Anwendung, beispielsweise kehrt sich die Beweislast bezüglich der Kausalität jedoch dann um, wenn ein grober Behandlungsfehler unterlaufen ist. Für voll beherrschbare Risiken wird außerdem eine Beweislastumkehr für das Verschulden bejaht. Schließlich findet sich in der Rechtsprechung eine Beweislastumkehr bezogen auf Kausalität und Verschulden, wenn der Arzt seine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Dokumentation verletzt oder wenn er in erheblichem Umfang gebotene Diagnose- und Kontrollbefunde nicht erhoben hat. Die in der Arzthaftung anzutreffende Beweislastverteilung sei hier als Beispiel herangezogen, weil sie illustrativ aufzeigt, wie die Rechtsfortbildung auf einzelnen Rechtsgebieten aufgrund von Risikogesichtspunkten und der nur einer Seite möglichen Dokumentation und Beweissicherung rechtsevolutionär zu veränderten Beweislastverteilungen gelangt ist; vgl. darstellend etwa Prütting, aaO.

<sup>103</sup> Vgl. nur Heinrichs/Palandt, BGB (61. Aufl. 2002), § 282 Rn. 10.

<sup>104</sup> Vgl. BGHZ 23, 291; 46, 268.

<sup>105</sup> So Heinrichs/Palandt, BGB (61. Aufl. 2002), § 282 Rn.2; aaO. Dort wird gleichzeitig betont, daß die § 282 BGB zugrundeliegende Vermutung, daß der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten habe, zugleich Ausdruck des mit der Schuld übernommenen Leistungsrisikos sei. Ohne daß hierauf näher einzugehen wäre, sei doch betont, daß die der Beweislastverteilung zugrundeliegende Wertung - zumindest auch - auf Risikoerwägungen gestützt wird. Vgl. zum weder neuen noch von der herrschenden Meinung aufgegriffenen, aber gelegentlich vertretenen, Ansatz der Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt der Risikoerhöhung etwa Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (1976), S. 176. Auf diesen Gesichtspunkt wird hier nicht näher eingegangen; es sei nur angemerkt, daß eine Verteilung der Beweislast nach Risikoerwägungen nach hier vertretener Auffassung nicht als eigenständige beweisrechtliche Wertung wünschenswert erscheint, sondern daß es zu einer solchen vielmehr als wertungsstimmige beweisrechtliche Folge im Anschluß an eine vorhergehende materiellrechtliche Risikoeinschätzung zu kommen hat. Da die hier diskutierte Regelung nur voraussetzungsweise, jedoch nicht unmittelbar in den in der Regelung zum Ausdruck kommenden Wertungen auf Risikoerwägungen aufbaut, werden die Risikobetrachtungen auch für die Frage der Beweislastverteilung nicht eigens aufgegriffen.

<sup>106</sup> Vgl. hierzu Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 51.



Haftungsfrage<sup>107</sup> im polykorporativen Unternehmen entscheidenden problemspezifischen Besonderheiten und ihre Bedeutung für die aufzustellenden Beweislastwertungen zu untersuchen.

### **a. Bedeutung des Einzelfallcharakters für die Frage der Beweislastverteilung**

Bei Treupflichtbetrachtungen kommt es sehr auf die Umstände des Einzelfalles an, denn die Konkretisierung der Treupflicht geschieht durch eine wertende Konkretisierung im Einzelfall.<sup>108</sup> Ebenso wie es beispielsweise bei der Frage des Bezugsrechtsausschlusses - der seine Rechtfertigung im Gesellschaftsinteresse finden muß - von den jeweiligen tatsächlichen Umständen abhängt, ob Eingriffe mit der Wahrung des Interesses der Gesellschaft in Einklang zu bringen sind - wobei es auf die Sicht im Zeitpunkt der Beschlußfassung unter Abwägung der Interessen und der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck ankommt<sup>109</sup> - kommt bei Treupflichtsbetrachtungen in Haftungsfragen den Umständen des Einzelfalles entscheidende Bedeutung zu.<sup>110</sup>

Wie dargelegt ist das Bewußtsein um den Ausnahmecharakter einer Haftung eines herrschenden Unternehmen aufgrund einer treupflichtwidrigen Verletzung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft bei den hier anzustellenden Regelungsbetrachtungen zu wahren. Dies ist auch bei Beweislastregelungen zu beachten. Für die Wertungsbetrachtungen hinter dem in dieser Arbeit behandelten Ausnahmetatbestand<sup>111</sup> sei insbesondere hervorgehoben, daß sich allgemein das geltende Recht unter Heranziehung aller für die Beweislast relevanten Gesichtspunkte seiner Struktur nach in *verschiedene Wertungsschichten* aufteilen läßt. Dementsprechend ist bereits im materiellen Recht eine Aufteilung zwischen Regeltatbestand und Ausnahmetatbestand vorhanden.<sup>112</sup> Dementsprechend muß bei einem Ausnahmetatbestand

<sup>107</sup> Auf eine über das Gesagte hinausgehende weitere Vertiefung der allgemein geltenden Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht wird hier verzichtet, hier soll es nur um die spezifische Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen gehen; vgl. stattdessen etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286f. m.z.w.N.

<sup>108</sup> Vgl. hierzu bereits oben unter II; wie hier bereits Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), etwa S. 240. Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 104. betont richtig, wie die sich aus der Mitgliedschaft fließenden und sich aus der Treupflicht ergebenden Pflichten erst im Einzelfall zu entwickeln sind, daß alle diese Pflichten aber durch eine gemeinsame Zielrichtung gekennzeichnet sind, weshalb sie eben richtigerweise im Institut der korporationsrechtlichen Treupflicht zusammenzufassen sind, vgl. hierzu etwa Stimpel, Innenhaftung des herrschenden Unternehmens (1986), S. 117; Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen (1988), S. 95ff., Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 52.

<sup>109</sup> Vgl. hierzu nur BGHZ 71, 40, 44ff. (Kali und Salz, 1978) m.w.N.

<sup>110</sup> Daß gerade bei der Frage einer Haftung bei bestehendem Haftungsprivileg den konkreten Umständen des Einzelfalles eine solche große Bedeutung zukommt, daß für eine Berücksichtigung dieser Umstände Platz sein muß zeigt illustrativ nicht zuletzt der Einzelfallcharakter der als "Durchgriff" bekannten Fälle, vgl. hierzu oben im ersten Teil unter C.II., insbesondere unter 6.

<sup>111</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter D.II.1. Gesagte.

<sup>112</sup> Vgl. bereits Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 113; vgl. zu den unterschiedlichen Wertungsschichten auch Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 45 sowie insbesondere zum Aufbau eines materiellen Rechts in Wertungsschichten, an die bei der Beweislastregelung angeknüpft werden könne, Leipold, Beweislastverteilung als rechtspolitische Regelungsaufgabe (1979), S. 503f.

den Umständen des Einzelfalles besonderes Gewicht beigemessen werden. Ebenso wie die materielle Haftungsregelung muß deshalb die Lösung der Beweislastfrage dieser großen Bedeutung der Umstände des Einzelfalles gerecht werden. Dies beinhaltet, daß die für Gehalt und Intensität der im Einzelfall zu konkretisierenden Treupflicht entscheidenden Momente auch bei der Frage der Beweislastverteilung berücksichtigt werden müssen. Da derjenige, der aus einer Norm eine für ihn günstige Rechtsfolge ableitet, grundsätzlich die Beweislast hat, und dies auch für Folgen gilt, die aus der Verletzung von gesellschaftlichen Generalklauseln resultieren, wenn sich denn nicht aus dem materiellen Recht eine besondere Beweisverteilung ergibt,<sup>113</sup> ist dazu Stellung zu nehmen, welche Beweislastverteilung die hier diskutierte Generalklausel enthalten sollte.

### **b. Problemspezifische Parallele: Die Beweislastverteilung im qualifiziert faktischen Konzern**

Die als rechtsqualitativ eigenständige Gefahr angesehene Gefährdung abhängiger Gesellschaften, die besondere *Konzerngefahr*,<sup>114</sup> hat schon früh dazu geführt, daß für die hier interessierende Problematik im verbundenen Unternehmen besondere Beweislastbetrachtungen angestellt wurden. Dabei wurde früh daran angeknüpft, daß die erhöhte Konzerngefahr zum einen aus der besonderen Möglichkeit resultiere, die Herrschaft nachteilig auszuüben. Zum anderen wurden die Schwierigkeiten bei Feststellung und Beurteilung der Nachteiligkeit betont.<sup>115</sup> Mehr noch: es wurde früh erkannt, daß diese Schwierigkeit bei der Beurteilung eine besondere Berücksichtigung bei der Handhabung der sich aus der Gefahr ergebenden Probleme erfordere, und es wurden spezifische Lösungswege eingeschlagen. Ein Beispiel hierfür ist die aufgrund der großen Schwierigkeiten bei der Nachteilsbemessung stattfindende Statuierung eines Verlustausgleiches bei nicht zu isolierenden Maßnahmen, ein anderes Beispiel sind die in diesem Kontext interessierenden besonderen Beweisregeln.<sup>116</sup>

Dementsprechend haben die Gerichte, auf Vorarbeiten der Lehre<sup>117</sup> aufbauend, mit der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof entwickelten Haftungsfigur des qualifiziert

<sup>113</sup> Vgl. hierzu bezogen auf die Beweislastumkehr generell etwa Prütting im MünchKomm zur ZPO (1992), § 286 Rn. 103ff.; entsprechend zur Beweislast im Anfechtungsprozeß etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 297 m.w.N., der als Beispiel die Beweislastumkehr des Anfechtungsklägers in § 254 Abs. 1 AktG anführt.

<sup>114</sup> Vgl. näher hierzu und zur Terminologie oben in diesem Teil unter A.V. und C.I.

<sup>115</sup> Vgl. zu dieser allgemein gültigen Feststellung etwa BGHZ 89, 162, 166 (Heumann, 1983).

<sup>116</sup> Vgl. nur § 317 Abs. 2, eine Regelung bei der die Beweislast für einige Tatbestandsmerkmale dem herrschenden Unternehmen auferlegt worden ist; vgl. statt aller nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 317 Anm. 12.

<sup>117</sup> Vgl. insbesondere den Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform (1972), Bd. 2, dessen Vorschläge der BGH in BGH 95, 330 (Autokran, 1985) an den Anfang seiner Überlegungen gestellt hat; daß die Formel des Arbeitskreises für einen auf die Eigeninteressenbeeinträchtigung abstellenden § 255a GmbHG, aaO. S. 59 nicht vergessen worden ist zeigt etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1519. Allerdings hat die Rechtspraxis - zumindest zwischenzeitlich - nicht unbedingt die Vorstellungen dieses Arbeitskreises verwirklicht; eines der Mitglieder jenes Arbeitskreises GmbH-Reform, auf dessen Vorschlag von 1972 der Ansatz

faktischen Konzerns diese an das Recht zu stellenden Anforderungen sowohl für das materielle Recht als auch für die Beweisfrage erfüllt.<sup>118</sup> Dabei war einleitender tragender Grund für die Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns gerade die Beweislage. So heißt ein Kernsatz im Autokran-Urteil denn auch: "*Mit Rücksicht auf die großen Prozeßführungsschwierigkeiten der klagenden Partei spricht jedoch viel dafür,*" die Klage unter den konkret gegebenen Voraussetzungen und aufgrund konkreter Tatsachen "*als schlüssig anzusehen*".<sup>119</sup>

Wie dargelegt durchlief die Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns eine Entwicklung, bis die materiell- und beweisrechtliche Lage des geltenden Rechts erreicht wurde.<sup>120</sup> In der Beweisverteilung im qualifiziert faktischen Konzern ist eine "*interessenbezogene wertungsmäßige Entlastungsmöglichkeit*" gesehen worden,<sup>121</sup> wie überhaupt die Zulassung des Entlastungsbeweises in der Haftungsfrage als reine Wertungsfrage eingestuft worden ist.<sup>122</sup> Dabei gab es - gerade was die Beweislast betrifft - in der Entwicklung zahlreiche Unklarheiten.<sup>123</sup> Heute stellt sich die Beweislastverteilung im qualifiziert faktischen Konzern wie folgt dar: Die Darlegungslast, und im Falle Bestreitens, die Beweislast dafür, daß die haftungsbegründenden Tatsachen vorliegen, ist im Grundsatz Sache des Klägers.<sup>124</sup> Nach dem TBB-Urteil steht als zentrales Tatbestandsmerkmal im qualifiziert faktischen Konzern die nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses<sup>125</sup> der abhängigen Gesellschaft durch die Konzernleitung fest.<sup>126</sup> Zentral ist dabei, ob "*ein herrschendes Unternehmen seine Herrschaftsmacht über eine*

---

des qualifiziert faktischen Konzern zurückgeht, hat sich so - allerdings vor BGHZ 122, 123 (TBB, 1993) - als Zauberschüler gefühlt, (Mertens, Anmerkung zum Video-Urteil (1991), S. 434) und nach dem Gesetzgeber als dem alten Meister gerufen.

<sup>118</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.V.

<sup>119</sup> Vgl. nur BGZ 95, 330, 343 (Autokran, 1985) und dies erneut betonend Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1518.

<sup>120</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter C.V.5.f.

<sup>121</sup> So nach dem Video-Urteil etwa Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S.294.

<sup>122</sup> Beispielsweise früh K. Schmidt, Haftungsdurchgriff (1985), S. 2078.

<sup>123</sup> Vgl. für den Stand vor dem TBB-Urteil statt aller etwa Ulmer, Vermutungs- und Beweisfragen (Heidelberger Konzernrechtstage 1992), S. 67ff., 71f.

<sup>124</sup> Vgl. hierzu die schöne Darstellung bei Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 387ff. Der Kläger muß zuerst das Vorliegen eines Konzerns beweisen, welches jedoch selten Beweisschwierigkeiten machen wird; vgl. zum Nachweis des Vorliegens eines Konzerns, wobei dem Kläger die Vermutungskette der rechtsformneutralen §§ 17 Abs. 2 und 18 Abs. 1 S. 3 hilft, etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 144 sowie Krieger, aaO. S. 378.

<sup>125</sup> An diesem zentralen Tatbestandsmerkmal in qualifiziert faktischen Abhängigkeitsverhältnissen besteht auch für die Teile der Literatur, die ein abstraktes Eigeninteresse einer GmbH ablehnen (vgl. dazu oben in diesem Teil unter E.I.3), kein Zweifel. So steht auch für Lutter, Gefahren persönlicher Haftung (1994), S. 130 nach dem TBB-Urteil das Tatbestandsmerkmal der Verletzung der Eigeninteressen der abhängigen Gesellschaft im Zentrum, und ebenso hatte bereits Zöllner auf seinem Referat auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht S. R52. außer einer strukturellen Voraussetzung eine "*unangemessene Benachteiligung der Eigeninteressen des abhängigen Unternehmens zugunsten von Interessen des herrschenden Unternehmens*" verlangt.

<sup>126</sup> Vgl. für die Beweislastfrage etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 145 und zum folgenden 146ff.

*abhängige GmbH ohne angemessene Rücksicht auf deren Eigeninteressen so ausübt, daß es in dieser Gesellschaft zu einem vollständigen Interessenumbruch und in seinem Gefolge zu einem Nachteil kommt.*"<sup>127</sup>

Bei diesem zentralen Tatbestandsmerkmal muß das herrschende Unternehmen den Beweis dafür, daß *"die eingetretenen Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben"*, führen, wenn der Kläger vorher *"Umstände darlegt und beweist, die die Annahme zumindest nahelegen, daß bei der Unternehmensführung im Hinblick auf das Konzerninteresse die eigenen Belange der GmbH über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind."*<sup>128</sup> Der Bundesgerichtshof geht dabei ausdrücklich auf die außerordentlich schwierigen Verhältnisse und die *"großen Prozeßschwierigkeiten der klagenden Partei"* ein: aufgrund des mangelnden Einblicks in die inneren Angelegenheiten des herrschenden Unternehmens werden dem Kläger Erleichterungen hinsichtlich seiner Substantiierungslast<sup>129</sup> zugestanden, indem der Beklagte *"nähere Angaben zu machen hat, wenn er im Gegensatz zum Kläger die maßgebenden Tatsachen kennt und ihm die Darlegung des Sachverhaltes zumutbar ist"*.<sup>130</sup> Falls der Beklagte dieser Darlegungslast nicht nachkommt, gilt das Vorbringen des Klägers nach allgemeinen Prozeßregeln<sup>131</sup> als zugestanden.

Der BGH stellt also, ohne überhaupt das Tatbestandsmerkmal *"Beeinträchtigung des Eigeninteresses"* näher umschrieben zu haben, fest, daß es für einen außenstehenden Gläubiger schwer sein kann, seiner Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich dieses Merkmals voll zu genügen. Und eben deshalb gewährt der BGH den Gläubigern in diesen Fällen Erleichterungen bei der Substantiierungspflicht.<sup>132</sup> Der Bundesgerichtshof gewährt dem Kläger somit eine Beweishilfe bzw. Beweiserleichterung zur Herbeiführung der Annahme der Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft, was den dem Kläger nicht zugänglichen Geschehensbereich betrifft.<sup>133</sup> Dies ist richtig so dargestellt worden, daß eine rigide Beweislastverteilung durch ein auf Indizien aufbauendes,<sup>134</sup>

<sup>127</sup> So Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 415.

<sup>128</sup> Vgl. BGHZ 122, 123, 131 mit Verweisung auf Kleindiek, Haftung, freie Beweiswürdigung usw. (1992), S. 578.

<sup>129</sup> Vgl. zur Darlegungs- und Substantiierungslast nach dem TBB-Urteil etwa Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung, S. 419ff.; Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 148

<sup>130</sup> Vgl. BGHZ 122, 123, 133. Überzeugend dazu, daß eine genaue Substantiierung seitens des Klägers nicht verlangt werden kann, Kiethe/Groeschke, Darlegungs- und Beweislast für die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern (1994), S. 2150.

<sup>131</sup> Vgl. § 138 ZPO.

<sup>132</sup> So unter Bezug auf BGHZ 122, 123 (TBB, 1993) Scheel, Konzerninsolvenzrecht (1995), S. 357, der in dieser Beweiserleichterung keine sachliche Nähe zum Anscheinsbeweis sieht.

<sup>133</sup> Dies hat ein Richter des entscheidenden Senats so ausgedrückt: Es wird *"den berechtigten Interessen beider Parteien hinreichend Rechnung getragen, ohne daß die Darlegung und Beweisführung untragbar erschwert oder gar unmöglich gemacht wird."* (Goette, Haftungsvoraussetzungen im qualifiziert faktischen Konzern (1993), S. 571.)

<sup>134</sup> Zu diesem durch Indizien zu führenden, vom Beklagten gleichzeitig leichter zu entkräftenden Anscheinsbeweis etwa Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 147, 149ff. m.w.N. Diese Entwicklung hin zu einer an Indizien ausgerichteten Rechtsprechung wird deutlich bei einer

flexibles<sup>135</sup> System ersetzt worden ist. Eben dies scheint nötig,<sup>136</sup> besteht das praktische Dilemma doch gerade darin, "daß es für beide Parteien etwa gleich schwierig ist, das Vorliegen oder das Nichtvorliegen des Haftungstatbestandes voll zu beweisen."<sup>137</sup> Ein klagender Gläubiger muß somit gewisse Indizien vorbringen, "eine Behauptung ins Blaue hinein" ist ausgeschlossen.<sup>138</sup>

Als negatives Tatbestandsmerkmal<sup>139</sup> hat der Kläger auch nachzuweisen, daß es unmöglich ist, im Wege des Einzelausgleichs zu einer Kompensation der zugefügten Nachteile zu kommen.<sup>140</sup> Hierauf wird hier nicht weiter eingegangen, da nach hier vertretener Auffassung beim Vorliegen einer *nachhaltigen* Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft ein Einzelausgleich schwer vorstellbar ist.<sup>141</sup> Bemerkenswert ist,

---

Betrachtung des Moments der 'dauernden und umfassenden Ausübung der Leitungsmacht': Daß eine Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen Gesellschaft vorliegt, kann nach dem TBB-Urteil nicht mittels einer tatsächlichen Vermutung allein aus einer dauernden und umfassenden Ausübung der Leitungsmacht gefolgert werden. Es bedarf weiterer Anhaltspunkte (BGHZ 122, 123, 131). Die dauernde und umfassende Konzernleitung ist somit keine Haftungsvoraussetzung; diese hat lediglich Indizfunktion für das Eingreifen der Konzernhaftung. Dies richtig herausstreichend Ulmer, aaO. Rn. 129.; Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1517f., 1523f.; näher zu einzelnen Indizien bzw. deren Zusammentreffen Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 390ff. auch zu § 287 ZPO und der "Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung" durch das Gericht, was jedoch nach dem soeben unter E.III.1.g. Gesagten zumindest nach der Beweislehre eine etwas zu freie, wenngleich sehr praxisnahe und bei einer genaueren Betrachtung der Einzelentscheidungen zum qualifiziert faktischen Konzern sehr gut nachvollziehbare Aussage ist.

<sup>135</sup> So Hommelhoff, Recht der Konzernhaftung (1994), S. 419ff. m.w.N. Früh bereits Kleindiek, Haftung, freie Beweiswürdigung usw. (1992), S. 574f.; allgemein für ein bewegliches Modell zur Darlegungs- und Beweislast auch Kiethe/Groeschke, Darlegungs- und Beweislast für die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern (1994), S. 2149f. mit richtiger Betonung der Wechselwirkung zwischen der Haftungsbegründung und der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast S. 2150.

<sup>136</sup> Vgl. zur Notwendigkeit einer flexiblen Beweislastlehre, auch und gerade bei der außervertraglichen Haftung, etwa Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (1976), S. 173ff., und dens. aaO. S. 176ff., zur Ausrichtung der Haftung auf die konkrete Risikoerhöhung, welche den materiellen Haftungstatbestand verändert, weil an die Stelle einer geschehenen Rechtsgutverletzung die konkrete Gefährerhöhung als konstituierendes Haftungselement tritt. Dieser für den hier vertretenen Regelungsvorschlag aufgenommene Ansatz ist jedoch bereits als problematisch erkannt worden; rechtsvergleichend betont Stoll selbst, aaO. m.w.N., ausdrücklich, daß dieser - rechtspolitisch vertretbare - Ansatz nicht mit dem geltenden deutschen Haftungsrecht zu vereinbaren ist.

<sup>137</sup> Vgl. so bereits Stodolkowitz, ZIP 1992, 1517, 1523; zustimmend Bitter/Bitter, Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung durch das BAG (1996), S. 2160, die auch konkreten Momenten auf Gläubigerseite Bedeutung zumessen wollen, beispielsweise dem Umstand, daß ein Gläubiger Einblicke in die Betriebsinterna der abhängigen Gesellschaft hatte.

<sup>138</sup> Diese ebenso eingängige wie selbstverständlich anmutende Betrachtung stellt an Kowalski, TBB-Rückkehr zu Autokran (1993), S. 258f., der meint, nach TBB müsse ein klagender Gläubiger zumindest Indizien dafür vorbringen, daß (1) der Konzernherr in objektiv mißbräuchlicher Weise in die abhängige Gesellschaft eingegriffen hat und (2), daß diese Eingriffe nicht mehr isoliert feststellbar sind.

<sup>139</sup> Zu den Elementen des Qualifizierungstatbestandes statt aller Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 379 m.w.N. in Fn. 7 sowie Winter, Eigeninteresse und Treupflicht (1994), S. 589 m.w.N.

<sup>140</sup> Es sei hier an BGHZ 65, 15 (ITT, 1965) und daran erinnert, daß jeder Gesellschafter einer GmbH dieser gegenüber bereits aus Treupflichtverletzung auf Schadensersatz für jeden schädigenden Eingriff in deren Interessen haftet. Diese Haftung für schädigende Einzeleingriffe *wandelt* sich eben und nur dann zu einer Verlustausgleichspflicht entsprechend § 302 AktG bzw. eine Außenhaftung entsprechend § 303 AktG um, wenn schädigende Einzeleingriffe nicht mehr isolierbar sind, vgl. statt aller Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 387.

<sup>141</sup> Vgl. im Ergebnis ebenso Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 140, 145 und zum negativen Tatbestandsmerkmal der nicht möglichen Kompensation etwa BGHZ 95, 330, 341

daß sich darin eben zeigt, daß die Konzernhaftung *subsidiär* zur Kompensation durch Ausgleich ist.<sup>142</sup>

Ein Teil der Literatur hat die Beweislastverteilung des BGH begrüßt:<sup>143</sup> Der Kläger bleibe im Prinzip darlegungs- und beweispflichtig für die Tatbestandselemente der nachhaltigen Verletzung des Eigeninteresses, des fehlenden Nachteilsausgleichs und der Unmöglichkeit des Einzelausgleichs. Das herrschende Unternehmen sei jedoch - wobei die Ähnlichkeit zu den für den Wettbewerbsprozeß entwickelten Regeln hervorgehoben worden ist - zur Mitwirkung und Klärung des Sachverhalts verpflichtet, welches gerade *in Anbetracht des Ausnahmecharakters dieser Haftung* als angemessen erscheine.

Mit dem BGH ist in der Literatur einerseits die Stärke der Gefahr für die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit - und damit letztlich den Bestand - einer abhängigen Gesellschaft betont worden, andererseits daraus die Forderung gefolgert worden, es genüge nicht, daß ein herrschendes Unternehmen den Verdacht des Mißbrauchs negativ abwehre.<sup>144</sup> Belastende Entscheidungen müßten vielmehr materiell positiv gerechtfertigt werden.<sup>145</sup> Dies berücksichtigend scheint so weit möglich eine einheitliche Grundwertung der

(Autokran, 1985) und ebenso BGHZ 122, 123, 130 (TBB, 1993). So ist für das Ergebnis auch ohne Bedeutung, ob man die fehlende Möglichkeit der Kompensation durch Einzelausgleich wie hier als negatives Tatbestandsmerkmal oder etwa lediglich als Indiz für den dann allein tatbestandsrelevanten - und in jedem Fall zentralen - Interessenumbruch sieht, so etwa Hommelhoff, *Recht der Konzernhaftung* (1994), S. 406ff. Vgl. zu Indizien für die nachhaltige Verletzung des Eigeninteresses im Anschluß an das TBB-Urteil Kropff, TBB und das Aktienrecht (1993), S. 494 m.w.N. zur Indizwirkung einzelner Nachteilszufügungen.

<sup>142</sup> Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 140ff. m.w.N. Eine Beeinträchtigung liegt dann nicht vor, falls eine Kompensation der Nachteilszufügung stattgefunden hat. Nach richtiger Auffassung muß eine solche Kompensation in unmittelbarem zeitlichen oder zumindest sachlichem Zusammenhang mit dem vom herrschenden Unternehmen zugefügten Nachteil stehen, die zeitliche Ausdehnung der Ausgleichsgewährung entsprechend § 311 Abs. 2 AktG kann für die GmbH aufgrund der Strukturunterschiede und des Fehlens der den Ausgleich flankierenden Regeln nicht übertragen werden, so bereits überzeugend Ulmer, aaO., Rn. 141a m.N. auch der Gegenmeinung.

<sup>143</sup> Vgl. etwa Lutter, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 581.

<sup>144</sup> Eine Besinnung auf ein Mißbrauchsprinzip in der Haftung drückt letztlich eine liberale bzw. neo-liberale Haltung aus: feststellbarer Mißbrauch wird bestraft, ansonsten wird davon ausgegangen, daß die mit der Konzerneinbindung verbundenen Gefahren und Schwierigkeiten nicht so groß sind wie die mit der Behinderung verbundenen. Letztlich würde ein solches Recht der verbundenen Unternehmen als Schutzrecht lediglich eine gewisse Abgrenzung vorzeichnen - und eine der Billigkeit entsprechende (Vorliegen eines objektiven Mißbrauchs im Einzelfall) Lösung von Konfliktfällen erlauben; vgl. rechtsgeschichtlich zu dieser Betrachtung Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (1997), S. 117f. In der hier vorliegenden Arbeit kann und soll nichts gegen einen solchen Regelungsansatz gesagt werden. Allerdings ist zu bemerken: eine Gesetzeskonzeption, welche ein differenziertes Instrumentarium anbietet (beispielsweise Eingliederungs- und Vertragskonzern sowie die daneben bestehende Ausgleichsregelung für die sog. einfach faktischen Konzernverhältnisse), im übrigen aber lediglich den Mißbrauch sanktioniert, erscheint nicht stimmig: Wenn der Gesetzgeber regelt, sollte er dann nicht gerade die problematischsten Fälle zu regeln suchen? Mehr noch: verkennt ein Rückfall auf die "Macht des Faktischen" (vgl. darstellend Dettling aaO.) nicht gerade jene Gestaltungsaufgabe, die dem Gesetzgeber bei der Bewertung von Interessen - und der Einräumung der Möglichkeit der Wahrung seiner Interessen durch den Einzelnen - zukommt, und die der Gesetzgeber - etwa im Vertragskonzern, vgl. §§ 302ff. AktG - denn auch eindeutig vorgenommen hat? Dies gilt materiellrechtlich - muß aber gerade für die hier angesprochene Beweisregel besonders gelten: Da Ansprüche nicht aufgrund unzulänglicher Beweisregeln illusorisch gemacht werden dürfen, erscheint eine interessen- und wertungsstimmige Regelung systemstimmig.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu - allerdings im Bezug auf die eine Minderheit belastenden Entscheidungen einer Mehrheit - etwa Lutter, Zur inhaltlichen Begründung von Mehrheitsentscheidungen (1981), S. 174.

Beweislastverteilung<sup>146</sup> in diesen Situationen aufgestellt worden zu sein, die es ohne Beweislastumkehr<sup>147</sup> im Einzelfall<sup>148</sup> erlaubt, zu einer gerechten Beweislastverteilung zu kommen.<sup>149</sup> Im Ergebnis, und dies ist gerade für die funktionelle Parallele zum hier vorgeschlagenen Regelungsansatz wichtig, hat der BGH damit - bei Beachtung der dargelegten Besonderheiten und nach einer zwischenzeitlich zu weitgehenden Beweislastverteilung<sup>150</sup> - seine allgemeinen Grundsätze über Erleichterungen bei der Substantiierungs- und Beweislast wegen Beweisnots und fehlender Einblicke in die Sphäre der Gegenpartei auf die Fälle des qualifiziert faktischen Konzerns angewendet.<sup>151</sup>

### **c. Beweislast für Wahrung oder für Beeinträchtigung des Eigeninteresses ?**

Diese dargelegten Wertungen zur Beweislastverteilung im geltenden Recht sind im folgenden für den hier verfolgten Regelungsansatz zu beachten.<sup>152</sup> Da die Beweislastverteilung mit den dargelegten materiellrechtlichen Wertungen übereinzustimmen hat, sind einleitend einige der problemspezifischen Momente aufzugreifen, um zu einer wertungsstimmigen Beweislastverteilung zwischen Kläger und herrschendem Unternehmen zu gelangen. Dabei zeigt bereits die Formulierung der

<sup>146</sup> Ziegenhain, Der qualifiziert faktische Konzern in der Rechtsprechung des BAG (1994), S. 1007 betont insofern zu Recht, daß die Stärke der Konvergenz in der Rechtsprechung der Obergerichte in Zukunft u.a. sehr stark davon abhängen wird, welche Anforderungen die Gerichte im prozessualen Bereich an die Primärdarlegungslast des Klägers stellen werden.

<sup>147</sup> Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung (1995), S. 283 meint pauschal, der BGH hätte sich in BGHZ 122, 123, 131 (TBB, 1993) implizit gegen eine Beweislastumkehr ausgesprochen. Tatsächlich hat der BGH statt einer Beweislastumkehr eine wertungsstimmige Beweislastverteilung verwirklicht.

<sup>148</sup> Daß es ganz auf die Umstände des Einzelfalles ankommt, meint ebenso Krieger, Praxis mit TBB (1994), S. 393. An dieser Stelle sei - als Parallele zum qualifiziert faktischen Konzern und die Bedeutung des Einzelfalles betonend - angemerkt, daß allgemein in den Ländern, in denen es keine gruppenspezifische Haftungsregel gibt, regelmäßig die Frage im Mittelpunkt steht, wann im Einzelfall die nicht konzernspezifischen Haftungsfiguren eine Verantwortlichkeit im Unternehmensverbund auslösen; vgl. darstellend hierzu etwa Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England (1995), passim und zusammenfassend S. 163; vgl. insgesamt auch die Darstellung des Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672ff.

<sup>149</sup> Interessant ist insofern, daß diese flexiblere Beweislastverteilung des Bundesgerichtshofes mit einer Tendenz im europäischen Gesellschaftsrecht übereinstimmt: So ist - wohl zu Recht - im Gesellschaftsrecht der europäischen Gemeinschaft eine Tendenz wahrgenommen worden, die Beweislast dem aufzuerlegen, dem es am nächsten liegt, die Vertretbarkeit der fraglichen Handlung zu sichern; wie hier und zur Tendenz eines stärker materiell und weniger formell ausgerichteten Rechts bereits Werlauff, EC Company Law (1993), S. 36.

<sup>150</sup> Vgl. die Darstellung oben in diesem Teil unter C.V.5.f. und die Ausführungen zum Video-Urteil und dessen Kritik ebenda unter C.V.5.c.

<sup>151</sup> Vgl. hierzu bereits Kowalski, TBB - Rückkehr zu Autokran ? (1993), S. 258f., der unter Verweis auf BGH NJW 1987, 1201; 1987, 2008 und 1990, 3151 betont, daß eine allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht der nichtdarlegungsbelasteten Partei und ein entsprechender Auskunftsanspruch vom BGH ausdrücklich abgelehnt worden sind.

<sup>152</sup> Insofern sei darauf aufmerksam gemacht, daß ganz allgemein vertreten wird, daß der mit Vorliebe getätigte Rückgriff der Richter auf beweisrechtliche Mittel, der es erlaube, "ohne Abwendung vom materiellen Recht den Haftungstatbestand" auszugestalten, zum Teil eben darauf zurückzuführen sei, daß der Richter vom Gesetzgeber 'im Stich gelassen' werde; vgl. beispielsweise zur haftungsverschärfenden Heranziehung von § 287 ZPOff. grundsätzlich Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (1976), S. 147ff., 181ff. m.w.N. Der hier aufgezeigte Regelungsansatz sollte deshalb bewußt danach streben, einen Rahmen für ein harmonisches Wechselspiel von materiellem Recht und beweisrechtlichen Mitteln zu gewähren.

Beweislastfrage die prozessuale Implikationen der Regelungsausformung: Denn während die Formulierung des Haftungsmaßstabes des zu wahrenen Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft lediglich eine Verdichtung von zu wahrenen Voraussetzungen ausdrückt,<sup>153</sup> werden die prozessualen Schwierigkeiten im Umgang mit diesem Maßstab bereits beim Versuch der Formulierung der Beweislastverteilung deutlich: Geht es um die Frage, wer die Beweislast dafür hat, daß das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gewahrt wurde? Oder geht es um die Frage, wer die Beweislast für die Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft zu tragen hat? Die erste Frage plaziert die Beweislast grundsätzlich beim herrschenden Unternehmen, die zweite grundsätzlich in der Sphäre der abhängigen Gesellschaft bzw. seiner Gläubiger. Da es für die prozessuale Platzierung der Beweislast selbstverständlich nicht darauf ankommen kann, wie diese Frage formuliert wird, sind zuerst die einzelnen Elemente des Haftungsmaßstabes beweisrechtlich zu betrachten:

#### **aa. Unternehmerischer Ermessensfreiraum und Beweislast für Unvertretbarkeit**

Bei der Beurteilung der Wahrung des Eigeninteresses wurde bereits die Nähe zum unternehmerischen Beurteilungsermessen festgestellt, innerhalb dessen es von vornherein nur eine negative Kontrolle auf unvertretbare Entscheidungen geben kann.<sup>154</sup> Werden diese dargelegten Grundsätzen der Beweislast, wonach jede Partei grundsätzlich das Vorliegen der Voraussetzungen der ihr günstigen Normen zu beweisen hat,<sup>155</sup> entsprechend der dienenden Funktion der Beweisregeln auf diese materielle Wertung der Freiheit des Beurteilungsermessens angewandt, so gelangt man zu folgendem Zwischenergebnis für die Frage der Beweislastverteilung für das Vorliegen einer Beeinträchtigung des Eigeninteresses.: Die Beweislast für die objektiv feststellbaren Fakten kann *nicht* mit der Beweislast für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von unternehmerischen Wertungen einhergehen.<sup>156</sup> Denn während nach den allgemeinen Beweislastregeln von der abhängigen Gesellschaft, d.h. aus der Gläubigerposition heraus, die Beweislast dafür zu tragen wäre, daß eine Eigeninteressenverletzung stattgefunden hat, kann ein (externer) Gläubiger kaum den Beweis dafür führen, daß ein unternehmerisches Ermessen auf unvertretbare Weise ausgeübt worden ist. Dies allein schon deshalb, weil alle diesbezüglichen Tatsachen und ein Großteil der in diese Richtung zeigenden Indizien ihm im Regelfalle nicht zugänglich sein werden.

Ohne daß weiter auf die (erheblichen Schwierigkeiten mit der) Beweisführung für unternehmerisch nicht zu vertretendes Ermessen bzw. nicht zu vertretende Entscheidungen

<sup>153</sup> Vgl. nur oben in diesem Teil unter E.I.4. und 5.

<sup>154</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter E.I.3.e.aa. Gesagte.

<sup>155</sup> Vgl. oben in diesem Abschnitt unter III.1.c.

<sup>156</sup> Vgl. argumentativ ähnlich zur Bedeutung des unternehmerischen Beurteilungsspielraum für die Beweislastverteilung etwa Lutter, Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses - Kali und Salz (1979), S. 414.



einzugehen wäre, zeigt eine Betrachtung dieses Punktes bereits, daß die Beweislast dafür, daß der Haftungsmaßstab des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft nicht genügend gewahrt ist, von dem beweisrechtlichen Grundsatz, daß der Anspruchsteller die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale trägt, abzuweichen hat. Vielmehr muß die Regelung so ausgeformt werden, daß der materiellrechtliche Regelungsgehalt so ausformuliert wird, daß dem herrschenden Unternehmen, das als Anspruchsgegner die Beweislast für rechtsvernichtende und rechtshindernde Tatbestandsmerkmale zu tragen hat,<sup>157</sup> ein angemessener Teil der Beweislast zufällt.

### **bb. Undurchschaubarkeit der Verhältnisse**

Das Vorliegen der Undurchschaubarkeit der Verhältnisse rechtfertigt nach verbreiteter Ansicht die Risikouberwälzung,<sup>158</sup> und da nach dem Gesagten die beweisrechtliche Seite einer Regelung die materiellrechtlichen Wertungen prozessual fortzuschreiben hat, könnte dem herrschenden Unternehmen, welches zumindest mehr als andere in der Lage sein sollte, der Undurchschaubarkeit im Vorfeld entgegenzuwirken, die Beweislast für die Undurchschaubarkeit der Verhältnisse - ein faktisches *non liquet* - auferlegt werden. Dies steht jedoch ebenfalls<sup>159</sup> im Widerspruch zu der allgemeinen Beweislastregel, daß von der abhängigen Gesellschaft, d.h. aus der Gläubigerposition heraus, die Beweislast dafür zu tragen wäre, daß eine Eigeninteressenverletzung stattgefunden hat. Es ist deshalb auch nach dem Gesichtspunkte der Undurchschaubarkeit der Verhältnisse entsprechend der konkreten Voraussetzungen zur Erbringung der beweisheblichen Umstände zu differenzieren.

Denn es kann keine einheitliche beweisrechtliche Wertung geben, da in den unterschiedlichen Fallkonstellationen nicht immer der gleiche Tatbestand zu beweisen ist. Dies ist bei Undurchschaubarkeit der Verhältnisse eben nicht der Fall, weil die Verdrängung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft eben auf unzählige Arten von beeinträchtigenden Maßnahmen beruhen kann; erwähnt seien hier nur die Verlegung wesentlicher unternehmerischer Teilfunktionen aus der abhängigen Gesellschaft oder das Entstehen finanzieller Einschränkungen, die die unternehmenspolitische Entfaltungsfreiheit der abhängigen Gesellschaft beeinträchtigen.

Ganz allgemein gesprochen ist das beweisrechtliche Problem hierbei die Unkontrollierbarkeit der Konzerngeschäftsführung. Denn unzählige unternehmerische Vorgänge, angefangen bei so einfachen Sachverhalten wie der Alleingeschäftsführung eines noch anderweitig unternehmerisch tätigen Geschäftsführers,<sup>160</sup> sind denkbar, in

<sup>157</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil einleitend unter E.III.1. Gesagte.

<sup>158</sup> Vgl. nur Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1522.

<sup>159</sup> Vgl. das soeben in diesem Teil unter E.III.2.c.aa. Gesagte.

<sup>160</sup> Vgl. zu solchen eine Eigeninteressenbeeinträchtigung indizierenden Momenten die Darstellung oben in diesem Teil unter E.I.3ff.; vgl. zur hier interessierenden Bedeutung für die Beweisfrage nur

denen es zu einer Beeinträchtigung des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft kommt. Die konkrete Art und Beschaffenheit der Beeinträchtigung hat dabei nach dem Gesagten maßgebliche Bedeutung für die Frage der Beweislastverteilung im Bezug auf eine solche Beeinträchtigung. Die Undurchschaubarkeit der Vorgänge in der abhängigen Gesellschaft, die unendliche Vielheit der denkbaren - noch übertroffen von den faktisch anzutreffenden - Möglichkeiten einer Eigeninteressenbeeinträchtigung, steht somit einer detaillierten Beweislastregelung entgegen.

Aufgrund der zu erzielenden Wertungsübereinstimmung zwischen materiellrechtlichen und beweisrechtlichen Ansatz muß diese Vielfältigkeit vielmehr dazu führen, daß keine rigide Beweislastverteilung in eine Regelung aufzunehmen ist. Stattdessen ist in der Regelung beweisrechtlich den Momenten des Einzelfalles, welche als Hilfstatsachen im Einzelfall zu berücksichtigen sind, Raum zu geben. Denn die Überlagerung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft unter ein Fremdinteresse ist ein Vorgang, der sich nicht aus einer bestimmten im Fremdinteresse liegenden Maßnahme erschließt. Bei aller Undurchschaubarkeit: Im Einzelfall werden immer zahlreiche Momente dafür oder dagegen vorliegen, ob eine Eigeninteressenbeeinträchtigung oder eine Eigeninteressenwahrung stattgefunden hat. Denn *"entsprechend dieser Eigenart des Haftungstatbestandes kann es bei der Beweisführung eigentlich immer nur darum gehen, von bestimmten Hilfstatsachen auf das Vorliegen des eigentlichen Tatbestandes zu schließen."*<sup>161</sup> Dies bedeutet, daß die Regelung des Haftungsmaßstabs „Eigeninteresse“ beweisrechtlich als eine Indizien Raum gebende Regelung zu formulieren ist.

### **cc. Unstatthaftigkeit des Rückschlusses auf Eigeninteressenbeeinträchtigung**

Nach dem Gesagten sind bei Fragen der Beweislast die gleichen Wertungen zugrundezulegen wie bei den materiellrechtlichen Fragen, welche die Beweislastregeln abrunden. Da die Rechtsordnung einem herrschenden Unternehmen bei Einbindung einer abhängigen Kapitalgesellschaft nicht per se die Verantwortung für diese auferlegt, darf die Beweislast bei der Frage nach dieser Verantwortung auch nicht dem herrschenden Unternehmen auferlegt werden. Dies findet zum Beispiel Ausdruck in der Regelung des § 317 Abs. 2 AktG, welcher zwar dem herrschenden Unternehmen die Beweislast für den Tatbestandsausschluß auferlegt, sobald der Kläger den Tatbestand des § 317 Abs. 1 darlegen und bewiesen hat, aber eben diese Ersatzpflicht dann nicht eintreten läßt, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter<sup>162</sup> einer unabhängigen

---

Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1523 m.w.N.

<sup>161</sup> Vgl. so bereits Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1522, für den der Gesetzgeber im aktienrechtlichen Vertragskonzern den Abschluß eines Beherrschungsvertrags als ein solches Indiz angesehen hat - mit dazugehöriger unwiderruflicher Vermutung.

<sup>162</sup> Nach dem Gesagten ist für den hier vertretenen Haftungsansatz nicht der zu fingierende Vergleichsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer unabhängigen

Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte.

Die entscheidende beweisrechtliche Wertung hinter dieser Regelung muß sein, daß das Gesetz von einer wechselnden Beweislast ausgeht, und dabei dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit gewährt, den Beweis zu erbringen, daß es nicht verantwortlich ist. Eben diese Wertung hat der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern aufgegriffen und ausdifferenziert.<sup>163</sup> Entsprechend dem Gesagten kann eine entsprechend wechselnde Beweislast dabei über die Berücksichtigung und Gewichtung der Indizien erfolgen, wie dies ähnlich auch bei der Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns der Fall ist, von dem ähnlich gesagt worden ist: *"Können die [... einer abhängigen Gesellschaft...] entstandenen Verluste auf plausible Weise mit Vorgängen in Verbindung gebracht werden, die mit der Konzernierung nichts zu tun haben, dann ist es nicht mehr gerechtfertigt, allein aus der Ausübung der Leitungsmacht- und/oder sonstigen Indizien - auf die Vernachlässigung des Eigeninteresses [...] zu schließen."*<sup>164</sup>

Damit ist bereits für das geltende Recht ausgedrückt worden, daß zuerst ein Kläger Indizien vorzubringen hat, die eine Beeinträchtigung des Eigeninteresses indizieren. Erst wenn dies geschehen ist, muss sich ein herrschendes Unternehmen gegen einen Rückschluß auf Beeinträchtigung des Eigeninteresses einer von ihm abhängigen Gesellschaft erwehren kann: Das herrschende Unternehmen kann die Indizwirkung der auf eine Eigeninteressenbeeinträchtigung hindeutenden Umstände durch alle jene tatsächlichen Gegebenheiten auszuräumen suchen, die darauf hinweisen, daß die abhängige Gesellschaft unter Wahrung ihres Eigeninteresses geführt worden ist.<sup>165</sup> Dies ist denn auch wertungsstimmig; denn entsprechend dem zur materiellrechtlichen Verantwortlichkeitsregelung Gesagten, kommt bei einem so auf Indizien fokussierenden Beweislastansatz den konkreten Momenten des Einzelfalls die maßgebliche Bedeutung zu,<sup>166</sup> ohne daß dabei beweisrechtliche Bedenken entstünden.

---

Gesellschaft heranzuziehen, als Haftungsmaßstab ist vielmehr die Vertretbarkeit heranzuziehen; vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter E.I.3.e.aa. und das soeben unter E.III.2.c.aa. Gesagte.

<sup>163</sup> Vgl. insgesamt zum qualifiziert faktischen Konzern das oben in diesem Teil unter C.V.5. Gesagte und die Ausführungen zur Beweislast soeben oben unter E.III.2.b.

<sup>164</sup> So für die Haftungsfigur qualifiziert faktischer Konzern etwa Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1524 der als konzernneutrale Vorgänge alle Umstände in Betracht kommen lassen will, die auch jedes andere vergleichbare Unternehmen wahrscheinlich hätten zusammenbrechen lassen, und der dazu etwa branchenspezifische Einbrüche oder den plötzlichen Ausfall eines Großschuldners etc. zählt.

<sup>165</sup> So bereits vor BGHZ 122, 123 (TBB, 1993) Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1524. Stodolkowitz betont aaO. S. 1524f. zurecht, daß sich abstrakt schwer sagen läßt, welche Kriterien hierfür maßgebend sind, und daß man gut daran täte, nicht vorschnell allgemeingültige Regeln aufzustellen, sondern anhand von abzuwartendem Fallmaterial die maßgebenden Grundsätze weiterzuentwickeln.

<sup>166</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter E.I.3.e.bb. und E.II.5.

#### **dd. Raum für die Momente des Einzelfalls in der Beweisregelung**

Die oben<sup>167</sup> gestellte Frage, ob der hier vertretene Regelungsansatz dem herrschenden Unternehmen die Beweislast für die Wahrung des Eigeninteresses oder den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft die Beweislast für die Beeinträchtigung des Eigeninteresses auferlegen sollte, hat sich nach dem Gesagten als zu undifferenziert erwiesen. Sowohl bei der Beweislastverteilung für die (aa) Vertretbarkeit unternehmerischen Ermessens, in Bezug auf (bb) die Undurchschaubarkeit der Eigeninteressenbeeinträchtigung und den (cc) angestellten Überlegungen zur Unstatthaftigkeit eines Rückschlusses auf Eigeninteressenbeeinträchtigung (bzw. fehlende Eigeninteressenwahrung), hat sich gezeigt, daß eine wechselnde Beweis- und Darlegungslast mit Raum für eine ausreichende Gewichtung von konkreten Indizien den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden vermag.

Dies entspricht der Vorgabe, daß die Beweislastverteilung den Normzweck der jeweiligen materiellen Norm zu sichern und zu erhalten hat<sup>168</sup> und das Wechsel- und Zusammenspiel materiellrechtlicher Wertungen und prozessueller Grundsätze ermöglichen muß. Denn es war eben sicherzustellen, daß Haftungs begründung und Beweislastfrage wertungsstimmig ineinander greifen, weil der Einzelfall<sup>169</sup> nicht auf Grundlage der materiellrechtlichen Wertung oder der beweisrechtlichen Erfordernisse entschieden werden sollte. Vielmehr ist durch ein geschmeidiges Zusammenspiel von materiellen und prozessualen Regelungsgehalten ein wertungsgerechtes Ergebnis zu erzielen.

#### **ee. Beweisführung zur Treupflichtskonkretisierung**

Auch bei der Konkretisierung der Treupflicht im Einzelfall muß im Rahmen der erforderlichen Abwägung Platz für die richterliche Beurteilung der einzelnen Momente bestehen bleiben. Gerade aufgrund der Gesellschafterstellung des herrschenden Unternehmens - bei den im Einzelfall vorliegenden Besonderheiten - ist es wichtig, daß für die subjektive Beweislast keine zu rigiden Anforderungen aufgestellt werden.

Dem Richter ist eine einzelfallbezogene Entscheidung zu ermöglichen. Dabei ist für die hier behandelte Problemstellung aufgrund der unendlichen Vielzahl denkbarer Konstellation davon Abstand davon zu nehmen, "*objektiv*" konstatierbare Tatsachen zu verlangen. Ein Beispiel soll dies illustrieren: Wenn etwa vertreten worden ist, daß die Frage einer Beweislastumkehr wegen Treupflichtverletzung im Schadensersatzprozeß davon abhängig zu machen sei, daß die Einflußnahme nicht auf einem Gesellschafterbeschuß beruht,<sup>170</sup> so kann dem für die hier behandelte Gläubigerschutzfrage nicht

<sup>167</sup> Vgl. in diesem Teil unter E.III.2.c.

<sup>168</sup> Vgl. statt aller allgemein etwa Prütting im MünchKom zur ZPO (1992), § 286 Rn. 112 m.w.N. sowie das oben im ersten Teil unter B.III.2.b. und IV.2.c. Gesagte.

<sup>169</sup> Vgl. hierzu das in diesem Teil einleitend unter E.III.1. Gesagte.

<sup>170</sup> So etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 111. Vgl. zur Beweislastumkehr in den Fällen sachlicher Rechtfertigung nach BGHZ 70, 40, 46 (Kali und Salz) - wo es eben zur

zugestimmt werden: Denn für Gläubiger als Nichtgesellschafter kann die Beachtung dieses nur für den zwischen Gesellschaftern stattfindenden geregelten Interessenabgleich relevanten Vorganges nicht entscheidend sein.<sup>171</sup> Dementsprechend darf auch beweisrechtlich nicht an ein solches Moment angeknüpft werden. In geeigneten Fällen ist dem, der auf Treupflichtverletzung klagt, der Beweis des ersten Anscheins bzw. eine tatsächliche Vermutung zugute kommen zu lassen.<sup>172</sup>

#### **ff. Fehlende Interessenbeeinträchtigung aufgrund von Ausgleichszahlungen?**

Im Vorangegangenen ist deutlich geworden, daß im vorgeschlagenen Regelungsansatz auch bei der Ausformung der Beweislastverteilung den Momenten des Einzelfalles Raum gelassen werden muß. Von diesem durch das Wechselspiel zwischen materiellrechtlicher Regelung und ihrer prozessualen Flankierung erforderlichem Ergebnis ist jedoch in den Fällen abzuweichen, in denen nicht die Tatsachen des Einzelfalles, sondern ein allgemeiner Tatbestand betroffen sind.

Dementsprechend erscheint es folgerichtig, daß wenn sich ein herrschendes Unternehmen vom Vorwurf einer vorliegenden Eigeninteressenbeeinträchtigung dadurch zu entlasten sucht, daß es vorbringt, ein entsprechender Ausgleich hätte stattgefunden, dem herrschenden Unternehmen die Beweislast für die Tatsächlichkeit eines solchen Ausgleich aufzuerlegen: Zum einen entspricht dies dem beweisrechtlichen Grundsatz, jede Partei habe seine Behauptungen zu beweisen. Zum anderen hat das herrschende Unternehmen für die Erbringung eines solchen Beweises auch die Voraussetzungen. Mehr noch: das Bemühen des herrschenden Unternehmens um die Darlegung eines stattgefundenen Ausgleichs dokumentiert gleichzeitig, ob und inwieweit das herrschende Unternehmen um eine Transparenz bemüht gewesen ist - oder ob es für die Undurchschaubarkeit der Verhältnisse verantwortlich ist, was wiederum dafür spricht, die Beweislast für Ausgleichszahlungen dem herrschenden Unternehmen aufzuerlegen.<sup>173</sup>

### **3. Zur problemspezifischen Ausgestaltung der Beweislastverteilung**

#### **a. Einleitendes zur sprachlichen und satzbaumäßigen Formulierung**

In der Fassung von Rechtssätzen wird die Verteilung der Beweislast zum Ausdruck gebracht.<sup>174</sup> Die Fassung des Gesetzes ist Ausdruck von Beweislastregeln. Durch die Formulierung des Gesetzes kann so der Willen des Gesetzgebers umgesetzt werden, daß bestimmte Tatsachen von demjenigen zu beweisen sind, der sich auf ihr Vorliegen beruft. Dabei sollten die Wertungsschichten des materiellen Rechts, an die bei der Beweis-

---

Umkehr der Darlegungslast für die Voraussetzungen der sachlichen Rechtfertigung kam - statt aller Winter, aaO. S. 298 m.w.N.

<sup>171</sup> Vgl. hierzu das oben in diesem Teil unter E.II.4.d. Gesagte.

<sup>172</sup> Vgl. hierzu beispielsweise Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 297.

<sup>173</sup> Vgl. hierzu auch oben in diesem Teil unter E.I.3.e.dd-ff.

<sup>174</sup> Vgl. statt aller Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 41.

lastregelung angeknüpft werden könnte, sich im äußeren Normaufbau widerspiegeln.<sup>175</sup> Bei der Formulierung der Beweislastverteilung ist zu berücksichtigen,<sup>176</sup> daß es sich bei der hier angedachten Regelung um einen Ausnahmetatbestand handelt.<sup>177</sup> Das Bilden eines sprachlich bedingten Regel-Ausnahme-Schemas gibt einen Anhaltspunkt für die Strukturierung des Tatbestandes.<sup>178</sup>

### **b. Beim Aufbau der materiellen Beweislastregelung zu beachtende Momente**

Auch unter den bereits vorhandenen Ansätzen einer Regelung der Verantwortung bei Abhängigkeit finden sich Vorschläge, aus denen Vorstellungen betreffend die Beweislastverteilung deutlich werden. So ist beispielsweise schon vor geraumer Zeit ein Vorschlag zur Diskussion gestellt worden, der von der Verantwortlichkeit nur dann befreit, wenn "*die Interessen der abhängigen Gesellschaft in zumutbarem Maße pflichtgemäß wahrgenommen*" worden sind.<sup>179</sup> Eine solche Formulierung der Beweislastverteilung, die von einer grundsätzlichen Verantwortung ausgeht, es sei denn, der grundsätzlich Verantwortliche vermag die Beweislast dafür zu tragen, daß die Interessen der abhängigen Gesellschaft in zumutbarem Maße pflichtgemäß wahrgenommen wurden, kann nach den dargelegten Wertungen für die hier behandelte Problematik nicht übernommen werden. Nach dem Gesagten sind folgende Beweiswertungen in die Formulierung zu übernehmen:

#### **aa. Ausnahmeregelung vom Prinzip der Haftungsbeschränkung**

Zwar ist wie dargelegt das Privileg der beschränkten Haftung eine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip der Haftung; im Kapitalgesellschaftsrecht ist diese beschränkte Haftung jedoch im und als Grundsatz aufrechtzuerhalten. Die gesetzlich gewährte Haftungsbeschränkung darf demgemäß nicht vom Nachweis weiterer Umstände abhängig

<sup>175</sup> Dies fordernd etwa Leipold, Beweislastverteilung als rechtspolitische Regelungsaufgabe (1979), S. 504; vgl. hierzu auch das wiederholt als erstrebenswert oben in diesem Teil unter E.III. 1. und 2. zugrundegelegte Wechselspiel zwischen materiellrechtlicher und beweisrechtlicher Regelung.

<sup>176</sup> Vgl. zur Gestaltung von Ausnahmetatbeständen Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 65ff. und zu BGH NJW 1975, 827, 829 Rn. 71, wo am Beispiel des § 226 BGB erläutert wird, wie als Ausnahmevoraussetzungen diejenigen Tatsachen zu beweisen sind, aus denen sich der Mißbrauch eines Rechts ergibt. Es sei hier nur daran erinnert, daß die vorgeschlagene Regel gerade nicht auf einen Mißbrauch abstellt.

<sup>177</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter D.II.1.

<sup>178</sup> Für eine mögliche Beweislastverteilung könnten beispielsweise zunächst die vom Anspruchsteller zu beweisenden Merkmale als Mindesttatbestand und diesen folgend weitere zur Beweislast des Anspruchsgegners stehende Merkmale angeführt werden. Beispielsweise könnte an den Hauptsatz ein Nebensatz angehängt werden, dessen Inhalt konditional untergeordnet wird. Dies könnte etwa durch die Formulierung, eine Wirkung trete ein, "*es sei denn, daß*" erreicht werden; eine solche Wendung würde auf eine zu beweisende Tatsache hinweisen, vgl. hierzu etwa Stein/Jonas/Leipold, ZPO (21. Aufl., 1997) § 286 Rn. 61; vgl. zur Formulierung von Beweislastverteilungen statt aller auch Prütting im MünchKomm zur ZPO (1992), § 286 Rn. 109ff. m.w.N.

<sup>179</sup> Das Beispiel wird hier aufgegriffen, weil es sich bei den in dieser Formulierung vorhandenen Tatbestandsmerkmalen (Interessen der abhängigen Gesellschaften und pflichtwidrig) um Parallelwertungen zu den hier diskutierten Merkmalen des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft und der Treupflicht handelt. Diese - in casu auf die Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane abhängiger Gesellschaften bezogene - Formulierung findet sich bei Albers-Schönberg, Haftungsverhältnisse im Konzern (1980), S. 198.

gemacht werden. Eine Regelung darf die Haftungsbeschränkung nicht davon abhängig machen, daß das herrschende Unternehmen den vollen Beweis dafür führen kann, daß *die Interessen der abhängigen Gesellschaft* (in der hier verwendeten Terminologie: das *Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft*) *in zumutbarem Maße pflichtgemäß wahrgenommen* (im hier verwendeten Sprachbrauch: entsprechend der Treupflicht gewahrt) worden sind.

Die Wertung, daß die hier erörterte Regelung Ausnahmecharakter besitzt, ist auch für die Beweislast einzuhalten. Somit darf eine Beweislastregelung nicht das umgekehrte Regel-Ausnahme-Verständnis ausdrücken. Für die Beweislastregel muß dabei ebenso wie für die Grundregel gelten, daß der verfolgte Ansatz nur dann sinnvoll ist, wenn er auch justitiabel ist. Diese Justitiabilität erscheint jedoch gegeben. Denn: bei der hier behandelten Haftungsproblematik machen die Einzelfallbezogenheit und die dargelegten Grenzen der Objektivierung deutlich, daß es bei dem hier vorgeschlagenen Ansatz nur um die Verfolgung äußerster Grenzfälle gehen kann.<sup>180</sup>

#### **bb. Beweiserbringungsschwierigkeiten, Anscheinsbeweis und Substantiierungslast**

Der BGH hat im qualifiziert faktischen Konzern keinen Anscheinsbeweis anerkannt, wonach ein herrschendes Unternehmen nach aller Lebenserfahrung stets die übergeordneten Interessen des Konzerns verfolge.<sup>181</sup> Dies entspricht der Grundwertung des dritten Buchs des AktG, wonach nicht jede Konzernierung Verantwortlichkeit bedeutet.<sup>182</sup> Ebenso wenig darf in einem Anscheinsbeweis von der Beeinträchtigung des Eigeninteresses oder vom Vorliegen einer Treupflichtverletzung ausgegangen werden. Von einer solchen Lebenserfahrung ist nicht auszugehen, da es sich vorliegend um einen Ausnahmetatbestand handelt.

#### **cc. Raum für die Umstände des Einzelfalls durch Gewichtung der Indizien**

Nach großen Schwierigkeiten mit dem Problem der Beweislastverteilung wurde beim qualifiziert faktischen Konzern mit dem TBB-Urteil eine auf Indizien aufbauende Einzelfalllösung erreicht, indem ein System des über Indizien zu führenden Anscheinsbeweises entwickelt wurde.<sup>183</sup> Damit wurde ein - zumindest vorläufiges - Ergebnis erreicht, welches die im Zuge der Rechtsprechungsentwicklung gemachten Erfahrungen

<sup>180</sup> Vgl. so Lutter, Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme (1998), S. 169 der damit Fälle meint, in denen ein unbeteiligter, aber nicht ganz unerfahrener Dritter sagen würde: Also so geht es nun wirklich nicht! Diese Ausnahme-Abgrenzung Lutters sei hier zur Verstärkung des Ausnahmecharakters aufgegriffen.

<sup>181</sup> Vgl. oben und statt aller etwa Kowalski, TBB - Rückkehr zu Autokran (1993), S. 258 m.w.N.

<sup>182</sup> Vgl. nur das oben in diesem Teil unter D.I.3. zur ursprünglichen Gesetzeskonzeption der strengen Erfolgshaftung des E § 284 RefE Gesagte.

<sup>183</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter C.V.5.f. und die problemspezifische Parallele ebenda unter E.III.2.b. sowie Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 147, 150ff., der konsequent und richtig meint, es sei vor allem auch Aufgabe der künftigen Rechtsprechung zur Konzernhaftung, einerseits tragfähige und praktikierbare Indizien herauszuarbeiten, die gleichzeitig ein Ausräumen des auf Indizien gestützten Anscheinsbeweises als Möglichkeit belassen.

und gewonnenen Erkenntnisse in einigen Kriterien zusammenfaßt, und eine Beurteilung konkreter Einzelfälle ermöglicht. Eine solche, sich sukzessiv herauschälende und abwägende Beweislastverteilung ist gerade für Haftungsfragen denn auch nichts Neues; generell sind so beispielsweise ausblickende Betrachtungen zur Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel so zusammengefaßt worden, daß *"für die Beweislastumkehr [...] starre Regeln nicht zu empfehlen [sind]. Vielmehr bedarf es der Konkretisierung und behutsamen Fortentwicklung der Haftungstatbestände."*<sup>184</sup>

Der hier erarbeitete, unmittelbar auf die gesetzgeberischen Wertungen zurückgreifende Ansatz ermöglicht zum einen die nötige Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles für das materielle Recht, eröffnet jedoch gleichzeitig die flexible Handhabung der Beweislastregelung durch Gewichtung der Indizien des Einzelfalles. Dies schafft die Voraussetzungen für die wertungsstimmige Entscheidung des Einzelfalles und ermöglicht auf Dauer die materiellrechtliche Weiterentwicklung der Haftungsregelung.

#### **IV. Verbindung der Wertungen zur Haftungsgeneralklausel: Die Treupflicht gegenüber dem Eigeninteresse**

##### **1. Zur Treupflicht als Generalklausel**

Die Treupflicht wird von der Literatur<sup>185</sup> und den Gerichten bereits im geltenden Recht als Generalklausel aufgefaßt, die fallweise zu konkretisieren sei.<sup>186</sup> Für diese Konkretisierung dieser Generalklausel seien Leitlinien zu entwickeln, die die Richtung für Einzelnormen vorzugeben hätten.<sup>187</sup> Daß diese fallweise Konkretisierung tastend zu geschehen hat, und daß es bisher weitgehend offengeblieben ist, wie Einzelentscheidungen zu begründen

<sup>184</sup> So seine Betrachtungen zusammenfassend etwa Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel (1976), S. 195.

<sup>185</sup> Vgl. hierzu insgesamt oben in diesem Teil unter E.II.; Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 72 und ders., AktG (5. Aufl. 2002), § 53a Rz. 15 sieht die Treupflicht bereits im geltenden Recht als Generalklausel an. Hüffer findet eine Ableitung für die Treupflicht in gesetzlichen Einzelnormen wie den §§ 242 und 705 BGB, den §§ 112f.HGB und §§ 53a, 243 Abs. 1 und 2 AktG; auch Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 52 sieht in der Treupflicht eine allgemeine gesellschaftsrechtliche Generalklausel, die *ergänzend neben die anderen im Gesetz oder Gesellschaftsvertrag speziell festgesetzten mitgliedschaftlichen Einzelpflichten* trete; Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 183 faßt seine Ausführungen in seiner einleitenden These dahingehend zusammen, daß die Treupflicht des Aktionärs eine ungeschriebene Generalklausel sei; Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 53, 397 meint, an Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 102 anknüpfend, es stünden immer wieder unvorhergesehene und im einzelnen vorher nicht festzulegende Sachverhalte zur Entscheidung an, daß weder das Verbandsstatut noch das Gesetz für die Vielzahl und Vielfältigkeit der im Verbandsleben auftretenden Konflikte konkrete Lösungen vorschreiben könnten und daß auf die Treupflicht als Generalklausel zurückgegriffen werden müsse, *um eine sachgerechte Abwägung und Lösung der Konflikte im Einzelfall* zu gewährleisten.

<sup>186</sup> Vgl. von den ehemaligen bzw. noch im Amt befindlichen Richtern des BGH ausdrücklich so Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung (1969), S.18; daß die Treupflicht bereits im geltenden Recht als richterrechtliche Generalklausel aufgefaßt wird, meint explizit etwa Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 499.

<sup>187</sup> Vgl. nur Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 60; vgl auch das oben im zweiten Teil unter D.II.4. zur konkretisierenden Auslegung von Generalklauseln Gesagte.



seien, ist der Idee einer Treupflichtsgeneralklausel bereits entgegengelassen worden.<sup>188</sup> Diese Kritik geht aber entsprechend dem oben Gesagten bereits deshalb fehl, weil sie auf idealistische Art davon ausgeht, daß der jeweils im Einzelfall zu konkretisierende Gehalt der Treupflicht abstrakt zu bestimmen sei. Diese Kritik übersieht insofern die entscheidende Bedeutung der Umstände des Einzelfalls.<sup>189</sup> Dementsprechend sind die elastischen Grundsätze der verbindlichen Treupflichten denn auch gerade in der Reformdiskussion zu Recht bereits als "*legislatorische Alternative*" bezeichnet worden, welche im Kern zwingend seien.<sup>190</sup>

Auch von einer Reduzierung der Rechtssicherheit<sup>191</sup> kann bei einem expliziten Rückgriff auf die Treupflicht im Gesetz denn auch keine Rede sein: der - weitgehend unkonkretisierten, da abstrakt unkonkretisierbaren<sup>192</sup> - Treupflicht kommt im geltenden Recht bereits de facto eine tragende Rolle zu. Daß auf offene Tatbestände gestützte Entscheidungen ein Weniger an Rechtssicherheit im Verhältnis zu einer gänzlich unkodifizierten Grundlage, welche dogmatisch auf Einzelbestimmungen aufgebaut wird, sein sollte, ist ein überzogen formalistischer Gedanke, der zurückzuweisen ist: Die vorgeschlagene Kodifizierung der Treupflicht würde die Rechtssicherheit somit methodenehrlich und im Sinne der Transparenz der Rechtsordnung<sup>193</sup> erhöhen. Ebenso wie der Gesetzgeber davon Abstand

<sup>188</sup> Vgl. nur Flume, Rechtsprechung zur Treupflicht (1995), S. 164. Bereits im geltenden Recht sieht beispielsweise Hennrichs, Treupflichten im Aktienrecht (1995), S. 233 - sich etwa gegenüber Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 71 abgrenzend - keinen Erkenntnisfortschritt in einer "*imaginären richterlichen Generalklausel*". Hennrich selbst plädiert aber - im Rahmen des § 242 BGB - ebenso für eine gesellschaftsrechtliche Treupflicht, die der Konkretisierung im Einzelfall bedarf, und welche vornehmlich durch die Gerichte zu geschehen hat.

<sup>189</sup> Vgl. dazu, daß die Konkretisierung am Einzelfall zu geschehen hat, allgemein oben im zweiten Teil unter D.II.4. und problemspezifisch für den hier vertretenen Ansatz nur das in diesem Teil unter E.I.3.c.bb. und E.II.5.a. Gesagte.

<sup>190</sup> Vgl. explizit so beispielsweise Kübler, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung (1994), S. 145.

<sup>191</sup> Vgl. hierzu die Gedanken im zweiten Teil unter C., D.II.2. bis 4. sowie D.III.4. Daß sich bei der Anwendung der Treupflicht in schwierig einzuordnenden Sachverhalten die unterschiedlichsten und schwer handhabbare Schwierigkeiten ergeben können, soll hier nicht übergangen werden. Jedoch genügt eine Betrachtung der vorinstanzlichen Entscheidungen zum Sachverhalt in BGH BGHZ 129, 136 (= WM 1995, 882ff., Girmes, 1995; Überblick etwa bei Jilg, Treuepflicht des Aktionärs (1996), S. 116ff, vgl. auch Timm, Treuepflichten im Aktienrecht (1991), passim), um zu sehen, daß im geltenden Recht zumindest die Untergerichte in Einzelfällen die ganze Bandbreite der rechtlich möglichen Ergebnisse auszuschöpfen vermögen. Der hier vorgeschlagene Regelungsansatz würde die Rechtssicherheit dementsprechend eindeutig erhöhen.

<sup>192</sup> Vgl. nur das oben in diesem Teil unter E.II.2. Gesagte.

<sup>193</sup> Vgl. hierzu nur die Kodifizierung des Gleichheitsgrundsatzes in 53a AtkG, die ja lediglich klarstellenden Charakter hatte und weil der Gleichbehandlungsgrundsatz 1978 - ebenso wie heute, 20 Jahre später die Treupflicht - als allgemeiner Grundsatz des Gesellschaftsrechts bereits anerkannt war; vgl. statt aller nur Hüffer, AktG (5. Aufl., 2002) § 53a Anm. 1ff. m.w.N., der gleichzeitig zu Recht betont, die gesetzliche Fixierung der einen Generalklausel dürfe nicht den Blick auf mitgliedschaftliche Treubindungen als Gegenstand der anderen Generalklausel und die zwischen ihnen bestehenden Zusammenhänge verstellen. Hüffer, aaO. Rn. 2 meint ferner, daß es nach dem inzwischen erreichten Erkenntnisstand überhaupt fraglich erscheint, ob dem Gleichbehandlungsgrundsatz neben der Treupflicht überhaupt noch selbständige Bedeutung zukommt, und daß der Gleichbehandlungsgrundsatz zumindest der Ergänzung durch die Treupflicht bedürfe. Hüffer, aaO. Rn. 14, stellt dabei aber zu Recht in Frage, ob das "*Verhältnis der Generalklauseln zueinander nicht besser umgekehrt verstanden*" werden sollte.

genommen hat, den Unternehmensbegriff<sup>194</sup> im Gesetz zu konkretisieren, erscheint es nicht möglich, den Versuch einer gesetzlichen Inhaltsbestimmung der Treupflicht vorzunehmen. Es ist richtiger, wie beim Unternehmensbegriff, der Treupflicht teleologisch im Sinne der wertungskonkretisierenden Normzweckbetrachtung im jeweiligen Anwendungsfall Gehalt zuzumessen. Abgrenzungsprobleme im Einzelfall können zwar das hohe Gut der Rechtssicherheit gefährden;<sup>195</sup> demgegenüber ist jedoch zu berücksichtigen, daß das System der Privatautonomie zwar in der Rechtssicherheit ruht und auf dieser aufbaut, letztlich aber von der Einzelfallgerechtigkeit lebt.<sup>196</sup>

### **a. Grundlegende Bedenken gegen die Treupflicht als Generalklausel ?**

Bei Überlegungen, die Treupflicht als Grundlage einer Generalklausel für Haftungsfragen im Recht der verbundenen Unternehmen anzuführen, ist die Frage zu stellen, ob ein solcher Weg regelungstechnisch überhaupt gangbar ist. Wie bereits gezeigt, steht gesetzlichen Regelung im Wege einer Generalklausel im deutschen Recht nichts im Wege;<sup>197</sup> für das Kapitalgesellschaftsrecht gilt dies ganz besonders: Nicht nur existieren in den Kapitalgesellschaftsgesetzen Generalklauseln. Hier sei nur auf die allgemeine Schadensersatzregelung bei Benutzung von Einfluß auf die Gesellschaft in § 117 AktG verwiesen, der Gesetzgeber hat sogar mit § 53a nachträglich eine Generalklausel in das Gesetz aufgenommen.<sup>198</sup> Daß Generalklauseln im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht nicht etwa zu scheuen sind, zeigt illustrativ auch die Regelung der Anfechtung in § 243 Abs. 1 AktG: Die herrschende Meinung subsumiert den Verstoß gegen Treubindungen unter die Tatbestandsalternative der Gesetzesverletzung, *weil eben* auch Generalklauseln dem Gesetzesbegriff des § 243 Abs. 1 genügen.<sup>199</sup> Schließlich sei daran erinnert, daß gerade das Ermessen bei der Ausübung von gesellschaftsrechtlichen

<sup>194</sup> Vgl. hierzu oben im zweiten Teil unter C.II.1.

<sup>195</sup> Vgl. hierzu oben im ersten Teil unter D.II.3.

<sup>196</sup> Bezogen auf Treupflichtbetrachtungen mit ähnlichem Ansatz bereits Binnewies, *Konzerneingangskontrolle* (1996), S. 423.

<sup>197</sup> Vgl. hierzu oben im zweiten Teil unter D., insbesondere D.III.4.

<sup>198</sup> Auf den materiellrechtlichen Gehalt des § 53a soll in dieser haftungsrechtlichen Arbeit nicht weiter eingegangen werden, da der Gleichbehandlungsgrundsatz sich auf das hier nicht weiter interessierende Verhältnis der Aktionäre untereinander bezieht. Bemerkenswert ist bei einer rechtsevolutionären Betrachtungsweise, daß die Regelung 1978 im Zuge der Europäisierung (Umsetzung des Art. 42 der Kapitalschutzrichtlinie) in das deutsche Recht aufgenommen wurde; vgl. zum Zusammenhang zwischen Europäisierung des Rechts und einer möglichen Tendenz zum Rückgriff auf eine Haftungsgeneralklausel das oben im zweiten Teil unter F.I. und II. Gesagte.

<sup>199</sup> Vgl. etwa Hüffer in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, *AktG* (1973ff.), § 243 Rnd. 14, der betont, daß der Rechtsschutz des Anfechtungsberechtigten andernfalls von der Regelungsdichte des Gesetzes abhängen und von der Rechtsfortbildung, die sich nach seinen Ausführungen notwendigerweise über Generalklauseln vollzieht, abgekoppelt würde; Hüffer folgend etwa Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (1988), S. 296; vgl. allgemein auch Hüffer, *Treupflicht als richterrechtliche Generalklausel* (1990), S. 59ff. und zum exemplarisch aufgeführten Anfechtungsproblem statt aller Zöllner in *Baumbach/Hueck, GmbHG* (17. Aufl., 2000), Anh. 47 Rn. 44ff.: Zöllner betont, daß eine scharfe Trennung zwischen Treubindung und Bindung an den Gesetzeszweck nicht mehr möglich sei, vielmehr sei die Bindung an den Gesetzeszweck als Teil der Treubindung zu verstehen; der Auffassung Zöllners folgt u.a. auch Winter, *Mitgliedschaftliche Treubindungen* (1988), S. 296.

Vertretungsbefugnissen und die Wahrnehmung der Geschäftsführung gesetzlich lediglich generalklauselartig geregelt sind.<sup>200</sup>

Somit bestehen keine grundlegenden regelungstechnischen Bedenken dagegen, die Treupflicht als Wertungsgrundlage einer Generalklausel zur Regelung offener Haftungsfragen im Recht der verbundenen Unternehmen heranzuziehen. Mehr noch: es besteht ein rechtsformübergreifender Bedarf nach einem lückenfüllenden Rechtsprinzip, und die gesellschaftsrechtliche Treupflicht ist nach dem Gesagten prädestiniert dafür, diese Lücke zu schließen.<sup>201</sup>

### **b. Zur Treupflicht als de facto bereits geltende Generalklausel**

Im Laufe der Zeit ist die Treupflicht in der Rechtsprechung zu einer richterlichen Generalklausel<sup>202</sup> herausgebildet worden,<sup>203</sup> die von Fall zu Fall der Konkretisierung bedarf.<sup>204</sup> Mehr noch: Die Treupflicht ist nicht nur bereits als Generalklausel im deutschen Recht vorhanden: Die Treupflicht gibt einerseits eine bestimmte Wertungsgrundlage an, läßt aber auf der Seite sowohl im Hinblick auf tatbestandsmäßige Voraussetzungen als auch Rechtsfolgen beim Vorliegen dieser eine offene Formulierung des Rechtssatzes zu.<sup>205</sup>

<sup>200</sup> So sind die im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht verlangte "*ordnungsgemäße Geschäftsführung*" (§§ 93 AktG, 43 GmbHG) bzw. "*ordnungsgemäße Aufsicht*" (§ 116 AktG) in Generalklauseln geregelt; dies rechtsvergleichend betonend bereits Lutter, Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften (1998), S. 210 mit Fn. 85 m.w.N.; vgl. zum unternehmerischen Ermessen bereits oben im zweiten Teil unter E.I.3.e.aa. zum Vorliegen einer Beeinträchtigung des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft Gesagte.

<sup>201</sup> Vgl. statt aller Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 397 m.z.w.N.

<sup>202</sup> Die Treupflicht als allgemeine gesellschaftsrechtliche Generalklausel stellen beispielsweise dar Hüffer, Treupflicht als Generalklausel (1990), S. 59ff. oder Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 52 m.w.N. und kritisch gegen eine Ausweitung ihres Anwendungsbereiches S. 62; vgl. insbesondere auch Immenga, Bindung durch Treuepflichten (1992), S. 198ff., der nach der Darlegung der bisher gefundenen Grundsätze der Bestimmung des Inhalts von Treuepflichten ausführt, daß Unschärfen sich nicht vermeiden lassen, und zu Recht betont, daß die Vielfältigkeit der Gestaltungen im Einzelfall sich nicht in abschließend konkretisierende Aussagen fassen läßt. Hier sei betont, daß der generalklauselartige Charakter der Treupflicht nicht etwa mit § 117 AktG zu vergleichen ist, es handelt sich um unterschiedliche systematische Ansätze, und aus der Treupflicht der Gesellschafter ergibt sich eine weit über den Inhalt von § 117 AktG hinausgehende Haftung, vgl. hierzu bereits früh etwa Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 278.

<sup>203</sup> Vgl. auch Jasper, Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 5.2. 1997 (Treuepflicht des Kommanditisten, = WiB 1997, 1188f.), S. 1189 m.w.N., der aus Praktikersicht von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als von einer auf Richterrecht beruhenden Generalklausel im Range von Gewohnheitsrecht spricht.

<sup>204</sup> So bereits Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung (1969), S. 18. Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 130 meint ebenso, daß sich der Inhalt von allgemeiner Förder- und Loyalitätspflicht allgemein sehr weitgehend umschreiben läßt, jedoch der Konkretisierung in jedem Einzelfall bedarf. Ders., Gefahren persönlicher Haftung (1994), S. 130 meint auch, daß dabei jeweils auf die konkrete Gesellschaft - in casu: GmbH - und den Eingriff gerade in ihre Interessen abzustellen ist, denn die "*Verletzung der Eigeninteressen der abhängigen GmbH ist immer eine Abweichung vom Normalfall.*" Vergleichsmaßstab kann dabei keine zu fingierende 'Normal-GmbH' sein, da es eine solche schlichtweg nicht gibt; es muß jeweils auf die ganz konkrete GmbH und gerade ihre Interessen ankommen; vgl. auch das oben in diesem Teil unter E.II.5. zur konkret vorzunehmenden Interessenabwägung Gesagte.

<sup>205</sup> So Wiedemann, Treuepflichten im Gesellschaftsrecht (1991), S. 949f., der aaO S. 950 von den drei Welten mitgliederschaftlicher, organschaftlicher und mehrheitsbezogener Treuepflicht spricht.

Zwar wird vertreten, daß die Treupflicht über keinen eigenständigen Aussagewert verfüge und daß ihre Grenzen und Konturen nicht ausreichend präzisiert und präzisierbar seien; wenn aber gleichzeitig angeführt wird, die gesellschaftsrechtliche Treupflicht sei ein Standard,<sup>206</sup> den die Rechtsprechung *extra legem* geschaffen habe, um zu Lösungen gesellschaftsbezogener Interessenkonflikte zu gelangen, die der Gesetzgeber im Rahmen der Regelung des Deliktsrechts bewußt verweigert hat, so übersieht dieser Einwand gleich mehrere Faktoren: Zwar mag die Treupflicht außerhalb des Wortlauts des Gesetzes anzusiedeln sein; die für die Treupflicht und die Treubindung grundlegenden Wertungen sind jedoch der gesetzlichen Ordnung immanent.<sup>207</sup>

Das Normgefüge auch des Kapitalgesellschaftsrechts greift ohne den Treupflichtansatz schlichtweg nicht ausreichend ineinander, um die sich in der Rechtswirklichkeit stellenden Probleme angemessen zu lösen. Eben deshalb hat der Bundesgerichtshof die Treupflicht denn auch wiederholt bemüht, wobei der BGH zu Recht in dem Maß zunehmend auf die Treupflicht zurückgreift, je weiter die in der Rechtswirklichkeit auftauchende Sachverhalte von den spezifisch normierten Tatbeständen entfernt sind.<sup>208</sup>

Wenn in der Literatur etwa vertreten wird, daß § 117 Abs. 7 Nr. 1 zwar heute als Spezialnorm der Treupflicht kodifiziert werden könnte, daß dies aber 1965 nicht der Fall war, weil die Treupflicht im Aktienrecht damals allgemein schlichtweg noch geleugnet wurde,<sup>209</sup> so kann einer solchen Argumentation, zumindest für die hier behandelte Haftungsproblematik im verbundenen Unternehmen, nicht gefolgt werden: Die Rückbindung an das Interesse der Gesellschaft - als Ausdruck der in der Korporation zusammenlaufenden Partikularinteressen<sup>210</sup> - ist bereits in der Konzeption sowohl des AktG als auch des GmbHG originär angelegt. Die sich im Laufe der Zeit herauskristallisierenden, die Entwicklungen der Rechtswirklichkeit auffangenden und heute als "Treupflicht" zusammengefaßten Rückbindungen mögen theoretisch noch nicht erfaßt gewesen sein. Gerade die Verdichtung und Zusammenfassung unterschiedlicher, sich jeweils aus der gesetzlichen Konzeption ergebende Bedürfnisse, zu der hier dargestellten Treupflicht ist aber als typisches Beispiel der *Rechtsfortbildung* zu verstehen: Es handelt sich bei der Treupflicht dabei um kein Gebilde der Theorie, welches durch Literatur und darauf aufbauende Urteile in das Kapitalgesellschaftsrecht hineingelangt ist. Bei der Treupflicht handelt es sich vielmehr um einen dem Kapitalgesellschaftsrecht

---

<sup>206</sup> So, gerade mit Hinblick auf die hier behandelte Fragestellung etwa Reimer, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung* (1995), S. 153f., der - auch entgegen dem geltenden Recht - den Treupflichtansatz insgesamt ablehnt. Als Standard versteht Reimer aaO. wohl nichts anderes als eben eine Generalklausel, vgl. hierzu oben im zweiten Teil unter D.II.

<sup>207</sup> Vgl. hierzu bereits oben in diesem Teil unter E.II.2., 5.a. und 6.

<sup>208</sup> Vgl. hierzu insgesamt oben in diesem Teil unter E.II.3 und für die Haftungsfrage etwa die Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern auf der Grundlage der Treupflicht ebenda unter C.V.3.ff.

<sup>209</sup> So etwa Jilg, *Treupflicht des Aktionärs* (1996), S. 94 mit Verweisung auf BGHZ 18, 350, 365.

<sup>210</sup> Vgl. hierzu das einleitend zur Problemstellung Gesagte in diesem Teil unter A.V., insbesondere 2.b.,c. und d.

immanenten Bestandteil. Lediglich die Ausformung der Treupflicht ist durch die Rechtsevolution bestimmt worden: Geltungsgrund und Erarbeitung haben sich entsprechend der Entwicklung des Rechtsverständnisses und der Rechtswirklichkeit geformt. Die mitgliedschaftliche Bindung als Grundlage und "ursächliche Notwendigkeit der Treupflicht" ist jedoch konzeptionsimmanent, weshalb die Treupflicht als Ausprägung der mitgliedschaftlichen Sonderverbindung vielerorts in den Kapitalgesellschaftsgesetzen Ausdruck gefunden hat.<sup>211</sup>

Die Treupflicht ist als einer der Begründungszusammenhänge anzusehen, die eine privatautonome Entfaltung ermöglichende gesetzliche Regelung motivieren und zusammenhalten - und es möglich machen, im gesetzlichen Rahmen die notwendige Rechtsfortbildung zu betreiben. Auch erscheint es gerade typisch für den Beginn einer Rechtsentwicklung, die zu den eigentlichen Begründungszusammenhängen noch nicht vorgestoßen ist,<sup>212</sup> oder gerade darin begriffen ist, zu ihnen vorzudringen, daß die für die Fortentwicklung des Rechts entscheidenden Ansatzpunkte in der gesetzlichen Regelung nicht explizit ausgedrückt worden sind. Dies kommt regelmässig daher, dass diese als immanente Voraussetzungen verstanden wurden oder weil man die als prozedynamische Konsequenz entstehenden Probleme oder gar Verwerfungen nicht zu überschauen oder zu entdecken vermochte.<sup>213</sup> Deshalb kann auch dem Einwand, daß man mit dem Treupflichtansatz zu Lösungen gelangt, die der Gesetzgeber im Rahmen der Regelung des Deliktsrechts bewußt verweigert hätte, nicht gefolgt werden: auch jene gesellschaftsbezogenen Interessenkonflikte, die der Gesetzgeber nicht erkannt hatte, bedürfen einer Lösung.<sup>214</sup> Dabei ist, wo keine explizite gesetzliche Regelung besteht, nach dem hier vertretenen Ansatz stärker auf den Sinn und Zweck des Normengefüges als auf seinen übrigen Gehalt abzustellen. Denn es muß versucht werden, die gesetzgeberischen Wertungen weitestgehend zu erhalten. Dementsprechend erscheint es entwicklungs dynamisch gesehen denn auch nur folgerichtig, wenn in der Diskussion bereits geäußert worden ist, die Treupflicht sei ein flexibles Instrument, mit dem man den Einzelfall besser beurteilen könne als etwa mit der Schaffung von Konzernkategorien.<sup>215</sup> Dieser materiellrechtlich geforderten Flexibilität des Treupflichtansatzes entspricht eben der regelungstechnische Ansatz einer Generalklausel,<sup>216</sup> weil bei der Anwendung dieser ebenfalls eine Interessen-

<sup>211</sup> Beispielsweise in den §§ 53a oder 117 AktG; vgl. zur Treupflicht als Bild für die nötige Rückbindung an die Konzeption der Kapitalgesellschaftsgesetze und zu den hinter dem Treupflichtansatz stehenden Erwägungen oben in diesem Teil unter E.II.2.a.

<sup>212</sup> Vgl. so Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 533.

<sup>213</sup> Es sei hier daran erinnert, daß sowohl die Aktiengesellschaft als auch die GmbH ursprünglich als autonome Gesellschaft konzipiert wurden.

<sup>214</sup> Wobei betont sei, daß der Treupflicht eben kein deliktsrechtlicher, sondern ein korporationsrechtlicher Ansatz zugrundeliegt, weshalb gar keine Rede davon sein kann, daß sich der Gesetzgeber dieser Lösung gesellschaftsbezogener Interessenkonflikte bewußt verweigert hat - vgl. weiterführend hierzu auch die der Darstellung zu § 117 AktG oben in diesem Teil unter D.I.2. zugrundeliegenden Gedanken.

<sup>215</sup> So Gäbelein auf dem Deutschen Juristentag 1992, Sitzungsbericht S. R. 131.

<sup>216</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter D.II.4.

und Wertungsabwägung notwendig ist und durch die Berücksichtigung einer Mehrzahl von konkreten Momenten eine pluralistische - und damit der Treupflicht entsprechende<sup>217</sup> - Beurteilung des Einzelfalls ermöglicht wird.

### **c. Wäre ein auf der Treupflicht aufbauender, offener Tatbestand als zentrale Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen denkbar?**

Auf die allgemeinen Einwände gegen offene Tatbestände, Rechtssicherheitserwägungen und die möglicherweise mit offenen Tatbeständen einhergehenden Gefahren ist hier nicht gesondert einzugehen.<sup>218</sup> Aus rechtssystematischen Erwägungen spricht nichts Entscheidendes gegen eine Generalklausel zur Regelung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen - mehr noch: es spricht einiges dafür.<sup>219</sup> Es bleibt zu fragen, wie ein offener Tatbestand mit der im deutschen Recht geltenden Regelung vereinbar ist, wenn der zentrale Anknüpfungspunkt dieses Tatbestands nicht näher definiert ist.

Ausgangspunkt dieser Betrachtungen muß sein, daß die Treupflicht<sup>220</sup> bereits im geltenden Recht Grundlage zahlreicher Entscheidungen ist.<sup>221</sup> So ist etwa vertreten worden, die Konzernhaftung nach der Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns baue auf der Treupflicht auf und nach dem TBB-Urteil des BGH<sup>222</sup> unterscheide sich diese Haftungsfigur von der Haftung wegen Treupflichtverletzung nur noch durch die weitere Voraussetzung eines herrschenden Unternehmens.<sup>223</sup> Dazu kommt, daß das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland überhaupt weitgehend ohne gesetzliche

<sup>217</sup> Vgl. nur oben in diesem Teil unter E.II.5.c.

<sup>218</sup> Vgl. hierzu allgemein im zweiten Teil unter D.II.3. Insbesondere steht die Rechtssicherheit einer Haftung kaum entgegen, denn es ist kaum nachzuvollziehen, warum bei einer Interessenabwägung der treuwidrig handelnde Gesellschafter aufgrund von Rechtssicherheitsbedenken eher seiner Verantwortung entgehen sollte als derjenige, der aufgrund des Treupflichtverstoßes Einbußen erleidet; diese Betrachtung findet sich im Ansatz ähnlich bei Marsch-Barner, Treupflichten und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtbündelung (1993), S. 191 im Bezug auf Schadensersatzpflichten; an Marsch-Barner angelehnt etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 96.

<sup>219</sup> Vgl. zur Tendenz hin zu offenen Tatbeständen, der nötigen Weiterentwicklung des Rechts auch für evolutionäre Rechtsgebiete und der Europäisierung als Gründe für eine Haftungsgeneralklausel im Recht der verbundenen Unternehmen im zweiten Teil unter F.I., II., III. und IV.

<sup>220</sup> Da das Eigeninteresse als Maßstab im Rahmen eines offenen Tatbestands nicht auf schwerwiegende Bedenken stoßen kann, wird hier die Frage nach der Eignung des Eigeninteresses als Tatbestand einer offenen Regelung nicht gestellt. Dabei sei daran erinnert, daß es sich beim Eigeninteresse lediglich um einen Haftungsmaßstab handelt (vgl. zu Einwänden hiergegen oben unter E.I.3.). Letztlich bezieht sich der hier vertretene Regelungsansatz damit nur auf unmittelbare Interessen - deren Aufdeckung eben dem Gericht obliegt.

<sup>221</sup> Vgl. oben unter E.II.3.b.

<sup>222</sup> Vgl. zu BGHZ 122, 123 (1993, TBB) oben im zweiten Teil unter C.V.5.e.

<sup>223</sup> Dazu kommen die unterschiedlichen Rechtsfolgen des Verlustausgleichs und der Außenhaftung analog § 303 AktG, vgl. so Kowalski, TBB - Rückkehr zu Autokran (1993), S. 258, näher zum letzteren etwa oben unter D.II.4. Ob es dieser Voraussetzung nach dem oben in diesem Teil unter E.II. Gesagten de lege ferenda überhaupt bedarf oder ob es für den hier vertretenen Ansatz nicht genügt beim Vorliegen des maßgeblichen Moments des beherrschenden Einflusses die dadurch gesteigerte Treupflicht zu berücksichtigen, vgl. hierzu oben in diesem Teil unter E.II.5.d. und E.II.6., soll hier nicht weiter untersucht werden, weil die gesetzgeberische Wertung des § 17 AktG de lege lata eindeutig ist.

Regelung auskommt.<sup>224</sup> Die §§ 15ff. AktG sind jedoch rechtsformneutral formuliert und gelten somit u.a. für alle Kapitalgesellschaften. Somit ist auch der - neben der Abhängigkeit - zentrale Begriff des Rechts der verbundenen Unternehmen, nämlich der Unternehmensbegriff, der de lege lata als Angelpunkt der Konzernhaftung bezeichnet worden ist,<sup>225</sup> für alle Rechtsfragen im Recht der verbundenen Unternehmen einschlägig - ohne daß dieser Unternehmensbegriff jedoch näher bestimmt wäre. Wie dargelegt wird bei der Anwendung des Unternehmensbegriffs an Normzweckbetrachtungen angeknüpft, wobei im Einzelfall auf die Existenz eines Interessenkonflikts, der bei einer wirtschaftlichen Interessenbindung eines Gesellschafters außerhalb der Gesellschaft besteht,<sup>226</sup> abzustellen ist.<sup>227</sup>

Ebenso wie beim Unternehmensbegriff ist auch bei Treupflichtbetrachtungen die Interessenbindung richtigerweise im Einzelfall zu untersuchen.<sup>228</sup> Diese Parallele des im Unternehmensbegriff beinhalteten Interessenkonflikts zu dem mit dem Rechtssatz von der Treupflicht umschriebenen Ansatz ist - zumindest für den hier zu untersuchenden Bereich der verbundenen Unternehmen - nicht zufällig: Sie gründet sich eben auf die Vielgestaltigkeit der verbundenen Unternehmen und der die Besonderheit der Problematik ausmachenden Interessen. So wurde denn auch früh betont, der Konzern sei "*etwas unbestimmt Schillerndes*"; für die Probleme werde es "*vergebene Mühe sein, eine allgemein verwertbare Definition herausarbeiten zu wollen*".<sup>229</sup> "*Die Wirklichkeit der Unternehmensverbindungen ist [...] außerordentlich vielgestaltig. [...] Die Rechtswissenschaft, aber auch der Gesetzgeber müssen sich deswegen hüten, derartige Phänomene in feste Begriff oder gar Regeln zu pressen. Die Regeln würden auf Dauer nicht halten...*".<sup>230</sup> Die Definition des Konzerns in § 18 AktG als Zweckbegriff - an den die Haftungsregeln in keiner Weise anknüpfen - sollte nicht verdecken, daß der Gesetzgeber den Unternehmensbegriff wohlweislich nicht definiert hat. Der Gesetzgeber hat sich damit, um die angesprochenen Gedanken entsprechend umzuformen, zu Recht eben nicht die *vergebliche* Mühe gemacht hat, nach einer allgemein verwertbaren Definition zu streben. Den entscheidenden Interessenkonflikt sollte man in eine Regelung aufnehmen - ihn *in* den Tatbestand implizieren, ohne zu versuchen, eine allgemeine Definition im Detail

<sup>224</sup> Es sei daran erinnert, daß das dritte Buch des AktG unmittelbar nur für die Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt und nur die Probleme in der Untergesellschaft aufgreift und wie dargelegt ist das umfangreiche deutsche GmbH-Konzernrecht im GmbH-Gesetz gar nicht gesetzlich geregelt; vgl. hierzu oben im zweiten Teil unter C.I.3. und V.

<sup>225</sup> So etwa K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 432; vgl. hierzu die ausführliche Darstellung oben in diesem Teil unter C.II.1.

<sup>226</sup> Vgl. zu BGHZ 69, 334, 337 (Veba/Gelsenberg, 1977) insgesamt oben in diesem Teil unter C.II.1.b.

<sup>227</sup> Vgl. zur Elastizität und der telologischen Auslegung des Unternehmensbegriffes die Ausführungen oben in diesem Teil unter C.II.1.a.

<sup>228</sup> Vgl. zu den der Treupflicht zugrundeliegenden Erwägungen die Ausführungen oben in diesem Teil unter E.II.2.a. und zur Interessenabwägung unter E.II.5.b.

<sup>229</sup> Diese Worte Hachenburgs sind hier zitiert nach Rittner, Konzernorganisation und Privatautonomie (1983), S. 310.

<sup>230</sup> Vgl. bereits Rittner, Konzernorganisation und Privatautonomie (1983), S. 310.

herauszuarbeiten. Dies ist im geltenden Recht der verbundenen Unternehmen durch die unterlassene Definition des Begriffs des herrschenden Unternehmens richtig geschehen. Ebenso wenig ist eine eigentliche Definition der - den Interessenkonflikt im Rahmen einer Abwägung zu bereinigen versuchenden - Treupflicht nötig oder ratsam.

Dementsprechend bedarf es keiner Definition der Treupflicht. Denn auch die Treupflicht ist eben ein Zweckbegriff - und als solcher als offener Tatbestand in eine Regelung aufzunehmen.<sup>231</sup> Der Einwand, die Treupflicht sei zu unbestimmt, als daß eine Rechtsfolge wie die Haftung daran anknüpfen könne, ist dabei bereits deshalb zurückzuweisen, weil dies im geltenden deutschen Recht bereits der Fall ist: wie gesagt ist die Treupflicht bereits im geltenden Recht die Grundlage der Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern.<sup>232</sup>

Somit könnte sich eine auf die Treupflicht gestützte Generalklausel auf einen ähnlichen Geltungsbereich erstrecken, wie ihn die Treupflicht im geltenden Recht innehat; als spezifische Regelung nur von Regelungen verdrängt, in denen der Gesetzgeber eine erschöpfende Bewertung und Abwägung der Interessen der Gesellschaft einerseits und der Gesellschafter andererseits vorgenommen hat.<sup>233</sup> Hiermit harmoniert die zu Recht

<sup>231</sup> Insofern ist rechtsvergleichend interessant, daß auch im US-amerikanischen Recht eine fiduziarische Bindung, die fiduciary duty ist ein Treupflicht-ähnlicher Ansatz, zunehmend an Beachtung gewonnen hat. Diese Tendenz ist als eine Reaktion auf die wachsende Liberalisierung des corporate law und des Deregulierungswettlaufs (race to the bottom, race for laxity) dargestellt worden; vgl. etwa Merkt, Wettbewerb der Gesetzgeber in Europa (1996), S. 553; der (S. 547ff.) diese Entwicklung bezogen auf die Europäisierung des Gesellschaftsrechts in einem Zug mit dem modernen legislatorischen Postulat einer "Legitimation durch Zweckmäßigkeit" verbindet, gleichzeitig (aaO. S. 556f.) jedoch richtig betont, daß im (kontinental-)europäischen Gesellschaftsrecht die Anteilseignerausrichtung des US-amerikanischen Gesellschaftsrecht traditionell einem mehrdimensionalen Ansatz zu weichen hat, welcher u.a. eben auch Gläubigerinteressen stärker schützt. Wenn etwa Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 397 meint, die gesellschaftsrechtliche Treupflicht verdanke ihre wachsende Bedeutung der Tatsache, daß der Normbedarf der Gesellschaftsrechtspraxis aufgrund der Vielgestaltigkeit und der damit verbundenen Unvorhersehbarkeit der Verhältnisse weder vom Gesetzgeber noch von den Parteien eines Gesellschaftsvertrages gedeckt werden kann, so ist daran zu erinnern, daß diese Vielgestaltigkeit sich auch auf eine Liberalisierung im Gesellschaftsrecht stützt. Zur Illustration sei daran erinnert, daß die strenge Haftungsnorm des E § 284 im Referentenentwurf des AktG aufgrund liberalen Drucks nicht seinen Weg ins AktG fand - die Gefahren der Konzerneinbindung wurden von dieser Seite geringer beurteilt als die Gefahren einer Behinderung derselben; vgl. statt aller darstellend etwa Dettling, Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG 1965 (197), S. 117 i.V.m. 224, 264ff.

<sup>232</sup> Vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.V.3. und 5. Daß auch andere Rechtsfolgen mit einschneidender Bedeutung an die Treupflicht geknüpft werden, illustriert anschaulich etwa BGHZ 129, 136, 158ff. (Girmes, 1995), einer Entscheidung, in der den Beklagten auf der Grundlage der Treupflicht Grenzen bei der Stimmrechtsausübung aufgezeigt wurden - wobei aufgrund der konkreten Situation keine eigentliche Stimmpflicht statuiert wurde, weil auch eine Stimmenthaltung treugemäß gewesen wäre; vgl. zu Stimmpflichten des Aktionärs statt aller etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl., 1997) § 20 IV; Henze, Treupflicht im Aktienrecht (1996), S. 493; darstellend etwa Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 88 m.w.N. Die Systemstimmigkeit einer solchen Treupflichtsregelung wird dadurch unterstrichen, daß Treupflichtverstöße bereits nach herrschender Lehre Schadensersatzansprüche auslösen, vgl. für die ganz herrschende Meinung etwa Lutter, Theorie der Mitgliedschaft (1980), S. 119, 128; K. Schmidt, aaO. § 20 IV 4; Th. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften (2. Aufl., 1991), § 12 Rz. 35; Hüffer, AktG (3. Aufl. 1997), § 53 Rz. 21; einschränkend noch etwa Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980) § 8.II.4. oder Zöllner im Kölner Kommentar zum Aktiengesetz § 243 Rz. 195.

<sup>233</sup> Ähnlich bereits Jilg, Treupflicht des Aktionärs (1996), S. 72. Für die hier vorliegende Arbeit heißt dies, daß eine Haftungsgeneralklausel auch neben einer tatbestandsreichen Regelung stehen könnte - und diese dort ergänzen, wo sich in letzterer Lücken aufäten. So könnte eine auf den Treupflicht-Ansatz zurückgreifende Regel etwa neben der Vertrags- und Eingliederungsregel des deutschen



vertretene These, ein konzernrechtlicher Präventivschutz müsse das aus der Treupflicht resultierende Schädigungsverbot in Abhängigkeitsverhältnissen vervollständigen - und ein solcher Schutz sei gerade aus der *Treupflicht gegenüber der Gesellschaft* abzuleiten.<sup>234</sup> Im geltenden deutschen Recht ist nach heutigem Erkenntnisstand eine Präventivwirkung der Treupflicht denn auch nicht zu leugnen.<sup>235</sup>

## **2. Verbindung der Wertungsgesichtspunkte Treupflicht und Eigeninteresse zur Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen**

Das Zusammenspiel der Wertungen Treupflicht (als Grundlage der Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses) und Eigeninteresse (als korrigierender Haftungsmaßstab für den durch die Abhängigkeit indizierten Interessenumbruch) ist bereits dargelegt worden.<sup>236</sup> Hier sollen die bisher gemachten Ausführungen nicht wiederholt werden; lediglich ist zu pointieren, daß die sich aus der Treubindung in Verbindung mit dem im verbundenen Unternehmen zu wahrenen Eigeninteresse eine Pflicht zur Wahrung dieses Eigeninteresses ergibt. Hierbei ergibt sich aus der Treubindung das Ausmaß der Verpflichtung zur Wahrung des Eigeninteresses und aus der Berücksichtigung des Eigeninteresses der hierbei anzulegende Maßstab für die Pflichtausübung im Einzelfall.

### **a. Zusammenspiel der Wertungen: Treupflicht und Eigeninteresse**

Ganz generell hängt es von der Interessenbewertung im Einzelfall ab, ob ein Treupflichtverstoß anzunehmen ist oder nicht.<sup>237</sup> Bereits im ITT-Urteil<sup>238</sup> drückt der BGH aus, daß die Treupflicht den institutionellen Rahmen bildet, innerhalb dessen sich die Wertungsgesichtspunkte der Konzernverantwortung entfalten.<sup>239</sup> Ergänzt man diese

Rechts stehen. Damit käme die deutsche Regelung für die Haftungsfrage der Komplementarität der Verantwortlichkeitsregelungen in der ursprünglichen Konzeption des Konzernrechts nahe, nur daß statt der tatsächlich allzu rigiden Haftungsregel in E § 284 des Referentenentwurfes eine nuanciertere und offene Regelung der Rechtswirklichkeit eher gerecht würde; vgl. vergleichend hierzu das oben in diesem Teil unter D.I.3. Gesagte.

<sup>234</sup> Zutreffend den Schutz des Gesellschaftsinteresses über die Treubindung zur Gesellschaft betonend etwa Binnewies, *Konzerneingangskontrolle* (1996), S. 55 mit Fn. 172 und passim m.z.w.N.

<sup>235</sup> Vgl. nur Binnewies, *Konzerneingangskontrolle* (1996), S. 55f. m.w.N., der zu Recht etwa die materielle Beschlußkontrolle anführt; vgl. bereits Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (1980), S. 431; Winter, *Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht* (1988), insbesondere S. 135f. Es sei noch angemerkt, daß der BGH soweit ersichtlich - den anzutreffenden Tendenzen in der Entwicklung des Gesellschaftsrecht zu Recht entsprechend - bislang für die materielle Beschlußkontrolle keinen eindeutigen dogmatischen Bezugspunkt geliefert hat; vgl. nur BGHZ 71, 40; BGHZ 80, 69; 83, 319; 120, 141 sowie BGH NJW 1994, 1410; BGHZ 129, 136 (Girmes, 1995). Daß gerade der Haftungsregelung im Recht der verbundenen Unternehmen eine gewisse Präventivwirkung zukommen sollte, illustriert beispielhaft der ursprüngliche Regelungsentwurf des E § 284; vgl. dazu oben in diesem Teil unter D.I.3.

<sup>236</sup> Vgl. nur oben in diesem Teil unter einleitend unter E.I., E.I.3.b., E.I.4., E.II.1., E.II.5.c. und c. sowie E.II.6.

<sup>237</sup> Vgl. nur K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3. Aufl., 1997), S. 593 und oben in diesem Teil unter E.II.5.

<sup>238</sup> So BGHZ 65, 15, 18f., vgl. hierzu oben in diesem Teil unter C.V.3.

<sup>239</sup> Dies für die hier behandelte Haftungsproblematik bereits aufgreifend Limmer, *Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns* (1992), S. 48, 51ff. mit Nachweisen der wissenschaftlichen Vorarbeiten.

Betrachtungen mit der herausgearbeiteten Wertung, daß für die Haftungsfrage die Wertungen des Rechts der verbundenen Unternehmen als Wahrung des Haftungsmaßstabes des Eigeninteresses ausgedrückt werden können, wenn gleichzeitig der dem spezifischen Ansatz zugrundeliegende Interessenumbruch als im Rahmen der bei der Konkretisierung der Treupflicht vorzunehmenden Interessenabwägung Berücksichtigung finden kann, so erhält man ein deutliches Ergebnis: Für die Haftungsfrage bildet die Treupflicht den institutionellen Rahmen, innerhalb dessen das Eigeninteresse einer abhängigen Kapitalgesellschaft zu wahren ist. Zumindest auf die hier behandelte Haftungsfrage bezogen handelt es sich hierbei um den rechtssystematischen Brennpunkt im Recht der verbundenen Unternehmen: Wie alle Privilegien mit Pflichten einhergehen, verlangt das Privileg der Haftungsbeschränkung im Recht der verbundenen Unternehmen die (treu-)pflichtgemäße Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft.

Im verbundenen Unternehmen ist dabei zwischen Entscheidungsmacht und Entscheidungsmaßstab zu differenzieren: Allein die Rücksichtnahme auf das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft kann den Handlungsmaßstab für unternehmerische Entscheidungen in der abhängigen Gesellschaft bilden.<sup>240</sup>

Dementsprechend ist im Zusammenspiel der Wertungen Treupflicht und Eigeninteresse das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft für die Beurteilung des Handelns bzw. Unterlassens heranzuziehen, an dem das aufgrund der Treupflicht geschuldete Verhalten zu messen ist.

### **b. Art des Zusammenspiels**

Ein Zusammenspiel unterschiedlicher Ansätze ist für die hier behandelte Problemstellung vom BGH in der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern gesehen worden. Aus Richtermund ist etwa vertreten worden, daß der durch ein Verhalten geschaffene Zustand den Haftungsgrund darstelle.<sup>241</sup> Als Zustand wird hierbei die Möglichkeit bezeichnet, die abhängige Gesellschaft zu einem Instrument des ihrem Eigeninteressen übergeordneten Fremdinteresses zu machen; das haftungsbegründende Verhalten ist das Gebrauchmachen von dieser Möglichkeit, von der das Gesetz ausgeht.<sup>242</sup>

Diese Auffassung des Zusammenspiels ist für den hier vertretenen Ansatz hervorzuheben, denn nichts anderes als eine entsprechende Kombination von verhaltensabhängigen und verhaltensunabhängigen Elementen liegt dem hier vertretenen Regelungsansatz zugrunde. Richtiger: das Anknüpfen eines mit einer verhaltensunabhängigen Gefährdung

<sup>240</sup> Vgl. - ausgeführt für Personengesellschaften - nur Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 41; Binnewies, Konzerneingangskontrolle (1996), S. 109 m.w.N.

<sup>241</sup> Vgl. hierzu - und zu den abweichenden und unterschiedlichen Ansätzen der Literatur, summarisch bereits oben in diesem Teil unter C.V.5.g.

<sup>242</sup> Vgl. so den BGH-Richter Stodolkowitz, Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1992), S. 1519.

verbundenen Zustands an ein vorgelagertes, dieses objektive Gefährdungspotential realisierende subjektive Verhalten.<sup>243</sup>

### **c. Insbesondere: Aufrechterhaltung der Wertungsgesichtspunkte bei abhängigen Einmann-Gesellschaften**

Inbesondere wenn man sich verdeutlicht, daß sowohl die Aktiengesellschaft als auch die GmbH, und verstärkt die Einmann-GmbH, ein Zweckgebilde im Rechtsverkehr darstellt, und daß die abhängige Einmann-GmbH ebensowenig wie eine andere Gesellschaft als beliebiger Spielball eines herrschenden Unternehmens behandelt werden darf, ohne daß ein adäquater Schutz Gläubigerinteressen gewährleistet ist, so wird die Notwendigkeit eines spezifischen Gläubigerschutzkonzeptes deutlich. Dementsprechend ist in der Literatur denn auch bereits gefordert worden, daß die notwendigen - eben das Eigeninteresse einer Gesellschaft abbildenden und mit diesem konvergierenden - Verhaltensregeln zur Konkretisierung der Treupflicht zu formulieren sind.<sup>244</sup>

Nach hier vertretener Auffassung kann für Haftungsfragen<sup>245</sup> das Nichtvorhandensein von Minderheitsgesellschaftern ebensowenig zur Einsicht dafür genommen werden, daß es keine Treupflicht gegenüber einer im hundertprozentigen Besitz eines herrschenden Unternehmens stehenden abhängigen Gesellschaft gibt,<sup>246</sup> wie dafür, daß der Haftungsmaßstab Eigeninteresse bei einer solchen versagt.<sup>247</sup> Denn: der Einwand beinhaltet, daß kein vom Einmann-Gesellschafterinteresse verschiedenes „Eigeninteresse“ der abhängigen Gesellschaft formuliert werden könne, übersieht dabei jedoch, daß erst dieses Eigeninteresse - verstanden als Haftungsmaßstab - und seine Wahrung die systemimmanente gedankliche Voraussetzung und Rechtfertigung für die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung im Rahmen des Zusammenspiels der das Haftungsprivileg rechtfertigenden Normen bilden.<sup>248</sup> Aus der Treubindung gegenüber der Gesellschaft - eben auch der Einmann-Gesellschaft - resultiert wiederum die Pflicht zur Wahrung dieses -

<sup>243</sup> Daß es sich hierbei nicht um etwas ganz Neues handelt zeigt der rechtsvergleichende Ausblick: Bei der Regelung des sec. 214 (wrongful trading) des englischen Company Acts wurde der objektive Tatbestand nicht definiert, jedoch durch eine Reihe von subjektiven Tatbestandsmerkmalen und Regeln der Beweislastumkehr ergänzt. Hierauf ist nicht näher einzugehen; vgl. zur Relevanz dieses Vergleichs für die hier behandelte Problematik nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 753ff., 771 m.w.N.

<sup>244</sup> So im Anschluß an Ulmer (vgl. etwa Ulmer, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1984), S. 391ff. oder dens., Gläubigerschutz im "qualifizierten" faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1579ff.) etwa Assmann, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 931 und Limmer, Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 60f.

<sup>245</sup> In der Literatur ist denn auch zurecht die Frage bereits gestellt worden, ob mit Hinblick auf Haftungsfragen gegenüber Gläubigern die unterschiedliche Behandlung einer beherrschten GmbH mit oder ohne Minderheitsgesellschafter sachlich gerechtfertigt ist; vgl. etwa mit Hinblick auf die Verlustübernahmepflicht eines herrschenden Unternehmens im qualifizierten faktischen Konzern Ulmer, Verlustübernahmepflicht als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz (1986), S. 123 m.w.N.

<sup>246</sup> Vgl. dazu das oben in diesem Teil unter E.II.4. Gesagte.

<sup>247</sup> Vgl. dazu das oben in diesem Teil unter E.I.6. Gesagte.

<sup>248</sup> Vgl. hierzu insgesamt oben in diesem Teil unter E.I.6.

der Gläubigerschutzkonzeption der gesetzlichen Regelung immanenten - Haftungsmaßstab des Eigeninteresses.<sup>249</sup>

Anders gesagt: eben weil die in der Gesetzeskonzeption - und damit bei der Privilegierung durch die Möglichkeit einer beschränkten Haftung - vorausgesetzte Eigenständigkeit zu wahren ist und um die in der Gesetzeskonzeption vorgesehene Rückbindung der Gesellschafter an Drittinteressen, insbesondere an die Gläubigerinteressen zu wahren, ist eine Treupflicht gegenüber der Gesellschaft als solcher am Haftungsmaßstab des Eigeninteresses auszurichten.

### **3. Raum für den Ausgleichsgedanken im Rahmen der Treupflicht**

Der gesetzlichen Wertung folgend kann vermutet werden, daß ein herrschendes Unternehmen jede konzernierte Gesellschaft dem Konzerninteresse unterordnen wird, wenn es hierbei Sanktionen nicht ernsthaft zu befürchten hat. Dementsprechend müssen treuwidrige Konzernleitungsmaßnahmen aufgedeckt und durch Ersatzleistungen des herrschenden Unternehmens ausgeglichen werden können.<sup>250</sup> Es ist dargelegt worden, daß aufgrund von Nachteilsausgleichszahlungen eines herrschenden Unternehmens nicht von der Treupflicht dispensiert werden kann.<sup>251</sup> Wenn aber ein herrschendes Unternehmen freiwillige Ausgleichsleistungen zur Wiederherstellung des vermögensmäßigen Eigeninteresses leistet – nur dieses ist nach den dargelegten Wertungen gesetzlich geschützt, so stellt sich die Frage, ob nach den dargelegten Wertungen im Recht der verbundenen Unternehmen überhaupt ein Treupflichtverstoß vorliegt, wenn denn Ausgleichszahlungen geleistet worden sind.

Nach dem Gesagten kann dies nicht angenommen werden: Wenn nicht die strenge Haftung des E § 284, sondern die auf unterschiedliche Weise den Ausgleichsgedanken umsetzenden §§ 302ff. bzw. 311ff. Gesetz wurden, so ist dem die gesetzgeberischen Wertung zu entnehmen, daß im verbundenen Unternehmen unter gewissen Voraussetzungen der Ausgleich möglich ist: Dem im deutschen Recht seit langem bekannten<sup>252</sup> Ausgleichsgedanken liegt das Entschädigungsprinzip zugrunde.<sup>253</sup> Wenn aber Ausgleichszahlungen geleistet werden und das Eigeninteresse somit gar nicht verletzt bzw. wieder hergestellt wird,<sup>254</sup> so greift das Entschädigungsprinzip erst gar nicht, weil keine Interessenverletzung besteht. Der Haftungsmaßstab des Eigeninteresses wird nicht tangiert,

<sup>249</sup> Vgl. zur Treupflicht gegenüber der Gesellschaft auch bei der Einmann-Gesellschaft insgesamt oben in diesem Teil unter E.II.4., insbesondere unter a. und e.

<sup>250</sup> Vgl. ähnlich etwa Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 63 unter Verweis auf BGH WM 1979, 937, 941f (Gervais)

<sup>251</sup> Anschaulich etwa Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen (1988), S. 114ff.

<sup>252</sup> Vgl. früh etwa RGZ 112, 18 (1925) und hierzu Geßler, Leitungsmacht (1974), S. 148.

<sup>253</sup> Vgl. etwa Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft (1977), S. 7.

<sup>254</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter E.I.3.e.

da der Schutzgegenstand des Haftungsmaßstabes schadlos bleibt.<sup>255</sup> Entsprechend dem oben zum Zusammenspiel der Wertungen Eigeninteresse und Treupflicht Gesagtem,<sup>256</sup> kommt es somit gar nicht zu einer haftungsbegründenden Verletzung der Treubindung, wenn aufgrund von Ausgleichszahlungen das Eigeninteresse nicht verletzt wurde.<sup>257</sup>

Nach dem Gesagten kommt es hierbei nicht auf die Rechtsform der abhängigen Gesellschaft an:<sup>258</sup> entscheidend ist die Wahrung des Eigeninteresses<sup>259</sup> und die Einhaltung der Treubindung.<sup>260</sup>

Somit ist deutlich geworden, daß der auf die Treupflicht gegenüber dem Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften aufbauende Schutzgedanke in der Fortentwicklung des Ausgleichsgedankens eine richtige und systemstimmige<sup>261</sup> Ergänzung findet.<sup>262</sup>

---

<sup>255</sup> Vgl. ähnlich die Erwägungen des Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 746f. beim Nachteilsausgleich im Anschluß an eine Konzern-Erklärung.

<sup>256</sup> Vgl. oben in diesem Teil unter E.IV.2.

<sup>257</sup> Soweit die relevanten Voraussetzungen eingehalten werden; vgl. hierzu insgesamt oben in diesem Teil unter E.I. und E.II. Daß das Einhalten dieser Voraussetzungen, vgl. hierzu auch das oben im ersten Teil unter B.III.2.b. zum Normzweck der Haftungsbeschränkung Gesagte, im Einzelfall auch und gerade bei der Ausgleichsbetrachtung entscheidend ist, wird ähnlich deutlich im Richtlinienentwurf zur Ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung des Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 712, 715, wo richtig darauf hingewiesen wird, daß die auftretende Unschärfe bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bei einer vernünftig zurückhaltenden Rechtsprechung, insofern darf auf den Ausnahmecharakter der Verantwortlichkeit hingewiesen werden, vgl. oben in diesem Teil unter D.II.1., im Vergleich zum geltenden Recht keine größere Rechtsunsicherheit mit sich bringen.

<sup>258</sup> Bereits Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 146f. stellt für die beherrschungsvertraglich konzernierte Kapitalgesellschaft fest, daß die Gläubigergefährdungen von der Rechtsform der beherrschungsvertraglich konzernierten Gesellschaft unabhängig sind, und kommt so zu einem von der Rechtsform der Gesellschaft unabhängigen Rechtssatz, der besagt, daß mit Abschluß eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages das herrschende Unternehmen zum Erhalt der bilanzmäßigen Substanz der abhängigen Gesellschaft verpflichtet sei.

<sup>259</sup> Wie dies oben in diesem Teil unter E.I. dargelegt wurde.

<sup>260</sup> Wie dies oben in diesem Teil unter E.II. dargelegt wurde. Es sei daran erinnert, daß die Rechtsform ebenso wie andere Momente für die Intensität der Treupflicht durchaus von Bedeutung sind, weil die Rechtsform sich auf die Intensität der aus der Mitgliedschaft resultierenden Sonderbeziehung auswirkt; vgl. hierzu oben in diesem Teil unter E.II.5.e.

<sup>261</sup> Vgl. hierzu auch das oben in diesem Teil unter D.II.4. zur Binnenhaftung Gesagte.

<sup>262</sup> Vgl. hierzu auch Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 747. Für das dort vorgeschlagene Modell, hierzu bereits oben in diesem Teil unter E.I.e.ee., angeführt wird, daß eine Muttergesellschaft, da sie eine bestehende, noch nicht fällige Ausgleichspflicht in ihrem eigenen Jahresabschluß passivieren muß, ein erhebliches Interesse daran hat, Verluste bei einer Tochtergesellschaft abzubauen, und deren Ertragskraft zu fördern. An dieser, aaO. für die Insolvenzeröffnung angestellten Betrachtung wird deutlich, wie die Ausgleichspflicht bereits im Vorfeld die Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Kapitalgesellschaft fördert und wie systemstimmig das Zusammenspiel des Ausgleichsgedankens und der hier aufgearbeiteten Wertungen ist.

### **Vierter Teil: Zusammenfassung und Regelungsvorschlag**

Diese Arbeit hat untersucht, welche Wertungen berücksichtigt und welcher Lösungsweg eingeschlagen werden sollte, um die auf das Vermögen einer Kapitalgesellschaft beschränkte Haftung systemstimmig in das Recht der verbundenen Unternehmen einzubetten.<sup>1</sup> Im Vorangegangenen sind im ersten Teil grundlegende Betrachtungen zur Haftung und zur Haftungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht angestellt worden, im zweiten Teil wurde die Bedeutung gesetzgeberischer Wertungen und die Möglichkeit der Aufnahme dieser Wertungen in eine konzernhaftungsrechtliche Generalklausel aufgezeigt, und im dritten, materiellrechtlichen Teil wurden das geltende Recht und die dem geltenden Recht der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen zugrundeliegenden Wertungen aufgezeigt. Da somit Regelungskonzept, Regelungsinhalt und Wertungsgrundlage aufgezeigt worden sind, sollen die gewonnenen Ergebnisse in diesem letzten Teil der Arbeit zusammengefaßt werden, um auf Grundlage dieser Ergebnisse zu einen Vorschlag für die weitere Entwicklung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen zu gelangen.

#### **A. Wesentliche Betrachtungen dieser Arbeit in Thesenform**

Zur Motivation des diese Arbeit abschließenden Regelungsvorschlags sind im folgenden die unterschiedlichen Ansätze dieser Arbeit sowie die angestellten Entwicklungs- betrachtungen und Ausgestaltungsgrundsätze zu kombinieren und in Thesen zusammen- zufassen. Dabei wird das Wechselspiel zwischen materiellrechtlichen und regelungstechnischen Erwägungen, von konzernspezifischen Wertungen und Betrachtungen zur Verwendung von Generalklauseln dadurch aufgegriffen, daß abwechselnd auf eher rechtstechnische Teilbetrachtungen wie Einzelfallgerechtigkeit und Beweislast und materiellrechtliche Aspekte wie der Treupflicht und Eigeninteresse fokussiert wird. Denn nur dadurch, daß ein regelungstechnischer Ansatz aufgezeigt *und* die diesen Ansatz ausfüllenden Wertungen in ihrem Wechselspiel dargestellt werden, kann deutlich werden, daß der "*deutsche Sonderweg*" im Recht der Konzernhaftung weniger aufgrund materiellrechtlicher Erkenntnisse eingeschlagen worden ist, sondern zumindest ebenso sehr aufgrund rechtstatsächlicher, historischer, steuerlicher, wie auch dogmatischer und methodischer Vorgaben.

Die in dieser Arbeit vorgeschlagene Regelungsmöglichkeit greift bewußt nur die im geltenden Recht zum Ausdruck kommenden Wertungen auf.<sup>2</sup> Dabei wird aufgezeigt, daß es im Rahmen der deutschen Rechtstradition und ohne Bruch mit der Rechtsentwicklung

<sup>1</sup> Die Frage, welche seiner Grundwertungen und welchen Lösungsweg der Gesetzgeber kodifizieren sollte, sollte in der Rechtswissenschaft und gerade in der gesellschafts- und unternehmensrechtlichen Diskussion immer wieder gestellt werden, hier ist sie übernommen von Hommelhoff, Rechtsfortbildung (1988), S. 492.

<sup>2</sup> Vgl. rechtsvergleichend und z.T. die Wertungen des deutschen Rechts sprengend etwa Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672ff. mit zahlreichen de lege ferenda aufzugreifenden Ideen.

möglich ist, die spezifischen Wertungen des deutschen Rechts in einer Generalklausel zusammenzufassen. Hintergrund dieses Vorschlages ist die These, dass eine tatbestandsarme Regelung im europäischen Umfeld eher Beachtung finden würde, als die außerhalb Deutschlands weitgehend mit Unverständnis betrachteten tatbestandsreichen Regelungen.

Dabei soll im folgenden versucht werden, regelungstechnische Betrachtungen mit den Besonderheiten des Haftungsrechts und des Rechts der verbundenen Unternehmen auf unterschiedliche, aber jeweils mit dem vorgeschlagenen Regelungsansatz übereinstimmende Weise ineinandergreifen zu lassen. Ziel des folgenden ist es somit nicht, die in den ersten drei Teilen gemachten Ausführungen noch einmal zusammenzufassen. Vielmehr sind die folgenden Betrachtungen der Versuch, die bisher angestellten Erwägungen dadurch plausibel werden zu lassen, daß das anzustrebende Wechselspiel zwischen Regelungsansatz und Regelungsinhalt sich erst sich aus der Verzahnung dieser Erwägungen ergibt.

### **I. Regelung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen**

- I.0.0. Die Problematik der verbundenen Unternehmen sprengt nach in Deutschland vorherrschender und vom Gesetzgeber in das Gesetz umgesetzter Auffassung den Rahmen des klassischen Zivil- und Gesellschaftsrechts. Diesem Ansatz liegt die Wertung zugrunde, daß sich im verbundenen Unternehmen für die abhängige Gesellschaft besondere Gefahren ergeben.<sup>3</sup>
- I.0.1. Nach einem zaghaften Anfang im AktG von 1937<sup>4</sup> ist die Regelung der Verantwortlichkeit im Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland im AktG von 1965 kodifiziert und darauf aufbauend von der Rechtsprechung Schritt für Schritt weiterentwickelt worden.
- I.0.2 Die Rechtsentwicklung geschieht dabei unter Rückgriff auf die gesetzgeberischen Wertungen. Dies illustriert beispielhaft die evolutionäre Entwicklung der Haftung im GmbH-Konzernrecht bei nicht isolierbaren Eingriffen aus dem - nicht konzernrechtlich angelegtem - ITT-Urteil<sup>5</sup> über den ebenfalls nicht verbundsspezifisch angelegten Fertighaus-Ansatz<sup>6</sup> zur Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Vgl. etwa die Einleitung oder die Darstellung im dritten Teil unter A.I.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu oben im ersten Teil unter E.III.

<sup>5</sup> BGHZ 65, 15 (ITT, 1975), vgl. hierzu oben im dritten Teil unter C.V.III.

<sup>6</sup> BGHZ 68, 312 (Fertighaus, 1977); vgl. hierzu die Ausführungen im dritten Teil unter C.V.4.

<sup>7</sup> Vgl. insgesamt oben im dritten Teil unter C.V.5.

## **1. Der Regelung zugrundeliegende Gedanken**

- I.1.1. Das deutsche Konzernrecht ist aus der Perspektive einer abhängigen Gesellschaft entwickelt worden.<sup>8</sup> Dem kodifizierten Recht der verbundenen Unternehmen liegt dabei die Auffassung des Gesetzgebers zugrunde, daß eine gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit die Interessenlage in einer Kapitalgesellschaft qualitativ verändert. Der für die Haftungsfrage relevante Gedanke ist dabei, daß die gesellschaftsrechtlich begründete Abhängigkeit den Interessengleichlauf der *in* der Gesellschaft vertretenen Interessen beendet und daß dies unter anderem das Gläubigerisiko im Vergleich zur autonom geführten Gesellschaft beträchtlich erhöht.<sup>9</sup>
- I.1.2. Das kodifizierte Recht der verbundenen Unternehmen regelt die Fragen bei abhängigen Aktiengesellschaften.<sup>10</sup> Das Gesetz geht dabei davon aus, daß die Möglichkeit zur Interessenwahrung in der abhängigen Gesellschaft eine rechtsqualitativ andere ist als in der nicht abhängigen Kapitalgesellschaft.<sup>11</sup>
- I.1.3. Die dabei als zentral angesehene Möglichkeit des Interessenumbruchs, d.h. das Auseinanderfallen des idealtypischen Gleichlaufs der in der Gesellschaft zusammenkommenden Interessen, ist im deutschen Recht rechtsformneutral im Unternehmensbegriff des § 16 AktG und im Konzept der Abhängigkeit nach § 17 AktG enthalten.<sup>12</sup>
- I.1.4. Auf dem Unternehmensbegriff nach § 16 und der Frage einer Abhängigkeit nach § 17 aufbauend, kennt das kodifizierte Recht eine dreistufige Lösung<sup>13</sup> der Frage des Interessenausgleichs zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Kapitalgesellschaft: Dies sind die Eingliederung, die durch Unternehmensverträge verbundenen Unternehmen und die faktischen Abhängigkeitsverhältnisse.

## **2. Verantwortlichkeit im Eingliederungskonzern**

- I.2.1. Die weitestgehende haftungsmäßige Relativierung der Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der abhängigen Gesellschaft im verbundenen

<sup>8</sup> Explizit findet sich diese Aussage etwa bei Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 39.

<sup>9</sup> Vgl. zu diesem Risiko das im dritten Teil unter A.III. Gesagte.

<sup>10</sup> Vgl. im Gegensatz zum Gesetzgeber die Ansätze der Rechtsprechung zur Regelung der Fragen in einer 'Obergesellschaft' in BGHZ 83, 122 (Holzmüller, 1982).

<sup>11</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen im dritten Teil unter C.II. 1. und 3. sowie A.V.I.

<sup>12</sup> Vgl. zum Interesse des verbundenen Unternehmens im dritten Teil unter A.V.2.d., zum Unternehmensbegriff ebenda unter C.II.1. a. und b. und zur Abhängigkeit unter C.II.3.

<sup>13</sup> Vgl. nur Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 357.



Unternehmen ist die Haftung der Konzernobergesellschaft für alle Verbindlichkeiten abhängiger Gesellschaften bei der Eingliederung.

- I.2.2. Für die Eingliederung besagt § 322 AktG, daß die Hauptgesellschaft von der Eingliederung an für die vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft den Gläubigern dieser Gesellschaft als Gesamtschuldner haftet. Dieselbe Haftung gilt für alle Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft, die erst nach der Eingliederung begründet werden.
- I.2.3. Die Eingliederung führt somit zum Verlustausgleich und zusätzlich zur Haftung für alle Schulden der abhängigen Gesellschaft. Durch diese Haftung werden im Eingliederungskonzern die Gläubigerinteressen gewahrt.

### **3. Verantwortlichkeit im Vertragskonzern**

- I.3.1. Die Regelung der Vertragskonzerne im deutschen Aktienrecht verdeutlicht anschaulich, daß das Ziel der deutschen Regelung das Wiederherstellen jenes Interessenausgleichs ist, der aufgrund des nicht gegebenen freien Spiels der Kräfte in einer abhängigen Gesellschaft ausbleibt.<sup>14</sup>
- I.3.2. Im Vertragskonzern trifft das herrschende Unternehmen nicht wie bei der Eingliederung eine Haftung für die Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft. Es besteht jedoch eine Pflicht zur jährlichen Verlustdeckung. Diese Verlustausgleichspflicht besteht nach § 302 AktG für jeden während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag.<sup>15</sup>
- I.3.3. Das Weisungsrecht nach § 308 AktG gegenüber der abhängigen Gesellschaft führt im Vertragskonzern zu einem Verlust der ansonsten durch § 76 AktG gewährleisteten Weisungsfreiheit des Vorstandes der abhängigen Aktiengesellschaft. Dies spiegelt bei divergierenden Interessen die veränderte Interessenausrichtung der abhängigen Aktiengesellschaft wieder. Ursache dieses Interessenumbruchs ist eine Interessenüberlagerung, die eine eigenständige Ausrichtung der abhängigen Gesellschaft verhindert.<sup>16</sup>
- I.3.4. Die Verlustausgleichspflicht im Vertragskonzern ist nicht in einzelnen, für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Weisungen begründet. Die Verlustausgleichspflicht im Vertragskonzern ist untrennbar mit dem

<sup>14</sup> Vgl. hierzu nur BGHZ 105, 324, 331 (Supermarkt, 1988) und im dritten Teil einleitend unter III.

<sup>15</sup> Vgl. zu diesem Zusammenhang im dritten Teil unter C.III.2.a.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter C.III.2.a.

Interessenumbruch in der abhängigen Gesellschaft verbunden<sup>17</sup> Der Verlustausgleich, der in der Regelung als Kompensation für die abstrakte Gefährdung der Gesellschaft angelegt ist, schützt dabei die abhängige Gesellschaft unmittelbar.<sup>18</sup>

1.3.5 Die Regelung der Verantwortlichkeit im Vertragskonzern wird dadurch ergänzt, daß es im Vertragskonzern zusätzlich – außerhalb der gesetzlichen Bestimmungen - eine Haftung wegen Mißbrauch von Leitungsmacht gibt. Der Gesetzgeber hat bewußt und ausdrücklich davon abgesehen, diese Verantwortlichkeit in einer Bestimmung auszudrücken.<sup>19</sup> Damit besteht bereits im geltenden Recht der verbundenen Unternehmen neben dem Gesetz eine nicht kodifizierte Haftung nach allgemeinen Grundsätzen.

I.3.6. Zur Figur des Vertragskonzerns ist noch zu betonen, daß die Praxis des Abschlusses von Unternehmensverträgen sich bereits vor dem AktG 1965 im Steuerrecht entwickelt hatte.<sup>20</sup> Auf diese in der Praxis bereits bestehende Rechtsfigur wurde bei der Schaffung des Rechts der verbundenen Unternehmen zurückgegriffen. Haftungsrechtlich ist dabei interessant, daß in der ursprünglichen Konzeption des kodifizierten Rechts der verbundenen Unternehmen die Verlustausgleichs- und die Kontrollregelung des Vertragskonzerns neben eine strenge Erfolgshaftung bei mangelndem Beherrschungsvertrag gestellt wurde.<sup>21</sup> Mit der Änderung im Gesetzgebungsprozess wurde für Unternehmensverbindungen, bei denen es nicht zur Bestandsicherung durch Verlustausgleich kommt, von einer strengen Erfolgshaftung abgesehen. Dadurch wurde einerseits richtig den Bedürfnissen der Wirklichkeit entsprochen. Gleichzeitig wurde jedoch im Gegenzug mit den 311ff. eine Haftungsregelung geschaffen, die beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens teilweise unabgerundet regelt.<sup>22</sup>

#### **4. Verantwortlichkeit beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages**

<sup>17</sup> Vgl. im dritten Teil unter C.III.2.a und ebenda unter d.aa. sowie bb.

<sup>18</sup> Vgl. im dritten Teil unter C.III.2.d.aa. und E.I.2.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu die BegRegE abgedruckt bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 405 und hierzu oben im dritten Teil unter C.III.2.d.bb.; vgl. zur allgemeinen Haftung wegen Rechtsformmißbrauchs ebenda unter B.II.5.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu insgesamt im dritten Teil unter C.III.2.b.

<sup>21</sup> Vgl. zu E §§ 284 und E 300 oben im dritten Teil unter D.I.3.

<sup>22</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter D.I.3.

- I.4.1. Im Gegensatz zu Eingliederungs- und Vertragskonzernen beinhaltet die Regelung der § 311ff. weder eine eigentliche Haftung noch eine Pflicht zur Verlustdeckung: Bei den sogenannten faktischen Konzernverhältnissen besteht lediglich eine Pflicht zur Kompensation von nachgewiesenen einzelnen Nachteilen der abhängigen Gesellschaft, die sich aufgrund von Maßnahmen des herrschenden Unternehmens ergeben haben: Die §§ 311ff. AktG besagen, daß ein Nachteil der abhängigen Gesellschaft, der auf Eingriffe des herrschenden Unternehmens beruht, vom herrschenden Unternehmen punktuell auszugleichen ist.
- I.4.2. Kommt es nicht zum Nachteilsausgleich, so ist nach § 317 AktG Schadensersatz zu leisten.<sup>23</sup> Diese Regelung verdeutlicht den Grundgedanken der Regelung: die §§ 311ff. sollen wirtschaftliche Benachteiligungen der abhängigen Gesellschaft kompensieren. Damit ist ein systemgerechter Abgleich der Interessen des herrschenden Unternehmens mit sämtlichen sich in der abhängigen Gesellschaft vereinigenden Interessen bezweckt.<sup>24</sup>
- I.4.3. Die §§ 311ff. sollen nach der Gesetzeskonzeption die Gestaltung von Unternehmensverbindungen dort erlauben, wo die Nachteile überschaubar bleiben.<sup>25</sup> Die diesem Ansatz zugrundeliegende Wertung ist, daß es nur zu einer punktuellen und deshalb einzelausgleichsfähigen Benachteiligung kommt. In der Gesetzeskonzeption der §§ 311 bleibt durch den Einzelausgleich somit das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft gewahrt, weil es nicht zu einem weitergehenden Interessenumbruch kommt.
- I.4.4. Die den §§ 311ff. zugrundeliegende Idee ist, daß die Autonomie der abhängigen Gesellschaft prinzipiell zu erhalten ist.<sup>26</sup> Die §§ 311ff. versuchen, Herrschaft und Autonomieanspruch zu versöhnen.<sup>27</sup>
- I.4.5. Diese Versöhnung von Herrschaft und Autonomieanspruch kann so ausgedrückt werden, daß das herrschende Unternehmen das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft zu wahren hat. Die Wahrung des Eigeninteresses einer abhängigen Gesellschaft ist dabei ein Maßstab

---

<sup>23</sup> Vgl. näher hierzu im dritten Teil unter C.IV.1. bis 3.

<sup>24</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.IV.1. sowie 3.a. und b.

<sup>25</sup> Regelungsziel ist somit das dezentral aufgebaute verbundene Unternehmen, vgl. im dritten Teil unter C.IV.3 und insgesamt hierzu einleitend zu C.IV.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter C.IV.1.

<sup>27</sup> Vgl. zu dieser schönen Formulierung von Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 250, die Ausführungen oben im dritten Teil unter C.IV.3.a.

des stattfindenden Abgleiches von Herrschaft und Gesellschaftsinteressen durch das herrschende Unternehmen.

### **5. Verantwortlichkeit bei qualifiziert faktischen Abhängigkeiten**

- I.5.1. Ob es zum Schadensersatz, zum Nachteilsausgleich, zum Verlustausgleich oder zur Haftung kommt, hängt von der Intensität der Beziehungen zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft ab. Die Intensität der Beziehung zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft spiegelt sich gesetzestypisch somit in der Art des Abhängigkeitsverhältnisses wieder.<sup>28</sup>
- I.5.2. Ausgangspunkt der besonderen Verantwortlichkeit bei der qualifiziert faktischen Abhängigkeit ist die Gefährdungslage einer abhängigen Gesellschaft, die aufgrund des entscheidenden Interessenumbruchs entsteht. Zu diesem Mangel eines gewissen Gleichlaufs der Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger kommt es,<sup>29</sup> weil die Gesellschaft nicht dem gesetzlichen Leitbild von einer autonomen Gesellschaft entspricht, die an einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit interessiert ist.<sup>30</sup>
- I.5.3. Der entscheidende Schritt zur Haftung bei den Fällen qualifizierter faktischer Abhängigkeit liegt vor, wenn das Eigeninteresse einer faktisch abhängigen Gesellschaft in einem durch kontrollierbare Einzelmaßnahmen nicht mehr beherrschbaren Ausmaß nachhaltig beeinträchtigt wird.<sup>31</sup>
- I.5.4. Der Haftungsgrundsatz im qualifiziert faktischen Konzern beruht auf einem wertenden Vergleich der Intensität der Einbindung der abhängigen Gesellschaft in das verbundenen Unternehmen mit der Vertragskonzernregelung. Es kommt zum Verlustausgleich, wenn ein herrschendes Unternehmen die Belange einer abhängigen Gesellschaft nachhaltig beeinträchtigt hat, ohne diese hierfür zu kompensieren.<sup>32</sup>
- I.5.5. Ausgangspunkt für den Verlustausgleich ist die Unterstellung einer abhängigen Gesellschaft unter die einheitliche Leitung eines herrschenden Unternehmens.<sup>33</sup> Der mit Abschluß des Beherrschungsvertrag vorliegende Abhängigkeitszustand bildet dabei sys-

<sup>28</sup> So bereits Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 274.

<sup>29</sup> BGHZ 95, 330, 334 (Autokran, 1985); vgl. hierzu im dritten Teil C.V.5.a.

<sup>30</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.V.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu und die in der Rechtsprechung herausgebildete Haftungsfigur des "qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns" im dritten Teil unter C.V.5.

<sup>32</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.V.5.g.

<sup>33</sup> Hierzu statt aller etwa Hommelhoff, Der Verlustausgleich (1987), S. 234.

temstimmig und bereits de lege lata lediglich den auslösenden Faktor für die besondere Verantwortlichkeit.<sup>34</sup> In einem qualifizierten Abhängigkeitsverhältnis, ob Vertragskonzern oder qualifizierter faktischer Konzern, kommt es nach der gesetzgeberischen Wertung deshalb zum Verlustausgleich, weil das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft nicht gewahrt wird.<sup>35</sup>

- I.5.6. Zentraler Haftungstatbestand im qualifiziert faktischen Konzern ist nach hier verwendetem Sprachgebrauch<sup>36</sup> also die Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen Gesellschaft. Das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft kann dabei als Haftungsmaßstab für die Beurteilung der Beeinträchtigung der abhängigen Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen dienen.<sup>37</sup>
- I.5.7. Die Haftungsfigur "qualifiziert faktischer Konzern" ist eine aufgrund der Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung in der Rechtsprechung entwickelte Formel für Ausnahme-Haftungskonstellationen. Diese Haftungsfigur soll die Regelung abrunden. Nicht die Begrifflichkeit des "qualifiziert faktischen Konzerns" ist jedoch entscheidend, sondern die Verantwortlichkeit aufgrund der unausgeglichenen bzw. unausgleichbaren Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft.<sup>38</sup>

## **II. Verdichtung der angestellten Betrachtungen zu Wertungen**

- II.0.1. In dieser Arbeit wird die Haftungsfrage in Bezug auf die einzelne, in ein verbundenes Unternehmen integrierte abhängige Kapitalgesellschaft dargestellt. Dies entspricht dem spezifischen Regelungsansatz des dritten Buches des AktG.
- II.0.2 Entsprechend diesem im kodifizierten Recht anzutreffenden Regelungsansatz sind die hervorgekommenen Wertungen darzulegen. Dabei sollte nicht übersehen werden, daß ein konzernspezifischer Regelungsansatz weltweit nur in Deutschland sowie in deutschrechtlich-inspirierten Ländern anzutreffen ist und daß es auch gegenwärtig in Deutschland Strömungen gibt, die der Richtigkeit des deutschen

<sup>34</sup> Vgl. nur K. Schmidt, Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis (1983), S. 517; ebenso Ulmer, Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (1986), S. 1584 m.w.N.

<sup>35</sup> Beim Vertragskonzern ist dies aufgrund des in § 308 AktG ausgedrückten Nachrang des Eigeninteresses der Fall, beim qualifizierten faktischen Konzern ist die Nichtbeachtung des Eigeninteresses eben der den Verlustausgleich auslösende Tatbestand, vgl. oben im dritten Teil unter C.V.5.g.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter A.V.2.e. und 4. und insgesamt E.I

<sup>37</sup> Vgl. im dritten Teil unter C.V.5.f. und zur Ausformung ebenda unter g.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu oben im dritten Teil unter D.II.5.

Lösungsansatzes und insbesondere einiger der im geltenden Recht anzutreffenden Lösungen kritisch gegenüberstehen.<sup>39</sup>

- II.0.3. Sowohl innerhalb als auch außerhalb Deutschlands bestehen Zweifel daran, ob der "Konzernkonflikt" einer spezifischen Regelung überhaupt bedarf. Da allgemein erst durch die Entdeckung der Regelungsbedürftigkeit Wertungsmöglichkeiten erkannt werden<sup>40</sup> und die Regelungsnotwendig- bzw. -möglichkeit außerhalb Deutschlands bisher weitgehend (zumindest noch) nicht erkannt worden ist, sollte zur Verdichtung der Wertungen auch bei einer Bejahung der Regelungsbedürftigkeit vorrangig für das Recht der verbundenen Unternehmen auf spezifische Wertungen aufgebaut werden.<sup>41</sup>
- II.0.4. Zielrichtung jeder Regelung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen muß - wie im Zivil- und Gesellschaftsrecht überhaupt - sein, einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen zu verwirklichen.<sup>42</sup> Dabei sind für die behandelte Haftungsfrage folgende Wertungen zugrunde zu legen:

### **1. Zur Haftung als Aspekt der Unternehmensregelung**

- II.1.1. Die gesetzlich ausdrücklich gewährte Möglichkeit unternehmerischer Tätigkeit bei begrenzter Haftung darf nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden.<sup>43</sup>
- II.1.2. Dies gilt auch für das Recht der verbundenen Unternehmen: Eine Grundwertung der Regelung des 3. Buches des AktG ist, daß das Trennungsprinzip auch bei der abhängigen Gesellschaft besteht.<sup>44</sup>
- II.1.3. Bei allen Erwägungen zur Haftungsfrage im polykorporativen Unternehmen muß berücksichtigt werden, daß der zentrale Grundsatz der Aufrechterhaltung der Haftungsbeschränkung nicht in Frage gestellt wird. Schlagwortartig: Herrschaft allein begründet keine Haftung.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Daß dies bereits bei einleitenden Betrachtungen in mente zu haben ist, zeigt illustrativ etwa die Einleitung bei Mülbart, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt (1995), S. 1f.

<sup>40</sup> Vgl. grundsätzlich etwa Esser, Vorverständnis (1970), S. 134.

<sup>41</sup> Dabei soll nicht verkannt werden, daß Inspirationen aus anderen Rechtsordnungen rechtsvergleichend gewonnen werden könnten; vgl. statt aller nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672ff. In der vorliegenden Arbeit ist auf vertiefende rechtsvergleichende Betrachtungen verzichtet worden, weil es für den hier vertretenen Regelungsansatz gerade auf die Wertungstimmigkeit zum *de lege lata bestehenden* Recht ankommt.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu das oben im zweiten Teil unter C.I.1. Gesagte.

<sup>43</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B.III.2.b.

<sup>44</sup> Vgl. nur oben im dritten Teil unter C.IV.3.c.

<sup>45</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.IV.2., A.V.2. und B.II.4

- II.1.4. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß die Abhängigkeit ein ganz wesentliches Element für die Interessenanalyse ist.<sup>46</sup> Denn bereits die Einbindung einer Kapitalgesellschaft in ein polykorporatives Unternehmen verändert das Wesen und die Funktion der Kapitalgesellschaft, weil sich durch den Interessenumbruch das Kräftespiel und der Abgleichungsprozess in der abhängigen Gesellschaft grundlegend wandeln.<sup>47</sup>
- II.1.5. Bei der im verbundenen Unternehmen stehenden Kapitalgesellschaft sprengt das Interesse des herrschenden Unternehmens den auf die Einzelgesellschaft abzielenden gesetzlichen Rahmen.<sup>48</sup> Es gibt bei der abhängigen Gesellschaft aufgrund des latenten Zielkonfliktes eine phänomenimmanente Interessendivergenz.
- II.1.6. Diese immanente Interessendivergenz ist zurecht als Gordischer Knoten bezeichnet worden.<sup>49</sup> Es kann einer Haftungsregelung nicht darum gehen, diesen Knoten zu leugnen oder ihm prohibitiv entgegenzuwirken, vielmehr ist eine diese Interessendivergenz erfassende Lösung anzustreben. Ursache dieses Interessenumbruchs ist die Überlagerung des Eigeninteresses - verstanden als Eigenständigkeitsinteresse - der abhängigen Gesellschaft durch ein dieses beeinträchtigendes Fremdinteresse.<sup>50</sup>
- II.1.7. Zu diesem entscheidenden Interessenumbruch *in* der abhängigen Gesellschaft kommt es, weil die freie Willensbildung in der abhängigen Gesellschaft durch ein Fremdinteresse verdrängt wird.<sup>51</sup> Dies ist das zentrale Problem im Recht der verbundenen Unternehmen, denn mit dem Interessenumbruch verschwindet der im Gesetz vorausgesetzte Interessenabgleich. Dadurch entfällt die mit diesem Interessenabgleich verbundene Richtigkeitsgewähr, welche der Haftungsbeschränkung zugrundeliegt.<sup>52</sup>
- II.1.8. Demgemäß stimmen bei der abhängigen Kapitalgesellschaft die gesetzliche Konzeption und das gesetzliche Funktionsschema nicht mehr mit den Gegebenheiten überein.<sup>53</sup>

---

<sup>46</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter E.I.4. und C.II.3. zur Abhängigkeit Gesagte.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu insgesamt die Problemdarlegung im dritten Teil unter A., insbesondere A.I. und A.V.

<sup>48</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.I. und zum über die einzelne Gesellschaft hinausgehende Interesse ebenda unter A.V.d. und E.I.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu und zum Ausdruck von Druey im dritten Teil unter A.I.

<sup>50</sup> Vgl. insgesamt die Ausführungen im dritten Teil unter A.V., insbesondere A.V.2.c.

<sup>51</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.II.2. und insgesamt ebenda unter V.

<sup>52</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.V.4.

<sup>53</sup> Vgl. zu dieser - hier gestrafften - Darstellung oben im dritten Teil unter A.V.2.c.

- II.1.9 Aufgrund der Einbindung der Kapitalgesellschaft in ein verbundenes Unternehmen bedarf es einer wertungsstimmigen Korrektur dieses Funktionsschemas, die den Funktionsbedürfnissen der Unternehmenspraxis gerecht wird.<sup>54</sup>
- II.1.10. Aus der Betrachtung der Regelung beim Vorliegen bzw. Fehlen eines Beherrschungsvertrages ergibt sich, daß es nach der Konzeption des AktG in jenen Fällen zum Verlustausgleich kommen muß, in denen ein Einzelausgleich nicht mehr möglich ist, um dadurch den Ausfall des Funktionsschemas zu korrigieren.<sup>55</sup>
- II.1.11. Hieran zeigt sich gleichzeitig eine zentrale Wertung des Rechts der verbundenen Unternehmen in Deutschland, nämlich, daß dem deutschen System unternehmerische und nicht zivilrechtliche<sup>56</sup> Wertungen zugrundeliegen. Dementsprechend ist die Grundwertung der deutschen Regelung auch der Schutz der Gesellschaft; hieraus - als Reflex - entspringt dann der Gläubigerschutz.<sup>57</sup>
- II.1.12. Somit ist es systemstimmig, dass die Rechtsprechung aus der Treupflicht - eben als Reflex - für das Recht der verbundenen Unternehmen einen spezifischen Gläubigerschutz weiterentwickelt hat.<sup>58</sup>

## **2. Haftung und Haftungsprivileg im Recht der verbundenen Unternehmen**

- II.2.1. Das dem Haftungsprivileg zugrundeliegende Trennungsprinzip<sup>59</sup> ist in der Gesetzeskonzeption an die Voraussetzung geknüpft, daß die juristische Person ein von den Interessen ihrer Träger zu unterscheidendes, eigens zu berücksichtigendes Interesse verfolgt.<sup>60</sup>
- II.2.2. Da die selbständige Interesseneinheit der Kapitalgesellschaft für die Zubilligung der Haftungsbeschränkung durch die Rechtsordnung ursächlich ist,<sup>61</sup> diese Interesseneinheit aufgrund des potentiellen

<sup>54</sup> So bereits Kübler, Haftungstrennung im Gläubigerschutz (1991), S. 424; in die gleiche Richtung gehend Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung (1992), S. 205. An jenen Stellen, an denen diese Verfasser eine Rechtsprechung verlangen, die sich von den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts leiten läßt (Kübler) und auch der Billigkeit entspricht (Lehmann), werden in dieser Arbeit die spezifischen, für das Recht der verbundenen Unternehmen charakteristischen Wertungen betont.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu etwa Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 137 sowie insgesamt das oben im dritten Teil unter C.III.3. Gesagte.

<sup>56</sup> Vgl. zu dieser Aussage Lutters oben im dritten Teil unter C.IV.3.a.; besonders zum Verhältnis von Nachteilsausgleich und Schadensersatz ebenda unter C.IV.3.b. und D.II.4.

<sup>57</sup> Vgl. im dritten Teil unter C.IV.3.a. und D.II.4.

<sup>58</sup> Vgl. zu BGHZ 65, 15 (ITT, 1975) oben im dritten Teil unter C.V.3 und gleich unten.

<sup>59</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.V.2.e.

<sup>60</sup> Vgl. hierzu im ersten Teil unter B.III.2.b. und zum "Autonomieverlust" die Ausführungen im dritten Teil unter A.V.4.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu im ersten Teil unter B.III.1 und 2.b. und C.II.4.



Fremdinteresses eines herrschenden Unternehmens jedoch für die im polykorporativen Unternehmen stehende Kapitalgesellschaft entfällt, muß die Rechtsordnung die Haftungsregelung so ausgestalten, daß die aus dem Interessenumbruch folgenden Implikationen ausgeglichen bzw. die Konsequenzen durchgesetzt werden.<sup>62</sup>

- II.2.3. Gleichzeitig darf eine besondere Haftungsregelung für verbundene Unternehmen nicht zu einer Erweiterung des allgemeinen Gläubigerschutzes führen.<sup>63</sup>
- II.2.4 Die Regelung der Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen muß die abwägende Sonderung zwischen rechtmäßiger Haftungssegmentierung bei angemessener Risikoverteilung und dem letztlich nicht engültig zu präzisierendem Verbot der Risikoabwälzung eröffnen.<sup>64</sup>
- II.2.5. Zur Aufrechterhaltung der Haftungsbeschränkung muß es, kann es aber auch nur dann kommen, wenn die dafür notwendigen Bedingungen und Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>65</sup> Zu diesen Voraussetzungen zählt der weitgehende Interessengleichlauf bzw. der Abgleich der unterschiedlichen Interessen, der nach dem Gesagten eine Voraussetzung für die Gewährung des Haftungsprivilegs im Kapitalgesellschaftsrecht ist.
- II.2.6. Der bei der Gewährung des Haftungsprivilegs vorausgesetzte Interessenausgleich kann dadurch gewahrt und die in diesem Interessenausgleich liegende und die beschränkte Haftung rechtfertigende Richtigkeitsgewähr kann dadurch wieder hergestellt werden, daß ein herrschendes Unternehmen seiner Verantwortlichkeit dadurch gerecht wird, daß der abhängigen Gesellschaft ein Ausgleich für zugefügte Nachteile zufließt. Diesem Ausgleichsgedanken liegt die Wertung zugrunde, daß durch die Ausgleichszahlung das vermögensmäßige Eigeninteresse der abhängigen Kapitalgesellschaft wieder hergestellt wird.<sup>66</sup> Dies reicht zum Schutz der Gläubigerinteressen aus, wenn der Bestand der Gesellschaft gesichert wird.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Vgl. hierzu die Betrachtungen zur Entwicklung zum geltenden deutschen Recht im dritten Teil unter C.1 und zur Abhängigkeit unter C.II.3.; vgl. zu Problematik auch ebenda unter A.IV.2.c.

<sup>63</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.III. und C.1.

<sup>64</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.III. und zur Interessenabwägung unter E.II.5.c.

<sup>65</sup> Vgl. zur Bedeutung dieser an sich selbstverständlichen Betrachtung die Ausführungen oben im dritten Teil unter A.II.2.

<sup>66</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.III.3. und C.IV.3.

<sup>67</sup> Vgl. zur näheren Spezifizierung dieser Betrachtung im dritten Teil unter E.I.1. und 2.

- II.2.7. Es ist dabei die Grundwertung des deutschen Gesetzgebers gewesen, daß grundsätzlich für jede einzelne nachteilige Maßnahme ein Einzelausgleich zu leisten ist.<sup>68</sup> Das System des Einzelausgleich - der punktuelle Ausgleich bei sonstiger Aufrechterhaltung des Trennungsprinzips und der Haftungssegmentierung im verbundenen Unternehmen - findet jedoch dort seine Grenzen, wo ein Einzelausgleich nicht möglich ist:<sup>69</sup> wo eine Ausrichtung der abhängigen Gesellschaft auf ein übergeordnetes Interesse und nicht auf ihre eigenen Belange erfolgt, besteht die Verantwortlichkeit gegenüber der abhängigen Gesellschaft darin, daß es zu einer Ausgleichspflicht für die Verluste der abhängigen Gesellschaft kommt, die während der Zeit, in der deren Eigeninteresse sich nicht herauskristallisieren kann, eintreten.<sup>70</sup>
- II.2.8. Hieraus folgt die weitere gesetzliche Wertung, daß wenn Nachteile der abhängigen Kapitalgesellschaft vom herrschenden Unternehmen ausgeglichen werden, das vermögensmäßige Eigeninteresse dieser somit wieder hergestellt wird, das herrschende Unternehmen grundsätzlich keine weitere Verantwortung trifft.<sup>71</sup>
- II.2.9. Hieran wird erneut deutlich, daß die deutsche Regelung wertungsmäßig eben in unternehmerischen und nicht zivilrechtlichen Kategorien denkt.<sup>72</sup>
- II.2.10. Bezogen auf das Eigeninteresse als Haftungsmaßstab ist die Regelung der Verantwortlichkeit somit zweistufig: Wo es möglich ist, von einer punktuellen Interessenverdrängung auszugehen und die entstandenen Nachteile konkret auszugleichen, wird das Eigeninteresse als Maßstab der Verantwortlichkeit durch einen punktuellen Nachteilsausgleich gewahrt. Wo ein solcher Einzelausgleich nicht möglich ist, hat die abhängige Gesellschaft einen Anspruch auf (Global-)Verlustausgleich, dabei wird das Eigeninteresse als Maßstab der Verantwortlichkeit der abhängigen Gesellschaft als deren Bestandsinteresse gewahrt.

### **3. Materielle Durchbrechung der Haftungsbeschränkung**

- II.3.1 Die Rechtsordnung gewährt zwar grundsätzlich die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der Kapitalgesellschaft; in einigen

<sup>68</sup> Vgl. die Darstellung im dritten Teil unter C.IV.

<sup>69</sup> Vgl. im dritten Teil unter C.IV.4.

<sup>70</sup> Vgl. im dritten Teil unter C. für den Vertragskonzern III.d.bb. und für die qualifizierten faktischen Abhängigkeitsverhältnisse unter V.5.d. und g.

<sup>71</sup> Vgl. insgesamt die Ausführungen im dritten Teil unter C.IV. sowie E.I.4. und 5.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter C.IV.3.a.

- Fällen kommt es jedoch gleichwohl zu einer Verantwortlichkeit der Gesellschafter - einer Haftung trotz Haftungsprivileg.<sup>73</sup>
- II.3.2 Dabei ist zu unterscheiden zwischen der allgemeinen zivilrechtlichen Haftung einerseits, z.B. aufgrund von Patronatserklärungen, zu der es *neben* der Haftungsbeschränkung kommt, und der Haftung *trotz* Haftungsprivileg - Stichwort Durchgriff- andererseits.<sup>74</sup> Eine Haftung trotz bestehenden Haftungsprivilegs bedeutet die Versagung der Berufung auf die beschränkte Haftung. Eine solche Haftung wird für unterschiedliche Fallgruppen diskutiert.<sup>75</sup>
- II.3.3. Bei Betrachtungen, die zu einer Verantwortlichkeit trotz Haftungsprivileg führen, wird heute weitgehend an Normzweckbetrachtungen angeknüpft: Die bei jeder Relativierung der Haftungsbeschränkung zugrundezulegenden Wertungen sind nur im Lichte der die Haftungsbeschränkung überhaupt erst ermöglichenden Gesamtregelung zu betrachten. Entscheidend ist dabei eine einzelfall- und normzweckbezogene Abwägung.<sup>76</sup>
- II.3.4. Es kann keine *Einheitsformel* für alle jene Fälle geben, in denen es zur Haftung trotz Haftungsbeschränkung kommt. Statt einer - von vornherein als aussichts- und ergebnislos einzustufenden - Suche nach einem einheitlichen Tatbestand sind Normzweckbetrachtungen anzustellen; denn lediglich das Normanwendungs-Konzept vermag den Wertungshintergründen einer Regelung gerecht zu werden.<sup>77</sup>
- II.3.5 Bei der Verantwortlichkeit trotz bestehenden Haftungsprivilegs ist dabei zwischen gruppenspezifischen - der besonderen Durchbrechung des Haftungsprivilegs für das Recht der verbundenen Unternehmen - und der allgemeinen - gruppenunspezifischen - Verantwortlichkeit zu sondern.<sup>78</sup>
- II.3.6. Außerdem ist bei Haftungsbetrachtungen stets zu beachten, daß jede Haftung trotz bestehenden Haftungsprivilegs - die Durchbrechung der Haftungsbeschränkung - als Abweichung vom Grundsatz stets Ausnahmecharakter haben muß.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> Vgl. hierzu die einleitenden Ausführungen im erstem Teil unter B.III. und IV. sowie und C.II.

<sup>74</sup> Vgl. im ersten Teil unter C.II. sowie im dritten Teil unter D.II.1.

<sup>75</sup> Vgl. im ersten Teil unter C.II.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu ausführlich oben im ersten Teil unter A.IV.2.c.

<sup>77</sup> Vgl. im ersten Teil unter C.II.6. Es sei angemerkt, daß in dieser Arbeit keine Stellungnahme zur Diskussion um den Haftungsdurchgriff abgegeben werden soll. Eher sollten - um es schlagwortartig auszudrücken - für das Recht der verbundenen Unternehmen Ansätze für eine dem Normzweck entsprechende Lehre vom Wegfall der Grundlage der Haftungsbeschränkung aufgezeigt werden.

<sup>78</sup> Vgl. hierzu das im ersten Teil unter C. einleitend Gesagte.

<sup>79</sup> Vgl. zum Ausnahmecharakter die Betrachtungen im dritten Teil unter D.II.1. und zur allgemeinen, restriktiven Anwendung von Ausnahmeregelungen auch im Haftungsrecht etwa die Betrachtungen

- II.3.7. Und: Es darf zu keiner strengen Haftungsregelung für faktische Abhängigkeitsverhältnisse kommen. Diese Wertung des Gesetzgebers ergibt sich eindeutig aus der Verwerfung des E § 284 im Verlaufe des Gesetzgebungsprozesses des AktG 1965. Eine strenge Erfolgshaftung wurde eben als zu weitgehend und nicht mit den geltenden Haftungsgrundsätzen übereinstimmend verworfen.<sup>80</sup> Es war die eindeutige Wertung des Gesetzgebers, diese 'drakonische' Haftungsregelung durch einen Schadensersatz zu ersetzen, der zu leisten ist, wenn eine Benachteiligung nicht ausgeglichen wird.
- II.3.8. Nach dem Gesagten kann es zur Haftung eines herrschenden Unternehmens für die Verpflichtungen einer von ihm abhängigen Gesellschaft somit nur in Ausnahmefällen kommen, und nur, wenn dies sich im Einzelfall aus dem Normzweck und den gesetzgeberischen Grundwertungen ergibt.
- II.3.9. Da der hier vorgeschlagene Regelungsansatz aus dem normativen Zusammenhang der Haftungsregelungen des Rechts der verbundenen Unternehmen zu gewinnen ist, sollte der Regelungsvorschlag dabei ein auf den Normzweck ausgerichteter offener Tatbestand sein.

#### **4. Treupflicht als Wertungsgrundlage der Verantwortlichkeit**

- II.4.1. Da das GmbH-Konzernrecht in Deutschland nicht kodifiziert ist<sup>81</sup> und das Aktienkonzernrecht aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen AG und GmbH nicht einfach auf die GmbH angewendet werden kann, beispielsweise ist das Ausgleichssystem der § 311ff. auf die abhängige GmbH aufgrund der Unterschiede zwischen den Gesellschaftsformen nicht übertragbar,<sup>82</sup> wurde in der Rechtsprechung ein GmbH-Konzernrecht herausgebildet.<sup>83</sup> Das GmbH-Konzernhaftungsrecht baut dabei auf der Treupflicht auf. Die Treupflicht wird durch Grundsätze und Schranken ausgefüllt.<sup>84</sup>
- II.4.2. Bei der in der vorliegenden Arbeit interessierenden Haftungsfrage kann es dabei nicht auf die zwischen den Gesellschaftern herrschende Treupflicht ankommen, vielmehr ist für die Haftungsfrage die Treupflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft als solcher entscheidend.

---

zum Ausnahmecharakter der Gefährdungshaftung gegenüber der Verschuldenshaftung im geltenden Recht oben im ersten Teil unter A.II.ff.

<sup>80</sup> Vgl. im dritten Teil unter D.I.3.

<sup>81</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.I.3.

<sup>82</sup> Vgl. hierzu oben im dritten Teil unter C.V.1.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu oben im dritten Teil unter C.V.2.

<sup>84</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.V.3. sowie unter E.II.

- II.4.3. Die für die Haftungsfrage interessierende Treupflicht gegenüber der Kapitalgesellschaft wohnt jeder Mitgliedschaft inne<sup>85</sup> und ist unabdingbar.<sup>86</sup> Dabei wächst die Treupflicht allgemein mit dem Einfluß eines Gesellschafters auf seine Gesellschaft.<sup>87</sup> Dies führt zu einer gesteigerten Intensität der Treupflicht bei Abhängigkeitsverhältnissen.<sup>88</sup>
- II.4.4. Die Treupflicht wird durch Grundsätze und Schranken ausgefüllt, wobei die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft letztlich eine Abwägung der Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaft beinhaltet.<sup>89</sup>
- II.4.5. Die Treupflicht hat bereits im geltenden deutschen Recht den Charakter einer Generalklausel, die im Einzelfall zu konkretisieren ist.<sup>90</sup> Denn nur im Einzelfall läßt sich der Gehalt der Treupflicht letztlich bestimmen.
- II.4.6. Die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ist bei nicht systemgerechten Eingriffen in die Interessensphäre der abhängigen Gesellschaft entscheidend, im verbundenen Unternehmen ist die Erfüllung dieser Treupflicht aufgrund des sich aus der Abhängigkeit ergebenden Interessenumbruchs eine Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Haftungsprivilegs.<sup>91</sup>
- II.4.7. Insofern ist bemerkenswert, daß die kodifizierte Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens für die abhängige Gesellschaft als solche bereits früh als eine besondere institutionalisierte Loyalitätspflicht des herrschenden Unternehmens eingeschätzt wurde.<sup>92</sup>
- II.4.8. Die aus der Mitgliedschaft fließende unabdingbare Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ist die systemimmanente und wertungsstimmige Grundlage der Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens.<sup>93</sup>

## **5. Eigeninteresse als Wertungsmaßstab der Verantwortlichkeit**

- II.5.1. Die Wahrung des Eigeninteresses der Kapitalgesellschaft stand schon in der Weimarer Zeit im Mittelpunkt zahlreicher Erwägungen zum Kapitalgesellschaftsrecht.<sup>94</sup> Auf die Frage der abstrakten Existenz eines

<sup>85</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter E.II.2.c.dd.

<sup>86</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter E.II.4.d.

<sup>87</sup> Vgl. das oben im dritten Teil unter E.II.2. und E.II.5.d. Gesagte.

<sup>88</sup> Auf eine nähere Bestimmung der Treupflicht wird hier verzichtet - ihr Gehalt ist nicht abstrakt, sondern jeweils konkret zu bestimmen; vgl. im dritten Teil unter E.II.5.a.

<sup>89</sup> Vgl. oben im dritten Teil zu BGHZ 65, 15 (ITT, 1975) unter C.V.3. und insgesamt unter E.II.5.c.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter E.IV.1.b.

<sup>91</sup> Vgl. ausführlich oben im dritten Teil unter D.II.3.

<sup>92</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 350.

<sup>93</sup> Vgl. insgesamt die Darstellung im dritten Teil unter E.II. und IV.

<sup>94</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Teil unter A.V.2.a., vgl. auch im zweiten Teil unter E.II. und III.

Eigeninteresses einer Gesellschaft oder einer abstrakten Definition eines solchen Eigeninteresses soll hier verzichtet werden.<sup>95</sup>

- II.5.2 Das Eigeninteresse - verstanden als Eigenständigkeitsinteresse - einer nicht abhängigen Gesellschaft ist nach dem in dieser Arbeit angelegtem Verständnis zu begreifen als das Ergebnis eines permanenten offenen Abgleichungsprozesses, in dem die unterschiedlichen, auf die Gesellschaft gerichteten Partialinteressen harmonisiert werden.<sup>96</sup> Dabei ist nicht die Begrifflichkeit entscheidend, vielmehr ist das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft lediglich als Maßstab bei der Frage der Verantwortlichkeit zu begreifen.<sup>97</sup> Die Verwirklichung der 'latenten' Konzerngefahr geschieht in der Verletzung des Eigeninteresses.<sup>98</sup>
- II.5.3. In der hier vorliegenden Arbeit wird das Verbot der Existenzgefährdung als Pflicht zur Wahrung des Eigeninteresses bezeichnet.<sup>99</sup> Dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft kommt dabei eine zentrale Rolle im Recht der verbundenen Unternehmen zu. Das Eigeninteresse ist so der unmittelbare Schutzgegenstand der §§ 311ff. AktG und der bestimmende Gesichtspunkt der deutschen Regelung.<sup>100</sup> Die Unterscheidung in der Verantwortlichkeit zwischen einfach faktischen und qualifiziert faktischen Abhängigkeiten kann dementsprechend so ausgedrückt werden, daß es bei lediglich punktuellen Störungen des Eigeninteresses zu keiner Aufhebung der Haftungssegmentierung kommt,<sup>101</sup> während es bei einer breitflächigen Beeinträchtigung des Eigeninteresses zu einem Verlustausgleich kommt, um das *vermögensmäßige* Eigeninteresse wieder herzustellen.
- II.5.4 Wenn gesagt wird, die gesetzliche Regelung geht im Prinzip vom Einzelausgleich der Schäden aus und verläßt diesen Gedanken nur, wenn die

<sup>95</sup> Ähnlich etwa der Bundesgerichtshof in BGHZ 119, 257, 262, der der Frage der (Nicht-)existenz eines Gesellschaftsinteresses nur "*außerhalb der Gefährdung von Gläubigerinteressen nachgeht*", und somit bei der Beurteilung von Gläubigerinteressen ein unabhängiges Gesellschaftsinteresse - nach der hier verwandten Terminologie Eigeninteresse - ausdrücklich nicht ausschließt; vgl. insgesamt im dritten Teil unter E.I.

<sup>96</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben im dritten Teil unter A.V.2.b.

<sup>97</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter E.I.1. und 2. sowie 4. und 5.

<sup>98</sup> Wenn K. Schmidt, *Wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs* (1994), S. 194 meint, eine 'latente' Konzerngefahr würde durch ein herrschendes Unternehmen verwirklicht, so wird dies in dieser Arbeit also insofern aufgegriffen, als der Unternehmensbegriff des deutschen Rechts der verbundenen Unternehmen die potentielle Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft beinhaltet, vgl. dazu oben im dritten Teil unter A.V.2.c. und C.II.1.b.

<sup>99</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter E.I., dies begründend ebenda unter 1. und 2.

<sup>100</sup> Vgl. bereits Hommelhoff, *Konzernleitungspflicht* (1982), S. 124 und bereits oben im dritten Teil unter C.IV.3.b., wobei zur gesetzlichen Regelung anzumerken bleibt, daß diese den Schutz des vermögensmäßigen Eigeninteresses bezweckt - und es lediglich zum Ausgleich finanziell faßbarer Beeinträchtigungen kommt; vgl. insgesamt im dritten Teil unter E.I.1. und 2.

<sup>101</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.IV.4.

Autonomie der Gesellschaft beseitigt ist,<sup>102</sup> so entspricht dies der hier vertretenen Auffassung, wonach sich diese Autonomie in der Wahrung des Eigeninteresses wiederzuspiegeln hat: Wo dies Eigeninteresse beeinträchtigt wird, muß ein Ausgleich diese Verletzungen des Eigeninteresses kompensieren.

- II.5.5. Die Korrektur der auf die nicht abhängige Kapitalgesellschaft zugeschnittenen Haftungsbegrenzung ist dabei dann nötig, wenn sich ein Eigeninteresse der abhängigen Kapitalgesellschaft nicht herauskristallisiert bzw. nicht durchsetzbar ist.<sup>103</sup>
- II.5.6. Die uneingeschränkte Aufrechterhaltung der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen kann nur gelten, wenn im Einzelfall die systemimmanenten Voraussetzungen erfüllt sind. Der vom Gesetzgeber für die unabhängige Kapitalgesellschaft vorausgesetzte Gleichlauf der in der Gesellschaft zusammentreffenden Interessen kann für die abhängige Gesellschaft im Haftungsmaßstab eines diesen Gleichlauf ersetzenden Eigeninteresses ausgedrückt werden.<sup>104</sup>
- II.5.7. Ebenso wie die Rechtsprechung festgestellt hat, daß derjenige, der die Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaft für sich in Anspruch nimmt, auch die Vermögenstrennung als deren Voraussetzung beachten muß,<sup>105</sup> muß im polykorporativen Unternehmen die Eigenständigkeit der einzelnen Kapitalgesellschaft - in der vorliegenden Arbeit ausgedrückt im Haftungsmaßstab des Eigeninteresse - als Voraussetzung für die auf das Gesellschaftskapital der einzelnen Gesellschaft beschränkte Haftung beachtet werden.<sup>106</sup>
- II.5.8. Die Berücksichtigung des Eigeninteresses als Verantwortlichkeits- und Haftungsmaßstab kann somit als ein den Gläubigerschutz vervollständigendes Korrektiv und als Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Haftungsprivilegs einer abhängigen Kapitalgesellschaft für das Recht der verbundenen Unternehmen angesehen werden.<sup>107</sup>
- II.5.9. Dementsprechend wurde zu qualifizierten Konzernverhältnissen bereits einmal eine Regelung vorgeschlagen, die die nachhaltige Beein-

<sup>102</sup> So unter Verweisung auf §§ 117, 311ff. AktG Lutter, Haftung in der Unternehmensgruppe (1982), S. 266.

<sup>103</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter A.V.2.c.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu die Darstellung oben im dritten Teil unter E.I.4., 5. sowie 6.

<sup>105</sup> Vgl. etwa BGH in BB 1985, 77 und hierzu oben im ersten Teil unter C.II.2.

<sup>106</sup> Vgl. hierzu die Darlegung der Interessenlage im dritten Teil unter A.V. und E.I.

<sup>107</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter E.I.4.

trächtigung des Eigeninteresses zum zentralen Tatbestand hatte.<sup>108</sup> An dieser zur Verantwortlichkeit im qualifizierten Konzern vorgeschlagenen Bestimmung ist für diese Arbeit insbesondere bemerkenswert, daß die Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft der entscheidende Kern dieses Vorschlags<sup>109</sup> war und daß zur Feststellung dieser Beeinträchtigung in Abs. 4 eine nicht abschließende Aufzählung von Momenten angeführt worden ist, die eine nachhaltige Beeinträchtigung indizieren.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> Vgl. den an den Gesetzgeber der großen GmbH-Reform gerichteten Gesetzesvorschlag des Arbeitskreises GmbH-Reform, Hueck/Lutter/Mertens/Rehbinder/Ulmer/Wiedemann/Zöllner, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. 2 (1972), S. 49ff. Daß diesem Vorschlag auch heute noch Bedeutung zukommt, wird bereits daran deutlich, daß im Zuge der Diskussion wieder auf ihn zurückgegriffen wird (K. Schmidt, Abhängigkeit und faktischer Konzern als Aufgaben der Rechtspolitik (1992), S. 865 und daß einer seiner Väter ihn auch heute noch in einen der führenden Kommentare aufnimmt, vgl. Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 100f.: Der vorgeschlagene § 255a lautet:

**Abs. 1** Besteht kein Beherrschungsvertrag und wird das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung infolge eines von dem herrschenden Konzernunternehmen ausgeübten Einflusses nachhaltig beeinträchtigt, so kann jeder außenstehende Gesellschafter gegen eine angemessene Barabfindung aus der Gesellschaft ausscheiden. [...]

**Abs. 2** Das herrschende Unternehmen hat jeden während der Dauer seiner Einflußnahme entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen. [...]

**Abs. 3** Bilden die abhängige Gesellschaft mit beschränkter Haftung und das herrschende Unternehmen einen Konzern, so wird vermutet, daß das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft nachhaltig beeinträchtigt wird.

**Abs. 4** Das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft ist insbesondere nachhaltig beeinträchtigt, wenn:

1. die Produktionsprogramme des Unternehmens der abhängigen Gesellschaft mit denjenigen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm konzernverbundenen Unternehmen koordiniert sind;
2. die Geschäftsführerposten mit Organmitgliedern oder leitenden Angestellten des herrschenden Unternehmens oder mit ihm konzernverbundener Unternehmen besetzt sind oder gemeinsame Führungsorgane haben;
3. wesentliche unternehmerische Teilfunktionen aus dem Unternehmen der abhängigen Gesellschaft ersatzlos ausgegliedert und von dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm konzernverbundenen Unternehmen wahrgenommen werden.

**Abs. 5**[...]

<sup>109</sup> Einen Vorschlag für ein noch weitergehendes Schutzkonzept, das de lege ferenda jedoch die Wertungen des geltenden Rechts verläßt, präsentiert das Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672ff., Vorschläge S. 768ff. Gerade auf die hier behandelte Haftungsproblematik bezogen erscheinen die dort gemachten Vorschläge erfolversprechend: Insbesondere die Abgrenzung des herrschenden Unternehmens durch den Kontrollbegriff als auch die flexible Vorverlagerung des Schutzes durch die Pflicht zur ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung (à la Rozenblum, also bezogen auf das unternehmerische Ermessen in der abhängigen Gesellschaft, welches im Abgleich zwischen dem Eigeninteresse dieser und dem Polykorporationsinteresse auszuüben ist) und besondere Pflichten der Geschäftsleiter in der Krise (à la *wrongful trading*, also durch Wahrung der Möglichkeiten der Forderungsbefriedigung etc.) erscheinen überzeugend. Hier ist weiter jedoch nicht auf diese Vorschläge einzugehen, denn sie zielen weit über die dem geltenden Recht zugrundeliegenden Wertungen hinaus, auf die die hier vorliegende Arbeit abstellt und in deren Rahmen der hier skizzierte Vorschlag zu verstehen ist.

<sup>110</sup> Vgl. zum Eigeninteresse als zentralen Punkt der Haftungsanknüpfung auch den Regelungsvorschlag bei Ulmer, Vermutungs- und Beweisfragen (1992), S. 70.



## **6. Verbindung der Wertungen Treupflicht und Eigeninteresse**

- II.6.1. Als Korrektiv für die Übernahme des auf die autonome Gesellschaft zugeschnittenen Haftungsprivileges in das Recht der verbundenen Unternehmen - d.h.: um das Haftungsprivileg einer abhängigen Gesellschaft trotz des vorliegenden Interessenumbruchs aufrechtzuerhalten - muß das herrschende Unternehmen das Eigeninteresse einer abhängigen Gesellschaft seiner Treupflicht entsprechend wahren, weil die Beachtung der Treubindung gemessen am Eigeninteresse im Recht der verbundenen Unternehmen die - konzeptionsnotwendige und systemabrundende - additive Voraussetzung für die gesetzlich eröffnete Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung in jenen Fällen ist, da der vorausgesetzte Interessengleichlauf bzw. -abgleich, *in* der Gesellschaft nicht stattfindet.<sup>111</sup>
- II.6.2. Für die Haftungsfrage bildet die Treupflicht den institutionellen Rahmen, innerhalb dessen das Eigeninteresse einer abhängigen Kapitalgesellschaft zu wahren ist.<sup>112</sup>
- II.6.3. Weil die in der Gesetzeskonzeption vorausgesetzte Eigenständigkeit zu wahren ist und um die in der Gesetzeskonzeption vorgesehene Rückbindung der Gesellschafter an Drittinteressen, insbesondere an die Gläubigerinteressen zu wahren, ist die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft am Haftungsmaßstab des Eigeninteresses auszurichten.<sup>113</sup>

## **III. Betrachtungen zur zeitgemäßen Ausformung des Haftungsprivilegs**

### **1. Frage der Kodifikation**

- III.1.1. Schon kurz nach dem Inkrafttreten des AktG von 1965 einschließlich der Vorschriften des dritten Buches zur Verantwortlichkeit für abhängige Gesellschaften kam das Bedenken auf, daß sich die Vorschriften bald als Hemmschuh für die *Fortbildung anderer Formen der Durchgriffshaftung im Konzern* und allgemein für die weitere Entwicklung erweisen könnten.<sup>114</sup>
- III.1.2. Die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen ist nach hier vertretener Auffassung zu vielgestaltig, um sich ständig wandelnde

<sup>111</sup> Vgl. hierzu zusammenfassend etwa im dritten Teil unter E.IV.

<sup>112</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter E.IV.2.a.

<sup>113</sup> Vgl. vertiefend zum Eigeninteresse als objektivem Tatbestandselement und der Treupflichtverletzung als subjektivem Tatbestandselement insgesamt die Darstellung im dritten Teil unter E., die hier nicht aufzurollen ist.

<sup>114</sup> Vgl. Kronstein, *Recht der internationalen Kartelle* (1967), S. 481 m.w.N.

Konstellationen im polykorporativen Unternehmen durch ein kompliziertes Normengefüge zu regeln. Eine auf den der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Wertungen aufbauende Generalklausel erscheint erfolversprechender. Ob dabei wirklich alle wissen, daß es letztlich nur um einen generalklauselartigen Tatbestand gehen kann,<sup>115</sup> es nur (fast) keiner sagt, mag hier dahinstehen.

- I.1.3. In dieser Arbeit wird vertreten, daß es für die Haftungsfrage im Recht der verbundenen Unternehmen Platz und Bedarf für eine Generalklausel gibt, die die Weiterentwicklung der Haftungsfrage ermöglicht und es erlaubt, wertungsstimmige Entscheidungen methodenehrlich zu erarbeiten sowie im Laufe der Zeit Fallgruppen zu entwickeln.
- III.1.4. Der Gedanke einer Generalklausel zur Regelung eines Teils der Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen beruht dabei auf einem methodologischen Ansatz, der den Regelungszweck und die der Regelung zugrundeliegenden Wertungen in den Vordergrund stellt.
- III.1.5. Auch ist die allgemeine Haftungsregelung zu berücksichtigen: zwar gibt es den systematischen Ansatz, Haftungsfragen gesetzlich zu regeln. Gerade bei Zurechnungsfragen - und als solche ist zumindest das verhaltensbezogene Element der Haftung zu verstehen - kommt allgemeinen Rechtsprinzipien wie Vertrauensschutz und Gleichbehandlungsgebot jedoch ebensolche Bedeutung zu wie positiven Rechtssätzen.<sup>116</sup>
- III.1.6. Auch bildet das kodifizierte Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland - die §§ 15ff. und das dritte Buch des AktG - lediglich einen Torso für das Recht der verbundenen Unternehmen.<sup>117</sup> Deutlich wird dies insbesondere<sup>118</sup> daran, daß ein gesetzliches GmbH-Konzernrecht ganz fehlt und der Gedanke eines solchen deshalb aufgegeben wurde, weil man daran zweifelte, ob die Schaffung von Normen in diesem Bereich in Anbetracht der Vielgestaltigkeit der verbundenen Unternehmen überhaupt angebracht sei.<sup>119</sup> Ferner sei daran erinnert, daß es im geltenden Recht zur Frage der Verantwortlichkeit im Recht der

<sup>115</sup> Dies meinte Zöllner auf dem DJT 1992, Sitzungsbericht S. R 183.

<sup>116</sup> Vgl. hierzu etwa Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 28, der die Zurechnung dabei richtigerweise auf den Gesetzes- und damit Normzweck bezieht. Vgl. hierzu auch die Ausführungen in ersten Teil unter B.III.2.b.

<sup>117</sup> Vgl. so bereits Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 38ff., der ebenda ausführt, in Deutschland habe sich mehr und mehr die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Schwierigkeiten im Recht der verbundenen Unternehmen auf der Lückenhaftigkeit eines sich als kodifikatorisch verstehenden Gesetzgebungswerkes beruhen.

<sup>118</sup> Vgl. auch die unter These I.3.5. angeführte bewußte Verweisung des Gesetzgebers, der den Mißbrauch von Leitungsmacht bewußt nicht geregelt hat.

<sup>119</sup> Vgl. hierzu beispielsweise Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa (1987), S. 341 und auch das im dritten Teil unter C.I.3 Gesagte.

verbundenen Unternehmen nirgendwo eine eindeutige Entscheidung oder eine abschließende Regelung des Gesetzgebers für alle Fallkonstellationen gibt.<sup>120</sup>

- III.1.7. Gerade im Wirtschaftsrecht ist es wichtig, den Blick für zeitgemäße gesetzgeberische Verbesserungen zu öffnen und bereichsspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen.<sup>121</sup> Während - und weil - das Recht zunehmend komplizierter und komplexer wird,<sup>122</sup> wird eine Kodifikation immer schwieriger (wenn nicht gar unmöglich), wenn nicht auf offene Tatbestände zurückgegriffen wird. Demgemäß ist die Verwendung einer offenen Formulierung angemessen, insbesondere wo es gilt, Einzelfälle und Ausnahmen zu erfassen.
- III.1.8. Generalklauseln ergänzen bestehende Regelungen, runden diese ab,<sup>123</sup> wahren die Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung<sup>124</sup> und dienen der Einzelfallgerechtigkeit.<sup>125</sup>
- III.1.9. Bei der Anwendung einer Generalklausel kommt es zur Konkretisierung im Einzelfall.<sup>126</sup> Bei dieser Konkretisierung sind zur Entscheidung die Wertungen des Gesetzgebers heranzuziehen,<sup>127</sup> da konkrete normative Maßstäbe des Gesetzgebers vom Richter nicht durchkreuzt werden dürfen.
- III.1.10. Die Anwendung der Generalklauseln durch den Richter ist dabei nicht frei:<sup>128</sup> es wird entsprechend vorgegebenen Wertungen Recht gefunden; auch die Korrekturfunktion der Generalklausel findet so ihre Grenzen in den tragenden Grundgedanken der gesetzlichen Regelung.<sup>129</sup> Somit

<sup>120</sup> So etwa das BVerfG nach dem Video-Urteil, vgl. die abschließenden Ausführungen oben im dritten Teil unter C.V.5.c.

<sup>121</sup> In diese Richtung setzte sich z.B. Hopt auf dem Deutschen Juristentag 1992 bei der Diskussion um die Ausformung der Rechtsregelung im Bereich der verbundenen Unternehmen für gesetzgeberische Verbesserungen ein, vgl. Sitzungsbericht (1992), S. R. 64.

<sup>122</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter C.II.

<sup>123</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter D.I. sowie die anschließenden Ausführungen zu den Generalklauseln im geltenden Recht.

<sup>124</sup> Vgl. hierzu das zu den Gefahren der Generalklauseln im zweiten Teil unter D.II.3. Gesagte.

<sup>125</sup> Vgl. hierzu oben im zweiten Teil unter D.II.1.; die Generalklauseln dienen so gleichzeitig der Billigkeit, ohne daß es jedoch zu einem Abrutschen in ein reines Billigkeitsrecht käme, vgl. dazu das im zweiten Teil unter D.II.3. Gesagte.

<sup>126</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter D.II.1. sowie die Ausführungen ebenda unter 2.a. und b., die deutlich machen, daß den Gerichten die Aufgabe zukommt, Grundsätze zu entwickeln, die den Einzelfall normativ leiten - und somit die Kompetenz, Generalklauseln zu konkretisieren.

<sup>127</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter D.II.4.

<sup>128</sup> Vgl. zu den Gefahren und der gewaltenteiligen Aufgabenverteilung bei der Verwendung von Generalklauseln oben im zweiten Teil unter D. II. 3. und 4.

<sup>129</sup> Vgl. die abschließenden Ausführungen im zweiten Teil unter D.III.1. sowie die Bemerkungen zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (früher § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) ebenda unter III.3.b., in dem die gesetzgeberischen Wertungen im Gesetz selbst zum Anwendungsmaßstab der Generalklausel erklärt werden.

bringt eine Generalklausel keine geringere Rechtssicherheit, als sie in der gegenwärtigen Rechtslage gewährt ist.<sup>130</sup>

- III.1.11. Nicht genügend hervorgehoben werden kann auch bei Befürwortung einer flexiblen, anpassungsfähigen und wirklichkeitsnahen Haftungsregel die nötige und absolut erforderliche Distanz zu den Vorstellungen einer freien oder schöpferischen Richterrechtsetzung. Letztere kann letztlich nichts anderes als eine unnötige Reduktion der Rationalität rechtlicher Beurteilung darstellen, verkörpert durch den vorzeitigen Übergang von Gründen zu Dezisionen.<sup>131</sup> Auch deshalb ist der Ansatz der Einzelbegründung des Gläubigerschutzes zu verfolgen, der den Vorzug im Verhältnis zu unsystematischen Lösungen oder rigorosen Durchgriffslösungen verdient.
- III.1.12. Der Gedanke einer abschließenden Kodifikation, das Kodifikationsideal, ist inzwischen generell aufgegeben worden, um die Anpassungsfähigkeit des Rechts an die sich wandelnden gesellschaftlichen Verhältnisse zu gewährleisten.<sup>132</sup> Eines der Kennzeichen des Prozesses des spürbaren Zerfalls der Kodifikationsidee<sup>133</sup> ist die tendenzielle Abkehr von direkter Regelung mittels Konditionalprogrammen zu generalklauselartigen Zweckprogrammen.<sup>134</sup> Diese Abkehr erscheint als natürliche Folge der Liberalisierung und Internationalisierung des Rechts - und ebenso als Teil der Tendenz zu einer zweckorientierten Rechtsauffassung.<sup>135</sup>
- III.1.13. Auch jene Stimmen der Diskussion, die meinen, daß das Recht sich bei der Zurechnung von Handlungen, Rechten, Pflichten und Haftungsfolgen aufgrund der Vielgestaltigkeit der verbundenen Unternehmen von "*Vorstellungen tatbestandlicher Verfestigung lösen müsse*",<sup>136</sup> können im Ergebnis nichts anderes, als eine auf die spezifischen Wertungen aufbauende Generalklausel wollen.
- III.1.14. Eine Generalklausel könnte Wertungen oder auch Einzelkriterien und Indizien etc. Raum geben, die dann im Rahmen der Normzweckbetrachtung selektiv heranzuziehen wären.<sup>137</sup> Bildlich könnte dies

<sup>130</sup> Vgl. hierzu und den Gefahren bei Generalklauseln im zweiten Teil D.III. 2. und 4.

<sup>131</sup> So auch Bydlinski, Präzisierung aktueller Generalklauseln (1989), S. 218.

<sup>132</sup> Vgl. hierzu das oben im zweiten Teil unter C. sowie insbesondere das im dritten Teil zur Zweispurigkeit des GmbH-Rechts unter C.I.3. Gesagte.

<sup>133</sup> So Kübler, Gesellschaftsrecht (1994), S. 13, 14ff.

<sup>134</sup> Vgl. in einem der führenden Gesellschaftsrechtswerke hierzu und zu anderen Kennzeichen dieses Prozesses etwa Assmann in Großkomm AktG (1992) Einl. Anm. 242.

<sup>135</sup> Vgl. hierzu auch im zweiten Teil unter F.I. zur Bedeutung von Europäisierung und Liberalisierung für eine Tendenz zur Deregulierung.

<sup>136</sup> So etwa Teubner, *Units Multiplex* (1991), S. 205.

<sup>137</sup> Vgl. hierzu etwa Teubner, *Units Multiplex* (1991), S. 205f. Bei Teubner findet sich im übrigen eine interessante Verweisung auf die von Blumberg für das US-amerikanische zusammengestellte

so ausgedrückt werden, daß es sich bei den zahlreichen im Rahmen einer Generalklausel zu berücksichtigenden Momente<sup>138</sup> um Mosaiksteinchen in einem Haftungsbild handelt, das nach und nach durch Dazukommen weiterer Mosaiksteine entsteht.<sup>139</sup>

## **2. Ziele des verfolgten Regelungsansatzes**

- III.2.1. Nach dem Gesagten bedarf es besonderer Schutzmechanismen, um den bei der im verbundenen Unternehmen stehenden Kapitalgesellschaft vorhandenen Interessenumbruch zu kompensieren. Die Wirksamkeit dieser Schutzmechanismen ist die Voraussetzung dafür, daß eine Kapitalgesellschaft einem den Rahmen der Kapitalgesellschaft - und in dieser ablaufende Interessenabgleichungsprozesse - sprengenden Unternehmensinteresse untergeordnet wird.<sup>140</sup>
- III.2.2. Dementsprechend befaßt sich das AktG mit den Voraussetzungen, den Grenzen und den Folgen erlaubter Konzernherrschaft.<sup>141</sup> Es muß das Ziel jedweder Regelung sein, die diesen Regeln zugrundeliegenden Wertungen möglichst gut auszudrücken.
- III.2.3. Die dem kodifizierten Recht der verbundenen Unternehmen zugrundeliegenden Wertungen, insbesondere die Kriterien und Voraussetzungen zur Durchbrechung der Haftungsbeschränkung, die dem geltenden Recht zugrundeliegen, sind der Ausgangspunkt für die Weiterentwicklung des Rechts. Daneben können die Kriterien und Voraussetzungen der Haftungsdurchgriffsbetrachtungen trotz ihrer Vorläufigkeit Schrittmacherfunktion für die Entwicklung einer systemkonformen Regelung der Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen haben.<sup>142</sup>
- III.2.4. Dabei darf nicht übersehen werden, daß die Haftungsproblematik nur ein Teil der Gesamtproblematik im Recht der verbundenen Unternehmen ist.

---

‘Checklist’, die konkrete Anweisungen gibt, nach welchen Indizien zu suchen ist. Vgl. zu diesen Indizien für eine Haftung auch Wiedemann, Unternehmensgruppe (1988), S. 83 sowie Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 10f., der aaO. S. 14 anführt, daß die US-amerikanischen Gerichte aber niemals eine Antwort darauf gegeben haben, wieviele und in welcher Kombination Indizien vorliegen müssen, um zu einer Haftung zu gelangen. Gerade daß ohne feste Vorgaben auf solche Indizien im Einzelfall aufgebaut werden soll, zeigt die Geeignetheit eines flexiblen Instruments wie der Generalklausel.

<sup>138</sup> Vgl. hierzu nur im dritten Teil unter E.I.3.e.bb. und E.II.5. sowie E.III.

<sup>139</sup> Dies Bild benutzt Drüke, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 159 um entsprechend der amerikanischen Rechtsprechung die lediglich indizierende Bedeutung von Doppelmandaten für die Beantwortung der Haftungsfrage im qualifiziert faktischen Konzern zu veranschaulichen.

<sup>140</sup> Vgl. das im dritten Teil unter A.V. und C.I.1. Gesagte.

<sup>141</sup> Vgl. so K. Schmidt, Verlustausgleich (1992), S. 112; vgl. im dritten Teil C.I.1.

<sup>142</sup> Vgl. so bereits Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 348 und die Ausführungen im ersten Teil unter B. und C.

Insbesondere ist zu bedenken, daß jedwede Haftungsregelung weniger gestaltend, als vielmehr reaktiv ist.<sup>143</sup>

- III.2.5. Jede Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen sollte sich an der Realität orientieren und den Bedürfnissen der Wirklichkeit entgegenkommen.<sup>144</sup> Eine abschließende rechtliche Regelung der rechtlichen Probleme im Recht der verbundenen Unternehmen scheint es dabei nicht geben zu können, weil sich im Wirtschaftsleben ständig neue Konstellationen ergeben. Das Rechtssystem muß deshalb flexibel und für die sich in der Wirklichkeit ergebenden Veränderungen offen bleiben.<sup>145</sup> Außer dem Gesagten scheint es, auch weil die lediglich reaktive Haftungsregelung nicht entscheidend für die Gestaltung von verbundenen Unternehmen in der Wirtschaft ist und weil das Gesetz das Recht der verbundenen Unternehmen eben nicht abschließend regelt, folgerichtig, einen die Wertungen des Gesetzgebers ausdrückenden, offenen Tatbestand zur Regelung der Haftungsfragen in das Gesetz aufzunehmen - eben eine Generalklausel.
- III.2.6. Dem weitgehend reaktiven Charakter der Haftungsregelung entsprechend muß es das Ziel dieser Arbeit sein, einen Beitrag zur Bestimmung der Grenzen des operationellen Einsatzes der Haftungsbeschränkung im verbundenen Unternehmen zu leisten. Nach hier vertretener Auffassung sollten die Konturen dieser Grenzen nicht strikt vorgegeben werden, sondern sie sollten sich im Laufe der Zeit herauskristallisieren. Als Rahmen, in dem dieses Verfahren ablaufen könnte, bietet sich nach hier vertretener Auffassung eine Generalklausel an.
- III.2.7. Eine auf der Treupflicht aufbauende Generalklausel hat zwar eine gewisse Präventivfunktion;<sup>146</sup> gerade unter Berücksichtigung des weitgehend reaktiven Charakters der Haftungsregelung ist jedoch festzustellen, daß eine Generalklausel eine andere, dynamischere Steuerung ermöglicht, als die rigiden Lenkungsbestrebungen einer tatbestandsreichen Regelung dies gewähren. Grundsätzlich bleibt zu Fragen, ob eine Steuerung der Organisationsformen der Wirtschaft in einem liberalen Marktwirtschaft überhaupt erwünscht ist - und wenn, ob dies über einen gesellschaftsrechtlichen Ansatz versucht werden sollte.

<sup>143</sup> So etwa Hommelhoff, Konzernpraxis nach Video (1992), S. 314; vgl. hierzu auch oben im dritten Teil unter C.III.2.b.

<sup>144</sup> Dies war denn auch die Grundidee des 3. Buches des AktG von 1965, vgl. BegRegE bei Kropff, Textausgabe AktG (1965), S. 377 und oben im dritten Teil unter C.III.2.b.

<sup>145</sup> Vgl. zur Offenheit des auf Wertungsmaßstäbe aufbauenden 'inneren Systems' etwa Larenz, Methodenlehre (1991), S. 486f.; das Rechtssystem als offenes System wird eben immer unvollendet und unvollendbar bleiben, aaO. S. 489.

<sup>146</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter IV.

### **3. Raum für Generalklauseln im Recht der verbundenen Unternehmen?**

- III.3.1. Mit dem § 1 UWG wurde bereits einmal ein zentrales Wirtschaftsgesetz in Deutschland durch eine Generalklausel ergänzt, die mit einem allgemeinen Bewertungsmaßstab einen umfassenden Rechtsschutz bietet. Dadurch wurde das UWG zu einem flexiblen und anpassungsfähigen Regelwerk.<sup>147</sup>
- III.3.2. Auch mit § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) wurde in einem auf den gerechten Interessenausgleich zwischen den Parteien abzielenden Gesetz an zentraler Stelle eine Generalklausel in das deutsche Privatrecht eingefügt.<sup>148</sup>
- III.3.3. Sowohl § 1 UWG - mit dem Verweis auf die 'guten Sitten' - als auch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (früher § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) - mit der Bezugnahme auf die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung - geben einen verbindlichen gesetzlichen Maßstab für ihre Auslegung an.<sup>149</sup>
- III.3.4. Nach dem Gesagten sind die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und die Wahrung des Eigeninteresses die entscheidenden Wertungen im Recht der verbundenen Unternehmen.
- III.3.5. Schon in den voraktiengesetzlichen Regelungsüberlegungen war eine Rückbindung an die in der Kapitalgesellschaft ruhenden Gebote anzutreffen,<sup>150</sup> und auch die Generalklausel § 101 AktG 1937 leitete sich aus dem Wesen der Aktiengesellschaft her.<sup>151</sup>
- III.3.6. Auch der Wertungsgesichtspunkt der 'Interessen der Gesellschaft' stand bereits in der Weimarer Zeit im Mittelpunkt der Diskussion um eine Generalklausel.<sup>152</sup>
- III.3.7. Die Einführung des § 101 AktG 1937 war ein Versuch, sich von der bis dahin geltenden Formel der "guten Sitten" zu befreien und sie durch eine der Eigenart der Sachlage besser angepaßte, konkretere, aber doch noch generelle Klausel zu ersetzen<sup>153</sup>. Ebenso wie der § 101 des AktG 1937

<sup>147</sup> Vgl. zu § 1 UWG im zweiten Teil unter D.III.3.a.

<sup>148</sup> Vgl. insgesamt hierzu im zweiten Teil unter D.III.3.b. und 4.

<sup>149</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter D.III.4.

<sup>150</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter E.1.

<sup>151</sup> Vgl. hierzu näher die auf Schlegelberger aufbauenden Ausführungen im zweiten Teil unter E.III.; vgl. zur konzernspezifischen Wirk- und Schutzrichtung der in den Reformbestrebungen der Weimarer Zeit diskutierten Generalklausel auch Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 26 und insgesamt die Darstellung oben im zweiten Teil unter E.II. und III.

<sup>152</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter E. II., gleichzeitig sei noch einmal auf die Aussage Hachenburgs hingewiesen, der im Bezug auf das Recht der verbundenen Unternehmen meinte, daß es unmöglich sei " [...] alle Einzelfälle [...] im Gesetz zu regeln [...]"

<sup>153</sup> Vgl. H. Lehmann, Die Generalklausel im neuen Aktienrecht (1938), S. 400.

eine Konkretisierung der Anforderungen war, die sich aus den guten Sitten - verstanden als objektivierte Rechtsmoral - ergaben,<sup>154</sup> ist die hier vorgeschlagene Generalklausel ein Versuch, eine noch weitere Konkretisierung vorzunehmen.<sup>155</sup>

- III.3.8. Von Treupflichtsbetrachtungen wurde in der Generalklausel des §101 AktG 1937 Abstand genommen, *um* die Schutzwirkung der Generalklausel auf Nichtaktionäre zu erstrecken.<sup>156</sup> Eine Generalklausel wurde damals diskutiert und fand im § 101 AktG 1937 in gewisser Weise auch Eingang in das Gesetz.<sup>157</sup> Allerdings kam es damals zu einer Verwässerung, weil man versuchte, sowohl Gesellschafter als auch Dritte mit einer einzigen Norm zu erfassen. Diese Zusammenfassung unterschiedlicher Problemkreise<sup>158</sup> unter eine Norm hatte nach hier vertretener Auffassung für die Rechtsentwicklung in Deutschland Folgen: Es wurde zwar<sup>159</sup> zwischen Gesellschaftern und Dritten gesondert, etwa bezogen auf den Wertmaßstab bei der Verfolgung von Sondervorteilen. Eben diese Zusammenfassung von ungleichen Schutzziele unter eine Norm verhinderte jedoch die Weiterverfolgung einer auf der Treupflicht aufbauenden evolutionären Rechtsentwicklung der Haftungsfrage bei Interessenkollisionen *in* der Gesellschaft. Auch deshalb mußte der Gesetzgeber 1965 die Verantwortlichkeit regeln.
- III.3.9. Die geltende Regelung der Verantwortlichkeit für die Beeinflussung einer Gesellschaft im AktG 1965 ist dementsprechend - wie sich bereits aus den Überschriften im Gesetzestext ergibt - eine Zweiteilung der ehemaligen Generalklausel des § 101 AktG 1937 in die Sonderregelung der §§308ff. AktG - betreffend die *Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen* - einerseits sowie § 117 AktG - die Generalklausel zur *Schadensersatzpflicht bei Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft* - andererseits.<sup>160</sup>
- III.3.10. Es dauerte etwas mehr als ein halbes Jahrhundert, bis die Generalklausel ihren Weg ins Aktienrecht fand, jetzt; da diese Zeit noch einmal ins Land

<sup>154</sup> Vgl. H. Lehmann, Die Generalklausel im neuen Aktienrecht (1938), S. 405.

<sup>155</sup> Dies sei hier nur angedeutet, vgl. vertiefend im dritten Teil unter E.I. und E.II.

<sup>156</sup> Die Ersatzpflicht als Folge einer Treupflichtverletzung stand dabei jedoch am Anfang der Betrachtungen; vgl. oben im zweiten Teil unter E.III. und bereits Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft (1970), S. 277.

<sup>157</sup> Vgl. hierzu etwa Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963), S. 156 und vertiefend oben im zweiten Teil unter E.III.

<sup>158</sup> Die dem geltenden deutschen Recht der verbundenen Unternehmen zugrundeliegende Wertung ist eben, daß es sich beim konzertypischen Interessenumbruch um einen 'rechtsqualitativ' eigenständigen Rechtskonflikt handelt, vgl. These I.1.2.ff.

<sup>159</sup> Vgl. die Ausführungen im zweiten Teil unter E.III.

<sup>160</sup> Vgl. oben im zweiten Teil unter E.IV.



gestrichen ist, scheint es an der Zeit, eine weitere solche Generalklausel einzusetzen; diesmal um der besonderen Gefährdung entgegenzuwirken, die sich durch die Einbindung in ein polykorporatives Unternehmen ergibt.

- III.3.11. Aufgrund der zentralen Bedeutung des besonderen Treueverhältnisses der Gesellschafter zur Gesellschaft sollte eine Regelung der Haftungsfrage unmittelbar auf dieser Treuepflicht aufbauen. Dabei wird keine Stellung zu der sicherlich nicht minder interessanten Frage bezogen, ob für die Ausnutzung eines besonderen wirtschaftlichen oder rechtlichen Macht- bzw. Abhängigkeitsverhältnis nicht ebenso eine - parallele - Regelung erforderlich wäre. Es liegt dieser Betrachtung die Auffassung zugrunde, daß eine Regelung - auch wenn sie aus Generalklauseln besteht - im Ansatz so ausdifferenziert wie möglich sein sollte und daß nicht - wie etwa bei der Generalklausel des AktG 1937 - unnötigerweise verschiedene Tatbestände zusammengefaßt werden sollten. Das besondere der gesellschaftsrechtlich bedingten Beeinflussung liegt eben darin, daß der Interessenumbruch in der hier behandelten Problemstellung *in* der Gesellschaft stattfindet und nicht *von außen* auf die Gesellschaft ausgeübt wird. Eben dies und die sich hieraus ergebenden Folgen sollten in der Regelung Ausdruck finden.
- III.3.12. Die bestehende Haftungsgeneralklausel des § 117 AktG knüpft an ein Verhalten an.<sup>161</sup> § 117 AktG bezweckt als Haftungsregel, im Anschluß an ein bestimmtes Verhalten einen sachgerechten Interessenausgleich herbeizuführen; das Ziel ist dabei "*durch Beseitigung der bei der Gesellschaft eingetretenen Schadensfolgen deren Fortbestand*".<sup>162</sup>
- III.3.13. Die generalklauselartig formulierten Regeln über die *Schadensersatzpflicht* bei *Benutzung des Einflusses auf die* - nicht abhängige - *Gesellschaft*<sup>163</sup> und die Regeln betreffend die *Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen*<sup>164</sup> ergänzen sich systemstimmig. Entsprechend könnte die "*Beseitigung der bei der Gesellschaft eingetretenen Schadensfolgen*" und "*deren Fortbestand*"<sup>165</sup> auch für den Bereich der verbundenen Unternehmen systemstimmig ergänzt werden.

<sup>161</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter D.I.1.a.

<sup>162</sup> Vgl. BGHZ 105, 121, 132 und ausführlich hierzu oben im dritten Teil unter D.2.b.

<sup>163</sup> So die im Gesetz angeführte Bezeichnung des § 117.

<sup>164</sup> So die im Gesetz angeführte Bezeichnung der §§ 308 bis 318.

<sup>165</sup> Natürlich unter Vorbehalt der Möglichkeit der Liquidation entsprechend den gesetzlich vorgegebenen Auflösungsmöglichkeiten, vgl. hierzu im dritten Teil E.I.1f.

- III.3.14. In der Konzeption des AktG steht somit eine Generalklausel (§ 117) neben der speziellen Regelung (drittes Buch), wobei die Verschärfung der Generalklausel bereits seit längerer Zeit diskutiert wird.<sup>166</sup> Insofern ist daran zu erinnern, daß die Generalklausel der ursprünglichen Gesetzeskonzeption nach neben der Eingliederungs- und Vertragskonzernregelung sowie der strengen Erfolgshaftung nach E § 284 stehen sollte.<sup>167</sup>
- III.3.15. Ähnlich der Ausdifferenzierung der früheren Generalklausel des § 101 AktG 1937 in den § 117 AktG einerseits und das dritte Buch des AktG andererseits, könnten eine tatbestandsreiche Regelung und eine Haftungsgeneralklausel nebeneinanderstehende und sich gegenseitig ergänzende Teile des Haftungsrechts bei verbundenen Unternehmen bilden: Ebenso wie im geltenden Recht könnte dabei eine tatbestandsreiche Spezialregelung als *lex specialis* die Generalklausel ergänzen und den Anwendungsbereich der Generalklausel einschränken; in den Fällen, in denen die Spezialregelung nicht greift, sollte jedoch konzeptionell die Generalklausel Anwendung finden.<sup>168</sup>
- III.3.16. Insofern ist daran zu erinnern, daß mit dem dritten Buch des AktG in Deutschland nur ein Teil der Rechtsfragen der abhängigen Kapitalgesellschaften materiellrechtlich im Gesetz geregelt ist.<sup>169</sup> Gesetzlich sind nicht nur die Fragen abhängiger GmbH nicht geregelt; auch im ansatzweise gesetzlich geregelten Recht der Aktiengesellschaften fehlen beispielsweise Haftungsregeln, dafür, dass ein herrschendes Unternehmen auch im Vertragskonzern haftet, sobald es sein Weisungsrecht überschreitet.<sup>170</sup>

#### **4. Nationale oder europäische Regelung?**

- III.4.1. Auf europäischer Ebene erscheint es für die behandelte Frage derzeit schwierig, sich auf eine tatbestandsreiche Regelung zu verständigen. Tendenziell erscheint es leichter, einen EU-weiten Wertungskonsens, der in einer Generalklausel ausgedrückt werden könnte, zu erreichen, als

<sup>166</sup> Vgl. hierzu oben im dritten Teil D.I.2.e. und vorher ebenda unter D.I.d.cc.

<sup>167</sup> Vgl. zu § 284 E das oben im dritten Teil unter D.I.3. Gesagte.

<sup>168</sup> Vgl. die dargelegte Konzeption zu § 117 AktG oben im dritten Teil unter D.I.2.a.

<sup>169</sup> Vgl. zur Zweispurigkeit (Gesetzesrecht und Richterrecht) des deutschen Rechts der verbundenen Unternehmen sowohl im Aktienrecht als auch im GmbH-Recht die Ausführungen im dritten Teil unter C.I.3.

<sup>170</sup> Hier verweisen die Materialien zum AktG auf allgemeine Rechtsgrundsätze - während bei vorsätzlichen Leitungsmachtsmißbrauch zum Schaden der abhängigen Gesellschaft das herrschende Unternehmen außerdem nach der Generalklausel § 117 AktG haftet, vgl. hierzu oben im dritten Teil unter C.III.2.d.bb. zur Verantwortlichkeit im Vertragskonzern und das oben in These 1.3.5. Gesagte.

Einigkeit über die Ausformung eines tatbestandsreichen Normengefüges zu erzielen.<sup>171</sup>

- III.4.2. Dies gilt besonders dann, wenn man die internationale Dimension des Problems mit in Betracht nimmt: Während es eben nur in Deutschland bzw. in vom deutschen Recht inspirierten Rechtsordnungen eine kodifizierte Regelung unter anderem der Haftungsfragen verbundener Unternehmen gibt, ist das Prinzip der Durchgriffshaftung in unterschiedlichen Ausgestaltungen in wohl allen modernen Rechtsordnungen anzutreffen.<sup>172</sup> Dies eröffnet - allein schon aus rechtssystematischer Sicht<sup>173</sup> - die Möglichkeit eines international Konsenses für eine - zumindest teilweise auf Durchgriffsbetrachtungen - aufbauende Lösung.
- III.4.3. Eine tatbestandsarme Norm mit einheitlichen Rechtsfolgen stieße europaweit auf eine größere Akzeptanz als eine sich an einem rechtlich vorgegebenen Modell orientierende tatbestandsreiche Regelung.<sup>174</sup>
- III.4.4. Ferner könnte eine objektivierte Formel, die auf das erstrebte Ziel gerichtet ist, durch in das Gesetz aufzunehmende Wertungen ergänzt werden, in denen das Regelungsziel und die der Regelung zugrundeliegenden Wertungen zum Ausdruck gebracht werden. Dadurch würde ein gemeinsamer Wertungsrahmen zum Auslegungsmaßstab erhoben.<sup>175</sup>

### **5. Systemimmanente Durchbrechung des Haftungsprivilegs?**

- III.5.1. Die Funktion der Haftungsbeschränkung, also des Haftungsprivilegs, im Kapitalgesellschaftsrecht erklärt sich aus der geschichtlichen und wirtschaftlichen Entwicklung.<sup>176</sup> Die von der Wirtschaft benötigte Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftskapital wird ermöglicht durch die als Gläubigerschutzkorrelat dienenden Kapitalerhaltungsregeln.<sup>177</sup> Erst die interessengerechte Normgestaltung der Gläubigerschutzvorschriften rechtfertigt das Haftungsprivileg.<sup>178</sup> Insofern ist es systemstimmig, die Gewährung einer Haftungsbeschränkung von der dauerhaften Erfüllung normzweckentsprechender Voraussetzungen abhängig zu machen.

<sup>171</sup> Vgl. hierzu das im dritten Teil unter A.III.2. Gesagte und Thesen I.3.5. sowie III.1.6.

<sup>172</sup> Vgl. so etwa Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 358.

<sup>173</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter B.II.6.

<sup>174</sup> Vgl. oben im zweiten Teil F.II. und zu Berücksichtigung und Akzeptanz nationaler Regelungen im Recht der verbundenen Unternehmen in Europa statt aller nur Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 685ff.

<sup>175</sup> Vgl. vertiefend das im zweiten Teil unter A.III.2. Gesagte.

<sup>176</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B.II.

<sup>177</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B.III.1.

<sup>178</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter B.III.2.b.

- III.5.2. Eine solche Konditionierung der Haftungsbeschränkung ist dabei nichts Neues; sie wird beispielsweise bei der Verantwortlichkeit für eine materielle Unterkapitalisierung diskutiert - und es ist bereits eine Konditionierung des Haftungsprivilegs im Gesetz vorgeschlagen worden.<sup>179</sup> Die Haftungsbeschränkung ist generell an das Einhalten von Voraussetzungen geknüpft.
- III.5.3. Eine kodifizierte Haftungsregelung wie die hier angesprochene Ausnahmeregelung würde keine weitreichendere Haftungsfolgen bedeuten, als bereits - Stichwort: "qualifiziert faktischer Konzern" - im geltenden Recht anzutreffen sind. Eine Kodifizierung und Offenlegung der gesetzgeberischen Wertungen fließenden Transparenz würde vielmehr die Berechenbarkeit und damit die Rechtssicherheit erhöhen.
- III.5.4. Denn auf Dauer kann ein ungeregelter, rein einzelfallbezogener Durchgriff in Ausnahmefällen keine vollbefriedigende Lösung der Frage der Aufrechterhaltung bzw. der Negierung, Aufhebung oder Übergehung der beschränkten Haftung sein.<sup>180</sup> Das Recht ist vielmehr systemstimmig weiterzuentwickeln. Dabei muß es das Ziel sein, auf bestehenden Regelungen und Wertungen aufzubauen.
- III.5.5. Entsprechend diesen Wertungen hat der Bundesgerichtshof die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns entwickelt. Hätte der II. Zivilsenat dem Gläubigerschutz vorrangige Bedeutung zubilligen wollen, so hätte das Anlaß zu einem ausgiebigeren Rückgriff auf Durchgriffsgrundsätze gegeben.<sup>181</sup>
- III.5.6. Dies berücksichtigend ist die hier vorgeschlagene Regelung darum bemüht, die im Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft Ausdruck findenden spezifischen Wertungen und den wertungsstimmigen Rückgriff auf die Treupflicht so zu verbinden, daß die Rechtsentwicklung im jeweiligen Einzelfall systemstimmig weiterverlaufen kann. Eben dies ermöglicht ein offener Tatbestand.

## **6. Betonung des Einzelfallcharakters**

- III.6.1. Die Generalklausel soll der Gerechtigkeit im atypischen Fall zum Durchbruch verhelfen; es kommt ihr eine einzelfallbezogene und einzelfallbegrenzte Wirkung zu.<sup>182</sup>

<sup>179</sup> Vgl. oben im ersten Teil unter C.II.1; es sei insofern daran erinnert, daß für die Fälle der nominellen Unterkapitalisierung 1980 die §§ 32a und 32b ins GmbHG eingefügt worden sind.

<sup>180</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter D. II. 3. und 5. sowie aus ökonomischen Betrachtungen des Problems wie hier Lehmann, Privileg der beschränkten Haftung (1986), S. 348.

<sup>181</sup> Vgl. hierzu insgesamt oben im dritten Teil unter C.V.5. sowie D.II.2. und 3.; ebenso bereits Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S. 32.

<sup>182</sup> Vgl. hierzu das oben im zweiten Teil unter D.II.1. Gesagte.

- III.6.2. Richterliche Kontrollbefugnisse dürfen nicht den vom Gesetzgeber zugesprochenen unternehmerischen Gestaltungsfreiraum - die unternehmerische Betätigung bei begrenztem Haftungsrisiko - durch Haftungssanktionen einschränken.<sup>183</sup> Insofern ist an den Ausnahmecharakter der abhängigkeitspezifischen Haftung zu erinnern.<sup>184</sup> Im Ergebnis kann eine für die Haftung im verbundenen Unternehmen spezifische Haftungsgeneralklausel deshalb nur als Ausnahmetatbestand für Extremfälle erwogen werden.
- III.6.3. Eben weil die Fälle der Haftung beim Vorliegen einer Haftungsbeschränkung Ausnahmen von der grundsätzlichen Aufrechterhaltung der beschränkten Haftung sind und diese Ausnahmen sich jeweils auf den einzelnen Fall beziehen, ist es nach hier vertretener Auffassung nicht möglich, diese Fälle im Wege einer tatbestandsreichen Aufzählung gesetzlich zu erfassen: Die Fallkonstellationen sind zu unterschiedlich und die Entscheidungen nicht unter einer tatbestandsreichen Norm vereinbar, letztlich vielleicht im Rahmen einer solchen gar nicht verständlich.<sup>185</sup>
- III.6.4. Bemerkenswert ist ferner, daß bei der Regelanwendung zunehmend der Normzweckbetrachtung gefolgt wird. Dementsprechend ist ein Übergang von einer eher formalen zu einer wertenden Betrachtung festgestellt worden ist.<sup>186</sup> Im Rahmen einer sich auf Wertungen beziehenden Generalklausel wäre der Normzweck der einschlägigen, hier für das Recht der verbundenen Unternehmen spezifischen Haftungsregel zu konkretisieren.<sup>187</sup> Denn: Generalklauseln enthalten ein Prinzip, das erst unter Rückgriff auf Normzweck und zugrundeliegende Wertungen konkretisiert werden muß.
- III.6.5. Eine über die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung hinausgehende Verantwortlichkeit ist eine solche Wertung. Schlagwortartig ist dies so ausgedrückt worden: "*Durchgriffstatbestände beruhen auf Wertungen.*"<sup>188</sup> Insbesondere hat sich bei Praktikern die Erkenntnis durchgesetzt, daß bei Durchgriffsfragen im Einzelfall letztlich

<sup>183</sup> Vgl. hierzu das im dritten Teil unter A.III.3. Gesagte.

<sup>184</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil unter D.II.1.

<sup>185</sup> Vgl. hierzu rechtsvergleichend etwa Blumberg, *The Law of Corporate Groups* (1983), S. 8, der dies für das durchgriffsfreundlichere amerikanische Recht so ausdrückt: "*hundreds of decisions that are irreconcilable and not entirely comprehensible*"; vgl. auch Lehmann, *Prinzip der beschränkten Haftung* (1986), S. 358 und die Ablehnung einer *Einheitsformel für alle "Durchgriffsfälle"* oben im ersten Teil unter C.II.6.

<sup>186</sup> Vgl. nur Ulmer, *Richterrechtliche Entwicklungen* (1986), S. 26ff.

<sup>187</sup> Ebenso etwa Teubner, *Unitas Multiplex* (1991), S. 208.

<sup>188</sup> So ausdrücklich Lutter, *Haftung in der Unternehmensgruppe* (1982), S. 273; vgl. hierzu oben im dritten Teil unter B.II.6.

stets eine wertende und abwägende Entscheidung für das Ergebnis den Ausschlag gibt.<sup>189</sup> Die vorgeschlagene Generalklausel könnte der Rahmen hierfür sein.

- III.6.6. Bei der Unterschiedlichkeit der verschiedenen Haftungskonstellationen - die mindestens ebenso vielgestaltig sind wie die Unternehmen selbst<sup>190</sup> - muß die Frage der Verantwortlichkeit letztlich auf einer Wertung der Umstände des Einzelfalls beruhen. Dabei ist es auch für die hier behandelte Haftungsfrage aufgrund der unterschiedlichen Interessenbewertungen *"notwendig, zunächst den Normbereich der jeweiligen Bestimmungen und ihre rechtliche Tragweite abzugrenzen. Die Schwierigkeit ist dabei die, daß die gesetzliche Regelung [...] die Kontrolle wirtschaftlicher Macht sicherstellen muß, ohne damit den Konzern über Gebühr in seiner wirtschaftlichen Betätigung zu behindern. Dies mag im Einzelfall eine sehr subtile Interessenabwägung voraussetzen; letztlich können die Zweifelsfragen aber nur im konkreten Fall entschieden werden."*<sup>191</sup>
- III.6.7. Eine Regelung, die die Festsetzung der Haftungserweiterung im Einzelfall ermöglicht, vermag sich den jeweiligen Umständen des Einzelfalles anzupassen und ist deshalb nach hier vertretener Ansicht einer vorausplanenden tatbestandsreichen gesetzlichen Formel überlegen.<sup>192</sup>
- III.6.8. Insofern ist bemerkenswert, daß in den Entscheidungen zur Verantwortlichkeit im Recht der verbundenen Unternehmen vom BGH fallbezogen argumentiert wird<sup>193</sup> und daß der BGH es für schwierig hält, eine Formel zu finden, mit der sich die für die Verantwortlichkeit entscheidende 'Konzernverwirklichung' deutlich genug fassen läßt.<sup>194</sup>
- III.6.9. Aus eben diesem Grund sind wohl auch in den Entscheidungen zum qualifizierten faktischen Konzern die haftungsauslösenden Merkmale

<sup>189</sup> Vgl. bereits Nirk, Rechtsfolge der Durchgriffshaftung (1985), S. 456 der angesichts der in der Rechtslehre bislang noch nicht gelungenen Klärung der Grundfragen vom Bundesgerichtshof verlangt, die einzelnen Tatbestände nicht systematisch zu erfassen, sondern zu pragmatischen Lösungen zu gelangen.

<sup>190</sup> Vgl. zur Hypertrophie des Unternehmensbegriffes das im dritten Teil unter C.II.1. Gesagte.

<sup>191</sup> So - allerdings zum Schutz von Minderheiten - bereits Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S. 269. Daß dieser Einzelfallcharakter nicht unumstritten ist, sei hier nicht abgestritten; vgl. beispielsweise kritisch gegen eine fallweise Abhilfe der Gläubigerschutzprobleme in der GmbH Versteegen, Konzernverantwortlichkeit und Haftungsprivileg (1993), S. 235.

<sup>192</sup> So auch zum Schutz der Gläubigerinteressen durch die *action en comblement du passif* in Frankreich Wiedemann, Gesellschaftsrecht (1980), S. 552; de lege ferenda hierzu auch Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672, 757ff.

<sup>193</sup> Vgl. zur - beispielsweise von Stimpel zum Video-Urteil hervorgehobenen - fallbezogenen Argumentation die Ausführungen oben im dritten Teil unter C.V.5.c.

<sup>194</sup> Vgl. nur die Entwicklung nach BGHZ 95, 330, 343 (Autokran, 1985) und dazu oben im dritten Teil C.V.5.g.

trotz zahlreicher Versuche verschiedener generalisierender Formulierungen stark von einzelfallbezogenen Umständen bestimmt.<sup>195</sup>

- III.6.10. In Übereinstimmung hiermit wird in dieser Arbeit vertreten, daß die flexible Einzelfallbetrachtung gegenüber schematisierten Einheitslösungen bei Haftungsfragen den Vorzug verdient.<sup>196</sup>

### **7. Berücksichtigung von Indizien bei der Einzelfallentscheidung**

- III.7.1. Die Verwendung von offenen Tatbeständen ist im Kapitalgesellschaftsrecht nicht unbekannt: So kennt beispielsweise das deutsche Gesellschaftsrecht keine Definition des - gar als Angelpunkt der Konzernhaftung bezeichneten<sup>197</sup> - Unternehmensbegriffes.<sup>198</sup> Dies illustriert, daß der Verwendung von offenen, flexiblen und ausfüllungsbedürftigen Regelungsbegriffen keine systematischen Bedenken entgegenstehen.<sup>199</sup>
- III.7.2. Nach großen Schwierigkeiten mit dem Problem der Beweislastverteilung wurde beim qualifiziert faktischen Konzerns mit dem TBB-Urteil eine auf Indizien aufbauende Einzelfalllösung erreicht, indem ein System des über Indizien zu führenden Anscheinsbeweises entwickelt wurde.<sup>200</sup>
- III.7.3. Dem Gesagten entsprechend ist bereits vorgeschlagen worden, als geeignete Indizien für eine nachhaltige Beeinträchtigung der Belange der abhängigen Gesellschaft in erster Linie auf solche Umstände abzustellen, aus denen sich die Mißachtung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft ergibt.<sup>201</sup>

<sup>195</sup> So bereits Schanze, Anmerkung zum TBB-Urteil (1993), S. 376; vgl. auch die Darstellung im dritten Teil unter C.5.g. und zur Beweislastverteilung als Parallele zum hier vertretenen Ansatz unter E.III.2.b.

<sup>196</sup> Daß der entsprechende Standpunkt auch außerhalb der Haftungsfrage eingenommen wird, zeigt etwa für das Konzernarbeitsrecht Weinmann, Der Konzern im Arbeitsrecht (1984), S. 464.

<sup>197</sup> Vgl. so etwa K. Schmidt, Gleichordnung im Konzern (1991), S. 432 und oben im dritten Teil unter C.II.1.

<sup>198</sup> Vgl. hierzu insbesondere oben im dritten Teil unter C.II.1.a.

<sup>199</sup> Vgl. hierzu oben im dritten Teil unter C.II.1.b.

<sup>200</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.V.5.f. und E.III. sowie Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 147, 150ff., der konsequent und richtig meint, es sei vor allem auch Aufgabe der künftigen Rechtsprechung zur Konzernhaftung, tragfähige und praktikierbare Indizien herauszuarbeiten, die gleichzeitig ein Ausräumen des auf Indizien gestützten Anscheinsbeweises als Möglichkeit belassen.

<sup>201</sup> So Hachenburg/Ulmer (1994) GmbHG Anh. § 77 Rn. 150 m.w.N. Ulmer nennt als Beispiele solcher Mißachtung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft den zentral gesteuerten, beliebigen Einsatz der verschiedenen Konzernunternehmen für jeweils anstehende Geschäfte, den Mißbrauch der abhängigen Gesellschaft als Kostenträger für ein Projekt, dessen Risiken seine Durchführung als Spekulation auf Kosten der Gläubiger erscheinen läßt, die Verwendung von Betriebsvermögen der abhängigen Gesellschaft ohne Rücksicht auf dingliche Zuordnung und ohne Entgeltleistung zugunsten anderer Konzernunternehmen usw., jeweils mit Nachweisen. Auf die Frage, welche dieser oder anderer Maßnahmen das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft beeinträchtigen, ist in dieser Arbeit hier nicht näher eingegangen worden: Nach hier vertretener Auffassung läßt sich dies eben nicht mit allgemeiner Gültigkeit formulieren. Denn die Umstände

- III.7.4. Wann der Interessenumbruch stattfindet und das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft generell verdrängt wird, läßt sich im Einzelfall meistens gar nicht direkt feststellen, sondern zumeist lediglich aus mehr oder minder aussagekräftigen Indizien schließen. Eben deshalb ist nach dem hier vertretenen Regelungsansatz der Interessenumbruch durch Indiztatsachen zu belegen.<sup>202</sup>
- III.7.5. Hieraus ergibt sich systemstimmig auch die Möglichkeit einer fallweisen Konkretisierung der Generalklausel,<sup>203</sup> welche - dies hat beispielsweise die Rechtsentwicklung der Haftungsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns gezeigt - bei Extremfällen, und um nur die kann es gehen,<sup>204</sup> angebracht ist.

### **8. Zur Verteilung der Beweislast**

- III.8.1. Die Verteilung der Beweislast bei Haftungsfragen im Recht der verbundenen Unternehmen ist im Einzelfall regelmäßig von entscheidender Bedeutung, weil die Frage einer Haftung im Einzelfall oft an Schwierigkeiten der Beweisführung entschieden wird.<sup>205</sup>
- III.8.2. Bereits im geltenden Recht findet sich eine Beweislastumkehr zu Lasten des herrschenden Unternehmens, die sich auf die gesetzliche Anerkennung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft als Wertung gründet.<sup>206</sup>
- III.8.3. In der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern hat der Bundesgerichtshof die Gedanken der Beweisnähe und der Vermutung eines Interessenumbruchs in der abhängigen Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens dahingehend konkretisiert, daß - bei Beweiserleichterung - dem herrschenden Unternehmen gegenüber eine Benachteiligung des Eigeninteresses substantiiert werden muß.<sup>207</sup>
- III.8.4. Ist das Eigeninteresse einer abhängigen Kapitalgesellschaft in krasser Weise zum Vorteil eines außerhalb des Bereichs der Kapitalgesellschaft liegendem Unternehmensinteresses verdrängt worden, so haftet die

---

des Einzelfalles sind bei der jeweiligen Entscheidung darüber zu berücksichtigen, ob dieses oder jenes Indiz im konkreten Fall zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung des Eigeninteresses geführt hat.

<sup>202</sup> Vgl. hierzu im dritten Teil C.V.5.g. und E.III.3.b.cc.

<sup>203</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter D.II.3.

<sup>204</sup> Vgl. beispielsweise oben im dritten Teil unter D.II.5.

<sup>205</sup> Vgl. etwa die Ausführungen zur Verteilung der Beweislast bei qualifiziert faktischen Abhängigkeiten oben im dritten Teil unter C.V.5.f. und für den vorgeschlagenen Regelungsansatz ebenda unter E.III.

<sup>206</sup> Vgl. das oben im dritten Teil einleitend unter C.V.5.f. Gesagte.

<sup>207</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.V.5.f.



Rechtsperson bzw. haften die Rechtspersonen, deren Interesse statt des Eigeninteresses der Kapitalgesellschaft in dieser wahrgenommen worden ist, wenn es dieser Rechtsperson bzw. diesen Rechtspersonen nicht gelingt, eine dargelegte Interessenverdrängung zu widerlegen. Bei der Beurteilung, ob eine solche Interessenverdrängung stattgefunden hat, sind die vorgetragenen Indizien und Beweismomente entscheidend. Diese Beweislastverteilung ist für den vorgeschlagenen Regelungsansatz aufzugreifen.

- III.8.5. In der Rechtsprechung ist statt einer rigiden Beweislastverteilung also ein auf Indizien aufbauendes flexibles System entwickelt worden.<sup>208</sup> Gleichzeitig ist richtig festgestellt worden, daß die Frage der Zulassung eines Entlastungsbeweises eine reine Wertungsfrage ist.<sup>209</sup>
- III.8.6. Entscheidend muß sein, wie dies etwa beim qualifiziert faktischen Konzern geschehen ist, daß dabei eine mit den Wertungen der materiellrechtlichen Regelung übereinstimmende einheitliche Grundwertung der Beweislastverteilung aufgestellt wird, die es im Einzelfall erlaubt, zu einer gerechten Beweislastverteilung zu gelangen.<sup>210</sup>
- III.8.7. Der Rahmen für eine im Einzelfall vorzunehmende Konkretisierung dieser Wertungsfrage ist im offenen Tatbestand zur Haftungsfrage im verbundenen Unternehmen abzubilden.

---

<sup>208</sup> Vgl. oben im dritten Teil unter C.V.5.f.

<sup>209</sup> Vgl. zur Bedeutung dies Aussage von K. Schmidt oben im dritten Teil C.V.5.f.

<sup>210</sup> Vgl. die abschließenden Ausführungen im dritten Teil unter C.V.5.f.

## **B. Vorschlag einer Generalklausel zur Regelung der Haftungsfrage**

Die nur teilweise kodifizierte Regelung des Rechts der verbundenen Unternehmen mag in Teilen nicht zufriedenstellen, sie hat aber unbestreitbar wertvolle Kristallisationspunkte für die Rechtsfortbildung gegeben.<sup>211</sup> Entsprechend hat der Bundesgerichtshof das Konzernrecht schrittweise am Einzelfall fortgebildet,<sup>212</sup> und neue Rechtssätze herausgebildet. Dabei handelt es sich unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenabwägungen durchweg um im konkreten Einzelfall angemessene Ergebnisse: Trotz Einzelfallbezug sind nämlich systematischen Zusammenhänge und Generalisierungsfähigkeit nicht zu leugnen, sie werden vom Bundesgerichtshof nicht vernachlässigt.<sup>213</sup> Auf Dauer bedarf die weitere Rechtsfortbildung jedoch eines gesetzlichen Fundaments. Aufgrund des Trennungsprinzips sollte der Gesetzgeber sprechen, wenn die Haftungsbeschränkung im polykorporativen Unternehmen auf systematische Weise eingeschränkt werden soll. Eben dieses soll der hier vorgeschlagene offene Haftungstatbestand bieten.

## **I. Vorbemerkung zur Frage der Platzierung einer Generalklausel**

Im Vorhergehenden ist dargelegt worden, wie der besondere Interessenkonflikt im verbundenen Unternehmen die Grenzen des klassischen Gesellschaftsrechts sprengt<sup>214</sup> und dass die im Recht der verbundenen Unternehmen auftretenden Probleme nicht vollständig mit den bisher ins Recht umgesetzten tatbestandsreichen Regelungen zu bewältigen sind.<sup>215</sup> Auf den gesetzgeberischen Wertungen aufbauend wurde versucht, einen rechtsformneutralen Regelungsansatz zur Bereinigung der angesprochenen Verwerfungen im Haftungsgefüge einer abhängigen Kapitalgesellschaft zu skizzieren. De lege ferenda könnte man erwägen, derlei rechtsformneutrale Bestimmungen für das Recht der verbundenen Unternehmen in eine Art 'Unternehmensgesetz' aufzunehmen. So ist etwa überlegt worden, ob es nicht richtig gewesen wäre, das Konzernrecht in einem einzigen Gesetz für alle Gesellschaften einheitlich zu regeln.<sup>216</sup> Auch nach dem AktG von

<sup>211</sup> Vgl. so Druey, Gutachten (1992), S. H 51.

<sup>212</sup> So ist der Bundesgerichtshof in BGHZ 65, 15ff. (ITT, 1975) und BGHZ 95, 330ff. (Autokran, 1985) erkennbar darum bemüht, eine vorzeitige Festlegung zu vermeiden und sich den Weg für Modifikationen der eingeschlagenen Richtung offenzuhalten, vgl. hierzu etwa Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S. 53.

<sup>213</sup> Vgl. hierzu auch Ulmer, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (1986), S.54.

<sup>214</sup> Vgl. insgesamt die Problemdarlegung im dritten Teil unter A.

<sup>215</sup> Vgl. beispielsweise die Darstellung des im Richterrecht geschaffenen 'qualifiziert faktischen Konzerns' im dritten Teil unter C.V.5.

<sup>216</sup> Vgl. hierzu etwa Möhring, Systematik (1973), S. 253. Nach hier vertretener Auffassung sind konzeptionell zwei unterschiedliche gesellschaftsrechtliche Regelungsansätze zu schaffen: eine der klassischen Regelung entsprechende, an der autonomen Gesellschaft orientierte Regelung, und daneben eine Sonderregelung für die in ihrer autonomen Willensbildung bzw. Interessenwahrung behinderte unselbständige Gesellschaft, wie sie in den §§ 291ff. AktG angedacht ist.

1965 wurde diese Frage eines rechtsformneutralen Konzernrechts noch offengehalten.<sup>217</sup> Dafür spräche beispielsweise, daß Risikodurchschläge auf die Ebene der Konzernspitze, die konzernrechtlich begründet sind, keine rechtsform-spezifischen Unterschiede aufweisen, sondern vielmehr rechtsformneutral sind.<sup>218</sup>

Bei der bestehenden Gesetzeslage wäre die vorgeschlagene Generalklausel jedoch in die Regelung des dritten Buches des AktG aufzunehmen. Denn da es ein kodifiziertes Recht der Verantwortlichkeit im Recht der verbundenen Unternehmen nur im AktG gibt und die rechtliche Berücksichtigung der abhängigen Gesellschaft aus dem Recht heraus, und nicht abgehoben eigenständig entwickelt werden sollte,<sup>219</sup> sollte die vorgeschlagene Generalklausel in die Regelung integriert werden, deren Wertungen ihr zugrundeliegen. Dies stimmt auch damit überein, das die Berücksichtigung und der Schutz der einzelnen Gesellschaft in einem verbundenen Unternehmen auch in einem zu entwickelnden Unternehmensrecht über den Schutz der einzelnen Gesellschaften im polykorporativen Unternehmen zu entwickeln ist.<sup>220</sup> Da die vorgeschlagene Regelung rechtsformneutral angelegt ist, könnte sie - ebenso wie etwa die Vertragskonzernregelung - analog auf die GmbH angewendet werden. Die vorgeschlagene Generalklausel sollte nicht als verbandsrechtlicher Monolith in das ansonsten konzernfreie GmbHG eingebunden werden.

Da die vorgeschlagene Generalklausel neben die bestehende Regelung des AktG tritt, sollte sie an entsprechender Stelle in die bestehende Regelung plaziert werden. Da der Vorschlag die Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen betrifft, könnte er passend in den zweiten Teil des dritten Buches des AktG integriert werden.

Da die Regelung als Auffangtatbestand konzipiert ist,<sup>221</sup> und die gemeinsame Wertung der Regelung des Vertragskonzerns als auch an die des faktischen Konzerns, nämlich der Verantwortlichkeit bei Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft, anknüpft und der Vorschlag Elemente und Anleihen sowohl der Vertragskonzernregelung als auch der Regelung für faktische Konzerne beinhaltet, könnte der Vorschlag beispielsweise zwischen die Regelungsabschnitte der *Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags* (§§ 308 bis 310 AktG) und den an Stelle des E § 284 Gesetz gewordenen Regeln der §§ 311ff. zur *Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags* aufgenommen werden. In Anbetracht der gewonnenen Erkenntnisse könnte dein solcher § 310a AktG wie folgt lauten:

<sup>217</sup> So etwa von Möhring, Systematik der §§ 311, 317 AktG (1973), S. 253.

<sup>218</sup> Vgl. Hommelhoff, Gesellschaftsformen als Organisationselemente (1990), S. 118.

<sup>219</sup> Ähnlich zur Weiterentwicklung des Konzernrechts Hommelhoff, Konzernmodelle (1986), S. 111.

<sup>220</sup> Entsprechend für die Entwicklung eines Konzernverfassungsrecht aus einem konzerngliedbezogenen Ansatz Hommelhoff, Konzernmodelle (1986), S. 109.

<sup>221</sup> Vgl. das zum Ausnahmecharakter oben im dritten Teil unter D.II.1. Gesagte.

**III. Formulierungsvorschlag eines E § 310a AktG:**

- (1) Gegenüber dem herrschenden Unternehmen sind Umstände darzulegen, die bei einer verständigen Würdigung annehmen lassen, daß das Eigeninteresse der abhängigen Aktiengesellschaft über bestimmte, vom herrschenden Unternehmen durch Ausgleichszahlungen kompensierte Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden ist. Demgegenüber hat das herrschende Unternehmen, bei zunehmender Verdrängung des Eigeninteresses und Nachhaltigkeit der Beeinträchtigung entsprechend zunehmend, darzulegen, daß keine nicht ausgeglichene Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Aktiengesellschaft vorliegt.
- (2) Ein herrschendes Unternehmen, das unter Verletzung seiner Treupflicht das Eigeninteresse einer von ihm abhängigen Aktiengesellschaft beeinträchtigt, hat jeden während der Abhängigkeit entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, es sei denn, das herrschende Unternehmen hat die Benachteiligungen der abhängigen Aktiengesellschaft in angemessener Weise ausgeglichen und die Nachprüfbarkeit des Ausgleichs und der Angemessenheit sichergestellt.
- (3) Für die abhängige Aktiengesellschaft kann auch ein Dritter, dessen Rechtsstellung von der abhängigen Aktiengesellschaft abhängig ist, insbesondere Gläubiger der abhängigen Aktiengesellschaft, den entstandenen Schaden geltend machen,<sup>222</sup> wenn der Dritte glaubhaft macht, daß seine Interessen beeinträchtigt sind.

---

<sup>222</sup>

Hier wird der wertvolle Gedanke des § 309 Abs. 4 AktG aufgegriffen.

## Literaturverzeichnis:

(Häufig verwendete Zitierstellen sind im Text unter Verweis auf zentrale Titelpassagen zitiert, in diesen Fällen sind die im Nachfolgenden unterstrichenen Titelpassagen als Zitierstellen verwendet.)

*Adams, Michael*

Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung, Baden-Baden, 1991.

*Akademie für Deutsches Recht - Ausschuß für G.m.b.H.-Recht (AkDR)*

Bericht über die siebente Sitzung des Ausschusses am 14. Oktober 1938 in Wien, Frankfurt a.M. 1938 (zitiert Sitzungsberichte AkDR VII).

*Aktiengesetz von 1937 Großkommentar*

Erster Band, §§ 1-144, Berlin 1961.

*Aktiengesetz Großkommentar*

(zitiert: Sachbearbeiter in Großkomm. AktG (Erscheinungsjahr).

3. Auflage: Hrsg. von Barz, Brönnner, Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling, Wiedemann, Würdinger, Berlin 1973-1975.

Erster Band 1.Hb §§ 1-75, 3. Aufl., Berlin / New York 1973

Dritter Band: §§ 179-290, 3. Aufl., Berlin / New York 1973

Vierter Band: §§ 291-410, EGActG, 3. Aufl., Berlin / New York 1973

4. Auflage: Hrsg. von Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, Berlin / New York 1992-

1. Lieferung: Einleitung A-D, 4. Aufl., Berlin / New York 1992.

10. Lieferung, §§ 15-22, 4. Aufl., Berlin / New York

15. Lieferung, §§ 54-66; 4. Aufl., Berlin / New York

5. Lieferung, §§ 179-191; 4. Aufl., Berlin / New York (Bearbeiter Wiedemann)

*Albers-Schönberg, Max*

Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich, 1980.

*Altmeyden, Holger*

Grenzenlose Vermutungen im Recht der GmbH, DB 1991, S. 2225ff.

*ders.*

Abschied vom qualifiziert faktischen Konzern: Verflechtungen im faktischen Unternehmensverbund und ihre Auswirkungen, Heidelberg, 1991.

*ders.*

EWIR § 302 AktG 2/93 (TBB), EWIR 1993, 327

*ders.*

Die systematische Einordnung der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern nach "TBB", DB 1994, S. 1912ff.

*Antunes, Jules*

Liability of Corporate Groups - Studies in Transnational Law, Den Haag/London/Boston, 1994.

*Assmann, Heinz-Dieter*

Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern durch richterliche Rechtsfortbildung, JZ 1986, 928ff.

*ders.*

Der faktische GmbH-Konzern, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 657ff.

*Baeter, Axel*

Generalklauseln und Fallgruppen (Erwiderung auf Ralph Weber), AcP 1994, 83ff.

*Ballerstedt, Kurt*

Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen, 1949.

*ders.*

Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft, DB 1956, 813ff.

*ders.*

75 Jahre GmbH-Gesetz, GmbH-Rundschau 1967, S. 66ff.

*ders.*

Schranken der Weisungsbefugnis aufgrund eines Beherrschungsvertrages, ZHR 137 (1973), S. 388ff.

*Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred*

GmbH-Gesetz, 17. Aufl., München, 2000.

*Baums, Theodor (Hrsg.)*

Gesetz über die Aktiengesellschaften für die königlich preußischen Staaten vom 9. November 1843, Text und Materialien, Aalen, 1981.

*Baums, Theodor*

Ersatz von Reflexschäden in der Kapitalgesellschaft, ZGR 16 (1987), S. 554.

*Bauschke, Hans Joachim*

Durchgriff bei juristischen Personen, BB 1975, 1322ff.

*ders.*

Grenzen der Rechtspersönlichkeit im englischen Gesellschaftsrecht, Heidelberg, 1975.

*ders.*

Mit dem Durchgriff ins kommende Jahrhundert, BB 1984, S. 698ff.

*Bavelaar, Paul*

Der konzernrechtliche Gläubigerschutz nach deutschem und niederländischem Recht, Frankfurt/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1994 (zugleich Dissertation, Kiel).

*Bälz, Ulrich*

Verbundene Unternehmen, Die Aktiengesellschaft 1992, S. 277ff.

*Becker, Michael*

Die Behandlung des Konzerns nach allgemeinen Grundsätzen im deutschen Recht, in: Mestmäcker, Ernst Joachim / Behrens, Peter (Hrsg.), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, S. 419ff.

*Behr, Giorgio*

Ein Votum für Organisationsfreiheit, in: Druey: Das St.Galler Konzernrechtsgespräch, Bern/Stuttgart 1986, S. 129ff.

*Behrends, Okko*

Struktur und Wert. Zum institutionellen und prinzipiellen Denken im geltenden Recht, in Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Hrsg. Okko Behrends, S. 138ff., Göttingen 1989.

*Behrens, Peter*

Der Durchgriff über die Grenze, RabelsZ 46 (1982), S. 308ff.

*ders.*

Gesellschaftsrecht der EG in Dause (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, München 1993.

*ders.*

Gemeinschaftsrecht und juristische Methodenlehre, Editorial, EuZW 1994, S. 289ff.

*Beinert, Stephanie*

Die Konzernhaftung für die satzungsmäßig abhängig gegründete GmbH; Köln 1995 (zugl. Diss, Berlin)

*Benne, Dietmar*

Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung, Köln, 1978.

*Berle & Means*

The Modern Corporation and Private Property, 1932 (1950), New York.

*Berg, Hans*

Schadensersatzanspruch des GmbH-Gesellschafters bei einem Schaden der Gesellschaft, NJW 1974, 933ff.

*Berger, Christian*

Die actio pro socio im GmbH-Recht, ZHR 149 (1985), S. 599ff.

*Beuthien, Volker*

Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen für Leitungsmachtmißbrauch, DB 1969, S. 1781ff.

*Binnewies, Burkhard*

Die Konzerneingangskontrolle in der abhängigen Gesellschaft, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996.

*Blaschczok, Andreas*

Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, Köln, Berlin, Bonn, München 1993.

*Blumberg, Philip.*

Amerikanisches Konzernrecht, ZGR 1991, S327ff.

*Börner, Fritjof*

Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit, Frankfurt / Berlin / New York / Paris 1989.

*Boujong, Karlheinz*

Zur Ausbildung und Fortbildung des GmbH-Rechts in der neueren Judikatur des Bundesgerichtshofs, GmbHR 1992, S. 207ff.

*Brammsen, Joerg*

Strafbare Untreue des Geschäftsführers bei einverständlicher Schmälerung des GmbH-Vermögens, DB 1989, S. 1609ff.

*Brandes, Helmut*

Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, in: Festschrift für Hans-Joachim Fleck, Berlin 1988, S. 13ff.

*Braun, Johann*

Haftung für Masseschäden, NJW 1998 S. 2318ff..

*Brüggemeier, Gert*

Die Einflußnahme auf die Verwaltung einer Aktiengesellschaft - Zur Struktur und zum Verhältnis der §§ 117 und 317 AktG, AG 1988, S. 93ff.

*Buxbaum, Richard.*

Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft, RabelsZ 60 (1996), S. 201ff.

*Bydlinski, Franz*

Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1. Aufl. 1982 (die hier zitierten Seitenzahlen entsprechen ebenso der 2. Aufl. 1991), Wien, München.

*ders.*

Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Hrsg. Okko Behrends, S. 189ff., Göttingen 1989.

*ders.*

Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht, Ein Modellbeispiel für die systematische und methodologische Grundlagenforschung, Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 7. März 1990, Berlin/New York, 1990.

*Canaris, Claus-Wilhelm*

Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München, 1971.

*ders.*

Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin, 1983.

*ders.*

Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983.

*Commission of the European Communities*

Harmonization of Company Law in the European Community, Measures adopted and proposed, Situation as at 1 March 1992, Brüssel, Luxemburg 1992.

*Coing, Helmut*

Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen, NJW 1977, 1793-1797.

*ders.*

Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985.

*Davies, Paul*

Legal Capital in Private Companies in Great Britain, Die AG 1998, S. 346ff.

*Decher, Christian E.*

*Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern – Bemerkungen aus der Sicht der Praxis, in: Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern – verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil, Heidelberg, 2002, S. 1*

*Denker, Hans / Hettler, Stephan*

Haftungsfälle GmbH, Freiburg i. Br., 1993.

*Deilmann, Barbara*

Die Entstehung des qualifiziert faktischen Konzerns, Berlin 1970.

*Dettling, Heinz-Uwe*

Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG von 1965, Tübingen 1997 (zugl. Diss, Tübingen)

*Deutsch, Erwin*

Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1993.

*Deutscher Anwaltverein*

Zur Reform des Aktienrechts, Antworten des Deutschen Anwaltvereins auf die Fragen des Reichsjustizministers I. und II. Teil, Leipzig 1929.

Deutscher Juristentag, Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.)

Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages in Hannover 1992, Band II (Sitzungsberichte) Teil R: Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen - auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten - neu zu regeln?, München, 1992



*Diederichsen, Uwe*

Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe am 12. November 1973, Karlsruhe, 1974.

*Drax, Manfred*

Durchgriffs- und Konzernhaftung der GmbH-Gesellschafter, Bayreuth 1991.

*Dreher, Meinrad*

Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 1993, S. 150ff.

*Drescher, Hans Joachim*

Die Sicherung der Interessen des Einzelaktionärs nach geltendem Recht und nach dem Gesetzesentwurf, Borna-Leipzig, 1932

*Drüke, Heiner*

Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft, Köln 1990.

*Druey, Jean Nicolas*

Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen - auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten - neu zu regeln, Gutachten H für den 59. Deutschen Juristentag 1992.

*Drygala, Tim*

Der Gläubigerschutz bei der typischen Betriebsaufspaltung, Köln, 1991 (Diss.)  
ders.

Konzernhaftung und Einmann-Richtlinie, ZIP 1992, 1528ff.

Easterbrook, Frank H. / Fischel, Daniel R.

Limited Liability and the Corporation, 52 University of Chicago Law Review (1985), S. 89ff.

Easterbrook, Frank H. / Fischel, Daniel R.

The Economic Structure of Corporate Law, 1991

*Ebenroth, Carsten Thomas & Wilken, Oliver*

Beweislast und Gesellschafterhaftung im qualifizierten faktischen Konzern, ZIP 1993, S. 558ff.

*Ehlke, Michael*

Konzerninduzierter Haftungsdurchgriff auf den GmbH-Gesellschafter? DB 1986, S. 523ff.

ders.

Ergebnisverwendungsregelungen in der GmbH nach BiRiLiG, DB 1987, S. 671ff.

*Eickhoff, Andreas*

Die Gesellschafterklage im GmbH-Recht, München 1988.

Ellscheid, Günther / Hassemer, Winfried (Hrsg.)

Interessenjurisprudenz, Darmstadt, 1974.

*Emmerich, Volker*

Das GmbH-Konzernrecht, AG 1975, 285ff.

ders.

Bestandsschutz im GmbH-Vertragskonzern, in Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, Hrsg.: Peter Hommelhoff, Johannes Semler, Peter Doralt, Günther H. Roth, Berlin 1986, S. 164ff.

ders.

Konzernbildungskontrolle, AG 1991, S. 303ff.

Emmerich, Volker / Sonnenschein, Jürgen

Konzernrecht, 6. Aufl., München 1997.

Emmerich, Volker / Habersack, Mathias

Aktien- und GmbH-Konzernrecht, München, 2001

Esser, Josef

Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilrecht, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Tübingen am 26. Mai 1965, Karlsruhe, 1965.

ders.

Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., München, 1969.

ders.

Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt, 1970.

ders.

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., 1990.

Eucken, Walter

Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO Band II (1949), S. 1ff

Eucken, Walter

Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern, Tübingen, 1952.

Falkenhausen, Freiherr B. von

Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheits Herrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften, 1967.

Fickentscher, Wolfgang

Methoden des Rechts, Band III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976.

ders.

Wirtschaftsrecht, Band I und II, München 1983.

Fleck, Hans-Joachim

Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbH-Rdsch 1981, S. 224ff.

ders.

Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 149 (1985), S. 387ff.

ders.

Die Rechtsprechung des BGH zum Recht der verbundenen Unternehmen, WM 1986, S. 1205ff.

Fleck, Hans-Joachim

Mißbrauch der Vertretungsmacht oder Treubruch des mit Einverständnis aller Gesellschafter handelnden GmbH-Geschäftsführers aus zivilrechtlicher Sicht, ZGR 1990, S. 31ff.

Flume, Werner

Richter und Recht, 46 DJT BD II, 1967.

ders.

Die juristische Person, Berlin 1983.

ders.

Das Video-Urteil und das GmbH-Recht, DB 1992, S. 25ff.

ders.

Das Video-Urteil als eine Entscheidung des II. Senats des BGH aus dessen Selbstverständnis der Innehabung gesetzgeberischer Gewalt, ZIP 1992, S. 817ff.

ders.

Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treupflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs, ZIP 1995, S. 161ff.

Forum Europaeum Konzernrecht (siehe auch Hommelhoff, Peter etc. als Hrsg.)

Konzernrecht in Europa (ZGR 1998), S. 672ff.

*Frommel, S.N. & Thompson, J.H. (Hrsg.)*

Company Law in Europe, Brentford 1975.

Frowein, Jochen Abr.

Randbemerkungen zu den Grenzen des Richterrechts in rechtsvergleichender Sicht, in Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift d. Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg, 1986.

v. Gamm, Otto-Friedrich Frhr.

Wettbewerbsrecht: mit Zugabe- u. Rabattrecht sowie mit Nebengesetzen, Halbbd. 1, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1987.

*Geßler, Ernst*

Probleme des neuen Konzernrechts, in DB 1965, S. 1691ff. und 1729ff.

ders.

Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbH-Rdsch. 1966, S. 102ff.

ders.

Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe, 1974, S. 145-165.

*Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang / Eckardt, Ulrich / Kropff, Bruno*

Kommentar zum Aktiengesetz, München 1973-1984,

sowie 13. Lieferung 319-358a, München 1991

Gloy, Wolfgang (Hrsg.)

Handbuch des Wettbewerbsrechts, München 1986 (zitiert Gloy-Sachbearbeiter, Handbuch des Wettbewerbsrechts)

*Goette, Wulf*

Haftungsvoraussetzungen im qualifiziert faktischen Konzern, DStR 1993, S. 568ff.

ders.

Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern– Rechtsprechungsbericht, in: Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern – verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil, Heidelberg, 2002, S. 11ff.

*Grauer, Wolfram*

Konzernbildungskontrolle im GmbH-Reht: Minderheitenschutz bei der Begründung der Abhängigkeit, der faktischen Konzernierung und dem Abschluß von Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsverträgen, Konstanz, 1991.

*Gribbohm, Günter*

Untreue zum Nachteil der GmbH, ZGR 19 (1990), S. 1ff.

*Großkommentar zum Aktiengesetz*

(siehe Aktiengesetz, Großkommentar)

*Gruchmann, Lothar*

Justiz im Dritten Reich 1933-19400: Anpassung und Unterwerfung in der Ära, München, 1988.

*Grunewald, Barbara*

Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, Tübingen 1990.

dies.

Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung in der GmbH&CoKG, BB 1981,581ff.

*Hachenburg, Max*

Aus dem Rechte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs und Versicherungsrecht (LZ) (1907), Sp. 460ff.

Hachenburg: GmbHG-Großkommentar (Hrsg. V. Peter Ulmer)

Erster Band, Allgemeine Einleitung; §§ 1-34, 8. Aufl., Berlin 1992

§§ 13-52, 7. Aufl., Berlin 1979.

§§ 45-52, 8. Aufl., Berlin 1991.

§§ 53-64, 8. Aufl., Berlin 1991.

*Haußmann, Fritz*

Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1926.

*Hattenauer, Hans*

Wandlungen des Richterleitbildes im 19. und 20. Jahrhundert, in Recht und Justiz im "Dritten Reich", Hrsg. R. Dreier und W. Sellert, Frankfurt, 1989.

*Hattstein, Gero*

Gläubigerschutz durch das ehemals herrschende Unternehmen, Baden-Baden, 1995, zugleich Diss, Berlin, 1994.

*Hedemann, Justus Wilhelm*

Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht (Schriften des Vereins "Recht und Wirtschaft", Bd. III, Heft 2), Berlin 1913.ff.

dies.

Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Staat und Recht, Tübingen, 1933.

*Henkel, Heinrich*

Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. (1977), S. 391.

*Henrichs, Joachim*

Treupflichten im Aktienrecht - zugleich Überlegungen zur Konkretisierung der Generalklausel des § 242 BGB sowie zur Eigenhaftung des Stimmrechtvertreters, AcP 195 (1995), S. 221ff.

*Henze, Hartwig*

Zur Schiedsfähigkeit von Gesellschafterbeschlüssen im GmbH-Recht, ZGR 17 (1988), S. 542.

dies.

Die Treupflicht im Aktienrecht, BB 1996, S. 489ff.

dies.

Zur Treupflicht im Aktienrecht, in Festschrift für Kellermann, 1991, S. 141ff.

dies.

Aktienrecht, Höchstrichterliche Rechtsprechung, Köln, 2002

*Hesselberger, Dieter*

Entwicklungen, Grenzen und Gefahren richterlicher Rechtsfortbildung in Festschrift für Kellermann, 1991, S. 153ff.

*Heymann, Ernst*

Die Haftung der Aktionäre und Dritter für gesellschaftsschädliche Handlungen, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland, S. 221ff., Basel, 1934.

*Heinsius, Theodor*

Haftungsfragen im faktischen GmbH-Konzern, AG 1986, S. 99ff.

*Heisse, Mathias*

Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, Köln, 1988.

*Hirte, Heribert*

Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung, München 1986.

*ders.*

Der qualifiziert faktische Konzern, Köln, 1992.

*ders.*

Der Vertragskonzern im Gesellschaftsrecht, Köln, 1993.

*Hönle, Bernd Michael*

Der außeraktienrechtliche Gewinnabführungsvertrag in gesellschaftsrechtlicher und körperschaftssteuerrechtlicher Sicht, DB 1979, 485ff.

*Hoffmann, Thomas*

Die Klagebefugnis des GmbH-Gesellschafters, GmbH-Rdsch 1963, 61ff.

*Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.)*

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, München 1999

*Hommelhoff, Peter*

Die Konzernleitungspflicht, Köln 1982.

*ders.*

Eigenkapital-Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen, WM 1984, 1105ff.

*ders.*

Eigenkontrolle und Staatskontrolle, in: Schubert/ Hommelhoff (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4, 1985, S. 53ff.

*ders.*

Konzernmodelle und ihre Realisierung im Recht, in: Druey: Das St.Galler Konzernrechtsgespräch, Bern/Stuttgart 1986, S. 107ff.

*ders.*

Die Ergebnisverwendung in der GmbH nach dem Bilanzrichtliniengesetz, ZGR 1986, S. 418ff.

*ders.*

Der Verlustausgleich im Mehrmütter-Vertragskonzern, in: Festschrift für R. Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 223ff.

*ders.*

Zum revidierten Vorschlag für eine EG-Konzernrechtsrichtlinie, in: Festschrift für Fleck zum 70. Geburtstag, Berlin 1988

*ders.*

Das Gesellschafterdarlehen als Beispiel institutioneller Rechtsfortbildung - Referat vom 6. Symposium der ZGR zur richterlichen Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht, ZGR 1988, S. 460ff.

*ders.*

Zur Kontrolle strukturändernder Gesellschafterbeschlüsse, ZHR 1990, S. 447-481.

*ders.*

Produkthaftung im Konzern, ZIP 1990, 761ff.

*ders.*

Gesellschaftsformen als Organisationselemente im Konzernaufbau, in: Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Hrsg.: Ernst-Joachim Mestmäcker, Peter Behrens, Baden-Baden 1991, S. 91ff.

*ders.*

Die deutsche GmbH im System der Kapitalgesellschaften, in: Roth (Hrsg.) Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch - ein internationaler Vergleich (1991).

*ders.*

Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht - Ergebnisse einer Umfrage - ZHR 156 (1992) S. 295ff.

*ders.*

Konzernpraxis nach "Video" - zugleich Erwiderung auf eine Urteilsschelte, DB 1992, S. 309ff.

*ders.*

Vorkehr gegen qualifizierte Abhängigkeits- und Konzernlagen, in: Hommelhoff/Stimpel/Ulmer (Hrsg.), Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifiziert faktische Konzern (1992), S. 245ff.

*ders.*

Konzernrecht für den europäischen Binnenmarkt, ZGR 1992, S. 121ff.

*ders.*

Minderheitenschutz bei Umwandlungen, ZGR 1993, S. 452ff.

*ders.*

Die qualifizierte faktische Unternehmensverbindung: ihre Tatbestandsmerkmale nach dem TBB-Urteil und deren rechtsdogmatisches Fundament - Das Recht der Konzernhaftung, ZGR 1994, S. 395ff.

*ders.*

"Kleine Aktiengesellschaften" im System des deutschen Rechts, AG 1995 S. 529ff.

*ders.*

Europäisches Gesellschaftsrecht: die société européenne fermée (SEF), WM 1997, 2101ff.

*ders.*

Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern?, ZGR 1996, S. 144ff.

*ders.*

"Société fermée européenne" - eine supranationale Gesellschaftsform, WM 1997, S. 2101ff.

*ders.*

Wider das Akzessorietätsdogma in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 1998, S. 9ff.

Hommelhoff, Peter / Semler, Johannes / Doralt, Peter / Roth, Günther H. (Hrsg.)

Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, Berlin 1986, S. 164ff.

*Hommelhoff, Peter / Kleindiek, Detlef*

Takeover-Richtlinie und europäisches Konzernrecht, Die AG 1990, S. 106ff.

*Hommelhoff, Peter / Druey, Jean Nicolas*

Empfiehl es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen - auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten - neu zu regeln? Gutachten zum Deutschen Juristentag 1992, München 1992.

*Hommelhoff, Peter / Schmidt-Aßmann, Eberhard*

Die Deutsche Bahn AG als Wirtschaftsunternehmen, ZHR 160 (1996), S. 521ff.

Hommelhoff, Peter / Hopt Klaus J. / Lutter, Marcus / Doralt, Peter / Druery, Jean-Nicolas / Wymeersch, Eddy (Hrsg. als Forum Europaeum Konzernrecht)

Konzernrecht in Europa, ZGR 1998, S. 672ff.

*Horrwitz, Walter*

Über die Freiheit der Abstimmung im Aktienrecht, JW 1930, S. 2637ff.

*Hueck, Alfred*

Der Treuegedanken im modernen Privatrecht, München 1947.

*Hübner, Ulrich*

Der Durchgriff bei juristischen Personen im europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht, JZ 1978, S. 703ff.

*Hüffer, Uwe*

100 Jahre BGHZ: Personengesellschaftsrecht, ZHR 151 (1987), S. 392ff.

ders.

Zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als richterrechtliche Generalklausel, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin 1990, S. 59ff.

ders.

Aktiengesetz, 5. Aufl., München 2002.

*Immenga, Ulrich*

Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg v.d.H., 1970.

ders.

Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern, ZHR 1976, S. 301ff.

ders.

Möglichkeiten der Konzernrechtsvergleiche, Festschrift für R. Fischer, Berlin 1979, S. 297ff.

ders.

Lebendiges GmbH-Recht, Besprechung der Kommentare von Hachenburg und Scholz, ZGR 1979, S. 393ff.

ders.

Abhängige Unternehmen und Konzerne im europäischen Gemeinschaftsrecht, Rabels Zeitschrift 48 (1984) S. 48ff.

ders.

Company Systems and Affiliation, International Encyclopedia of comparative Law, Tübingen 1985.

ders.

Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 189ff.

*Ivens, Michael*

Das Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters, Hamburg 1987.

*Jasper, Dieter*

Anmerkung zu OLG WiB 1997, 1188 (Urteil des OLG München vom 5. Februar 1997 - 7 U 4069/96), WiB 1997, 1189

*Jilg, Thomas*

Treuepflicht des Aktionärs, Frankfurt 1996 (Diss., Heidelberg).

*Jürgenmeyer, Michael*

Das Unternehmensinteresse, Heidelberg 1984.

*Junge, Werner*

Das Unternehmensinteresse, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 547ff.

*Jørgensen, Stig*

Fragment und Ganzheit der juristischen Methode, in Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Hrsg. Okko Behrends, S. 57ff., Göttingen 1989.

*Kallfass, Herrmann*

Ökonomische Analyse der Konzernbildung, in Behrens/Mestmäcker, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden, 1990.

*Kallfass, Wilfried*

Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz, Frankfurt, 1972.

*Kessler, Manfred*

Interessen- und Kompetenzkonflikte in einer Aktiengesellschaft aus juristischer und betriebswissenschaftlicher Sicht, AG 1993, S. 252ff.

*Kiethel, Kurt / Groeschke, Peer*

Darlegungs- und Beweislast für die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern, BB 1994, S. 2449ff.

*dies.*

Die Zukunft und die Reichweite der Haftung im qualifizierten faktischen Konzern, NZG 2000, 1151ff.

*Kindler, Peter*

Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Konzernhaftung in der Einmann-GmbH, ZHR 157 (1993), S. 1ff.

*Kirchhof, Paul*

Richterliche Rechtsfindung, gebunden an "Gesetz und Recht", NJW 1986, S. 2275ff.

*Klausning, Friedrich*

Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) nebst Einführungsgesetz und "Amtlicher Begründung", Berlin, 1937.

*ders.*

Reform des Aktiengesetzes, Berlin / Wien 1938.

*ders.*

Die Neuordnung der GmbH, Berlin, 1938.

*Kleindiek, Detlef*

Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, ZIP 1988, S. 613ff.

*ders.*

Strukturvielfalt im Personengesellschafts-Konzern: Rechtsformspezifische und rechtsformübergreifende Aspekte des Konzernrechts, Köln/Berlin/Bonn/München 1991.

*ders.*

Strukturkonzepte für den qualifiziert faktischen Konzern, ZIP 1991, S. 1330ff.

*ders.*

Haftung, freie Beweiswürdigung usw., GmbHR 1992, S. 574ff.



*Klinke, Ulrich*

Europäisches Unternehmensrecht und EuGH, Die Rechtsprechung in den Jahren 1991-1992, ZGR 1993, S. 1ff.

*Knobbe-Keuk, Brigitte*

Das Steuerrecht - eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts?, Köln, 1986.

dies.

Das Erdbeben "Video", DB 1992, S. 1461ff.

*Koch, Wolfgang*

Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, Frankfurt 1983.

*Kohlmann, Günter*

Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, in: Festschrift für Winfried Werner, Berlin 1984, S. 387ff.

*Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Hrsg. Wolfgang Zöllner*

Einleitungsband, Köln, Berlin, Bonn, München 1984

Band 1, §§ 1-75, 2. Aufl., 1988.

Band 2, §§ 76-94, 2. Aufl., 1. Lieferung, 1989

Band 6, §§ 291-328, 2. Aufl., 1. Lieferung, 1987.

Band 7, §§ 339-361, 2. Aufl., 1. Lieferung, 1990.

*Kötz, Hein*

Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in K. Schmidt, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Hamburger Rechtsstudien Band 78, 1990, S. 75ff.

*Konzen, Horst*

Arbeitsrecht im Konzern, ZHR 1987, 566ff.

dies.

Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH&CoKG, NJW 1989, S. 2977ff.

*Koppensteiner, Hans-Georg*

Über wirtschaftliche Abhängigkeit, in Festschrift für Stimpel, Berlin 1985, S. 811ff.

dies.

Unternehmensverträge de lege ferenda. Eine Skizze, in Festschrift für Ostheim, Wien 1990, S. 403ff.

dies.

Abhängige Aktiengesellschaften aus rechtspolitischer Sicht, Festschrift für Steindorff, Berlin 1990, S. 79ff.

*Kort, Michael*

Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, München 1986.

*Kort, Michael*

Der "private" Großaktionär als Unternehmen?, DB 1988, S. 1909ff..

*Kowalski, André*

"TBB" - Rückkehr zu "Autokran", GmbHR 1993, S. 253ff..

*Krieger, Gerd*

Der Tatbestand des qualifizierten faktischen Konzerns, in: Hommelhoff/Stimpel/Ulmer (Hrsg.), Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifiziert faktische Konzern (1992), S. 41ff.

*ders.*

Kann die Praxis mit TBB leben?, ZGR 1994, S. 375ff.

*Kriele, Martin*

Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin, 1967.

*Kronstein, Heinrich*

Wirtschaftsrecht - Rechtsdisziplin und Zweig der Rechtstatsachenkunde, Die Justiz, Band 3, S. 215ff., 1928. Ebenso abgedruckt in und hier zitiert nach Ausgewählte Schriften / Selected Essays, Hrsg. Biedenkopf, Karlsruhe, 1962, S. 3ff.

*ders.*

Die abhängige juristische Person, München 1931.

*ders.*

Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, eine Antrittsvorlesung, Karlsruhe 1957 (hier zitiert). Auch abgedruckt in Ausgewählte Schriften / Selected Essays, Hrsg. Biedenkopf, Karlsruhe, 1962, S. 69ff.

*Kropff, Bruno*

Aktiengesetz, Textausgabe (AktG), Düsseldorf 1965.

*ders.*

Der "faktische Konzern" als Rechtsverhältnis, DB 1967, S. 2147ff. und 2204ff.

*ders.*

Grundzüge des Konzernrechts, in: Lutter / Semler (Hrsg.), Rechtsgrundlagen freiheitlicher Unternehmenswirtschaft, (1991), S. 71ff.

*ders.*

Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, in: Festschrift für Kastner, Wien 1992, S. 279ff.

*ders.*

Das TBB-Urteil und das Aktienkonzernrecht, AG 1993, S. 485ff.

*Kübler, Friedrich*

Kodifikation und Demokratie, Juristenzeitung 1969, S. 645ff.

*ders.*

Erwerbchancen und Organpflichten, Überlegungen zur Entwicklung der Lehre von den "corporate opportunities", in Festschrift für W. Werner, Berlin/ New York, 1984, S. 437ff.

*ders.*

Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. (1998), Heidelberg.

*ders.*

Haftungstrennung und Gläubigerschutz im Recht der Kapitalgesellschaften, in: Festschrift für Heinsius, Berlin 1991, S. 397ff.

*ders.*

Anmerkung zum TBB-Urteil, NJW 1993, S. 1204f.

*ders.*

Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, AG 1994, S. 141ff.

*ders.*

Rechtsbildung durch Gesetzgebungswettbewerb?, Überlegungen zur Angleichung und Entwicklung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Gemeinschaft; Krit. Vjschr. 1994, S. 79ff.

*ders.*

Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital, Einführung zum Symposium "Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in Europa"; Die AG 1998, S. 345.

*Künetzle, Georg Wilhelm*

Die Konzerne im heutigen Aktienrecht, Diss. Heidelberg, 1940.

*Kuhn, Ottmar*

Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen, 1964.

*Kuhn, Georg*

Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich, in: Festschrift für R. Fischer, Berlin 1979, S. 351ff.

*Lamprecht, Philipp*

Haftung des Aktionärs für die treupflichtwidrige Stimmabgabe seines Stimmrechtsvertreters?, ZIP 1996, S. 1372ff.

*Langen, Albrecht*

Die Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft bei einem multinationalen Unternehmen, Bonn, 1976.

*Larenz, Karl*

Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, S. 1ff.

*ders.*

Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I, 14. Aufl., München 1987.

*ders.*

Methodenlehre, 6. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris etc, 1991.

*Laske, Stephan*

Unternehmensinteresse und Mitbestimmung, ZGR 8 (1979), S. 173ff.

*Lecocq, Pierre.*

Pouvoir et autorité judiciaires dans les constitutions francaises, in Etre juge demain, Royer (Hrsg.), 1983.

*Lehmann, Heinrich*

Die Generalklausel des neuen Aktiengesetzes, in Festschrift zum 60. Geburtstag von Julius Wilhelm Hedemann, Hrsg. von Freisler/ Lönning/Nipperdey, Jena, 1938., S. 399ff.

*Lehmann, Julius*

Gutachten über die Frage, ob bei einer künftigen Reform des Aktienrechts eine Annäherung an das englisch-amerikanische Recht in grundlegenden Fragen stattfinden soll, in 34. Deutscher Juristentag, Band I, (1926), S. 258ff.

*Lehmann, Karl*

Die geschichtliche Entwicklung im Aktienrecht, 1895

*Lehmann, Michael*

Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, ZGR 1986, S. 345ff.

*ders.*

Schranken der beschränkten Haftung - Zur ökonomischen Legitimation des Durchgriffs bei der GmbH, GmbHHR 1992, S. 200ff

*Leo, Hans-Christoph*

Einheitliche Konzernleitung durch mehrere Obergesellschaften? Wpg 1968, S. 395ff.

*Leipold, Dieter*

Besprechung von Gerhard Reinecke: Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, AcP 179 (1979), S. 502ff.

*Lifschütz, Alexander*

Die Generalklausel im Aktienrecht, Mannheim / Berlin / Leipzig, 1931.

*Limbach, Jutta*

Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit, GmbHR. 1967, S. 71ff.

*Limmer, Peter*

Die Haftungsverfassung des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns. Haftungsrechtliche Konsequenzen von Konzernleitung und -organisation, Köln 1992.

*Lindacher, Walter*

Fragen der Beschlußfassung und -feststellung nach § 46, Nr. 8 GmbHG, ZGR 1987, S. 121.

*Löffler, Joachim*

Die abhängige Personengesellschaft, Heidelberg 1988.

*Lutter, Marcus*

Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien und Kapitalrechten der EWG, Karlsruhe 1964.

*ders.*

Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluß fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen, DB 1973, Beilage 21, S. 12ff.

*ders.*

Zur Treupflicht des Großaktionärs, JZ 1976, S. 225ff.

*ders.*

Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses - Besprechung der Entscheidung BGHZ 71, 40 (Kali + Salz), ZGR 1979, S. 401ff.

*ders.*

Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), S. 84ff.

*ders.*

Zur inhaltlichen Begründung von Mehrheitsentscheidungen, ZGR 1981, S. 171ff.

*ders.*

Zum Informationsrecht des Gesellschafters nach neuem GmbH-Recht, ZGR 1982, S. 1ff.

*ders.*

Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, S. 244ff.

*ders.*

Die Haftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern, ZIP 1985, S. 1425ff.

*ders.*

Organzuständigkeiten im Konzern, in Festschrift für Walter Stimpel, Berlin, New York (1985), S. 825ff.

*ders.*

Das System des deutschen GmbH-Konzernrechts, in Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, Hrsg.: Peter Hommelhoff, Johannes Semler, Peter Doralt, Günther H. Roth, Berlin 1986, S. 192ff.

*ders.*

Zur Aufgabe eines Konzernrechts: Schutz vor Mißbrauch oder Organisationsrecht, in: Druey: Das St.Galler Konzernrechtsgespräch, Bern/Stuttgart 1986, S. 225ff.

ders.

Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 1987, S. 325ff.

ders.

100 Bände BGHZ: Konzernrecht, ZHR 151 (1987), S. 444ff.

ders.

Die Treupflicht des Aktionärs, ZHR 153 (1989), S. 446ff.

ders.

Der qualifiziert faktische Konzern, AG 1990, S. 179ff.

ders.

Natürliche Personen als Einmann-Konzernspitze, in: Hommelhoff/Stimpel/Ulmer (Hrsg.), Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifiziert faktische Konzern (1992), S. 183ff.

ders.

Anmerkung zum TBB-Urteil, JZ1993, S. 580ff.

ders.

Gefahren persönlicher Haftung für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, DB 1994, S. 129ff.

ders.

Das Girmes-Urteil, Besprechungsaufsatz JZ 1995, S. 1053ff.

ders.

Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998) S. 164ff.

ders.

Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik  
Die AG 1998, S. 375ff.

*Lutter, Marcus / Timm, Wolfram*

Konzernrechtlicher Präventivschutz im GmbH-Recht, NJW 1982, S. 409ff.

*Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter*

Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH, ZGR 1979, S. 31ff.

dies.

GmbH-Gesetz, 15. Aufl., Köln 2000.

*Lutter, Marcus / Overrath, Hans-Peter*

Das portugiesische Konzernrecht von 1986, ZGR 1991, S. 394ff.

*Maier, Arno*

Der Grundsatz der Kapitalerhaltung und die Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung im deutschen und amerikanischen Gesellschaftsrecht: unter besonderer Berücksichtigung des Rechts von New York, Kalifornien und Delaware sowie des Model Business Corporation Act, Frankfurt/New York, 1986.

*Marchand, Gerhart*

Die GmbH und der Minderheitenschutz, GmbHR 1984, S. 265ff.

*Marsch-Barner, Reinhard*

Treupflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, Prinzipienbildung und Differenzierung in der Praxis, ZHR 1993, S. 172ff.

*Martens, Klaus-Peter*

Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, Köln 1970.

ders.

Das Konzernrecht nach dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, DB 1970, S. 813ff.

ders.

Der Ausschluß des Bezugsrechts: BGHZ 33, S. 175, in Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, S. 437ff.

*Mayer-Maly, Theo*

Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, S. 803ff.

ders.

Werte im Pluralismus, Juristische Blätter 1991, 681ff.

*Mecke, Thomas*

Konzernstruktur und Aktionärsentscheid, Baden-Baden, 1992.

*Merkt, Hanno*

Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des "Wettbewerbs der Gesetzgeber", Rabels Z 59 (1995), S. 545ff.

*Mertens, Hans-Joachim*

Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1977, S. 270ff.

ders.

Die Geschäftsführerhaftung in der GmbH und das ITT-Urteil, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, S. 461ff.

*Mertens, Hans-Joachim*

Anmerkung zum Video-Urteil, AG 1991, S. 434ff.

*Merz, Hans*

Dauer und Wandel des Rechts, eine Abschiedsvorlesung, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge 92 (1973), S. 325ff.

*Mestmäcker, Ernst-Joachim*

Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958.

ders.

Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen, BB 1961, 945ff.

ders.

Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht, JuS 1963, 417ff.

ders.

Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in: Festschrift für Kronstein, Karlsruhe 1967; S. 129ff.; ebenfalls in Gesammelte Aufsätze, Baden-Baden, 2. Aufl., 1984.

ders.

Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung, ZHR 1973, S. 97ff.

ders.

Europäisches Wettbewerbsrecht, München, 1974.

ders.

Zur gesellschaftsrechtlich organisierten Berufsfreiheit, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe, 1974.

ders.

Das Privatrecht vor den Herausforderungen der wirtschaftlichen Macht, RabelsZ 60, 1996, S. 59ff.

*Meyer-Landruth, Joachim / Miller, Georg / Niehus, Rudolf*

GmbHG, Berlin 1987, zitiert Meyer-Landruth-Sachbearbeiter, GmbHG (1987).

*Mittenzwei, Ingo*

Teleologisches Rechtsverständnis - Wissenschaftstheoretische und geistesgeschichtliche Grundlagen einer zweckorientierten Rechtswissenschaft, Berlin, 1988.

*Möhring, Phillip*

Zur Systematik der §§ 311, 317 AktG, in: Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin / New York, 1973.

*Müller, Klaus*

Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, ZGR 1977, S. 1ff.

*Müller-Freienfels, Wolfram*

Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, Zugleich eine Besprechung von Rolf Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, AcP 156 (1957), S. 522ff.

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts

Band 4. Aktiengesellschaft (Hrsg. Hoffmann-Becking), 2. Aufl., München, 1999.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz

Herausgegeben von Kropff, Bruno / Semler, Johannes

Band 1, §§ 1-53, München, 2000

Band 8, §§ 278-328, München, 2000

*Nacke, Ralf*

Die Durchgriffshaftung in der Us amerikanischen Corporation: unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung des Privilegs der beschränkten Haftung und der neuesten Rechtsprechung von New York und Kalifornien: eine juristische und ökonomische Analyse, München, 1988.

*Nagel, Bernhardt/Riess, Birgit/Theis, Gisela*

Der faktische Just-in-time Konzern, DB 1989, S. 1505ff.

*Neye, Hans-Werner*

Binnenmarkt und Gesellschaftsrecht, Konferenz in Brüssel zur künftigen Entwicklung, GmbHR 1998, S. R 17f.

*Nissing, Karin*

Eigeninteresse der Gesellschaft oder Liquidation auf kaltem Wege, Baden-Baden, 1993.

*Nörr, Knut Wolfgang*

Zur Entwicklung des Aktien- und Konzernrechts während der Weimarer Republik, ZHR 150 (1986), S. 155ff.

OECD (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT)

Responsibility of parent companies for their subsidiaries, Paris 1980 (übersetzt von Ebke, Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für ihre Tochtergesellschaften, Frankfurt, 1982).

*Orhnia, Tony*

Limited Liability and the Corporation, London 1982.

*von der Osten, Dinnies*

Das Wettbewerbsverbot von Gesellschaftern und Gesellschafter-Geschäftsführern in der GmbH, GmbHR 1988, S. 450ff.

*Palandt,*

Kurz-Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch, 61. Aufl. München, 2002. (zitiert, Palandt-Sachbearbeiter, BGB)

*Paschke, Marian*

Rechtsfragen der Durchgriffsproblematik im mehrstufigen Unternehmensverbund, AG 1988, S. 196ff.

*Picker, Eduard*

Richterrecht oder Rechtsdogmatik - Alternativen der Rechtsgewinnung? JZ 1988, S. 1ff sowie 62ff.

*Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard*

Grundrechte, Staatsrecht II (Schwerpunkte), Heidelberg 1999.

*Posner, Richard*

Economic Analysis of Law, 3. ed., Boston, 1986.

Presser, Stephen B.

Piercing the corporate veil, New York, 1991.

ders.

Commentary: Thwarting the killing of the corporation: limited liability, democracy, and economics; in: Northwestern University Law Review, Vol 87 (1992), S. 148ff.

*Priester, Hans Joachim*

Das gesetzliche Bezugsrecht bei der GmbH, DB 1980, S. 1925ff.

ders.

Bildung und Auflösung des GmbH-Vertragskonzerns, in: Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, Hrsg. Peter Hommelhoff, Johannes Semler, Peter Doralt, Günther H. Roth. Berlin 1986, S. 151ff.

ders.

Unbeschränkte Konzernhaftung des GmbH-Gesellschafters, ZIP 1986, 137ff.

ders.

Liquiditätsausstattung der abhängigen Gesellschaft und unterjährige Verlustdeckung bei Unternehmensverträgen. ZIP 1989, S. 1301ff.

*Raiser, Ludwig*

Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages (1952), S. B 57ff.

ders.

Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung, in Raiser /Sauermann/Schneider (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Berlin, 1964.

ders.

Grundgesetz und Privatrechtsordnung, 46. Deutscher Juristentag (1966), Band II, S. B1ff.

ders.

Mißbrauch im Wirtschaftsrecht, JZ 1972, S. 732ff

*Raiser, Thomas*

Das Unternehmen als Organisation, Berlin, 1969.

ders.

Das Unternehmensinteresse, in: Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe 1976, S. 101ff.



*ders.*

Die Zukunft des Unternehmensrechts, in: Festschrift für R. Fischer (1979), S. 561ff.

*ders.*

Wettbewerbsverbote als Mittel des konzernrechtlichen Präventivschutzes, in: Festschrift für Walter Stimpel, Berlin 1985, S. 855ff.

*ders.*

100 Jahre BGHZ: GmbH-Recht. Die Treuepflichten im GmbH-Recht als Beispiel der Rechtsfortbildung, ZHR 151 (1987), S. 422ff.

*ders.*

Das Recht der Gesellschafterklagen, ZHR 153 (1989), S. 1ff.

*Rathenau, Walter*

Vom Aktienwesen: eine geschäftliche Betrachtung, Berlin (1917/1922).

*Rechtsausschuß, Bericht zur GmbH-Novelle von 1980*

Bundestags-Drucksache VIII (1980)/3908.

*Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung*

Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1969. zitiert RefEGmbH

*Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes mit Einführungsgesetz zum Aktiengesetz*,

Bundestags-Drucksache IV (1962)/171. zitiert BegRegEnt.

*Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung*,

Bundestags-Drucksache VII (1973)/253.

*Regierungsentwurf zur GmbH-Novelle von 1980*,

Bundestags-Drucksache VIII (1977)/1347.

*Rehbinder, Eckard*

Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg / Berlin / Zürich, 1969.

*ders.*

Treuepflichten im GmbH-Konzern, ZGR 1976, S. 386ff.

*ders.*

Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Robert Fischer (1979), S.579ff.

*ders.*

Minderheiten- und Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern, AG 1986, S. 85ff.

*Reichert, Jochem*

Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH, Heidelberg 1984.

*Reineke, Gerhard*

Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin, 1976.

*Reiner, Günter*

Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung. Eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Kapitalgesellschaft vor dem Mißbrauch organschaftlicher Leitungsmacht, München 1995.

*Reinhardt, Rudolf*

Gedanken zum Identitätsproblem bei Einmanngesellschaften, in Festschrift für H. Lehmann, 1956, Bd. II, S. 576ff.

*Renkl, Günter*

Der Gewinnanspruch der Gesellschafter einer GmbH nach der Neuregelung des § 29 GmbHG, DB 1986, S. 1108ff.

*Reuter, Dieter*

Der Einfluß der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht, AcP 179 (1979), S. 509ff.

*ders.*

Die Wesenselemente der Personengesellschaft in der neueren Rechtsprechung, GmbHR 1981, S. 129ff.

*ders.*

Die Personengesellschaft als abhängiges Unternehmen, ZHR 146 (1982), S. 1ff.

*ders.*

Ansätze eines Konzernrechts der Personengesellschaft in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, AG 1986, S. 130ff.

*Rittner, Fritz*

Die Funktion des Eigentums im modernen Gesellschaftsrecht - Gestaltungsformen und Probleme - in: Marburger Gespräch über Eigentum - Gesellschaftsrecht - Mitbestimmung, Marburg 1967.

*ders.*

Die werdende juristische Person, Tübingen, 1973

*ders.*

Konzernorganisation und Privatautonomie, Besprechung von Peter Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht. ACP 183 (1983), S. 295ff.

*ders.*

Gesellschaftsrecht und Unternehmenskonzentration, ZGR 1990, S. 203ff.

*Roth, Günther*

Zur "economic analysis" der beschränkten Haftung, ZGR 1986, S. 371ff.

*ders.*

Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH, ZGR 18 (1989), S. 421ff.

*ders.*

"Video"-Nachlese, ZIP 1992, S. 1054ff.

*Roehricht, Volker*

Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, ZGR 1999, 445ff.

*Rowedder, Heinz*

Bestandschutz im faktischen GmbH-Konzern, in: Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR Sonderheft 6 1986, Hrsg.: Peter Hommelhoff, Johannes Semler, Peter Doralt, Günther H. Roth, Berlin, S. 20ff.

*Rüthers, Bernd*

Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen, 4. Aufl. 1991.

*Schanze, Erich*

Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, Frankfurt a.M., 1975.

*ders.*

.Durchgriff, Normanwendung oder Organhaftung?, AG 1982, S. 42ff.

*ders.*

Konzernspezifischer Gläubigerschutz: Vergleich der Regelungsansätze, in: Mestmäcker / Behrens (Hrsg.), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, S. 473ff.

*ders.*

Anmerkung zum TBB-Urteil, AG 1993, S. 376ff.

*Schanze, Erich / Kern, Hans Günther*

Sanierungsversuch und Konzernhaftung, zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BAG vom 15. Januar 1991 (Warmwassergeräte), AG 1991, S. 421ff.

*Schatz, Stephan*

Die Sicherung des Gesellschaftsvermögens und der Gläubigerinteressen im deutschen Konzernrecht, Göttingen, 1980.

*Scheel, Hansjörg*

Konzerninsolvenzrecht: eine rechtsvergleichende Darstellung des US-amerikanischen und deutschen Rechts, Köln, 1995.

*Scheffler, Ernst.*

Der qualifiziert faktische Konzern, Versuch einer betriebswirtschaftlichen Definition, AG 1990, S. 173ff.

*ders.*

Konzernmanagement, 1992.

*Schießl, Maximilian*

Die beherrschte Personengesellschaft, Köln 1985.

*Schilling, Wolfgang*

Das Vollmachtsstimmrecht der Aktiengesellschaft in der eigenen Hauptversammlung, in Festschrift für Phillip Möhring, München, 1975, S. 257ff.

*ders.*

Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976, S. 383ff.

*Schlegelberger, Franz*

Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, Martens und Schmidt, 5. Aufl, Band III, 2. Halbband. §§ 161-177a (zitiert Schlegelberger-Sachbearbeiter HGB)

*Schlegelberger / Quassowski / Herbig / Geßler / Hefermehl*

Aktiengesetz Kommentar (AktG), ergänzte und erweiterte Auflage, Berlin, 1939.

*Schlosser, Hans*

Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Aufl. (1993), Heidelberg.

*Schmidt, Claudia*

Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht. Eine systematische Untersuchung des direkten und umgekehrten Haftungsdurchgriffs im IPR Deutschlands, der Schweiz und Österreichs, Tübingen, 1993 (zugleich Diss, Bonn).

*Schmidt, Karsten*

Konzernrecht, Minderheitenschutz und GmbH-Innenrecht, GmbH-Rdsch 1979, S. 121ff.

*ders.*

"Unternehmen" und "Abhängigkeit": Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht - Besprechung der Entscheidung BGHZ 74, 359 (WAZ) - ZGR 1980, 277ff.

*ders.*

Fortschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der kapitalersetzenden Gesellschaftendarlehen, ZGR 1980, S. 567ff.

*ders.*

Abhängigkeit, faktischer Konzern, Nichtaktienkonzern und Divisionalisierung im Bericht der Unternehmensrechtskommission, ZGR 1981, 455ff.

*ders.*

Die konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis, ZGR 1983, S. 513ff.

*ders.*

Zum Haftungsdurchgriff wegen Sphärenvermischung und zur Haftungsverfassung im GmbH-Konzern, Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 16. 9. 1985 (Autotkran), BB 1985, S. 2074ff.

*ders.*

Die Zukunft der Kodifikationsidee, Heidelberg 1985.

*ders.*

Spekulation oder skeptischer Empirismus im Umgang mit kodifiziertem Recht, JuS 1985, 939ff.

*ders.*

Konzernhaftung oder mitgliedschaftliche Haftung des privaten GmbH-Gesellschafters?, ZIP 1986, S. 146ff.

*ders.*

Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht, 1987.

*ders.*

Verlustrückstellungspflicht und Konzernleitungshaftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern, - Zum Stand des Konzernhaftungsrechts nach dem neuen Tiefbau-Urteil, ZIP 1989, S. 545ff.

*ders.*

Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 1997.

*ders.*

Gleichordnung im Konzern: terra incognita? Vorstudien und Thesen zu einem Recht der Konzernschwestern, ZHR 155 (1991), S. 417ff.

*ders.*

Verlustrückstellung im qualifiziert faktischen Konzern, in: Hommelhoff/Stimpel/Ulmer (Hrsg.), Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifiziert faktische Konzern (1992), S. 109ff.

*ders.*

Abhängigkeit und faktischer Konzern als Aufgaben der Rechtspolitik - Zu den Juristentagsgutachten von J.N.Druey und P. Hommelhoff -, JZ 1992, 856ff.

*ders.*

"Konzernhaftung" nach dem TBB-Urteil - Versuch einer Orientierung, ZIP 1993, S. 549ff.

*ders.*

Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP 1994, S. 837ff.

*ders.*

Konzernhaftung von freiberuflichen Mehrheitsgesellschaftern, ZIP 1994, S. 1741ff.

*ders.*

Woher - wohin? ADHGB, HGB und die Besinnung auf den Kodifikationsgedanken ZHR 161 (1997), S. 2ff.

*ders.*

Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht, ZGR 1998 S. 633ff.

*Schmidt-Leithoff, Christian*

Die Verantwortung der Unternehmensleitung, Tübingen 1989.

*Schmidt-Rimpler, Walter*

Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130ff.

*Schneider, Uwe*

Konzernleitung als Rechtsproblem, BB 1981, S. 249ff.

*ders.*

Das Recht der Konzernfinanzierung, ZGR 1984, S. 493ff.

*Scholz*

Kommentar zum GmbH-Gesetz

1. Band, §§ 1-44, Anhang Konzernrecht, 9. Aufl. Köln, 2000

2. Band, 8. Aufl. Köln, 1993

*Schubert, Werner*

Akademie für Deutsches Recht, 1933-1945, Protokolle der Ausschüsse, Herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Werner Schubert, Berlin/New York, 1986.

*Schubert, Werner / Hommelhoff, Peter*

Hundert Jahre modernes Aktienrecht, Eine Sammlung von Texten und Quellen zur Aktienrechtsreform 1884 mit zwei Einführungen, ZGR-Sonderheft 4, Berlin / New York, 1985.

*dies.*

Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, Die Protokolle der Verhandlungen im Aktienrechtsausschuss des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats unter dem Vorsitz von Max Hachenburg, Berlin/New York, 1986.

*Schulte, Wolfgang*

Rechtssprechungsübersicht zum Trennungsprinzip bei juristischen Personen, WM Sonderbeilage Nr. I/1979.

*Schulze-Osterloh, Joachim*

Die verdeckte Gewinnausschüttung bei der GmbH als kompetenzrechtliches Problem, in: Festschrift für Walter Stimpel, Berlin 1985, S. 487ff.

*ders.*

Gläubiger- und Minderheitenschutz bei der steuerlichen Betriebsaufspaltung, ZGR 1983, S. 123ff.

*Schramm, Volker*

Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff im qualifiziert faktischen Konzern, München 1990.

*Semler, Johannes*

Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates, Heidelberg, 1980.

*ders.*

Fehlerhafte Geschäftsführung in der Einmann-GmbH, in: Festschrift für R. Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 551ff.

*Serick, Rolf*

Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin / Tübingen, 1955 (2. unveränderte Auflage 1980).

*ders.*

Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen, Karlsruhe, 1959.

*Sonnenschein, Jürgen*

Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, Baden-Baden, 1976.

*ders.*

Der Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern der abhängigen Gesellschaft im deutschen Recht, in: Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Hrsg. Ernst-Joachim Mestmäcker, Peter Behrens, Baden-Baden 1991, S. 49ff.

*Spindler, Gerald*

Recht und Konzern, Interdependenzen der Rechts- und Unternehmensentwicklung in Deutschland und den USA zwischen 1870 und 1933, Tübingen, 1993.

*David Sugarman und Gunther Teubner*

Regulating Corporate Groups in Europe, European University Institute, Firenze, Baden-Baden, 1990.

*Statens offentliga utredningar 1987:59 (Justiedepartementet, Schweden)*

Ansvarsgenombrott m.m. (Motive zu u.a. einem kodifizierten Haftungsdurchgriff).

*von Steiger, Werner*

Über die Verantwortungen des Hauptaktionärs, in Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel, 1959, S. 699.

*Stein, Ursula*

Das faktische Organ, München 1984.

*Stein/Jonas*

Kommentar zur ZPO, 21. Auflage, Tübingen 1997. (zitiert: Stein/Jonas/Bearbeiter)

*Steindorff, Ernst*

Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in Festschrift für Larenz (1973), S. 217ff.

*ders.*

Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser (1974), S. 621ff.

*Stimpel, Walter*

Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1969, abgedruckt in Pehle/Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung, Jur. Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 87/88, Karlsruhe 1969.

*ders.*

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Innenhaftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern, AG 1986, S. 117ff.

*ders.*

Bemerkungen zur BGH-Rechtsprechung zum Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern, in: Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, Hrsg. Peter Hommelhoff, Johannes Semler, Peter Doralt, Günter H. Roth, Berlin 1986, S. 39ff.

*ders.*

"Durchgriffshaftung" bei der GmbH, in Festschrift für Goedeler, 1987, S. 601ff.

*ders.*

Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern, ZGR 1991, S. 144ff.

*ders.*

Autokran - Tiefbau - Video: Stand der Rechtsprechung, in: Hommelhoff/Stimpel/Ulmer (Hrsg.), Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifiziert faktische Konzern (1992), S. 5ff.

*Stodolkowitz, Heinz Dieter*

"Teilamnesie", wessen?, ZIP 1993, S. 1047ff.

*Stoll, Hans*

Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), S. 145ff.

*Streck, Michael*

Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen, Bonn, 1970.

*Strohn, Lutz*

Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, Köln / Berlin / Bonn / München, 1977.

*Teichmann, Robert / Koehler, Walter*

Kommentar zum Aktiengesetz, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937, Berlin, 1937.

*Teubner, Gunther*

Standards und Direktiven in Generalklauseln, Rechtssoziologische Arbeit zum Begriff der "guten Sitten", Frankfurt, 1971

*ders.*

Generalklauseln als sozio-normative Modelle, in Lüderssen, Noelle-Neumann, Raiser, Teubner & Zielcke, Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften Baden-Baden, 1978, S.13ff.

*ders.*

Die Politik des Gesetzes im Recht der Konzernhaftung, Festschrift für Steindorff (1990), S. 261ff.

*ders.*

Unitas Multiplex - Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppe, ZGR 1991, 189ff.

*Theisen, Manuel René*

Rücklagenbildung im Konzern, ZHR 1992, S. 174ff.

*ders.*

Der Konzern - Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung, Stuttgart 1991.

*Thiele, Jürgen*

Konzerntatbestand und Vertragskonzern - Faktizitäts- und Vertragskonzern als gemeinsame Grundlagen einer europäischen Konzernrechnungslegung, Hamburg 1995 (zugl. Diss, Göttingen).

*Thoss, Peter*

Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung, Frankfurt, 1968.

*Timm, Wolfram*

Der Mißbrauch des Auflösungsbeschlusses durch den Mehrheitsgesellschafter, JZ 1980, S. 665ff.

*ders.*

Wettbewerbsverbot und "Geschäftschancen"-Lehre im Recht der GmbH, GmbHHR 1981, S. 177ff.

*ders.*

Geklärte und offene Fragen im Vertragskonzernrecht der GmbH, GmbHHR 1987, 8ff.

*ders.*

Grundfragen des "qualifizierten" faktischen Konzerns im Aktienrecht. NJW 1987, S. 977.

*ders.*

Gebrauchsüberlassungsverhältnisse und Konzernhaftung, in: Priester/Timm: Abschied von der Betriebsaufspaltung? Köln 1991, S. 27ff.

*ders.*

Treuepflichten im Aktienrecht, WM 1991, S. 481ff.

*ders.*

Neuere Entwicklungen im GmbH-(Vertrags-)Konzernrecht, GmbHR 1992, S. 213ff.

*Timm, Wolfram / Geuting, Markus*

Abschied von der Strukturhaftung?, ZIP 1992, S. 821ff.

*Tröger, Tobias*

Treupflicht im Konzernrecht, Köln / Berlin / Bonn / München, 2000 (zugleich Tübingen, Diss.)

*Tschäni, Rudolf*

Funktionswandel des Gesellschaftsrecht, Bern 1978.

*Tschernig, Klaus*

Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz. Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik grenzüberschreitender Konzerninsolvenzen; Frankfurt am Main / Bern / New York / Paris / Wien, 1995 (zugleich Diss. Regensburg).

*Ulmer, Peter*

Aktienrechtliche Beherrschung durch Leistungsaustauschbeziehungen?, ZGR 1978, S. 457ff.

*ders.*

Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern, ZHR 148 (1984), S. 391ff.

*ders.*

Gesellschafterpflicht zur Erhaltung des satzungsmäßigen Haftungsfonds der GmbH?, ZGR 1985, 598ff.

*ders.*

Höchstrichterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht 1971-1985 - Eine Bestandsaufnahme, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986.

*ders.*

Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971 - 1985, Schwerpunkte, Entwicklungslinien und kritische Würdigung, Heidelberg, 1986.

*ders.*

Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz - zur analogen Anwendung der §§ 302, 303 AktG im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern, AG 1986, S. 123ff.

*ders.*

Gläubigerschutz im "qualifizierten" faktischen GmbH-Konzern, NJW 1986, S. 1579ff.

*ders.*

Grundstruktur eines Personengesellschaftskonzernrechts, in: Probleme des Konzernrechts, Hrsg.: Peter Ulmer Heidelberg 1989, S. 26ff.

*ders.*

Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH, in: Festschrift für Winfried Werner, Berlin 1989, S. 911ff.

*ders.*



Vermutungs- und Beweisfragen: Qualifizierungsvermutung; Kausalitätsgegenbeweis, in: Hommelhoff/Stimpel/Ulmer (Hrsg.), Heidelberg Konzernrechtstage: Der qualifiziert faktische Konzern (1992), S. 65ff. (Vgl. auch aaO. S. 1-4 die Begrüßung zu den Heidelberger Konzernrechtstagen)

*ders.*

Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht 1975 bis 1999, ZGR 1999, 751ff.

*ders.*

Gesellschafterhaftung im faktischen Einmann-Konzern („Konzernhaftung“) – Diskussionsstand nach TBB; Perspektiven, in: Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern – verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil, Heidelberg, 2002, S. 41ff.

*Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Diether*

AGB-Gesetz (AGBG), Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Aufl., Köln, 2001.

*Unternehmensrechtskommission*

Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Köln 1980

Vagts, Detlev F.

Konzernrecht in den Vereinigten Staaten, in: Druey: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern/Stuttgart 1986, S. 31ff.

*ders.*

Wohin mit der beschränkten Haftung der Aktionäre? Neue Strömungen im amerikanischen Gesellschaftsrecht, ZGR 1994, S. 227ff.

*Verhoeven, Thomas*

GmbH-Konzern-Innenrecht, Bonn 1978.

*Vonnemann, Wolfgang*

Die Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern, BB 1990, S. 217ff.

*Vorpeil, Klaus*

Urteilssprache im internationalen Vergleich, NJW 1994, S. 1925ff.

Wallace, Cynthia D.

Legal Control of the Multinational Enterprise, Cambridge / The Hague, 1982.

*Walther, Manfred*

Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht - Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, in Dreier/Sellert (Hrsg.) Recht und Justiz im "Dritten Reich", Frankfurt, 1989.

*Weber, Martin*

Vormitgliedschaftliche Treuebindungen, München 1999 (zugl. Berlin, Humboldt-Univ., Habil.-Schr.)

*Weber, Max*

Rechtssoziologie, Soziologische Texte, Band 2, 2. Aufl. 1967.

*Weber, Ralph*

Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 1992, S. 517ff.

*ders.*

Erwiderung, AcP 1994, 90-92.

*Weigl, Gerald*

Die Haftung im (qualifizierten) faktischen Konzern. Insbesondere eine Analyse der Rechtsprechung und ihrer Übertragbarkeit auf den Schutz der Minderheitenak-

tionäre einer abhängigen AG bei fehlendem Abhängigkeitsbericht, Heidelberg 1996 (zugleich Diss., Augsburg).

*Weinmann, Heinz*

Der Konzern im Arbeitsrecht, ZGR 1984, S. 460ff.

*Werlauff, Erik*

EC-Company Law, København 1993.

*Werner, Fritz*

Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe, 1966.

*Werner, Horst*

Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand, Göttingen 1979.

*Westermann, Harm Peter*

Grundfragen der Rechtsfortbildung im Aktienkonzernrecht, Festschrift für Pleyer, 1986, S. 5ff.

*ders.*

Das TBB-Urteil - ein Neuanfang wegen qualifizierter faktischer Konzernierung? ZIP 1993, S. 554ff.

*ders.*

Der Tatbestand des qualifizierten faktischen Konzerns, in: Hommelhoff/Stimpel/Ulmer (Hrsg.), Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifiziert faktische Konzern (1992), S. 21ff.

*Wieacker, Franz*

Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, Festschrift für Boehmer, 1954, S. 35ff.

*ders.*

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967.

*ders.*

Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in Hermeneutik und Dialektik. H.-G. Gadamer zum 70. Geburtstag. Aufsätze, 2. Aufl., Göttingen, 1970.

*Wiedemann, Herbert*

Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH - Unter Berücksichtigung des amerikanischen, deutschen und französischen Gesellschaftsrechts, in Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung für Rechtsvergleichung in Berlin vom 27. bis 30. September 1967, Berlin, 1968.

*ders.*

Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, in Festschrift für Johannes Bärman (1975), S. 1038ff.

*ders.*

Juristische Person Gesamthand als Sondervermögen - Eine Bestandsaufnahme aus bürgerlich-rechtlicher, handels- und steuerrechtlicher Sicht, WM Sonderbeilage IV, 1975.

*ders.*

Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 1976, S. 392ff.

*ders.*

Gesellschaftsrecht I, Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Grundlagen, München 1980.

*ders.*

Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1980, S. 147ff.

*ders.*

Spätlese zu Autokran, ZGR 1986, S. 655ff.

*ders.*

Die Unternehmensgruppe im Privatrecht: methodische und sachliche Probleme im dt. Konzernrecht, Tübingen, 1988.

*ders.*

Anmerkung zum Linotype-Urteil, JZ 1989, S. 447-449.

*ders.*

Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht, in Festschrift für T. Heinsius, Berlin / New York, 1991, S. 949ff.

*ders.*

Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht, DB 1993, S. 141ff.

*Wiedemann, Herbert / Hirte, Heribert*

Die Konkretisierung der Pflichten des herrschenden Unternehmens, ZGR 1986, S. 163ff.

*Wiethölter, Rudolf*

Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referententwurf eines GmbH-Gesetzes, in: Probleme der GmbH-Reform, Centrale für GmbH (Hrsg.), Köln, 1969.

*Wilhelm, Jan*

Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, Festschrift für Werner Flume, Bd. 2, Köln 1978, S. 337ff.

*ders.*

Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln/Berlin/Bonn/München, 1981.

*ders.*

Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht, DB 1986, S. 2113ff.

*Will, Michael R.*

Quellen erhöhter Gefahr, Rechtsvergleichende Untersuchung zur Weiterentwicklung der deutschen Gefährdungshaftung durch richterliche Analogie oder durch gesetzliche Generalklausel, München 1980.

*Winter, Martin*

Verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Recht, ZHR 148 (1984), S. 579ff.

*Winter, Martin*

Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, München 1988.

*Winter, Martin*

Eigeninteresse und Treupflicht bei der Einmann-GmbH in der neueren BGH-Rechtsprechung, ZGR 1994, S. 570ff.

*Witte, Andreas*

Der Prüfungsbericht als Informationsträger im Konzern. Zum System konzerninterner Informationsrechte, Köln, 1996.

*Wolf, Manfred / Horn, Norbert / Lindacher, Walter*

AGB-Gesetz (AGBG), Kommentar, München, 1994.

*Wolf, Martin*

Konzernhaftung in Frankreich und England, Köln/Berlin/Bonn/München, 1995 (zugleich Diss., Bonn 1994)

*Worch, Karl-Heinz*

Treuepflichten von Kapitalgesellschaftern untereinander und gegenüber der Gesellschaft, Frankfurt / Bern / New York, 1983.

*Würdinger, Hans*

Aktien- und Konzernrecht - Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Karlsruhe, 1966.

*ders.*

Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen - Eine systematische Darstellung, 4. völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg / Karlsruhe, 1981.

*Eddy Wymersch (Hrsg.)*

Groups of Companies in the EEC, Berlin, New York 1993.

*Ziemons, Hildegard / Jaeger, Dirk*

Treuepflichten bei der Veräußerung einer Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, AG 1996, S. 358ff.

*Zippelius, Reinhold*

Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 1985.

*Zöllner*

Zivilprozessordnung, Kommentar, Hrsg von Reinhold Geimer / Reinhard Greger / Peter Gummer / Kurt Herget / Peter Philippi / Kurt Stöber, 23. Aufl., Köln, 2002

*Zöllner, Wolfgang*

Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963.

*ders.*

Zu Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH, ZHR 155 (1991), S. 168-189.

*ders.*

Die sogenannte Gesellschafterklage im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 17 (1988), S. 392ff.

*Zöllner, Wolfgang / Noack, Ulrich*

Geltendmachung von Beschlußmängeln im GmbH-Recht, ZGR 18 (1989), S. 525ff.

**Abkürzungsverzeichnis**

aaO.	an angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Die Aktiengesellschaft
AGBG	Gesetz zur Regelung allemeiner Geschäftsbedingungen
AktG	Geltendes Aktiengesetz aus dem Jahre 1965
AktG 1937	Früheres Aktiengesetz aus dem Jahre 1937
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
bes.	besonders
BegRegE	Begründung zum Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes 1965
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestags Drucksache (Nr./Jahr)
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
DStR	Deutsches Steuerrecht, Wochenschrift für Steuerrecht usw.
f.	folgende (Seite)
ff.	fortfolgende (Seiten)
Fn	Fußnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHRdsch.	Rundschau für GmbH
HGB	Handelsgesetzbuch
i. S.	im Sinn
i. V. m.	in Verbindung mit
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn. / Rz	Randnummer / Randziffer.
S.	Satz / Seite
Sp.	Spalte
UmwG	Umwandlungsgesetz
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZGR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Hier nicht aufgeführte, in der Arbeit verwendete Abkürzungen richten sich nach:  
Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl. 1993.