

SUSANNE WIMMER-LEONHARDT

Konzernhaftungsrecht

Jus Privatum

90

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 90



Susanne Wimmer-Leonhardt

Konzernhaftungsrecht

Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft
für die Tochtergesellschaften
im deutschen und englischen Recht

Mohr Siebeck

Susanne Wimmer-Leonhardt, geboren 1966 in Kaiserslautern; 1986–89 Banklehre; 1989–93 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes; 1995 Promotion; 1995–97 Referendariat in Rheinland-Pfalz; 1997–2003 wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Michael Martinek an der Universität des Saarlandes; 2003 Habilitation.

978-3-16-157947-9 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148238-7

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2003 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift angenommen und anschließend einer Aktualisierung im Lichte der neuesten Entwicklungen vor allem auf dem Gebiet des internationalen und europäischen Gesellschaftsrechts unterzogen. Literatur und Rechtsprechung konnten dabei weithin bis Herbst 2003, danach nur noch vereinzelt berücksichtigt werden. Die Studie entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Herrn Professor Dr. Dr. Dr. h.c. *Michael Martinek*, der mich in jeglicher Hinsicht unterstützt hat, mir neben den alltäglichen Herausforderungen des Universitätslebens doch viel Zeit für mein „Opus“ gelassen hat und dem ich für meine „Lehrjahre“ in großer Dankbarkeit verbunden bin. „Von der Pike auf“ durfte ich am Lehrstuhl und an dem von Professor *Martinek* geleiteten Institut für Europäisches Recht nicht nur das Handwerk der rechtswissenschaftlichen Lehre und Forschung erlernen, sondern auch wertvolle und mein Selbstverständnis prägende Anregungen zu den Grundlagen und Aufträgen der Jurisprudenz erfahren.

Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. *Günther Hönn* für seinen stets hilfreichen Rat und die rasche Erstattung des Zweitgutachtens. Mein weiterer Dank gilt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Lehrstuhl und Institut von Professor *Martinek* und hier insbesondere Frau *Ulrike Staats*, Herrn *Jochen Hell*, Herrn *Jürgen Metzger* sowie Frau Dr. *Manuela Maria Schmidt* für ihre tatkräftige Mitwirkung bei den Abschlussarbeiten. Auch dürfen in meiner Danksagung die *School of Law der University of Warwick* und insbesondere der seinerzeitige *Lecturer* Herr *Andrew Otto* nicht unerwähnt bleiben, die mir in vielfältiger Weise Hilfestellungen bei meinem Forschungsaufenthalt in England geleistet haben.

Besonderen Dank schulde ich aber auch der Rechtsanwaltskanzlei *CMS Hasche Sigle*, die mir für meine Arbeit den CMS Hasche Sigle-Förderpreis 2003 verliehen hat, sowie dem Wissenschaftsfond der *DZ Bank AG* für den großzügigen Druckkostenzuschuss, der mir über den Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft für die Veröffentlichung meiner Arbeit gewährt wurde.

Ein ganz besonders dringendes Anliegen ist es mir aber, meinen Eltern und meiner Familie von Herzen Dank zu sagen, die so unschätzbar viel Geduld mit mir aufbringen mussten und mich in so verständnisvoller und herzlicher Weise unter-

stützt haben. Besonders herausstellen möchte ich vor allem meine Mutter, durch deren aufopferungsvolle Fürsorge für meine Tochter Christine diese Habilitationsschrift überhaupt erst möglich wurde.

Meiner Tochter Christine sei diese Arbeit gewidmet.

Kaiserslautern, im April 2004

Susanne Wimmer-Leonhardt

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XXI
-----------------------------	-----

Einführung	1
------------------	---

Kapitel I:

Die gesetzlichen Regelungen zur Haftung im Über- Unterordnungskonzern im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht

§ 1: Die Entscheidung zur Normierung eines eigenständigen Konzernrechts im deutschen Aktienrecht	9
§ 2: Die Haftung im Vertragskonzern	13
§ 3: Die Haftung im faktischen Aktienkonzern	64
§ 4: Die Haftung im faktischen GmbH-Konzern	148

Kapitel II:

Grundlegung der Treuepflichthaftung

§ 5: Treuepflichten als allgemeines Prinzip des Gesellschaftsrechts	157
Zusammenfassung zu § 5	193
§ 6: Treuepflichten gegenüber der Einmanngesellschaft	193
Zusammenfassung zu § 6	266
§ 7: Der Inhalt der Treuepflicht	274
Zusammenfassung zu § 7	293

Kapitel III:

Treuepflichten im Konzern und ihre Haftungskonsequenzen

§ 8: Treuepflichten im Konzern	295
Zusammenfassung zu § 8	329
§ 9: Der Schadensersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft	330
Zusammenfassung zu § 9	391
§ 10: Alternative und weitergehende Haftungsmodelle	394
Zusammenfassung zu § 10	451

Kapitel IV:

Die Haftung zwischen gleichgeordneten Unternehmen im Konzern

§ 11: Der Gleichordnungskonzern	455
Zusammenfassung zu § 11	493

Kapitel V:

Die Haftung einer Muttergesellschaft nach englischem Recht

§ 12: Grundlagen	501
§ 13: Die Haftung des herrschenden Unternehmens	526
Zusammenfassung zu § 13	586
§ 14: Treuepflichten im englischen Kapitalgesellschaftsrecht	588
Zusammenfassung zu § 14	656
§ 15: Vergleichende Betrachtung zur Rechtslage in Deutschland	659

Kapitel VI:

Die Haftung der Muttergesellschaft
in grenzüberschreitenden Unternehmensverbindungen

Zusammenfassung und Ausblick	751
Literaturverzeichnis	787
Table of cases	849
Stichwortverzeichnis	857

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einführung	1

Kapitel I:

Die gesetzlichen Regelungen zur Haftung im Über- Unterordnungskonzern im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht

§ 1: Die Entscheidung zur Normierung eines eigenständigen Konzernrechts im deutschen Aktienrecht	9
I. Der Konzernbegriff im deutschen Gesellschaftsrecht	10
II. Der Grundsatz der alleinigen Haftung der Konzernmitglieder ...	12
§ 2: Die Haftung im Vertragskonzern	13
I. Überblick über die gesetzliche Regelung des Vertragskonzerns ..	13
II. Die Verlustausgleichspflicht	13
1) Die dogmatische Einordnung der Verpflichtung zum Verlustausgleich	14
a) Der Streit um den Schwerpunkt der gesetzgeberischen Intention für die Begründung einer Verlustausgleichspflicht	14
b) Stellungnahme	15
c) Die Verlustausgleichspflicht als Ausdruck einer negotiorum gestio?	17
d) Die Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Schuldverhältnis ...	22
2) Die Vereinbarkeit der Regelungen zum Vertragskonzern mit EG-Recht	23
a) Stellungnahme	24
b) Ergebnis	30
3) Der mittels der Verlustübernahmepflicht auszu- gleichende Jahresfehlbetrag	30
a) Entstehung und Fälligkeit der Verlustausgleichspflicht	31
b) Die Beendigung des Vertrages während eines laufenden Geschäftsjahres und die Behandlung der Abwicklungsverluste ...	32
c) Der Anspruch auf Abschlagszahlungen	35
d) Existenzsicherung nach Vertragsbeendigung	37

III. Sicherheitsleistung nach Vertragsbeendigung	40
1) Gesicherte Forderungen	41
2) Anspruchsinhalt	42
IV. Die Übertragbarkeit der §§ 302, 303 AktG ins GmbH-Recht	46
1) Die zweckändernde Wirkung eines mit einer GmbH abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungs- vertrages	47
2) Die Verlustübernahmepflicht im GmbH-Vertragskonzern	51
a) Umfang der Verlustausgleichspflicht	51
b) Stellungnahme	52
V. Schadensersatzpflicht des herrschenden Unternehmens nach Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinn- abführungsvertrages	54
1) Haftungstatbestand	55
a) Haftung für die Unterlassung von Weisungen	58
b) Stellungnahme	58
2) Schadensersatzpflicht	59
3) Verzicht und Vergleich	61
4) Geltendmachung des Ersatzanspruchs	62
Zusammenfassung zu § 2	63
§ 3: Die Haftung im faktischen Aktienkonzern	64
I. Systematische Einordnung der gesetzlichen Regelung	64
II. Das Schutzsystem des §§ 311, 317 AktG	71
III. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 311 AktG	73
1) Abhängigkeitsverhältnis	73
2) Veranlassung im Konzerninteresse	78
a) Veranlassung auf der Grundlage eines Haupt- versammlungsbeschlusses	81
b) Organverflechtungen	83
c) Beweisprobleme	85
3) Rechtsgeschäfte und Maßnahmen	86
4) Die Frage nach der Nachteiligkeit der Veranlassung	86
a) Grundsätze	86
b) Die fehlende Vergleichbarkeit mit der Lage in einer unabhängigen Gesellschaft	88
c) Einzelheiten zur Benachteiligung	89
d) Die Zulässigkeit strukturverändernder Entscheidungen	94
aa) Mit der Strukturveränderung einhergehende Bestands- gefährdung der abhängigen Gesellschaft	95
bb) Die Begründung wirtschaftlicher Abhängigkeiten ohne Bestandsgefährdung	97

e) Die Nachteileiligkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen	100
aa) Die Änderung des Unternehmensgegenstandes	103
(1) Zum Begriff des Gesellschaftszwecks und des Unternehmensgegenstandes	103
(2) Die Ausrichtung des Unternehmensgegenstandes auf den Konzern	105
bb) Das Konzerninteresse als Zweck der Gesellschaft	107
5) Die Nachteileilshöhe	114
IV. Die Ausgleichspflicht	115
V. Anwendbarkeit des § 311 AktG in mehrstufigen Unter- nehmensverbindungen	118
1) Durchgehende Kette faktischer Abhängigkeiten	119
2) Durchgehende Kette von Beherrschungsverträgen	120
a) Mittelbare Einflussnahmen der Muttergesellschaft	120
b) Unmittelbare Einflussnahmen	121
3) Beherrschungsvertrag zwischen Tochter- und Enkel- gesellschaft	124
4) Beherrschungsvertrag der Enkelgesellschaft mit der Mutter- und der Tochtergesellschaft	128
5) Beherrschungsvertrag zwischen Enkel- und Mutter- gesellschaft	129
VI. Spannungsverhältnis zwischen § 311 AktG und den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen der AG	130
1) Die Regelungen zur Kapitalerhaltung	130
2) Allgemeine Schadensersatzansprüche	133
3) Verhältnis des § 311 AktG zur Beschlussanfechtung	134
VII. Folgen des fehlenden Nachteilsausgleichs	137
1) Dogmatische Einordnung der Regelung in § 317 AktG	138
2) Der Inhalt des Schadensersatzanspruches aus § 317 AktG	140
Zusammenfassung zu § 3	144
§ 4: Die Haftung im faktischen GmbH-Konzern	148
I. Die Anwendbarkeit der §§ 311, 317 AktG auf den faktischen GmbH-Konzern	148
II. Unzulänglichkeit der gesetzlichen Normierung im GmbH-Recht	149

Kapitel II:

Grundlegung der Treuepflichthaftung

§ 5: Treuepflichten als allgemeines Prinzip des Gesellschaftsrechts	157
I. Die Entwicklung der Treuepflichten im Gesellschaftsrecht	159
II. Die dogmatische Herleitung der Treuepflichten im Gesellschaftsrecht	162
1) Anknüpfungspunkte zur Begründung gesellschafts- rechtlicher Treuepflichten	163
2) Die mitgliedschaftliche Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft	164
3) Mitgliedschaftliche Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern	167
a) Der deliktsrechtliche Ansatz von Mertens	169
b) Schuldvertragliche Lösungsansätze	170
c) Die Ableitung aus der mitgliedschaftlichen Zweckbindung	173
d) Die Treuepflichten zwischen Gesellschaftern als Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben	180
e) Die gesellschaftlicherliche Treuepflicht als Ausprägung einer culpa in contrahendo	182
f) Mitgliedschaftliche Treuepflichten als Ergebnis der richterlichen Rechtsfortbildung	184
4) Machtbezogene Treuepflichten	187
5) Die Lehre vom einheitlichen gesetzlichen Schutzpflicht- verhältnis	191
Zusammenfassung zu § 5	193
§ 6: Treuepflichten gegenüber der Einmanngesellschaft	193
I. Die GmbH als Veranstaltung der Gesellschafter	196
II. Das Verbot existenzgefährdender bzw. existenz- vernichtender Eingriffe	200
1) Zur Einordnung der Rechtsprechung nach dem Bremer – Vulkan – Urteil des BGH	203
2) Das Alternativmodell der Organhaftung	211
a) Stellungnahme	214
b) Zwischenergebnis	219
III. Das Eigeninteresse der Gesellschaft	220
1) Die Zulässigkeit nachteiliger Weisungen im GmbH-Recht	223
2) Die Frage nach den Grenzen der rechtlichen Eigen- ständigkeit der GmbH	231
a) Die Rechtspersönlichkeit der GmbH	233

b) Die Rechtsfähigkeit als unzureichendes Kriterium der Rechtspersönlichkeit	239
c) Der Zweck der juristischen Person und ihr Eigeninteresse	244
d) Dauerhafte Satzungsänderung und punktuelle Satzungs- durchbrechung	250
3) Das Konzerninteresse als Interesse der Gesellschaft	254
4) Unterscheidung zwischen Gesellschaftsinteresse und Unter- nehmensinteresse	255
Zusammenfassung zu § 6	266
§ 7: Der Inhalt der Treuepflicht	274
I. Inhalte der mitgliedschaftlichen Treuepflicht	274
1) Bestandsschutz	275
2) Kriterien zur Konkretisierung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht	277
3) Unterscheidung zwischen börsennotierten- und nicht börsennotierten Gesellschaften	285
II. Inhalt der vertrauens- und mehrheitsbezogenen Treuepflichten .	287
Zusammenfassung zu § 7	293

Kapitel III:

Treuepflichten im Konzern und ihre Haftungskonsequenzen

§ 8: Treuepflichten im Konzern	295
I. Treuepflichten gegenüber dem Konzernverbund	295
II. Treuepflichten im Vertragskonzern	299
1) Treuepflichten bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages ..	299
2) Treuepflichten bei Bestehen und nach Beendigung eines Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrages	300
III. Treuepflichten des herrschenden Gesellschafters im faktischen Konzern	301
1) Treuepflicht und Konzerneingangsschutz	302
2) Wettbewerbsverbote im Konzern und Treuepflichten bei der Anteilsveräußerung	312
3) Mehrheitsbezogene Rücksichtnahmepflichten	320
IV. Treuepflichten zwischen Schwestergesellschaften eines Konzerns	321
V. Treuepflichten in mehrstufigen Abhängigkeitsverhältnissen	322

1) Machtbezogene Treuepflichten in mehrstufigen Abhängigkeitsverhältnissen	323
2) Mitgliedschaftliche Treuepflichten in mehrstufigen Abhängigkeitsverhältnissen	324
Zusammenfassung zu § 8	329
§ 9: Der Schadensersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft	330
1) Kein Ausschluss eines Schadensersatzanspruchs bei Bestehen einer Anfechtungsmöglichkeit	331
2) Verschuldensmaßstab	336
3) Das Klagerecht bei Treuepflichtverletzungen im Konzern ...	338
4) Die Sonderproblematik um die Unausgleichbarkeit der bei der abhängigen Gesellschaft verursachten Schäden ...	343
a) Die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns	345
b) Das TBB – Urteil des BGH	347
c) Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsprechung in und nach TBB	353
d) Gründe für die fehlende Möglichkeit zur Durchführung eines Einzelausgleichs	362
aa) Abgrenzung	362
bb) Die Fälle der Vermögensvermischung	368
(1) Ansätze zur Begründung einer Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung	369
(2) Stellungnahme	373
e) Die Verlustausgleichspflicht im faktischen Konzern	380
aa) Analogie zu §§ 302, 303 AktG im faktischen Konzern	380
bb) Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Begründungsansatz einer Verlustausgleichspflicht	387
(1) Gegenargumente	388
(2) Stellungnahme	389
Zusammenfassung zu § 9	391
§ 10: Alternative und weitergehende Haftungsmodelle	394
1) Die Haftung wegen der Verletzung einer Pflicht zur Konzernleitung	395
2) Die Haftung des herrschenden Unternehmens als faktischer Geschäftsführer	396
a) Die Voraussetzungen einer faktischen Geschäftsführung	398
b) Die Pflichten eines faktischen Geschäftsführers (insbesondere die Haftung aus Insolvenzverschleppung)	402
3) Deliktische Haftungsansätze	408
a) Die Einordnung der Tochtergesellschaft als Verrichtungsgehilfe der Muttergesellschaft	409

b) Die Anstifterhaftung des herrschenden Unternehmens	410
aa) Stellungnahme	411
bb) Der Schutzgesetzcharakter der Buchführungspflicht	416
(1) Die Fälle der Strafbewehrung	416
(2) Der Schutzgesetzcharakter von §§ 41 GmbHG und 91 AktG	417
cc) Der Schutzgesetzcharakter von § 130 OWiG	423
4) Die Haftung der Muttergesellschaft für die ausreichende Ausstattung der Tochtergesellschaft mit Kapital	426
a) Problemstellung	427
b) Abgrenzung von den Fällen der nominellen Unter- kapitalisierung	427
c) Die Begründung einer Haftung wegen materieller Unter- kapitalisierung	428
aa) Überblick über den Meinungsstand	428
bb) Anerkennung der Durchgriffshaftung durch den Gesetzgeber	432
cc) Die Frage nach dem Bestehen einer Verpflichtung zur angemessenen Kapitalausstattung	433
dd) Die Lösung über § 826 BGB	438
ee) Verschulden bei Vertragsschluss	440
ff) Die Verpflichtung zur Liquidation im Vorfeld der Insolvenzreife	449
gg) Die Treuepflicht der Gesellschafter im Falle einer materiellen Unterkapitalisierung der Gesellschaft	450
Zusammenfassung zu § 10	451

Kapitel IV:

Die Haftung zwischen gleichgeordneten Unternehmen
im Konzern

§ 11: Der Gleichordnungskonzern	455
1) Formen	455
2) Der Unternehmensbegriff	457
a) Herkömmliche Begründungsansätze	458
b) Der organisationsrechtliche Ausgangspunkt Mülberts	464
c) Stellungnahme	465
3) Die Haftung im Gleichordnungskonzern	477
a) Die Haftung im Gleichordnungsvertragskonzern	478
aa) Analogiebildung zu den Regelungen des Aktien- vertragskonzerns	478
bb) Aufwendungsersatzansprüche im Gleichordnungs- vertragskonzern	482

cc) Treuepflichtverletzungen im Gleichordnungs- vertragskonzern	483
b) Die Haftung im faktischen Gleichordnungskonzern	483
c) Analogie zu den Regelungen über den Verlustausgleich	486
4) Die Haftung zwischen gleichgeordneten Gesellschaften im Unterordnungskonzern	490
Zusammenfassung zu § 11	493

Kapitel V:

Die Haftung einer Muttergesellschaft nach englischem Recht

§ 12: Grundlagen	501
I. Rechtsquellen des englischen Kapitalgesellschaftsrechts	503
II. Der Begriff des Konzerns	506
III. Der Vertragskonzern im englischen Gesellschaftsrecht	509
1) Zur Zulässigkeit des Vertragskonzerns im englischen Recht ..	510
2) Stellungnahme	511
IV. Faktische Konzernverhältnisse	513
V. Allgemeine Schutzmechanismen im britischen Gesellschaftsrecht	515
1) Konzerneingangsschutz	515
2) Gläubigerschutz durch Staatsaufsicht	517
3) Kapitalerhaltung	518
4) Besondere Schutzvorschriften vor Benachteiligung in börsennotierten Gesellschaften	520
§ 13: Die Haftung des herrschenden Unternehmens	526
I. Gesetzliche Regelungen im Companies Act zur Begründung einer Haftung der Muttergesellschaft	526
II. Haftungsregeln im Falle der Insolvenz der Tochtergesellschaft ..	529
1) Fraudulent trading	531
2) Wrongful trading	536
a) Normadressaten und Anwendbarkeit auf Mutter- gesellschaften	538
b) Umfang der Ersatzpflicht	542
3) Sonstige Instrumente zum Schutz der Gläubiger in der Insolvenz	543

III. Die Durchgriffshaftung im common law	547
1) Grundlagen	552
2) Ausnahmen vom Salomon – Prinzip	558
a) Die Durchgriffshaftung in der Unternehmensgruppe.....	561
aa) Die Haftung der Muttergesellschaft aufgrund der Kontrolle der Tochtergesellschaft	561
bb) Das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit	562
cc) Zwischenergebnis	566
b) Rechtsmissbräuchliche Verhalten	569
c) Deliktische Ansprüche.....	572
d) Vicarious Liability	573
e) Das Agency-Prinzip	578
f) Haftung nach Grundsätzen des „Trusts“	584
Zusammenfassung zu § 13	586
§ 14: Treuepflichten im englischen Kapitalgesellschaftsrecht	588
I. Grundlagen	588
II. Die Majority Rule im englischen Kapitalgesellschaftsrecht	591
III. Anknüpfungspunkte zur Begründung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten.....	596
1) Rücksichtnahmepflichten der Mehrheit gegenüber Minder- heitsgesellschaftern	598
2) Der Schutz der Minderheitsgesellschafter durch Section 459 CA 1985	601
a) Tatbestandsvoraussetzungen	602
aa) Benachteiligung der Interessen eines Gesellschafters	602
bb) Benachteiligung durch die Art und Weise der Führung der Gesellschaft oder ein Verhalten der Gesellschaft	605
cc) Unfares Verhalten	607
b) Rechtsfolgen	613
c) Zwischenergebnis	614
3) Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft	616
a) Die ultra vires doctrine	619
b) Die Einschränkung der ultra vires-Doktrin und ihre heutige Bedeutung	621
c) Die Möglichkeit der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers	625
d) Das vorherrschende Verständnis von der Natur einer Kapitalgesellschaft im englischen Recht	633
IV. Die Haftung der Muttergesellschaft als constructive trustee	643
1) Die Fälle des trusteeships de son tort	649

2) Die Fälle der Teilnahme an bzw. Anstiftung zu einem breach of trust	650
3) Die Fälle eines knowing receipt bzw. dealing with the trust property	652
Zusammenfassung zu § 14	656
§ 15: Vergleichende Betrachtung zur Rechtslage in Deutschland	659

Kapitel VI:

Die Haftung der Muttergesellschaft in grenzüberschreitenden Unternehmensverbindungen

§ 16: Zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung im faktischen Konzern ...	664
I. Die Frage nach dem Bestehen eines einheitlichen Konzernstatuts	665
II. Zum Umfang der Anknüpfung	667
III. Begründungsansätze zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Einflussnahmen im Verhältnis Mutter- Tochtergesellschaft .	668
1) Grundüberlegungen	671
2) Der ergebnisorientierte Ansatz Kloockes	674
3) Zur Theorie der wirtschaftlichen Sonderanknüpfung	675
4) Zur Einordnung der Normen des Konzernrechts	678
a) Die Suche nach versteckten Kollisionsnormen im deutschen Konzernrecht	678
b) Die Eingriffsnormenqualität der konzernrechtlichen Vorschriften	679
5) Der Schutzzweck der konzernrechtlichen Normen	682
6) Die Anknüpfung an die Gesellschafterstellung des herrschenden Unternehmens	684
7) Die Frage nach der Stärke der Betroffenheit	686
Zusammenfassung zu § 16	689
§ 17: Die kollisionsrechtliche Behandlung von Vertragskonzernen	691
I. Die Zulässigkeit eines grenzüberschreitenden Vertragskonzerns	691
II. Die Vereinbarung deutschen Rechts als Wirksamkeits- voraussetzung	693
III. Die Anknüpfung an das Statut der abhängigen Gesellschaft	694
§ 18: Besonderheiten im Gleichordnungskonzern	699

§ 19: Das Gesellschaftsstatut	701
I. Die Sitztheorie	703
II. Die Gründungstheorie	706
III. Vermittelnde Ansätze aus dem Schrifttum	707
1) Die Differenzierungslehre Grasmanns	708
2) Die Schwerpunktlehre Wiedemanns	709
3) Die Überlagerungstheorie Sandrocks	710
4) Die Kombinationslehre Zimmers	711
IV. Die Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH	712
1) Von Daily Mail zu Centros	714
2) Das Überseering – Urteil des EuGH	717
a) Zur Einordnung des Überseering-Urteils	719
aa) Meinungsspektrum	719
bb) Unterscheidung zwischen Wegzugs- und Zuzugsfällen	720
b) Offene Fragen	724
V. Gründe für und wider die Sitztheorie	726
VI. Der Schutz vor den Folgen der Gründungstheorie	729
1) Sonderanknüpfung und Niederlassungsfreiheit	730
2) Sonderanknüpfung und Durchgriffshaftung	734
VII. Zum Umfang des Gesellschaftsstatuts	735
1) Meinungsspektrum zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung der Durchgriffshaftung	736
2) Stellungnahme	742
Ergebnis zu § 19	747
Zusammenfassung und Ausblick	751
Literaturverzeichnis	787
Table of Cases	849
Stichwortverzeichnis	857

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ABl	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abw.	Abweichung
AC	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords and Privy Council
ACLCLC	Australien Company Law Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.D.	außer Dienst
ADAC	Allgemeiner Deutscher Automobil Club
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
A/D/S	Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
aff.	affirmed
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
AktR	Aktienrecht
A.L.J.R.	Australian law journal Reports
All E.R.	All England Law Reports
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
A.L.R	Australian Law Reporter
Alt.	Alternative
amtl.	amtlich
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
App.Cas.	Law Reports Appeal Cases (1875 – 1890)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Plural)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater

Bd.	Band
BCC	British company cases
BCLC	Butterworths Company law cases
Beav	Beavan's English Rolls Court Reports
Begr.	Begriff, Begründung
BerDGesVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
Beschl.	Beschluss
Betr.	betrifft
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BLR	Business Law Review, London
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BörsenG	Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BSG	Bundessozialgericht
Bsp.	Beispiel
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull	Bulletin
BV	Besloten vennootschap
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch)
bzw.	beziehungsweise
c.	chapter
ca.	circa
CA	Companies Act
C.A.	Court of Appeal
Cal.Rep	California Reporter, Fallrechtsammlung
Cant.L.R.	Canterbury Law Review
Cass. Crim.	Cassation criminelle
CDDA	Company Directors Disqualification Act 1986
CERCLA	Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act
Ch.	Law Reports, Chancery Division; Chapter
Ch.D.	High Court, Chancery Division
c.i.c.	culpa in contrahendo
Cir.	Circuit
Civ	civil
CJ	Chief Justice
C.L.J	Cambridge Law Journal
C.L.R	Commonwealth Law Reports
cmd.	command

Cmmd	Command Papers
Co	Company
cod.	codex
CoLaw	Company Lawyer
Co Lawyer	Company Lawyer
Colum. L.Rev.	Columbia University Law Review
C.P.	Law Reports, Common Pleas
CR	Computer und Recht
C.S.	Court of Session
Ct	Court
D	Digesten; Recueil Dalloz
DB	Der Betrieb
dens.	denselben
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Die AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
DJT	Deutscher Juristentag
D.L.R.	Dominion Law Reports
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DPrR	Deutsches Privatrecht
DStrR	Deutsches Steuerrecht
dt.	deutsch
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EC	European Community
ECR	Extraordinary Contractuel Relief Reporter
ed.	Editor / edition
E.D	Eastern District
eds.	Editors
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EG AktG	Einführungsgesetz Aktiengesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
ER	English Reports
Erg. Bd.	Ergänzungsband
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
EuroEG	Euro-Einführungsgesetz
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F, F.2d, F.3d.	Federal Reporter, Fallrechtssammlung der Bundesberufungsgerichte, 1., 2. bzw. 3. Serie
f.	folgende (folgende Seite)

FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende (folgende Seiten)
FG	Festgabe
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fla J Int L.L	Florida Journal of International Law
Fla St U.L Rev	Florida State University Law Review
FN	Fußnote
FR	Federal Register
FS	Festschrift
FSA	Financial Service Act; Financial Services Authority
FSAMA	Financial Service and Market Act 2000
FSR	Fleet Street Reports
F.Supp	Entscheidungssammlung der bundesstaatlichen Distriktgerichte
G	Gesetz
GA	Generalanwalt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Recht
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GF	Geschäftsführer, Geschäftsführung
GG	Grundgesetz
ggf	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbH-RdSch	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
grds.	grundsätzlich
GS	großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung
h.A.	herrschende Ansicht
HS	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hdb.	Handbuch
HL	House of Lords
HLSc	English Law Reports, House of Lords, Scotch and Divorce Appeal Cases
h.L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
IA	Insolvency Act
IAS	International Accounting Standards
IASB	International Accounting Standards Board
ICR	Irish Chancery Reports

i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinn
i.E.	im Ergebnis
i.Gr.	in Gründung
i.H.d.	in Höhe der
i.H.v.	in Höhe von
IHK	Industrie- und Handelskammer
Inc	Incorporation
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Intl.	Internationale
Int'l R.L.&Econ	International Review of Law and Economics
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
I.R.C	Internal Revenue Code
iS(d, e, v)	im Sinne (des, eines, von)
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
iZw	im Zweifel
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.B.L.	The Journal of Business Law
J.C.P	Juris Classeur Periodique
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KapAEG	Kapitalaufnahmeleichterungsgesetz
KapCoRiLiG	Kapitalgesellschaften und Co -Richtlinien Gesetz
KapGesR	Kapitalgesellschaftsrecht
K.B.	Law Reports, King's Bench
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft; Kammergericht
KK	Kölner Kommentar
KO	Konkursordnung
KOM	Kommissionsdokument
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
Konz.	Konzern
KonzernR	Konzernrecht
KPMG	Deutsche Treuhand-Gesellschaft, Aktiengesellschaft, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft,
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KStG	Kapitalsteuergesetz
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
L.C.	Lord Chancellor

LEXIS	Datenbank, auch mit sonst unveröffentlichten Entscheidungen
LG	Landgericht
liSp	linke Spalte
L.J.	Lord Justice
LM	Lindemaier / Möhring (Nachschlagewerk)
L.M.C.L.Q.	Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly
LöschG	Löschungsgesetz
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R.	Law Report
L.Rev.	Louisiana Law Review
LT	Law Times Reports
Ltd.	Limited
-m.	-mäßig, -maßen
m. abl. Anm.	mit ablehnenden Anmerkungen
Macq	Macqueen's Scotch Appeal Cases, House of Lords
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Millionen
MK	Münchener Kommentar
M.L.R.	Modern Law Review
m.N.	mit Nachweisen
MonULR	Monash University Law Report
M.R.	Master of the Rolls
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MüHB-AG	Münchener Handbuch Aktiengesellschaft
MünchHdb.	Münchener Handbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note, Noten
NB	Neue Betriebswirtschaft
N.E.	Northeastern Reporter
n. F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift — Rechtsprechungsreport
N.L.J	New law Journal
No.	Number
Nr.	Nummer
n.rk.	nicht rechtskräftig
NSWLR	New South Wales Law Reports
N.W.	Northwestern Reporter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZLR	New Zealand Law Reports
NZZ	Neue Züricher Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
OLSchVO	Orderlagerschein-Verordnung

OxJLS	Oxford Journal of Legal Studies
P.	Pacific Reporter
para.	Paragraph
plc	public company limited by shares
PLC	Public limited company (Zeitschrift)
pp.	pages
ppa	per procura (-tionem)
pVV	positive Vertragsverletzung
Q.B.	Queens Bench
QBD	Queens Bench Division
QC	Queens Counsel
r.	rule
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
rd.	rund
Rdnr.	Randnummer
Rdsch.	Rundschriften
RefE	Referentenentwurf
Reg.	Registrar
RegBegr.	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
Rev	Revision
Rev.trim.dr.com	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RN	Randnummer
RS.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rwiss.	Rechtswissenschaft
s.	siehe
s.	section
S.	Satz, Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft
S.A.L.J.	The South African Law Journal
SA	Société Anonyme
S.C.	Session Cases
sch.	Schedule
ScheckG	Scheckgesetz
Schlussanh.	Schlussanhang
SchuldR	Schuldrecht
S.E.	Societas Europaea
sec.	section
Sess	Session
SH	Schleswig-Holstein
Slg	Sammlung

S.L.T	Scots Law Times
sog.	sogenannte(r)
ss.	Sections
Stan.L.Rev	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
StückAG	Stückaktengesetz
StVG	Straßenverkehrsgesetz
Supp	Supplement
TBBR	Tijdschrift voer Belgisch Burgerlijk Recht
u.a.	unter anderem
U.Chi.L.Rev	University of Chicago Law Review
UK	United Kingdom
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwandlG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstrittig
Urt.	Urteil
U.S.	Entscheidungssammlung des U.S. Supreme Court
USA	United States of America
U.S.C	United States Code
US-GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
u.U.	unter Umständen
v.	versus, gegen
Va.L.R	Virgina Law Review
VersR	Versicherungsrecht
vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift, Österreich)
WG	Wechselgesetz
WiB	Wirtschaftliche Beratung
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
w.N.	weitere Nachweise
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- u. Übernahmegesetz
WuB	Wirtschafts- u. Bankrecht
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb -Entscheidungssammlung
z	zu, zur, zum
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEup	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
zust.	zuständig
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung

The limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are less important than the limited liability corporation¹.

Einleitung

Dieser im britischen Recht gern zitierte Satz aus den Anfängen des letzten Jahrhunderts mag in seinem Pathos etwas weit gehen. Er zeigt aber den hohen Stellenwert auf, den Kapitalgesellschaften im heutigen Wirtschaftsleben einnehmen. Deren eigentliches wirtschaftliches Machtpotential entwickelte sich freilich erst im Zusammenschluss mit anderen Gesellschaften. Konzerne gelten aufgrund ihrer Effizienz und Flexibilität als die in der wirtschaftlichen Praxis bei weitem wichtigste Form der Unternehmensorganisation. Dreiviertel aller Aktiengesellschaften in Deutschland mit rund 90 % des Kapitals und etwa die Hälfte der Gesellschaften mbH sind in Konzernen organisiert². Auch nimmt der Trend zur Unternehmenskonzentration ständig zu. Stellvertretend hierfür stehen Schlagzeilen machende Fusionen wie die von *Daimler/Chrysler*, *Hoechst/Rhone Poulenc* und *Vodafone/Mannesmann*.

Ein maßgeblicher Vorteil des Zusammenschlusses in einem Konzern ist ohne Zweifel der der Haftungsbeschränkung. Diese beruht freilich auf der Vorstellung des historischen Gesetzgebers, dass jede rechtliche Einheit zugleich eine wirtschaftlich autonome Einheit ist, was der heutigen Rechtswirklichkeit diametral entgegensteht³. Der Konzern ist, wie bereits *Ludwig Raiser* 1964 festgestellt hat, selbst ein poly-korporativer Verband⁴. Er wird gegründet, muss finanziert, geleitet

¹ So *Prof. N. M. Butler*, ehemals Präsident der Columbia Universität, zitiert von *A. L. Diamond*, in *Orhial* (ed.), *Limited Liability and the Corporation* (Law Society of Canada, 1982) S. 42; vgl. auch *Sealy*, *Company Law and Commercial Reality*, 1984 S. 1; *Hicks/Goo*, *Cases and Materials on Company Law* S. 100.

² *Altmeppen*, *Die Haftung des Managers im Konzern* (1998), Einleitung.

³ Die Tatsache, dass insbesondere in allen westlichen Rechtsordnungen sich eine Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft beteiligen darf, erscheint heute zwar ganz selbstverständlich, war es aber in der historischen Entwicklung mitnichten: So verbot etwa das belgische Recht bis 1985 die Beteiligung von anderen Gesellschaften an einer *Société des Personnes à Responsabilité Limitée* (SPRL, Art. 119, 1 L.C.S.); dieses Verbot wurde erst durch das Gesetz vom 15.7.1985, Mon. Belge vom 14.8.1985, aufgehoben; seitdem heißt die GmbH in Belgien „*Société Privée à Responsabilité Limitée*“.

⁴ *Raiser*, *Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung* in: *Raiser/Sauermann/Schneider* (Hrsg.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissen-*

und überwacht werden, er hat Rechenschaft zu legen und wird eines Tages wieder aufgelöst. Vor allem schreibt man ihm aber eigene Interessen zu, die durchaus nicht identisch mit den Interessen der einzelnen Verbandsmitglieder sein müssen. Gerade diese Interessenkonflikte sind es aber, welche die Frage der Haftung aufwerfen, wenn eine Tochtergesellschaft für die Interessen des Konzerns eingesetzt und dabei ausgebeutet wird. Dieses Problems versuchte man in Deutschland im Aktienrecht durch eine gesonderte Konzerngesetzgebung Herr zu werden, deren Hintergrund eben die Überzeugung ist, dass auf Seiten eines herrschenden Unternehmens die ansonsten grundsätzlich vorhandene Interesseneinheit zwischen den Teilhabern einer Gesellschaft nicht mehr besteht. Im übrigen Kapitalgesellschaftsrecht unterblieb allerdings auch bei uns eine gesonderte Regelung.

Die sich im Zusammenhang mit der Frage nach der Verantwortung eines herrschenden Unternehmens auftuenden Probleme sind bereits Gegenstand einer kaum noch übersehbaren Flut von Monographien und Aufsätzen gewesen. Dabei lag ein Schwerpunkt des Interesses lange Zeit bei der Behandlung des Phänomens des qualifiziert faktischen Konzerns, der als das „eigentliche Sorgenkind des Konzernrechts“ galt. Von diesem Rechtsinstitut hat der BGH seit seinem Urteil vom 17.9.2001 in Sachen *Bremer Vulkan*⁵ nun freilich „Abschied“⁶ genommen. Das Problem, wie den Fällen zu begegnen ist, in denen sich einzelne schädigende Einflussnahmen der Konzernobergesellschaft nicht mehr nachweisen lassen, ist damit allerdings nicht aus der Welt. Offen ist aber auch, ob die Heranziehung der Regelungen zum Verlustausgleich außerhalb eines Vertragskonzerns nun tatsächlich gänzlich ihre Berechtigung verloren hat. Allgemein kann der bereits 1991 aufgestellte Befund von *Karsten Schmidt*, der feststellte: „Unser Detailwissen auf diesem Gebiet (dem Konzernrecht) ist beträchtlich, doch insgesamt wissen wir kaum, worüber wir sprechen⁷, nach wie vor nur unterschrieben werden⁸. Die Wurzel dessen sieht man darin, dass keine Einigkeit über das Leitbild und den Regelungsgegenstand des Konzernrechts besteht“⁹.

Eines der primären Ziele aller Bestrebungen ist sicher der Schutz der Gläubiger einer abhängigen Gesellschaft. Der Frage, wie man deren berechtigten Schutzinteressen gerecht werden kann, kann man sich grundsätzlich von vier Ausgangspunkten her nähern¹⁰. Zum einen auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die den besonderen Konzerngefahren Rechnung tragen soll, wie wir sie in Deutschland zumindest für Teilbereiche des Konzernrechts vorfinden. Diese Regelungen wurden

schaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, (1964), S. 51, 54; vgl. auch *Bälz*, Einheit und Vielheit im Konzern, FS Raiser S. 287 ff.

⁵ NJW 2001, 3622.

⁶ Vgl. insoweit bereits die 1991 veröffentlichte Arbeit von *Altmeyen*, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, dessen Titel sich insoweit mittlerweile zum geflügelten Wort weiterentwickelt hat.

⁷ *K. Schmidt*, ZHR 155 (1991), 417, 419.

⁸ *Zöllner* (in FS Kropff S. 333, 341) meint gar sarkastisch, „das deutsche Konzernrecht (hätte) noch immer Bereiche, die an die Sümpfe Floridas erinnern“.

⁹ *U. H. Schneider*, in FS Lutter S. 1193, 1194.

¹⁰ Vgl. auch *Schmittthoff*, Groups of Companies S. XIV.

allerdings lange Zeit auch über den eigentlichen Anwendungsbereich der gesetzlichen Normen hinaus herangezogen, um eine „spezifische Konzernhaftung“ unter dem Stichwort „qualifiziert faktischer Konzern“ zu entwickeln. Spätestens seit dem *Bremer Vulkan*-Urteil besinnt man sich allerdings auch in Deutschland wieder vermehrt allgemeiner Haftungsinstitute¹¹, die einen zweiten und dritten Weg des Gläubigerschutzes eröffnen. Zum einen auf der Grundlage einer Direkthaftung des herrschenden Gesellschafters oder aber einer Innenhaftung gegenüber den von ihm abhängigen Gesellschaften. Ersteres ist der Ausgangspunkt der Durchgriffshaftung, die vor allem auch im anglo-amerikanischen Bereich unter der Parole *piercing the corporate veil* besondere Bedeutung erlangt hat. Ein Haftungssystem lässt sich aber auch auf der Prämisse der Anerkennung besonderer Treuepflichten der Muttergesellschaft gegenüber ihrer Tochtergesellschaft entwickeln. Denkbar ist schließlich noch, sich diesem Problem vor allem von der insolvenzrechtlichen Seite her zu nähern.

Vom letzterem Blickwinkel aus hat vor nicht all zu langer Zeit *Ehricke* in seiner Habilitationsschrift „Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz“ diese Frage behandelt¹². Recht zu geben ist ihm dabei sicher darin, dass regelmäßig erst im Zeitpunkt der Insolvenz des abhängigen Unternehmens die Ansprüche der Gläubiger des abhängigen Unternehmens gegen ein herrschendes Unternehmen praktische Bedeutung erlangen¹³, weshalb es in diesem Fall der Fälle von äußerster Wichtigkeit ist, die Haftungsmasse der Gläubiger soweit wie möglich zu vergrößern¹⁴. Wenn man allerdings bedenkt, dass im GmbH-Bereich in weit über 50% der Fälle, in denen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragt wird, dieses bereits mangels Masse abgelehnt wird¹⁵, und im Übrigen die durchschnittliche Konkursquote bei 3 bis 4% liegt, so wird deutlich, dass auf diesem Wege allein kein ausreichender Gläubigerschutz erzielt werden kann¹⁶. Auch lässt sich die Annahme durch nichts belegen, dass, soweit nur ein in einen Konzern eingebundenes

¹¹ Teilweise wurde bereits das *TBB* – Urteil als Rückführung auf die allgemeinen Grundsätze der gesellschaftsrechtlichen Durchgriffshaftung verstanden (vgl. etwa *Bauder*, BB 1993, 1103, 1104; *Ebenroth*, in FS Boujong S. 99; *Heidenhain*, LM Nr. 6 zu § 302 AktG 1965; *Schanze*, AG 1993, 376, 378; a.A. und weiterhin hierin eine spezifische Konzernhaftung entdeckend: *Drygala*, GmbHR 1993, 317; *Hommelhoff*, ZGR 1994, 395, 406, 418; *Krieger*, ZGR 1994, 375, 377; *Limmer*, DStR 1993, 765, 768.

¹² Zum grenzüberschreitenden Insolvenzrecht vgl. *Habscheid*, Grenzüberschreitendes internationales Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland.

¹³ Vgl. *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998) S. 3, 13 ff.).

¹⁴ *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998) S. 13 ff.

¹⁵ Laut den Angaben des Statistischen Bundesamtes wurden 2003 bei 20034 Insolvenzen im GmbH-Bereich nur bei 9765 ein Verfahren eröffnet, 10269 wurden mangels Masse abgelehnt; 2002 wurden bei insgesamt 19770 beantragten Verfahren 10252 mangels Masse abgewiesen; betrachtet man die letzten fünf Jahre, in denen die alte Konkursordnung noch galt, kam es sogar in über 70 % der Insolvenzen nicht zur Eröffnung eines Verfahrens (vgl. im einzelnen die Statistik in ZIP 1999, 2182); anders sieht die Statistik allerdings bei Aktiengesellschaften aus, hier wurden von insgesamt 508 Verfahren im Jahr 2003 nur 181 und 2002 von insgesamt 631 Verfahren 189 mangels Masse abgelehnt.

¹⁶ *Kübler*, ZGR 2000, 550, 557 mit Hinweis auf *Strobl*, in FS Clemm S. 389, 408.

Unternehmen insolvent wird, aufgrund dessen Einbindung in den Unternehmensverbund regelmäßig genügend Masse zur Verfügung steht, um ein Verfahren zu eröffnen¹⁷. In einem Großteil der Fälle kann daher dieser Weg nicht der entscheidende Schlüssel für die Lösung der hier anstehenden Probleme sein. Er soll daher unter Hinweis auf die Ausführungen *Ehricke's* in dieser Arbeit auch nicht weiter untersucht werden.

Geht es um Haftungsfragen im Gesellschaftsrecht, sind Ausgangspunkt der Prüfung naturgemäß die Ansprüche der Gläubiger, die gegenüber einer Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können und sich deshalb an die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter halten wollen. Von diesem Blickwinkel aus ist die Frage nach einer Direkthaftung der Gesellschafter sicher prädestiniert. Gleiches gilt aber auch für die Antwort, da die Außenhaftung eines Gesellschafters dem Prinzip der Haftungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht widerspricht. Eben dies ist aber der Grund, weshalb die Durchgriffshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, ausgenommen vom Fall der Vermögens- und Sphärenvermischung, sich bislang nicht durchsetzen konnte. Zwar sieht man teilweise mit dem Urteil des BGH in Sachen *KBV* vom 24.6.2002 bereits eine neue Ära der Durchgriffshaftung eingeleitet¹⁸. Bedenkt man die Erfahrungen, die man im amerikanischen Recht mit diesem Institut gemacht hat, erscheint es jedoch mehr als fragwürdig, ob wir uns tatsächlich auch in Deutschland einer „*jurisprudence of epithet and metaphor*“ zuwenden sollten¹⁹. Der Gesetzgeber mag hier wie auch anderenorts²⁰ durchaus die Haftungsbeschränkung vor der Vorstellung eingeführt haben, dass eine rechtliche Einheit auch eine wirtschaftliche Einheit darstellt. Die Erkenntnis, dass dies nicht der Fall ist, rechtfertigt es indes nicht, die Haftungsbeschränkung aufzuheben.

Im Zentrum der nachfolgenden Untersuchung soll daher auch die Frage stehen, wie eine abhängige Kapitalgesellschaft im Konzern selbst geschützt werden kann²¹, aufbauend auf der elementaren Einsicht, dass der beste Schutz, den man einem Gläubiger zuteil werden lassen kann, immer noch die Erhaltung eines liqui-

¹⁷ So aber *Ehricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998) S. 2 (vgl. allerdings auch denselben a.a.O. in Fn. 4).

¹⁸ Vgl. hierzu unten S. 208.

¹⁹ *Phillip I. Blumberg*, The law of coporate groups 6 (1983) S. 8.

²⁰ Vgl. für den anglo-amerikanischen Rechtskreis nur *Blumberg*, Connecticut Journal of Intl. Law 1999, 397: „*Anglo-American corporation law has traditionally been bottomed upon the concept that each corporation, like each human being, is a separate juridical person with its own legal rights and duties; this is entity law. This doctrine arose centuries ago and was well suited to deal with the needs of a simpler economic society. It was a time when corporations generally could not own other corporations, and corporate groups with holding companies or parent corporations were unknown. At that time, each corporation was a separate economic enterprise as well as a separate legal entity. This is no longer the case.*“

²¹ Natürlich sind die oben angeführten Wege nicht als sich gegeneinander ausschließende Alternativen, sondern als grundsätzliche Ansätze der Problembewältigung zu verstehen, die auch nebeneinander Geltung beanspruchen können. Die Frage ist nur, wo man die Schwerpunkte setzt.

den Schuldners ist²². Dies kann nach der hier vertretenen und im nachfolgenden zu untermauernden Ansicht allerdings nur geleistet werden, wenn man in einem auf eigenständigen juristischen Personen aufbauenden System deren Interessen nicht von anderen Personen ableitet. Begrenzt wird die Untersuchung dabei auf den Vertragskonzern²³ und den faktischen Konzern²⁴, wobei – im Anschluss an die Frage nach der Haftung eines herrschenden Gesellschafters – abrundend auch ein Blick auf die Haftung zwischen gleichgeordneten Gesellschaften geworfen werden soll.

Untersucht werden soll insoweit allerdings nicht nur die deutsche Rechtsordnung, sondern auch die Rechtslage in England. Diese ist für die hier interessierenden Fragen gleich aus mehreren Gründen bedeutsam. Abgesehen davon, dass das englische Recht nach wie vor weit über die englischen Grenzen hinaus maßgeblichen Einfluss hat²⁵, macht die Kenntnis der auch hier traditionell bestehenden Unterschiede zur Rechtslage in Kontinentaleuropa, trotz gewisser vor allem europarechtlich begründeter Annäherungen²⁶ beider Rechtssysteme²⁷, eine Diskus-

²² Soweit es um die Haftung der Geschäftsführung geht, beginnt sich auch in Deutschland die Erkenntnis durchzusetzen, dass hier nicht erst dann angesetzt werden darf, wenn es um Fälle der Insolvenzverschleppung geht, sondern bereits vorher anhand von Standards eine Kontrolle einsetzen und eine Haftung für Schäden auch durchgesetzt werden muss (aus rechtsvergleichender Perspektive vgl. nur *Lutter*, ZGR 1998, 190 206 ff., der insoweit hervorhebt, dass in anderen Ländern wie den USA Klagen der Gesellschafter für die Gesellschaft und gegen die Direktoren, insbesondere aber auch gegen die Großaktionäre einer Gesellschaft bereits „*Legion*“ sind (*Lutter*, a.a.O. S. 192 unter Hinweis auf *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht (1991) S. 392 ff.; *Coffee*, in Feddersen/Hommelhoff/Schneider, Corporate Governance S. 165 ff.).

²³ Mit *Hüffer*, (AktG § 18 Rn. 3) wird insoweit zwischen Vertragskonzernen, Eingliederungskonzernen und faktischen Konzernen unterschieden.

²⁴ Im Eingliederungskonzern wird der Gläubigerschutz insbesondere durch die Begründung einer gesamtschuldnerischen Mithaftung der Hauptgesellschaft im weitest denkbaren Sinne gewährt. Nicht gesondert eingegangen wird auch auf isolierte Gewinnabführungsverträge und andere Unternehmensverträge. Zwar dürften gerade bei Vorliegen eines Gewinnabführungsvertrages die Vermutungen des §§ 17 Abs. 2 und 18 Abs. 1 S. 3 AktG kaum zu widerlegen sein (*Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 12 I). I.d.R. werden Gewinnabführungsverträge aber mit Beherrschungsverträgen verknüpft und nur selten isoliert abgeschlossen (vgl. nur *Hüffer*, AktG § 291 Rn. 24).

²⁵ Zwar hat das aus den Ländern England, Wales, Schottland und Nordirland bestehende Vereinigte Königreich keine einheitliche Rechtslage, trotzdem hat das englische Kapitalgesellschaftsrecht über die geographischen Grenzen von England hinaus hier aber beträchtliche Bedeutung erlangt. Auch folgt der irische CA grundsätzlich dem englischen CA 1985 und dem Insolvency Act 1986. Darüber hinaus folgt aber auch außerhalb Europas im Einzugsbereich des *common law* das *company law* vielfach dem englischen Vorbild (so etwa in Kanada, Australien, Indien, Pakistan, Singapur und den anglophonen Staaten Afrikas wie etwa Nigeria).

²⁶ Auch die Entwicklung des englischen Gesellschaftsrechts ist von der immer stärker werdenden Flut europäischer Richtlinien maßgeblich geprägt worden (*Treibel/Hodgson/Kellenter/Müller*, *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. S. 212 f.), deren Auswirkungen teilweise aber auch sehr kritisch beurteilt werden (vgl. etwa *Edwards*, *EC Company Law* 1999, S. 410 ff, die meint, das englische Gesellschaftsrecht sei aufgrund des Gemeinschaftsrechts „*in a worse state than at any time this century*“).

²⁷ Abgesehen von den auf der europäischen Rechtssetzung fussenden parallelen Regelungen

sion über die Chancen und Sinnhaftigkeit einer einheitlich europäischen Regelung auch auf dem Gebiet des Konzernrechts erst möglich. Insbesondere bietet das englische Gesellschaftsrecht aus Sicht der Aktionäre aber auch die besten Voraussetzungen für den Sitz multinationaler Konzerne. Im Hinblick auf diesen Standortvorteil wird bereits angenommen, dass, durch den Druck institutioneller Investoren bedingt, Gesellschaften zunehmend ihren Sitz nach England verlagern werden²⁸. In der Tat erfreut sich der Zusammenschluss von Gesellschaften in einem Unternehmensverbund hier auch besonderer Beliebtheit. So haben allein die 50 größten Gesellschaften in Großbritannien über 10.000 Tochtergesellschaften, mit einem arithmetischen Mittel von etwa 230 Gesellschaften pro Muttergesellschaft²⁹.

Dass der Aufbau einer Gesellschaftsgruppe in Großbritannien derart verbreitet ist, ist zum einen mit der Struktur des englischen Gesellschaftsrechts zu begründen, das eine Gesellschaftsgründung besonders einfach und kostengünstig ermöglicht³⁰. Zum anderen war bei einem Zusammenschluss von mehr als 20 Personen zum Zwecke der Gewinnerzielung im Geschäftsverkehr die Wahl der Kapitalgesellschaftsform von Seiten des Gesetzgebers bislang vorgeschrieben³¹. Zu erklären ist dies aber auch mit den bestehenden kapitalmarktrechtlichen Bestimmungen³². Vor allem ermöglicht es aber auch die Striktheit, mit der englische Gerichte das Prinzip der Selbständigkeit jeder gesellschaftsrechtlichen Einheit vertreten, und die bisher gezeigte Zurückhaltung bei Zulassung einer Durchgriffshaftung, wenn Gesellschaften versuchen, sich durch Gründung einer Tochtergesellschaft vor Risiken im Geschäftsverkehr abzuschirmen³³. Die anstehenden Reformvorhaben im britischen Gesellschaftsrecht könnten ein Weiteres dazu beitragen, dass sich diese

wird zunehmend auch eine Annäherungen des anglo-amerikanischen *case-law* zu dem kontinentalen Recht und umgekehrt unseres Rechts an das Fallrecht beobachtet (vgl. hierzu *Klaus-Peter Berger*, ZBB-Report 1998 S. 135).

²⁸ Vgl. hierzu *Monks, Robert A.G.*, *Modern Company Law for a Competitive Economy: the strategic framework, Corporate Governance: An international Review*, Vol. 8, 2000, No. 1, S. 16–24.

²⁹ Vgl. *Prentice*, *Connecticut Journal of International Law*, 1999, 305, 306 ff.

³⁰ Vgl. auch *Prentice*, *Connecticut Journal of International Law* 1999, 407 f. (Symposium Bericht).

³¹ Ende Dezember 2002 wurde die Begrenzung der Gesellschafterzahl einer unter dem *Partnership Act 1890* oder dem *Limited Partnerships Act 1907* gegründeten Personengesellschaft auf 20 Personen durch die *Regulatory Reform Order 2002* nunmehr allerdings aufgehoben.

³² So muss etwa nach *Rule 9 (1)* des *City Codes* jeder, der im Laufe der Zeit mindestens 30 % der Stimmrechte erwirbt, ein Angebot bezüglich der übrigen Gesellschaftsanteile derselben Klasse machen. Auch besteht in England bereits seit langem ein grundsätzliches Verbot nur teilweiser Übernahmeangebote. Teilweise Übernahmeangebote bedürfen der ausdrücklichen Genehmigung (*Rule 36 (1) City Code*). Eine wichtige Ergänzung des grds. Verbots nur teilweiser Unternehmensübernahmen stellt außerdem die Regelung dar, wonach ein freiwilliges Übernahmeangebot davon abhängig gemacht werden muss, dass es tatsächlich zu einer Mehrheitsbeteiligung des Bieters kommt.

³³ Vgl. *Prentice*, *Connecticut Journal of International Law*, 1999, 305, 309 ff. mit weiteren u.a. historischen und steuerrechtlichen Gründen für diese Entwicklung.

Standortvorteile des Königreichs hier noch vergrößern³⁴. So hat das britische Handelsministerium (*Department of Trade and Industry*) 1998 eine Expertenkommission (*steering group*) eingesetzt, die Vorschläge zu einer umfassenden Reform des englischen Gesellschaftsrechts erarbeitete, welche 2001 in einem Abschlussbericht präsentiert wurden und deren Ziel auch der Ausbau weiterer Wettbewerbsvorteile Englands beim Wettstreit um die Ansiedlung neuer Gesellschaften auf der Insel ist³⁵. Im Juli 2002 erschien auf dieser Grundlage das Weißbuch „Modernising Company Law“, in dem die Regierung ihrer Vorstellungen von einem modernen Company Law der Öffentlichkeit präsentiert³⁶. Angestellt werden demzufolge auch bereits berechtigte Spekulationen darüber, ob Großbritannien nicht zukünftig zu einem „europäischen *Delaware*“ avancieren könnte³⁷, was angesichts der Entscheidungen des EuGH in Sachen *Überseering* und *Inspire Art* besondere Bedeutung gewinnt³⁸.

Die damit aufgeworfene Frage der Grenzüberschreitung und die Tatsache, dass multinationale Unternehmensverbände zu den Hauptakteuren des modernen Wirtschaftslebens gehören, lässt allerdings auch eine rechtliche Betrachtung rein nationaler Regelungen nur noch eingeschränkt sinnvoll erscheinen. Zu klären gilt es daher weiterhin, wann ein Regelungssystem zum Schutz der Gläubiger einer abhängigen Gesellschaft überhaupt zur Anwendung kommt. Diese Frage ist bereits deshalb von besonderer Bedeutung, da gerade im Bereich des Konzernrechts international nach wie vor deutlich unterschiedliche Schutzsysteme bestehen³⁹.

Aufbauend auf den vorgenannten Erwägungen wird im Folgenden daher zunächst die gesetzliche Regelung des Aktiengesetzes über die Haftung in verbundenen Unternehmen dargestellt, um sodann die Frage nach deren Übertragbarkeit auf den GmbH-Konzern zu stellen. Daran schließt die Frage nach der Funktionsfähigkeit allgemeiner Haftungstatbestände im Konzern an. Dabei wird der Schwerpunkt des Interesses auf dem Schutz der abhängigen GmbH liegen, die sich in der Vergangenheit als besonders insolvenzgefährdet und damit „gläubigergefährlich“ erwiesen hat. Im Anschluss hieran wird die Rechtslage in England behan-

³⁴ Vgl. auch hierzu *Monks* a.a.O. (Fn. 28).

³⁵ Vgl. Modern Company Law: Final Report unter 1.13 (Competitiveness and Modern Economic Needs).

³⁶ Abrufbar auf der Homepage des Department of Trade and Industry unter <http://www.dti.gov.uk/cld/review.htm>.

³⁷ *Cheffins*, Company Law – Theory, Structure and Operation, 1997, S. 441 ff.; *Halbhuber*, ZeuP 2003, 418, 436; kritisch insoweit allerdings *Carruthers/Villiers*, EBLR 2000, 91, 95, gleiche Ambitionen werden teilweise allerdings auch in Frankreich mit der Société par actions simplifiée verfolgt (vgl. *Guyon*, Rev. Sociétés 2000, 255, 258: „*Cet arrêt (Centros), peut faire bénéficier la France d'un effet Delaware*“).

³⁸ In der Praxis hat das *Überseering*-Urteil bereits Wirkung entfaltet. So hat die Gründung englischer *Limited Companies*, die ihre Tätigkeit in Deutschland entfalten wollen, erheblich zugenommen. Im Internet bietet man unter Adressen wie www.tschuessdeutschland.de bereits Komplettlösungen für *Limited* Gründungen zu Festpreisen an (vgl. *Bücker*, in FAZ vom 8.10.2003).

³⁹ *Blaurock*, ZEuP 1998, 479; vgl. insoweit auch *Kindler*, Hauptfragen des Konzernrechts in der internationalen Diskussion ZGR 1997, 449.

delt. Hier können die Ausführungen allerdings nicht an den allgemeinen Haftungstatbeständen des Kapitalgesellschaftsrechts Halt machen. Da in England der Gläubigerschutz vor allem über das Insolvenzrecht gesucht wird, muss vielmehr ebenfalls auf diese Möglichkeiten eingegangen werden. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die mittlerweile auch im englischen Gesellschaftsrecht spürbar werdende Tendenz gelegt, zumindest einem herrschenden Gesellschafter besondere Treuepflichten aufzuerlegen. Der Schutz der Minderheitsgesellschafter wird in beiden Teilen der Arbeit dabei nur insoweit eine Rolle spielen, als sich hieraus ein Schutz der Gesellschaft selbst ableiten lässt bzw. eine entsprechende Erörterung wie im Bereich der Treuepflichten zum richtigen Verständnis der Pflichtensituation von Nöten ist.

Der letzte Teil der Arbeit beschäftigt sich schließlich mit der Frage, welches Recht zur Anwendung kommt, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft verschiedenen Rechtsordnungen angehören. Insoweit wird, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, von der ganz herrschenden Meinung eine eindeutige Antwort gegeben: Zur Anwendung kommen soll das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft, womit sich natürlich die Frage anschließt, wie dieses zu bestimmen ist. Der hierüber seit Jahrzehnten geführte Streit hat durch das bereits erwähnte Urteil in Sachen *Überseering* vom 5.11.2002⁴⁰ nunmehr eine entscheidende Wendung erfahren. Die bislang in Deutschland vorherrschende Sitztheorie wird vor dem Hintergrund dieser Entscheidung in bisheriger Form keinen Bestand haben können. Die Auswirkungen, die dieses Urteil auf das Gesellschaftsrecht in Europa zukünftig haben wird, lassen sich bislang allenfalls erahnen.

⁴⁰ ZIP 2002, 2037.

Kapitel I:

Die gesetzlichen Regelungen zur Haftung im Über- Unterordnungskonzern im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht

§ 1: Die Entscheidung zur Normierung eines eigenständigen Konzernrechts im deutschen Aktienrecht

Vorrangiges Anliegen jeden modernen Gesellschaftsrechts sind der Gläubiger- und Minderheitenschutz¹. Minderheitsgesellschafter müssen allgemein vor unfairer Benachteiligung, Gläubiger vor ungerechtfertigten finanziellen Gefahren geschützt werden. Außer Streit steht, dass in abhängigen Gesellschaften die Gefahren für die Außenseiter besonders hoch einzuschätzen sind. Die besondere Konzerngefahr ist damit zu begründen, dass der bei einer selbständigen Gesellschaft in der Regel vorhandene Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger an einer erfolgreichen Unternehmenstätigkeit in einer abhängigen Gesellschaft nicht mehr ohne weiteres vorausgesetzt werden kann². Zwar hat jeder Mehrheitsgesellschafter die Möglichkeit einer dominierenden Kontroll- und Einflussmacht. Ein Gesellschafter, der nur über die Beteiligung an einer Gesellschaft verfügt, legt aber regelmäßig Wert darauf, dass diese Gesellschaft gewinnbezogen geleitet wird. In einem Unternehmensverbund wird die Frage der Gewinnmaximierung indes nicht mehr isoliert in Bezug auf einzelne Gesellschaften betrachtet, sondern im Gesamtgefüge aller am Unternehmensverbund Beteiligten. Dies kann es als durchaus vorteilhaft erscheinen lassen, die Interessen einer Tochtergesellschaft im Interesse des Gesamtkonzerns zurückzustellen³.

Aus diesem Grund wurde in Deutschland als erster Rechtsordnung der Welt mit der Aktienrechtsnovelle aus dem Jahre 1965 das Recht der verbundenen Unternehmen verbundspezifischen Sonderregelungen unterstellt (§§ 15 ff., 291 ff. AktG), da man das Gesellschaftsrecht als solches nicht für ausreichend hielt, die Außenseiter jedenfalls einer abhängigen Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien angemessen gegen die besonderen Konzerngefahren zu

¹ Vgl. statt aller nur die Stellungnahme der *Group of German Experts on Corporate Law* zum Konsultationsdokument der *High Level Group of Experts on Corporate Law*, abgedruckt in ZIP 2002, 1310.

² BGH v. 16.9.1985 = BGHZ 95, 330, 334 (*Autokran*); BGH v. 29.3.1993 = BGHZ 122, 123 (*TBB*).

³ Vgl. auch BGH v. 19.9.1994 = AG 1995, 35, 36.

schützen⁴. Historisch betrachtet ist dies vor dem Hintergrund zu verstehen, dass im deutschen Gesellschaftsrecht der Minderheitenschutz zunächst nur wenig ausgebildet war, weshalb man die erkannten verbundspezifischen Gefahren als Ansatzpunkt für eine Verbesserung der als schutzwürdig erachteten Positionen nahm⁵. Mit der so begründeten Zäsur zwischen privaten Mehrheitsgesellschaftern und herrschenden Unternehmen wurde eine grundlegende Entscheidung zugunsten eines eigenständigen Konzernrechts getroffen⁶.

I. Der Konzernbegriff im deutschen Gesellschaftsrecht

Nach der Definition des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG liegt ein Konzern vor, wenn „ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst“ sind. Was unter dem konzernspezifischen Merkmal der „einheitlichen Leitung“ zu verstehen ist, wurde vom Gesetzgeber allerdings offen gelassen⁷. Dementsprechend finden sich hierzu im Schrifttum auch unterschiedliche Ansätze⁸. Umstritten ist schon, ob der Unterscheidung zwischen einheitlicher Leitung und Zusammenfassung in § 18 Abs. 1 AktG eine besondere Bedeutung zukommt⁹. Überwiegend wird dies verneint, da durch die einheitliche Leitung die Zusammenfassung der verbundenen Unternehmen bereits gewährleistet ist¹⁰. Teilweise wird aber auch das Zusammenreffen rechtlicher und wirtschaftlicher Kriterien durch die Verbindung von „einheitlicher Leitung“ einerseits und „Zusammenfassung“ andererseits betont. So könne der Begriff der Leitung auf die grundlegenden Leitungsfunktionen im Aktien- oder GmbH- Unternehmen aus rechtlicher Sicht bezogen werden. Das Merkmal der Zusammenfassung charakterisiere indes eher den wirtschaftlichen Prozess der Verbindung mehrerer Unternehmen zu einer Konzerneinheit¹¹. Die Anlehnung an eine wirtschaftliche Betrachtungsweise eröffne methodisch die Möglichkeit, den konzernrechtlichen Leitungs begriff aus den Leitungsstrukturen

⁴ Ausführlich *Detting*, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965 (1997), S. 213 ff.

⁵ *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht (1988), S. 39.

⁶ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 1 II 4.

⁷ Die an die einheitliche Leitung zu stellenden Anforderungen gesetzlich festzulegen, erschien ihm angesichts der vielfältigen Formen, die die Wirtschaft für die Konzernleitung bereits damals herausgebildet hatte, nicht möglich (Regierungsbegründung, abgedruckt bei *Kropff* S. 33).

⁸ *Hüffer*, AktG § 18 Rn. 8 ff.; *Koppensteiner*, in *KK*, § 18 Rn. 12 ff.

⁹ *Koppensteiner*, in *KK* § 18 Rn. 3.

¹⁰ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht § 4 III 1 d); *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 18 Rn. 15; *Koppensteiner*, in *KK* § 18 Rn. 3.

¹¹ *Abelshausen*, Leitungshaftung (1998), S. 41; zum engen Zusammenhang zwischen gesetzlicher Definition und wirtschaftlicher Konzernwirklichkeit vgl. auch die Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff* S. 33.

und Leitungsfunktionen eines Einheitsunternehmens zu entwickeln und zu konkretisieren¹².

Auch nach der herrschenden Auffassung wird allerdings das, was einheitliche Leitung ausmacht, aus der Eigenart des Konzerns als wirtschaftlicher Einheit heraus bestimmt¹³. Ausgehend von diesem Vorverständnis des Konzerns als wirtschaftliche Einheit wird von ihr ein enger Konzernbegriff vertreten. Ein Konzern liegt danach nur vor, wenn die Konzernspitze für die zentralen unternehmerischen Bereiche eine einheitliche Planung aufstellt und bei den Konzerngliedern durchsetzt. Insbesondere eine Koordination des Finanzbereichs wird dabei für unverzichtbar gehalten¹⁴. Von den Vertretern eines weiten Konzernbegriffs wird es demgegenüber für ausreichend gehalten, wenn sich die Leitungstätigkeit auf andere zentrale Bereiche des unternehmerischen Handelns beschränkt¹⁵.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist eine deutliche Linie insoweit bislang nicht zu erkennen¹⁶. Auch in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 18 AktG¹⁷ wird lediglich festgestellt, dass die einheitliche Leitung sich nicht auf „alle irgendwie wesentlichen Bereiche der unternehmerischen Tätigkeit“ beziehen muss. Als Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung sei es vielmehr bereits anzusehen, „wenn die Konzernleitung die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und sonstige grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsführung aufeinander abstimmt“. Diese Abstimmung kann sich „auch in der lockeren Form gemeinsamer Beratungen vollziehen oder aus einer personellen Verflechtung der Verwaltungen ergeben.“

Angesichts der „Diffusität und Unbestimmtheit“ des Begriffs der einheitliche Leitung hob *Zöllner* daher auch hervor, bei der Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG handele es sich nicht um eine Vermutung im engeren Sinne, sondern um „eine in ein irreführendes gesetzliches Gewand gekleidete Rechtsfolgenerstreckung, nämlich zur Erstreckung der Konzernfolge auf solche Tatbestände, in denen ein Konzern im eindeutigen Sinne gar nicht vorliegt, sondern entweder nur ein vermuteter ohne die Möglichkeit der Widerlegung der Vermutung oder eines jener unzähligen Gebilde aus der breiten Grauzone der Unternehmensgruppen, in denen gewisse Koordinierungen der Unternehmensziele erfolgen, aber rechtlich eindeutig als einheitliche Leitung zu qualifizierende Verhaltensweisen nicht positiv

¹² *Abeltshauser*, Leitungshaftung (1998), S. 41.

¹³ Vgl. auch *Koppensteiner*, in KK § 18 Rn. 15 m.w.N.

¹⁴ *Koppensteiner*, in KK § 18 Rn. 20; *Hüffer*, AktG § 18 Rn. 9 m.w.N.; vgl. auch *Raiser*, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. § 51 Rn. 40.

¹⁵ Hiernach wird es als genügend angesehen, dass die einheitliche Leitung bei anderen unternehmerischen Grundfunktion (Beschaffung, Produktion, Absatz, Organisation) oder bei der Personalpolitik erfolgt (vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht § 4 III 1 m.w.N.).

¹⁶ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht § 4 III 1 b m.w.N., die allerdings zumindest eine Tendenz der Rechtsprechung hin zu einem weiten Konzernbegriff, wenigstens für den Bereich der Konzernmitbestimmung (vgl. etwa BayOblG München Beschl. v. 24.3. 1998 = AG 1998, 523, 524), konstatieren.

¹⁷ Abgedruckt bei *Kropff* S. 33.

konstatierbar sind“¹⁸. Gerade diese Weite der Vermutungsregelung in § 18 Abs. 1 S. 3 AktG für den Fall der Abhängigkeit legt es aber nahe, auch den Konzernbegriff weit zu verstehen¹⁹. Letztendlich handelt es sich bei der hier geführten Diskussion aber wohl auch eher um eine „unterschiedliche Akzentsetzung als um einen echten Gegensatz“²⁰. Im Zweifelsfall muss jeweils das konkrete Gesamterscheinungsbild der Unternehmensgruppe darüber entscheiden, ob eine einheitliche Leitung oder nur eine partielle Zusammenarbeit vorliegt²¹.

II. Der Grundsatz der alleinigen Haftung der Konzernmitglieder

Auch der Tatbestand eines Konzerns ändert freilich noch nichts an dem Grundsatz der eigenen und ausschließlichen Haftung jeder so verbundenen Gesellschaft für die von ihr eingegangenen Verbindlichkeiten. Will man ein Konzernunternehmen für die Verbindlichkeiten eines anderen heranziehen, bedarf es einer besonderen Begründung²². Auf der Grundlage einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, sei es eines Schuldbeitritts, einer Garantieübernahme, einer Bürgschaft oder einer Patronatserklärung ist die Begründung einer Haftung natürlich jederzeit möglich²³. Im Einzelfall kommt sicher auch eine Haftung der herrschenden Gesellschaft aufgrund eines eigenen Verschuldens bei Vertragsschluss²⁴ oder auf der Grundlage besonderer Haftungstatbestände im Bereich der Produkt- oder Umwelthaftung in Betracht²⁵. Indes erzielt man hiermit nur eine Haftung in Ausnahmefällen²⁶. Der deutsche Gesetzgeber hat daher ein besonderes Schutzsystem für

¹⁸ Zöllner, in Referat 59 DJT R 35, 37.

¹⁹ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 4 III 1 c), die überdies darauf hinweisen, dass hierfür auch die Überlegung spricht, dass auf diesem Wege den wenigen Vorschriften, die an das Vorliegen eines Konzerns Rechtsfolgen knüpfen (insb. §§ 290 ff. HGB), ein möglichst weiter Anwendungsbereich gesichert wird.

²⁰ Vgl. Emmerich/Habersack, § 18 Rn. 10.

²¹ Raiser, Kapitalgesellschaftsrecht § 51 Rn. 40.

²² Emmerich/Sonnenschein/Habersack, 7. Aufl.; § 20 IV 1 m.w.N.

²³ Insbesondere mit der Patronatserklärung hat man in der Kautelarpraxis ein an die spezifischen Bedürfnisse verbundener Unternehmen angepasstes eigenständiges und flexibles Sicherungsinstrumentarium entwickelt.

²⁴ Vgl. hierzu noch unten S. 440 ff.

²⁵ Vgl. hierzu etwa Oehler, ZIP 1990, 1445, 1450 ff.; Ossenbühl, Umweltgefährdungshaftung im Konzern (1999), S. 31 ff.; K. Schmidt, in Umweltschutz im Unternehmen, Umwelt- und Technikrecht Bd. 26 S. 69, 80 ff.; H. P. Westermann, ZHR 155 (1991), 223; auch im Ausland ist die Begründung einer Inanspruchnahme der Muttergesellschaft gerade in diesem Bereich Gegenstand besonderer Regelung vgl. etwa für die USA den *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (CERCLA) 42 U.S.C. §§ 9601–75 (1994).

²⁶ Vorschläge zur Begründung einer grundsätzlichen Garantiehaftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft, wie sie etwa im französischen Schrifttum im Hinblick auf die Machtposition der herrschenden Gesellschaft gemacht wurden (vgl. hierzu D. Schmidt, ZGR 1982, 276, 287 f.), wurden auch dort allgemein abgelehnt (Hannoun, Bull Joly 1991, 483, M. Wolf, Konzernhaftung (1995), S. 84 m.w.N.) und kommen auch für das deutsche Recht nicht in Betracht.

den Bereich der verbundenen Unternehmen begründet, wobei im Grundsatz zwei Arten von Konzernen unterschieden werden: der Unterordnungskonzern und der Gleichordnungskonzern. Der Schwerpunkt der Regelung wurde dabei schon im Hinblick auf die Bedeutung in der Praxis deutlich auf den Unterordnungskonzern gelegt, auf den auch hier zunächst einzugehen sein wird. Entsprechend der gesetzlichen Systematik ist dabei zunächst die Haftung im Vertragskonzern näher zu beleuchten.

§ 2: Die Haftung im Vertragskonzern

I. Überblick über die gesetzliche Regelung des Vertragskonzerns

Durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages wird im Aktiengesellschaftsrecht ein gesetzliches Regelungsgefüge in Gang gesetzt, das dem herrschenden Unternehmen mit der Befreiung von den Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 291 Abs. 3 AktG) und der Konstituierung eines umfassenden Weisungsrechts (§ 308 Abs. 1 AktG) wesentliche Vorteile bringt. Die abhängige Gesellschaft wirtschaftet nach Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags im Interesse des herrschenden Unternehmens²⁷. Im Gegenzug hierzu hat der Gesetzgeber umfangreiche Schutzmechanismen vorgesehen. Neben den Regelungen zum Schutz des Anfangsvermögens der abhängigen Gesellschaft (§§ 300 bis 303 AktG) wurden Vorschriften zum Schutz des Vermögens der außenstehenden Aktionäre (§§ 304 bis 307 AktG) sowie Normen über den Umfang des Weisungsrechts und die besondere Haftung der gesetzlichen Vertreter (§§ 308 bis 310 AktG) geschaffen. Für die im Rahmen dieser Arbeit zu erörternde Frage der Haftung des herrschenden gegenüber den von ihm abhängigen Unternehmen steht der in § 302 AktG niedergelegte und im Nachfolgenden zu behandelnde Verlustausgleichsanspruch natürlich im Mittelpunkt des Interesses.

II. Die Verlustausgleichspflicht

Nach Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages ist die herrschende Gesellschaft verpflichtet, die Verluste der abhängigen Gesellschaft auszugleichen (§ 302 AktG) und nach seiner Beendigung den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft Sicherheit zu leisten (§ 303 AktG)²⁸. Der hinter der Begrün-

²⁷ *Altmeyen*, in MK zum AktG § 302 Rn. 10.

²⁸ Jedenfalls für den Fall, dass kein Insolvenzverfahren durchgeführt werden kann, wird auch ein unmittelbarer Zahlungsanspruch gegen das herrschende Unternehmen zu Recht bejaht (vgl. nur *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 20 IV 5; *Koppensteiner*, in KK, 2. Aufl. § 303 Rn. 15; *Hüffer*, AktG § 303 Rn. 7 m.w.N.; grds. für einen unmittelbaren Anspruch auf Befriedigung im Insolvenzfall *Altmeyen*, *Die Haftung des Managers im Konzern* (1998), S. 25 f., da in diesem Fall jedenfalls der Sicherungsfall eingetreten sei; für den qualifiziert faktischen

dung dieser Vorschriften stehende Grundgedanke des Gesetzgebers wird in der Literatur indes nicht einheitlich beurteilt. Die Frage nach der Regelungsintention des Gesetzgebers und dem Normzweck der Verlustausgleichspflicht mag nach Abschluss eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages von nachgeordneter Bedeutung sein. Entscheidende Bedeutung kommt ihr aber zu, wenn es um die Möglichkeit einer analogen Anwendung dieses Regelungskomplexes geht. Diese Frage hat auch nach Aufgabe der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern²⁹ nichts an ihrer Brisanz eingebüßt³⁰ und kann daher auch hier nicht unerörtert bleiben.

1) Die dogmatische Einordnung der Verpflichtung zum Verlustausgleich

a) Der Streit um den Schwerpunkt der gesetzgeberischen Intention für die Begründung einer Verlustausgleichspflicht

Vielfach sieht man den maßgeblichen Regelungszweck des § 302 AktG darin, die durch § 291 Abs. 3 AktG angeordnete weitgehende Lockerung der Vermögensbindung zu kompensieren³¹. Andere heben im Anschluss an die Begründung zum Regierungsentwurf hervor³², dass in der Verlustausgleichspflicht vor allem ein Korrelat für die Strukturänderung der Gesellschaft zu sehen ist, die nach Abschluss eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages im Interesse des herrschenden Unternehmens wirtschaftet³³. Wer aufgrund eines Gewinnabführungsvertrages das Ergebnis der abhängigen Gesellschaft erhalte oder aufgrund eines Beherrschungsvertrages in der Lage sei, sich die abhängige Gesellschaft insgesamt dienstbar zu machen, der habe das Verlustrisiko zu tragen, da auch nur er die Chancen

Konzern bei Zahlungsunfähigkeit der abhängigen Gesellschaft vgl. auch BGH v. 16.9.1985 = BGHZ 95, 330 347; BGH v. 19.9.1988 = BGHZ 105, 168, 183; BGH v. 23.09.1991 = BGHZ 115, 187, 200; BGH v. 11.11.1991 = BGHZ 116, 37, 42.

²⁹ Vgl. hierzu unten S. 344.

³⁰ Vgl. auch hierzu unten S. 380 ff.

³¹ BGH v. 14.12.1987 = BGHZ 103, 1, 10; BGH v. 20.2.1989 = BGHZ 107, 7, 18; BGH v. 23.09.1991 = BGHZ 115, 187, 197; Assmann, JZ 1986, 123, 126; *Ensthaler/Kreher*, BB 1995, 1422, 1424; *Hüffer*, AktG § 302 Rn. 3; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht § 20 V 1 a); *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 141 ff.; *Stimpel*, in FS f. Goerdeler S. 601, 614 ff., 620; *ders.* ZGR 1991, 144, 151 ff.; *Ulmer*, NJW 1986, 1579, 1584; *Vonnemann*, BB 1990, 217, 220; zu der Gesetzeslage vor 1965 vgl. bereits *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre (1958) S. 335, der die Pflicht eines herrschenden Unternehmens, einen bilanzmäßigen Verlust der beherrschten Gesellschaft zu übernehmen, für eine unabweisbare Notwendigkeit hielt, wenn man den Grundsatz der Kapitalerhaltung nicht nur formell, sondern seinem materiellen Gehalt nach auf eingegliederte Gesellschaften anwenden wolle.

³² Vgl. die Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff* S. 391: „Wer die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann, muss auch für ihre Verluste einstehen.“

³³ BGH v. 11.11.1991 = BGHZ 116, 37, 41 f.; („Stromlieferung“); *Altmeppen*, DB 1999, 2453; *Drüke*, Haftung der Muttergesellschaft (1990), S. 175 ff.; *Hommelhoff*, in FS für Goerdeler S. 221, 226 ff.; *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 4; *ders.*, in Probleme des Konzernrechts S. 87 f.; 94 ff.; *Limmer*, Haftungsverfassung (1992), S. 295 ff.; *W. Müller*, in FS für Rowedder S. 277 (279); *Wilhelm*, Beendigung (1976), S. 51 f.

wahrnehmen könne bzw. in der Lage sei, die Risiken zu beherrschen³⁴. Teilweise wird dabei der Übergang der Leitungsmacht auf das herrschende Unternehmen und damit die Außerkraftsetzung des § 76 AktG als das Entscheidende auch besonders betont³⁵. Das maßgebliche Element des Beherrschungsvertrags ist hier nach in der Einräumung des Weisungsrechts zu sehen, wohingegen die Veränderung des Leitungsmaßstabes nur Folge der Übertragung der Leitungsmacht sei³⁶. Der Gesetzgeber habe in dieser Regelung das Prinzip „Herrschaft = Haftung“ niedergelegt, weshalb es geradezu „erstaunlich“ sei, dass dem Entscheidungsmaßstab teilweise so weitgehende Bedeutung zuerkannt werde³⁷.

b) Stellungnahme

Durch den Verlustausgleich werden nicht nur die Kapitalerhaltungsgrundsätze „auf die Muttergesellschaft verlängert“³⁸. Zwar kann die Außerkraftsetzung der Kapitalerhaltungsvorschriften³⁹ als ein Motiv zur Begründung einer Verlustausgleichspflicht angesehen werden, der Normzweck der Regelung geht aber hierüber hinaus⁴⁰. So löst die mit Abschluss eines Beherrschungsvertrages vorgenommene Umstrukturierung der abhängigen Gesellschaft, die fortan als eine im Dienst des herrschenden Unternehmens stehende anzusehen ist, den Verlustausgleichsanspruch aus, ohne dass es darauf ankommt, ob der Vertrag auch tatsächlich praktiziert wird⁴¹. Der Verlust ist auch dann zu übernehmen, wenn er rein externe Ursachen hat und nicht auf Eingriffe der herrschenden Gesellschaft zurückgeführt werden kann⁴². Insbesondere gibt es Beherrschungsverträge, bei denen eine Einschränkung des Kapitalschutzes schon deshalb nicht zur Debatte steht, weil die Möglichkeit nachteiliger Weisungen ausgeschlossen wurde⁴³. Das herrschende Unternehmen muss auch nicht Gesellschafterin der abhängigen Gesell-

³⁴ *Koppensteiner*, in: Probleme des Konzernrechts, S. 87, 96; *ders.* in KK § 302 Rn. 4 m.w.N.; ähnlich *Michalski/Zeidler*, NJW 1996, 224.

³⁵ *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 338 f.

³⁶ *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 429.

³⁷ *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 339 f., wobei der Verfasser allerdings auch hervorhebt, dass dieses Prinzip im übrigen Gesellschaftsrecht abgelehnt wurde, weshalb er auch eine Analogie dieser Vorschriften bei anderen Gesellschaftsformen für „höchst problematisch“ hält (a.a.O. S. 350).

³⁸ *K. Schmidt*, in Heidelberger Konzernrechtstage S. 109, 116.

³⁹ So wurde in der Regierungsbegründung ausdrücklich betont, dass die Regelung des § 291 Abs. 3 AktG eingeführt wurde, um Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mit einem Aktionär nicht an den Kapitalerhaltungsregeln der §§ 57, 58 und 60 AktG scheitern zu lassen (Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff* S. 378; hierauf weist insb. auch *Altmeyen*, in MK zum AktG § 302 Rn. 9 hin).

⁴⁰ Für einen doppelten Zweck daher auch *Hommelhoff*, in FS Goerdeler S. 229 ff.; *Kort*, Der Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen (1986), S. 146.

⁴¹ *Altmeyen*, DB 1999, S. 2453 i.V.m. Fn. 7.

⁴² Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff* S. 391; BGH v. 11.11.1991 = BGHZ 116, 37, 41; *Altmeyen*, in MK zum AktG § 302 Rn. 9; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 7. Aufl. § 20 IV 3; *Hüffer*, AktG § 302 Rn. 11; *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 9; *Krieger*, in Münchner Hdb. GesR Band 4 § 70 Rn. 55.

⁴³ Vgl. *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 4.

schaft sein, um der Verlustausgleichspflicht zu unterliegen⁴⁴. Mag diese Konstellation in der Praxis auch so gut wie nicht vorkommen, so ist sie nach der gesetzgeberischen Konzeption doch ohne weiteres möglich und kann damit bei der dogmatischen Begründung nicht als irrelevant außer Acht gelassen werden. Damit kann der Grund der Norm aber auch nicht maßgeblich in der Außerkraftsetzung der Kapitalerhaltungsregeln gesehen werden.

Auch die Einräumung eines umfassenden Weisungsrechts spielt für die Begründung der Verlustausgleichspflicht im Beherrschungsvertrag nur eine untergeordnete Rolle⁴⁵. Natürlich liegt kein Beherrschungsvertrag vor, wenn die Leitung nicht im Sinne des § 291 Abs. 1 S. 1 AktG einem anderen Unternehmen unterstellt wurde⁴⁶. Die Betonung liegt hier aber auf der Unterstellung. Die Weisungsbefugnis stellt „nur ein Mittel der Unterstellung“ dar⁴⁷. Durch den Beherrschungsvertrag wird das Eigeninteresse der Gesellschaft durch das Konzerninteresse überlagert. Eine Leitungsmacht, die nur zum Vorteil der abhängigen Gesellschaft eingesetzt werden dürfte, könnte eine Verlustausgleichspflicht nicht rechtfertigen. Die Weisungsmöglichkeit dient nur der Absicherung der durch den Beherrschungsvertrag vollzogenen Interessenausrichtung. Letztere ist nicht deren – wenn auch unwiderleglich vermutete – Folge. Zwar wird in der Regierungsbegründung schlicht festgestellt, dass, „wer die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann oder ihren ganzen Gewinn erhält, ... auch für Verluste eintreten (muss)“⁴⁸. Aus dem Regelungssystem der §§ 291 ff. AktG ergibt sich aber deutlich, dass der Gesetzgeber dabei von einer Leitung im Konzerninteresse und nicht im Interesse der abhängigen Gesellschaft ausgegangen ist⁴⁹.

Die Maßgeblichkeit der Interessenausrichtung für die Begründung der Verlustausgleichspflicht wird auch dadurch bestätigt, dass nicht nur das Recht zu nachteiligen Weisungen abbedungen (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG), sondern grundsätzlich das Recht zur Weisungserteilung vertraglich beschränkt⁵⁰, wenn nicht gar ausge-

⁴⁴ Vgl. auch Joost, in Heidelberger Konzernrechtstage S. 133, 140.

⁴⁵ A.A. Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 350 ff.

⁴⁶ Dabei genügt es aber, wenn das herrschende Unternehmen in der Lage ist, eine auf das Gesamtinteresse der verbundenen Unternehmen ausgerichtete Zielkonzeption zu entwickeln und durchzusetzen (Altmeyen, in MK zum AktG § 291 Rn. 86; Hüffer, AktG § 291 Rn. 10; Krieger, in Münchner Hdb. GesR, Band 4 § 70 Rn. 5 jeweils m.w.N.; enger Koppensteiner, in KK § 291 Rn. 29, 34, der eine Unterstellung aller Leitungsfunktionen verlangt).

⁴⁷ Altmeyen, in MK zum AktG § 291 Rn. 54.

⁴⁸ Regierungsbegründung, abgedruckt bei Kropff, AktG 1965 S. 391.

⁴⁹ Vgl. hierzu auch die Regierungsbegründung, abgedruckt bei Kropff, AktG 1965 S. 374: „Nur der Beherrschungsvertrag gibt nach dem Entwurf dem herrschenden Unternehmen das Recht, die abhängige Gesellschaft unter seine Leitung zu stellen und sie bei dieser Leitung auch zu für sie nachteiligen Maßnahmen anzuweisen“, wobei der Einbruch in die Struktur der Aktiengesellschaft allerdings nur zur Verfolgung der Belange des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen vollzogen werden darf (§ 308 AktG und hierzu die Regierungsbegründung abgedruckt bei Kropff, AktG 1965 S. 403).

⁵⁰ Hüffer, AktG § 308 Rn. 13.

geschlossen werden kann⁵¹, ohne dass dies etwas an der Ausgleichspflicht ändert⁵². Die hier niedergelegten Regelungen können damit aber auch nicht als Ausdruck eines – nicht existierenden⁵³ – Prinzips, dass Herrschaft die Haftung des Herrschenden begründet, reduziert werden⁵⁴, mag dieses in der Vorstellung des historischen Gesetzgebers auch noch einen gewissen Raum eingenommen haben. Herrschaftsmacht ohne das Recht zur (nachteiligen) Weisungserteilung besteht auch in einem faktischen Konzern. Dies macht aber deutlich, dass tragender Grund für die Regelung einer Verlustausgleichspflicht beim Beherrschungsvertrag nur die nach seinem Abschluss geänderte Interessenausrichtung sein kann.

c) Die Verlustausgleichspflicht als Ausdruck einer *negotiorum gestio*?

Bleibt zu klären, ob die Regelung in § 302 AktG, wie dies häufig vertreten wird, als Weiterentwicklung des auftragsrechtlichen Prinzips zu verstehen ist, nach dem jede Geschäftsbesorgung im Fremdinteresse für den Geschäftsbesorger ohne Nachteil ausgehen muss⁵⁵. Zuzugeben ist dieser Ansicht, dass die Verlustausgleichspflicht, lange bevor der Gesetzgeber die Möglichkeit zum Abschluss eines

⁵¹ Ob das Weisungsrecht gänzlich abbedungen werden kann, ist umstritten; die h.M. (vgl. etwa *Hüffer*, AktG § 291 Rn. 11, *Koppensteiner*, in KK § 291 Rn. 13; *Krieger*, in Münchner Hdb. GesR, Band 4 § 70 Rn. 6) hält das Recht zur Weisungsbefugnis für unverzichtbar, da sonst das Regelungssystem des Vertragskonzerns und des faktischen Konzerns mangels nachvollziehbaren Inhalts des Begriffs Beherrschungsvertrages die tatbestandliche Abgrenzung verlieren würde. Wie soeben dargestellt, liegt der maßgebliche Inhalt des Beherrschungsvertrages aber in der Interessenausrichtung auf die Belange des herrschenden Unternehmens. Wollen die Parteien eine solche Zusammenarbeit begründen, ohne dass gegenseitige Leistungen u.U. als Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften geahndet werden, ist kein Grund ersichtlich, warum ihre Vertragsfreiheit dabei eingeschränkt und ihnen die Abbedingung des Weisungsrechts verboten werden sollte (*Altmeppen*, in MK zum AktG § 291 Rn. 94 ff.). Ein herrschendes Unternehmen wird einen solchen Vertrag ohnehin nur abschließen, wenn es sicher ist, auch ohne verbindliche Weisungen seine Interessen in der abhängigen Gesellschaft durchsetzen zu können.

⁵² Nach *Bitter* (Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 341) passt sich dies indes sogar nahtlos in seine Vorstellung ein, da der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, Einschränkungen der Eingriffsrechte des herrschenden Unternehmens könnten nichts an der Regelaussage ändern, dass eine Führung der abhängigen Gesellschaft allein in deren Eigeninteresse im Falle der Leitung durch das herrschende Unternehmen nicht mehr möglich ist. Indes vermutet das Gesetz auch für den Fall der einfachen Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen, dass das abhängige und das herrschende Unternehmen einen Konzern bilden und das abhängige Unternehmen somit unter der Leitung des herrschenden steht (§ 18 Abs. 1 AktG). Auch dies zeigt, dass allein der Fakt der Leitung nicht das Entscheidende für die Begründung einer Verlustausgleichspflicht sein kann. Maßgeblich ist die vertragliche *Unterstellung* unter das Konzerninteresse und die damit einhergehende Zweckänderung.

⁵³ So die heute ganz h.M. vgl. nur *Lutter*, ZGR 1982, 245, 266; *ders.*, in Heidelberger Konzernrechtstage S. 183, 195; *Priester*, in FS Semler S. 561, 573 f.; *Ulmer*, AG 1986, 123, 126; vgl. auch *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 111, 137 m.w.N.

⁵⁴ So aber *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 350.

⁵⁵ *Altmeppen*, in MK zum AktG § 302 Rn. 12, *ders.*, Abschied vom qualifiziert faktischen Konzern (1991), S. 74 ff., 93, 121; *K. Schmidt*, ZHR 155 (1991), 417, 429; *J. Wilhelm*, DB 1986, 2113, 2116; auch *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 7. Aufl. § 11 III 3 und *Ebricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998), S. 448 weisen auf die „unverkennbare Verwandtschaft“ mit Geschäftsbesorgungsverträgen hin.

Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages normierte, als Folge eines Organschaftsvertrages bereits bekannt war, der zum Zwecke der Bildung einer steuerlichen Organschaft abgeschlossen wurde⁵⁶ und eine finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung voraussetzte⁵⁷. In der Praxis wurde hierfür eine Kombination von Gewinnabführungs- und Betriebsführungsvertrag oder ein reiner Betriebsführungsvertrag geschlossen⁵⁸. Durch den Organschaftsvertrag verpflichtete sich eine Organgesellschaft nach außen im eigenen Namen aufzutreten, aber im Innenverhältnis zum Organträger ausschließlich nach dessen Weisungen und für dessen Rechnung zu handeln⁵⁹. In Ermanglung einer speziellen Regelung im Aktienrecht vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965⁶⁰ wurde die Verlustübernahmepflicht des Organträgers aus allgemeinen Regelungsgrundsätzen des Schuldrechts abgeleitet. Der Organvertrag wurde weitgehend je nach Ausgestaltung als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter bzw. als Auftrag mit Elementen des Kommissionsgeschäfts verstanden⁶¹. Damit wurde der Organträger gemäß §§ 669, 670 BGB ggf. i.V.m. § 675 BGB als verpflichtet angesehen, alle Mittel zur Verfügung zu stellen, die zur Durchführung dieser Aufgaben benötigt wurden, was die Pflicht zur Deckung etwaiger Verluste einschloss⁶².

Durch das Aktiengesetz von 1965 wurde die einheitliche Organschaft in zwei Unternehmensverträge, den Beherrschungsvertrag einerseits und den Gewinnabführungsvertrag andererseits, geteilt⁶³. Dabei wurde auch in der Regierungsbegründung darauf hingewiesen, dass die Verlustausgleichspflicht insoweit nicht neu sei, „als sie der Sache nach Bestandteil des sogenannten Organvertrages“ ist⁶⁴, weshalb auch bereits vor der Normierung des § 302 AktG eine Pflicht zur Verlustübernahme, hergeleitet aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, anerkannt war⁶⁵. Damit ist allerdings noch nicht hinreichend dargetan, dass die dogmatischen Wurzeln der nunmehr gesetzlich normierten Verlustausgleichspflicht für den Fall des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages nach wie vor unmittelbar im Auftragsrecht gefunden werden können⁶⁶. Gegen eine unmittelbar auftragsrechtliche Einordnung spricht hier vor allem, dass durch den Abschluss eines Beherrschungsvertra-

⁵⁶ Zu den neueren Entwicklungen in diesem Zusammenhang vgl. *Graf Kerssenbrock*, Organschaft ab 2002: Wichtiger gewordenes Instrument steuerlicher Gestaltung für Konzerne und internationale Investoren; RIW 2002, 889 ff.

⁵⁷ Vgl. hierzu *Rasch*, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. S. 82 ff.

⁵⁸ *Hueck*, DB 1959, 223, 224.

⁵⁹ *Rasch*, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. S. 93 f.

⁶⁰ In § 256 AktG von 1937 war lediglich vorgesehen, dass die Vereinbarung einer Gewinngemeinschaft, Gewinnabführung, Betriebspacht, Betriebsüberlassung oder Betriebsführung zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung bedurfte.

⁶¹ *Rasch*, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. S. 85 f.

⁶² *Rasch*, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. S. 85 f.

⁶³ *Hommelhoff*, in FS Goerdeler S. 221, 228.

⁶⁴ Abgedruckt bei *Kropff*, AktG 1965 S. 376.

⁶⁵ Abgedruckt bei *Kropff*, AktG 1965 S. 390.

⁶⁶ Im Übrigen hielt man teilweise auch vor der Novellierung des Aktienrechts das Auftragsrecht in entscheidenden Punkten der Organschaft nicht für gerecht werdend (vgl. *Ballerstedt*, DB 1956, 813, 815).

ges, anders als durch Abschluss eines Organschaftsvertrages i.S.d. § 256 AktG 1937⁶⁷, nach heute weitgehend einhelliger Auffassung materiell der Zweck der Gesellschaft geändert wird⁶⁸. Zwar ließ die Regierungsbegründung noch offen, ob der Beherrschungsvertrag einen Organisationsvertrag darstellt⁶⁹. Indes besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass ein Beherrschungsvertrag in seinen Wirkungen weit über diejenigen eines schuldrechtlichen Vertrages hinausreicht und als Organisationsvertrag zu klassifizieren ist⁷⁰. Es kommt zu grundlegenden Strukturänderungen, da nach dem Abschluss des Vertrages die abhängige Gesellschaft so zu sehen ist, dass sie im Dienste des herrschenden Unternehmens steht und in dessen Interesse tätig wird. Damit hat der Abschluss des Beherrschungsvertrages aber nach herrschender und richtiger Ansicht zweckändernde Wirkung⁷¹. Der ursprüngliche Gesellschaftszweck wird dahingehend geändert, dass fortan die abhängige Gesellschaft primär im Konzerninteresse tätig zu werden hat⁷², was durch § 308 Abs. 1 AktG bestätigt wird⁷³. Eigene Gewinnerzielungsabsichten dürfen da-

⁶⁷ Vgl. hierzu Hueck, DB 1959, 223, 224, der mit der damaligen h.M. in der Organschaft auch keine Satzungsänderung sah.

⁶⁸ Altmeyen, in MK zum AktG § 302 Rn. 10; Koppensteiner, in KK vor § 291 Rn. 68; Mülb-
bert, Aktiengesellschaft (1996), S. 163; ders., in FS Lutter S. 535, 536; Wiedemann, GesR I § 3 I 3
a; für die GmbH BGH v. 14.12.1987 = BGHZ 103, 1, 4 f.; BGH v. 24.10.1988 = BGHZ 105, 324,
337 ff.; BGH v. 30.1.1992 = ZIP 1992, 395, 397 f.; Ulmer, in Hachenburg § 53 Rn. 142; Kleindiek,
ZIP 1988, 613, 616 f., 620; vgl. auch Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 11 III; a.A. etwa
Kort, Abschluss (1986), S. 60 f.

⁶⁹ Vgl. Regierungsbegründung abgedruckt bei Kropff S. 376.

⁷⁰ Vgl. nur Hüffer, AktG § 291 Rn. 17; Kleindiek, Strukturvielfalt (1991), S. 130 f.; Koppen-
steiner, in KK vor § 291 Rn. 68 jeweils mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

⁷¹ Vgl. nur Koppensteiner, in KK vor § 291 Rn. 68; Zöllner, in KK § 179 Rn. 124 m.w.N.; der
Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit einer GmbH ist nach
h.M. daher auch nur bei Zustimmung aller Gesellschafter zulässig Emmerich, in Scholz Konz-
ernR Rn. 216; Eschenbruch, Rn. 3182; Mülb-
bert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und
Kapitalmarkt (1996), S. 163 ff.; Priester, in Scholz § 53 Rn. 171; Ulmer, in Hachenburg, 8. Aufl.
§ 53 Rn. 142 ff.; Zöllner, in Baumbach/Hueck, Schlussanhang I, GmbH-Konzernrecht Rn. 39;
vgl. auch Schilling, ZHR 140 (1976), 535; ders., in FS Hefermehl 383, 390; Timm, GmbHR 1987,
8, 11; a.A. etwa Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl. Anh. § 13 Rn. 64.

⁷² Nach teilweiser Auffassung folgt eine Änderung des Gesellschaftszwecks auch bereits
daraus, dass durch den Abschluss des Vertrages die Autonomie der Gesellschaft aufgehoben
wird, die Bestandteil deren Zwecks sei (vgl. etwa Mülb-
bert, Aktiengesellschaft (1996), S. 157, 454;
Sonnenberg Die Änderung des Gesellschaftszwecks (1990) S. 55, 74). Die Konsequenz, dass die
Ausübung faktischer Leitungsmacht erst nach einer Änderung des Gesellschaftszwecks durch
die Hauptversammlung zulässig ist, wird allerdings nur noch vereinzelt gezogen (vgl. Sonnen-
berg, a.a.O. S. 119, a.A. aber Mülb-
bert, a.a.O. S. 454). Indes ist diesem Ansatz grundsätzlich ent-
gegen zu halten, dass die Autonomie zwar dem gesetzlichen Leitbild entspricht, nicht aber dem
Gesellschaftszweck angehört. Eine Zweckänderung allein durch die Begründung einer fak-
tischen Abhängigkeit anzunehmen, wird zu Recht als systemwidrig abgelehnt (vgl. auch Tim-
mann, Die Durchsetzung von Konzerninteressen in der Satzung der abhängigen Aktiengesell-
schaft (2000), S. 48 m.w.N.); für eine Zweckänderung bedarf es grundsätzlich eines satzungsan-
dernden Beschlusses der Hauptversammlung; dass ein solcher zur Begründung einer faktischen
Abhängigkeit nicht notwendig ist, ergibt sich aber bereits aus § 17 Abs. 2 AktG.

⁷³ Hommelhoff, Konzernleitungspflicht (1982), S. 92 ff.; Hüffer, AktG § 291 Rn. 17; Klein-
dick, ZIP 1988, 616 f.; Mülb-
bert, Aktiengesellschaft (1996), S. 163; Sonnenberg, Die Änderung

mit nur noch verfolgt werden, wenn dies nicht im Widerspruch zu den Interessen der herrschenden Gesellschaft bzw. des Konzerns steht.

Anerkannt ist dementsprechend, auch für den Fall einer fehlenden Weisung, eine Pflicht zu „konzernfreundlichem Verhalten“, da auch dann der Beherrschungsvertrag und die mit ihm einhergehende Zweckänderung nicht ignoriert werden darf⁷⁴. Einen unterschiedlichen Verhaltensmaßstab anzulegen, je nachdem ob eine Weisung erteilt wurde oder nicht, wäre widersprüchlich. Der Umstand, dass ohne Vorliegen einer konkreten Weisung dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft ein Ermessenspielraum zusteht, wie er den geänderten Gesellschaftszweck verfolgt, steht dem nicht entgegen, sondern ist dessen logische Konsequenz⁷⁵. Ein Widerspruch dazu, dass die Muttergesellschaft nach § 308 AktG konkrete Weisungen erteilen darf, wenn sie die Konzerninteressen in bestimmter Weise verfolgt haben möchte, ist hierin nicht zu erblicken⁷⁶. Allerdings kann aus der Verpflichtung zum konzernfreundlichen Verhalten auch eine Pflicht resultieren, wichtige Angelegenheiten der Muttergesellschaft zu unterbreiten, so dass diese entscheiden kann, ob sie der Tochtergesellschaft eine Weisung erteilt oder nicht⁷⁷.

Erkennt man aber, dass durch die mit dem Abschluss des Beherrschungsvertrages verbundene Zweckänderung das Konzerninteresse zum Interesse der abhängigen Gesellschaft selbst wird⁷⁸, passt auch das Bild einer Geschäftsbesorgung im Fremdinteresse hier nicht mehr ohne weiteres⁷⁹. Die Geschäftsbesorgung fußt auf dem Gedanken der Wahrung der Interessen eines anderen unter grundsätzlicher Beibehaltung der eigenen Interessen, wohingegen der Beherrschungsvertrag zu einer Angleichung der Interessen führt. Die Verlustübernahmepflicht ist auch anders ausgestaltet und weitergehend als die Aufwendungsersatzpflicht nach Auftragsrecht⁸⁰.

des Gesellschaftszwecks (1990), S. 57 f.; *Ulmer*, in Hachenburg § 53 Rn. 142; BGH v. 30.1.1992 = ZIP 1992, 395, 397.

⁷⁴ *Hüffer*, AktG § 308 Rn. 20; *Koppensteiner*, in KK § 308 Rn. 48 f.; *Martens*, in FS Fischer S. 449 f.; a.A. *Geßler*, in Geßler/Hefermehl § 308 Rn. 75 f, wobei allerdings eingeräumt wird, dass sich der Vorstand der abhängigen Gesellschaft nicht bewusst gegen den Konzern stellen darf, weshalb das herrschende Unternehmen auch in bedeutenden Fragen zu informieren und zu konsultieren sei.

⁷⁵ A.A. *Timmann*, Die Durchsetzung von Konzerninteressen in der Satzung der abhängigen Aktiengesellschaft (2000), S. 51 auch unter Hinweis auf „praktische Schwierigkeiten“ des Vorstandes bei der Ermittlung des Konzerninteresses; Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Frage, welche Entscheidung bei der Verfolgung eines Gesellschaftszwecks die richtige ist, bestehen aber grundsätzlich und sind der Stellung eines Vorstandes als Leiter einer Gesellschaft immanent; dies spricht allerdings nur dafür, ihm einen weiten Ermessenspielraum zuzubilligen.

⁷⁶ A.A. *Timmann*, Die Durchsetzung von Konzerninteressen in der Satzung der abhängigen Aktiengesellschaft (2000), S. 61, der die Auffassung vertritt, nur bei Erteilung einer konkreten Weisung erfolge eine Ausrichtung auf die Interessen des Konzerns.

⁷⁷ *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. § 308 Rn. 20 m.w.N.

⁷⁸ Vgl. zum Zusammenhang zwischen Gesellschaftszweck und dem Interesse der Gesellschaft noch ausführlich unten S. 244 ff.

⁷⁹ Vgl. auch *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 131 f.; im Ergebnis auch *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 4 a.E.

⁸⁰ *Hommelhoff*, in FS Goerdeler S. 221, 228 ff.; *Ulmer*, in Probleme des Konzernrechts,

Bei der Verlustausgleichspflicht handelt es sich auch nicht um eine Sanktion für die Verletzung einer wie auch immer gearteten Treuepflicht⁸¹. Dagegen spricht bereits die Anknüpfung der Haftung der herrschenden Gesellschaft an rein objektive Voraussetzungen. Die herrschende Gesellschaft haftet, ohne dass es auf ein Fehlverhalten ihrerseits ankommt und ohne dass ihr eine Entlastungsmöglichkeit zusteht⁸². Der Schutz des Ausgangsvermögens einer abhängigen Gesellschaft in einem Vertragskonzern ist Ausfluss der Erkenntnis, dass ein Zweck nur von einer existenten Gesellschaft verfolgt werden kann. Überwiegend wird daher auch aus dem Normzweck der Verlustausgleichspflicht des § 302 AktG die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens abgeleitet, den Bestand des abhängigen Unternehmens für die Dauer des Vertrages zu respektieren und zu garantieren⁸³, weshalb es auch keine existenzgefährdenden Weisungen erteilen darf⁸⁴. Dies gilt um so mehr, als der Gesetzgeber von 1965 mit seiner Regelung sicher nicht hinter den bereits anerkannten Schutz einer Organgesellschaft⁸⁵, auf den in der Regierungsbegründung Bezug genommen wurde⁸⁶, zurückfallen wollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die liquiditätsbedingte Bestandsgefährdung im Vertragskonzern damals nicht vollständig bedacht worden ist⁸⁷.

Der Ansicht, nach der ein solcher Schutz nicht besteht, da Normen zur Aufrechterhaltung zureichender Liquidität fehlten und § 308 AktG einschränkungslos

S. 26, 56; sicher nicht falsch ist es aber, wenn man im Hinblick darauf, dass die Interessen einer Gesellschaft zum Interesse einer anderen gemacht werden, zumindest eine gewisse Nähe zu dem Gedanken des § 670 BGB betont (vgl. auch *Stimpel*, Probleme des Konzernrechts, S. 11, 22); gegen eine Herleitung der Verlustausgleichspflicht aus dem Auftragsrecht auch v. *Becker*, Methodologische Probleme des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns (1994), S. 78 f. m.w.N.; vgl. auch *Pentz*, Rechtsstellung der Enkel AG (1994), S. 41 unter Hinweis darauf, dass § 670 BGB nicht dazu herangezogen werden könne, das allgemeine Lebensrisiko abzusichern.

⁸¹ Zur Treuepflichthaftung vgl. unten S. 157 ff.

⁸² So auch *Ulmer*, AG 1986, 123, 125 m.w.N.

⁸³ So auch *Altmeyden*, in MK zum AktG § 302 Rn. 35; *ders.*, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 22; *Hüffer*, AktG § 308 Rn. 19: §§ 300 ff., 304 ff.

⁸⁴ OLG Düsseldorf v. 7.6.1990 = ZIP 1990, 1333, 1337 (das sich insoweit gar auf Art. 14 GG beruft); vgl. auch *Authenrieth*, GmbHR 1984, 198; *Clemm*, ZHR 141 (1977), 197, 204 ff.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, § 23 IV 4 c; *Gesler*, ZHR 140 (1976), 433, 440; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht (1982), S. 148 ff.; 307 ff.; *Hüffer*, AktG § 308 Rn. 19; *Immenga*, ZHR 140 (1976), 301, 303 ff, 306; *Kleindiek*, Strukturvielfalt im Personengesellschaftskonzern S. 168 ff.; *Köhler*, ZGR 1985, 307, 318; *Krieger*, in Münchner Hdb. GesR Band 4 § 70 Rn. 134; *Schulze-Osterloh*, ZHR 142 (1978), 519, 523 f.; *Sina*, Die AG 1991, 1, 7 f.; *Semler*, in FS Stiefel S. 719, 750; *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391, 408 ff.; *Wilhelm*, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags S. 139 ff.; *Zeidler*, NZG 1999, 692, 694 f.; a.A. *Koppensteiner*, in KK § 308 Rn. 32 ff.; *Neubaus*, Die zivilrechtliche Organhaftung des Vorstandes einer beherrschten Aktiengesellschaft im sogenannten faktischen Konzern und im Vertragskonzern (1969), S. 94 f.; tendenziell auch *Wellkamp*, WM 1993, 2155, 2156.

⁸⁵ Bereits vor der Normierung der Vorschriften zum Aktienvertragskonzern hatte ein Organträger der Organgesellschaft die zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigten Mittel zur Verfügung und damit auch ihre Zahlungsfähigkeit sicherzustellen (*Rasch*, Deutsches Konzernrecht, 1944, S. 92).

⁸⁶ Regierungsbegründung bei *Kropff*, AktG 1965 S. 390 (mit Hinweis auf den aus „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ hergeleiteten Verlustübernahmeanspruch).

⁸⁷ *Kleindiek*, ZGR 2001, 479, 495.

Weisungen zulasse⁸⁸, kann daher auch nicht gefolgt werden. Neben der Niederlegung der Verlustausgleichspflicht spricht gegen sie die Existenz der Vorschriften zur Sicherung der in der AG verbleibenden Aktionäre und Gläubiger, denen ebenfalls die Wertung entnommen werden muss, dass das Gesetz von der Fortexistenz der Gesellschaft ausgeht. Insbesondere ist der Gleichwertigkeit von Ausgleich (§ 304 AktG) und Abfindung (§ 305 AktG) zu entnehmen, dass bestandsgefährdende Weisungen verboten sind, da man dem Aktionär nicht zumuten kann, die Abfindung zu wählen, weil er befürchten muss, bei einer Insolvenz keinen Ausgleich erhalten zu können⁸⁹. Im Übrigen wird, indem dem herrschenden Unternehmen die Leitung des abhängigen unterstellt wird, an § 76 Abs. 1 AktG angeknüpft. Auch dies schließt aber die Pflicht zur Fortführung der Gesellschaft mit ein, da Leitung den Bestand der zu leitenden Gesellschaft voraussetzt⁹⁰.

Die Gegenansicht, die darauf verweist, auch in der Regierungsbegründung werde von der Existenzgefährdung der abhängigen Gesellschaft ausgegangen⁹¹, beachtet nicht hinreichend, dass hier von der Zeit nach Beendigung des Vertrages die Rede ist. Sicher ist es nicht zu bestreiten, dass nach Beendigung eines Beherrschungsvertrages die abhängige Gesellschaft, auf sich allein gestellt, Schwierigkeiten haben wird, auf dem Markt zu bestehen⁹². Dies rechtfertigt es aber nicht, während der Dauer des Beherrschungsvertrages die Existenz der abhängigen Gesellschaft bedrohende Weisungen als rechtmäßig anzuerkennen⁹³. Auch in der Begründung zum Regierungsentwurf wird festgestellt, dass es das eigentliche Ziel der Regelung ist, „der Gesellschaft die für ihr Leben als Kapitalgesellschaft erforderliche Substanz und ihren Gläubigern das haftende Kapital zu erhalten“⁹⁴.

d) Die Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Schuldverhältnis

Die Verlustübernahmepflicht stellt sich dabei als Anspruch auf der Grundlage eines gesetzlichen Schuldverhältnisses dar⁹⁵. Das Gesetz erklärt die Verlustübernahmepflicht nicht zum notwendigen Bestandteil des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrages, sondern schreibt sie selbst vor⁹⁶ und begründet so ein Dauerschuldverhältnis⁹⁷. Da die Verlustübernahmepflicht Folge der Interessenausrichtung auf

⁸⁸ So *Koppensteiner*, in KK § 308 Rn. 32.

⁸⁹ *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 169.

⁹⁰ *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 168; *Schatz*, Sicherung des Gesellschaftsvermögens S. 24; *Gefßler*, ZHR 140 (1976), 433, 439.

⁹¹ *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 32 mit Hinweis auf die Regierungsbegründung zu § 303 und § 305 AktG, abgedruckt bei *Kropff* S. 393, 397.

⁹² Zur Frage, inwieweit der abhängigen Gesellschaft nach Beendigung des Vertrages Wiederaufbauhilfe zu leisten ist vgl. unten S. 37 ff.

⁹³ So *Koppensteiner*, in KK § 308 Rn. 32, 35.

⁹⁴ Regierungsbegründung bei *Kropff*, AktG 1965 S. 388.

⁹⁵ *K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 516 ff.; ebenso *Hüffer*, AktG § 302 Rn. 4; *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 7; *Kusterer*, DStR 1996, 114, 117 ff.; *W. Müller*, in FS Rowedder S. 277, 281; für eine vertragliche Haftung allerdings *Gansweid*, Gemeinsame Tochtergesellschaft S. 140; *Timm*, GmbHR 1987, 8, 17.

⁹⁶ *K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 517.

⁹⁷ Dem Zweck des § 302 AktG, das nominelle Nettobilanzvermögen der abhängigen Gesell-

ein anderes Unternehmen und der damit verbundenen Möglichkeit der Einflussnahme ist, nicht aber Folge konkreter Eingriffe⁹⁸, ist diese Haftung zudem als Zustands- bzw. Gefährdungshaftung zu qualifizieren⁹⁹.

2) Die Vereinbarkeit der Regelungen zum Vertragskonzern mit EG-Recht

Bevor auf die konkrete Ausgestaltung der Verlustausgleichspflicht eingegangen werden kann, ist zunächst noch zu einer neuerdings in der Literatur laut werdenen Ansicht Stellung zu nehmen, nach der die deutsche Konzerngesetzgebung unter europarechtlichen Gesichtspunkten bedenklich sei¹⁰⁰. Auch dies ist nicht nur für die Frage des Fortbestandes bzw. der Auslegung¹⁰¹ der hier getroffenen Regelungen von Interesse, sondern vor allen Dingen auch für deren Analogiefähigkeit¹⁰². So vertritt etwa *Schön* die Ansicht, Artt. 15., 16 der 2. Kapitalrichtlinie¹⁰³ müsse ebenso wie §§ 57, 58, 62 AktG als strenges Auszahlungsverbot außerhalb offener Ausschüttungen des korrekt festgestellten Gewinns verstanden werden¹⁰⁴. Da für Konzernverhältnisse eine ausdrückliche Zulassung verdeckter Rückgewährvorgänge durch Europarecht aber nicht vorgesehen sei, sei das im deutschen Gesetz niedergelegte Konzernprivileg, das eine Aufhebung der §§ 57 ff AktG begründe, im Grundsatz mit den Vorgaben der Kapitalrichtlinie unvereinbar¹⁰⁵. Allerdings ergibt sich für den Vertragskonzern nach *Schön* eine gemeinschaftsrechtliche Legitimation daraus, dass dieser einer besonderen Rechtsform für verbundene Unternehmen ähnele und weder der EG-Vertrag noch das europäische Sekundärrecht dem Kapitalgesellschaftsrecht einen Typenzwang vorgebe. Damit müsse aber das europäische Sekundärrecht den Vertragskonzern wie jede andere

schaft von Vertragsbeginn bis zur Beendigung des Vertrages konstant aufrechtzuerhalten, entspricht die Vorstellung von einer nur fallweisen Zahlungsverpflichtung nicht (*K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 518 f.; vgl. auch *Kusterer*, DStR 1996, 114, 117).

⁹⁸ Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff*, AktG 1965 S. 391; BGH v. 11.11.1991 = BGHZ 116, 37, 41; *Hüffer*, AktG § 302 Rn. 11; *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 9; *Krieger*, in Münchner Hdb. GesR, Band 4 § 70 Rn. 55.

⁹⁹ *Ulmer*, NJW 1986, 1579, 1584; *ders.*, AG 1986, 123, 127 f.; für eine typisierte Konzernleitungshaftung allerdings *Stimpel*, ZGR 1991, 144, 152.

¹⁰⁰ *Schön*, in FS Kropff S. 294, 298 ff.; *ders.*, RabelsZ 64 (2000), 1, 24; vgl. auch *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 552 f. allerdings mit anderen Gründen.

¹⁰¹ Zum Einfluss des Europarechts auf die Auslegung des § 311 AktG vgl. *Schön*, in FS Kropff S. 285, 300.

¹⁰² Vgl. nur *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 554, der in Konsequenz seiner Ergebnisse eine Analogie des § 302 Abs. 1 AktG auf sonstige, nicht auf die eigene Gewinnerzielung ausgerichtete Gesellschaften ablehnt.

¹⁰³ Zweite Richtlinie 77/91/EWG zur Koordination der Schutzbestimmungen ... v. 13.12.1976, ABl. EG Nr. L 26/1976, 1, abgedruckt bei *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rn. 206 ff.

¹⁰⁴ *Schön*, in FS Kropff S. 285, 294.

¹⁰⁵ *Schön*, in FS Kropff S. 285, 294 f.; dagegen bereits *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rn. 171 für den Vertragskonzern, für den faktischen Konzern vgl. Rn. 172; abl. auch *Emmerich/Habersack*, § 311 Rn. 82; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht S. 380 Fn. 653.

Organisationsform akzeptieren, womit, anders als bei der faktischen Konzernierung, auch nachteilige Konsequenzen für die Vermögensbindung der abhängigen Gesellschaft hinzunehmen seien¹⁰⁶.

Eine regelrechte Unvereinbarkeit der Verlustausgleichsregelung des § 302 Abs. 1 AktG mit dem europäischen Kapitalbindungsstandard stellt indes *Mülbert* fest¹⁰⁷. Die aus den Artt. 1 Abs. 2, 15, 16 der 2. Kapitalrichtlinie abzuleitende gemeinschaftsrechtliche Regel, dass in einer gesellschaftszweckkonformen Leistung an die Aktionäre keine verdeckte Einlagenrückgewähr liegt, ließe sich nur als zwingende Höchstvorgabe verstehen. Damit statuere die Kapitalrichtlinie aber auch insoweit einen Höchststandard, als die faktische Einschränkung des Kapitalbindungssystems bei Gesellschaften mit atypischem Formalziel nicht durch eine pauschale Verlustausgleichspflicht kompensiert werden dürfe. Damit stehe die pauschale Verlustausgleichspflicht des § 302 Abs. 1 AktG, jedenfalls bei Einmann-Gesellschaften¹⁰⁸, aber im Widerspruch zu den Vorgaben der Kapitalrichtlinie¹⁰⁹. Im Übrigen würde auch die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften mit atypischem Formalziel durch die hier aufgestellten Regeln „mehr oder minder stark beeinträchtigt“ werden¹¹⁰.

a) Stellungnahme

Art. 15 Abs. 1 der 2. Kapitalrichtlinie regelt im Kern, dass Ausschüttungen namentlich in Form von Dividenden und Zinsen für Aktien nur gezahlt werden dürfen, wenn hierdurch das im Jahresabschluss ausgewiesene Nettoaktivermögen den Betrag des gezeichneten Kapitals zuzüglich der nach Gesetz oder Satzung nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen nicht unterschreitet. Eine ausdrückliche Regelung über die verdeckte Rückgewähr besteht zwar nicht. Dennoch besteht im Ergebnis weitgehende Einigkeit darüber, dass auch diese von der Richtlinie erfasst und somit grundsätzlich verboten ist¹¹¹. Gefolgt wird dies zu Recht aus Sinn und Zweck der in der Kapitalrichtlinie niedergelegten Regelungen, die eine Ausschüttung in den genannten Grenzen nur auf der Grundlage eines Jahresabschlusses erlauben, um das Kapital bzw. dauerhaft gebundene Rücklagen beeinträchtigende offene Ausschüttungen zu unterbinden. Erst Recht muss damit aber eine verdeckte Einlagenrückgewähr grundsätzlich verboten sein¹¹².

¹⁰⁶ *Schön*, in FS Kropff S. 285, 299.

¹⁰⁷ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 553.

¹⁰⁸ Bei mehrgliedrigen Gesellschaften, meint *Mülbert*, könne die pauschale Verlustausgleichspflicht u.U. mit dem in Art. 42 der Kapitalrichtlinie verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre zu rechtfertigen sein (*Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 553 i.V.m. Fn. 50).

¹⁰⁹ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 552 f.

¹¹⁰ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 552.

¹¹¹ *Mülbert*, in FS Lutter, S. 535, 545; *Schön*, in FS Kropff S. 285, 292 ff.; *Werlauff*, EC Company Law S. 175 ff.; a.A. etwa *Ulrich*, Verdeckte Vermögensverlagerungen S. 10 ff.

¹¹² Ausführlich *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 546 f., der u.a. zu Recht darauf hinweist, dass der insoweit teilweise auch angeführte Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. etwa *Schön*, in FS Kropff S. 285, 293) sich hingegen nicht gegen die verdeckte Rückgewähr an sich, sondern vielmehr gegen die Ungleichbehandlung einzelner Gesellschafter richtet.

Nach § 291 Abs. 3 AktG sind Leistungen aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages aber nicht als Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln der §§ 57, 58 und 60 AktG zu sehen. Als Leistungen in diesem Sinne gelten bei einem Gewinnabführungsvertrag die Abführung des Bilanzgewinns und bei einem Beherrschungsvertrag Vermögenszuwendungen der abhängigen Gesellschaft an das herrschende Unternehmen aufgrund rechtmäßiger Weisungen¹¹³. Ist das herrschende Unternehmen, wie in der Regel, Aktionär der abhängigen Gesellschaft, so könnte man darin eine gegen §§ 57, 58, 60 AktG verstoßende verdeckte Gewinnausschüttung sehen. Diesen Bedenken soll § 291 Abs. 3 AktG begegnen. Im vorliegenden Zusammenhang geht damit aber die Frage einher, ob eine Lockerung der Vermögensbindung im Vertragskonzern mit den Regelungen der Kapitalrichtlinie vereinbar ist.

Gegen die Ansicht *Schöns*, nur im Vertragskonzern, nicht aber im faktischen Konzern sei eine Lockerung der Kapitalbindung zulässig, ist zunächst einmal *Mülbert* darin beizupflichten, wenn er feststellt, dass ein Konzern auch im Fall des Vertragskonzerns vom geltenden Recht nicht zu einer der Figur der juristischen Person gleichgestellten „Rechtsformalternative“ erhoben wird¹¹⁴. Dementsprechend kann für den Vertragskonzern insoweit aber auch nichts anderes gelten als für den faktischen Konzern, bei dem es *Schön* aus europarechtlichen Gesichtspunkten für geboten hält, den §§ 57 ff. AktG volle Wirkung zuzuerkennen¹¹⁵. Würde man der Auffassung *Schöns* folgen, so müsste konsequenterweise überdies auch die Verfolgung jeder genossenschaftlichen Zwecksetzung mit Artt. 15, 16 der 2. Kapitalrichtlinie unvereinbar sein¹¹⁶. Die durch einen Beherrschungsvertrag konzernierte Gesellschaft ist nur ein gesetzlich geregelter Fall einer Gesellschaft mit atypischer, d.h. nicht auf Gewinnerzielung ausgerichteter Zwecksetzung. Dies könnte allerdings nur dann richtig sein, wenn die Artt. 15, 16 der Kapitalrichtlinie für die AG einen enumerativen Katalog europarechtlich zulässiger Gesellschaftszwecke voraussetzten.

Wie *Mülbert* auch insoweit zu Recht betont hat, geht es im Grunde um die Entscheidung, ob der Gesellschaftszweck die Reichweite des aktienrechtlichen Vermögensbindungssystems absteckt oder ob auf der anderen Seite das Vermögensbindungssystem den Kreis der zulässigen Verbandszwecke bestimmt¹¹⁷. Nach wohl allgemeiner Überzeugung stellt die Aktiengesellschaft aber grundsätzlich eine zweckneutrale Rechtsform dar. Zwar wird vereinzelt vertreten, dass eine genossenschaftliche Zwecksetzung der aktienrechtlichen Vermögensbindung wider-

¹¹³ *Emmerich*, in Emmerich/Habersack § 291 Rn. 75.

¹¹⁴ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 537.

¹¹⁵ *Schön*, in FS Kropff S. 287, 300.

¹¹⁶ So zu Recht *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 538 unter Hinweis darauf, dass bei einer genossenschaftlichen Zwecksetzung gerade die Einräumung der Möglichkeit, etwa von einer Einkaufs-AG verbilligt Waren zu beziehen (entsprechendes gilt für Umsatzrückvergütungssysteme), der Ausfüllung des Gesellschaftszwecks dient.

¹¹⁷ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 538.

streite¹¹⁸. Ein Grund, warum eine ideelle Zwecksetzung und damit die Förderung der Interessen Dritter zulässig sein sollte, nicht jedoch die Festsetzung eines Zwecks, der die Förderung der Interessen der Mitglieder zum Gegenstand hat, ist indes nicht ersichtlich¹¹⁹. Zwar ist es sicher richtig, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften in diesem Fall nicht in gleicher Weise funktionieren können wie bei einer auf Gewinnerzielung ausgerichteten Gesellschaft. Dies gilt aber für jede Gesellschaft mit nicht erwerbswirtschaftlicher Zielrichtung¹²⁰.

Schön will den Vermögensschutz auch für Gesellschaften mit atypischem Formalziel teilweise an der gesetzestypischen Gewinnerzielungsabsicht messen¹²¹. Festzuhalten ist jedoch, dass es einen unterschiedlichen Bewertungsmaßstab hinsichtlich des Vermögensschutzsystems einer konkreten Gesellschaft nicht geben kann¹²². Ignoriert man den atypischen Zweck einer Gesellschaft im Rahmen der Kapitalerhaltungsregeln, müssten dementsprechend auch die Pflichtverletzung und der Schaden im Rahmen der §§ 93, 116, 117 AktG nach der typisch gewinnorientierten Zwecksetzung beurteilt werden¹²³. Einen Schadensersatzanspruch gegen einen Vorstand auch nur zu erwägen, weil dieser den Zweck seiner Gesellschaft verfolgt hat, erscheint aber geradezu abwegig¹²⁴. Vor allem aber würde im Fall, dass man die gewinnorientierte Zwecksetzung allgemein zum Maßstab erheben würde, eine atypische Zweckssetzung geradezu unvollziehbar¹²⁵. Dementsprechend kann der Grundsatz, dass an die Gesellschafter nur die von der Gesell-

¹¹⁸ *Großmann*, Unternehmensziele im Aktienrecht S. 238 ff.; *Sonnenberg*, die Änderung des Gesellschaftszwecks (1990), S. 49 ff.

¹¹⁹ Der im Anschluss an das Autokran-Urteil des BGH von *Wiedemann* (ZGR 1986, 656, 659) geäußerten Auffassung, untypische gesellschaftsrechtliche Gestaltungsformen, die nicht wirtschaftlich motiviert seien, sondern lediglich rechtliche Vorteile abschöpfen wollten, seien unzulässig, ist nicht zu folgen, weshalb diese auch einer Zweckausrichtung auf Konzerninteressen nicht entgegen stehen kann. *Wiedemann* knüpft an die Frage an, ob die vertragliche Gestaltungsfreiheit ihre Grenzen lediglich im zwingenden Recht findet oder auch den dispositiven gesetzlichen Regelungen Grundsätze (Typen) entnommen werden können. Der Ansatz der Typuskonzeption hat sich aber zu Recht nicht durchsetzen können, da er bereits nicht erklären kann, wieso der Gesetzgeber dann überhaupt zwischen zwingenden und dispositiven Normen unterscheidet (ablehnend auch *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 106 f.; ausführlich hierzu auch *Beinert*, Die Konzernhaftung für die satzungsmäßig abhängig gegründete GmbH (1995), S. 40 f.).

¹²⁰ *Timmann*, Die Durchsetzung von Konzerninteressen in der Satzung der abhängigen Aktiengesellschaft (2000), S. 290; uneingeschränkt die Zulässigkeit einer genossenschaftlichen Zwecksetzung bejahend auch *K. Schmidt*, *GesR*, 4. Aufl. § 41 I 1 a; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl. § 4 Rn. 6; *Steding*, JZ 1995, 591, 594.

¹²¹ Da nach *Schön* (ZGR 1996, 429, 454 ff.) die Gewinnerzielungsabsicht dem Gläubigerschutz dient, will er deren Fehlen auch durch eine Haftung der Aktionäre wegen materieller Unterkapitalisierung sanktionieren; auf der anderen Seite will er die atypische Zwecksetzung im Rahmen der §§ 57, 58, 62 AktG aber für den Fall einer öffentlich-rechtlichen Zielsetzung als Maßstab heranziehen (a.a.O. S. 453 f.).

¹²² So zu Recht *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 542.

¹²³ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 542.

¹²⁴ Zur Bedeutung der atypischen Zwecksetzung für den Nachteilsbegriff des § 311 AktG vgl. noch unten S. 107 ff.

¹²⁵ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 542; vgl. zum Ganzen auch *Eberth*, Die Aktiengesellschaft mit atypischer Zwecksetzung (2000) S. 94 ff.

schaft erzielten Gewinne verteilt werden dürfen, aber auch nur uneingeschränkt gelten, wenn die Gesellschaft gewinnmaximierend tätig ist. Für den Fall, dass eine Gesellschaft dem genossenschaftlichen Prinzip folgt, müssen auch Spielräume für eine darüber hinausgehende Wertverteilung bestehen¹²⁶, soweit nicht das zur Deckung der Grundkapitalziffer erforderliche Vermögen bzw. nicht ausschüttungsfähige Rücklagen angegriffen werden¹²⁷.

Gegen europarechtliche Vorschriften verstößt dies dann nicht. Durch das Freistellungswahlrecht in Art. 1 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. der Kapitalrichtlinie für Genossenschaften sollte dem nationalen Gesetzgeber ermöglicht werden, hinsichtlich in der Rechtsform der AG betriebenen Genossenschaften sogar gänzlich davon abzusehen, ein Garantiekapital vorzuschreiben¹²⁸. Dies zeigt aber deutlich, dass der europäische Gesetzgeber grundsätzlich keine Bedenken gegen die Verfolgung eines genossenschaftlichen Förderzwecks hatte. Nur muss im Fall, dass ein Mitgliedsland von der Möglichkeit der Nichtanwendung der Richtlinie hier Gebrauch macht, eine Gesellschaft mit genossenschaftlicher Zwecksetzung verpflichtet werden, die Bezeichnung Genossenschaft zu verwenden¹²⁹. Anderenfalls ist dies nicht nötig, trotzdem aber eine genossenschaftliche Zwecksetzung erlaubt. Im Hinblick darauf kann aber auch eine dem genossenschaftlichen Förderzweck entsprechende Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter keine verbotene verdeckte Einlagenrückgewähr i.S.d. Artt. 15, 16 darstellen¹³⁰. Wie sich allerdings aus Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie implizit ergibt, sind auch zweckkonforme Leistungen nur solange zulässig, wie nicht das gebundene Kapital angegriffen wird, das nicht einmal für eine offene Einlagenrückgewähr zur Verfügung steht. Bereits aus den Erwägungsgründen der Richtlinie ergibt sich, dass das gebundene Kapital als Sicherheit für die Gläubiger prinzipiell erhalten bleiben¹³¹ bzw. bei Nichtanwendung der Richtlinie der rechtsgeschäftliche Verkehr auf die genossenschaftliche Zwecksetzung hingewiesen werden muss. Im Übrigen ergibt sich eine Grenze der Ausschüttungsbefugnis auch daraus, dass jede Zweckverfolgung den Bestand einer Gesellschaft voraussetzt, weshalb dieser durch eine entsprechende Leistung auch nicht gefährdet werden darf¹³².

Wie sich aus den vorstehenden Erörterungen bereits ergibt, muss der atypische Gesellschaftszweck konsequenterweise auch im nationalen Recht für die Frage

¹²⁶ Mülbert, in FS Lutter S. 535, 539; dies gilt umso mehr, wenn man in den Kapitalschutzregeln auch eine Ausprägung der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft erkennt (vgl. Hüffer, AktG § 53 a Rn. 18), die vom Zweck der Gesellschaft bestimmt wird (ausführlich hierzu unten S. 244 ff.).

¹²⁷ Eine andere Frage ist es, wann in einem solchen Fall eine Analogie zu der Verlustausgleichsregelung des § 302 Abs. 1 AktG angezeigt erscheint (vgl. hierzu unten S. 112).

¹²⁸ Mülbert, in FS Lutter S. 535, 548 f. m.w.N.

¹²⁹ Ein Freistellungswahlrecht besteht überdies auch für Investmentgesellschaften mit veränderlichem Kapital (Art. 1. Abs. 2 S. 1, 1. Alt. der 2. Kapitalrichtlinie).

¹³⁰ Mülbert, in FS Lutter S. 535, 549, wobei dieser auch insoweit zu Recht betont, dass dieses Ergebnis auch nicht auf die genossenschaftliche AG beschränkt ist, sondern auch bei sonstigen Gesellschaften mit atypischer Formalzielsetzung gilt.

¹³¹ Mülbert, in FS Lutter S. 535, 550.

¹³² Mülbert, in FS Lutter S. 535, 549.

nach dem Vorliegen einer verbotenen verdeckten Ausschüttung erheblich sein. Zwar fallen grundsätzlich auch hier über den insoweit zu engen Wortlaut des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG hinaus nicht nur offene, sondern auch verdeckte Leistungen unter das Verbot der Einlagenrückgewähr¹³³. Eine solche kann aber nur angenommen werden, wenn ein Missverhältnis zwischen der Leistung der Gesellschaft und der Gegenleistung des Gesellschafters vorliegt¹³⁴. Der hierbei regelmäßig angestellte Vergleich mit Konditionen, die einem Dritten gewährt worden wären, wird aber implizit auf der Grundlage der Annahme einer gewinnorientierten Gesellschaft vorgenommen. Damit darf er aber nicht auf Gesellschaften mit genossenschaftlicher Zwecksetzung übertragen werden. Es wäre geradezu widersprüchlich, eine genossenschaftliche Zwecksetzung zuzulassen, ihre Verfolgung aber als Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften zu sanktionieren.

Eine andere Frage ist es, ob die damit europarechtlich zulässige Möglichkeit einer zweckkonformen Ausschüttung innerhalb der Grenzen des gebundenen Kapitals die Regelung der Verlustausgleichspflicht in § 302 Abs. 1 AktG als europarechtswidrig erscheinen lässt¹³⁵. Dies nimmt *Mülbert* an, da er die Ansicht vertritt, hier sei ein Höchststandard des Kapitalschutzes begründet worden¹³⁶. Dieser Ansicht steht nicht entgegen, dass die strengeren deutschen Kapitalerhaltungsvorschriften bereits bei Schaffung der Richtlinie bestanden. Insoweit wird zu Recht hervorgehoben, dass die entgegengesetzte Auffassung eine gewollte Rechtsangleichung konterkarieren könnte¹³⁷. Entscheidend muss vielmehr die Frage sein, ob der europäische Gesetzgeber eine abschließende oder offene Regelung treffen wollte. Ein ausdrücklicher Vorbehalt zugunsten weitergehender nationaler Regelungen fehlt in der Kapitalrichtlinie. Intensiv erörtert wurde die Frage nach der Qualität der Kapitalrichtlinie als Mindestnormierung bzw. Maximalstandard im Zusammenhang mit der verdeckten Sacheinlage¹³⁸. Hieraus lassen sich allerdings noch keine Schlussfolgerungen für die Auslegung der Artt. 15, 16 der Richtlinie herleiten, da, nach richtiger Ansicht, die Angleichungsfunktion jeweils separat für die einzelnen Bestimmungen festzulegen ist¹³⁹.

Grundsätzlich muss aber in Fällen, in denen die Frage, ob der europäische Gesetzgeber einen Mindest- oder Höchststandard begründen wollte, nicht klar beantwortet werden kann, aus dem Subsidiaritätsprinzip eine Vermutung für den offenen Charakter der Maßnahme abgeleitet werden, womit von einer Mindestrege-

¹³³ Vgl. nur *Hüffer*, AktG § 57 Rn. 7 f.

¹³⁴ *Hüffer*, AktG § 57 Rn. 8 m.w.N.

¹³⁵ Hierfür *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 553, jedenfalls für Einmann-Gesellschaften.

¹³⁶ A.A. und für eine Mindestnorm *Drinkuth*, Die Kapitalrichtlinie S. 183 ff.; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rn. 166; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rn. 596.

¹³⁷ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 550 f.; gegen *Ebenroth/Kräutner*, DB 1990, 2143, 2156; *Lutter/Gebling*, WM 1989, 1445, 1459.

¹³⁸ Vgl. hierzu die eingehende Darstellung des Diskussionsstandes bei *Drinkuth*, Die Kapitalrichtlinie m.N. des Meinungsstandes in Fn. 113, Fn. 121, Fn. 132.

¹³⁹ Vgl. nur *Merkt*, RabelsZ 61 (1997) S. 647, 657 m.w.N.; noch weitergehend *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 551, der insoweit sogar die Auslegung einer Bestimmung von der konkreten Rechtsfrage abhängig machen will.

lung auszugehen ist¹⁴⁰. Natürlich darf auf der anderen Seite die nationale Gesetzgebung den europäischen Vorgaben auch nicht zuwider laufen. Dies wäre aber der Fall, und insoweit ist *Mülbert* durchaus noch zu folgen, wenn der nationale Gesetzgeber das Vorliegen einer verdeckten Rückgewähr bei Gesellschaften, deren Zweck nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist, am Maßstab der Gewinnmaximierung bemessen könnte, da sich dann, wie gesehen, ein atypischer Gesellschaftszweck nicht verfolgen ließe¹⁴¹. Indes wird dies im deutschen Konzernrecht auch nicht getan. Durch die Regelung einer Verlustausgleichspflicht werden keine zweckkonformen Leistungen an die herrschende Gesellschaft verunmöglicht. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber in § 291 Abs. 3 AktG sogar klargestellt, dass durch Leistungen aufgrund eines Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrags nicht gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung verstoßen wird¹⁴². Sicher geht nach dem Gesagten eine „anlassunabhängige Verlustausgleichspflicht, die auf die Erbringung gesellschaftszweckkonformer Leistungen“ reagiert, über den von der Kapitalrichtlinie begründeten Kapitalbindungsstandard hinaus. Damit wird die Verfolgung des in einem Vertragskonzern bestehenden atypischen Gesellschaftszwecks der abhängigen Gesellschaft aber nicht verhindert. Vielmehr soll auf diesem Wege, wie bereits in der Regierungsbegründung zum Ausdruck gebracht wurde, „der Gesellschaft die für ihr Leben als Kapitalgesellschaft erforderliche Substanz und ihren Gläubigern das haftende Kapital“ erhalten werden¹⁴³, da man im Vertragskonzern die Gefahren für den Bestand der abhängigen Gesellschaft als besonders hoch erkannt hat. Dies kann nicht als Widerspruch zu den Vorgaben der Kapitalrichtlinie qualifiziert werden, zumal die Erhaltung des Bestandes jeder Zweckverfolgung immanent ist¹⁴⁴. Eine andere Frage ist es, ob die Verlustausgleichspflicht auf alle Gesellschaften mit atypischer Zwecksetzung auszudehnen ist¹⁴⁵. Dies ist zu verneinen, soweit nicht eine dem Vertragskonzern vergleichbare Gefahrenlage geschaffen wird¹⁴⁶.

Im Übrigen liegt aber auch kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor, wenn wie in § 300 Nr. 3 AktG über den Schutz des gebundenen Kapitals hinaus zweckkonformen Leistungen an die Gesellschafter Grenzen gezogen werden. Auch die Vorschrift des § 300 Nr. 3 AktG hat den Zweck, die Möglichkeiten des herrschenden Unternehmens zu begrenzen, durch Ausübung seiner Weisungsmacht oder in anderer Weise, Gewinne der Untergesellschaft zu Lasten ihrer Sub-

¹⁴⁰ Überzeugend *Merkt*, *RabelsZ* 61 (1997) S. 647, 677 ff., der insoweit auch aufzeigt, dass eine solche Vermutungsregel auch auf der Linie der neueren Rechtsprechung des EuGH liegt (a.a.O. S. 680 ff.).

¹⁴¹ *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 552.

¹⁴² Regierungsbegründung bei *Kropff*, AktG 1965 S. 378.

¹⁴³ Regierungsbegründung bei *Kropff*, AktG 1965 S. 388.

¹⁴⁴ Insoweit auch *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 549.

¹⁴⁵ Hierin sieht *Mülbert*, in FS Lutter S. 535, 553 die faktische Aufhebung eines zentralen Merkmals der europäisierten Rechtsform AG, nämlich der auf die Einlageerbringung beschränkten Aktionärhaftung.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu unten S. 112.

stanzbildung an sich zu ziehen¹⁴⁷. Der Gesetzgeber wollte auch mit dieser Regelung „der Gesellschaft die für ihr Leben als Kapitalgesellschaft erforderlich Substanz und ihren Gläubigern das haftende Kapital“ erhalten¹⁴⁸. Die Verfolgung eines atypischen Gesellschaftszwecks wird hierdurch ebenso wenig verunmöglich¹⁴⁹ wie gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen wird¹⁵⁰. Unabhängig von der Frage, ob die Niederlassungsfreiheit durch eine solche Regelung überhaupt tangiert wird¹⁵¹, ist die Verfolgung des Schutzes der Gläubiger einer Gesellschaft jedenfalls als legitimes Allgemeininteresse anerkannt¹⁵². Regelungen, die den Bestand einer Gesellschaft sichern sollen, um den Gläubigern ihren Schuldner zu erhalten, können damit jedenfalls nicht als unverhältnismäßig angesehen werden.

b) Ergebnis

Die Regelungen der Artt. 15, 16 der 2. Kapitalrichtlinie sind ebenso wie die §§ 57 ff. AktG als strenges Auszahlungsverbot außerhalb offener Ausschüttungen des korrekt festgestellten Gewinns zu verstehen. Allerdings ergibt sich aus der Zulassung der genossenschaftlichen Zwecksetzung, dass eine zweckkonforme Leistung innerhalb der Grenzen des gebundenen Kapitals weder gegen die Kapitalrichtlinie noch gegen die §§ 57 ff. AktG verstößt. § 291 Abs. 3 AktG ist insoweit als Klarstellung zu interpretieren. Aber auch in der Regelung einer Verlustausgleichspflicht, wie sie in § 302 AktG zu finden ist, kann kein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben gesehen werden. Hierdurch wird nur der Bestand der in einem Vertragskonzern gebundenen abhängigen Gesellschaft gesichert, ohne dass die Verfolgung des Konzerninteresses hierdurch unmöglich gemacht werden würde.

3) Der mittels der Verlustübernahmepflicht auszugleichende Jahresfehlbetrag

Der aufgrund der Verlustausgleichspflicht auszugleichende Jahresfehlbetrag ist der negative Saldo, der ohne die Verlustübernahmepflicht in der Gewinn- und Verlustrechnung gemäß § 275 Abs. 2 Nr. 20 bzw. § 275 Abs. 3 Nr. 19 HGB auszuweisen wäre¹⁵³. Es handelt sich insoweit um eine fiktive Betrachtung, da der Ertrag aus der Verlustübernahme in die Gewinn- und Verlustrechnung eingeht und somit bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen kein Jahresfehlbetrag entstehen kann (§ 277 Abs. 3 S. 2 HGB)¹⁵⁴. Ein Ausgleich ist allerdings nicht

¹⁴⁷ Hüffer, AktG § 300 Rn. 12.

¹⁴⁸ Regierungsbegründung bei Kropff, AktG 1965 S. 388.

¹⁴⁹ Dies erkennt auch Mülbert, in FS Lutter S. 535, 552 an.

¹⁵⁰ Auch Mülbert meint insoweit nur, dass die Niederlassungsfreiheit „mehr oder minder stark beeinträchtigt“ wird.

¹⁵¹ Auch in anderen europäischen Ländern wird die Ausrichtung der Interessen einer Gesellschaft auf die ihrer Muttergesellschaft keineswegs ohne weiteres für zulässig gehalten (zur Rechtslage in England vgl. unten S. 512 f.).

¹⁵² Vgl. hierzu unten S. 730.

¹⁵³ Altmeyden, in MK zum AktG § 302 Rn. 16; Hüffer, AktG, § 302 Rn. 11.

¹⁵⁴ Eschenbruch, Konzernhaftung Rn. 3017.

erforderlich, soweit der Verlust dadurch gedeckt werden kann, dass die abhängige Gesellschaft andere, nach dem Vertragsschluss gebildete Gewinnrücklagen (§ 266 Abs. 3 A III Nr. 4 HGB, § 158 Abs. 1 S. 1 Nr. 4d AktG) auflöst¹⁵⁵. Entsprechendes gilt für nach Abschluss des Vertrages gebildete Gewinnvorträge¹⁵⁶.

Gläubiger des Anspruchs ist die abhängige Gesellschaft, wodurch man es insoweit mit einer reinen Innenhaftung zu tun hat¹⁵⁷. Wird die abhängige Gesellschaft als Gemeinschaftsunternehmen geführt und bestehen mithin mehrere herrschende Unternehmen, haften diese nach richtiger und herrschender Ansicht mit Rücksicht auf den Schutz der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft und den Zweck der Vorschrift, die bei Vertragsschluss vorhandenen bilanzielle Substanz der Gesellschaft zu schützen, als Gesamtschuldner¹⁵⁸.

a) Entstehung und Fälligkeit der Verlustausgleichspflicht

Der Anspruch auf Verlustausgleich entsteht nach heute ganz herrschender Ansicht grundsätzlich mit Abschluss des Geschäftsjahres, in dem der Jahresfehlbetrag eingetreten ist¹⁵⁹. Umstritten ist allerdings der Zeitpunkt seiner Fälligkeit. Nach teilweiser Auffassung tritt die Fälligkeit erst mit Feststellung des Jahresabschlusses bzw. der Zwischenbilanz ein, da vorher noch nicht feststehe, was der andere Vertragsteil zu leisten habe¹⁶⁰. Träfe dies zu, hätte das herrschende Unternehmen allerdings die Möglichkeit, durch die Verzögerung der Bilanzfeststellung den Verlustausgleich hinauszuzögern. Auch bedarf es für eine Abweichung von der Fälligkeitsregel des § 271 Abs. 1 BGB besonderer Gründe, die für den Verlustausgleichsanspruch jedenfalls dem Grunde nach nicht ersichtlich sind. Überwiegend wird daher auch vertreten, dass der Anspruch spätestens mit Ende des Geschäftsjahres fällig wird, womit ab diesem Zeitpunkt in ihn vollstreckt werden kann¹⁶¹. Eine Stundung der Verlustausgleichspflicht muss hier nach Sinn und Zweck der Regelung grundsätzlich ausscheiden¹⁶².

¹⁵⁵ Hüffer, AktG § 302 Rn. 14; Krieger, in Münchner Hdb. GesR Band 4 § 70 Rn. 58; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl. § 54 Rn. 56.

¹⁵⁶ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht § 20 V 3; ausführlich hierzu Emmerich, in Emmerich/Habersack § 302 Rn. 32 ff.

¹⁵⁷ Hüffer, AktG § 302 Rn. 4; nur wenn der Anspruch von der Gesellschaft nicht geltend gemacht wird, können ihn die Gesellschafter entsprechend §§ 317 IV, 309 IV AktG geltend machen (Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht § 20 V).

¹⁵⁸ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, 7. Aufl. § 20 V 2a); Hüffer, AktG § 302 Rn. 21; Koppensteiner, in KK § 302 Rn. 24 m.w.N.; a.A. K. Schmidt, DB 1984, 1181, 1184.

¹⁵⁹ Anders allerdings eine ältere, namentlich von Geßler, in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, AktG, 1976, § 302 Rn. 41 vertretene Auffassung, nach der der Ausgleichsanspruch erst mit der Feststellung des Jahresabschlusses der abhängigen Gesellschaft entstehen soll, womit er zugleich auch fällig werde (vgl. auch Würdinger, GK zum AktG § 302 Anm. 6 mit Anm. 14).

¹⁶⁰ OLG Schleswig v. 3.4.1987 = Die AG 1988, 382; Eschenbruch, Konzernhaftung Rn. 3019; Koppensteiner, in KK § 302 Rn. 26 f.; Lwowski/Groschke, WM 1994, 613, 614; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl. § 54 Rn. 57.

¹⁶¹ Emmerich, in Hommelhoff u.a., Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht S. 64, 81 f.; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, 7. Aufl. § 20 V 5; Hüffer, AktG § 302 Rn. 15 m.w.N.

¹⁶² Auch eine Weisung des herrschenden Unternehmens, den als Ausgleich geschuldeten Be-

Auch der BGH hat in seinem Urteil v. 11.10.1999¹⁶³ nun entschieden, dass der Anspruch auf Ausgleich eines Jahresfehlbetrages bereits mit dem Stichtag der Jahresbilanz der beherrschten Gesellschaft entsteht und gleichzeitig mit seiner Entstehung fällig wird. Dabei soll auch die Höhe der Ausgleichspflicht nicht durch den festgestellten Jahresabschluss festgelegt werden, sondern durch den zum Bilanzstichtag zutreffend ausgewiesenen Fehlbetrag¹⁶⁴. Insoweit hat allerdings *Kleindiek* zu Recht darauf hingewiesen, dass sich durch eine gesetzeskonforme Wahrnehmung bilanzpolitischer Gestaltungsspielräume der Ausgleichsanspruch beeinflussen lässt, weshalb, solange dieses Entscheidungsermessen ausgeübt werden kann, die Höhe der Ausgleichsforderung auch noch nicht rechtsverbindlich feststeht¹⁶⁵. Welchen Betrag die herrschende Gesellschaft konkret schuldet, kann damit aber auch erst mit der Abschlussfeststellung gesagt werden¹⁶⁶. Da es allerdings, wie bereits bemerkt, dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen würde, wenn das herrschende Unternehmen durch eine von ihm veranlasste Hinausschiebung der Abschlussfeststellung seine Zahlungspflicht verzögern dürfte, was im Extremfall gar die Bestandsgefährdung der Tochtergesellschaft zur Folge haben könnte, muss ein Anspruch insoweit bestehen, wie eine vorläufige Berechnung am Abschlussstichtag einen Fehlbetrag ergibt. Allerdings steht der darauf aufbauende Zahlungsanspruch unter dem Vorbehalt etwaiger Korrekturen durch die spätere Abschlussfeststellung¹⁶⁷.

b) Die Beendigung des Vertrages während eines laufenden Geschäftsjahres und die Behandlung der Abwicklungsverluste

Endet der Beherrschungsvertrag im Laufe eines Geschäftsjahres, etwa aufgrund einer Kündigung aus wichtigem Grund (§ 297 AktG)¹⁶⁸, so ist nach heute wohl einhelliger Auffassung für das Rumpfgeschäftsjahr eine Zwischen- bzw. Stichtagsbi-

trag dem herrschenden Unternehmen vorübergehend als Darlehen zu gewähren, ist nach §§ 302 Abs. 1, 308 Abs. 1 AktG i.V.m. § 134 BGB unzulässig (*Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 40a). Ein Verzicht auf oder Vergleich über den Verlustausgleichsanspruch ist grundsätzlich nur unter den engen Voraussetzungen des § 302 Abs. 3 AktG möglich (vgl. hierzu *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 49 ff.).

¹⁶³ BGH v. 11.10.1999 = BGHZ 142, 382 = NJW 2000, 210; vgl. hierzu auch die zustimmenden Anmerkungen von *Altmeyen*, DB 1999, 2453, 2454; *Henrichs*, WuB II A. § 302 AktG 2.00; *J. Hoffmann*, NZG 2001, 205, 206; *Spindler*, LM Nr. 12, § 302 AktG 1965; zustimmend auch *Zöllner*, in *Baumbach/Hueck* 17. Aufl. Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 78.

¹⁶⁴ BGH v. 11.10.1999 = BGHZ 142, 382 = NJW 2000, 210.

¹⁶⁵ *Kleindiek*, ZGR 2001, 479, 486.

¹⁶⁶ *Kleindiek*, ZGR 2001, 479, 487.

¹⁶⁷ *Kleindiek*, ZGR 2001, 479, 491.

¹⁶⁸ Ob durch die Insolvenzeröffnung über das Vermögen insbesondere der herrschenden Gesellschaft ein Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag automatisch endet, ist umstritten; die herrschende Meinung nimmt dies an (grundlegend BGH v. 14.12.1987 = BGHZ 103, 1, 6f. = NJW 1988, 1326; weitere Nachweise bei *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 297 Rn. 52 ff. sowie bei *Trendelenburg*, NJW 2002, 647 ff.); gute Gründen sprechen indes gegen eine Weiterführung der Rechtsprechung des BGH v. 14.12.1987 = NJW 1988, 1326, nach dem unter der Konkursordnung von einer automatischen Beendigung auszugehen war, da die Insolvenzordnung die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmen fortgeführt werden kann, gesenkt

lanz aufzustellen, da anderenfalls das herrschende Unternehmen die Möglichkeit hätte, durch vorzeitige Beendigung des Vertrages während des Verlaufs eines schlechten Geschäftsjahres sich der Verpflichtung der Übernahme der letztlich von ihm verursachten Schäden zu entziehen¹⁶⁹. Ein etwaig sich hieraus ergebender Fehlbetrag ist auszugleichen¹⁷⁰. Entsprechendes gilt, wenn die abhängige Gesellschaft im Laufe eines Geschäftsjahres aufgelöst wird¹⁷¹. Hier ist auf den Tag der Auflösung eine Schlussbilanz aufzustellen. Umstritten ist dabei allerdings die Behandlung der sogenannten Abwicklungsverluste. Hierunter versteht man die Unterbilanz, die sich nach Auflösung der Gesellschaft bei der Abwicklung ergibt¹⁷².

Zwar ist eine Auflösung aufgrund der Insolvenz der abhängigen Gesellschaft solange nicht denkbar, als das herrschende Unternehmen solvent ist, wenn man der auch hier vertretenen Auffassung folgt, dass das herrschende Unternehmen die Insolvenz des abhängigen Unternehmens gerade abwenden muss¹⁷³. Allerdings kann die Auflösung einer Gesellschaft auch andere Gründe haben. Für diese Fälle bleibt es aber bei dem Streit, ob sich die Ausgleichspflicht auch auf etwaige Abwicklungsverluste der abhängigen Gesellschaft erstreckt. Während die bislang wohl überwiegende Ansicht eine Übernahme dieser Verluste ablehnt, da diese nicht mit dem auf eine werbende Tätigkeit zielenden Gewinn- und Verlustbegriff der §§ 301 ff. AktG vergleichbar seien und nach Auflösung der abhängigen Gesellschaft die herrschende Gesellschaft auch keinen Anspruch mehr auf Gewinnab-

und sich damit deutlich für den Versuch einer Sanierung der Gesellschaft unter erleichterten Anforderungen ausgesprochen hat. Wird ein Unternehmen aber saniert, verliert ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag auch nicht seinen Sinn (so zu Recht *Trendelenburg*, NJW 2002, 647, 649 m.w.N.; zur Gegenansicht vgl. *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 297 Rn. 52 ff. m.w.N.); zur Frage, ob eine abhängige Gesellschaft überhaupt bei Beachtung des § 302 AktG insolvent werden kann, vgl. zudem sogleich unten S. 35 ff.

¹⁶⁹ Auch diese Ansicht war früher umstritten, vgl. nun aber BGH v. 14.12.1987 = BGHZ 103, 1, 9; BGH v. 19.9.1988 = BGHZ 105, 168, 182; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl., § 20 V 3; *Hengeler/Hoffmann-Becking*, in FS Hefermehl S. 283, 292 f, 304; *Hüffer*, AktG § 302 Rn. 13; *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 18; *Krieger*, in Münchner Hdb. GesR Bd. 4, § 70 Rn. 33; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., § 54 Rn. 53; *K. Schmidt*, in Konzernrechtstage S. 107, 121 f.; *H. Wilhelm*, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages (1976), S. 48 ff.; a.A. noch *Meister*, WM 1976, 1182, 1184; *Pelzer*, AG 1975, 309, 311.

¹⁷⁰ BGH v. 14.12.1987 = BGHZ 103, 1, 9 ff. ausführlich *Altmeyen*, in MK zum AktG § 302 Rn. 23 ff. m.w.N.

¹⁷¹ Nach h.M. hat die Auflösung einer Vertragspartei, jedenfalls in der Mehrzahl der Fälle, auch gleichzeitig die Beendigung eines Unternehmensvertrages zur Folge (a.A. etwa *Koppensteiner*, in KK § 297 Rn. 26 ff.; § 302 Rn. 19, der nur einen Kündigungsgrund aus wichtigem Grund annimmt, wobei nach *Koppensteiner* aber auch die Schlussbilanz mit dem Auflösungsstichtag zu erstellen ist; vgl. zum Ganzen auch *Altmeyen*, in MK zum AktG § 302 Rn. 16 ff.). Zumindest für den Fall der Auflösung der abhängigen Gesellschaft macht der Unternehmensvertrag aber tatsächlich keinen Sinn mehr, weshalb in diesem Fall von seiner Beendigung auszugehen ist (vgl. insoweit auch *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 297 Rn. 51 m.w.N.; differenzierend allerdings für den Fall der Auflösung der herrschenden Gesellschaft *Emmerich*, a.a.O. § 297 Rn. 50 f.).

¹⁷² *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 39.

¹⁷³ Ausführlich *Altmeyen*, in MK zum AktG § 297 Rn. 117 ff.

führung bzw. auf Leitung der aufgelösten Gesellschaft habe¹⁷⁴, wird zunehmend eine Übernahmepflicht jedenfalls insoweit bejaht, wie die Verluste aufgrund einer negativen Überlebensprognose von vornherein in die Abwicklungseröffnungsbilanz aufzunehmen sind¹⁷⁵. Begründet wird dies damit, dass andernfalls das herrschende Unternehmen seinen Einfluss dazu benutzen könnte, die Auflösung der abhängigen Gesellschaft herbeizuführen, um so der weiteren Verlustausgleichspflicht zu entgehen. Auch wird auf die Gefahr der Umgehung des § 303 AktG hingewiesen.

Maßgebend für eine Einbeziehung der Abwicklungsverluste spricht, dass das Gesetz auf den „sonst entstehenden Jahresfehlbetrag“ abstellt und dieses „Entstehen“ nach den Bilanzierungsregeln des HGB und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung bestimmt werden muss. Somit gilt zwar grundsätzlich das Stetigkeitsgebot (§ 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB), nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist allerdings nur dann von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, wenn dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Sprechen aber die Umstände für eine negative Fortführungsprognose, so muss die Bewertung unter Veräußerungsgesichtspunkten und unter Berücksichtigung der Abwicklungskosten vorgenommen werden¹⁷⁶, womit ein Jahresfehlbetrag regelmäßig in erheblichem Umfang erhöht wird¹⁷⁷. Dies gilt nicht nur bei der Auflösung der abhängigen Gesellschaft, sondern auch bei der Beendigung eines Unternehmensvertrages aus anderem Grund, wenn offensichtlich ist, dass das bislang abhängige Unternehmen aufgrund der bisherigen Einbindung in den Konzern auf dem Markt allein nicht mehr bestehen können wird¹⁷⁸.

Zwar entsteht der aufgrund einer negativen Fortführungsprognose ermittelte Jahresfehlbetrag erst mit dem Ende der Vertragslaufzeit, und § 302 AktG spricht von einem ansonsten „während der Vertragsdauer“ entstehenden Jahresfehlbetrag. Auch das Ende der Vertragslaufzeit ist aber noch Teil der Vertragslaufzeit. Die Beendigung des Unternehmensvertrages ist somit bei der nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB vorzunehmenden Prognose zu berücksichtigen, da für diese die Verhältnisse am Abschlusstichtag maßgebend sind¹⁷⁹ und die Beendigung des Unternehmensvertrages mit dem Abschlusstichtag zusammenfällt. Zu Recht wird in diesem Zu-

¹⁷⁴ *Koppensteiner*, in KK, 2. Aufl. § 302 Rn. 19; *Mertens*, ZGR 1984, 542, 552; ebenso *Gesler*, in *Gesler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff* § 302 Rn. 15; *Hengeler/Hoffmann-Becking*, in FS Hefermehl S. 283, 293 f.; *Lwowski/Groeschke*, WM 1994, 613, 615 f.; BFHE 90, 370 = WM 1968, 409; offengelassen in BGH v. 19.9.1988 = BGHZ 105, 168, 183.

¹⁷⁵ *Altmeppen*, in MK § 302 Rn. 27 ff.; *ders.*, DB 1999, 2453, 2456; *Meister*, WM 1976, 1182, 1186 f.; *Peltzer*, AG 1975, 309, 311; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaft, 3. Aufl., § 54 Rn. 55; *K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 531 ff.; *Wilhelm*, Beendigung S. 55; weitere Nachweise bei *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 39.

¹⁷⁶ *Adler/Düring/Schmaltz*, § 252 HGB Rn. 32 ff.

¹⁷⁷ *Welf Müller*, in FS für Kropff S. 517, 524.

¹⁷⁸ *Altmeppen*, in MK zum AktG § 302 Rn. 39 ff.; *Welf Müller*, in FS für Kropff S. 518, 524 ff.; *Noack*, Gesellschaftsrecht Rn. 730; *K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 532 f.

¹⁷⁹ *Adler/Düring/Schmaltz*, § 252 HGB Rn. 21; *Budde/Geißler*, in Beck Bilanz-Kommentar § 252 Rn. 12; *Schulze-Osterloh*, in *Baumbach-Hueck*, 17. Aufl. § 42 Rn. 244.

sammenhang auch darauf hingewiesen, dass der Zeitpunkt, zu dem die Entstehung eines Aufwands oder Ertrags verursacht wurde, nicht mit dessen bilanzieller Berücksichtigung übereinstimmen muss¹⁸⁰, auch wenn insoweit bislang weitgehend nur Beispiele für Verluste gebildet wurden, die vor Beginn eines Unternehmensvertrages verursacht wurden, aber dennoch bei der Berechnung des Jahresfehlbetrages nach § 302 AktG berücksichtigt werden mussten¹⁸¹.

Damit darf aber, wenn Zweifel an der Überlebensfähigkeit des bislang abhängigen Unternehmens nach Beendigung des Vertrages bestehen, nicht zu fortgeführten Buchwerten bewertet werden. Der letzte Verlustausgleichsanspruch ist in einem solchen Fall vielmehr auf der Basis von Zerschlagungswerten zu berechnen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB), was im Übrigen auch dem Vorsichtsprinzip des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB entspricht, nachdem grundsätzlich geprüft werden muss, ob sich an der Bewertung eines Vermögensgegenstandes deshalb etwas ändert, weil ein Unternehmensvertrag wegfällt¹⁸². Anderenfalls wäre die vormals abhängige Gesellschaft eine juristische Sekunde nach Beendigung des Beherrschungsvertrages überschuldet, wobei dann die Bewertung des Vermögens auf jeden Fall zu Zerschlagungswerten erfolgen muss¹⁸³. In diesem Fall würde aber der Verlustausgleich seine Funktion verfehlen, die darin zu sehen ist, dass der Gesellschaft zumindest bilanziell dasjenige Vermögen erhalten bleibt, welches ihr zu Beginn des Vertrages zustand. Eine denkbare Stützung anderer Bewertungsgrundsätze auf die Ausnahmeregelung des § 252 Abs. 2 HGB ist vor dem Hintergrund des soeben Gesagten sodann nicht notwendig¹⁸⁴. Dass eine derartige Fortführungsprognose teilweise schlicht als „wenig seriöses Prognosespielchen“ abgelehnt wird¹⁸⁵, kann die Richtigkeit dieser Überlegungen nicht tangieren¹⁸⁶.

c) Der Anspruch auf Abschlagszahlungen

Soweit während des Bestehens eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages ein Verlustausgleich zu spät käme, da zu diesem Zeitpunkt über das Unternehmen bereits das Insolvenzverfahren eröffnet wäre, ist entgegen der wohl noch

¹⁸⁰ Welf Müller, in FS für Kropff S. 517, 522, 525 unter Bezugnahme auf Geßler, in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 302 Rn. 11, der im Zusammenhang mit Entstehungsursachen, die vor Beginn des Vertrages liegen, darauf hinweist, dass, wenn der Verlust nach HGB auszuweisen ist, der Verursachung i.S. einer strengen Kausalität nicht weiter nachgegangen werden muss.

¹⁸¹ Welf Müller, in FS für Kropff S. 517, 522 nennt als Beispiele etwa Drohverlustrückstellungen bei schwebenden Verträgen und vergessenen Passiva.

¹⁸² Welf Müller, in FS Kropff S. 517, 527.

¹⁸³ Altmeyden, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 8, 24; vgl. auch bereits K. Schmidt, in ZGR 1983, 511, 533.

¹⁸⁴ Adler/Düring/Schmaltz, § 252 HGB Rn. 107 nennen als begründete Ausnahmefälle auch die Einbeziehung bzw. Entlassung aus einem Konzernverbund, die wesentliche Veränderung in der Gesellschafterstruktur, den Wechsel des Managements, soweit damit eine Änderung der unternehmerischen Konzeption einhergeht, sowie eine grundlegend andere Einschätzung der Unternehmensentwicklung.

¹⁸⁵ Mertens, ZGR 1984, 5542, 552.

¹⁸⁶ So auch Welf Müller, in FS Kropff S. 517, 525.

herrschenden Auffassung¹⁸⁷ im Interesse des umfassenden Schutzes der Lebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft bereits während eines laufenden Geschäftsjahres ein Anspruch auf Abschlagszahlungen auf den am Ende des Geschäftsjahres fällig werdenden Verlustausgleich zu verlangen¹⁸⁸. Zwar kann ein Anspruch auf Zahlung eines Jahresfehlbetrages regelmäßig erst entstehen, wenn ein ausgleichspflichtiger Fehlbetrag vorliegt, was grundsätzlich erst am Bilanzstichtag als Ende der maßgebenden Periode feststellbar ist¹⁸⁹. Dieser Grundsatz kann allerdings dann nicht gelten, wenn aufgrund der Verluste das Ende der Periode gar nicht erreicht werden kann, da die Zahlungsunfähigkeit droht. In diesem Fall steht während der laufenden Periode fest, dass ein Jahresfehlbetrag existiert, unsicher ist nur noch die Höhe. Damit ist es für diesen Fall aber auch gerechtfertigt, eine Abschlagszahlung zu verlangen, da anders dem Zweck der Regelung nicht Rechnung getragen werden kann, die darauf abzielt, während der Dauer des Beherrschungsvertrages die Existenzfähigkeit des abhängigen Unternehmens aufrechtzuerhalten¹⁹⁰. Solange der Verlustausgleichsanspruch werthaltig ist, besteht während der Dauer eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages dann aber auch kein Grund zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens¹⁹¹.

Eine von einem bevorstehenden Bilanzverlust unabhängige Pflicht zur „stetigen und unverzüglichen“ Liquiditätsausstattung der abhängigen Gesellschaft im Vertragskonzern, wie sie vereinzelt gefordert wird, lässt sich dem Zweck des Gesetzes bzw. einer mit dem Unternehmensvertrag einhergehenden Erhaltungs- und Schutzpflicht allerdings nicht entnehmen¹⁹². Zwar ist richtig, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Verlustausgleichspflicht offensichtlich die Vorstellung verfolgt hat, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft auf diesem Wege erhalten zu können. Auch hatte man bereits vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965 bei den damals bekannten Unternehmensverträgen eine Vorschusspflicht nach § 669 BGB bzw. einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB angenommen¹⁹³. Dem mit der Regelung verfolgten Zweck, den Bestand der abhängigen Gesellschaft für die Zeit des Bestehens des Beherrschungsvertrages zu sichern, kann aber durch eine unterjährige Verlustdeckung, die auf den späteren periodischen Verlustausgleichsanspruch angerechnet wird, ausreichend Rechnung getragen werden. Eine

¹⁸⁷ *Krieger*, in Münchener Hdb. GesR Band 4 § 70 Rn. 60 m.w.N.

¹⁸⁸ *Altmeppen*, § 297 in MK zum AktG § 297 Rn. 117 ff.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 20 V 5; *Priester*, ZIP 1989, 1301, 1307 f.; zurückhaltend aber BGH v. 19.9.1988 = BGHZ 105, 168, 184 = NJW 1988, 3143 = WM 1988, 1525, 1530.

¹⁸⁹ *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 26.

¹⁹⁰ *Altmeppen*, in MK zum AktG § 302 Rn. 36; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 20 V 5; *Priester* ZIP 1989, 1301, 1307; auch *K. Schmidt* will das Periodizitätsprinzip bei zwingenden Gründen in den Hintergrund treten lassen (*K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 521 f.).

¹⁹¹ *Altmeppen*, DB 1999, 2453, 2456.

¹⁹² A.A. *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 173 ff., 319, der dies unter dem Hinweis befürwortet, der abhängigen Gesellschaft sei die eigenverantwortliche Liquiditätsversorgung im Vertragskonzern unmöglich oder zumindest stark erschwert; vgl. *dens.*, auch in ZGR 2001, 479, 494.

¹⁹³ *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 185 ff., 191.

darüber hinaus gehende Pflicht, einen „unabhängig von der konkreten Ursache drohenden Liquiditätssengpass“ der abhängigen Gesellschaft unverzüglich auszugleichen¹⁹⁴ als Ausdruck einer „unternehmerischen Mitverantwortung“¹⁹⁵, entspricht indes nicht der Systematik des Gesetzes und ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels auch nicht erforderlich¹⁹⁶. Demgegenüber zeigt der Anspruch auf Abschlagszahlung bei drohender Zahlungsunfähigkeit auf den zu erwartenden Verlustausgleich¹⁹⁷ einen Weg auf, der, ohne das Schutzsystem des Aktiengesetzes zu verlassen, die Intention des Gesetzgebers verwirklichen kann¹⁹⁸.

d) Existenzsicherung nach Vertragsbeendigung

Nach Beendigung des Beherrschungsvertrages steht der abhängigen Gesellschaft grundsätzlich kein Anspruch gegen das Mutterunternehmen mehr zu. Zwar besteht durchaus die Gefahr, dass die abhängige Gesellschaft aufgrund der vorherigen Einbindung in das Konzerngefüge auf sich allein gestellt nicht mehr überlebensfähig ist, da sie mittlerweile der Substanz beraubt wurde oder aufgrund nicht vorgenommener, aber notwendig gewesener Investitionen auf dem Markt nicht mehr konkurrenzfähig ist¹⁹⁹. Indes war auch dem Gesetzgeber bewusst, dass das Zurückstellen der Interessen der abhängigen Gesellschaft zugunsten von Konzernbelangen²⁰⁰ es nach Vertragsbeendigung „zweifelhaft“ erscheinen lässt, „ob sie (die abhängige Gesellschaft) auf sich gestellt noch lebensfähig ist“²⁰¹. Gerade deshalb wurde die Regelung des § 303 Abs. 1 AktG geschaffen, die das herrschende Unternehmen verpflichtet, den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft nach Beendigung eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages für ihre vor der Beendigung begründeten Forderungen Sicherheit zu leisten²⁰².

Zwar hat der BGH in seinem „*Gervais*“ – Urteil²⁰³ die Auffassung vertreten, dass der Beherrschungsvertrag vom Fortbestand der abhängigen Gesellschaft ausgehe und den herrschenden Unternehmensgesellschafter verpflichte, „deren Exis-

¹⁹⁴ So *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 319 f.

¹⁹⁵ *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 192, versteht das Gebot zum Liquiditätsschutz auch als Konkretisierung der grundsätzlichen Pflicht zur ordnungsgemäßen Konzerngeschäftsführung; ob eine Pflicht zur Konzernleitung besteht, soll an späterer Stelle noch erörtert werden (vgl. unten S. 395 f.).

¹⁹⁶ Gegen eine Pflicht zur fortlaufenden Liquiditätszufuhr auch *Koppensteiner*, in KK § 302 Rn. 8; *Lwowski/Groeschke*, WM 1994, 613, 615 m.w.N.

¹⁹⁷ *Altmeppen*, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 8, 23; *Emmerich/Habersack*, Aktienkonzernrecht § 302 Rn. 41, *Priester*, ZIP 1989, 1301, 1306 ff.

¹⁹⁸ Vgl. oben S. 35 f.

¹⁹⁹ *Altmeppen*, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 6; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 20 I 2, wo in Fn. 6 darauf aufmerksam gemacht wird, dass vielen dieses Problem erstmals Anfang 1997 bewusst wurde, als *Philips* den Unternehmensvertrag mit *Grundig* beendete.

²⁰⁰ Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff*, Vorbemerkung zum Dritten Buch S. 374.

²⁰¹ Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff*, Vorbemerkung zum Dritten Buch S. 392 f.

²⁰² Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff*, Vorbemerkung zum Dritten Buch S. 392 ff.

²⁰³ BGH v. 5.2.1979 = NJW 1980, 231.

tenz für die Gegenwart zu erhalten und für die Zukunft zu sichern“. Soweit es die Existenzhaltung für die Zukunft betrifft, wird dem allerdings zu Recht entgegen gehalten, dass nur die Existenzsicherung während der Vertragsdauer den berechtigten Erwartungen der Beteiligten entspricht und auch der Gesetzgeber, wie die Ausführungen der Regierungsbegründung zeigen, nicht eine Existenzsicherung für die Zeit nach Vertragsbeendigung begründen wollte²⁰⁴. Dem Regelungskonzept der §§ 302, 303 AktG ist nur zu entnehmen, dass die abhängige Gesellschaft nach Beendigung des Vertragskonzerns bilanziell mit der gleichen Substanz ausgestattet sein soll, wie sie zur Beginn des Vertrages bestanden hat²⁰⁵.

Daher ist auch eine Verpflichtung zur Vereinbarung einer Wiederaufbauhilfe abzulehnen²⁰⁶, zumal zu Beginn eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages noch gar nicht absehbar ist, wie am Ende der Beherrschungszeit die konkrete „Wiederaufbauhilfe“ aussehen sollte²⁰⁷. Abgesehen davon wäre solch eine Regelung auch bereits praktisch kaum durchsetzbar, da das herrschende Unternehmen regelmäßig über die Mehrheit in der Hauptversammlung verfügt, die über den Vertrag beschließt (§ 293 AktG). Damit ist freilich noch nicht beantwortet, inwieweit Maßnahmen zulässig sind, die nach Vertragsbeendigung den Bestand der Gesellschaft aller Voraussicht nach gefährden.

Diskutiert wird in diesem Zusammenhang etwa ein Verbot zum Abzug stiller Reserven²⁰⁸, da die Möglichkeit hierzu als wichtigster Grund dafür angesehen wird, warum der mit den §§ 300, 301 AktG bezweckte Schutz der Substanz der abhängigen Gesellschaft häufig nicht erreicht wird²⁰⁹. Das Gesetz enthält insoweit keine Aussage. Insbesondere ist § 301 AktG nicht anwendbar²¹⁰. Eben hieraus wird aber ganz überwiegend der Schluss gezogen, dass auch vorvertragliche stille

²⁰⁴ *Ulmer*, AG 1986, 123, 126.

²⁰⁵ Vgl. nur Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff* S. 375.

²⁰⁶ Teilweise wird eine Pflicht des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft (verbunden mit einem entsprechenden Anspruch auf Schadensersatz bei Zuwiderhandlung) angenommen, bei Vertragsschluss, „an die Zeit nachher zu denken und entweder Weisungen auszuschließen, die die Aufnahme des eigenständigen Betriebes erschweren oder der Gesellschaft die nötige Übergangshilfe sichern“ (*Geßler*, in *Geßler/Hefermehl* vor § 300 Rn. 6; vgl. auch *H. Wilhelm*, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages (1976), S. 116, zur „Wiederaufbauhilfe“ insb. S. 119 ff.; *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 203 ff.).

²⁰⁷ *Altmeppen*, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 7; auch *Zöllner*, ZGR 1992, 173, 186 ff. lehnt eine Verpflichtung zur Aufnahme von Regelungen, die die Existenzfähigkeit der Gesellschaft sicherstellen sollen, schon mit Rücksicht auf nicht prognosefähige Entwicklungen während der Laufzeit des Vertrages ab.

²⁰⁸ Vgl. *Grüner*, Die Beendigung von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen (2001), Teil II; zustimmend *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 20 III 2; teilweise wird auch verlangt, dass der Vorstand für die Aufnahme von Regelungen sorgt, die die Gesellschaft vor dem Abzug stiller Reserven schützt (*Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht (1982), S. 309 ff.; ebenso *Geßler*, in *Geßler/Hefermehl* § 301 Rn. 20 ff.; *Meilicke*, DB 1974, 417; *Sonnenschein*, ZGR 1981, 429, 438 f.).

²⁰⁹ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 20 III 2.

²¹⁰ *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 301 Rn. 19.

Reserven während des Bestehens eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages jederzeit aufgelöst werden können²¹¹. Dem ist grds., ausgehend von der jetzigen Gesetzeslage, auch zuzustimmen, allerdings unter der Einschränkung, dass die Substanz der Gesellschaft nicht in einer Weise angegriffen wird, die ihren Bestand gefährdet. Während der Dauer des Vertrages ist die Bestandserhaltungspflicht des herrschenden Unternehmens, wie gesehen²¹², bereits dem Regelungssystem des Gesetzes selbst zu entnehmen²¹³. Hieraus folgen aber auch Schranken hinsichtlich der Einflussnahmebefugnisse der herrschenden Gesellschaft.

Für Weisungen und Maßnahmen, die nach Beendigung der Verlustausgleichspflicht die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft bedrohen, ergeben sich Schranken des Weisungsrechts aus der mitgliedschaftlichen Treupflicht eines Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft. Die Treupflicht eines Gesellschafters verbietet, wie an späterer Stelle noch ausführlich zu zeigen sein wird²¹⁴, diesem – unabhängig von dem konkreten Gesellschaftszweck – Einflussnahmen, die den Bestand der Gesellschaft gefährden, da deren Existenz notwendige Voraussetzung jeder Zweckverfolgung ist²¹⁵. Fehlt es allerdings an einer Gesellschafterstellung, können Weisungen, die den Bestand der Gesellschaft nach Beendigung des Vertrages bedrohen, soweit sie nicht gegen das Gesetz, die Satzung oder den Vertrag verstoßen, nur dann als unzulässig angesehen werden, wenn es sich um evidente Missbrauchsfälle handelt²¹⁶.

Formuliert wurden mit dem Vorstehenden freilich nur Grenzen der Einwirkungsbefugnisse. Eine Pflicht, die abhängige Gesellschaft unabhängig hiervon aktiv konkurrenzfähig zu erhalten bzw. ihre Konkurrenzfähigkeit wiederherzustellen, kann aus alledem nicht abgeleitet werden, zumal damit Investitionen für die herrschende Gesellschaft einhergehen könnten, die dieser schlechterdings unzumutbar wären und ihre eigene Konkurrenzfähigkeit am Markt gefährden könnten²¹⁷. Eine andere Frage ist es aber, ob eine bestehende Konzernintegration nicht aufrechterhalten werden muss, wenn die Tochtergesellschaft erkennbar ohne diese nicht mehr selbständig existieren kann²¹⁸. Wie an späterer Stelle noch ausführlich zu behandeln sein wird, ergibt sich aus der mitgliedschaftlichen Treupflicht eines Gesellschafters – unabhängig vom Zweck der Gesellschaft – eine Pflicht, die Exis-

²¹¹ BGH v. 20.5.1997 = BGHZ 135, 374 = NJW 1997, 2242; *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 301 Rn. 19; *Hüffer*, AktG § 301 Rn. 4 jeweils m.w.N.

²¹² Vgl. auch *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 23 V 4c m.w.N.

²¹³ Vgl. bereits oben S. 36.

²¹⁴ Die Treupflichten eines Gesellschafters entfalten ihre volle Bedeutung vor allem im Bereich des GmbH-Rechts, weshalb die grundsätzliche Diskussion um die Begründung und die Reichweite der Treupflichten vor allem auch dort vorgenommen werden soll.

²¹⁵ Vgl. hierzu noch ausführlich unten S. 275 f.

²¹⁶ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht § 23 V 4c.

²¹⁷ Zur Wiederaufbauhilfe vgl. auch noch unten S. 300.

²¹⁸ Für den faktischen Konzern formuliert auch *Limmer*, Die Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns (1992), S. 122, ein Verbot zur Aufhebung einer bestehenden Konzernintegration, wenn die Muttergesellschaft ansonsten ihre Tochter in die für sie existenzvernichtende Freiheit entließe.

tenz der Gesellschaft nicht zu gefährden. Geht mit der Beendigung des Unternehmensvertrages eine Existenzgefährdung einher, kann die herrschende Gesellschaft aufgrund dieser Pflicht daher daran gehindert sein, den Vertrag zu beenden. Dass der Gesetzgeber, der um die Treuepflichten im Kapitalgesellschaftsrecht noch nicht wusste²¹⁹, die Aufhebungsmöglichkeit des Vertrages nicht beschränkt hat, steht dem nicht entgegen²²⁰. Vielmehr gilt es, die Vorschriften des Gesetzes vor dem Hintergrund der heutigen Erkenntnisse auszulegen. Allerdings ist die Bestandserhaltungspflicht eines herrschenden Gesellschafters nicht schrankenlos. Das Recht zur Auflösung einer Gesellschaft wird hierdurch nicht tangiert²²¹. Ist die erforderliche Mehrheit hierfür allerdings nicht zu erreichen²²², kann das herrschende Unternehmen nicht zu einer andauernden Fortsetzung des Unternehmensvertrages gezwungen werden. Die würde dem Telos der gesetzlichen Regelung, der von der grundsätzlichen Aufhebbarkeit der Unternehmensverbindung ausgeht, widersprechen.

III. Sicherheitsleistung nach Vertragsbeendigung

Da die Verlustübernahmepflicht mit Beendigung des Vertrages ebenfalls ihr Ende findet, gilt es, Gläubiger zu schützen, die vor Vertragsende ihre Ansprüche gegen die abhängige Gesellschaft begründet haben, denen aber die Verlustübernahmeverpflichtung nicht mehr zugute kommen kann, da ihre Ansprüche erst nach Vertragsbeendigung fällig werden. Aus diesem Grund bestimmt § 303 AktG, dass das herrschende Unternehmen im Falle der Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft Sicherheit zu leisten hat, wenn ihre Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrages in das Handelsregister nach § 10 HGB als bekannt gemacht gilt und sich die Gläubiger 6 Monate nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei dem herrschenden Unternehmen melden. Worauf die Beendigung beruht, ist irrelevant. Ausgenommen hiervon sind nach § 303 Abs. 2 AktG lediglich bestimmte Gläubiger, die bereits über die notwendige Sicherheit verfügen.

²¹⁹ Vgl. unten S. 68.

²²⁰ Anders wohl Hüffer, AktG § 296 Rn. 5, der meint, die gesetzliche Entscheidung sei so hinzunehmen, da dem Gesetzgeber die Problematik um die Existenzgefährdung bewusst gewesen sei; nicht bewusst waren ihm allerdings die heutigen Erkenntnisse um die Treuepflicht eines herrschenden Gesellschafters (vgl. ausführlich unten S. 274 ff.).

²²¹ Vgl. unten S. 276.

²²² Wie bereits oben hervorgehoben wurde, muss der aufgrund eines Beherrschungsvertrages herrschende Gesellschafter keineswegs Mehrheitsgesellschafter der abhängigen Gesellschaft sein.

1) Gesicherte Forderungen

Da es nur auf den Zeitpunkt der Forderungsbegründung vor Bekanntmachung der Vertragsbeendigung ankommt, nicht aber auf die Fälligkeit, werden auch bedingte und befristete Forderungen erfasst²²³. Gewisse Probleme bereitet in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen Sicherheit zu leisten ist, die vor dem genannten Zeitpunkt begründet wurden²²⁴. Hier taucht die aus dem Personengesellschaftsrecht bekannte Frage auf, ob mit dieser Regelung eine Endloshaftung geschaffen wurde, zumal § 303 AktG nicht in den Anwendungsbereich des Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes einbezogen wurde²²⁵. Der BGH hat für den Fall einer Verschmelzung festgestellt, dass der künftig fällig werdende Gesamtbetrag die Obergrenze des zu sichernden Betrages darstellen müsse, wobei das konkret zu ermittelnde Sicherungsinteresse allerdings dahinter zurück bleiben könne²²⁶. Nach anderer Auffassung wird im Interesse der Rechtssicherheit in Analogie zu §§ 26, 160 HGB für eine Einführung der Fünfjahresfrist plädiert²²⁷.

Ein Bedürfnis zur Haftungsbegrenzung besteht insbesondere bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen ohne Zweifel. Eine Endloshaftung würde der Muttergesellschaft ein unüberschaubares und unzumutbares Haftungsrisiko aufbürden. Aus diesem Grund ist das Interesse der Muttergesellschaft an einer Beendigung ihrer Haftung mit den Interessen der Gläubiger abzuwägen²²⁸. Schutzwürdig ist ein Gläubiger damit aber nur insoweit, wie er mit dem Bestehen des Schuldverhältnisses rechnen konnte. Da aber ein Gläubiger grundsätzlich mit der ordentlichen Kündigung eines Vertragspartners rechnen muss, ist auch sein schutzwürdiges Sicherungsinteresse durch diese Kündigungsmöglichkeit der abhängigen Gesellschaft begrenzt. Die Rechtslage entspricht derjenigen des § 159 Abs. 3 HGB in der Fassung vor Inkrafttreten des Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes, weshalb es auch sachgerecht erscheint, sich an die hierzu entwickelte Lehre in Rechtsprechung und herrschendem Schrifttum anzulehnen²²⁹. Damit sind aber auch nur diejenigen Ver-

²²³ Im Grundsatz unstrittig: vgl. nur *Hüffer*, AktG § 303 Rn. 2; *Koppensteiner*, in KK § 303 Rn. 8.

²²⁴ Hierunter fallen auch die Ausgleichsansprüche, die eine Einzelgesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft in einem mehrstufigen Vertragskonzern hat, weshalb bei Beendigung des Unternehmensvertrages zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft auch die Einzelgesellschaft berechtigt ist, von der Muttergesellschaft Sicherheiten zu verlangen.

²²⁵ Im Hinblick darauf wird die Rechtslage hier auch als offen bezeichnet vgl. *Altmeyen*, in MK zum AktG § 303 Rn. 27; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 20 VI 2c; *Hüffer*, AktG § 303 Rn. 3.

²²⁶ BGH v. 18.3.1996 = NJW 1996, 1539, 1540 unter Bezugnahme auf § 22 UmwG; für eine Orientierung an dem konkret zu bestimmenden Sicherungsinteresse des Gläubigers auch OLG Frankfurt v. 16.2.2000 = AG 2001, 139 = NZG 2000, 933.

²²⁷ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht § 20 VI 2; *Jaeger*, DB 1996, 1069, 1070 f.; *Habersack*, in FS *Koppensteiner*, S. 31, 37 ff.

²²⁸ Vgl. insoweit die Rspr. zu § 159 Abs. 3 HGB a.F.: BGH v. 19.5.1983 = BGHZ 87, 286, 290 ff. = NJW 1984, 833, BGH v. 19.5.1983 = NJW 1983, 2940, 2941; vgl. auch *Baumbach/Duden/Hopt*, 28. Aufl. § 128 Anm. 5 B m.w.N.

²²⁹ *Altmeyen*, in MK zum AktG § 303 Rn. 31.

bindlichkeiten aus dem unbefristeten Dauerschuldverhältnis zu sichern, die bis zur nächsten ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten entstehen. Bei befristeten Dauerschuldverhältnissen ist demgegenüber Sicherheit für den Gesamtbetrag der künftig fällig werdenden Forderungen zu leisten²³⁰.

Nicht zu folgen ist demgegenüber der Ansicht, nach der die §§ 26, 160 HGB analog heranzuziehen sind. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er den § 303 AktG im Rahmen des Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes entsprechend ändern können. Gegen eine analoge Anwendung spricht aber auch die Interessenlage. So gibt es gerade bei vertraglich verbundenen Gesellschaften Kreditgeber, die im Vertrauen auf die Solvenz der Muttergesellschaft langfristige Kredite gewähren, deren Rückzahlung aber nicht innerhalb der Fünfjahresfrist geschuldet wird. Die Regelung des § 303 AktG hat aber gerade ihren Grund in dem Misstrauen gegen die Überlebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft nach Beendigung des Unternehmensvertrages, weshalb ein Sicherungsbedürfnis auch über die Fünfjahresfrist hinaus bestehen kann²³¹.

2) Anspruchsinhalt

Inhaltlich richtet sich der Anspruch nach §§ 232 ff. BGB. Das herrschende Unternehmen kann den Anspruch aber auch dadurch erfüllen, dass es eine Bürgschaftserklärung abgibt (§ 303 Abs. 3 AktG). Kontrovers diskutiert wird allerdings die Frage, ob die Gläubiger statt der Sicherheitsleistung auch direkte Zahlung vom herrschenden Unternehmen verlangen können, wenn die abhängige Gesellschaft vermögenslos geworden ist²³². Der BGH hat dies zunächst für den Fall des qualifiziert faktischen Konzerns unter Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben bejaht²³³. Diese Rechtsprechung wurde sodann auch auf den Fall der Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages übertragen²³⁴. In der Tat macht ein Anspruch der Gläubiger gegen das herrschende Unternehmen auf Sicherheitsleistung gemäß § 303 Abs. 1 AktG keinen Sinn, wenn der Ausfall bei der abhängigen Gesellschaft sicher ist und kein Insolvenzverfahren mehr durchgeführt wird²³⁵. Entsprechend § 322 AktG verwandelt sich daher in einem solchen Fall der Anspruch auf Sicherheitsleistung in einen direkten Zahlungsanspruch gegen das herrschende Unternehmen. Gegen einen solchen direkten Haftungsan-

²³⁰ Vgl. auch *Altmeyden*, in MK zum AktG § 303 Rn. 32 im Anschluss an BGH v. 18.3.1996 = NJW 1996, 1539, 1540.

²³¹ *Altmeyden*, in MK zum AktG § 303 Rn. 30.

²³² Hierfür etwa *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl., Konzernrecht, § 20 VI 5; *Hüffer*, AktG, § 303 Rn. 7; *Stimpel*, in FS Goerdeler S. 601, 617.

²³³ BGH v. 16.9.1985 = BGHZ 95, 330, 347; BGH v. 19.9.1988 = BGHZ 105, 168, 183; BGH v. 23.09.1991 = BGHZ 115, 187, 200; BGH v. 11.11.1991 = BGHZ 116, 37, 42.

²³⁴ *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 303 Rn. 24; *Hüffer*, AktG § 303 Rn. 7; *Koppensteiner*, in KK § 303 Rn. 15 jeweils m.w.N.; vgl. auch OLG Frankfurt v. 16.2.2000 = AG 2001, 139.

²³⁵ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 7. Aufl. § 20 VI 5; *Hommelhoff*, EWiR 1985, 885, 886; *Koppensteiner*, in KK § 303 Rn. 15; *Ulmer*, in Hachenburg, 8. Aufl. Anh. § 77 Rn. 173.

spruch kann auch nicht geltend gemacht werden, dass der Gesetzgeber mit der in § 303 Abs. 1 AktG angeordneten Pflicht zur Sicherheitsleistung eine Zahlungspflicht als weitergehende Rechtsfolge ausschließen wollte²³⁶. Vielmehr sollte dem Schwebzustand Rechnung getragen werden, wie er bei Ablauf eines Beherrschungsvertrages besteht. Da die Gläubiger von dem herrschenden Unternehmen vollwertige Sicherheiten verlangen können, erleidet dieses in solch einem Fall auch keinen Nachteil²³⁷.

Allerdings ist ein unmittelbarer Anspruch nur dann zu bejahen, wenn der Ausfall endgültig feststeht²³⁸. Dies ist aber nur der Fall, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der abhängigen Gesellschaft mangels Masse abgelehnt, das Verfahren aus diesem Grund eingestellt oder die Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht wurde²³⁹. Ansonsten bleibt es bei dem Grundsatz, dass die vom Gesetz vorgegebene Konzerninnenhaftung nicht im Wege der „Auslegung“ zu einer Konzernaußenhaftung umgewandelt werden darf²⁴⁰.

Teilweise wird dem unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁴¹ sowie die Regelungen in § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB und § 43 InsO allerdings entgegengehalten, maßgebend könne nicht die Beendigung des Insolvenzverfahrens sein, sondern nur dessen Eröffnung, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, noch Verlustausgleichsansprüche gegen das herrschende Unternehmen hat²⁴². Durch die genannten Regelungen würde gezeigt, dass der Konkurs der klassische Sicherungsfall sei, was auch gelten müsse, wenn der Sicherungsnehmer ein solcher i.S.d. § 303 AktG ist.

Richtig ist, dass bei der Bürgschaft nach § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB die Einrede der Vorausklage entfällt, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und der Gläubiger sich nicht aufgrund eines Pfandrechts oder Zurückbehaltungsrechts befriedigen kann (§ 773 Abs. 2 BGB)²⁴³. Steht

²³⁶ So *Werner* in FS Goerdeler S. 677, 684 ff., zustimmend *Gätsch* S. 166.

²³⁷ Vgl. nur *Ulmer*, in Hachenburg, 8. Aufl., Anh. § 77 Rn. 174.

²³⁸ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 7. Aufl. § 20 VI 5; *Koppensteiner*, in KK § 303 Rn. 15; vgl. auch *Hüffer*, AktG § 303 Rn. 7 m.w.N.

²³⁹ *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 303 Rn. 24 m.w.N., wobei *Emmerich* zwar darauf hinweist, dass der Ausfall „endgültig“ feststehen muss, sodann aber meint, dass auch die Insolvenzeröffnung ausreichen soll, da dann „für den Regelfall bereits seine Inanspruchnahme feststeht“ (Rn. 25).

²⁴⁰ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 7. Aufl. § 20 VI 5; *Hüffer*, AktG § 303 Rn. 7 m.w.N.

²⁴¹ RG v. 21.3.1881 = RGZ 4, 123, 124.

²⁴² *Altmeppen*, in MK § 303 Rn. 43 ff.

²⁴³ Auch die Entscheidung des RG v. 21.3.1881 = RGZ 4, 123 beruhte auf einem Bürgschaftsfall; zwar gab es damals die Regelung des § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB noch nicht, allerdings war eine Ausnahme von der Regel, dass der Bürge, „in zweiter Linie“ haftet, anerkannt, wenn der Schuldner abwesend war und nicht in angemessener Frist erreicht werden kann; diesen Fall hielt das RG mit dem Konkurs des Hauptschuldners wegen der langen Dauer des Verfahrens für vergleichbar.

dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nach § 773 BGB bzw. 349 HGB nicht mehr zu, greift auch § 43 InsO²⁴⁴, da dann ein Fall vorliegt, bei dem mehrere Personen nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften²⁴⁵. Auch wenn im Grundsatz ein Sicherungsgeber nicht neben dem Schuldner haftet, sondern nur dann, wenn die Schuld (endgültig) nicht beglichen wird²⁴⁶, spricht dieser Befund insoweit für die vorgenannte Argumentation.

Auf der anderen Seite sind neben diesen allgemeinen Grundsätzen für den Fall der Insolvenz eines Schuldners die prinzipiellen Wertungen des Gesellschafts- und Insolvenzrechts zu beachten, das sich grundsätzlich für eine Innenhaftung bzw. für den geregelten Ablauf eines Insolvenzverfahrens in der Hand eines Insolvenzverwalters ausgesprochen hat, wenn es um den Fall der Geltendmachung von Ansprüchen der Gläubiger der Gesellschaft gegen deren Gesellschafter geht. Dementsprechend wurde in diesem Zusammenhang auch schon früh für eine analoge Anwendung des § 171 Abs. 2 HGB plädiert²⁴⁷. Im Konkurs der abhängigen GmbH solle entsprechend der Wertung dieser Vorschrift, das herrschende Unternehmen Zahlung zur Abdeckung von Sicherungen lediglich zur Masse schulden²⁴⁸. Dem ist die Rechtsprechung mit der Argumentation entgegengetreten, dass für eine Analogie zu § 171 Abs. 2 HGB im Rahmen des § 303 AktG kein Raum sei²⁴⁹. Für den Fall des Konkurses bestehe nur der Anspruch auf Sicherheitsleistung, solange der Ausfall nicht feststehe. Stehe er aber fest, dann könnten die Sicherheiten auch verwertet werden. In Fortführung dessen wird vielfach die Auffassung vertreten, dass auch während eines laufenden Insolvenzverfahrens ein direkter Zahlungsanspruch bestehen müsse, soweit absehbar ist, dass ein Gläubiger mit seiner Forderung ausfallen wird²⁵⁰. Angeführt wird gegen eine entsprechende Anwendung des § 171 Abs. 2 HGB auch, es gehe insoweit nicht darum, „ein der Höhe nach begrenztes, den Gläubigern haftendes Vermögen ... dem Zugriff einzelner Gläubiger zu entziehen“, sondern um eine unbeschränkte Haftung für Forderungen, mit deren Ausfall im Konkursverfahren der abhängigen Gesellschaft zu rechnen ist²⁵¹.

Der Hinweis auf die unbegrenzte Haftung kann aber zumindest nach Einführung des dem Vorbild des § 171 Abs. 2 HGB folgenden § 93 InsO nicht mehr tragend sein. Nach dieser Vorschrift werden alle Ansprüche wegen persönlicher Haf-

²⁴⁴ § 43 InsO ist grundsätzlich als insolvenzrechtlichen Entsprechung zu § 421 BGB zu verstehen (vgl. nur *Schubmacher*, in Wimmer (Hrsg.) InsO, § 43 Rn. 1), nach ganz herrschenden Meinung wird diese Regelung überdies aber auch etwa dann analog angewandt, wenn es um die Sachmithaftung massefremder Gegenstände handelt (Vgl. nur *K. Schmidt*, in Kilger, KO, 16. Aufl. § 68 Anm. 4 m.w.N. bzw. für § 43 InsO, *Weis*, in Hess/Weis/Wienberg, § 43 Rn. 11).

²⁴⁵ *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. § 68 Rn. 1 (§ 43 InsO entspricht vollumfänglich der früheren Regelung in § 68 KO).

²⁴⁶ Vgl. nur *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten Rn. 1.

²⁴⁷ *Assmann*, JZ 1986, 928, 937; *K. Schmidt*, ZIP 1986, 146, 147; *Wiedemann*, ZGR 1986, 656, 667.

²⁴⁸ *Assmann*, JZ 1986, 928, 937.

²⁴⁹ BGH v. 23.09.1991 = BGHZ 115, 187, 190 f = NJW 1991, 2142, 2145 (Video).

²⁵⁰ OLG Frankfurt a.M. v. 16.2.2000 = AG 2001, 139, 140 *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 303 Rn. 25; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht § 20 VI 5 m.w.N.

²⁵¹ OLG Frankfurt a.M. v. 16.2.2000 = AG 2001, 139, 141.

tung eines Gesellschafters für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit in der Weise in das Insolvenzverfahren einbezogen, dass diese Ansprüche während des Verfahrens der alleinigen Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegen. Die persönliche Haftung der Gesellschafter soll ebenso wie die Haftung im Falle eines Gesamtschadens (§ 92 InsO) der Gesamtheit der Gläubiger zugute kommen. Dies beruht auf dem Gedanken, dass die Erlangung von Sondervorteilen durch die Ermöglichung eines gesonderten Zugriffs auf das Vermögen des persönlichen Gesellschafters verhindert werden soll. Folgerichtig zieht die Rechtsprechung diese Regelung für den Ausnahmefall einer direkten Haftung eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft für Gesellschaftsschulden analog heran²⁵². Zwar spricht der Wortlaut der Regelung nur von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit bzw. Kommanditgesellschaften auf Aktien²⁵³. Bereits der Regierungsbegründung zu § 105 RegE InsO²⁵⁴ (entspricht nun § 93 InsO) ist aber zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Vorschrift auf alle Gesellschaftsformen angewandt wissen wollte, bei denen die Gesellschafter persönlich haften. Hieraus sowie aus dem Zweck der Vorschrift, der in erster Linie in der Gleichbehandlung der Gläubiger liegt²⁵⁵, wird zu Recht der Schluss gezogen, dass der Anwendungsbereich der Regelung über den vom Wortlaut abgesteckten Anwendungsbereich hinausgezogen werden muss²⁵⁶.

Die gleichen Wertungen gelten aber auch für den Fall, dass die herrschende Gesellschaft eine Pflicht zur Sicherheitsleistung nach § 303 AktG hat und der Ausfall bereits während eines laufenden Insolvenzverfahrens feststeht. Auch hier ist ein geregelter Verfahrensablauf auf das auch nicht unbeschränkte Vermögen der herrschenden Gesellschaft zur Vermeidung eines Gläubigerwettrufs geboten²⁵⁷. Dem-

²⁵² LG Hildesheim v. 16.1.2001 = DStR 2001, 1447 = ZInsO 2001, 474 (für den Fall einer Vermögensvermischung); zustimmend *Haas/Holla*, DStR 2001, 1447; für eine entsprechende Anwendung des § 93 InsO auf die GmbH-Durchgriffshaftung auch *Gottwald-Haas*, Insolvenzrechtshandbuch § 92 Rn. 271; *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209, 217; a.A. *Kübler/Prütting-Noack*, Gesellschaftsrecht Rn. 499.

²⁵³ *Lüke*, in *Kübler/Prütting*, InsO § 93 Rn. 11.

²⁵⁴ BT-Drs. 12/2443, 139 f.

²⁵⁵ BT-Drs. 12/2443, 139 f.; vgl. hierzu auch *App*, in *Wimmer* (Hrsg.), § 93 Rn. 1; zu weiteren Zwecken *Oepen*, ZIP 2000, 526, 533.

²⁵⁶ LG Hildesheim v. 16.1.2001 = DStR 2001, 1447, 1448 = ZInsO 2001, 474; für eine Direkthaftung der Gesellschafter nur „außerhalb des Insolvenzverfahrens“ auch der BGH im „KBV“-Urteil v. 24.6.2002 = JZ 2002, 1047 = ZIP 2002, 1578 für die vom ihm begründete Durchgriffshaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs (vgl. hierzu *Altmeppen*, ZIP 2002, 1553, 1560 (Analogie zu § 93 InsO) sowie zum Ganzen unten S. 200 ff.); vgl. auch LAG Köln v. 20.6.2003 = ZIP 2003, 1893.

²⁵⁷ Die umstrittene Frage, ob § 93 InsO auch Ansprüche gegen einen Gesellschafter aufgrund einer rechtlich selbständigen eigenen Verpflichtung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft erfasst (dagegen die h.M. vgl. nun BGH v. 4.7.2002 = ZIP 2002, 1492, 1493; BFH ZIP 2002, 179, 180; *Bitter*, ZInsO 2002, 557, 558 f.; *Brandes*, in *MK* § 93 Rn. 21; *Habersack*, in *Staub*, GK zum HGB § 128 Rn. 76, 80; *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209, 217 f.; *Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1082; für eine Ausdehnung der Vorschrift zum Schutz der Gläubigergesamtheit demgegenüber *Kesseler*, ZInsO 2002, 549; *ders.*, ZIP 2002, 1974; *Pelz*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Insolvenz (1999), S. 84 ff.; wohl auch *Eickmann*, HK-InsO, 2. Aufl. § 93 Rn. 3), braucht hier nicht entschieden zu werden. Eine Zuweisung von Mithaftungsansprüchen gegen

entsprechend ist aber auch dann, wenn während eines laufenden Insolvenzverfahrens der Ausfall der Gläubiger bereits ganz oder teilweise feststeht, die Ausfallhaftung nur vom Insolvenzverwalter geltend zu machen. Die Möglichkeit einer direkten Inanspruchnahme besteht nur, wenn ein Insolvenzverfahren aus oben genannten Gründen nicht (mehr) durchgeführt wird.

IV. Die Übertragbarkeit der §§ 302, 303 AktG ins GmbH-Recht

Die für den Aktienkonzern konzipierte Regelung in den §§ 302, 303 AktG ist nach ganz überwiegender Ansicht auf den Beherrschungsvertrag mit einer GmbH grundsätzlich zu übertragen²⁵⁸. Zwar hat man im Rahmen der Novelle des GmbH-Gesetzes im Jahre 1980 bewusst ein besonderes Konzernhaftungsrecht nicht eingeführt²⁵⁹, sondern sich auf einige wenige dringliche Gesetzesänderungen beschränkt²⁶⁰. Allerdings kann hieraus noch nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber diese Materie nicht für regelungsbedürftig gehalten hat²⁶¹. Auch das BVerfG geht davon aus, dass aufgrund der Beschränkung der GmbH-Novelle von

die Gesellschafter an die Insolvenzmasse ist nach der Gesetzesintention jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein Gesellschafter oder Organmitglied den Haftungstatbestand gegenüber allen Gesellschaftsgläubigern verwirklicht hat. Ausgenommen werden nach der herrschenden Auffassung lediglich Ansprüche einzelner Gläubiger, insbesondere aufgrund rechtsgeschäftlicher Verpflichtung oder unerlaubter Handlung, da diese nur die Funktion haben, die Verluste des jeweiligen Anspruchsinhaber gegenüber der Gesellschaft auszugleichen (BGH v. 4.7.2002 = ZIP 2002, 1492, 1494). Dies ist nicht die Situation des § 303 AktG. Hier geht es insbesondere auch nicht um den vom BGH angesprochenen Fall der persönlichen Sicherheitsgewährung (Bürgschaft) eines Gesellschafters für einen Gläubiger der Gesellschaft, der zur Erhaltung der Privatautonomie nicht dem § 93 InsO unterstellt werden sollte (BGH a.a.O.), sondern um einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, der allen Gläubigern der Gesellschaft zusteht.

²⁵⁸ Aus der Rechtsprechung vgl. zuletzt nur BGH v. 5.11.2001 = BGH WM 2002, 77, 78 = NJW 2002, 822; aus der Literatur: *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 34 IV 2; *Emmerich*, in Scholz, 9. Aufl., Anhang KonzernR Rn. 12; *ders.*, in *Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht* S. 81 ff.; *Kleindiek*, *Strukturvielfalt* (1991), S. 129 ff.; *Kort*, *Der Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen* (1986), S. 146 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, 15. Aufl. Anh. § 13 Rn. 33; *Ulmer*, in *Hachenburg*, 8. Aufl., Anh. § 77 Rn. 208 ff.; vgl. auch BGH v. 24.10.1988 = BGHZ 105, 324 = NJW 1989, 295 = ZIP 1989, 29 m. Anm. *Kort*, BGH v. 30.01.1992 = NJW 1992, 1452; gegen eine Analogie allerdings *Ebricke*, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz* (1998), a.A. auch *Bitter*, ZIP 2001, 265 ff.; *ders.*, *Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften* (2000), S. 360.

²⁵⁹ Der Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes aus dem Jahre 1971 (RegE eines GmbHG und eines EG, BR-Drs. 595/71) sah noch die Einführung einer konzernrechtlichen Regelung vor, ebenso wie ein vom Bundesjustizministerium herausgegebener Referentenentwurf aus dem Jahre 1969. Beide Entwürfe richteten sich weitgehend an den konzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes von 1965 aus. Sie sahen Regelungen für den Vertragskonzern und den faktischen Konzern vor, die den §§ 300 ff. und 311 ff. AktG entsprachen. Diese Vorschläge wurden nach erheblicher Kritik allerdings nicht verwirklicht (vgl. hierzu auch *Gäbelein*, *GmbHR* 1987, 221).

²⁶⁰ *Limmer*, *Haftungsverfassung* (1992), S. 3 m.w.N.

²⁶¹ *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 402 f.; *Boujong*, in FS Brandner, 25; a.A. *Kleinert*, in FS Helmrich S. 667 f.

1980 auf einige wesentliche Änderungen eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Haftung der Konzernspitze beim GmbH-Konzern nicht erkennbar ist²⁶². Allerdings dürfen auch nicht pauschal alle aktienrechtlichen Vorschriften zum Vertragskonzern auf die GmbH angewendet werden. Vielmehr muss im Einzelnen geprüft werden, ob die strukturellen Unterschiede zwischen AG und GmbHG einer Analogie im Einzelfall nicht entgegenstehen²⁶³. Entscheidend ist jeweils die Vergleichbarkeit der Rechtslage

1) Die zweckändernde Wirkung eines mit einer GmbH abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages

Ebenso wie der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit einer AG hat auch der Abschluss eines solchen Vertrages mit einer GmbH zweckändernde Wirkung. Dies hat auch der BGH sehr deutlich zum Ausdruck gebracht²⁶⁴. Insbesondere gilt dies auch dann, wenn die herrschende Gesellschaft Alleingesellschafterin ist²⁶⁵. Zwar wird in diesem Fall das Gewinnbezugsrecht anderer Gesellschafter nicht berührt. Auch besteht im GmbH-Recht grundsätzlich

²⁶² BVerfG v. 20.8.1993 = ZIP 1993, 1307; dies hält *Ehrlicke* für methodisch unsauber; er geht davon aus, dass aufgrund der Nichtregelung der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung nicht wollte (*Ehrlicke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998), S. 332). Dies wäre aber nur dann zu bejahen, wenn der Gesetzgeber eine abschließende Regelung beabsichtigt hätte. Dagegen spricht aber die Begründung des Regierungsentwurfs zur Novelle 1980, die deutlich macht, dass nicht alle zu regelnden Fragen des GmbH-Rechts abschließend geregelt werden sollten (abgedruckt bei *Deutler*, Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, (1981), S. 9). Zwar ist die Regierung, wie *Ehrlicke* zu Recht feststellt, nicht der Gesetzgeber; wird ihr Entwurf aber vom Gesetzgeber übernommen, ist der Schluss nicht zu rechtfertigen, dass hier eine andere Intention bestand. Im Übrigen macht auch *Ehrlicke* darauf aufmerksam, dass auch, wenn keine planwidrige Lücke bestehe, eine gesetzesübergreifende Rechtsfortbildung statthaft ist, wenn sonst Probleme nicht erfassbar sind und damit ein unabweisbares Bedürfnis besteht (a.a.O. S. 333).

²⁶³ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 32 II 2; *Ulmer*, in Hachenburg, 8. Aufl., § 77 Anh. Rn. 185.

²⁶⁴ „Der Unternehmensvertrag (ist) ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft satzungsgleich insbesondere dadurch ändert, 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 des Gesellschafters eingegriffen wird“ (BGH v. 30.1.1992 = NJW 1992, 1452 = ZIP 1992, 395, 398 m.w.N.).

²⁶⁵ BGH v. 24.10.1988 = BGHZ 105, 324, 331 = NJW 1989, 295, 296 (*Supermarkt*); BGH v. 30.1.1992 = NJW 1992, 1452 = ZIP 1992, 395 (*Siemens*); für eine Anwendung der §§ 302 f. AktG im Rahmen eines GmbH-Vertragskonzerns, wenn die abhängige GmbH eine Einpersonengesellschaft ist, auch BGH v. 5.11.2001 = WM 2002, 822; a.A. *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 357 ff. m.w.N., der ein Eigeninteresse der Gesellschaft ablehnt und unter dieser Prämisse konsequent auch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages nicht für erforderlich hält, um die Gesellschaft dem Konzerninteresse zu unterstellen. Allerdings ist der Ablehnung eines Eigeninteresses einer GmbH bereits vom Grundsatz her nicht zu folgen, weshalb der h.M. im Ergebnis zuzustimmen ist, wenn sie

ein umfassendes Weisungsrecht der Gesellschafter, weshalb es bei einer Einmangengesellschaft bereits vor Abschluss eines Beherrschungsvertrages dem herrschenden Unternehmen möglich ist, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen²⁶⁶. Wie bereits ausgeführt, ist es aber nicht die Anknüpfung an die Leitungsmacht²⁶⁷, sondern die Unterstellung der Gesellschaft unter das Konzerninteresse, die es notwendig werden lässt, ihre vermögensmäßige Substanz zu schützen²⁶⁸. Im Übrigen sind auch im GmbH-Vertragskonzern die Kapitalerhaltungsvorschriften aufgehoben²⁶⁹. Zwar ist dies, anders als für den Aktienvertragskonzern (vgl. § 291 Abs. 3 AktG) nicht ausdrücklich geregelt²⁷⁰. Indes kann hier nichts anderes gelten, da ansonsten das GmbH-Vermögen bei Abschluss eines Unternehmensvertrages bei gleicher Interessenlage ohne sachlichen Grund in weitergehendem Umfang geschützt wäre als das einer Aktiengesellschaft²⁷¹.

Die in der Literatur teilweise anzutreffende Auffassung, dass die Befugnisse des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft durch einen Beherrschungsvertrag nicht erweitert würden, weshalb es auch keiner Analogie zu den §§ 302, 303 AktG bedürfe²⁷², ist nicht nur für die mehrgliedrige Gesellschaft nicht haltbar. Das Recht zu Weisungserteilung umfasst außerhalb eines Beherrschungsvertrages nicht auch das Recht, der Gesellschaft nachteilige Weisungen zu erteilen²⁷³. Erst durch die mit dem Abschluss des Beherrschungsvertrages einhergehende Unterstellung unter das Konzerninteresse ist diese Möglichkeit in Analogie zu § 308 AktG eröffnet²⁷⁴.

für die Ausrichtung auf das Konzerninteresses den Abschluss eines Beherrschungsvertrages verlangt. Zum Eigeninteresse einer Einmangengesellschaft vgl. ausführlich unten S. 220 ff.

²⁶⁶ Insoweit ist *Altmeppen*, in *Roth/Altmeppen* Anh. 13 Rn. 25 Recht zu geben, wenn er feststellt, dass die Möglichkeit des Alleingeschafters, Weisungen direkt und nicht nur in Gestalt von protokollierungsbedürftigen Gesellschafterbeschlüssen (§ 48 Abs. 3 GmbHG) geben zu können, als Vorteil kaum ins Gewicht fällt.

²⁶⁷ Vgl. hierzu bereits oben S. 15 f.; a.A. *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 350 ff.

²⁶⁸ Auch im GmbH Vertragkonzern wird der Sorgfaltsmaßstab des GmbH-Geschäftsführers analog §§ 308 Abs. 2, 310 AktG modifiziert (vgl. *Altmeppen*, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 73; *ders.*, in *Roth/Altmeppen*, 4. Aufl. Anh. § 13 Rn. 83; *Ulmer*, in *Hachenburg* Anh. § 77 Rn. 220).

²⁶⁹ *Cahn*, Kapitalerhaltung im Gesellschaftsrecht (1998), S. 87; *Eschenbruch*, Rn. 3191, 3377; *Fleck*, in *FS 100 Jahre GmbHG* S. 391, 395 f.; *ders.*, *ZGR* 1990, 31, 47; *ders.*, *GmbHR* 1993, 550, 553; *Hommelhoff*, *WM* 1984, 1105, 1110; *Kablert*, Verdeckte Gewinnausschüttung an Nichtgesellschafter im Gesellschaftsrecht (1994), S. 245; *Lutter*, in *FS Stiefel* S. 505, 530 f. *Westermann*, in *Scholz* § 30 Rn. 9, 35; vgl. auch *Schön*, *ZHR* 159 (1995), 351, 373 m.w.N.; a.A. *Brandes*, in *FS Kellermann* S. 25, 33; *Ehrlicke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998), S. 280 f.; *Kühbacher*, Darlehen an Konzernunternehmen, Versicherung und Vertragsanpassung (1993), S. 50 ff.; *Meister*, *WM* 1980, 390, 399 f.; *Peltzer*, *GmbHR* 1995, 15, 17; *Sonnenholz/Stütze*, *DB* 1979, 925, 927; *Zöllner*, in *Baumbach/Hueck* Anh. KonzernR Rn. 77; a.A. auch *Bitter*, *ZIP* 2001, 265, 276 f.

²⁷⁰ Für eine analoge Anwendung der §§ 291 ff. AktG aber auch *BGH* v. 14.12.1987 = *BGHZ* 103, 1, 6; *BGH* v. 19.9.1988 = *BGHZ* 105, 168, 183; *BGH* v. 11.11.1991 = *BGHZ* 116, 37 ff.

²⁷¹ *Westermann*, in *Scholz* § 30 Rn. 9.

²⁷² So *Ehrlicke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998), S. 431.

²⁷³ Vgl. hierzu noch ausführlich unten S. 223 ff., 269.

²⁷⁴ Inwieweit nachteilige Weisungen in einer Einmangengesellschaft durch den Alleingesellschafter im Übrigen möglich sind vgl. unten S. 223 ff.

Eine Beschränkung der Weisungsmacht durch die Treuepflicht, wie sie vor Abschluss des Vertrages bestand, besteht in diesem Fall nicht mehr²⁷⁵. Dies gilt, wie im Rahmen der Ausführungen um die Haftung der herrschenden Gesellschaft im faktischen Konzern noch im Einzelnen zu zeigen sein wird²⁷⁶, auch dann, wenn in der Tochtergesellschaft keine Minderheitsgesellschafter existieren²⁷⁷. Dementsprechend bejaht der BGH unter Hinweis auf die Möglichkeiten, der abhängigen Gesellschaft fernerhin nachteilige Weisungen zu erteilen, auch für die Einmanngesellschaft zu Recht den organisationsrechtlichen Charakter eines solchen Unternehmensvertrages, da die „unabhängige erwerbswirtschaftliche Teilnahme der abhängigen Gesellschaft am Wirtschaftsverkehr“ für die Dauer eines solchen Vertrags außer Kraft gesetzt und die Tätigkeit der Gesellschaft am Konzerninteresse ausgerichtet wird²⁷⁸. Die Gesellschaft übernimmt eine dienende, am Konzerninteresse ausgerichtete Rolle²⁷⁹.

Mit der Einordnung des Beherrschungsvertrages als organisationsrechtlicher Vertrag befindet sich der BGH in Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur zum GmbH-Vertragskonzernrecht²⁸⁰, die konsequent, im Hinblick auf den materiell satzungsändernden Charakter des Vertrages, den für die Ermächtigung des Geschäftsführers zu seinem Abschluss²⁸¹ notwendigen Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der abhängigen GmbH²⁸² den GmbH-rechtlichen Vorschriften über Satzungsänderungen (§§ 53, 54 GmbHG) unterwirft²⁸³. Im Hinblick auf seine zweckändernde Wirkung sowie die meist mit einem solchen Vertrag einhergehende Durchbrechung des Gleichbe-

²⁷⁵ Zu den Beschränkungen durch die Treuepflicht in einer nur faktisch konzernierten GmbH vgl. unten S. 274 ff.

²⁷⁶ Vgl. unten S. 220 ff.

²⁷⁷ A.A. *Bitter*, ZIP 2001, 265, 272 ff.; auch *Zöllner*, in Baumbach/Hueck Schlussanhang I, GmbH-Konzernrecht Rn. 35 geht davon aus, dass die Ausübung der Konzernmacht keiner Erlaubnis durch einen Beherrschungsvertrag bedarf; trotzdem geht er aber grundsätzlich von deren satzungsänderndem Charakter aus (Rn. 37a).

²⁷⁸ BGH v. 30.1.1992 = NJW 1992, 1452 = ZIP 1992, 395, 398.

²⁷⁹ *Ulmer*, in Hachenburg, 8. Aufl., § 53 Rn. 142.

²⁸⁰ Vgl. die umfangreichen Literaturnachweise in BGH v. 24.10.1988 = BGHZ 105, 324, 331; *Decher*, in MünchHdb GesR, Band 3, § 72 Rn. 4; *Kleindiek*, ZIP 1991, 1330, 1334; *Priester*, ZGR 1996, 189, 193 f.; kritisch aber *Gäbelein*, GmbHR 1989, 502, 503.

²⁸¹ Der Vertrag selbst bedarf nur der Schriftform (*Altmeppen*, in Roth/Altmeppen Anh. § 13 Rn. 32; *Zöllner*, in Baumbach/Hueck, Schlussanhang I, GmbH-Konzernrecht Rn. 38); er wird wirksam, sobald er ins Handelsregister eingetragen wurde (zu den formalen Anforderungen im Einzelnen vgl. BGH v. 24.10.1988 = BGHZ 105, 324; ausführlich hierzu auch *Ulmer* in Hachenburg § 53 Rn. 146 m.w.N.); einer Eintragung in das Handelsregister der herrschenden Gesellschaft bedarf es nicht (str., vgl. *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 13 Rn. 61 m.w.N.).

²⁸² Auf Seiten der herrschenden Gesellschaft ist in Analogie zu § 293 Abs. 2 AktG ebenfalls die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu verlangen. Da es hier am satzungsändernden Charakter der sich aus dem Unternehmensvertrag für die herrschende Gesellschaft ergebenden Rechte und Pflichten fehlt, folgt die Erforderlichkeit des Zustimmungsbeschlusses aber nicht aus § 53 GmbHG (*Zöllner*, in Baumbach/Hueck, Schlussanhang I, GmbH-Konzernrecht Rn. 41 m.w.N.).

²⁸³ BGH v. 24.10.1988 = BGHZ 105, 324, 338; *Koppensteiner*, in Rowedder, 3. Aufl. Anh. § 52 Rn. 61; *Ulmer*, in Hachenburg § 53 Rn. 143 m.w.N.

handlungsgrundsatzes wird überwiegend – über die satzungsändernde Dreiviertelmehrheit des § 53 Abs. 2 GmbHG hinaus – für seine Wirksamkeit aber auch die Zustimmung aller an der Abstimmung nicht beteiligten oder überstimmten Gesellschafter gefordert²⁸⁴. Der Auffassung, die in Anlehnung an die Regelung für das Aktienkonzernrecht nur eine satzungsändernde Mehrheit verlangt²⁸⁵, ist eine Absage zu erteilen²⁸⁶. Im Aktienrecht hat man von der grundsätzlich auch dort für eine Änderung des Zwecks der Gesellschaft in Entsprechung zu § 33 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlichen Zustimmung aller Mitglieder²⁸⁷ – im Interesse der vom Gesetzgeber erwünschten Bildung von Vertragskonzernen – für Unternehmensverträge eine gesetzliche Ausnahme vorgesehen²⁸⁸, da in kapitalistisch ausgestalteten Gesellschaften die Zustimmung aller Gesellschafter nur schwer zu erlangen sein wird und der Gesetzgeber die Interessen der Minderheitsaktionäre anderweitig geschützt hat (vgl. §§ 304 ff. AktG)²⁸⁹. Im GmbH-Recht fehlen entsprechende Minderheitsschutzvorschriften nach Art der §§ 304 ff. AktG. Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und Rechtsicherheit ist hier die Zustimmung aller zu fordern²⁹⁰. Im Übrigen ist die GmbH, anders als die AG, in der Regel personalistisch ausgestaltet. In einer Gesellschaft aber, die auf die enge Verbundenheit ihrer Mitglieder gegründet ist, besteht auch kein entsprechendes sachliches Erfordernis, von dem Grundsatz der Zustimmung aller für eine Zweckänderung abzuweichen²⁹¹. Verlangt man aber die Zustimmung aller, so erledigt sich auch die Bedeutung der Frage, ob das herrschende Unternehmen einem Stimmverbot nach

²⁸⁴ K. Schmidt, GesR, 4. Aufl. § 38 III 2 a; Ulmer, in Hachenburg § 53 Rn. 145; Zöllner, in Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanhang I, GmbH-Konzernrecht, Rn. 39 jeweils mit w.N.

²⁸⁵ Esch, BB 1986, 272; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl. Anh. § 13 Rn. 54; Kort S. 109 ff.; Koppensteiner, in Rowedder, 3. Aufl. Anh. § 52 Rn. 55; Timm, ZIP 1986, 1387, wobei wiederum nach einzelnen Stimmen innerhalb dieser Auffassung dem herrschenden Unternehmen allerdings kein Stimmrecht zuerkannt wird; nicht mehr vertreten wird die zunächst von Timm, (BB 1981, 1493 f.) geforderte 9/10 Mehrheit (vgl. dens., GmbHR 1989, 13; GmbHR 1992, 215); der BGH hat diese Frage bislang offen gelassen BGH v. 24.10.1988 = BGHZ 105, 324.

²⁸⁶ Etwas anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise die Zustimmung aller aufgrund einer konkreten Satzungsbestimmung entbehrlich ist (Emmerich, in Scholz, 9. Aufl. Anhang Konzernrecht Rn. 166).

²⁸⁷ Hüffer, AktG, 5. Aufl. § 179 Rn. 33; Mülbart, Aktiengesellschaft (1996), S. 161, 234; Wiesner, in Münchener Hdb. GesR Band 4 § 9 Rn. 10; Zöllner, in KK § 179 Rn. 113; vgl. zu weiteren Nachweisen Tröger, Treupflicht im Konzernrecht (2000), S. 215 Fn. 3.

²⁸⁸ Ulmer, in Hachenburg, 8. Aufl., § 53 Rn. 143.

²⁸⁹ Zur Unternehmensbewertung unter Berücksichtigung des Börsenkurses in diesem Zusammenhang vgl. nun den Beschluss des BGH v. 12.3.2001 – (DAT/Atlanta) = DB 2001, 969 m. Anm. Meilicke/Heidel S. 973; allg. zum Streitstand hinsichtlich der Frage der Berücksichtigung des Börsenkurses bei der Bemessung von Abfindung und variablem Ausgleich im Unternehmensvertragsrecht vgl. auch Henze, in FS Lutter S. 1101 ff.

²⁹⁰ Ulmer, in Hachenburg, 8. Aufl., § 53 Rn. 143; hierfür auch Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 32 II 3; Fleck, ZGR 1988, 104, 134; Priester, in Scholz § 53 Rn. 171; ders., in Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht S. 160; Schilling, ZHR 140 (1976), 535.

²⁹¹ Vgl. auch Priester, in Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht S. 164.

§ 47 Abs. 4 GmbHG unterliegt²⁹². Allerdings kann in Ausnahmefällen sich aus der Treuepflicht heraus die Pflicht ergeben, dem Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zuzustimmen²⁹³. Dies wird man insbesondere dann annehmen müssen, wenn nur hierdurch das Überleben der abhängigen Gesellschaft sichergestellt werden kann²⁹⁴.

2) Die Verlustübernahmepflicht im GmbH-Konzern

Die Verlustausgleichspflicht ist nach dem oben Gesagten als notwendiges Gegenstück der mit ihrer Ausübung verbundenen zulässigen Benachteiligung der beherrschten Gesellschaft zu verstehen²⁹⁵. Sie dient dem Schutz der GmbH, ihrer außenstehenden Gesellschafter und Gläubiger, indem sie die Aushöhlung der bilanzmäßigen Substanz der Gesellschaft verhindert²⁹⁶.

a) Umfang der Verlustausgleichspflicht

Umstritten ist allerdings, ob bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit einer GmbH im Hinblick auf den geringeren Schutzstandard der Kapitalerhaltungsvorschriften im GmbH-Recht die Verlustausgleichspflicht auf eine Stammkapitaldeckungspflicht zu beschränken ist. Während nach vielfacher Ansicht eine Begrenzung der Verlustausgleichspflicht grundsätzlich auch bei der GmbH nicht in Betracht kommt²⁹⁷, wird dem teilweise entgegen gehalten, im GmbH-Recht sei die

²⁹² *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 32 II 3 b); diese Frage gewinnt nur dann Gewicht, wenn nach der Satzung ausnahmsweise nur eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist. Für diesen Fall sind allerdings auch die §§ 304 f. AktG analog heranzuziehen (vgl. auch *Zöllner*, in *Baumbach/Hueck* Schlussanhang I, GmbH-Konzernrecht Rn. 47). Für einen Stimmrechtsausschluss der herrschenden Gesellschaft ist in einem solchen Fall allerdings ebenso wenig wie im Aktienrecht Raum (so zu Recht die h.M. vgl. nur *Emmerich*, in *Scholz*, 9. Aufl., Anhang Konzernrecht Rn. 157, *Koppensteiner*, in *Rowedder*, Anh. § 52 Rn. 54; *Krieger*, DStR 1992, 432, 435; *Lutter/Hommelhoff*, 15. Aufl. Anh. § 13 Rn. 38; *Ulmer*, in *Hachenburg*, 8. Aufl. § 53 Rn. 144 m.w.N.; a.A. *Altmeppen*, in *Roth/Altmeppen*, Anh. § 13 Rn. 40; *Zöllner*, in *Baumbach/Hueck*, Schlussanhang I, GmbH-Konzernrecht Rn. 40 m.w.N.). Der gegenteiligen Meinung wird zu Recht entgegengehalten, dass die Abstimmung allein der Minderheitsgesellschafter den Zweck der Regelung ins Gegenteil verkehren würde. Auch kann ein solcher Beschluss nicht einer materiellen Beschlusskontrolle dergestalt unterworfen werden, dass der Beherrschungsvertrag im Interesse der Gesellschaft liegen muss (so *Timm* BB 1981, 1495; *Lutter/Hommelhoff*, 14. Aufl. Anh. 13 Rn. 44; anders nun aber *Lutter/Hommelhoff*, 15. Aufl., Anh. § 13 Rn. 64; ablehnend auch *Koppensteiner*, in *Rowedder*, Anh. § 52 Rn. 56 m.w.N.), da durch den Beherrschungsvertrag der Zweck der Gesellschaft geändert wird (zum Zusammenhang zwischen Zweck und Interesse der Gesellschaft vgl. eingehend noch unten S. 244 ff.).

²⁹³ *K. Schmidt*, GesR § 38 III 2 a).

²⁹⁴ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 32 II 3 b) m.w.N.; vgl. auch *Ulmer*, in *Hachenburg* § 53 Rn. 146.

²⁹⁵ Zur Vereinbarung der Verlustübernahme als Voraussetzung der steuerlichen Organshaft (§§ 14, 17 S. 2 Nr. 2 KStG) vgl. BGH v. 30.9.1999 = NJW 2000, 69; zum Verhältnis der Verlustausgleichspflicht nach Steuer- und Konzernrecht ausführlich *Walter*, GmbHR 1999, 1017 ff.

²⁹⁶ BGH v. 14.12.1987 = BGHZ 103, 1, 10.

²⁹⁷ *Brandner*, in *Heidelberger Konzernrechtstage* S. 207, 215; *Geitzhaus*, GmbHR 1989, 397,

Vermögensbindung, anders als bei der AG, weitgehend disponibel²⁹⁸. Im Hinblick darauf sei aber auch die Verlustausgleichspflicht aus § 302 AktG im Sinne einer Stammkapitaldeckungspflicht zu begrenzen²⁹⁹. Damit sei aber die Übernahmepflicht auf den Ausgleich einer sonst entstehenden Unterbilanz unter Einschluss einer etwaigen Überschuldung zu beschränken³⁰⁰. Im Übrigen könne das herrschende Unternehmen den Ausweis sonstiger Verluste durch Auflösung freier Rücklagen aber vermeiden, auch wenn diese bereits vor Vertragsschluss gebildet wurden. Im Rahmen dieser Ansicht wird teilweise allerdings wiederum danach differenziert, ob man es mit einer Einmann-GmbH oder einer mehrgliedrigen Gesellschaft zu tun hat³⁰¹. Nur bei Ersterer bzw. bei Einverständnis aller Gesellschafter dürfe die Verlustausgleichspflicht an der Grenze der bilanziellen Deckung des Stammkapitals ihr Ende finden³⁰². Anderes müsse aber für den Fall gelten, dass dem nicht zustimmende Minderheitsgesellschafter existierten³⁰³. Ansonsten würden die Interessen der Minderheitsgesellschafter verkürzt, weshalb es in diesem Fall grundsätzlich bei der Übernahmepflicht in der in § 302 Abs.1 AktG geregelten Höhe bleiben müsse³⁰⁴.

b) Stellungnahme

Die unterschiedlichen Ansichten, die hier vertreten werden, haben ihren Ausgangspunkt in der unterschiedlichen Sichtweise, mit der die Regelung der Verlustausgleichspflicht an sich begründet wird. Versteht man diese nur als „Verlängerung der Kapitalerhaltungsvorschriften“, wäre sie in der Tat zumindest bei der Ein-

405, 406; Joost, in Heidelberger Konzernrechtstage S. S. 133, 140; Kleindiek, GmbHR 1992, 574, 582 f. Limmer, GmbHR 1992, 265, 272; Müller, in FS Koppensteiner S. 277, 284 f.; Oser, WpG 1994, 312, 320; K. Schmidt, in Heidelberger Konzernrechtstage S. 109, 117; Sonnenschein/Holzendorf, JZ 1992, 715, 719 f.; Wiedemann, ZGR 1986, 656, 667; wohl auch BGH v. 5.11.2001 = WM 2001, 77, 78.

²⁹⁸ Zöllner, in Baumbach/Hueck 17. Aufl. Anh. Konzernrecht Rn. 78.

²⁹⁹ Assmann, JZ 1986, 928, 936; Ebenroth, AG 1990, 188, 195; Ebenroth/Wilken, ZIP 1993, ZIP 1993, 558, 561 f.; Fleck, WM 1986, 1205, 1209 f.; Mayer, DStR 1992, 756, 760; Rehbinder, AG 1986, 85, 98; Reuter, ZHR 146 (1982), 1, 21; Schwark, JuS 1987, 443, 450 f.; Ulmer, AG 1986, 123, 129; Vonnemann, BB 1990, 217, 222; Ziegler, WM 1989, 1941, 1942 ff.; Zöllner, JZ 1992, 381, 383 f.

³⁰⁰ Ulmer, in Hachenburg Anh. § 77 Rn. 163.

³⁰¹ Emmerich, in Scholz, Anhang Konzernrecht Rn. 188; Ulmer, in Hachenburg Anh. § 77 Rn. 163 m.w.N.

³⁰² Vgl. auch Zöllner, in Baumbach/Hueck 17. Aufl., Anh. Konzernrecht Rn. 78; Kropff, in FS Semler 1993, 517, 531; Altmeyen in Roth/Altmeyen, 4. Aufl., Anh. § 13 Rn. 75; Koppensteiner, in Rowedder, Anh. § 52 Rn. 112; offen gelassen von BGH v. 20.2.1989 = BGHZ 107, 7, 16 f. = NJW 1989, 1800; für die Personengesellschaft Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 475 f.; gegen eine solche Differenzierung etwa Ziegler, WM 1989, 1041, 1044; a.A. Kort, Der Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht (1986), S. 146; Hommelhoff, WM 1984, 1105, 1112 f., Möhring, Schutz der Gläubiger einer konzernabhängigen GmbH (1992), S. 116.

³⁰³ Vgl. hierzu aber auch Altmeyen, in Roth/Altmeyen, 4. Aufl., Anh. § 13 Rn. 80, der darauf hinweist, dass diese Unterscheidung, wenn man richtigerweise für den Abschluss eines solchen Vertrages die Zustimmung aller verlangt, wenig relevant ist.

³⁰⁴ Ulmer, in Hachenburg Anh. § 77 Rn. 164 m.w.N.

manngesellschaft auf eine Stammkapitaldeckungspflicht zu begrenzen³⁰⁵. Wie bereits oben festgestellt wurde, kann der Zweck der Verlustausgleichspflicht aber nicht hierauf reduziert werden. Die Verlustausgleichspflicht ist als Ausdruck der grundsätzlichen Verpflichtung zur Risikoübernahme infolge der Ausrichtung auf das Konzerninteresse und nicht nur als Verlängerung des Kapitalerhaltungsschutzes zu verstehen³⁰⁶. Dem Gesetzgeber ging es um die Erhaltung der „bilanzmäßigen Substanz“ der Gesellschaft³⁰⁷, und zwar nicht nur im Interesse der Minderheitsgesellschafter, sondern auch der Gläubiger. Der Hinweis auf die Vermögensbindung kann, wie bereits oben betont wurde³⁰⁸, schon deshalb nicht tragend sein, da bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit einem Nichtgesellschafter gar keine Vermögensbindung existiert, die entfallen könnte³⁰⁹. Trotzdem schließt dies auch bei der AG nicht die Verlustausgleichspflicht aus³¹⁰. Hinzuweisen ist auch nochmals darauf, dass der Verlustausgleich auch dann zu leisten ist, wenn der Verlust rein externe Ursachen hat³¹¹. Vor diesem Hintergrund kann die Außerkraftsetzung der Kapitalerhaltungsvorschriften allenfalls als ergänzender, keinesfalls aber als tragender Grund für die Statuierung einer Verlustausgleichspflicht herangezogen werden. Dementsprechend kann aber auch der bei der GmbH bestehende geringere Kapitalschutz nicht die Reduzierung der Verlustausgleichspflicht begründen. Bejaht man die Analogie zu den §§ 302, 303 AktG im Hinblick auf die gleiche Interessenlage im GmbH-Vertragskonzernrecht, ist es wenig überzeugend, mit dem Hinweis auf die „relevanten Unterschiede“ zwischen AG und GmbH die für die Begründung eines Verlustausgleichsanspruchs maßgeblichen Wertungen wieder beiseite zu schieben³¹². Sicher gibt es bei der Kapitalbindung zwischen AG und

³⁰⁵ Ob für die mehrgliedrige Gesellschaft im Hinblick auf die mitgliederschaftliche Treuepflicht etwas anders gilt (vgl. so nun auch *Emmerich*, in Scholz Anhang Konzernrecht Rn. 188; zurückhaltender noch in der 8. Aufl. Anh. Konzernrecht Rn. 228 f.), hinge dann davon ab, welchen Inhalt man der Treuepflicht insoweit beimisst (vgl. hierzu ausführlich unten).

³⁰⁶ *K. Schmidt*, in Heidelberg Konzernrechtstage S. 109, 117.

³⁰⁷ Vgl. Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff* S. 375; mit dem Hinweis hierauf eine Beschränkung des Verlustausgleichs auf das Stammkapital auch bei der GmbH verneinend *Möhring*, Schutz der Gläubiger einer konzernabhängigen GmbH (1992), S. 116.

³⁰⁸ Vgl. oben S. 15 f.

³⁰⁹ *Joost*, in Heidelberg Konzernrechtstage S. 133, 140.

³¹⁰ Vgl. bereits oben S. 16.

³¹¹ *Joost*, in Heidelberg Konzernrechtstage S. 133, 140; der Ansicht, dass für die Globalhaftung kein Schutzstandard begründet werden könne, der in den zugrundeliegenden Einzelausgleichsansprüchen keine Grundlage findet (so *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 476) kann daher auch nicht gefolgt werden. Gleiches gilt, wenn darauf verwiesen wird, dass auf den über die Deckung des Stammkapitals hinausgehenden Betrag jederzeit bei einer Einmann-Gesellschaft wieder verzichtet werden könne (vgl. *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 476). Erkennt man in der Verlustausgleichspflicht die Konsequenz einer Risikoübernahme und nicht nur die Folge der Außerkraftsetzung der Kapitalerhaltungsvorschriften, ist auch § 302 Abs. 3 AktG hier analog anzuwenden (a.A. *Stimpel*, ZGR 1991, 159 unter Hinweis darauf, dass die Vermögensbindung bei der GmbH nicht wie bei der AG durch § 291 Abs. 3 AktG außer Kraft gesetzt werde).

³¹² So aber *Altmeppen*, in Roth/Altmeppen, 4. Aufl., Anh. § 13 Rn. 76; für den Bereich des qualifiziert faktischen Konzerns, insoweit auf einen Wertungswiderspruch hinweisend auch *Brandner*, in Heidelberg Konzernrechtstage S. 207, 216.

GmbH relevante Unterschiede. Gerade diese sind aber für die Begründung der Verlustausgleichspflicht nicht die tragenden.

V. Schadensersatzpflicht des herrschenden Unternehmens nach Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages

Anerkanntermaßen kommt neben der Verlustübernahmepflicht auch ein Schadensersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft gegenüber der herrschenden in Betracht³¹³, wenn diese die vertraglichen und gesetzlichen Schranken des Weisungsrechts nicht einhält bzw. bei Erteilung von Weisungen nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beachtet³¹⁴. Dies ist nicht nur für den Vertragskonzern i.S.d. Aktiengesetzes, sondern auch für den GmbH-Vertragskonzern anerkannt. Bereits der Regierungsbegründung ist zu entnehmen, dass das herrschende Unternehmen „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aufgrund des Vertrages“ haftet, weshalb man auch eine besondere aktienrechtliche Regelung hierüber für entbehrlich hielt³¹⁵. Umstritten ist aber, ob der Anspruch auf Schadensersatz seine Grundlagen unmittelbar in § 309 AktG i.V.m. § 31 BGB hat³¹⁶, auf eine Analogie zu § 309 AktG zu stützen ist³¹⁷ oder als Vertragsverletzung (nun § 280 Abs. 1 BGB, bislang pVV) anzusehen ist. Für den GmbH-Konzern wird überdies auf die hier bestehende ausgeprägte Treuepflicht des herrschenden Unternehmens hingewiesen³¹⁸.

Anzumerken ist zunächst, dass dieser Streit seine Bedeutung weitgehend verloren hat, nachdem anerkannt ist, dass auf den Ersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft gegen das herrschende Unternehmen die Abs. 3 bis 5 des § 309 AktG jedenfalls entsprechend anzuwenden sind³¹⁹. Überwiegend wird der Schadensersatzanspruch wohl auf eine Vertragsverletzung gestützt³²⁰, wofür insbesondere die

³¹³ *Baumbach/Hueck*, § 309 Rn. 1; *Emmerich*, in Hommelhoff S. 78 f.; *Emmerich*, in Scholz, Anhang Konzernrecht Rn. 189 f.; *Koppensteiner*, in KK § 309 Rn. 25; *Mestmäcker*, in Festgabe Kronstein S. 135 f.; *Wiedemann*, GesR I, 350.

³¹⁴ Betrachtet werden im Folgenden nur die besonderen Schadensersatzprüche des Konzernrechts; bei unzulässiger Ausübung von Leitungsmacht kann idealkonkurrierend neben der Haftung nach § 309 AktG aber u.a. auch eine Ersatzpflicht nach § 117 AktG in Betracht kommen, da der Haftungsausschluss des § 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG die zulässige Ausübung von Leitungsmacht voraussetzt (vgl. nur *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. § 309 Rn. 1 m.w.N.).

³¹⁵ Vgl. Regierungsbegründung abgedruckt bei *Kropff* S. 404 f.

³¹⁶ *Würdinger*, in GK zum AktG § 309 Rn. 6 f.

³¹⁷ *Altmeppen*, in Roth/Altmeppen Anh. § 13 Rn. 79; *Beuthien*, JuS 1970, 55; *Mertens*, AcP 168 (1968), 225, 228 f.; *Ulmer*, in FS Stimpel S. 705, 712.

³¹⁸ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 32 IV 3; *Emmerich*, in Scholz, Anhang Konzernrecht Rn. 189.

³¹⁹ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 23 VII 2 a); *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 309 Rn. 21; *Koppensteiner*, in KK § 309 Rn. 25; *Ebricke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998), S. 443 f.; ausführlich *Exner*, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit (1984), S. 85 ff.; *Kantzas*, Das Weisungsrecht im Vertragskonzern, (1988), S. 188 ff.

³²⁰ *Altmeppen*, in MK § 309 Rn. 137 f.; *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 309 Rn. 21;

Formulierung in der Regierungsbegründung herangezogen wird³²¹. Auch ist es sicher richtig, dass der organisationsrechtliche Charakter des Beherrschungsvertrages die Anwendung schuldrechtlicher Grundsätze bei dessen Verletzung nicht ausschließt³²². Zumindest immer dann, wenn es um die Frage der Begründbarkeit eines Schadensersatzanspruches in einem mehrstufigen Konzernverhältnis bei Bestehen einer durchlaufenden Kette von Beherrschungsverträgen geht, kann die Rückführung des Schadensersatzanspruches auf eine Verletzung des Beherrschungsvertrages freilich nicht mehr weiterhelfen, da zwischen Mutter- und Enkelgesellschaft kein Vertrag besteht³²³. Hier ist die Haftung der herrschenden Gesellschaft für Schädigungen der Enkelgesellschaft, die ihre Geschäftsleitung zu verantworten hat, auf eine Analogie zu § 309 AktG zu stützen³²⁴. Aber auch im Verhältnis unmittelbar zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft spricht nichts dagegen, die Grundlage der Haftung in § 309 AktG zu suchen. Anzuführen ist hierfür, dass auch diejenigen, die den Anspruch auf eine Vertragsverletzung stützen, zur Konkretisierung der Haftungsausgestaltung auf § 309 AktG zurückgreifen müssen³²⁵. Die Frage, ob man die Haftung insoweit mit einem Anspruch direkt aus § 309 AktG i.V.m. § 31 BGB oder analog § 309 AktG begründet, ist ohne weitere Bedeutung.

1) Haftungstatbestand

Bleibt zu klären, ob § 309 Abs. 1 AktG nur als Verschuldensmaßstab zu verstehen ist und es daher für die Haftung eines zusätzlichen Haftungstatbestands bedarf. Teilweise wird dies vertreten und für die Haftung zudem das Vorliegen einer rechtswidrigen Weisung verlangt³²⁶. Eine unzulässige und somit rechtswidrige Weisung liegt danach vor, wenn die Nachteile der abhängigen Gesellschaft höher liegen als die Vorteile für den Konzern. Dies folge daraus, dass das Konzerninteresse sich aus der Summe der Interessen der im Konzern zusammengefassten Wirtschaftskraft definiert. Soweit dann aber ein Unternehmen des Konzerns mehr geschädigt wird,

Koppensteiner, in KK § 309 Rn. 25; *Ehrlicke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998), S. 443 f.; ausführlich *Exner*, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit (1984), S. 85 ff.; *Kantzas*, Das Weisungsrecht im Vertragskonzern, (1988), S. 188 ff.

³²¹ Abgedruckt bei *Kropff* S. 404.

³²² *Kleindiek*, Strukturvielfalt (1991), S. 170.

³²³ *Altmeyden*, in MK § 309 Rn. 35.

³²⁴ Vgl. nur *Altmeyden*, in MK § 309 Rn. 35 m.w.N.; zu den weiteren Einzelheiten einer Schadensersatzpflicht in mehrstufigen Unternehmensverbindungen wird aufgrund des engen systematischen Zusammenhangs auch für die Fälle, dass mehrere Beherrschungsverträge hintereinandergeschaltet wurden, auf die Darstellung der Behandlung der Haftung in faktischen Konzernverhältnissen verwiesen.

³²⁵ So zu Recht *Hüffer*, AktG § 309 Rn. 27.

³²⁶ *Koppensteiner*, in KK § 309 Rn. 8 f. unter Hinweis darauf, dass das Gesetz eine Haftung ohne Unrecht, abgesehen von den gesetzlich angeordneten Fällen der Gefährdungshaftung, nicht kenne und auch dem systematischen Verhältnis von § 308 und § 309 AktG widerspreche; vgl. auch *Krieger*, in Münchener Hdb. Band 4 § 70 Rn. 144.

als es einem anderen nützt, ist per saldo der Konzern benachteiligt, weshalb eine solche Maßnahme nicht in seinem Interesse liegen kann³²⁷.

Nach anderer Ansicht löst auch eine rechtmäßige Weisung einen Schadenersatzanspruch aus, wenn bei ihrer Erteilung die erforderliche Sorgfalt nicht angewandt wurde³²⁸. Danach ist eine Weisung auch dann zulässig, wenn sie zwar im Konzerninteresse liegt, aber der Gesellschaft einen unverhältnismäßig großen Nachteil bringt³²⁹. Soweit der gesetzliche Vertreter dabei allerdings gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers gehandelt habe, haftete er nach § 309 AktG³³⁰. Teilweise erkennt man § 309 Abs. 1 AktG auch eine Doppelfunktion als Unrechtstatbestand und Verschuldensmaßstab zu, wofür die Übereinstimmung mit der Regelung in § 93 AktG angeführt wird³³¹. Zum Teil wird aber auch die Bedeutungslosigkeit des Streits betont³³². Konnte die Konzernleitung bei Weisungserteilung davon ausgehen, dass ein dem Nachteil äquivalenter Vorteil besteht, so haftet sie in jedem Falle nicht, wenn sich später herausstellt, dass die Weisung tatsächlich nicht den Konzerninteressen gedient hat³³³.

Zu folgen ist der Ansicht, die § 309 Abs. 1 AktG als zusätzliche Schranke für das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens aus § 308 Abs. 1 AktG begreift. Dieses Verständnis entspricht dem Zusammenhang zwischen den §§ 308 und 309 AktG und macht deutlich, dass die Sorgfaltspflichtverletzung hier eine Doppelfunktion hat. Sie begründet sowohl die Rechtswidrigkeit der Weisungserteilung als auch das Verschulden der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens³³⁴.

Eine Haftung des herrschenden Unternehmens ist damit zu bejahen, wenn bei der Weisungserteilung nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns angewandt wurde. Bereits aus dem Zusammenhang mit § 308 Abs. 1 S. 2 AktG ergibt sich dabei, dass der Bezugsrahmen der anzuwendenden Sorgfalt das Konzerninteresse sein muss³³⁵. Nur wenn die Weisung im Konzerninteresse liegt, hält sie sich im Rahmen der durch den Beherrschungsvertrag einge-

³²⁷ *Koppensteiner*, in KK § 308 Rn. 30; gegen die Zulässigkeit von Weisungen, die der abhängigen Gesellschaft einen übermäßigen Nachteil zufügen, auch *Würdinger*, in GK zum AktG Anm. 13; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht (1982), S. 149; *Glaser*, Grenzen des Weisungsrechts im Vertragskonzern (1982), S. 117 ff.

³²⁸ *Geßler*, in *Geßler/Hefermehl* § 309 Rn. 20; *Eschenbruch*, Konzernhaftung (1996), Rn. 3041; *Kantzas*, Weisungsrecht (1988), S. 166 f.

³²⁹ *Geßler*, in *Geßler/Hefermehl* § 308 Rn. 54.

³³⁰ *Geßler* in *Geßler/Hefermehl*, § 309 Rn. 20.

³³¹ *Hüffer*, AktG § 309 Rn. 13 m.w.N.

³³² *Altmeppen*, in MK § 309 Rn. 68 ff.; *ders.*, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 34 ff.

³³³ *Koppensteiner*, in KK § 309 Rn. 9; ebenso *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, 7. Aufl. § 23 V 2 b); nach *Altmeppen*, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 34 f., handelt es sich bei diesem Meinungsstreit daher auch weitgehend um ein beiderseitiges Missverständnis, das sich bei genauem Hinsehen als gegenstandslos erweist.

³³⁴ *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 309 Rn. 29.

³³⁵ Vgl. auch *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 309 Rn. 33.

räumten Leitungsmacht³³⁶. Damit sind aber auch Weisungen, die zu Vermögensnachteilen auf Seiten der abhängigen Gesellschaft führen und denen keine entsprechenden Vorteile auf Seiten des herrschenden Unternehmens oder eines ihr verbundenen Unternehmens entgegenstehen, unzulässig³³⁷.

Rechtswidrigkeit liegt natürlich auch bei gesetzes- und sittenwidrigen Weisungen vor. Weitere Schranken können sich aus der Satzung oder dem Beherrschungsvertrag selbst ergeben³³⁸. Insbesondere sind nach ganz herrschender Meinung dem Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens aber auch dort Grenzen gesetzt, wo der Gesellschafterversammlung von Gesetzes wegen Beschlusszuständigkeiten als weisungsfester Kernbereich zwingend zugewiesen sind, wozu insbesondere Satzungsänderungen oder sonstige Satzungsfragen gehören³³⁹. Auch aus den Grundsätzen der *Holz Müller* – Entscheidung des BGH³⁴⁰ kann sich eine Beschränkung des Weisungsrechts der Muttergesellschaft ergeben. Nach den hier entwickelten Grundsätzen muss der Vorstand die Hauptversammlung analog § 119 Abs. 2 AktG konsultieren, wenn eine Entscheidung von derart grundlegender Bedeutung ist, dass der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe die Entscheidung in eigener Verantwortung treffen³⁴¹. Folgt man dem, muss konsequenterweise auch nach Abschluss eines Beherrschungsvertrages eine entsprechende Pflicht bestehen und die Kompetenz der Gesellschafterversammlung bestehen bleiben³⁴².

Ferner sind aber auch Weisungen, die Verluste auf Seiten der Tochtergesellschaft nach sich ziehen, unzulässig, wenn der Verlustausgleich nicht mehr sichergestellt ist³⁴³. Wie bereits oben festgestellt wurde, darf grundsätzlich auch die Lebensfähigkeit der Gesellschaft nicht gefährdet werden³⁴⁴. Zwar wird teilweise ge-

³³⁶ *Koppensteiner*, in KK § 309 Rn. 8 m.w.N.

³³⁷ Vgl. zum Ganzen auch *Emmerich*, in *Emmerich/Habesack* § 309 Rn. 34.

³³⁸ Vgl. *Emmerich*, in *Emmerich/Habesack* § 308 Rn. 55 ff.

³³⁹ OLG Stuttgart v. 29.10.1997 = AG 1998, 585, 586; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht (1982), S. 149; *Koppensteiner*, in KK § 308 Rn. 36.

³⁴⁰ BGH v. 25.2.1982 = BGHZ 83, 122, 131 = WM 1982, 388.

³⁴¹ Vgl. zu dieser umstritten Entscheidung etwa *Hüffer*, AktG § 119 Rn. 16ff.

³⁴² Vgl. auch *Krieger*, in *Münchner Hdb. GesR* Band 4 § 70 Rn. 115; *Sina*, AG 1991, 1, 4; *Timmann*, Die Durchsetzung von Konzerninteressen in der Satzung der abhängigen Aktiengesellschaft (2000), S. 60; für den GmbH-Vertragskonzern vgl. auch OLG Stuttgart v. 29.10.1997 = AG 1998, 585, 586, das insoweit aber auch darauf hinweist, dass das Stimmverbot des § 47 Abs. 2 GmbHG durch den Beherrschungsvertrag ausgeschaltet wird (vgl. auch *Zöllner*, in *Baumbach/Hueck Schlussanhang I, GmbH-Konzernrecht* Rn. 48); a.A. und gegen eine Beschränkung des Weisungsrechts *Sieger/Hasselbach*, AG 1999, 241, 245 ff.

³⁴³ *Emmerich*, in *Emmerich/Habesack* § 308 Rn. 64 f. m.w.N.

³⁴⁴ OLG Düsseldorf v. 7.6.1990 = ZIP 1990, 1333, 1337 (das sich insoweit gar auf Art. 14 GG beruft); vgl. auch *Authenricht*, *GmbHR* 1984, 198; *Clemm*, *ZHR* 141 (1977), 197, 204 ff.; *Emmerich/Sonnenschein/Habesack*, Konzernrecht, 7. Aufl. § 23 V 4 c; *Gefßler*, *ZHR* 140 (1976), 433, 440; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht (1982), S. 148 ff.; 307 ff.; *Hüffer*, AktG § 308 Rn. 19 m.w.N.; *Immenga*, *ZHR* 140 (1976), 301, 303 ff., 306; *Kleindiek*, *Strukturvielfalt* (1991), S. 168 ff.; *Köhler*, *ZGR* 1985, 307, 318; *Krieger*, in *Münchner Hdb. GesR* Band 4 § 70 Rn. 134; *Schulze-Osterlob*, *ZHR* 142 (1978), 519, 523 f.; *Sina*, Die AG 1991, 1, 7 f.; *Semler*, in *FS Stiefel* S. 719, 750; *Ulmer*, *ZHR* 148 (1984), 391, 408 ff.; *Wilhelm*, Die Beendigung des Beherrschungs-

gen eine solche Begrenzung angeführt, dass eine juristische Person als solche keinen Eigenwert besitze und auch in der gesetzlichen Regelung darauf verzichtet worden sei, die Überlebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft, trotz dahingehender Bedenken, sicherzustellen³⁴⁵. Soweit es um den Fortbestand der Gesellschaft während des Bestehens des Vertrages geht, ist die dahingehende Intention des Gesetzgebers aber bereits den §§ 300 ff. AktG zu entnehmen³⁴⁶.

a) Haftung für die Unterlassung von Weisungen

§ 309 AktG begründet eine Haftung für die Erteilung von Weisungen. Offen ist, inwieweit auch für das Unterlassen von Weisungen gehaftet werden kann. Teilweise lässt man mit dem Konzernleitungsrecht i.S.d. § 308 AktG auf der anderen Seite eine Konzernleitungspflicht der herrschenden Gesellschaft korrespondieren. Indem die Leitungspflichten des Vorstandes einer Gesellschaft auf den „Konzernvorstand“ übertragen werden, wird die Ansicht vertreten, dieser müsse das unternehmerische Geschehen im Konzern durch Grundsatzentscheidungen vorgeben³⁴⁷. Es existiere eine Weisungspflicht, da der Konzernleitung durch den Beherrschungsvertrag die Leitung der abhängigen Gesellschaft im Umfang des eingeräumten Weisungsrechts anstelle des Vorstandes oder unter Ausschaltung desselben übertragen worden sei. Von der herrschenden Ansicht im Schrifttum wird die Begründung einer solchen Pflicht indes abgelehnt³⁴⁸.

b) Stellungnahme

Altmeyen hebt hervor, dass die Lehre von der Konzernleitungspflicht auf der Auffassung beruht, im Beherrschungsvertrag müsse das Weisungsrecht grundsätzlich im Einzelnen präzisiert sein³⁴⁹. Insoweit weist er zutreffend darauf hin, dass dies bereits im Ansatz nicht stimmt³⁵⁰. Aus § 308 Abs. 1 AktG ergibt sich lediglich, dass die herrschende Gesellschaft auf der organisationsrechtlichen Grundlage eines Beherrschungsvertrages berechtigt ist, dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Der Beherrschungsvertrag führt jedoch nicht zur Verpflichtung der Obergesellschaft, die Leitungsfunktionen umfassend auszu-

und Gewinnabführungsvertrages (1976), S. 139 ff.; *Zeidler*, NZG 1999, 692, 694 f.; a.A. *Koppensteiner*, in KK, 2. Aufl. § 308 Rn. 32 ff.; *Neubaus*, Die zivilrechtliche Organhaftung des Vorstandes einer beherrschten Aktiengesellschaft im sogenannten faktischen Konzern und im Vertragskonzern (1969), S. 94 f.; tendenziell auch *Wellkamp*, WM 1993, 2155, 2156.

³⁴⁵ Vgl. etwa *Koppensteiner*, in KK § 308 Rn. 32 ff.; *Wellkamp*, WM 1993, 2155, 2156 f.

³⁴⁶ Hierzu und zu Weisungen, die nach Beendigung des Vertrages die Lebensfähigkeit gefährden, vgl. bereits oben S. 35 ff.

³⁴⁷ *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht (1982), S. 165 ff., 178, 305 ff.; zust. *U. H. Schneider*, BB 1981, 249, 256; tendenziell auch *Würdinger*, in GK zum AktG § 309 Anm. 3; vgl. auch *Abeltshaus*, Leitungshaftung (1998), S. 243 f.; *Timm*, Die Aktiengesellschaft (1980), S. 95 ff.

³⁴⁸ *Flume*, BGB AT I/2, Die juristische Person S. 90 Fn. 97; *Hüffer*, AktG, § 309 Rn. 10; *Koppensteiner*, in KK, 2. Aufl. § 308 Rn. 41; *Kropff*, ZGR 1984, 112, 116 ff.; *Mertens*, in KK § 76 Rn. 54 f.; *Rehbinder*, ZHR 147 (1983), 464, 467 ff.

³⁴⁹ Vgl. hierzu aber *Altmeyen*, in MK § 291 Rn. 61 ff.; § 309 Rn. 51.

³⁵⁰ Vgl. auch *Altmeyen*, in MK zum AktG § 309 Rn. 52.

üben³⁵¹. Ist eine Pauschalermächtigung zulässig, kann das herrschende Unternehmen hiervon Gebrauch machen, ohne dies zu müssen, womit grundsätzlich auch keine Haftung gegenüber der abhängigen Gesellschaft für die Unterlassung von Weisungserteilungen besteht. Die Obergesellschaft kann folglich die Geschäftsleitung dem abhängigen Unternehmen vollumfänglich belassen, die in diesem Fall auch die volle Verantwortung im Rahmen der Leitungsmacht behält³⁵². Die Frage, ob gegenüber der abhängigen Gesellschaft eine Leitungspflicht besteht, ist allerdings von der Frage zu trennen, ob die Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens gegenüber der eigenen Gesellschaft verpflichtet ist, von der Möglichkeit zur Weisungserteilung Gebrauch zu machen³⁵³.

Verneint man eine Konzernleitungspflicht, bedeutet dies auf der anderen Seite natürlich nicht, dass man eine Pflicht zum Handeln für den Fall einer vorhergehenden Pflichtverletzung nach §§ 309 Abs. 2 AktG i.V.m. 249 S. 1 BGB nicht bejahen müsste³⁵⁴. Entsprechendes gilt, wenn vorher nicht erkennbare Nachteile einer Weisung nach Erkennen noch behoben werden können, allgemein Handlungsbedarf auf Seiten der abhängigen Gesellschaft besteht und deren Vorstand durch eine vorangegangene Weisung blockiert ist oder etwa nur mehrere Weisungen zusammen eine sinnvolle Verhaltensdirektive begründen können³⁵⁵. Eine Pflicht zum Handeln besteht daneben natürlich auch dann, wenn die Parteien tatsächlich die Verantwortung für bestimmte Aufgaben aufgrund des Beherrschungsvertrages neu verteilt haben und der Vorstand dadurch entlastet werden soll³⁵⁶. Auch kommt eine Haftung für „Unterlassen“ in Betracht, wenn derjenige, an den die Weisungsbefugnis übertragen wurde, nicht hinreichend überwacht wurde³⁵⁷.

2) Schadensersatzpflicht

Ein Schadensersatzanspruch entsteht freilich nur, wenn durch die sorgfaltswidrige Weisungserteilung der abhängigen Gesellschaft ein Schaden entstanden ist (§ 309 Abs. 2 S. 1 AktG)³⁵⁸. Schwierigkeiten bei der Schadensfeststellung ergeben sich, wenn man den Verlustausgleichsanspruch hier berücksichtigt. Die Schwierigkeiten steigern sich überdies, wenn mit dem Beherrschungsvertrag, wie in der Regel³⁵⁹, ein Gewinnabführungsvertrag verbunden ist. Würde man dies bei der

³⁵¹ *Abelthausen*, Leitungshaftung (1998), S. 42.

³⁵² *Abelthausen*, Leitungshaftung (1998), S. 42.

³⁵³ *Altmeyen*, in MK § 309 Rn. 53 auch unter Hinweis auf die Regelung in § 91 Abs. 2 AktG; vgl. auch *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 35, der zutreffend aber auch darauf hinweist, dass dies kaum pauschal beantwortet werden kann.

³⁵⁴ *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack* § 309 Rn. 35.

³⁵⁵ *Hüffer*, AktG § 309 Rn. 10; vgl. auch *Koppensteiner*, in *KK* § 309 Rn. 3.

³⁵⁶ *Altmeyen*, Die Haftung des Managers im Konzern (1998), S. 32 f.; vgl. näher *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht (1982), S. 310 ff.; 315 ff.

³⁵⁷ *Altmeyen*, in *MK* zum AktG § 309 Rn. 58.

³⁵⁸ Die Beweislast hierüber haben die abhängige Gesellschaft bzw. deren klagende Aktionäre oder Gläubiger (vgl. nur *Emmerich*, in *Emmerich/Habersack*, § 309 Rn. 36 m.w.N.).

³⁵⁹ Aus steuerlichen Gründen wird ein Beherrschungsvertrag regelmäßig zusammen mit ei-