

ALEXANDER WILHELM

Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

37

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

herausgegeben von den Direktoren
des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
der Bucerius Law School in Hamburg

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

37



Alexander Wilhelm

Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht

Zur Anwendung der allgemeinen mitglied- und organschaftlichen
Verhaltensbindungen auf Außenstehende
unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter
Corporate Governance-Probleme

Mohr Siebeck

Alexander Wilhelm, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und der University of the West of England, Bristol; 1. Staatsexamen 2009, Mag. iur. 2010; Refendariat im Bezirk des OLG Frankfurt a. M.; 2. Staatsexamen 2011; Promotion durch die Juristische Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität Mainz 2016; seither Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Prof. Dr. Peter O. Mülbert).

ISBN 978-3-16-155081-2 / eISBN 978-3-16-158837-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISSN 2193-7273 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Meinen Eltern
und Großeltern*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten im Wesentlichen bis September 2016, vereinzelt auch noch darüber hinaus berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem verehrten Lehrer und Doktorvater, Herrn Professor Dr. Peter O. Mülbert, der die Arbeit angeregt und ihre Entstehung vorbildlich begleitet hat. Entstanden ist sie während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, wo ich nun schon einige schöne und lehrreiche Jahre verbringen durfte. Der Inhaber unseres Nachbarlehrstuhls, Herr Professor Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford), hat nicht nur die Mühen des Zweitgutachtens auf sich genommen, sondern die finale Fassung durch eine Reihe wertvoller Anmerkungen bereichert. Ihm bin ich ebenso verpflichtet wie den Herausgebern der Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe. Der Johannes Gutenberg-Universität Mainz danke ich zudem für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Verbunden bin ich ferner meinen (teils ehemaligen) Kollegen am Mainzer Lehrstuhl, die mir über die Jahre in unterschiedlicher Form Hilfestellung geleistet haben. Neben der Sekretärin des Lehrstuhls, Frau Sandra Sandri, sind insbesondere Dr. Annemarie Grimm, Professor Dr. Lars Leuschner, Alexander Sajnovits und Andreas Küppers zu nennen, deren Kollegialität, Sachkunde und stete Diskussionsbereitschaft ich sehr zu schätzen wusste (und weiß). Gleiches gilt für meinen besten Freund Markus Ritterath, der zum Gelingen der Arbeit u. a. durch zahlreiche Hinweise aus der anwaltlichen Praxis – teils am Lagerfeuer in Ostafrika erteilt – beigetragen hat.

Danken möchte ich sodann Frau Christa Schumacher, ferner meiner Schwester Verena Pawlitz und ihrer Familie. Gerade in Phasen der Frustration und Selbstzweifel, die beim Schreiben einer Arbeit wie der vorliegenden kaum ausbleiben, konnte ich mich immer auf sie und ihren liebevollen, motivierenden Zuspruch verlassen.

Den größten Dank schulde ich jedoch meinen Eltern, Anita und Edgar Wilhelm, sowie meinen leider bereits verstorbenen Großeltern. Sie haben mir nicht

nur meine Ausbildung ermöglicht, sondern mich auf meinem bisherigen Lebensweg, jede(r) auf seine bzw. ihre Weise, auch sonst vorbehaltlos unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Mainz, im Dezember 2016

Alexander Wilhelm

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Kapitel 1: Einführung	1
§ 1 Problemaufriss	1
A. Corporate Governance und die wachsende Bedeutung externer Dritter	1
B. Typenbildung und Konfliktfelder	2
C. Reaktionen	4
D. Primat der Regulierung?	5
§ 2 Gang der Untersuchung, Arbeitsthese und Methode	5
Kapitel 2: Mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen	9
§ 3 Grundlegungen	9
A. Kurze Bestandsaufnahme	9
B. Konkretisierung des Ausgangspunkts	10
C. Der Gegensatz von Verkehrsschutz und Mitgliederschutz als Weichenstellung	12
I. Gegenüberstellung	12
1. Verkehrsschutz	12
2. Mitgliederschutz	14
II. Korrelationen	15
III. Folgerungen für den Problemzugriff	16
1. Die Erstreckung von Verkehrsschutzregeln: Ein Problem der Gesetzesumgehung	16
2. Die Erstreckung von Mitgliederschutzregeln: Ein Problem der Rechtsgeschäftslehre und der Lehre von den rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen	17
D. Gang der Darstellung	18

§ 4	Mitgliedschaftliche Verkehrsschutzregeln	19
A.	Überblick	19
I.	„Echte“ Dritterstreckung	19
II.	„Unechte“ Dritterstreckung	20
III.	Weitere Vorgehensweise	21
B.	Echte Dritterstreckung	21
I.	Konzeptionelle Grundlagen	21
1.	Problemaufriss	21
2.	Keine zwingend-rechtliche Konzeption des Gesetzes	22
3.	Funktionale Betrachtung	25
a)	Die Gläubigerperspektive	25
b)	Die Perspektive der potenziellen Normadressaten	34
4.	Weitere Begrenzungen	36
5.	Folgerungen	36
II.	Die Gründerhaftung für falsche Angaben	37
1.	Der Grundtatbestand im Überblick	37
2.	Einbeziehung der Hintermänner	39
a)	Vermögensinteresse	39
b)	Einwirkungsmacht	40
3.	Weitere wichtige Beobachtungen und Folgerungen	42
a)	Unzumutbarkeit eines mittelbaren Haftungszugriffs	42
b)	Verallgemeinerung der Haftungskriterien für andere „mittelbare Gesellschafter“	42
c)	(Atypisch) Stille Beteiligte?	43
III.	Die Körperschaftliche Finanzverfassung	46
1.	Einführung	46
2.	Regelungsbereiche und Rechtsgrundlagen im Überblick	47
a)	GmbH	47
b)	Aktiengesellschaft	49
c)	Kapitalgesellschaft & Co. KG	50
d)	Insbesondere: Gesplittete Einlage und Finanzplankredit	52
e)	Keine gesetzlichen Vorgaben zur Einbeziehung Dritter (mehr)	54
3.	Rechtsprechungslinien	55
a)	Mittelbare Gesellschafter	56
aa)	Treugeber	56
bb)	Atypische Pfandgläubiger	58
cc)	Nießbraucher	60
dd)	Gesellschafter-Gesellschafter	61
ee)	Nahe Angehörige?	65
ff)	Rechtsberater?	66
gg)	Franchisegeber?	67
b)	Faktischer Gesellschafter kraft direkter Nähe zur Gesellschaft	68
aa)	Atypisch stille Beteiligte	69
aaa)	GmbH & Co. KG	70
bbb)	GmbH	73
ccc)	Aktiengesellschaft	75

bb) Genussrechts- und Darlehensgläubiger?	76
cc) Weitere Fallgruppen?	77
4. Das Meinungsbild im Schrifttum	79
a) Überwiegende Akzeptanz der Fallgruppen im Grundsätzlichen	80
aa) Mittelbare Gesellschafter	80
aaa) Treugeber	81
bbb) Nießbraucher	82
ccc) Gesellschafter-Gesellschafter	82
ddd) Atypische Pfandgläubiger	84
eee) Nahe Angehörige	85
fff) Stellvertreter, Bevollmächtigte; Franchisegeber	85
bb) Faktischer Gesellschafter kraft direkter Nähe zur Gesellschaft	86
b) Grundpositionen bei der Formulierung allgemeiner Einbeziehungskriterien	87
aa) Die herrschende Lehre	88
bb) Die Lehre von der Risikoexposition	88
cc) Die Position <i>Habersacks</i>	90
dd) Die Gegenpositionen von <i>Servatius, Holger Fleischer</i> und anderen	91
ee) Vermittelnde Ansichten	92
ff) Insbesondere: Die Lehre von der Innen-KG	94
c) Schwierigkeiten bei der Präzisierung der Kriterien	95
aa) Vermögenskomponente	95
bb) Einwirkungskomponente	97
aaa) Umfang und Bezugspunkt der Befugnisverlagerung	97
bbb) Instrumente (Art und Weise) der Befugnisverlagerung	99
5. Eigene Konzeption	103
a) Bewertung der Rechtsprechungslinien im Grundsätzlichen	104
aa) Mittelbare Gesellschafter	104
aaa) Treugeber	104
bbb) Nießbraucher, Unterbeteiligte	106
ccc) Gesellschafter-Gesellschafter	107
ddd) Atypische Pfandgläubiger	111
eee) Nahe Angehörige	113
fff) Rechtsberater, Franchisegeber	114
bb) Faktischer Gesellschafter kraft direkter Nähe zur Gesellschaft	114
aaa) Atypisch stille Beteiligte	114
bbb) Genussrechts- und Darlehensgläubiger	116
b) Ergänzende Anmerkungen zu den abweichenden Konzeptionen	118
c) Präzisierung des Vermögenskriteriums	121
d) Präzisierung des Einwirkungskriteriums	124

aa)	Umfang und Bezugspunkt	124
aaa)	Erster Schritt	124
bbb)	Zweiter Schritt	126
ccc)	Dritter Schritt	127
(1)	Gleichstellung mit einem Kommanditisten	128
(2)	Gleichstellung mit einem GmbH-Gesellschafter	129
(3)	Gleichstellung mit einem Aktionär	130
bb)	Instrumente (Art und Weise)	132
aaa)	Unproblematisches und Problematisches	132
bbb)	Faktische/wirtschaftliche Einwirkungsmacht	134
(1)	Definitionsprobleme	135
(2)	Beweisprobleme und typisierte Betrachtung	137
ccc)	Schuldvertragliche Einwirkungsmacht und statutarische Absicherung	140
(1)	Einbeziehung jedenfalls selbstexekutiver bzw. zwangswise durchsetzbarer Rechte	140
(2)	Mittelbare Gesellschafter: Entbehrlichkeit einer statutarischen Absicherung	143
(3)	Atypisch stille Beteiligte: Erfordernis differenzierter Betrachtung	144
(4)	Atypisch stille Beteiligte: Folgerungen	146
(i)	Statutarische Verankerung	146
(ii)	Rein schuldrechtliche Befugnisse	148
e)	Die Ausfallhaftung (§ 24 GmbHG) im Besonderen	151
6.	Technische Folgefragen	152
a)	Kleinbeteiligungsprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO n. F.)	152
aa)	Mittelbare Gesellschafter	153
bb)	Atypisch stille Beteiligte	154
cc)	Sonstige Dritte im Besonderen	155
b)	Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4 S. 2 InsO n. F.)	156
7.	Zusammenfassung und weiterführende Überlegungen	157
IV.	Personengesellschaftsrechtliche Außenhaftung	159
1.	Überblick	159
2.	Unbeschränkte Außenhaftung analog § 128 HGB	160
a)	Rechtsprechung	160
b)	Das Meinungsbild im Schrifttum	161
c)	Stellungnahme	162
aa)	Treugeber	162
aaa)	Ausgangspunkt und von vornherein fehlgehende Erwägungen	163
bbb)	Die kritische Unterscheidung von <i>institutionellem</i> und <i>personenbezogenem</i> Vertrauen	163
(1)	Kapitalgesellschaften: Institutionelles Vertrauen	164
(2)	<i>GbR</i> und <i>OHG</i> : Personenbezogenes Vertrauen	165
bb)	Sonstige Dritte	167

3. Kommanditistengleiche Außenhaftung analog §§ 171 ff. HGB	167
a) Rechtsprechung	168
aa) Treugeber	168
bb) Atypisch stille Beteiligte	169
cc) Sonstige Fallgruppen?	170
b) Das Meinungsbild im Schrifttum	171
c) Stellungnahme	172
V. Vorbelastungs-(Unterbilanz-) und Verlustdeckungshaftung	175
1. Grundlagen und Überblick	175
2. Eckpunkte des Haftungskonzepts	176
3. Anwendung auf gesellschaftergleiche Dritte:	
Der Meinungsstand	178
4. Stellungnahme	179
a) Ausgangspunkt	180
b) Die Unterscheidung von Alt- und Neugläubigern	180
c) Folgerungen	182
VI. Haftung bei wirtschaftlicher Neugründung	183
1. Überblick	183
2. Das Konzept des BGH	183
a) Das Offenlegungserfordernis	183
b) Die Haftung bei unterbliebener Offenlegung	185
3. Erstreckung der Haftung auf Nichtgesellschafter	186
a) Ausgangspunkt	186
b) Mittelbare Gesellschafter	187
c) Sonstige Dritte, insbesondere atypisch stille Beteiligte	188
VII. Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 3 InsO)	189
1. Überblick	189
2. Keine Anwendung auf Nichtgesellschafter	190
C. Unehnte Dritterstreckung	191
I. Überblick	191
II. Verhaltenszurechnung	192
1. Zurechnung kraft Veranlassung	192
a) Allgemeines	192
b) Besonderes	193
2. Mittelbare Begünstigung	195
a) Erfüllung oder Übernahme einer Verbindlichkeit	195
b) Zuwendungen an Beteiligungsgesellschaften	196
c) Würdigung	198
III. Identitätszurechnung aufgrund wirtschaftlicher Einheit	199
1. Mittelbare Stellvertreter	200
2. Verbundene Unternehmen	202
a) Rechtsprechung	202
b) Schrifttum	204
3. Nahe Angehörige	206
4. Würdigung	207
a) Kapitalaufbringung	207

b) Kapitalerhaltung	208
aa) Haftung des Gesellschafters	208
bb) Haftung des Dritten	209
aaa) Allgemeine Bedenken	209
bbb) Spezielle Bedenken	210
(1) Verbundene Unternehmen	210
(2) Nahe Angehörige	212
c) Recht der Gesellschafterdarlehen	214
D. Zwischenfazit	215
§ 5 Mitgliedschaftliche Mitgliederschutzregeln	216
A. Einführung und Überblick	216
B. Mitgliedschaftliche Beitragspflichten	217
I. Allgemeines	217
II. Erstreckung auf Nichtgesellschafter?	220
C. Mitgliedschaftliche Treuepflicht	221
I. Überblick	221
II. Entwicklung	222
III. Funktionsweise	223
1. Allgemeines	223
2. Einzelne Ausprägungen	225
3. Ausnahmen und Abbedingung	227
IV. Normative Fundierung	229
1. Rechtsethische Fundierung	230
a) Meinungsbild	230
b) Bewertung	232
2. Rechtsdogmatische Fundierung	235
a) Meinungsbild	236
aa) Personengesellschaften	236
bb) Kapitalgesellschaften	237
b) Bewertung	239
aa) Vorüberlegungen	239
bb) Defizite der bisherigen Konzeptionen	242
aaa) Richterliche Rechtsfortbildung	242
bbb) Deliktsrechtliches Modell	242
ccc) Vertragstheorien	243
ddd) Organisationsrechtliche Sonderverbindung	246
c) Die Einordnung der Treuepflicht als gesetzliches Begleitschuldverhältnis zum Gesellschaftsvertrag	246
aaa) Weichenstellung	246
bbb) Nebenpflicht statt Haupt(leistungs)pflcht	248
V. Erstreckung auf Nichtgesellschafter	249
1. Rechtsprechung	250
a) Gesellschafter-Gesellschafter	250
b) Treuhandverhältnisse	251
c) Stimmrechtsvertreter	252

2. Lehre	253
a) Gesellschafter-Gesellschafter	253
b) Treuhandverhältnisse	255
c) Stimmrechtsvertreter	256
d) Treupflichtdimensionen in der Kapitalgesellschaft & Co. KG	258
e) Unterbeteiligte, Nießbraucher, stille Beteiligte	259
f) Vor- und nachmitgliedschaftliche Treupflichten	260
3. Eigene Konzeption	263
a) Allgemeine Feststellungen	263
b) Das Einwirkungskriterium	265
aa) Weichenstellung	265
bb) Soziale Treupflicht	267
aaa) Umfang und Bezugspunkt	268
bbb) Art und Weise (Instrumente)	269
cc) Individuelle Treupflicht	271
aaa) Umfang und Bezugspunkt	271
bbb) Art und Weise (Instrumente)	272
c) Das Vertrauenskriterium	272
aa) Soziale Treupflicht	272
bb) Individuelle Treupflicht	274
d) Folgerungen für einzelne Fallgruppen	275
aa) Gesellschafter-Gesellschafter	275
bb) Treuhandverhältnisse	276
cc) Stimmrechtsvertreter	277
aaa) Einwirkungskriterium	277
bbb) Vertrauenskriterium	279
(1) Personen- versus Kapitalgesellschaften	279
(2) Private versus professionelle Stimmrechtsvertreter	280
(3) Keine Treubindung bei Befolgung konkreter Weisungen	282
ccc) Folgerungen: <i>Girmes</i> als Missgriff?	282
dd) Treupflichtdimensionen in der Kapitalgesellschaft & Co. KG	285
ee) Stille Beteiligte	285
ff) Nießbraucher, Unterbeteiligte und sonstige	286
gg) Vormitgliedschaftliche Treupflichten	287
 § 6 Zwischenfazit: Die Grundlinien einer allgemeinen Einbeziehungslehre für die mitgliedschaftlichen Verhaltensbindungen und deren Bedeutung für den Fortgang der hiesigen Überlegungen	 289
A. Das Aufgreifkriterium	289
B. Eingriffskriterien	290
I. Verkehrsschutz	291
II. Mitgliederschutz	291

C. Erste Konsequenzen für den Fortgang der Überlegungen	292
I. Covenant-gesicherte Kreditgeber	292
II. Stimmrechtsberater	293
 Kapitel 3: Mitgliedschaftsnahe Spezialtatbestände im Besonderen	295
 § 7 Das Recht des faktischen Aktienkonzerns	295
A. Grundlagen	295
I. Der Regelungsgehalt im Überblick	296
II. Regelungsziele	297
B. Anwendung auf Nichtgesellschafter	299
I. Mittelbare Abhängigkeit und verwandte Fälle	300
II. Das Meinungsbild im Übrigen	301
III. Stellungnahme	303
C. Folgerungen	305
 § 8 Existenzvernichtung und qualifiziert-faktischer Konzern	306
A. Einführung	306
B. Hintergründe	307
C. Entwicklung der Rechtsprechung	309
I. Frühere Konzepte	309
II. Die <i>Trihotel</i> -Entscheidung	311
III. Übertragung auf die AG?	313
D. Das Meinungsbild im Schrifttum	314
I. Rezeption der <i>Trihotel</i> -Judikatur und Übertragung auf die AG	314
II. Weitergehender Schutzbedarf bei der AG?	315
E. Erste Stellungnahme	317
I. GmbH-Recht	318
1. Grundsatzerwägungen	318
2. Dogmatische Fundierung im Detail	320
3. Haftungsumfang	323
II. Aktienrecht	323
F. Einbeziehung Dritter	324
I. Existenzvernichtungshaftung	325
1. Rechtsprechung	325
2. Schrifttum	326
3. Stellungnahme	328
II. Qualifiziert-faktischer Konzern und qualifizierte Nachteilszufügung bei der AG	330
G. Folgerungen	331
 § 9 Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung	332
A. Grundlagen	333
I. Rechtsprechung	333

II.	Das Meinungsbild im Schrifttum	334
III.	Stellungnahme	336
1.	Treupflichtbasierte Lösung?	336
2.	Partielle Analogie zu §§ 128, 176 Abs. 1 HGB	337
3.	Natur der Haftung und Übertragung auf andere Rechtsformen	338
B.	Anwendung auf Dritte; Folgerungen	339
§ 10	Deliktshaftung nach § 117 AktG	341
A.	Überblick	342
B.	Bewertung für den Fortgang der Überlegungen	345
 Kapitel 4: Organschaftliche Verhaltensbindungen		347
§ 11	Die Lehre vom faktischen Geschäftsleiter	348
A.	Überblick	348
B.	Dogmatische Grundlagen	350
I.	Personengesellschaften	350
II.	Kapitalgesellschaften	352
1.	Überblick	352
2.	Einheitlicher Geltungsgrund?	353
a)	Mitgliederschutz: Geltungsgrund Privatautonomie	354
b)	Gläubiger- und Verkehrerschutz: Geltungsgrund aus objektivem Gesetzesrecht	355
C.	Erstreckung der Geschäftsleiterpflichten auf Dritte	356
I.	Personengesellschaften	356
II.	Kapitalgesellschaften	358
1.	Rechtsprechung	359
2.	Meinungsbild im Schrifttum	361
3.	Bewertung	363
a)	Grundsätzliche Überlegungen	363
b)	Normspezifische Kriterienbildung im Detail	365
aa)	Gesellschafterschutz	366
bb)	Gläubigerschutz	369
cc)	Sonstige im öffentlichen Interesse bestehende Pflichten	371
D.	Zusammenfassung und Folgerungen	373
§ 12	Dritte als außerordentliche Organ-, namentlich Beiratsmitglieder	374
A.	Überblick	374
B.	Die Haftung obligatorischer und fakultativer Aufsichtsräte	375
C.	Die Haftung des „Beirats“	376
I.	Rechtsprechung	377
II.	Das Meinungsbild im Schrifttum	377
1.	Schuldrechtlicher Beirat	377
2.	Beirat auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage	378

a) GmbH	378
b) GmbH & Co. KG	379
III. Stellungnahme	379
1. Grundsätzliches	379
2. Schuldrechtlicher Beirat	381
3. Beirat als Gesellschaftsorgan	382
IV. Einordnung der Ergebnisse in ein Gesamtsystem der Beirats- und Aufsichtsratshaftung	383
D. Folgerungen	385
Kapitel 5: Herleitung spezieller Lösungsansätze aus dem Erarbeiteten	387
§ 13 Covenant-gesicherte Kreditgeber	387
A. Überblick	387
B. Bestandsaufnahme	388
I. Begriff und praktische Bedeutung	388
II. Erscheinungsformen	391
1. Affirmative Covenants	391
2. Negative Covenants	392
3. Financial Covenants	392
III. Spannungsfelder	393
IV. Regelungsvorschläge	395
C. Eigene Ansätze	397
I. Vorüberlegungen	397
II. Lösungsansätze im Spannungsfeld zwischen den Gläubigergruppen 1. Umqualifizierung des Kredits in Haftkapital	398
2. Weitere Ansätze	400
III. Lösungsansätze im Spannungsfeld zur Gesellschaft und ihren Mitgliedern	401
D. Fazit	403
§ 14 Institutionelle Stimmrechtsberater	403
A. Überblick	403
B. Bestandsaufnahme	404
I. Kerngeschäft und praktische Bedeutung	404
II. Spannungsfelder	406
1. Gefahr der Einflussnahme zum Schaden der Gesellschaft	406
2. Interessenkonflikte	408
III. Regelungsvorschläge, Reaktionen	409
1. Bürgerliches Recht	409
2. Kapitalmarktrecht	411
3. Gesellschaftsrecht	412
4. Regulierung de lege ferenda, Reaktionen der Praxis	413

C. Eigene Ansätze	415
I. Vorüberlegungen	415
II. Aktivierung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht	416
1. Das Aufgreifkriterium	416
2. Das Eingriffskriterium	419
III. Rechtsfolgen	420
1. Haftung für die Gesellschaft schädigende Abstimmungsempfehlungen	420
2. Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten	421
3. Pflicht zur Ermöglichung von Stellungnahmen durch die Emittenten	422
D. Fazit und weitergehende Überlegungen	422
 Kapitel 6: Schluss	 425
 § 15 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Kernthesen	 425
 Literaturverzeichnis	 429

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung
AktG	Aktiengesetz
al.	alii
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
AT	allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Der Betriebsberater
Bearb.	Bearbeitung/Bearbeiter
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
BT-Drucks.	Verhandlungen des Deutschen Bundestags/Drucksachen
bzw.	beziehungsweise
CFL	Corporate Finance Law
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
dens.	denselben
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht

EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECL	European Company Law
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einl.	Einleitung
ESMA	European Securities and Markets Authority
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FB	Finanz-Betrieb
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GWR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRA	Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung
i. d.	in diesem
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
KapAEG	Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz
KG	Kommanditgesellschaft; bei Zitaten Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
MaRisk	Rundschreiben 10/2012 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk
Mio.	Millionen
m.N.	mit Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mißbräuchen

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	Oberlandesgericht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite; bei Gesetzesziten Satz
sog.	so genannte
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
t.v.A.	teilweise vertretene(r) Ansicht
Tz.	Teilziffer
u. a.	und andere; unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	von/vom
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil
zzgl.	Zuzüglich
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Kapitel I

Einführung

§ 1 Problemaufriss

A. Corporate Governance und die wachsende Bedeutung externer Dritter

„Corporate Governance ist unser Schicksal“ – mit dieser durchaus fatalistischen Prognose leitet *Holger Fleischer* einen Beitrag ein, der im Frühjahr 2012 in der *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* erschien.¹ Inhaltlich steht er mit dieser Formel keineswegs allein, fügt sie sich doch nahtlos in eine ganze Reihe bildhafter Sentenzen, mit denen die Wissenschaft in jüngerer Zeit die besondere Bedeutung der Corporate Governance beschrieb.²

Tatsächlich ist festzustellen, dass der Begriff „Corporate Governance“ trotz seines schillernden, immer noch recht unklaren Gehalts³ im aktuellen gesellschaftsrechtlichen Diskurs geradezu ubiquitär begegnet. Nach konventioneller Lesart gemeint sind bestimmte „qualitative Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung“, zu denen insbesondere „Kompetenzen, Kompetenzschränken und materiale Verhaltensregeln“ zählen.⁴ Andere sprechen von der „Unternehmensverfassung als Gesamtheit der Regeln der Unternehmensleitung und -überwachung“.⁵ Nachdem die Disziplin als Aufgabe und Forschungsthema zunächst im angelsächsischen Raum in Erscheinung trat, stößt sie heute in nahezu sämtlichen Industriestaaten auf Interesse. In Deutschland und Europa steht die Corporate Governance als solche etwa seit der Jahrtausendwende auf der rechtspolitischen Agenda.⁶

Versuche, die Unternehmensverfassung deutscher Gesellschaften zu verbessern, sind mittlerweile Legion, obschon bislang primär die (börsennotierte) AG

¹ *Fleischer*, ZGR 2012, 160, 161.

² Vgl. etwa *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235, 236; *Rode*, Kodex, S. 49 („Corporate Governance in aller Munde“); *K. Schmidt*, WPg 2003, S141 („Alle sprechen von Corporate Governance“).

³ Dazu schon *Mülbert/A. Wilhelm*, ZHR 176 (2012), 286, 320 f.; *Wernsmann/Gatzka*, NZG 2011, 1001 f.

⁴ So schon *Mülbert/A. Wilhelm*, ZHR 176 (2012), 286, 321 mit Verweis auf *K. Schmidt*, AG 2006, 597, 601 und andere; ähnlich *Grützner/Jakob* in *Grützner/Jakob*, Corporate Governance.

⁵ *MK-GmbHG/Stephan/Tieves*, § 37 Rn. 36; ähnlich *Bachmann*, AG 2011, 181 („Mechanismen [...], um eine angemessene Kontrolle und Steuerung großer, insbesondere börsennotierter Aktiengesellschaften ins Werk zu setzen“).

⁶ *Wilsing*, ZGR 2012, 291, 292; zu den Ursachen dieser Verspätung etwa *Spahlinger/Wegen/Carl*, Rn. 1503; *Wernsmann/Gatzka*, NZG 2011, 1001 f.; *Seibert* in *FS Hommelhoff*, S. 1111, 1112 f.

im Mittelpunkt stand. Einen Meilenstein bildete insofern der Deutsche Corporate Governance Kodex, der in seiner Urform im Februar 2002 vorgelegt wurde, doch hat es immer wieder auch formalgesetzliche Eingriffe des Gesetzgebers gegeben, um bestimmte Zielvorstellungen zu verwirklichen.⁷ Zudem hat die Wissenschaft früh darauf hingewiesen, dass die Grundprobleme der Corporate Governance keinesfalls auf Aktiengesellschaften beschränkt,⁸ sondern auch bei der GmbH⁹ und – nach manchen – sogar bei Personengesellschaften¹⁰ von Bedeutung sind. Inhaltlich lag der Schwerpunkt zunächst ganz auf der Organisation und den Pflichten der Verwaltungsorgane, bei der AG also des Vorstands und des Aufsichtsrats. Kernthemen waren und sind z. B. die mangelnde Effizienz und angeblich zu homogene Besetzung der Gremien, die Notwendigkeit einer Karenzphase für den Wechsel von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat oder die Fehlanreize, die allzu kurzfristig ausgerichtete Vergütungssysteme im Unternehmensmanagement bewirken.¹¹

In den letzten fünf bis zehn Jahren sind daneben freilich noch weitere Facetten hinzugekommen. Beispielsweise wird diskutiert, das Schichtwerk der Corporate Governance stärker auch in Richtung der Anteilseigner und ihrer Aufgaben zu verdichten. Insoweit stehen vor allem die seit dem Ende der sog. Deutschland-AG in erhöhter Konzentration auftretenden¹² institutionellen Investoren – Versicherungen, Kreditinstitute etc. – in Rede, denen stärker als bisher eine Rolle als „verantwortungsvolle Eigentümer“ zuzudenken sei.¹³ Zum anderen ist zu beobachten, dass als Protagonisten im Unternehmensgeflecht zunehmend auch Außenstehende in Erscheinung treten, die mit der Gesellschaft organisatorisch nicht verbunden sind, die aber gleichwohl – unmittelbar oder mittelbar – Einfluss auf ihre Geschicke nehmen.

B. Typenbildung und Konfliktfelder

Typologisch lassen sich die Letztgenannten in verschiedene Kategorien einsortieren. Angesprochen sind zunächst gewisse Personen, die dem Unternehmen offen und aus erkennbar eigenem, autonomem Antrieb als Geschäftspartner entgegenreten. Dies betrifft namentlich Kreditgeber, insbesondere Kreditinstitute (Ban-

⁷ So vor allem dann, wenn sich die Verankerung entsprechender Vorgaben im Kodex aus Sicht des Gesetzgebers als praktisch ungenügend erwies; näher zu diesem Phänomen mit zahlreichen Beispielen – sowie zum Deutschen Corporate Governance Kodex überhaupt – *Mülbert* in *Fleischer/Kalss/Vogt*, S. 23, 26 f.; *Kremer*, ZIP 2011, 1177, 1179.

⁸ S. schon *Hopt* in FS Mestmäcker, S. 909, 913.

⁹ Prägnant *K. Schmidt*, WPg 2003, S141; *MK-GmbHG/Fleischer*, Einleitung Rn. 295 ff.

¹⁰ *MAH-PersGesR/Arnhold/Rohner*, § 3 Rn. 39; für die GmbH & Co. *KG Binz/Sorg*, § 10 Rn. 10.

¹¹ Statt vieler *Wilsing*, ZGR 2012, 291, 292; *Bachmann*, AG 2011, 181, 187 ff. Speziell zum Vergütungsthema zuletzt *Mülbert/A. Wilhelm* in *Busch/Ferrarini*, Rn. 6.16 ff., 6.77.

¹² S. zuletzt *Seibert*, AG 2015, 593, 596.

¹³ Statt vieler *Seibert* in FS Hoffmann-Becking, S. 1101, 1103; *Fleischer*, ZGR 2011, 155, 162 ff.

ken). Obschon es im Grunde nichts Neues ist, dass Kreditgeber aus ihrer wirtschaftlichen Stellung heraus mitunter erheblichen Einfluss auf eine finanzierte Gesellschaft nehmen (können) und sich entsprechende Kompetenzen über sog. Covenants – d. h. schuldrechtliche Nebenabreden zum Kreditvertrag – sogar teils rechtlich zusichern lassen,¹⁴ scheint die Rolle von Kreditgebern unter dem Aspekt der Corporate Governance noch immer nicht vollständig geklärt.¹⁵ Daneben begegnen Akteure, die im Hinblick auf die Geschicke des Verbands weniger als Widerpart mit evident eigenständigen Interessen, sondern als *Hilfspersonen* der Verwaltung und/oder der Gesellschafter agieren. Seit jeher geht es insofern um den Abschlussprüfer, der sich funktional als Agent des Aufsichtsrats qualifiziert¹⁶ und als solcher – für die AG – sowohl in das gesetzliche Regelungssystem als auch in einzelne Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex eingebunden wurde.¹⁷ In ähnlicher Weise sind institutionelle Stimmrechtsvertreter – Depotbanken etc. – seit Längerem bekannt und in § 135 AktG punktuell reguliert.

Unklarer erscheinen die Rollen anderer, teils relativ neuartiger Hilfspersonen, wobei es sich vor allem um *Beraterklassen* handelt. Zu denken ist zunächst an Rechtsberater, d. h. Anwälte oder Steuerberater, die je nach Konstellation die Gesellschaft, ihre Organe oder die Gesellschafter beraten und so zum Teil erheblichen, mindestens faktischen Einfluss ausüben. Sodann geht es um institutionelle Stimmrechtsberater, die ein vergleichsweise neues Phänomen bilden: Ihr Geschäft ist es, die Aktionäre vor allem börsennotierter Gesellschaften bezüglich der Ausübung ihres Stimmrechts in den Hauptversammlungen zu beraten und nach vorheriger Analyse entsprechende Empfehlungen abzugeben.¹⁸ Ebenfalls recht neu im Rampenlicht stehen Vergütungsberater, die namentlich bei der AG eine Rolle spielen, soweit es um die Entscheidungsfindung über Art und Umfang der vom Aufsichtsrat festzusetzenden Vorstandsbezüge geht,¹⁹ oder Wirtschaftsprüfer, soweit sie sich in der Krise eines Mandanten als Sanierungsberater betätigen²⁰. Schließlich sind Vermögensverwalter zu nennen, die mit der Verwaltung der Beteiligungen ihrer Kunden betraut sind, was auch die stellvertretende Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten umfassen kann.²¹

¹⁴ Hierzu sowie zu den korrelierenden Rechtsfragen liegt mittlerweile eine ganze Reihe von Monographien vor: s. etwa *Servatius*, Covenants; *Bochmann*, Covenants; *Fettes*, Covenants; *Heinrich*, Covenants; *Majic*, Covenants.

¹⁵ So auch GK-AktG/*Kort*, § 117 Rn. 69.

¹⁶ Vgl. nur *Seibert* in FS Hommelhoff, S. 1111, 1118: „Hilfsorgan des Aufsichtsrats“; *Wilsing*, ZGR 2012, 291.

¹⁷ Im DCGK ist der Abschlussprüfung gleich eine ganze Passage (Ziff. 7.2) gewidmet.

¹⁸ Sog. *proxy advisors*. Frühzeitig zu diesen *U.H. Schneider*, EuZW 2006, 289; *ders./Anzinger*, NZG 2007, 88.

¹⁹ Zu diesen nur *Fleischer*, BB 2010, 67; *Weber-Rey/Buckel*, NZG 2010, 761.

²⁰ Hierzu etwa *Frege*, NZI 2006, 545; *Gräfe*, DStR 2010, 618 und 669; *Nerlich* in FS Görg, S. 317 ff.

²¹ S. hierzu nur *Seibert* in FS Hoffmann-Becking, S. 1101, 1109 ff.

Unter dem Blickwinkel der Corporate Governance erscheint das Auftreten dieser Personen nicht unproblematisch. Da und soweit sie zwar vielfach nicht rechtlichen, mindestens aber faktischen Einfluss auf die Gesellschaft, deren Organe und/oder die Gesellschafter nehmen (können), stellt sich sogleich die Frage nach den hiermit verbundenen Gefahren. Beispielsweise mag man besorgen, dass die Akteure bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in Ermangelung einer hinreichenden Risikoexposition die erforderliche Sorgfalt vermissen lassen, etwa auf unzureichender Informationsgrundlage oder zu schematisch agieren, was sich zum Schaden der Gesellschaft und/oder der Anteilseigner auswirkt; Derartiges wird vor allem Stimmrechtsberatern nachgesagt. Außerdem stehen Interessenkonflikte zu befürchten, die sich ergeben, soweit ein Berater auf verschiedene Weise für mehrere Auftraggeber, etwa unterschiedliche Gesellschaftsorgane ein und desselben Unternehmens parallel tätig wird; auch dies soll vor allem bei Stimmrechtsberatern vorgekommen sein.²²

C. Reaktionen

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum hat das Phänomen in den letzten Jahren mit einer Fülle von Beiträgen aufgegriffen und kritisch begleitet. Dies gilt vor allem für das Auftreten der teils neuartigen Beraterklassen, deren Geschäft in engem Zusammenhang mit den Corporate Governance-Entwicklungen seit der Jahrtausendwende gesehen wird und nach dem Dafürhalten mancher eine veritable „Corporate Governance-Industrie“ hat entstehen lassen.²³ Infolgedessen mangelt es auch nicht an Vorschlägen, wie den korrelierenden Problemen in concreto Herr zu werden sei. Manche bemühen sich um die Entwicklung von Lösungen aus dem geltenden Recht,²⁴ doch wird wohl überwiegend unterstellt, dass der EU- und/oder Bundesgesetzgeber auf die eine oder andere Weise intervenieren müsse.²⁵

In der Tat steht nunmehr zumindest für einen Teilbereich ein gesetzgeberischer Regulierungszugriff in Aussicht. Bereits in ihrem Grünbuch vom 4. April 2011 hatte die EU-Kommission erwogen, Stimmrechtsberatern eine Pflicht zur Herstellung von Transparenz, namentlich zur Offenlegung der von ihnen eingesetzten Analysemethoden sowie etwaiger Interessenkonflikte, und/oder eine Pflicht zur Trennung der Stimmrechtsberatung von sonstigen Beratungsdiensten aufzu-

²² *Fleischer*, ZGR 2011, 155, 170 ff.; *Langenbucher* in FS Hoffmann-Becking, S. 733 ff. S. aber auch *Kumpan*, Interessenkonflikt, S. 146 (mit Blick auf Vergütungsberater).

²³ *Fleischer*, ZGR 2012, 160, 188; *ders.* ZGR 2011, 155; *Leyens*, ZEuP 2016, 388, 416 m. w. N.

²⁴ Exemplarisch *Vaupel*, AG 2011, 63 ff.; *Langenbucher* in FS Hoffmann-Becking, S. 733 ff. (für Stimmrechtsberater).

²⁵ Dies gilt vor allem für Stimmrechtsberater; s. einstweilen nur *Langenbucher* in FS Hoffmann-Becking, S. 733, 744 f.; *Habersack*, Gutachten E zum 69. DJT, S. E 97 f.; *Wünschmann*, Stimmrechtsberater, S. 349 ff.; *Bachmann*, AG 2012, 565, 578; gegen jede Regulierung *Wilsing*, ZGR 2012, 291, 306.

erlegen.²⁶ Eine umfangreiche Transparenzregel, ergänzt um Pflichten zur Gewährleistung von Sorgfalt und zur Behandlung von Interessenkonflikten, fand anschließend Eingang in den Kommissionsentwurf zur Abänderung der sog. Aktionärsrechterichtlinie vom 9. April 2014.²⁷ Im Übrigen bewendet es einstweilen bei mittelbaren Formen der Regulierung: Beispielsweise soll der Aufsichtsrat einer börsennotierten AG gemäß Ziff. 4.2.2 Abs. 3 DCGK bei der Hinzuziehung eines Vergütungsberaters auf dessen Unabhängigkeit vom Vorstand bzw. vom Unternehmen achten.

D. Primat der Regulierung?

Obschon das Interesse an einer Disziplinierung der Einwirkungspotenziale Dritter im Grundsatz nachvollziehbar ist, lässt sich die bisherige Entwicklung mit einem gewissen Störgefühl verfolgen. Dies gilt namentlich für den Umstand, dass das geltende (nationale) Gesellschaftsrecht offenbar als zur Lösung der einschlägigen Konflikte ungeeignet angesehen wird: Man fragt sich, ob unserem Gesellschaftsrecht tatsächlich ohne weiteres die – wenn man so will – Wehrhaftigkeit gegen das Eindringen externer Dritter in die Unternehmensverfassung abgesprochen werden kann, es also einer Intervention des Gesetzgebers bedarf. Mit Blick auf manche der Stellungnahmen, die in der bisherigen Debatte um Rechtsanwälte oder institutionelle Stimmrechtsberater, teilweise aber auch sub specie der Rolle und Disziplinierung einflussreicher Kreditgeber zu verzeichnen sind, liegt jedenfalls die Vermutung nahe, dass das Kompendium des Gesellschaftsrechts möglicherweise nicht in all seinen Facetten auf die zur Verfügung stehenden Kautelen untersucht wurde. Das Konfliktlösungspotenzial der Materie bleibt daher möglicherweise (partiell) ungenutzt.

§ 2 Gang der Untersuchung, Arbeitsthese und Methode

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, vor dem Hintergrund der jüngeren Corporate Governance-Debatte einen Beitrag zur Vergewisserung der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen zu leisten. Es soll beleuchtet werden, ob und unter welchen Bedingungen die allgemeinen Pflichten, Verhaltensbindungen und Haftungsregeln, die das Gesellschaftsrecht für Gesellschafter und Organmitglieder aufstellt, auch auf Dritte, d. h. Nicht-Gesellschafter und Nicht-Organmitglieder

²⁶ Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen vom 5.04.2011, KOM(2011) 164 endg. (Frage 18 und 19).

²⁷ Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung, KOM(2014) 213 final v. 9.04.2014 (Art. 3i); hierzu nur *Verse* in 50 Jahre AktG, S. 303, 320 f.

angewandt werden können, und welche Ansätze zur Bewältigung der einschlägigen Probleme hieraus gegebenenfalls resultieren.

Obschon die meisten der soeben skizzierten Fragen vor allem bei (börsennotierten) Aktiengesellschaften begegnen, kann die Betrachtung kaum auf diese Rechtsform beschränkt bleiben. Abgesehen davon, dass die Grundprobleme der Unternehmensverfassung tatsächlich auch bei der GmbH und in Teilen sogar bei Personengesellschaften auftreten,²⁸ etwaige Lösungsansätze also auch dort als Blaupause dienen mögen, erschiene die Gewinnung grundlegenderer Erkenntnisse bei einer entsprechenden Verengung des Blickfelds aussichtslos. Zu weit gediehen ist das Bemühen der Wissenschaft um eine rechtsformübergreifende Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht, die vor allem *Karsten Schmidt* in seinem großen Lehrbuch als solche beschrieben hat.²⁹ Auch die Rechtsprechung hat sich wiederholt solcher Überlegungen und Begründungsansätze bedient, die über die einzelnen Verbandstypen hinaus Geltung beanspruchen, wie etwa die sukzessive Anerkennung mitgliedschaftlicher Treupflichten (auch) im Recht der Kapitalgesellschaften³⁰ oder das Ringen um eine Lösung des Problems existenzvernichtender Eingriffe³¹ illustrieren.

Zugleich versteht sich, dass die vorliegende Arbeit ohne eine thematische Begrenzung nicht auskommt. So sollen die Überlegungen zunächst ganz auf den Geltungsbereich des deutschen Sachrechts beschränkt, internationale Bezüge also ausgeklammert werden.³² Zudem ist im Wesentlichen auf den Kernbereich mitglied- und organschaftlicher Verhaltensbindungen zu konzentrieren, während spezielle Materien, etwa das Umwandlungs-, das Übernahme- und das gesellschaftsrechtsnahe Kapitalmarktrecht, soweit wie möglich ausgeblendet bleiben. Zu betrachten sind erstens (Kapitel 2) die allgemeinen mitgliedschaftlichen Pflichten des Gesellschafters, etwa die Regeln der körperschaftlichen Finanzverfassung – Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, Recht der Gesellschafterdarlehen –, die Bestimmungen zur Außenhaftung bei Personengesellschaften oder die mitgliedschaftliche Treuepflicht. Insoweit ist ganz auf die GmbH, die AG, die „klassischen“ Personenverbände – GbR, OHG, KG – und, soweit erforderlich, die Kapitalgesellschaft & Co. als Mischform abzustellen. Anschließend (Kapitel 3)

²⁸ Bereits oben, § 1 A. (S. 2).

²⁹ *K. Schmidt*, GesR, etwa S. 53 f.; s. auch *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 232 ff.

³⁰ Im Einzelnen unten, § 5 C. (S. 221 ff.).

³¹ Unten, § 8 (S. 306 ff.).

³² Insoweit wäre etwa zu beachten, dass einzelne der im Folgenden interessierenden Vorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts unter kollisionsrechtlichen Aspekten gegebenenfalls als Bestandteil des nationalen Insolvenzstatuts (*lex fori concursus*) qualifiziert werden und daher anders als das nationale Gesellschaftsrecht (*lex societatis*) auch bei Gesellschaften, die aus anderen EU-Mitgliedstaaten nach Deutschland zugezogen sind (etwa eine englische „Limited“), Anwendung finden können. S. zuletzt EuGH NJW 2016, 223 = NZG 2016, 115 – *Simona Kornhaas/Thomas Dithmar* mit Blick auf die hier unter § 11 B. II. (S. 352 f.) aufzugreifende Vorschrift des § 64 S. 1 GmbHG n. F.

ist der Blick auf einige sozusagen mitgliedschaftsnahe Sondertatbestände zu richten, die in engem Zusammenhang mit den mitgliedschaftlichen Pflichten stehen, qualitativ gewissermaßen als „Annex“ derselben begriffen werden können. Auch bei ihnen ist zu vermuten, dass sie unter dem Aspekt der Corporate Governance Bedeutung entfalten; gemeint sind z. B. das Recht des faktischen Aktienkonzerns oder § 117 AktG. Im vierten Kapitel geht es dann um die Dritterstreckung organ-schaftlicher Verhaltensbindungen, wobei vor allem die Lehre vom faktischen Organ im Zentrum steht. Schließlich (Kapitel 5) sollen die gewonnenen Erkennt-nisse anhand zweier der vorstehen³³ skizzierten Gruppen und Konfliktlagen er-probt, d. h. darauf untersucht werden, ob sich aus ihnen konkrete Lösungsansätze ergeben. Exemplarisch sind die besonders kontrovers diskutierten Covenant-gesi-cheren Kreditgeber und institutionellen Stimmrechtsberater herauszugreifen.³⁴

Im Ausgangspunkt lautet die These, dass sich die gesellschaftsrechtlichen Ver-haltensbindungen stärker als vielfach unterstellt dazu eignen, Ansätze zur Lösung moderner Corporate Governance-Probleme zu eröffnen, namentlich eine Diszip-linierung externer Einwirkungspotenziale im Interesse der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und Stakeholder – z. B. Arbeitnehmer, Gläubiger – zu leisten. Aus methodischer Sicht erforderlich ist allerdings ein differenziertes Vorgehen: So-weit die Dritterstreckung mitglied- und organschaftlicher Pflichten nicht im Ge-setz geregelt ist und sich vielfach nur durch die Bildung von Analogien erreichen lässt, impliziert das hiesige Programm eine nähere Beleuchtung der normativen Wertungsgrundlagen, wobei an geeigneter Stelle auch funktionale und ökonomi-sche Erwägungen einfließen. Die so zu gewinnenden Erkenntnisse weisen in Teil-en über das eigentliche Untersuchungsziel hinaus, so dass sie im Idealfall (auch) als ein Beitrag zur Entwicklung allgemeinerer Lehren i. S. einer Institutionen-bildung fungieren. Katalysator ist das dogmatisch besonders lehrreiche Kapitel 2, auf dem folglich auch der Schwerpunkt liegt.

³³ § 1 B. (S. 2 ff.).

³⁴ Im Idealfall werden sich die Ergebnisse für andere Fälle freilich sinngemäß fruchtbar ma-chen lassen. Weiterführend zu den Problemen, die z. B. Rechtsanwälte im Kontext der Corporate Governance aufwerfen, etwa einer allfälligen Indienststellung als „Whistleblower“, u. a. von *Fal-kenhausen* in GS Winter, S. 117 ff.; *Schürtle*, ZGR 2014, 627 ff.; *Fleischer/Schmolke*, WM 2012, 1013 ff.; *Knöfel/Mock*, AnwBl. 2010, 230 ff.; *Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit.

Kapitel 2

Mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen

§ 3 Grundlegungen

A. Kurze Bestandsaufnahme

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen auf außenstehende, nicht der Gesellschaft angehörende Dritte angewandt werden können, beschäftigt Rechtsprechung und Wissenschaft immer wieder. Mittlerweile lässt sich fast von einem „Standardproblem“ sprechen. Freilich nicht geht es insoweit, was man zunächst meinen könnte, um das hinlänglich bekannte Problem des Scheingesellschafters, d.h. die Rechtsscheinhaftung wegen – oftmals betrügerischer – Vorspiegelung einer in Wahrheit nicht gegebenen Gesellschafterstellung.¹ Vielmehr ist von Interesse, wann eine „Dritterstreckung“ mitgliedschaftlicher Verhaltensbindungen gerade nach den *tatsächlichen* Gegebenheiten in Betracht kommt.

Im Mittelpunkt stehen zumeist das GmbH- und Aktienrecht und hier vor allem das gesetzliche Kapitalschutzsystem, namentlich die Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie die Vorschriften über (eigenkapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen.² Dort wird die Frage überwiegend mit Blick auf ganz bestimmte Akteure thematisiert, die, ohne selbst Gesellschafter zu sein, diese Rechtsstellung bei „wirtschaftlichen Betrachtung“³ als „faktische“⁴ oder „Quasi-“⁵ Gesellschafter beziehen, indem sie der Gesellschaft oder einem ihrer Mitglieder in bestimmter Weise nahe stehen⁶. Besonders häufig finden sich Überlegungen zur Behandlung von Treuhandverhältnissen, Unterbeteiligten, Familienmitgliedern, verbundenen Unternehmen, Pfandgläubigern, Nießbrauchern und stillen Beteiligten.⁷ Auch die Verhaltensbindungen im vor- und nachmitgliedschaftlichen Bereich sind bereits eingehend untersucht worden.⁸

¹ Hierzu nur MK-HGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 260; MüHdBGesR 1/Gummert, § 18 Rn. 14 m. w. N.

² Meist findet sich hier die programmatische Problembeschreibung „Leistungen durch und an Dritte“, s. nur Hüffer/Koch, § 57 Rn. 17 ff.; ähnlich FK-InsO/Bornemann, § 39 Rn. 71.

³ MK-AktG/Bayer, § 57 Rn. 113; ausführlich Cahn in FS K. Schmidt, S. 157 ff.

⁴ Etwa MK-AktG/Bayer, § 57 Rn. 113 ff.

⁵ Etwa Priester in FS Helmrich, S. 721; MK-GmbHG/Ekkenga, § 30 Rn. 160.

⁶ S. schon Canaris in FS Rob. Fischer, S. 31, 35; ferner etwa R/A/Altmeyden, § 30 Rn. 31.

⁷ Überblick bei MK-HGB/K. Schmidt, Vor § 230 („Mittelbare Teilhabe am Unternehmen“).

⁸ Z. B. von M. Weber, Treubindungen, passim; Canaris in FS Rob. Fischer, S. 31, 32 f.; Wittkowski,

Ungleich seltener thematisieren Judikatur und Schrifttum das Personengesellschaftsrecht⁹ oder die Verhaltensbindungen jenseits der körperschaftlichen Finanzverfassung. Zu nennen sind etwa die – in ihrem Kern für alle Gesellschaftsformen gleichermaßen anerkannte – mitgliedschaftliche Treuepflicht mit ihren verschiedenen Ausprägungen¹⁰ oder die haftungsbewehrten Pflichten im Gründungsstadium von GmbH und AG, namentlich die Rechtsprechungsregeln zur Verlustdeckungs- oder Unterbilanz- bzw. Vorbelastungshaftung¹¹. Vielleicht gerade deshalb bereitet die Formulierung allgemeiner, für sämtliche Personen-, Gesellschafts- und Normgruppen geltender Einbeziehungskriterien nach wie vor Schwierigkeiten. Nicht selten kommen mit Blick auf den jeweiligen Einzelfall ganz unterschiedliche Kriterien zur Anwendung oder werden miteinander vermengt;¹² von einer „allgemeinen Einbeziehungslehre“ ist bislang nirgends die Rede.

Dabei ist die Fokussierung auf die körperschaftliche Finanzverfassung jedenfalls aus praktischer Sicht verständlich. Dass sich gerade in diesem Bereich eine relativ reichhaltige Judikatur entwickeln konnte, dürfte zum einen der großen rechtstatsächlichen Bedeutung entsprechender Verbandstypen, insbesondere der GmbH,¹³ geschuldet sein. Vor allem aber dürfte sie darin gründen, dass Verstöße gegen die Kapitalschutzregeln – z. B. im Gegensatz zu Verstößen gegen das allgemeine Schädigungsverbot kraft mitgliedschaftlicher Treuepflicht – besonders häufig gerichtlich geltend gemacht werden (können), und zwar namentlich im Insolvenzverfahren¹⁴. Nahezu sämtlichen wichtigen Entscheidungen in diesem Bereich liegt ein entsprechender Sachverhalt zugrunde.

B. Konkretisierung des Ausgangspunkts

Die Frage nach der Geltung mitgliedschaftlicher Verhaltensbindungen für externe Dritte impliziert auf den ersten Blick ein streng lineares Untersuchungsprogramm. Obgleich der diesbezügliche Normenbestand des positiven Rechts ä-

GmbHR 1990, 549 ff.; s. auch Scholz/*Verse*, § 30 Rn. 33; *K. Schmidt*, GesR, S. 588; *Mülbert/Kiem*, ZHR 177 (2013), 819, 844.

⁹ S. aber etwa *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885 ff. (zur Treugeberhaftung in Personenverbänden).

¹⁰ Mit besonders strengem Befund (für Treuhandverhältnisse im GmbH-Recht) *L/H/Bayer*, § 14 Rn. 43 („hat bislang keine Beachtung gefunden“); s. aber z. B. *Armbrüster*, Treuhand, S. 338 ff.; *ders.*, ZIP 2009, 1885, 1889 (für Treuhandverhältnisse); *Hölters/Laubert*, § 53a Rn. 15 (für die AG); *Scholz/Seibt*, § 14 Rn. 52; *GK-GmbHG/Ulmer/Lübbe*, § 2 Rn. 70; *GK-GmbHG/Raiser*, § 14 Rn. 86 (GmbH). Näher unten, § 5 C. (S. 221 ff.).

¹¹ S. aber BGH NJW 2001, 2092 = WM 2001, 903 (für die GmbH); *Wicke/Wicke*, § 14 Rn. 7. Allgemein dazu etwa *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 256 sowie im Einzelnen unten, § 4 B. V.

¹² S. hierzu mit Blick auf die 30 GmbHG und § 57 AktG bereits *Mülbert/A. Wilhelm* in FS Hommelhoff, S. 747, 752 f. Für einen konsistenten Versuch der Systembildung aber etwa *Koppensteiner* in FS K. Schmidt, S. 927 ff.

¹³ Statt aller *L/H/Lutter/Hommelhoff*, Einl. Rn. 1 ff.; *R/S-L/Schmidt-Leithoff*, Einl. Rn. 3.

¹⁴ Vgl. *Beck/Depré/Depré/Büterowe*, § 31 Rn. 1; auch *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 254.

berst schmal ist und, wie noch zu zeigen sein wird, nur teilweise zur Prinzipienbildung taugt,¹⁵ liegt im Ausgangspunkt die Vermutung nahe, dass die zu findende Antwort eine einheitliche oder zumindest von einer einheitlichen dogmatischen Begründung getragen sein müsse. Denn immerhin weisen die verbandsbezogenen Pflichten des Gesellschafters gleich welcher Gesellschaftsform eine fundamentale Gemeinsamkeit auf: Sie gehen, ebenso wie seine Rechte, gerade aus der *Mitgliedschaft*, d. h. der heute im Kern für alle Verbandstypen gleichermaßen anerkannten Sonderrechtsbeziehung zwischen Verband und Gesellschafter – sowie der Gesellschafter untereinander – hervor.¹⁶ Infolgedessen lassen sie sich als Bestandteil eines, wie *Karsten Schmidt* formuliert, „geschlossenen verbandsrechtlichen Konzepts“¹⁷ begreifen – mit entsprechend guten Aussichten für die Entwicklung eines ebenso geschlossenen Konzepts, was die Erweiterung ihres Adressatenkreises betrifft.¹⁸

Auf den zweiten Blick ergibt sich indes ein komplexerer Ausgangspunkt. Ungeachtet des Umstands, dass die Verhaltensbindungen des Gesellschafters heute als sozusagen „unselbständige Elemente“ eines einheitlichen Rechtsinstituts – der Mitgliedschaft – verstanden werden können, unterscheiden sie sich im Einzelnen durchaus kategorial. Dabei geht es um eine ganze Reihe von Aspekten. Nach den im Schrifttum verbreiteten Modellen ist eine Einteilung der Verhaltensbindungen z. B. möglich nach ihrer Rechtsquelle (Gesetz oder Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung),¹⁹ nach ihrem Schutzzweck (Verkehrs- oder Mitgliederschutz),²⁰ nach ihrem Inhalt (Vermögens- oder Verhaltenspflicht),²¹ nach ihrer Disponibilität (zwingend oder abdingbar),²² nach der Gleichmäßigkeit ihrer Geltung (allgemeine Pflicht oder Sonderpflicht)²³ oder danach, ob ihre Geltendmachung dem Verband oder einem Mitgesellschafter zusteht (Sozial- oder Individualpflicht)²⁴. Zudem können sie ihrer Funktion nach entweder ein selbständiges Tätigkeits- oder Unterlassungsgebot statuieren (selbständige Pflicht) oder lediglich der Ausübung be-

¹⁵ Ausführlich unten, §§ 4–6.

¹⁶ Näher *K. Schmidt*, GesR, S. 557, 589; Scholz/*Westermann*, Einl. Rn. 7; GK-GmbHG/*Raiser*, § 14 Rn. 22 ff.; zur einheitlichen rechtlichen Struktur der Mitgliedschaft auch schon *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 85, 97 ff.

¹⁷ *K. Schmidt*, GesR, S. 548; ähnlich *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 244 („mitgliederbezogene Legalordnung“).

¹⁸ Versuch eines solchen, alle mitgliedschaftlichen Pflichten pauschal erfassenden Konzepts ist z. B. das von *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885, 1886 ff. mit Blick auf die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften dargestellte – aber nicht vertretene – „Modell der Zuordnungs- und Zurechnungseinheit“: Treugeber und Treuhänder (Formalgesellschafter) stehen u. U. „der Gesellschaft, den übrigen Gesellschaftern sowie den Gesellschaftsgläubigern [...] als Einheit gegenüber“.

¹⁹ *Lutter*, AcP 180 (1980), 102; *K. Schmidt*, GesR, S. 557; Scholz/*Westermann*, Einl. Rn. 7.

²⁰ *K. Schmidt*, GesR, S. 110.

²¹ H/S/*Verse*, § 14 GmbHG Rn. 96; GK-GmbHG/*Raiser*, § 14 Rn. 73 f.

²² *K. Schmidt*, GesR, S. 109 f.

²³ Etwa H/S/*Verse*, § 14 GmbHG Rn. 97.

²⁴ *K. Schmidt*, GesR, S. 556.

stimmter Gesellschafterrechte, etwa dem Stimmrecht, Schranken setzen (unselbständige Pflicht mit rechtsbegrenzender Funktion).²⁵

Angesichts dieser Vielschichtigkeit erscheint das Unterfangen, ein für sämtliche Verhaltensbindungen einheitliches Einbeziehungskonzept zu entwickeln, schon deutlich weniger aussichtsreich. Zum Scheitern verurteilt ist es aber nicht. Gewissermaßen auf den dritten Blick wird nämlich deutlich, dass gerade die Unterscheidung zwischen verkehrs- und mitgliederschützenden Verhaltensbindungen nicht nur die aussagekräftigste, sondern für die vorliegende Untersuchung auch die wegweisende ist. Dank ihr lässt sich die Komplexität erheblich reduzieren.

C. Der Gegensatz von Verkehrsschutz und Mitgliederschutz als Weichenstellung

I. Gegenüberstellung

1. Verkehrsschutz

Der *Verkehrsschutz* hat im Gesellschaftsrecht einen besonders hohen Stellenwert.²⁶ Weit verstanden kommt er in einer Vielzahl unterschiedlicher Bestimmungen zum Ausdruck. Sieht man von denjenigen ab, die nicht (oder nicht nur) dem Schutz gesellschaftsfremder Partikularinteressen dienen, sondern (auch) zum Wohle der Gesellschaft selbst z. B. Bestandsschutz oder, ins Allgemeinere gewendet, Rechtssicherheit bezwecken,²⁷ so bedeutet Verkehrsschutz vor allem Gläubigerschutz²⁸. Die wichtigsten Kautelen halten die Organ- und die Gesellschafterhaftung bereit, wobei für die vorliegende Untersuchung zunächst²⁹ nur Letztere interessiert. Im Ansatz ist zwischen Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht zu unterscheiden:

Das Personengesellschaftsrecht sieht im Grundsatz eine unbeschränkte akzesessorische Außenhaftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten vor. Im Vordergrund steht sowohl bei der OHG als auch bei der KG die Haftung der Komplementäre (§§ 105, 128, 130, 161 Abs. 2 HGB). Diese setzt über den bloßen Gesellschafterstatus hinaus kein besonderes Fehlverhalten voraus.³⁰ Bei der Außen-GbR gilt seit dem sukzessiven Durchbruch der Gruppenlehre³¹ Entspre-

²⁵ S. Scholz/*Seibt*, § 14 Rn. 52; *Armbrüster*, Treuhand, S. 338 ff. Zum Ganzen auch *Wiedemann* in FS Goette, S. 617, 619 f.

²⁶ Sogar von einer „überragenden Bedeutung“ spricht *K. Schmidt*, GesR, S. 140.

²⁷ Man denke nur an die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft; statt vieler *K. Schmidt*, GesR, S. 140; *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 270 f.; H/S/*Henssler*, § 105 HGB Rn. 125 ff.

²⁸ Ausführlich hierzu *Michalski/Michalski*, Syst. Darst. 1 Rn. 42 ff. (für die GmbH).

²⁹ S. aber noch unten unter §§ 11–12.

³⁰ Statt aller MK-HGB/*K. Schmidt*, § 128 Rn. 8 m. w. N.

³¹ Gemeint ist die namentlich auf *Flume* (z. B. ZHR 136 (1972), 177 ff.) zurückgehende Lehre von der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR; dazu etwa MK-BGB/*Schäfer*, § 705 Rn. 298; *Armbrüster*, ZGR 2013, 366 ff. m. w. N.

chendes.³² Zugrunde liegt jeweils das allgemeine Prinzip, „dass derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt“³³. In letzterem Sinne hinzu tritt bei der KG die unmittelbare Außenhaftung des Kommanditisten, welche nach Maßgabe der §§ 171–176 HGB begrenzt ist.

Gegenläufig effektuieren das GmbH- und Aktienrecht den Gläubigerschutz prinzipiell durch eine begrenzte Haftungskanalisation im Innenverhältnis. Das Privileg der Gesellschafter, an einem (theoretisch unbeschränkten) unternehmerischen Erfolg bei zugleich überschaubarem, gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 S. 2 AktG auf ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen begrenztem Verlustrisiko partizipieren zu können, steht immer unter dem Vorbehalt der Beachtung gewisser Wohlverhaltensregeln. Am wichtigsten ist die Pflicht, für eine reale Kapitalaufbringung (§§ 9, 14, 19 GmbHG, § 54 AktG) und -erhaltung (§§ 30, 31 GmbHG, §§ 57, 62 AktG) zu sorgen, die ihrerseits durch einige spezielle Mechanismen flankiert wird. Zu nennen sind die Gründerhaftung nach den § 9a GmbHG, § 46 AktG, das Recht der Gesellschafterdarlehen, die Rechtsprechungsregeln zur Behandlung sog. Finanzplankredite, die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO oder die sog. Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung bei Gründung – oder wirtschaftlicher Neugründung – des Verbands. All diese Kautelen dienen dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger und stellen nach einer verbreiteten Formulierung den „Preis“ für das gesetzliche Haftungsprivileg dar.³⁴ Eine weitere Bindung, sei es im Wege der Innen- oder der Durchgriffshaftung, kommt nur ausnahmsweise als Sanktion für besonders gravierende Verletzungen des Verkehrsinteresses in Betracht. Zu denken ist an die Fälle der Vermögensvermischung,³⁵ des existenzvernichtenden Eingriffs oder des sog. qualifiziert-faktischen Konzerns³⁶.

Partiell Entsprechendes gilt im Übrigen bei der Mischform der GmbH & Co. KG. Dort zieht die höchstrichterliche Rechtsprechung seit jeher nicht nur die Bestimmungen über eigenkapitalersetzende Darlehen – s. § 172a HGB a. F., jetzt § 39

³² Eine unbeschränkte Haftung des GbR-Gesellschafters unterstellte erstmals BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483, und zwar unabhängig von der etwaigen Rechtsträgerqualität der GbR. BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 – *ARGE Weißes Roß* erkannte die Haftung analog § 128 HGB sodann gerade als Konsequenz der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR an. Näher *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 264 ff.

³³ BGHZ 142, 315, 319 = NJW 1999, 3483; s. auch 145, 370, 373 = NJW 2003, 1803; Staub/*Habersack*, § 128 Rn. 1.

³⁴ Etwa BGHZ 142, 315, 322 = NJW 1999, 3483; *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 254; Scholz/*Verse*, § 30 Rn. 2 (Kapitalaufbringung und -erhaltung im Speziellen); *Adolff* in VGR, GesR in der Diskussion 2011, S. 49, 50 ff. (Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung); skeptisch *Haas*, DStR 2006, 993, 995. Zum Ganzen so oder ähnlich wie hier *Michalski/Michalski*, Syst. Darst. 1 Rn. 40; *K. Schmidt*, GesR, S. 540; *Armbrüster*, Treuhand, S. 204.

³⁵ Ausführlich unten, § 9.

³⁶ Näher unten, § 8. Im Überblick *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 213 ff.; *Grigoleit/Grigoleit*, § 1 Rn. 101, 115 ff.

Abs. 4 InsO n.F. –, sondern auch die GmbH-spezifischen Regeln zur Erhaltung des Stammkapitals analog heran. Auf diese Weise gelangt sie nicht nur zu einer Binnenhaftung des (auch) an der Komplementär-GmbH Beteiligten, sondern sogar des Nur-Kommanditisten.³⁷ Außerdem sind die Vorgaben zur Haftung in der Gründungsphase, die Judikatur zum Finanzplankredit – Stichwort: gesplittete Einlage – oder das besondere scharfe Schwert der Existenzvernichtungshaftung auch bei der GmbH & Co. KG relevant.³⁸

2. Mitgliederschutz

Im Gegensatz hierzu wirken die *mitgliederschützenden* Verhaltensbindungen bei sämtlichen Gesellschaftsformen ausschließlich im Innenverhältnis. Den Ausgangspunkt bildet die in § 705 BGB generalklauselartig erwähnte, von der h. M. als konstitutives Merkmal sämtlicher privaten Verbände anerkannte Förderpflicht.³⁹ Inhalt und Umfang dieser (vielfach so bezeichneten) „mitgliedschaftlichen Hauptpflicht“⁴⁰ variieren zum Teil stark nach Rechtsform und Realstruktur der Gesellschaft. Dennoch besteht weitgehend Einigkeit, dass sie sowohl eine Pflicht zum aktiven Fördern des Verbands, insbesondere durch die Erbringung von Beiträgen (§ 706 BGB), als auch passive Schutz- und Loyalitätspflichten impliziert.⁴¹ Mittelbar mag die Förderpflicht so auch den Gläubigern zugutekommen,⁴² doch kann es im Kern schon deshalb nur um Mitgliederschutz gehen, weil ihr Gehalt maßgeblich durch den Verbandszweck bestimmt wird, den gerade die Gesellschafter in Satzung oder Gesellschaftsvertrag verabreden.⁴³ Zudem gilt sie auch in reinen Innengesellschaften,⁴⁴ wo für Verkehrsschutzmechanismen mangels Außenauftritts a priori kein Bedarf besteht.

Darüber hinaus bedeutet Mitgliederschutz vor allem Minderheitenschutz. Das Instrumentarium ist je nach Gesellschaftsform durchaus vielschichtig. Hier weniger von Interesse sind diejenigen Kautelen, die zwar auf Mehrheitsmacht reagieren, aber nicht mit einer individuellen Verhaltens- oder Pflichtenbindung einzelner Gesellschafter(gruppen) korrelieren. Dies betrifft etwa das nur in BGB-Verein und Personengesellschaft gesicherte Austritts- bzw. Kündigungsrecht des

³⁷ Im Einzelnen noch unten, § 4 B. III. 2. c) (S. 50 f.).

³⁸ Statt vieler *Binz/Sorg*, § 3 Rn. 83 ff. (Haftung im Gründungsstadium); § 5 Rn. 70 (Einlagensplitting); § 12 Rn. 64 ff. (Existenzvernichtung).

³⁹ *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 102 f.; *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 245 f.

⁴⁰ *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 104; *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 245; *K. Schmidt*, GesR, S. 557.

⁴¹ Näher einstweilen nur *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 245 m. w. N.

⁴² Vgl. *Grigoleit/Grigoleit*, § 1 Rn. 67; *ders.*, Gesellschafterhaftung, S. 317 ff.; *MK-GmbHG/Liebscher*, § 13 Anh. GmbH-KonzernR Rn. 398; auch *Mülbert/A. Wilhelm* in *Šenocak/Rohe/Yarayan/Ay*, S. 185, 201.

⁴³ S. etwa *Leuschner*, Konzernrecht, S. 302 (vom *Formalziel* der Gesellschaft sprechend); *ders.* in *FS Ahrens*, S. 637 f.

⁴⁴ S. nur *BeckOK-BGB/Schöne*, § 705 Rn. 97 ff.; *Jauernig/Stürner*, § 705 Rn. 24.

(Minderheits-)Gesellschafters (§§ 39, 723 BGB)⁴⁵ oder die Mechanismen zur (weitgehend formalen) Kontrolle von Gesellschafterbeschlüssen, namentlich die Kernbereichslehre⁴⁶ und den mittlerweile obsoleten⁴⁷ Bestimmtheitsgrundsatz im Personengesellschaftsrecht oder die primär an Verfahrensfehlern orientierte Beschlusskontrolle im GmbH- und Aktienrecht.⁴⁸ Sieht man hiervon ab, kommt vor allem der im Grundsatz für alle Verbandstypen anerkannten mitgliedschaftlichen Treuepflicht Bedeutung zu, und zwar nicht zuletzt im Rahmen der (materiellen) Beschlusskontrolle⁴⁹. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die genaue Rechtsgrundlage und Funktion dieser Treuepflicht – einschließlich ihres Verhältnisses zur allgemeinen Förderpflicht – im Einzelnen umstritten sind und sie jedenfalls nicht ausschließlich dem Minderheitenschutz dient.⁵⁰

II. Korrelationen

Der Wert der vorstehenden Differenzierung liegt zunächst in einer Reihe augenfälliger Korrelationen. Diese betreffen insbesondere die Fragen nach der Rechtsquelle und der Disponibilität der jeweiligen Verhaltensbindungen und lassen sich wie folgt zusammenfassen:

– Zunächst ist evident, dass verkehrsschützende Verhaltensbindungen im GmbH- und Aktienrecht besonders zahl- und facettenreich begegnen, während im Recht der Personengesellschaften die unbeschränkte Einstandspflicht der persönlich haftenden Gesellschafter ein komplexeres Regelwerk – abgesehen von den §§ 171–176 HGB – erspart⁵¹. Dabei ist bedeutsam, dass die maßgeblichen Verhaltensbindungen durchweg *gesetzlichen* Ursprungs, „d. h. objektivrechtlich gegebene, wenn auch nicht unbedingt aus den geschriebenen Gesetzen wörtlich ablesbare“⁵² sind.⁵³ Als solche sind sie stets unabdingbar, und zwar sowohl im Perso-

⁴⁵ Im GmbH- und Aktienrecht sind diese Möglichkeiten erheblich verringert, s. nur MK-BGB/*Reuter*, § 39 Rn. 1. Zu Kündigung und Austritt als Instrumente des Mitgliederschutzes *K. Schmidt*, GesR, S. 110.

⁴⁶ Dazu *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 248; *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken, S. 11–15.

⁴⁷ S. BGHZ 203, 77, 85 (Rn. 14) = NJW 2015, 859; dazu *C. Schäfer*, NZG 2014, 1401.

⁴⁸ S. nur MK-AktG/*Hüffer/C. Schäfer*, § 243 Rn. 6 m. w. N.

⁴⁹ Zur Treuepflichtkontrolle bei AG und GmbH etwa *Hüffer/Koch*, § 243 Rn. 21, 24; MK-AktG/*Hüffer/C. Schäfer*, § 243 Rn. 17; *L/H/Bayer*, Anh. § 47 Rn. 56; allgemein *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 250. Zum Zusammenhang von materieller Beschlusskontrolle i. e. S. („Lehre vom sachlichen Grund“) und Treuepflicht etwa *H/S/Verse*, § 14 GmbHG Rn. 108.

⁵⁰ Näher unten, § 5 C. (S. 221 ff.).

⁵¹ Dies gilt jedenfalls, sofern mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Andernfalls, z. B. in der GmbH & Co. KG, gelten wie bei GmbH und AG z. B. die gläubigerschützende Insolvenzantragspflicht gemäß § 130a HGB, § 15a InsO oder das Recht der Gesellschafterdarlehen (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, 44a, 135 InsO n. F.). Hierauf wird noch einzugehen sein. Vgl. einstweilen nur *Wiedemann*, GesR I, S. 539; *K. Schmidt*, GesR, S. 542.

⁵² *K. Schmidt*, GesR, S. 566.

⁵³ Zweifelhaft ist dies nur bei den speziellen Regeln zur Behandlung von Finanzplankrediten: unten, § 4 B. III. 2. d) (S. 52 ff.).

nen-⁵⁴ als auch im Kapitalgesellschaftsrecht⁵⁵. Andernfalls könnte ihr Schutzzweck problemlos unterlaufen werden.

– Gegenläufig wurzeln die mitgliederschützenden Bestimmungen, soweit sie vorliegend interessieren, nach h. M. ganz in Gesellschaftsvertrag und Satzung, d. h. im *rechtsgeschäftlichen* Bereich. Für die mitgliederschaftliche Förderpflicht im Allgemeinen indiziert dies bereits ihre Rückbindung an den statuarisch vereinbarten Verbandszweck⁵⁶, und für die Pflicht zur Leistung von Beiträgen im Besonderen gilt, wie noch auszuführen sein wird, im Ergebnis das Gleiche. Lediglich bei der mitgliederschaftlichen Treuepflicht sind richtigerweise gewisse Relativierungen veranlasst: Bei Nähe besehen resultiert sie in letzter Konsequenz aus dem Gesetz, doch lässt sie sich insoweit – anders als die Regeln des Gläubigerschutzes – immerhin als ein den Gesellschaftsvertrag unmittelbar flankierendes, die rechtsgeschäftlichen Bindungen der Parteien ergänzendes Institut beschreiben.⁵⁷ Zudem können die Gesellschafter diese Pflichten – anders als die Verkehrsschutzregeln – nach zutreffender h. M. zwar nicht abstrakt-generell, wohl aber für den konkreten Einzelfall abbedingen.⁵⁸ Dies gilt im Kapital- ebenso wie im Personengesellschaftsrecht, obgleich den dispositiven Bestimmungen in Letzterem ein deutlich größerer Stellenwert zukommt⁵⁹.

III. Folgerungen für den Problemzugriff

Für den Zugriff auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand resultieren aus den vorstehenden Differenzierungen gewichtige Implikationen. Diese sind vor allem methodischer Art und legen im Ergebnis eine Zweispurigkeit der weiteren Überlegungen nahe.

1. Die Erstreckung von Verkehrsschutzregeln:

Ein Problem der Gesetzesumgehung

Bei zwingenden, dem Verkehrsschutz dienenden Bestimmungen des objektiven Gesetzesrechts ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen neben den explizit

⁵⁴ S. nur die §§ 128 S. 2, 172 Abs. 3, 130 Abs. 2 HGB.

⁵⁵ Z. B. können Gesellschafter nicht von ihrer Einlagepflicht befreit werden oder ohne weiteres gegen diese aufrechnen (§ 19 Abs. 2 GmbHG, § 66 Abs. 1 AktG). Zudem sind sogar einstimmige Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 241 Nr. 3 Fall 2 AktG nichtig, sofern sie Gläubigerschutzvorgaben verletzen. Zum (insb. vorbehaltlich § 291 Abs. 3 AktG) zwingenden Charakter der Kapitalerhaltung *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 259; *Scholz/Verse*, § 30 Rn. 6.

⁵⁶ Oben, § 3 C. I. 2. (S. 14). Auch BeckOK-BGB/*Schöne*, § 705 Rn. 65: Förderpflicht folgt unmittelbar aus Gesellschaftsvertrag; *Leuschner*, Konzernrecht, S. 313 („mit Blick auf dessen rechtsgeschäftlichen Ursprung“).

⁵⁷ Im Einzelnen unten, § 5 C. IV. (S. 229 ff.).

⁵⁸ Dazu einstweilen nur *Hellgardt* in FS Hopt I, S. 765 ff.; *Scholz/Seibt*, § 14 Rn. 52; *Leuschner*, Konzernrecht, S. 311.

⁵⁹ Vgl. zunächst nur *K. Schmidt*, GesR, S. 110.

angesprochenen Adressaten noch weitere Personen in den Normanwendungsbe-
reich einzubeziehen sind, dogmatisch – oder methodisch – eine solche der Analogie-
bildung: Es geht darum, eine offene Gesetzeslücke qua Gesetzesimmanenter
Rechtsfortbildung zu schließen.⁶⁰ Hierfür ist zu fragen, ob durch das Auftreten
eines Dritten objektiv eine Aushebelung des Regelungsziels der jeweiligen Ver-
haltensbindung droht, etwa indem Verkehrs- bzw. Gläubigerschutzinteressen
ohne gesetzgeberisches Placet⁶¹ in gleicher Weise wie durch entsprechendes Ver-
halten eines Gesellschafters gefährdet werden. Bei funktionaler Betrachtung ist
folglich die Verhinderung von *Gesetzesumgehungen* das tragende Motiv.⁶² Zu-
gleich wird deutlich, dass gerade die jeweils objektiv zu bestimmende *Regelungs-
intention des Gesetzgebers* den entscheidenden Begründungstopos für die Einbe-
ziehung bildet. Was die Beteiligten mit ihrem Verhalten im Einzelfall bezwecken,
namentlich ob die Umgehung bewusst – mit rechtsfeindlicher Absicht – oder un-
bewusst erfolgt, ist unbeachtlich.⁶³

2. Die Erstreckung von Mitgliederschutzregeln: *Ein Problem der Rechtsgeschäftslehre und der Lehre von den rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen*

Etwas anders verhält es sich bei den mitgliederschützenden Bindungen. Soweit
diese, wie soeben dargelegt, nicht im objektiven Gesetzesrecht, sondern in Gesell-
schaftsvertrag und Satzung wurzeln oder diese unmittelbar flankieren, kann sich
der Problemzugriff kaum entlang der objektiven Argumentationslinien von Ge-
setzesfort- und Analogiebildung vollziehen. Stattdessen bedarf es einer stärkeren
Orientierung an den Begründungsmustern der Rechtsgeschäftslehre und der sie
ergänzenden Institute.⁶⁴ Bedeutung erlangt namentlich die aus dem allgemeinen
Schuldrecht bekannte Frage, unter welchen Voraussetzungen einzelne Pflichten-
bindungen eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts ausnahmsweise auch auf nicht un-
mittelbar an diesem beteiligte Personen anzuwenden sind. Neben dem Grundsatz

⁶⁰ Zur Schließung offener Gesetzeslücken durch Analogiebildung allgemein *Larenz/Canaris*,
Methodenlehre, S. 187 ff., 202 ff. Näher zur Rechtsfortbildung gerade im Gesellschaftsrecht *Mül-
bert*, AcP 214 (2014), 188, 234 ff.

⁶¹ Falls das Gesetz das Verhalten des Dritten für die jeweilige Norm *bewusst* keiner Regelung
unterworfen hat, fehlt es an einer „Planwidrigkeit“ als (einer) Grundvoraussetzung der Analogie-
bildung. S. noch unter § 4 B. IV.–VII. (S. 159–191).

⁶² Dies wird klar gesehen von *Canaris* in FS Rob. Fischer, S. 31, 35 f.; *Cahn* in FS K. Schmidt,
S. 157, 168 f. Speziell für die Kapitalerhaltungsregeln bei GmbH und AG etwa *MK-GmbH/Ekken-
ga*, § 30 Rn. 174; *Scholz/Verse*, § 30 Rn. 25, 38; *Hüffer/Koch*, § 57 Rn. 19; *Bielak*, Kapitalschutz,
S. 236 ff.; zum Recht der Gesellschafterdarlehen BGH NJW 1992, 1167, 1168 = WM 1992, 270;
NJW-RR 2012, 815, 816 = WM 2012, 843; *FK-InsO/Bornemann*, § 39 Rn. 77.

⁶³ Ähnlich *MK-GmbHG/J. Mayer*, § 2 Rn. 143 (bezogen auf Treuhandverhältnisse).

⁶⁴ Für klare Differenzierung der Begründungstopoi bei gläubigerschützenden Regeln einer-
seits und mitgliederschützenden Regeln andererseits auch *MK-GmbHG/J. Mayer*, § 2 Rn. 143 (be-
zogen auf Treuhandverhältnisse).

vertraglicher Selbstbestimmung (Privatautonomie) sind damit vor allem Aspekte des subjektiven Vertrauensschutzes aufgerufen. Der Blick wird insofern namentlich auf die Absätze 2 und 3 des § 311 BGB zu richten sein, wo es ausweislich der amtlichen Überschrift um „rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse“ geht.⁶⁵

Gegen ein derart konturiertes, teleologisches Primat der Rechtsgeschäftslehre – unter Einschluss der Lehre von den rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen – lässt sich nicht etwa einwenden, dass nach der im Gesellschaftsrecht dominierenden *modifizierten Normentheorie* auch die Inhalte von Gesellschaftssatzungen aufgrund ihres Organisationscharakters („Verbandsverfassung“⁶⁶) „wie objektives Recht behandelt [werden], was namentlich bei der Auslegung [...] eine bedeutsame Rolle spielt.“⁶⁷ Denn zum einen bleibt dieses Prinzip überwiegend auf BGB-Vereine und Kapitalgesellschaften beschränkt,⁶⁸ so dass für die hier ebenfalls interessierenden Personengesellschaften nichts gewonnen ist, und zum anderen gelangt es nur gegenüber solchen Personen zur Anwendung, die der Verbandsverfassung überhaupt unterworfen sind. Wovon Letzteres wiederum abhängt, ob es insbesondere einer formalen Teilhabe an der Satzungsautonomie – sei es durch Teilnahme an der Gesellschaftserrichtung oder durch späteren Beitritt – bedarf oder z. B. auch eine anders gelagerte Nähe- oder Vertrauensbeziehung zur Gesellschaft oder zu einem ihrer Mitglieder genügt, ist, wie gesagt, eine vorgelagerte Frage rechtsgeschäft(sähn)licher Natur.

D. Gang der Darstellung

Nach diesen grundsätzlichen Überlegungen bedarf es im Folgenden einer zweigleisigen Betrachtung. Unter welchen Voraussetzungen mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen Anwendung auf nicht an der Gesellschaft beteiligte Dritte finden können, ist für verkehrsschützende und mitgliederschützende Pflichten nach Maßgabe der jeweils relevanten Begründungstopoi getrennt zu entfalten. Zunächst soll es um die verkehrsschützenden Bestimmungen gehen (§ 4), wo den Regeln der körperschaftlichen Finanzverfassung die praktisch größte Bedeutung zukommt. Bei den mitgliederschützenden Vorschriften (§ 5) steht vor allem die mitgliedschaftliche Treupflicht im Fokus.

⁶⁵ Vgl. zunächst nur *M. Winter*, Treuebindungen, S. 68 f.; *K. Schmidt*, GesR, S. 588 mit Blick auf die mitgliedschaftliche Treupflicht („Schlagworte: culpa in contrahendo und culpa post contractum finitum“).

⁶⁶ Etwa *MK-GmbHG/J. Mayer*, § 2 Rn. 7.

⁶⁷ *K. Schmidt*, GesR, S. 77; s. auch *Wiedemann* in FS Hüffer, S. 1091, 1096; *Grigoleit*, Gesellschaftscharterhaftung, S. 295 in Fn. 33 m. w. N.

⁶⁸ S. nur *K. Schmidt*, GesR, S. 77; speziell für Unternehmensverträge nach § 291 AktG auch GK-AktG/*Mülbert*, § 291 Rn. 40 f. Lediglich bei Publikums-Personenverbänden nimmt die h. M. an, dass der Gesellschaftsvertrag wie die Satzung einer Kapitalgesellschaft auszulegen ist; vgl. nur *BGH NJW* 1979, 2102 f. = *WM* 1979, 672; *Baumbach/Hopt/Roth*, Anh. § 177a Rn. 67 m. w. N.

Angesichts dieses konzeptionellen Dualismus stellt sich schließlich noch einmal die Frage, innerhalb welcher Grenzen die Entwicklung einer „allgemeinen Einbeziehungslehre“ überhaupt möglich scheint. Ein vollends geschlossener Entwurf dürfte den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Es kann daher nur um das Aufzeigen von Grundlinien gehen. Zunächst liegt die folgende These nahe: Obwohl der Problemzugriff zwischen verkehrs- und mitgliederschützenden Bestimmungen differiert, sollten bei den jeweils zu entfaltenden Anwendungsvoraussetzungen bestimmte Konvergenzen aufzuspüren sein, die gewissermaßen als allgemeine *Aufgreifkriterien* für die Erstreckung mitgliederschaftlicher Verhaltensbindungen auf Dritte fungieren können. Als solche bedürfen sie sodann freilich noch der Ergänzung um bestimmte *Eingriffskriterien*, die jeweils bereichsspezifisch zu entwickeln sind.⁶⁹ All dies soll hier, inklusive etwaiger Implikationen für die Lösung der in § 1 aufgeworfenen Corporate Governance-Probleme, unter § 6 skizziert werden.

§ 4 Mitgliedschaftliche Verkehrsschutzregeln

A. Überblick

Wenn es bei der Anwendung verkehrsschützender Verhaltensbindungen auf Dritte um die Verhinderung von Gesetzesumgehungen geht,⁷⁰ empfiehlt sich im Ausgangspunkt eine abstrakte Kategorisierung der in Betracht kommenden, im Einzelnen durchaus verschiedenen Konstellationen. Ebenfalls lohnt eine Vorabbeurteilung der zur Verhinderung von Umgehungsversuchen jeweils vorstellbaren Lösungsansätze, d. h. Analogieschlüsse. Auch diese können im Ergebnis durchaus unterschiedlich ausfallen.

I. „Echte“ Dritterstreckung

Am bedeutsamsten dürften Fälle sein, in denen die Umgehung gerade durch eine Verschleierung der Gesellschafterstellung erfolgt. Gemeint ist das eingangs⁷¹ erwähnte Auftreten eines sog. Quasi- oder faktischen Gesellschafters, der die Gesellschafterstellung zwar nicht formal, aber bei wertender Betrachtung funktional innehat, indem er bestimmte mitgliederschaftliche Befugnisse der Sache nach ausübt. Resultieren kann dies aus einer bestimmten direkten Nähebeziehung zur Gesellschaft selbst oder mittelbar aus einer solchen zu einem ihrer Gesellschafter. Im

⁶⁹ Ein derartiger Dualismus von Aufgreif- und Eingriffskriterien ist z. B. aus dem Wettbewerbsrecht bekannt, genauer: aus dem Recht der Fusionskontrolle; s. etwa Wandtke/Müller, Kap. 2, § 2 Rn. 41.

⁷⁰ Oben, § 3 C. III. 1. (S. 16 f.).

⁷¹ § 3 A. (S. 9).

zweiten Fall, dem die praktisch größere Relevanz zukommen dürfte, lässt sich plakativ von einem „Gesellschafter hinter dem Gesellschafter“ oder „mittelbaren Gesellschafter“ sprechen.⁷² Die Lösung liegt jeweils in einer analogen Anwendung der Norm auf den Dritten;⁷³ es geht mithin um eine Erweiterung ihres Anwendungsbereichs in personaler Hinsicht, d. h. um eine sozusagen „echte“ Dritterstreckung.⁷⁴

II. „Unechte“ Dritterstreckung

Daneben begegnen Sachverhalte, in denen nicht die Gesellschafterstellung als solche, sondern ein bestimmtes tatbestandsmäßiges Verhalten – Tun oder Unterlassen – durch die Einschaltung eines Dritten verschleiert wird. So liegt es etwa, wenn eine nach § 30 GmbHG oder § 57 AktG verbotene Zuwendung nicht an den Gesellschafter selbst, sondern an eine ihm subordinierte oder persönlich nahestehende (Hilfs-)Person gewährt wird.

In solchen Fällen kommen gleich zwei Lösungen (alternativ oder nebeneinander) in Betracht: Zum einen kann das Verhalten dem Gesellschafter zugerechnet und dieser im Ergebnis so behandelt werden, als habe er z. B. die Zuwendung selbst empfangen. Zum anderen kann der Dritte so gestellt werden, als sei ihm die Leistung nicht als solchem, sondern als Gesellschafter gewährt worden, namentlich, indem man eine wirtschaftliche (Zurechnungs-)Einheit zwischen ihm und dem vorgeordneten (Formal-)Gesellschafter fingiert. Methodisch erfolgt beides im Wege der Analogie bzw. der erweiternden Auslegung,⁷⁵ wobei im ersten Fall eine Verhaltens-, im zweiten Fall eine Identitätszurechnung zugrunde liegt.

Insofern geht es freilich weder hier noch dort um eine „echte“ Dritterstreckung im soeben (I.) skizzierten Sinn: Bei einer bloßen Verhaltenszurechnung bleibt ausschließlich der Formalgesellschafter verantwortlich, während bei Annahme einer Zurechnungseinheit zwar (auch) der Dritte wie (oder als) der Gesellschafter (mit) haftet, funktional gesehen aber kein Mehr-, sondern ein Zweipersonenverhältnis – zwischen Gesellschaft und Zurechnungseinheit – vorliegt⁷⁶. Die beiden Konstellationen lassen sich daher als Fälle „unechter“ Dritterstreckung bezeichnen.⁷⁷

⁷² MK-HGB/K. Schmidt, Vor § 230, Rn. 60; Armbrüster, ZIP 2009, 1885; Kindler, ZIP 2009, 1146.

⁷³ S. etwa Scholz/Verse, § 30 Rn. 38 ff. (für die Kapitalerhaltungsregeln im GmbH-Recht).

⁷⁴ Mit ähnlicher Beschreibung des Phänomens und seiner Rechtsfolge (freilich exklusiv bezogen auf Treuhandverhältnisse und bei zum Teil abweichenden inhaltlich-konzeptionellen Vorstellungen) BGHZ 118, 107, 113 = NJW 1992, 2023 („Verdoppelung“ der Gesellschafterstellung); Ulmer in FS Odersky, S. 873, 894 („Erstreckung der Mitgliedstellung“); Henssler, AcP 196 (1996), 37, 81 („Doppelzuständigkeit“).

⁷⁵ Zur Abgrenzung s. nur Benecke, Gesetzesumgehung, S. 186 m. w. N. Vgl. auch Bielak, Kapitalschutz, S. 212 ff.

⁷⁶ Wie hier bereits Mülbert/A. Wilhelm in FS Hommelhoff, S. 747, 753.

⁷⁷ Mit in der Sache ähnlicher Differenzierung FK-InsO/Bornemann, § 39 Rn. 63 ff., der nicht

Im Übrigen nicht gemeint sind Fälle, in denen ein Dritter in (potenziell) regulierungsbedürftiger Weise nicht etwa aufseiten des *Normadressaten*, sondern aufseiten der *Gesellschaft* – d. h. von dieser eingeschaltet – in Erscheinung tritt. Insbesondere im Kontext der Kapitalschutzregeln mag dies vorkommen und von Fall zu Fall eine Anwendung der Normen unter Zurechnungsgesichtspunkten gebieten, etwa soweit das gebundene Kapital der Gesellschaft (mittelbar) tangiert wird. Im Folgenden bedarf dies freilich keiner Vertiefung, da es insoweit gerade nicht um eine Erstreckung von Gesellschafterpflichten auf Außenstehende im oben dargelegten Sinne geht.⁷⁸

III. Weitere Vorgehensweise

Aus der Rechtsprechung sind sowohl Fälle echter als auch unechter Dritterstreckung bekannt. Ebenfalls werden im Schrifttum sämtliche Konstellationen samt der potenziell in Betracht kommenden Lösungen diskutiert. Die Details der (Analogie-)Bedingungen und Rechtsfolgen sind indes umstritten: Während bei den Anforderungen an eine bloße Verhaltenszurechnung noch weitgehend Konsens besteht, erweisen sich insbesondere die Voraussetzungen einer Identitätszurechnung sowie jene der echten Dritterstreckung als zweifelhaft. Im Folgenden sollen die einzelnen Fallgruppen nacheinander behandelt werden. Zunächst ist auf die echte Dritterstreckung einzugehen (B.). Sodann sind die Fälle unechter Dritterstreckung zu beleuchten (C.), um abschließend eine übergreifende Würdigung vollziehen zu können (D.).

B. Echte Dritterstreckung

I. Konzeptionelle Grundlagen

1. Problemaufriss

Wenn es bei der echten Dritterstreckung darum geht, per Analogie auf eine tatsächlich-funktionale Ausübung mitgliedschaftlicher Befugnisse zu reagieren, erscheint der gebotene Beurteilungsmaßstab *prima facie* eindeutig. Da sich die Befugnisse des Gesellschafters bei allen Gesellschaftsformen in Mitverwaltungs- und Vermögensrechte aufgliedern,⁷⁹ müsste es – vorbehaltlich einer legislatorischen Absage an die Analogie aus besonderen Gründen⁸⁰ – im Prinzip schlicht darauf ankommen, ob der Dritte gerade solche Befugnisse wahrzunehmen vermag; anders gewendet müsste sich die für eine Analogie nach allgemeinen Regeln erfor-

von „echter“ und „unechter“ Dritterstreckung, sondern von „status-“ und „transaktionsbezogener“ Entsprechung spricht.

⁷⁸ Näher zu diesem Sonderthema etwa *Bielak*, Kapitalschutz, S. 241 ff. m. w. N.

⁷⁹ S. etwa MK-AktG/*Heider*, § 11 Rn. 11 ff.

⁸⁰ Dazu noch eingehend unten, § 4 B. IV.–VII. (S. 159–191).

derliche vergleichbare Interessenlage⁸¹ gerade hieran erkennen lassen. Konkret wäre zu fragen, ob der Dritte je nach Gesellschaftsform z. B. durch die Ausübung von Stimm-, Informations- oder Kontrollrechten wie ein Gesellschafter auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss nehmen kann (Verwaltungsaspekt) bzw. an Gewinn und/oder Vermögen (Auseinandersetzungsguthaben) beteiligt wird (Vermögensaspekt).

Bei näherem Zusehen ist dieser intuitiv gegriffene Maßstab allerdings denkbar unscharf. Insbesondere lässt er offen, ob der Analogieschluss unter der Bedingung kumulativer oder alternativer Einräumung entsprechender Befugnisse stehen oder ob es exklusiv auf die eine oder die andere Komponente ankommen soll.

2. Keine zwingend-rechtliche Konzeption des Gesetzes

Welcher Anknüpfungspunkt für die Erstreckung verkehrsschützender Verhaltensbindungen im Allgemeinen und der (un)beschränkten Gesellschafterhaftung im Besonderen zu wählen ist, stellt sich somit unter einem ganz generellen Blickwinkel. Vor allem im Schrifttum der 1960er bis 1980er Jahre hat es wiederholt Versuche gegeben, für das gesamte Gesellschafts- oder zumindest für das Personengesellschaftsrecht den Geltungsgrund mitgliedschaftlicher Haftung (Verantwortung) wahlweise in der Wahrnehmung von Mitverwaltungsrechten (Handlungs- bzw. Herrschaftsbefugnissen)⁸² oder im Genuss von Vermögensrechten (wirtschaftlichen Interessen)⁸³ zu verorten.⁸⁴ Demgegenüber haben sich BGH und h. L. jedenfalls vom Boden der *lex lata* aus betrachtet bei mehreren Gelegenheiten in beide Richtungen ablehnend positioniert.⁸⁵ Tatsächlich sind dem Gesetz weder für Kapital- noch für Personengesellschaften explizite Vorgaben dafür zu entnehmen, dass eine konzeptionelle Korrelation gleich welcher Art rechtlich zwingend wäre.

⁸¹ Allgemein zu den Voraussetzungen einer Analogie statt aller *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 202 ff.

⁸² S. etwa *Reuter*, ZGR 1978, 633, 640; *Wiedemann*, GesR I, S. 432 („allgemeine[s] Rechtsprinzip, wonach sich Einfluß und Verantwortung entsprechen“); *ders.*, NZG 2013, 1041, 1045; *ders.* in *FS* Beusch, S. 893, 912 (Prinzip „Haftung für Herrschaft“); *ders.* in *FS* Hüffer, S. 1091, 1098 f.; aus jüngerer Zeit auch *Koller*, WuB II H. § 230 HGB 1.10, S. 626 („Prinzip des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung“); *Kindler* in *FS* K. Schmidt, S. 871, 885. Für w. N. *Armbrüster*, Treuhand, S. 200 (in Fn. 928) und S. 204 ff.

⁸³ In diesem Sinne von einem Gleichlauf von „Chance und Risiko“ spricht *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 82 (am Beispiel der Treuhandverhältnisse); ähnlich *Pleyer*, GmbHR 1960, 44, 45; *ders.*, GmbHR 1963, 206, 207; *Thurnher*, DB 1994, 1709, 1711. Näher zum Ganzen *Armbrüster*, Treuhand, S. 209 ff.

⁸⁴ Überblick zum Ganzen bei *Armbrüster*, Treuhand, S. 198 ff.; *ders.*, ZIP 2009, 1885, 1888 f.

⁸⁵ Für Personenverbände BGHZ 45, 204 = NJW 1966, 1309; 122, 123, 131 = NJW 1993, 803 – *TBB*; 178, 271, 277 = NJW-RR 2009, 254; *H/S/Servatius*, § 714 BGB Rn. 11; *Flume*, BGB AT I/1, § 14 VIII, S. 244 („bare Ideologie“); für Körperschaften OLG Frankfurt, GmbHR 1990, 79, 82; *Lutter*, ZGR 1982, 244, 266; *Wiesner* in *FS* Ulmer, S. 673, 675 ff.

Geht man zunächst von Personengesellschaften aus, mag zwar vor allem die Abstufung der Rechtspositionen in der KG *prima facie* Gegenteiliges indizieren.⁸⁶ Dort geht die beschränkte Haftung der Kommanditisten im Vergleich zu den Komplementären nach dem Leitbild des Gesetzes mit einem ebenso beschränkten Einfluss auf die Geschäftsführung einher (§§ 114–116, 125, 126 vs. §§ 164, 166, 170 HGB), was eine zumindest graduelle Korrelation von Haftung und Herrschaft nahezulegen scheint. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag die Mitwirkungsrechte des Kommanditisten innerhalb der durch das sog. Prinzip der Selbstorganshaft⁸⁷ gesteckten Grenzen erheblich modifizieren und ihm z. B. Geschäftsführungsbefugnisse oder (rechtsgeschäftliche) Vertretungsmacht gewähren,⁸⁸ ohne dass dies eine Verschärfung seiner Haftung begründet.⁸⁹ Umgekehrt bedeutet eine statutarische Einschränkung seiner (ohnehin bescheidenen) Mitverwaltungsrechte⁹⁰ keinen haftungsmäßigen Vorteil: Der Kommanditist haftet z. B. auch dann, wenn seine Rechte aus § 164 S. 1 Hs. 2 HGB dergestalt kupiert sind, dass ihm nur die nach h. M. zwingende Residualbefugnis zur Geltendmachung pflichtwidrig unterlassener (Geschäftsführungs-)Maßnahmen im Wege der *actio pro socio*⁹¹ verbleibt.

Ebenfalls kein Gleichlauf von Herrschaft und Haftung ist bei Kapitalgesellschaften ersichtlich. Im Aktienrecht sind beispielsweise auch die stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre (§ 139 AktG) sämtlichen verkehrsschützenden Verhaltensbindungen (z. B. der Finanzverfassung) ausgesetzt und haben in Höhe ihrer Einlage ebenso wie die Stammaktionäre für die Gesellschaftsschulden einzustehen, obgleich ihre Mitsprache vorbehaltlich § 141 AktG nahezu ausgeschlossen ist. Entsprechendes gilt in der GmbH: Dort kann die Satzung stimmrechtslose Geschäftsanteile⁹² und – da gemäß § 12 Abs. 2 bzw. § 134 Abs. 1 S. 2 AktG nur in der (börsennotierten) AG verboten – Mehr- oder Höchststimmrechte⁹³ zugunsten bzw. zulasten einzelner Gesellschafter vorsehen, ohne dass dies haftungsschärfende bzw. -mildernde Konsequenzen hätte. Zwingend verbleiben müssen dem Gesellschafter nur seine (wenigen) absolut unentziehbaren Rechte,⁹⁴ insbesondere das Recht zur Teilnahme an der Gesellschaftsversammlung, das Einberufungsrecht (§ 50 GmbHG, § 122 AktG), das Informationsrecht (§ 51a GmbHG, § 131

⁸⁶ S. auch *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885, 1888; *ders.*, Treuhand, S. 201.

⁸⁷ Dazu nur *K. Schmidt*, GesR, S. 409 ff.; *Wiedemann*, GesR II, S. 333 ff.; *C. Weber*, Privatautonomie, S. 75.

⁸⁸ Näher *Oetker/Oetker*, § 164 Rn. 37 ff. und § 170 Rn. 3 ff.; *K. Schmidt*, GesR, S. 1537 f.

⁸⁹ S. schon *Armbrüster*, Treuhand, S. 200 f.; zudem statt aller *Oetker/Oetker*, § 164 Rn. 43.

⁹⁰ Näher zu dieser Möglichkeit und Grenzen BGH NJW 1989, 225 = WM 1988, 1447 (bzgl. Informationsrechte); *Oetker/Oetker*, § 164 Rn. 22 ff.; *EBJS/Weipert*, § 164 Rn. 16 ff.; *MK-HGB/Enzinger*, § 119 Rn. 68 f.

⁹¹ Speziell dazu *EBJS/Weipert*, § 164 Rn. 16; *MK-BGB/Ulmer/Schäfer*, § 705 Rn. 209 m. w. N.

⁹² Hierzu *BeckOK-GmbHG/Ziemons*, § 5 Rn. 42; *MK-GmbHG/Drescher*, § 47 Rn. 124.

⁹³ Wegen Ersterer s. *MK-GmbHG/Drescher*, § 47 Rn. 124; *Michalski/Römermann*, § 47 Rn. 360; wegen Letzterer *R/A/Roth*, § 47 Rn. 17; *Römermann*, a. a. O., § 47 Rn. 361 (m. w. N.).

⁹⁴ *MK-GmbHG/Reichert/Weller*, § 14 Rn. 83 ff.; *GK-GmbHG/Raiser*, § 14 Rn. 37 f.

AktG), die Befugnis zur Geltendmachung von Beschlussmängeln (insbesondere gemäß §§ 241 ff. AktG) und das Recht zur Erhebung von Auflösungs- (§ 61 GmbHG) oder Gesellschafterklagen.⁹⁵

Eine unlösbare rechtliche Korrelation mit den Vermögensrechten besteht ebenso wenig.⁹⁶ Im Ergebnis ist es bei jeder Gesellschaftsform zumindest mit Zustimmung des Betroffenen möglich, die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte abzubedingen, sei es in der Satzung oder per Gesellschafterbeschluss im Einzelfall. Dies gilt vor allem für das Gewinnbezugsrecht⁹⁷ und/oder das Recht auf Partizipation am Liquidationserlös,⁹⁸ daneben aber auch – bei Kapitalgesellschaften – für das Bezugsrecht im Rahmen von Kapitalerhöhungen⁹⁹. Jedenfalls im GmbH-Recht kommt sogar weitgehend in Betracht, die Mitverwaltungs- und Vermögensrechte eines Gesellschafters kumulativ auszuhöhlen und, damit zwangsläufig korrespondierend, die Positionen der Mitgesellschafter entsprechend aufzuwerten.¹⁰⁰ Auswirkungen auf die Haftung oder die Geltung sonstiger verkehrsschützender Pflichten hat dies in keinem Fall.¹⁰¹

⁹⁵ H/S/*Mollenkopf*, § 45 GmbHG Rn. 10; GK-GmbHG/*Raiser*, § 14 Rn. 38; H/S/*Verse*, § 14 GmbHG Rn. 61 (für die GmbH); Sp/St/*Vatter*, § 11 Rn. 11 ff.; MK-AktG/*Heider*, § 11 Rn. 50 ff. (für die AG); K. *Schmidt*, GesR, S. 470 f.; näher zu Gesellschafterklagen im Speziellen *Wiedemann* in FS Goette, S. 617, 622 ff.

⁹⁶ So im Ergebnis auch *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885, 1889 (für Personengesellschaften); ferner *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377, 380 f.; *Armbrüster*, Treuhand, S. 210.

⁹⁷ Die Zulässigkeit einer gewinnlosen Beteiligung (*societas leonina*) ist nach ganz h.M. anerkannt; s. für Personengesellschaften BGH NJW 1987, 3124, 3125 = WM 1987, 689; MK-HGB/*Priester*, § 121 Rn. 37; für die GmbH BGHZ 14, 264, 269 ff. = NJW 1954, 1563; H/S/*Verse*, § 14 GmbHG Rn. 62; GK-GmbHG/*W. Müller*, § 29 Rn. 94; für die AG Hüffer/*Koch*, § 11 Rn. 4; MK-AktG/*Heider*, § 11 Rn. 12; Sp/St/*Vatter*, § 11 Rn. 9.

⁹⁸ S. für OHG und KG z.B. GK-HGB/*Habersack*, § 155 Rn. 4; MK-HGB/*K. Schmidt*, § 155 Rn. 3; für die GmbH MK-GmbHG/*H.F. Müller*, § 72 Rn. 17; Michalski/*Nerlich*, § 72 Rn. 25 ff.; für die AG MK-AktG/*Koch*, § 271 Rn. 22; H/S/*Drescher*, § 271 AktG Rn. 7.

⁹⁹ Bei der AG ist ein Bezugsrechtsausschluss gemäß § 186 Abs. 3 AktG (nur) gemeinsam mit dem Mehrheitsbeschluss über die Kapitalerhöhung (§ 182 AktG) zulässig. Zudem sind die (mittlerweile aufgeweichten) materiellen Schranken nach BGHZ 71, 40 = NJW 1978, 1316 – *Kali und Salz* zu beachten; näher *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 250 f. Im GmbH-Recht wird ein Bezugsrechtsausschluss unter dieser Prämisse teils bereits in der Gründungssatzung für zulässig erachtet; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich*, § 55 Rn. 25 ff. m. w. N.

¹⁰⁰ Nach BGHZ 14, 264, 273 = NJW 1954, 1563 ist der gleichzeitige Ausschluss von Gewinn- und Stimmrecht möglich, wenn nur die Beteiligung am Liquidationserlös, die absolut unentziehbaren Mitverwaltungsrechte (dazu soeben) und das Anfechtungsrecht verbleiben; noch großzügiger (mit Unterschieden) GK-GmbHG/*Raiser*, § 14 Rn. 37; MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 14 Rn. 92; *Scholz/Seibt*, § 14 Rn. 33. Indes ist es bei der AG unzulässig, stimmrechtslose Vorzugsaktien ohne jeden Dividendenvorzug auszugeben, vgl. Hüffer/*Koch*, § 139 Rn. 11.

¹⁰¹ Teils a. A. *Ch. Keller*, WuB VI A. § 39 InsO 1.13, S. 50 (für teleologische Reduktion von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n. F. u. a. dort, wo Gesellschafter „kein Gesellschafterrisiko tragen oder keine Gesellschafterinitiative entfalten können“).