

Die Pflicht zur Verlustübernahme im GmbH- Vertragskonzern

- Erforderlichkeit und Rechtfertigung einer
Analogie von § 302 AktG im GmbH-Recht -

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von
Marek Wede LL.B.
aus: Bremen

Referent: Professor Dr. Ulrich Ehrlicke LL.M. (London), M.A.
- am Tag der mündl. Prüfung vertr. d. Professor Dr. Joachim Hennrichs -

Korreferentin: Frau Professor Dr. Barbara Grunewald

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Juni 2016

Papa

* 18. Januar 1948

† 19. September 2014

Danksagung

Diese Arbeit wurde durch die Förderung der Hanns-Seidel-Stiftung e.V., München, gefördert.

Der Stiftung gilt mein besonderer Dank.

Mein Dank gilt weiterhin dem Betreuer dieser Arbeit, Herrn Professor Dr. Ulrich Ehrlicke, für die wertvolle Unterstützung und bereichernden Diskussionen während der gesamten Erstellung dieser Arbeit.

Literaturverzeichnis

<i>Adams, Michael</i>	Der Markt für Unternehmenskontrolle und sein Missbrauch, AG 1989, S. 333 – 338. [zitiert als: <i>Adams</i> AG 1989, S.]
<i>Akerlof, George A.</i>	'The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 'The Quarterly Journal of Economics, 1970, 488 – 500. [zitiert als: <i>Akerlof</i> QJE 1970, S.]
<i>Altmeyden, Holger</i> <i>Roth, Günter</i>	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 7. Auflage, München 2012. [zitiert als: Roth/Altmeyden]
<i>Altmeyden, Holger</i>	Cash Pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, NZG 2010, 361 – 368 . [zitiert als: <i>Altmeyden</i> NZG 2010, S.]
<i>Ders.</i>	Interessenkonflikte im Konzern, ZHR 171 (2007), 320 – 341. [zitiert als: <i>Altmeyden</i> ZHR 171 (2007), S.]
<i>Arrow, Kenneth J.</i>	The Limits of Organization, New York 1974. [zitiert als: <i>Arrow</i> Limits of Organization, S.]
<i>Autenrieth, Karlheinz</i>	Die Haftung für Darlehen der abhängigen Gesellschaft an die Konzernmutter im faktischen GmbH-Konzern, GmbHR 1984, S. 198 – 201. [zitiert als: <i>Autenrieth</i> GmbHR 1984, S.]
<i>Baldamus, Ernst-August</i>	An wen ist beim Gewinnabführungsvertrag Ausgleich zu zahlen?, ZGR 2007, 819 – 867. [zitiert als: <i>Baldamus</i> ZGR 2007, S.]
<i>Ballerstedt, Kurt</i>	Gesellschaftsrechtliche Probleme der Reform des GmbH-Rechts, ZHR 135 (1971), S. 383 – 409. [zitiert als: <i>Ballerstedt</i> ZHR 135 (1971), S.]
<i>Bälz, Ulrich</i>	Einheit und Vielheit im Konzern, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974. [zitiert als <i>Bälz</i> FS Raiser, S.]
<i>Ders.</i>	Verbundene Unternehmen, AG 1992, 277 – 311. [zitiert als: <i>Bälz</i> AG 1992, S.]
<i>Baßeler, Ulrich</i> <i>Heinrich, Jürgen</i> <i>Utecht, Burkhard</i>	Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, 17. Auflage, Stuttgart 2002. [zitiert als: <i>Baßeler/Heinrich/Utecht</i> Volkswirtschaft S.]
<i>Basten, Barbara</i>	Beschränkung der Verlustausgleichspflicht im qualifiziert fakti-

	<p>schen GmbH-Konzern? GmbHR 1990, 442 – 448. [zitiert als: <i>Basten</i> GmbHR 1990, S.]</p>
<p><i>Baumbach, Adolf</i> <i>Hueck, Alfred</i></p>	<p>GmbH-Gesetz, Kommentar, 20. Auflage, München 2013. [zitiert als: <i>Baumbach/Hueck/Verfasser</i>]</p>
<p><i>Berk, Jonathan</i> <i>DeMarzo, Peter</i></p>	<p>Corporate Finance, Boston 2007. [zitiert als: <i>Berk/DeMarzo</i> Corporate Finance, S.]</p>
<p><i>Berthold, Dorothee</i></p>	<p>Unternehmensverträge in der Insolvenz, Köln 2004. [zitiert als: <i>Berthold</i> S.]</p>
<p><i>Bicker, Eike</i></p>	<p>Offene Fragen der Existenzvernichtungshaftung im Konzern, DZWir 2007, 284 – 288. [zitiert als: <i>Bicker</i> DZWir 2007, S.]</p>
<p><i>Bitter, Georg</i></p>	<p>Das „TBB“-Urteil und das immer noch vergessene GmbH- Vertragskonzernrecht, ZIP 2001, S. 265 – 278. [zitiert als: <i>Bitter</i> ZIP 2001, S.]</p>
<p><i>Blümich, Bernd,</i> <i>Brandis, Peter</i></p>	<p>Einkommensteuergesetz – Körperschaftsteuergesetz - Gewer- besteuerungs-gesetz Kommentar, 123. Ergänzungslieferung, Mün- chen 2014. [zitiert als: <i>Blümich/Verfasser</i>]</p>
<p><i>Bork, Reinhard</i></p>	<p>Einführung in das Insolvenzrecht, 6. Auflage, Tübingen 2012. [zitiert als: <i>Bork</i> S.]</p>
<p><i>Brömmelmeyer, Christoph</i></p>	<p>Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Bei- trag zur Konkretisierung des Business Judgment Rule, WM 2005, 2065 – 2070. [zitiert als: <i>Brömmelmeyer</i> WM 2005, S.]</p>
<p><i>Büchtling, Hans-Ulrich</i> <i>Heussen, Benno</i></p>	<p>Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Auflage, München 2011. [zitiert als: <i>Beck RA-Hdb/Verfasser</i>]</p>
<p><i>Bungert, Hartwin</i></p>	<p>Unternehmensvertragsbericht und Unternehmensvertragsprü- fung gemäß §§ 293 a ff. AktG (Teil II), DB 1995, S. 1449 – 1456. [zitiert als: <i>Bungert</i> DB 1995, S.]</p>
<p><i>Burg, Michael</i> <i>Hützen, Peter</i></p>	<p>Existenzvernichtungshaftung im Vertragskonzern, Der Kon- zern 2010, 20 – 27. [zitiert als: <i>Burg/Hützen</i> Der Konzern 2010, S.]</p>
<p><i>Clemm, Hermann</i></p>	<p>Die Grenzen der Weisungsfolgepflicht des Vorstands ZHR 141 (1977), 197 – 208. [zitiert als: <i>Clemm</i> ZHR 141 (1977), S.]</p>

<i>Dierdorf, Josef</i>	Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage, Köln 1978. [zitiert als: <i>Dierdorf</i> Herrschaft und Abhängigkeit, S.]
<i>Doralt, Peter</i>	Konzernrecht in Österreich, in: Konzernrecht im Ausland, ZGR Sonderheft 11, 1994, S. 192 – 228. [zitiert als: <i>Doralt</i> ZGR Sonderheft 11, S.]
<i>Dötsch, Ewald</i> <i>Pung, Alexandra</i> <i>Möhlenbrock, Rolf</i>	Die Körperschaftssteuer, Kommentar zum Körperschaftssteuer-gesetz, Band 3, 77. Ergänzungslieferung, Stuttgart 2013. [zitiert als: DPM KStG/ <i>Verfasser</i>]
<i>Druey, Jean Nicolas</i>	Die Zukunft des Konzernrechts, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012. [zitiert als: <i>Druey</i> FS Hommelhoff, S.]
<i>Ders.</i>	Empfiehl es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten – neu zu regeln? Gutachten G/H zum 59. Deutschen Juristentag, Hannover 1992. [zitiert als: <i>Druey</i> Gutachten, H S.]
<i>Ebenroth, Carsten</i>	Die qualifiziert faktische Konzernierung und ihre körperschaftssteuerrechtliche Auswirkung, AG 1990, 188 – 205. [zitiert als: <i>Ebenroth</i> AG 1990, 188, S.]
<i>Ebricke, Ulrich</i>	Die Haftung im GmbH-Vertragskonzern nach §§ 302, 303 AktG analog – ein (fast) vergessener Irrtum im Konzernrecht, in: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004. [zitiert als: <i>Ebricke</i> FS Immenga, S.]
<i>Ders.</i>	Zur gemeinschaftlichen Sanierung insolventer Unternehmen eines Konzerns, ZInsO 2002, S. 393 – 406. [zitiert als: <i>Ebricke</i> ZInsO 2002, S.]
<i>Ders.</i>	Gedanken zu einem allgemeinen Konzernorganisationsrecht zwischen Markt und Regulierung, ZGR 1996, 300 – 325. [zitiert als: <i>Ebricke</i> ZGR 1996, S.]
<i>Ders.</i>	Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz: Wege zur Vergrößerung der Haftungsmasse abhängiger Konzernunternehmen im Konkurs und Verfahrensfragen; eine rechtsvergleichende Analyse, Tübingen 1998. [zitiert als: <i>Ebricke</i> Konzernunternehmen, S.]
<i>Ders.</i>	Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht, AcP 199 (1999), 257 – 304. [zitiert als: <i>Ebricke</i> AcP 199 (1999), S.]

<i>Ders.</i>	Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns, DZWIR 1999, 353 – 363. [zitiert als: <i>Ebricke</i> DZWIR 1999, S.]
<i>Ders.</i>	Die neue Europäische Insolvenzordnung und grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen, EWS 2002, 101 – 107. [zitiert als: <i>Ebricke</i> EWS 2002, S.]
<i>Emmerich, Volker</i>	Konzernbindungskontrolle, AG 1991, 303 – 312. [zitiert als: <i>Emmerich</i> AG 1991, S.]
<i>Emmerich, Volker</i> <i>Habersack, Mathias</i>	Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Auflage, München 2013. [zitiert als: <i>Emmerich/Habersack</i>]
<i>Dieselb.</i>	Konzernrecht, 10. Auflage, München 2013. [zitiert als: <i>Emmerich/Habersack</i> Konzernrecht]
<i>Engelhardt, Hendrik</i>	Eine empirische Analyse zur Finanzierungspolitik neu gegründeter Unternehmen, Göttingen 2010. [zitiert als: <i>Engelhardt</i> Finanzierungspolitik S.]
<i>Esch, Günter</i>	Die Wirksamkeit von Ergebnisabführverträgen im Recht der GmbH, BB 1986, 272 – 276. [zitiert als: <i>Esch</i> BB 1986, S.]
<i>Eucken, Walter</i>	Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Auflage, Tübingen 2004. [zitiert als: <i>Eucken</i> , S.]
<i>Fichtelmann, Helmar</i>	Beendigung der Organschaft durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens? GmbHR 2005, 1346 – 1349. [zitiert als: <i>Fichtelmann</i> GmbHR 2005, S.]
<i>Fischer, Robert</i> <i>Lutter, Marcus</i>	GmbH-Gesetz Kommentar, 11. Auflage, Köln 1985. [zitiert als: <i>Fischer/Lutter</i>]
<i>Fleischer, Holger</i> <i>Goette, Wulf</i>	Münchener Kommentar zum GmbHG, Band I, §§ 1 – 34, München 2010. [zitiert als: <i>MüKo GmbHG/Verfasser</i>]
<i>Fleischer, Holger</i>	Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006. [zitiert als: <i>Hdb. VorstR/Verfasser</i>]
<i>Ders.</i>	Konzernvertrauenshaftung und corporate advertising - ein aktueller Streifzug durch die schweizerische Spruchpraxis zum Konzernaußenrecht NZG 1999, 685 – 692. [zitiert als: <i>Fleischer</i> NZG 1999, 685, 690.]
<i>Ders.</i>	Konzernrechtliche Vertrauenshaftung, ZHR 163 (1999), 461 – 485. [zitiert als: <i>Fleischer</i> ZHR 163 (1999), S.]

<i>Ders.</i>	Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1 – 6. [zitiert als: <i>Fleischer</i> CCZ 2008, S.]
<i>Ders.</i>	Haftung des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern und unternehmerisches Ermessen (§§ 317 II, 93 I AktG) – Das UMTS-Urteil des BGH, NZG 2008, 371 – 373. [zitiert als: <i>Fleischer</i> NZG 2008, S.]
<i>Flume, Werner</i>	Die Rechtsprechung des II Zivilsenats des BGH zur Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs, ZIP 1996, S. 161 – 167. [zitiert als: <i>Flume</i> ZIP 1996, S.]
<i>Ders.</i>	Das Video-Urteil als Entscheidung des II. Senats des BGH aus dessen Selbstverständnis der Innehabung gesetzgeberischer Gewalt, ZIP 1992, 817 – 820. [zitiert als: <i>Flume</i> ZIP 1992, S.]
<i>Ders.</i>	Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, DB 1956, 455 – 464. [zitiert als: <i>Flume</i> DB 1956, S.]
<i>Ders.</i>	Der Gewinn- und Verlustübernahmevertrag im GmbH-Recht, DB 1989, 665 – 670. [zitiert als: <i>Flume</i> DB 1989, S.]
<i>Förschle, Gerhart Grottel, Bernd Schmidt, Stefan Schubert, Wolfgang</i>	Beck'scher Bilanz-Kommentar, 9. Auflage, München 2014. [zitiert als: <i>BeBiKo/Verfasser</i>]
<i>Gäbelein, Wolfgang</i>	Ende der Haftungsgrenzen im Konzern? Video-Urteil des BGH vom 23.9.1991 – II ZR 135/90, GmbHR 1992, S. 273 – 275. [zitiert als: <i>Gäbelein</i> GmbHR 1992, S.]
<i>Geßler, Ernst</i>	Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR 140 (1976), S. 433 – 441. [zitiert als: <i>Geßler</i> ZHR 140 (1976), S.]
<i>Goette, Wulf Habersack, Mathias</i>	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1 – 75, 3. Aufl., München 2008; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5, §§ 278 – 328, Spruchgesetz, 3. Aufl., München 2010; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6, §§ 329 – 410, WpÜG, 3. Aufl., München 2011. [zitiert als: <i>MüKo AktG/Verfasser</i>]
<i>Goette, Wulf</i>	Die GmbH, Darstellung anhand der Rechtsprechung des

	BGH, 2. Auflage, München 2002. [zitiert als: <i>Goette GmbH</i> , S.]
<i>Ders.</i>	Einführung in das neue GmbH-Recht mit Materialien zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, München 2008. [zitiert als: <i>Goette Das neue GmbH-Recht</i> , S.]
<i>Gosch, Dietmar</i>	Körperschaftsteuergesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2009. [zitiert als: <i>Gosch KStG/Verfasser</i>]
<i>Haas, Ulrich</i>	Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadensersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was gehört? ZIP 2006, 1373 – 1382. [zitiert als: <i>Haas ZIP 2006, 1373, S.</i>]
<i>Hahn, Hartmut</i>	Bezugnahme auf § 302 AktG im Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH wirklich erforderlich?, DStR 2009, S. 1834 – 1838. [zitiert als: <i>Hahn DStR 2009, S.</i>]
<i>Harte-Bavendamm, Henning Henning-Bodewig, Frauke</i>	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 3. Auflage, München 2013. [zitiert als <i>Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig UWG/Verfasser</i>]
<i>Heidel, Thomas</i>	Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, 2011. [zitiert als: <i>Heidel/Verfasser</i>]
<i>Hengeler, Hans Hoffmann-Becking, Michael</i>	Insolvenz im Vertragskonzern, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976. [zitiert als: <i>Hengeler/Hoffmann-Becking FS Hefermehl, S.</i>]
<i>Henssler, Martin Strohn, Lutz</i>	Gesellschaftsrecht, Bd. 62, München 2011. [zitiert als: <i>Henssler/Strohn/Verfasser</i>]
<i>Hentzen, Matthias</i>	Zulässigkeit der Verrechnung des Verlustausgleichsanspruchs aus § 302 Abs. 1 AktG im Cash Pool, AG 2006, S. 133 – 142. [zitiert als: <i>Hentzen AG 2006, S.</i>]
<i>Hillier, David Ross, Stephen Westerfield, Randolph Jaffe, Jeffrey Jordan, Bradford</i>	Corporate Finance, 1. Europäische Auflage, Berkshire 2010. [zitiert als: <i>Hillier/Ross/Westerfield/Jaffe/Jordan Corporate Finance</i>]
<i>Hirte, Heribert</i>	Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts, ZIP 2008, S. 444 – 449. [zitiert als: <i>Hirte ZIP 2008, S.</i>]

<i>Ders.</i>	Der Vertragskonzern im Gesellschaftsrecht. RWS-Dokumentation 13, Köln 1993. [zitiert als: <i>Hirte</i> Der Vertragskonzern, S.]
<i>Hoffmann-Becking, Michael</i>	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 4. Auflage, München 2015. [zitiert als: Münchener Hdb. AG/ <i>Verfasser</i>]
<i>Hölters, Wolfgang</i>	Aktien-gesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2014. [zitiert als: Hölters/ <i>Verfasser</i>]
<i>Hommehblhoff, Peter Freytag, Lars</i>	Wechselseitige Einflüsse von GmbH- und Aktienrecht (Teil II), DStR 1996, S. 1409 – 1416. [zitiert als: <i>Hommehblhoff/Freytag</i> DStR 1996, S.]
<i>Hommelhoff, Peter</i>	Eigenkapital-Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen, WM 1984, S. 1105 – 1118. [zitiert als: <i>Hommelhoff</i> WM 1984, S.]
<i>Hopt, Klaus Wiedemann, Herbert</i>	Großkommentar Aktien-gesetz, Dritter Band: §§ 76 – 94, 4. Aufl., Berlin 2008. Großkommentar Aktien-gesetz, 23. Lieferung: §§ 300 – 310, 4. Aufl., Berlin 2005. [zitiert als: Großkomm AktG/ <i>Verfasser</i>]
<i>Huber, Ulrich</i>	Betriebsführungsverträge zwischen konzernverbundenen Unternehmen, ZHR 152 (1988), S. 123 – 164. [zitiert als: <i>Huber</i> ZHR 152 (1988), S.]
<i>Ders.</i>	Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda, in: Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70 Geburtstag, Köln 2007. [zitiert als: <i>Huber</i> FS Priester, S.]
<i>Hueck, Alfred</i>	Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge, DB 1959, 223 – 228. [zitiert als: <i>A. Hueck</i> DB 1959, S.]
<i>Hueck, Götz Lutter, Marcus Mertens, Hans-Joachim Rehbinder, Eckard Ulmer, Peter Wiedemann, Herbert Zöllner, Wolfgang</i>	Arbeitskreis GmbH-Reform: Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Band II, Heidelberg 1972. [zitiert als: <i>Hueck/Lutter/Mertens/Rehbinder/Ulmer/Wiedemann/Zöllner</i> S.]
<i>Hüffer, Uwe</i>	Aktien-gesetz, 10. Aufl., München 2012. [zitiert als: <i>Hüffer</i>]

<i>Humbeck, Jochen</i>	Plädoyer für ein materielles Konzerninsolvenzrecht, NZI 2013, 957 - 962. [zitiert als: <i>Humbeck</i> NZI 2013, S.]
<i>Immenga, Ulrich</i>	Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern? ZHR 140 (1976), S. 301 – 316. [zitiert als: <i>Immenga</i> ZHR 140 (176), S.]
<i>Kallmeyer, Harald</i>	Schutz vor Übernahmen in der GmbH, GmbHR 2001, 745 – 749. [zitiert als: <i>Kallmeyer</i> GmbHR 2001, S.]
<i>Kasiske, Peter</i>	Existenzgefährdende Eingriffe in das GmbH-Vermögen mit Zustimmung der Gesellschafter als Untreue, wistra 2005, 81 – 86. [zitiert als: <i>Kasiske</i> wistra 2005, S.]
<i>Keßler, Jürgen</i>	Handbuch des GmbH-Konzerns, Berlin 2004. [zitiert als: Hdb. GmbH-Konzern/ <i>Verfasser</i>]
<i>Kessler, Wolfgang</i> <i>Kröner, Michael</i> <i>Köhler, Stefan</i>	Konzernsteuerrecht. National – International, München 2008. [zitiert als: Kessler/Kröner/Köhler/ <i>Verfasser</i>]
<i>Kilian, Wolfgang</i> <i>Heussen, Benno</i>	Computerrechts-Handbuch, 31. Ergänzungslieferung, München 2012. [zitiert als: Kilial/Heussen/ <i>Verfasser</i>]
<i>Kirchhof, Hans-Peter</i> <i>Lwowski, Hans-Jürgen</i> <i>Stürner, Rolf</i>	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3, 1. Auflage, München 2003. [zitiert als: MüKo InsO 1. Aufl./ <i>Verfasser</i>]
<i>Kirchhof, Hans-Peter</i> <i>Eidenmüller, Horst</i> <i>Stürner, Rolf</i>	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2, 3. Auflage, München 2013. Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3, 3. Auflage, München 2014. [zitiert als: MüKo InsO/ <i>Verfasser</i>]
<i>Kleindiek, Detlef</i>	Entstehung und Fälligkeit des Verlustausgleichs im Vertragskonzern, ZGR 2001, S. 479 - 496. [zitiert als: <i>Kleindiek</i> ZGR 2001, S.]
<i>Ders.</i>	Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, ZIP 1988, 613 – 626. [zitiert als: <i>Kleindiek</i> ZIP 1988, S.]
<i>Klöckner, Stefan</i>	Ausfallhaftung der Obergesellschaft bei Beendigung eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags, ZIP 2011, 1454 – 1459. [zitiert als: <i>Klöckner</i> ZIP 2011, S.]

<i>Konzen, Horst</i>	Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG, NJW 1989, S. 2977 – 2986. [zitiert als: <i>Konzen</i> NJW 1989, S.]
<i>Koppensteiner, Hans-Georg</i>	Über die Verlustausgleichspflicht im qualifizierten AG-Konzern, ZHR-Beiheft 1989, 87 – 101. [zitiert als: <i>Koppensteiner</i> ZHR-Beiheft 1989, S.]
<i>Kornblum, Udo</i>	Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2012), GmbHR 2012, S. 728 – 725. [zitiert als: <i>Kornblum</i> GmbHR 1987, S.]
<i>Kötz, Hein Schäfer, Hans-Bernd</i>	Judex oeconomicus, 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht, Tübingen 2003. [zitiert als: <i>Kötz/Schäfer</i> Judex oeconomicus, S.]
<i>Krieger, Gerd</i>	Fehlerhafte Satzungsänderungen – Fallgruppen und Bestandskraft, ZHR 158 (1994), S. 35 – 55. [zitiert als: <i>Krieger</i> ZHR 158 (1994), S.]
<i>Ders.</i>	Verlustausgleich und Jahresabschluss, NZG 2005, 787 – 791. [zitiert als: <i>Krieger</i> NZG 2005, S.]
<i>Kropff, Bruno</i>	Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965, Berlin 2005. [zitiert als: <i>Kropff</i> Aktiengesetz, S.]
<i>Ders.</i>	Einlagenrückgewähr und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, NJW 2009, S. 814 – 817. [zitiert als: <i>Kropff</i> NJW 2009, 814]
<i>Lieb, Manfred</i>	Abfindungsansprüche im (qualifizierten?) faktischen Konzern, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, S. 1151 – 1165, Köln 2000. [zitiert als: <i>Lieb</i> FS Lutter, S.]
<i>Liebscher, Thomas</i>	GmbH-Konzernrecht, Die GmbH als Konzernbaustein, München 2006. [zitiert als: <i>Liebscher</i> GmbH-KonzernR]
<i>Ders.</i>	Die Erfüllung des Verlustausgleichsanspruchs nach § 302 AktG, ZIP 2006, 1221 – 1229. [zitiert als: <i>Liebscher</i> ZIP 2006, S.]
<i>Lutter, Marcus Hommelhoff, Peter</i>	GmbH-Gesetz Kommentar, 17. Auflage, Köln 2009. [zitiert als: <i>Lutter/Hommelhoff/Verfasser</i>]
<i>Dieselb.</i>	Formerfordernisse für Unternehmensverträge im GmbH-Recht, NJW 1988, 1240 – 1242. [zitiert als: <i>Lutter/Hommelhoff</i> NJW 1988, S.]

<i>Lutter, Marcus</i>	Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 1987, 324 – 369. [zitiert als <i>Lutter</i> ZGR 1987, S.]
<i>Ders.</i>	Die Haftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern, ZIP 1985, 1425 – 1435. [zitiert als: <i>Lutter</i> ZIP 1985, S.]
<i>Lwowski, Hans-Jürgen</i> <i>Groeschke, Peer</i>	Die Konzernhaftung der §§ 302, 303 AktG als atypische Sicherheit? WM 1994, S. 613 – 621. [zitiert als: <i>Lwowski/Groeschke</i> WM 1994, S.]
<i>Martens, Klaus-Peter</i>	Das Konzernrecht nach dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes (II) – Kritik und Korrektur, DB 1970, 865 – 869. [zitiert als: <i>Martens</i> DB 1970, S.]
<i>Ders.</i>	Die GmbH und der Minderheitsschutz, GmbHR 1984, 265 – 272. [zitiert als: <i>Martens</i> GmbHR 1984, S.]
<i>Maunz, Theodor</i> <i>Dürig, Günter</i>	Grundgesetz Kommentar, Band I Art. 1 – 5, 69. Lieferung, München 2013. [zitiert als: <i>Maunz/Dürig/Verfasser</i>]
<i>Mertens, Hans-Joachim</i>	Empfiehlt sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens? ZGR 1984, S. 542 – 559. [zitiert als: <i>Mertens</i> ZGR 1984, S.]
<i>Mestmäcker, Ernst Joachim</i>	Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967. [zitiert als: <i>Mestmäcker</i> FS Kronstein, S.]
<i>Michalski, Lutz</i>	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I, §§ 1- 34 GmbHG, München 2010. [zitiert als: <i>Michalski</i> GmbHG/ <i>Verfasser</i>]
<i>Mues, Jochen</i>	Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge mit einer hauptverpflichteten GmbH aus handels- und steuerrechtlicher Sicht, RNotZ 2005, S. 1 – 35. [zitiert als: <i>Mues</i> RNotZ 2005, S.]
<i>Müggenborg, Hans-Jürgen</i>	Die „bodenschutzrechtliche Konzernhaftung“ nach § 4 III 4 Fall 1 BBodSchG, NVwZ 2001, 1114 – 1120. [zitiert als: <i>Müggenborg</i> NVwZ 2001, S.]
<i>Mühl, Thomas</i> <i>Wagenseil, Andreas</i>	Der Gewinnabführungsvertrag – gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, NZG 2009, S. 1253 – 1259. [zitiert als: <i>Mühl/Wagenseil</i> NZG 2009, S.]

<i>Müller, Klaus</i>	Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, ZGR 1977, S. 1 – 34. [zitiert als: <i>K. Müller ZGR 1977, S.</i>]
<i>Müller, Welf</i> <i>Winkeljohann, Norbert</i>	Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Auflage, München 2009. [zitiert als: Beck GmbH-Hdb/ <i>Verfasser</i>]
<i>Müller, Welf</i> <i>Rödter, Thomas</i>	Beck'sches Handbuch der GmbH, 2. Auflage, München 2009. [zitiert als: Beck AG-Hdb/ <i>Verfasser</i>]
<i>Dieselb.</i>	Beck'sches Handbuch der AG, 2. Auflage, München 2009. [zitiert als: Beck Hdb-AG/ <i>Verfasser</i>]
<i>Palandt, Otto</i>	Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, München 2015. [zitiert als: Palandt/ <i>Verfasser</i>]
<i>Pawlowski, Hans-Martin</i>	Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, Heidelberg 1999. [zitiert als: <i>Pawlowski Methodenlehre</i>]
<i>Peltzer, Martin</i>	Die Haftung der Konzernmutter für die Schulden ihrer Tochter, mit der sie durch Ergebnisabführungs- und/oder Beherrschungsvertrag verbunden ist, insbesondere im Falle der Insolvenz der Tochter, AG 1975, 309 – 313. [zitiert als: <i>Peltzer AG 1975, S.</i>]
<i>Pfaff, Dieter</i> <i>Osterrieth, Christian</i>	Lizenzverträge, Formulkommentar, 3. Auflage, München 2010. [zitiert als: Pfaff/Osterrieth/ <i>Verfasser</i>]
<i>Philippi, Ulrich</i> <i>Neveling, Anjella</i>	Unterjährige Beendigung von Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Konzern – Beendigungsgründe und Rechtsfolgen, BB 2003, S. 1685 – 1692. [zitiert als: <i>Philippi/Neveling BB 2003, S.</i>]
<i>Priester, Hans-Joachim</i>	Verlustrücklage nach § 302 AktG – zwingend in Geld?, BB 2005, S. 2483 – 2487. [zitiert als: <i>Priester BB 2005, S.</i>]
<i>Ders.</i>	Liquiditätsausstattung der abhängigen Gesellschaft und unterjährige Verlustdeckung, ZIP 1989, 1301 – 1308. [zitiert als: <i>Priester ZIP 1989, S.</i>]
<i>Raiser, Thomas</i> <i>Veil, Rüdiger</i>	Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Auflage, München 2010. [zitiert als: <i>Raiser/Veil KapGesR</i>]
<i>Raiser, Thomas</i>	Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000. [zitiert als: <i>Raiser FS Lutter, S.</i>]

<i>Ders.</i>	Das Unternehmen als Organisation – Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre, Berlin 1969. [zitiert als: <i>Raiser</i> Unternehmen als Organisation, S.]
<i>Rehbinder, Eckard</i>	Minderheiten- und Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern, AG 1986, 85 – 99. [zitiert als: <i>Rehbinder</i> AG 1986, S.]
<i>Rieckers, Oliver</i>	Nochmals: Konzernvertrauenshaftung, NZG 2007, 125 – 128. [zitiert als: <i>Rieckers</i> NZG 2007, S.]
<i>Röbriht, Volker</i>	Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505 – 516. [zitiert als: <i>Röbriht</i> ZIP 2005, S.]
<i>Römermann, Volker</i>	Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 2. Aufl., München 2009. [zitiert als: Münch AnwHdb GmbH/ <i>Verfasser</i>]
<i>Rowedder, Heinz</i> <i>Schmidt-Leithoff, Christian</i>	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar, 5. Auflage, München 2013. [zitiert als: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/ <i>Verfasser</i>]
<i>Saenger, Ingo</i> <i>Inhester, Michael</i>	GmbHG Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2013. [zitiert als: Saenger/Inhester/ <i>Verfasser</i>]
<i>Sämisch, Henning</i> <i>Adam, Sven</i>	Gläubigerschutz in der Insolvenz von abhängigen Konzerngesellschaften, ZInsO 2007, 520 – 527. [zitiert als: <i>Sämisch/Adam</i> ZInsO 2007, S.]
<i>Samuelson, Paul A.</i> <i>Nordhaus, William D.</i>	Economics (international edition), 17. Auflage, New York 2001. [zitiert als: <i>Samuelson/Nordhaus</i> Economics, S.]
<i>Schäfer, Hans-Bernd</i> <i>Ott, Claus</i>	Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage, Heidelberg 2012. [zitiert als: <i>Schäfer/Ott</i> Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S.]
<i>Schauß, Wolfgang</i>	Das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages (§ 308 AktG), Frankfurt 1973. [zitiert als: <i>Schauß</i>]
<i>Scheffler, Eberhard</i>	Der qualifizierte faktische Konzern, AG 1990, 173 – 178. [zitiert als: <i>Scheffler</i> AG 1990, S.]
<i>Schießl, Maximilian</i>	Die Ersatzpflicht des herrschenden Unternehmens im qualifizierten faktischen Konzern, AG 1985, 184 – 188. [zitiert als: <i>Schießl</i> AG 1985, S.]

<i>Schilling, Wolfgang</i>	Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976. [zitiert als: <i>Schilling</i> FS Hafermehl, S.]
<i>Schilmar, Boris</i>	Verlustausgleich im GmbH-Konzern, ZIP 2006, S. 2346 – 2351. [zitiert als: <i>Schilmar</i> ZIP 2006, S.]
<i>Schimansky, Herbert</i> <i>Bunte, Hermann-Josef</i> <i>Lwowski, Hans-Jürgen</i>	Bankrechts-Handbuch, München 2011. [zitiert als: Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Hdb./ <i>Verfasser</i>]
<i>Schmidt, Karsten</i> <i>Ebke, Werner</i>	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4, Bilanzrecht §§ 238 – 342 e, 3. Auflage, München 2013. [zitiert als: MüKo HGB/ <i>Verfasser</i>]
<i>Schmidt, Karsten</i> <i>Lutter, Marcus</i>	Aktiengesetz Kommentar, Band 1, §§ 1 – 149, 2. Auflage, Köln 2010; Aktiengesetz Kommentar, Band 2, §§ 150 – 410 SpruchG, 2. Auflage, Köln 2010. [zitiert als: Schmidt/Lutter AktG/ <i>Verfasser</i>]
<i>Schmidt, Karsten</i>	JuS 2012, S. XXV - XXVI [zitiert als: <i>K. Schmidt</i> JuS 2012, S.]
<i>Ders.</i>	Gleichordnung im Konzern – terra incognita? ZHR 155 (1991), S. 417 – 446. [zitiert als: <i>K. Schmidt</i> ZHR 155 (1991), S.]
<i>Ders.</i>	Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002. [zitiert als: <i>K. Schmidt</i> Gesellschaftsrecht]
<i>Ders.</i>	Die konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis – Eine rechtsdogmatische Problemskizze zu § 302 AktG, ZGR 1983, S. 513 – 534. [zitiert als: <i>K. Schmidt</i> ZGR 1983, S.]
<i>Ders.</i>	Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH – Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17.9.2001, NJW 2001, 3577 – 3581. [zitiert als: <i>K. Schmidt</i> NJW 2001, S.]
<i>Ders.</i>	Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis – Gedanken zum Recht der verbundenen Unternehmen nach §§ 15 ff., 291 ff. AktG, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000. [zitiert als: <i>K. Schmidt</i> FS Lutter, S.]
<i>Ders.</i>	Konzernrecht, Minderheitenschutz und GmbH-Innenrecht – Zu einer Bestandsaufnahme des inneren GmbH-

	Konzernrechts, GmbHR 1979, 121 – 134. [zitiert als: <i>K. Schmidt</i> GmbHR 1979, S.]
<i>Ders.</i>	Zwingend gesamtschuldnerischer Verlustausgleich bei der Mehrmütterorganschaft? DB 1984, 1181 – 1184. [zitiert als: <i>K. Schmidt</i> DB 1984, S.]
<i>Schneider, Uwe H.</i>	Das Recht der Konzernfinanzierung, ZGR 1984, S. 497 – 537. [zitiert als: <i>U. H. Schneider</i> ZGR 1984, S.]
<i>Ders.</i>	Konzernleitung durch Weisungen der Gesellschafter der abhängigen GmbH an ihre Geschäftsführer?, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking, München 2013. [zitiert als: <i>U. H. Schneider</i> FS Hoffmann-Becking, S.]
<i>Scholz, Franz</i>	Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band I, §§ 1 – 34, 11. Auflage, Köln 2012. Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band II, §§ 35 – 52, 10. Auflage, Köln 2006. [zitiert als: <i>Scholz/Verfasser</i>]
<i>Schüppen, Matthias Schaub, Bernhard</i>	Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2. Auflage, München 2010. [zitiert als: <i>Münch AnwHdb AG/Verfasser</i>]
<i>Schürnbrand, Jan</i>	„Verdeckte“ und „atypische“ Beherrschungsverträge im Aktien- und GmbH-Recht, ZHR 169 (2005), S. 35 – 60. [zitiert als: <i>Schürnbrand</i> ZHR 169 (2005), S.]
<i>Seibt, Christoph Wollenschläger, Bernhard</i>	Trennungs-Matrixstrukturen im Konzern, AG 2013, 229 – 243. [zitiert als: <i>Seibt/Wollenschläger</i> AG 2013, S.]
<i>Siemon, Klaus</i>	Konzerninsolvenzverfahren – wird jetzt alles besser? NZI 2014, 55 – 61. [zitiert als <i>Siemon</i> NZI 2014, S.]
<i>Siemon, Klaus Frind, Frank</i>	Der Konzern in der Insolvenz – Zur Überwindung des Dominoeffekts in der (internationalen) Konzerninsolvenz, NZI 2013, 1 – 12. [zitiert als: <i>Siemon/Frind</i> NZI 2013, S.]
<i>Spindler, Gerald Stilz, Eberhard</i>	Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 §§ 1-149, 2. Auflage, München 2010. Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 §§ 150-410, 2. Auflage, München 2012. [zitiert als: <i>Spindler/Stilz/Verfasser</i>]
<i>Spindler, Gerald Klöbn, Lars</i>	Verlustausgleichspflicht und Jahresfehlbetrag (§ 302 AktG), NZG 2005, 584 – 586.

	[zitiert als: <i>Spindler/Klöhn</i> NZG 2005, S.]
<i>Sünner, Eckart</i>	Grenzen der Gewinnabführung von AG und GmbH aufgrund Gewinnabführungsvertrag nach dem Inkrafttreten des Bilanzrichtlinien-Gesetzes, AG 1989, 414 – 420. [zitiert als: <i>Sünner</i> AG 1989, S.]
<i>Theisen, Manuel</i>	Der Konzern, Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmungen, 1. Auflage, Stuttgart 1991. [zitiert als: <i>Theisen</i> Der Konzern, 1991, S.] Der Konzern, Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmungen, 2. Auflage, Stuttgart 2000. [zitiert als: <i>Theisen</i> Der Konzern, S.]
<i>Thoma, Georg F.</i>	Unternehmensverträge i.S.d. §§ 291 ff. AktG mit nicht beteiligten Dritten – praktikables Instrument zur Konzernleitung oder Strafbare Untreue? in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking, München 2013. [zitiert als: <i>Thoma</i> FS Hoffmann-Becking, S.]
<i>Thüsing, Gregor</i>	Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, München 2010. [zitiert als: <i>Thüsing</i>]
<i>Timm, Wolfram</i> <i>Geuting, Markus</i>	Abschied von der Strukturhaftung im qualifizierten faktischen Konzern?, ZIP 1992, 821 – 825. [zitiert als: <i>Timm/Geuting</i> ZIP 1992, S.]
<i>Timm, Wolfram</i>	Geklärte und offene Fragen im Vertragskonzernrecht der GmbH – Anmerkungen zum Urteil des LG Bochum vom 1.7.1986, GmbHR 1987, S. 8 – 19. [zitiert als: <i>Timm</i> GmbHR 1987, S.]
<i>Ders.</i>	Neuere Entwicklungen im GmbH-(Vertrags-)Konzernrecht, GmbHR 1992, 213 – 219. [zitiert als: <i>Timm</i> GmbHR 1992, S.]
<i>Uhlenbruck, Wilhelm</i> <i>Hirte, Heribert</i> <i>Vallender, Heinz</i>	Insolvenzordnung Kommentar, 13. Auflage, München 2010. [zitiert als: <i>Uhlenbruck</i> InsO/ <i>Verfasser</i>]
<i>Ulmer, Peter</i>	Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz, AG 1986, 123 – 130. [zitiert als: <i>Ulmer</i> AG 1986, S.]
<i>Ders.</i>	Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim fehlen von Minderheitsgesellschaftern, ZHR 148 (1984), 391 – 427. [zitiert als: <i>Ulmer</i> ZHR 148 (1984), S.]

<i>Ulmer, Peter Habersack, Mathias, Winter, Martin</i>	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, Band III, Tübingen 2008. [zitiert als: Großkomm GmbHG/ <i>Verfasser</i>]
<i>Veil, Rüdiger</i>	Unternehmensverträge – Organisationsautonomie und Vermögensschutz im Recht der Aktiengesellschaft, Tübingen 2003. [zitiert als: <i>Veil</i> S.]
<i>Ders.</i>	Existenzvernichtungshaftung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2005 – Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, Köln 2006. [zitiert als: <i>Veil</i> Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2005, 103, 106.]
<i>Verhoeven, Thomas</i>	GmbH-Konzern-Innenrecht: Grundsatzfragen des geltenden Rechts, Bonn 1978. [zitiert als: <i>Verhoeven</i> , S.]
<i>Vetter, Eberhard</i>	Interessenkonflikte im Konzern – vergleichende Betrachtungen zum faktischen Konzern und zum Vertragskonzern, ZHR 171 (2007), 342 – 375. [zitiert als: <i>Vetter</i> ZHR 171 (2007), S.]
<i>von Staudinger, Julius</i>	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 241 – 853, 13. Auflage, Berlin 2009. [zitiert als: Staudinger/ <i>Verfasser</i>]
<i>Wazlawik, Thomas</i>	Existenzvernichtung und kein Ende - Ein Nachruf auf die Konzernhaftung und andere offengebliebene Fragen, NZI 2009, S. 291 – 297. [zitiert als: <i>Wazlawik</i> NZI 2009, S.]
<i>Weller, Marc-Philippe</i>	Solvenztest und Existenzvernichtungshaftung - Zwei grundverschiedene Gläubigerschutzfiguren, DStR 2007, S. 116 – 122. [zitiert als: <i>Weller</i> DStR 2007, S.]
<i>Wiedemann, Herbert</i>	Gesellschaftsrecht, Band I, München 1980. [zitiert als: <i>Wiedemann</i> Bd. I]
<i>Ders.</i>	Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht, DB 1993, 141 – 153. [zitiert als: <i>Wiedemann</i> DB 1993, 141]
<i>Wilde, Christiane</i>	Abschluss und Änderung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Konzernrecht, Frankfurt 2011. [zitiert als: <i>Wilde</i> S.]
<i>Wilhelm, Jan</i>	Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht, DB 1986, S. 2113 – 2120.

	[zitiert als: <i>Wilhelm</i> DB 1986, S.]
<i>Wimmer-Leonhardt, Susanne</i>	Konzernhaftungsrecht, Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht, Tübingen 2004. [zitiert als: <i>Wimmer-Leonhardt</i> S.]
<i>Wisskirchen, Gerlind Dannborn, Wolfgang Bissels, Alexander</i>	Haftung von Geschäftsführern in Matrixstrukturen von Konzernen, DB 2008, 1139 – 1143. [zitiert als: <i>Wisskirchen/Dannborn/Bissels</i> DB 2008, S.]
<i>Würdinger, Hans</i>	Das Konzernrecht des Statuts für Europäische Aktiengesellschaften, DB 1975, 1733 – 1736. [zitiert als: <i>Würdinger</i> DB 1975, S.]
<i>Ziemons, Hildegard Jaeger, Carsten</i>	Beck'scher Online Kommentar GmbHG, Edition 23, München 2015. [zitiert als: Beck OK GmbH / <i>Verfasser</i>]
<i>Zöllner, Wolfgang Noack, Ulrich</i>	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1 – 75, 3. Auflage, Köln 2011. Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/1, §§ 76 – 94, 3. Auflage, Köln 2010. Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6, §§ 291 – 328, 3. Auflage, Köln 2008. [zitiert als: Kölner Komm AktG / <i>Verfasser</i>]

Gliederung

A. EINLEITUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG	1
B. DER GMBH-KONZERN ALS MARKTWIRTSCHAFTLICHE UND RECHTLICHE INSTITUTION	4
I. Der Konzernbegriff	4
II. GmbH-Konzerne als etabliertes Phänomen einer modernen Volkswirtschaft	6
III. Auf die GmbH unmittelbar anwendbares Konzernrecht	11
C. DIE VERLUSTÜBERNAHMEPFLICHT IM GELTENDEN KONZERNRECHT: § 302 AKTG IM AKTIENRECHTLICHEN VERTRAGSKONZERN	20
I. Die Stellung der Gesellschafter in einer unabhängigen Aktiengesellschaft	20
II. § 302 AktG und die Funktion des aktienrechtlichen Vertragskonzerns	30
D. DAS GESELLSCHAFT- UND KONZERNRECHT DER GMBH	127
I. Die Stellung der Gesellschafter in einer unabhängigen GmbH	127
II. Die vertragliche Konzernierung einer GmbH	139
III. Die faktische Konzernierung einer GmbH	150
E. DIE VERLUSTÜBERNAHMEPFLICHT IM GMBH-VERTRAGSKONZERN: ANALOGIEFÄHIGKEIT VON § 302 AKTG?	160
I. Planwidrige Gesetzes- bzw. Regelungslücke	160
II. Vergleichbare Interessenlage?	164
III. Ein Blick zurück auf den faktischen GmbH-Konzern: Kohärenz der Haftungsmodelle?	200
ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE	204

Inhaltsverzeichnis

A. EINLEITUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG	1
B. DER GMBH-KONZERN ALS MARKTWIRTSCHAFTLICHE UND RECHTLICHE INSTITUTION	4
I. Der Konzernbegriff	4
II. GmbH-Konzerne als etabliertes Phänomen einer modernen Volkswirtschaft	6
1. Wirtschaftlicher Hintergrund der Konzerne	7
2. Vor- und Nachteile der Konzernierung gegenüber einer Verschmelzung	9
3. Entstehung von Konzernen	10
III. Auf die GmbH unmittelbar anwendbares Konzernrecht	11
1. Entwicklung des Konzernrechts in Deutschland	11
2. Die Lückenhaftigkeit des GmbH-Konzernrechts	13
3. Weitere unmittelbar für die GmbH geltenden Konzernnormen	15
a. Körperschaftssteuerrecht	15
Allgemeine Systematik des Konzernrechts: Konzerne als rechtliche Einheit?	18
C. DIE VERLUSTÜBERNAHMEPFLICHT IM GELTENDEN KONZERNRECHT: § 302 AKTG IM AKTIENRECHTLICHEN VERTRAGSKONZERN	20
I. Die Stellung der Gesellschafter in einer unabhängigen Aktiengesellschaft	20
1. Weisungsbefugnisse	20
2. Gesellschafterzugriff auf Gewinn und Vermögen der Gesellschaft	22
a. Bindung des Gesellschaftsvermögens	23
b. Gewinnverwendung	25
3. Zusammenfassung: die Stellung der Aktionäre einer unabhängigen AG	28
II. § 302 AktG und die Funktion des aktienrechtlichen Vertragskonzerns	30
1. Die Stellung des herrschenden Gesellschafters im aktienrechtlichen Vertragskonzern	30
a. Erweiterte Weisungsbefugnisse des herrschenden Gesellschafters gegenüber der abhängigen Aktiengesellschaft	30
b. Durchsetzbarkeit der Weisungsmacht auch bei fehlender Solvenz der Mutter?	33
c. Verbot existenzvernichtender Weisungen im Vertragskonzern?	36
d. Erweiterter Zugriff auf den Gewinn der Gesellschaft	43
e. Erweiterte Eingriffsbefugnisse in das Gesellschaftsvermögen	46
f. Zwischenergebnis	48
2. Funktionsweise und Umfang der Verlustübernahmepflicht gem. § 302 AktG	49
a. Die Funktionsweise der Verlustübernahmepflicht	50
b. Schutzrichtung der Verlusthaftung	52
c. Entstehen und Fälligkeit der Verlustausgleichspflicht	55
3. Der Verlustausgleich bei Mehrmütter-Konzernherrschaft	63
4. Die Rechtsnatur der Verlustübernahmepflicht	65
5. Automatische Beendigung des Unternehmensvertrages in der Insolvenz?	67
a. Insolvenz nur der Konzernmutter	68
b. Insolvenz der Tochtergesellschaften	73
c. Zusammenfassung	75
6. Die Ratio Legis von § 302 AktG	76
a. Erweiterte Haftung wegen erweiterter Herrschaft?	76
b. Ausgleich wegen entfallenen Kapitalschutzes?	82
c. Schutz gegen spezifische „Konzerngefahren“?	84
d. Konzernhaftung wegen rechtlicher Vereinheitlichung des Konzerns?	95

e.	Auftragsrechtliches Prinzip?	100
f.	Konzernhaftung wegen ökonomischer und marktwirtschaftlicher Interessen der Beteiligten?	101
g.	Konzernhaftung wegen rechtlicher Interessen der Beteiligten?	114
7.	Zusammenfassung: Zweck und Ratio von § 302 AktG	124
D.	DAS GESELLSCHAFT- UND KONZERNRECHT DER GMBH	127
I.	Die Stellung der Gesellschafter in einer unabhängigen GmbH	127
1.	Weisungs- und Herrschaftsmacht der Gesellschafter	127
2.	Gesetzliche Grenzen der Weisungsmacht	128
3.	Konzernierungsverbot ohne Unternehmensvertrag oder Zustimmung aller Gesellschafter?	129
4.	Schädigungsverbot?	133
5.	Verbot der Existenzvernichtung?	135
6.	Gesellschafterzugriff auf das Gesellschaftsvermögen und Schutz des Stammkapitals	136
a.	Bindung des Stammkapitals	136
b.	Gewinnverwendung	138
II.	Die vertragliche Konzernierung einer GmbH	139
1.	Voraussetzungen der vertraglichen Konzernierung einer abhängigen GmbH	139
2.	Rechtsfolgen der vertraglichen Konzernierung einer abhängigen GmbH	142
a.	Weitergehende Herrschaftsmacht des herrschenden Gesellschafters?	143
b.	Suspendierung des Kapitalschutzes	144
c.	Der Schutz der außenstehenden Gesellschafter	146
d.	Weitergehende Gewinnabführung?	147
e.	Pflicht zur Verlustübernahme	148
III.	Die faktische Konzernierung einer GmbH	150
1.	Der Tatbestand der faktischen Konzernierung	151
2.	Entwicklung der Rechtsprechung zu faktischen GmbH-Konzernen	152
3.	Das aktuelle Haftungsregime im faktischen GmbH-Konzern	156
4.	Implikationen für die Analogie des § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern	157
E.	DIE VERLUSTÜBERNAHMEPFLICHT IM GMBH-VERTRAGSKONZERN: ANALOGIEFÄHIGKEIT VON § 302 AKTG?	160
I.	Planwidrige Gesetzes- bzw. Regelungslücke	160
II.	Vergleichbare Interessenlage?	164
1.	Darstellung der hierzu vertretenen Positionen in Rechtsprechung und Literatur	164
a.	Position der h.M.	164
b.	Kritik an der h.M. und Positionen anderer Ansichten	167
2.	Stellungnahme zu den Positionen in Rechtsprechung und Literatur	173
a.	Zur Position der herrschenden Meinung	173
b.	Zu den abweichenden Positionen der anderen Ansichten	180
3.	Eigene Position zur Analogie von § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern	186
a.	Ähnliche ökonomische Interessen an einer Konzernhaftung	188
b.	Ähnliche rechtliche Interessen an einer Konzernhaftung	190
c.	Gesetzsystematische Erwägungen	197
d.	Zusammenfassung	200
III.	Ein Blick zurück auf den faktischen GmbH-Konzern: Kohärenz der Haftungsmodelle?	200
	ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE	204

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Diese Arbeit widmet sich der Frage, ob und wie der GmbH-Vertragskonzern einem speziellen Haftungsregime unterworfen werden sollte.

Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt verschiedene Formen und Stufen der Konzernierung. Ausdrücklich nennt das Aktiengesetz Vertragskonzerne (§§ 291 ff. AktG), faktische Konzerne (§§ 311 AktG) und Eingliederungskonzerne (§§ 319 ff. AktG). Für jede dieser Konzernformen ist eine eigene Haftungsart angeordnet: Im faktischen Aktienkonzern gilt prinzipiell das allgemeine aktienrechtliche Verbot, die abhängige Gesellschaft zu schädigen; bei Verstößen sind eventuelle Schäden der abhängigen Gesellschaft auszugleichen (vgl. § 317 AktG). Der Eingliederungskonzern statuiert dagegen eine gesamtschuldnerische Haftung der Ober- und Untergesellschaft für die Verbindlichkeiten der eingegliederten Untergesellschaft (§ 322 AktG). Demgegenüber bestimmt der Vertragskonzern, dass die Obergesellschaft zwar die abhängige Untergesellschaft leiten und schädigen darf (§ 308 AktG), ihr auf der anderen Seite aber sämtliche Verluste ausgleichen muss (§ 302 AktG). Unmittelbar sind die Regelungen des Aktiengesetzes allerdings nur anwendbar, wenn die beherrschte Gesellschaft eine AG oder KGaA ist.

Das GmbH-Gesetz enthält dagegen keine Regelungen für Konzerne mit abhängigen GmbHs. Gleichwohl ist anerkannt, dass GmbH-Vertragskonzerne zulässig sind, Unternehmensverträge im Sinne von § 291 AktG also auch mit abhängigen GmbHs abgeschlossen werden können. Dies ergibt sich nicht nur aus der Vertragsautonomie der GmbH und ihrer Gesellschafter, sondern lässt sich auch dem Gesetz entnehmen (bspw. § 30 I 2 GmbHG; § 17 KStG). Die fehlende Regelung eines kodifizierten GmbH-Konzernrechts wirft eine Reihe von Fragen auf, deren Klärung bislang die Rechtsprechung und -wissenschaft übernahmen. Eine zentrale Frage in diesem Zusammenhang ist, ob und wie die spezielle Haftungsnorm des aktienrechtlichen Vertragskonzern (§ 302 AktG) analog auf den GmbH-Vertragskonzern übertragen werden kann. Wie erwähnt, soll die vorliegende Untersuchung diese Analogie beleuchten.

Die Frage nach dieser Analogie kann sinnvollerweise nur beantwortet werden, wenn die Funktionsweise sowie der Sinn und Zweck von § 302 AktG selbst geklärt sind. Wie wirkt sich die Verlustausgleichspflicht im Vertragskonzern aus? Welche Funktion und welchen Nutzen hat diese Norm im Zusammenhang mit dem Gesellschafts- und Konzernrecht? Auch wenn der GmbH-Vertragskonzern eigentliches Thema dieser Untersuchung ist, hat die Untersuchung ihren Ausgang dort zu nehmen, wo § 302 AktG unmittelbar steht, nämlich im Recht der Aktiengesellschaft. Ein Schwerpunkt der Untersuchung wird auf der Ration Legis von § 302 AktG liegen: *Warum* ordnet das Gesetz im aktienrechtlichen Vertragskonzern eine Verlustübernahmepflicht an? In Rechtsprechung und -wissenschaft werden verschiedene Erklärungen bemüht, die zu analysieren sind. Daran anschließend wird zu hinterfragen sein, ob die analysierten Erklärungsmodelle auch für eine Verlustdeckungspflicht mit einer abhängigen GmbH passen: Insbesondere die weit verbreitete Vorstellung, dass § 302 AktG als Ausgleich für die Weisungsgebundenheit im Vertragskonzern fungiert, stößt im GmbH-Recht erkennbar auf Schwierigkeiten. Mag dieses Konzept in der Aktiengesellschaft, die generell nur der Leitungsmacht ihres Vorstands und nicht ihrer Aktionäre untersteht (§ 76 AktG), noch eine gewisse Berechtigung haben, ist ihre Gültigkeit in der ohnehin weisungsgebundenen GmbH sehr zweifelhaft.

Diese Arbeit folgt daher folgender Vorgehensweise: Nach einer generellen Einleitung zu Konzernen in Deutschland und ihrem rechtlichen sowie wirtschaftlichen Hintergrund (B) folgt eine Behandlung des Gesellschafts- und Konzernrechts der Aktiengesellschaft (C). In diesem Abschnitt ist darzulegen, welche Rolle ein Aktionär in einer unkonzernierten Gesellschaft einnimmt und in welchem Verhältnis dazu die Position eines herrschenden Aktionärs im Vertragskonzern steht. Die Frage der Leitungsmacht, die mit dem Unternehmensvertrag vom Vorstand (vgl. § 76 AktG) zum herrschenden Gesellschafter wechselt, wird in diesem Zusammenhang eine zentrale Rolle spielen. Ebenfalls sollen hier die Funktionsweise und Ratio Legis von § 302 AktG untersucht werden. Dem schließt sich die Untersuchung des Gesellschafts- und Konzernrechts der GmbH an (D). Auch hier sollen die Positionen der Gesellschafter in unkonzernierten GmbHs sowie in GmbH-Vertragskonzernen verglichen werden. Die starke Herrschaft, die GmbH-Gesellschafter auch ohne Unternehmensvertrag über ihre Gesellschaft ausü-

ben, wird auch einen Blick auf den faktischen GmbH-Konzern und seine Entwicklung erforderlich machen: Diese starke gesetzliche Position prompte nämlich lange zu der Annahme, dass faktische und vertragliche Konzerne im GmbH-Recht „ganz ähnlich“ seien.¹ Gleichwohl nahm die Konzernhaftung in diesen Konzernformen von ihrem gleichen Ausgangspunkt eine sehr unterschiedliche Entwicklung. Die Konzernhaftung im GmbH-Vertragskonzern muss aber nicht nur im Vergleich zum Aktienrecht, sondern auch im Vergleich zu den faktischen Konzernen kohärent sein.

Schließlich wird sich die Untersuchung der zentralen Frage zuwenden, nämlich der Verlustdeckungspflicht im GmbH-Vertragskonzern und der Analogiefähigkeit von § 302 AktG (E). Auf die methodischen Anforderungen an eine Gesetzesanalogie, nämlich der planwidrigen Regelungslücke und der vergleichbaren Interessenlagen, wird detailliert einzugehen sein. Die Frage nach der Vergleichbarkeit kann dabei nur beantwortet werden, indem auf die Ergebnisse aus den vorherigen Untersuchungen rekurriert wird: Insbesondere muss der Sinn und Zweck von § 302 AktG, wie er für das Aktienrecht ermittelt wurde, eine „ähnliche“ Berechtigung im GmbH-Konzern haben. Aber auch der Möglichkeit, dass im GmbH-Recht bewusst keine Konzernhaftung angeordnet wurde und sich jede Analogie daher verbietet, muss nachgegangen werden. Immerhin bedeutet die Verlustdeckungspflicht nicht weniger als die Preisgabe der Haftungstrennung im Konzern: Von diesem Grundprinzip des Kapitalgesellschaftsrechts darf aber nicht leichtfertig Abstand genommen werden.²

Die vorliegende Fragestellung hat nicht nur Bedeutung für die Konzernhaftung selbst. Die Konzernhaftung ist nur eines von vielen Bausteinen des Konzernrechts; ihr Verständnis beeinflusst unmittelbar das Verständnis des Vertragskonzerns insgesamt – und umgekehrt. Insbesondere steht die Haftung in einem wechselseitigen, funktionalen Zusammenhang mit der Konzernleitungsmacht. Auch wenn sich die Untersuchung auf § 302 AktG fokussiert, wird man nicht umhinkommen, die Frage nach dem allgemeinen Verständnis und der Funktion des Vertragskonzerns in die Analyse einzubeziehen.

¹ Vgl. Fn. 719.

² *Wiedemann* Bd. I, S. 201 spricht von dem Grundprinzip der Haftungstrennung anschaulich als der „Parzellierung einer durch viele Dämme gegliederten Vermögenslandschaft.“

B. Der GmbH-Konzern als marktwirtschaftliche und rechtliche Institution

Bevor die Untersuchung sich unmittelbar der geltenden Konzernhaftung zuwendet (S. 20), soll zunächst eine Einführung in den rechtlichen und ökonomischen Hintergrund der Konzerne in Deutschland gegeben werden.

I. Der Konzernbegriff

Nach der Definition des Aktienrechts handelt es sich bei einem Konzern um einen Zusammenschluss mehrerer „Unternehmen“ (gemeint sind Gesellschaften oder Unternehmensträger³) unter der einheitlichen Leitung eines herrschenden Unternehmens; vgl. § 18 I 1 AktG. Auch wenn angesichts der Kodifizierung im Aktienrechts zu vermuten wäre, dass diese Definition nur aktienrechtliche Konzerne erfasst, sind die §§ 15 – 19 AktG aufgrund ihrer rechtsformneutralen Ausgestaltung auch auf Konzerne mit Gesellschaften anderer Rechtsformen anwendbar,⁴ und ziehen GmbH-Konzerne⁵ folglich ebenso mit ein. Der Konzern selbst ist keine juristische Person; er schließt selbst keine Verträge ab, hat keine Organe, keine eigenen Arbeitnehmer, keine Gesellschafter, keine Konzernsatzung, kein Konzernkapital und kann nicht vertreten werden. Vielmehr ist der Konzern eine organisierte Verbindung mehrerer eigenständiger Rechtsträger, ein aus mehreren Unternehmen unter einheitlicher Leitung geformtes Gesamtunternehmen,⁶ wie sich auch deutlich aus den international üblichen Bezeichnungen *corporate group*, *groupe de sociétés* etc. ergibt. Dennoch ist der Konzern ein im Wirtschaftsleben real existierendes Phänomen, das vielfach die Unternehmenspraxis dominiert.⁷ Aus wirtschaftlicher Perspektive wird der Konzern dementsprechend auch viel stärker als Einheit und als organisiertes Subjekt aufgefasst, das in personeller, institutioneller und funktioneller Hinsicht eine autonome Entscheidungs- und Handlungseinheit bildet.⁸ Die „wirtschaftliche Einheit (...) bei

³ Vgl. noch sogleich unten zum Unternehmensbegriff; im Folgenden wird der Begriff „Unternehmen“ im Sinne des § 18 AktG verwendet, wenn sich aus dem Kontext nichts anderes ergibt.

⁴ Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 15 Rn. 86; *Emmerich/Habersack* Einl. Rn. 2.

⁵ Der Begriff „GmbH-Konzern“ bezeichnet Sachverhalte, in denen die *abhängige* Gesellschaft eine GmbH ist; auf die Rechtsform der *Konzernmutter* kommt es für diese Begrifflichkeit nicht an. Vgl. *Wilde* S. 3 f.

⁶ *Ehricke* ZGR 1996, 300, 303.

⁷ *Theisen* Der Konzern, S. 1.

⁸ *Theisen* Der Konzern, S. 127.

gleichzeitiger rechtlicher Selbstständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen“ stellt ein prägendes Merkmal der Konzerne dar.⁹ Die rechtliche Behandlung der Konzerne hat dieser doppelseitigen Natur der Konzerne – zwischen rechtlicher Vielfalt und wirtschaftlicher Einheit – gerecht zu werden; diese Doppelnatur der Konzerne spielt auch für die hier behandelte Untersuchung eine wesentliche Rolle.

Das Aktiengesetz unterscheidet in seinem Dritten Buch („Verbundene Unternehmen“) zwischen Vertragskonzernen (§§ 291 ff. AktG), faktischen Konzernen (§§ 311 ff. AktG) und Eingliederungskonzernen (§§ 319 ff. AktG). Anders als die Eingliederungskonzerne, die ausschließlich zwischen Aktiengesellschaften vereinbart werden können und auch nicht im Wege der Analogie auf andere Gesellschaften übertragbar sind,¹⁰ wird die Differenzierung zwischen faktischen und vertraglichen Konzernen auch im GmbH-Recht übernommen.¹¹ Die zusätzliche Figur des „qualifizierten faktischen“ Konzerns, die im GmbH-Recht über mehrere Jahre den konzernrechtlichen Diskurs prägte, ist dagegen aufgegeben worden (vgl. unten S. 152).

Bevor auf die näheren Einzelheiten des Konzernrechts eingegangen wird, soll eine Begrifflichkeit geklärt werden. Das Gesetz bezeichnet die herrschende Partei als „herrschendes Unternehmen“ (vgl. § 17 AktG) oder speziell im Vertragskonzern als „anderen Vertragsteil“ (vgl. § 302 AktG). Für die Zwecke dieser Arbeit sollen die Begriffe „herrschendes Unternehmen“, „anderer Vertragsteil“ und „herrschender Gesellschafter“ synonym verwendet werden. Wie sich der Vermutung des § 17 II AktG entnehmen lässt, ist herrschendes Unternehmen nämlich regelmäßig der Mehrheitsgesellschafter. Das Gesetz vermeidet im Vertragskonzern die Bezeichnung „herrschender Gesellschafter“, weil es sich vorstellt, dass Unternehmensverträge theoretisch auch mit gesellschaftsfremden dritten Personen abgeschlossen werden können.¹² Diese Vorstellung ist indes schon mit Blick auf die Rechtslage zweifelhaft, in der Praxis ist herrschender Vertragsteil zudem so gut wie

⁹ Vgl. Roth/*Altmeyden* Anh. 13 Rn. 13 ff.

¹⁰ *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 858; Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Vorb. § 319 Rn. 10 f.

¹¹ *Emmerich*/Habersack § 302 Rn. 26.

¹² OLG Nürnberg AG 1996, 228, 229.

immer zumindest mittelbarer (Mehrheits-)Gesellschafter.¹³ Das ergibt sich nicht nur aus der Zustimmungsquote in der Hauptversammlung der Untergesellschaft von 75% (§ 293 AktG), sondern auch aus der Tatsache, dass die steuerliche Organschaft – auch im Aktienrecht einer der Hauptmotive für den Abschluss eines Unternehmensvertrages (siehe unten S. 15) – eine Beteiligung mit der „Mehrheit der Stimmrechten“ an der Tochtergesellschaft vorschreibt (§ 14 I 1 Nr. 1 KStG). Auch riskiert der Vorstand der Untergesellschaft eine Strafbarkeit nach § 266 StGB, wenn er einen Beherrschungsvertrag mit nicht beteiligten Dritten abschließt.¹⁴ Daneben unterliegt die Unternehmereigenschaft zwar zusätzlichen Voraussetzungen gegenüber einer bloßen Beteiligung, nämlich der gesellschaftsfremden Interessenbindung verbunden mit der ernsthaften Sorge nachteiliger Einflussnahme.¹⁵ An diese Voraussetzungen stellt die Rechtsprechung aber ohnehin keine hohen Anforderungen, externe Interessen sind bei jedem Gesellschafter schnell gefunden.¹⁶ Mit Blick auf diese Rechtslage und Realität ist es daher gerechtfertigt, im Vertragskonzern allgemein von einem „herrschenden Gesellschafter“ zu sprechen.¹⁷

II. GmbH-Konzerne als etabliertes Phänomen einer modernen Volkswirtschaft

Die Analyse von Konzernen kann deren Doppelnatur aus wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Vielfalt nur gerecht werden, wenn ein Verständnis auch für ihre wirtschaftliche Bedeutung und Eigenart besteht. Ansonsten kann etwa die Frage, welche Vorzüge Konzerne gegenüber vollfusionierten Einheitsgesellschaften haben, nicht beantwortet werden. Im Folgenden soll zudem auch ein Verständnis für die wirtschaftliche Bedeutung der hier behandelten Untersuchung vermittelt werden.

¹³ MüKo AktG/*Altmeppen* § 302 Rn. 8; in den Worten von *Ulrich Bälz* legen Unternehmensverträge „regelmäßig nur bereits etablierte Machtverhältnisse offen“, FS Raiser, 287, 293.

¹⁴ *Emmerich/Habersack* § 291 Rn. 10; eingehend *Thoma* FS Hoffmann-Becking, 1237, 1241 ff.

¹⁵ *BGH NJW* 1978, 104 („VEBA/Gelsenberg“); *Spindler/Stilz/Schall* § 15 Rn. 13.; vgl. zu den weiteren Rechtsprechungsnachweisen unten Fn. 407.

¹⁶ Vgl. mit Blick auf die einschlägige Kasuistik *Timm/Geuting ZIP* 1992, 821, 823.

¹⁷ Auch der *BGH* spricht vom „herrschenden Unternehmersgesellschafter“; vgl. *BGH NJW* 1980, 231, 232.

1. Wirtschaftlicher Hintergrund der Konzerne

Konzerne nehmen in unterschiedlichsten Erscheinungsformen am Marktgeschehen teil. In der öffentlichen Wahrnehmung wird der Begriff „Konzern“ häufig mit weltweit agierenden Großunternehmen verbunden, was in Anbetracht deren schiere Größe auch nicht verwundert. So weisen etwa allein die DAX-Unternehmen Volkswagen AG 981 vollkonsolidierte Tochtergesellschaften (156 inländische und 825 ausländische)¹⁸ und die Siemens AG 714 Tochterunternehmen (133 deutsche und 581 ausländische)¹⁹ auf. Allerdings sind Konzernatbestände in Deutschland gerade auch in kleineren und mittelgroßen Unternehmen überaus präsent.²⁰ Der deutsche Mittelstand und Familienunternehmen wären ohne konzernierte Unternehmen kaum vorstellbar: So besteht etwa die Otto Gruppe aus 123 wesentlichen Konzerngesellschaften,²¹ und die familiengeführte Sixt AG umfasst in ihrem Konsolidierungskreis immerhin über 80 deutsche und internationale Konzerngesellschaften.²² Im Übrigen tritt auch die öffentliche Hand in nicht unerheblicher Weise als Konzernunternehmen auf, da alleine der Bund an 758 Gesellschaften mittelbar und unmittelbar beteiligt ist.²³ Insgesamt sind rund 90 Prozent der deutschen Unternehmungen in einem Konzern oder mit weiteren Gesellschaften verbunden.²⁴ Diese Fakten verdeutlichen, wie sehr Fragen des Konzernrechts das gesellschaftsrechtliche Fundament der deutschen Wirtschaft berühren.²⁵

Volkswirtschaftlich ist die Entstehung von Unternehmensverbindungen prinzipiell zu begrüßen, da Synergieeffekte und Größenvorteile (*economies of scale*) unbestrittenermaßen – vom Missbrauchspotential marktbeherrschender Stellungen abgesehen (vgl. § 19 GWB) – gesamtwirtschaftlichen Nutzen haben können.²⁶ In der Betriebswirtschaftslehre werden unterschiedliche Vorteile einer Konzernbildung bzw. eines Unternehmenszusammenschlusses

¹⁸ Geschäftsbericht 2012 der Volkswagen AG, S. 259.

¹⁹ Geschäftsbericht 2012 der Siemens AG, S. 241 ff.

²⁰ Auch *Timm* und *Geuting* weisen darauf hin, dass kleine oder mittelständige „Mini-Konzerne“ für die Rechtspraxis weit bedeutsamer sind, in der öffentlichen Wahrnehmung aber kaum auffallen; *Timm/Geuting* ZIP 1992, 821.

²¹ www.ottogroup.com/de/die-otto-group/konzernfirmen.php; abgerufen am 8.8.2013.

²² Geschäftsbericht 2012 der Sixt AG, S. 89 ff.

²³ Beteiligungsbericht 2012 des Bundesministeriums der Finanzen, S. 12 (Stichtag 31.12.2011).

²⁴ *Theisen* Der Konzern, 1991, S. 1.

²⁵ Vgl. *Wilde* S. 9 f.; *Timm* GmbHG 1987, 8.

²⁶ Vgl. *Hillier/Ross/Westerfield/Jaffe/Jordan* Corporate Finance, S. 788 f.

ses hervorgehoben: So können größere Wirtschaftseinheiten u.U. effizienter arbeiten, haben einen umfassenderen Anteil an der Wertschöpfungskette, verfügen über Wettbewerbsvorteile, können Gewinne und Verluste besser ausgleichen (und steuerlich die Verluste eines Bereichs von den Gewinnen eines anderen Bereichs abziehen) und Risiken besser verteilen, sind diversifizierter, haben besseren Zugang zum Arbeits- und Kapitalmarkt und können ihre Liquidität gezielter im Konzern steuern.²⁷

In der wirtschaftlichen Praxis ist die Einsetzung gerade von GmbHs als Konzernbaustein derart verbreitet, dass der GmbH-Konzern teilweise schon als der „klassische Anwendungsfall“ des Konzernrechts schlechthin begriffen wird.²⁸ Auch in den höchstrichterlichen Urteilssammlungen zum Konzernrecht überwiegen GmbH-rechtliche Sachverhalte. Die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern (§ 37 GmbHG), der freiere Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen (vgl. § 30 GmbHG) und die flexible Gestaltung ihrer Satzung prädestinieren GmbHs geradezu zum Einsatz als Konzerntochtergesellschaft.²⁹ Aber auch GmbH-Obergesellschaften lassen sich unter den umsatzstärksten deutschen Konzernen finden, wie beispielsweise die Robert Bosch GmbH, Metro Cash & Carry International GmbH, Shell Deutschland Oil GmbH, Franz Haniel & Cie. GmbH oder die Ford-Werke GmbH.³⁰ Im weiteren Sinne konzernverbunden ist die GmbH auch beim häufigen Einsatz als Komplementärin einer GmbH & Co. KG. Schon die schiere Anzahl der GmbHs in Deutschland verdeutlicht, weswegen GmbH-Konzerne derart verbreitet anzutreffen sind: Gegenüber den am 1.1.2012 im Handelsregister verzeichneten 16.705 Aktiengesellschaften kann die GmbH mit 1.071.908 Exponaten aufwarten.³¹ Auch bei der Höhe des verwalteten Gesamtstammkapitals übertrifft die GmbH die AG bereits seit 1979.³² Nach einer - allerdings schon älteren - Untersuchung sind etwa die Hälfte aller in Deutschland bestehenden

²⁷ Vgl. *Berk/DeMarzo Corporate Finance*, S. 877 f.

²⁸ *Liebscher GmbH-KonzernR*, Rn. 3.

²⁹ *Scholz GmbHG/Emmerich Anh.* § 13 Rn. 1.

³⁰ Diese Auswahl an Unternehmen ist der Top 500-Liste von 2011 der Tageszeitung *Die Welt* entnommen (www.top500.welt.de). Einige dieser GmbHs sind ihrerseits Töchter (internationaler) Holdinggesellschaften.

³¹ *Kornblum GmbHR* 2012, 728, 729; jeweils Zahlen für den 1.1.2012. Es fällt dabei auf, dass die Anzahl der AGs gegenüber dem Vorjahr gesunken ist, während die der GmbHs weiter zunahm.

³² *Wilde* S. 8.

GmbHs konzernverbunden³³ (bei den Aktiengesellschaften wird dieser Anteil sogar auf 75% geschätzt³⁴). Angesichts der Globalisierung und dem wachsenden Druck auf die Unternehmen, sich als diversifizierte, vernetzte und flexible Akteure darzustellen, dürfte der Anteil der konzernierten Gesellschaften auch in Zukunft eher zu- als abnehmen.

2. Vor- und Nachteile der Konzernierung gegenüber einer Verschmelzung

Diese Vorteile einer wirtschaftlichen Einheit zwingen zu der Frage, warum die Wirtschaft häufig Konzerne gegenüber einer Verschmelzung (§§ 2 ff. UmwG) vorzieht, wodurch die beteiligten Rechtsträger zu einer einheitlichen juristischen Person umgewandelt würden.³⁵ Die fusionierte Einheitsgesellschaft verliert die Doppelnatur des Konzerns von wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Vielfalt, stellt vielmehr nur noch ein einheitliches Subjekt dar. Mit dem Erhalt getrennter Rechtsträger im Konzern werden keine stillen Reserven aufgedeckt,³⁶ die bisherige Firma sowie der Geschäfts- und Firmenwert („*Goodwill*“) der einzelnen Gesellschaften bestehen fort.³⁷ Die Vorteile einer möglichen Haftungssegmentierung und getrennter Kapitalisierung bestehen in einer fusionierten Gesellschaft nicht. Durch die Aufteilung verschiedener Geschäftsbereiche auf verschiedene Konzerngesellschaften bleibt das Unternehmen für zukünftige Transaktionen und Umstrukturierungen flexibler und das Controlling behält einen besseren Einblick in die Geschäftszahlen und Bilanzen der jeweiligen Einheiten. Auch aus arbeitsrechtlicher Sicht sprechen erhebliche Gründe gegen eine Verschmelzung, da den Arbeitnehmern des übertragenden Rechtsträgers ein (in aller Regel nicht gewolltes) außerordentliches Kündigungsrecht zusteht, wenn ihr Arbeitgeber infolge der Übertragung erlischt.³⁸ Auch kann ein Unternehmensvertrag nach den Regeln der §§ 296 f AktG leichter beendet werden als eine Fusion. Daneben bestehen im Konzern mehr Geschäftsführer- und Vorstandspos-

³³ Michalksi GmbHG/*Servatius* Syst. Darst. 4 Rn. 2.

³⁴ MüKo AktG/*Altmeyen* Einl. § 291 Rn. 19.

³⁵ Zu den – jedenfalls aus juristischer Perspektive – unbestrittenen Vorteilen des Konzerns vgl. *Ebricke* ZGR 1996, 300, 301.

³⁶ Nach § 11 I UmwStG sind bei einer Verschmelzung die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem gemeinen Wert – also gerade nicht mit dem bisherigen Buchwert – anzusetzen. Erhebliche Buchgewinne mit entsprechender Besteuerungspflicht wären die Folge. Nur auf Antrag und unter bestimmten Voraussetzungen können die bisherigen Buchwerte bei einer Fusion weiter angesetzt werden (§ 11 II UmwStG).

³⁷ Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* Vorb. § 319 Rn. 6.

³⁸ BAG NZA 2008, 815, 818; vgl. *Seibt/Wollenschläger* AG 2013, 229, 230.

ten, was für die Incentivierung der Arbeitnehmer bzw. deren Heranführung an Leitungsaufgaben von Vorteil sein kann. Schließlich können im Kontext von Unternehmensübernahmen auch politische Gründe gegen eine Vollfusionierung sprechen, da die beteiligten Rechtsträger – ggf. mit ihren hergebrachten Firmen, Identitäten, Geschäftsleitern, Gesellschaftssitzen etc. – erhalten bleiben.

Zugleich lassen sich auch mögliche Nachteile des Konzerns gegenüber einer Fusion festmachen. Namentlich kann die rechtliche Selbstständigkeit der Konzerngesellschaften jederzeit zu Interessenskonflikten und Rechtsunsicherheiten führen und einer kohärenten wirtschaftlichen wie rechtlichen Konzernleitung entgegenstehen. Eine sinnvolle Handhabung der konzernrechtlichen Vorschriften hat sich daran messen zu lassen, inwieweit sie die Vor- und Nachteile im Konzern zu einem möglichst interessensgerechten Ausgleich bringt.

3. Entstehung von Konzernen

Dabei bilden sich Konzernstrukturen sowohl aus dem internen Wachstums- und Umstrukturierungsprozess von Unternehmen heraus, als auch als Folge von externen Unternehmenstransaktionen wie Übernahmen oder von Unternehmenskooperationen und Joint Ventures.³⁹ Der Standardfall einer Konzernbildung ist der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung durch ein Unternehmen (vgl. § 16 I AktG) an einer anderen Gesellschaft (*share deal*),⁴⁰ womit automatisch der Erwerb der Herrschaft über jene Gesellschaft vermutet wird (vgl. § 17 AktG). Mit der Herrschaft, d.h. der Möglichkeit der Einflussnahme, entsteht die Abhängigkeit der Tochtergesellschaft von ihrer Konzernmutter.⁴¹ Abhängigkeit alleine begründet jedoch noch keinen Konzern, vielmehr bedarf es noch der einheitlichen Konzernleitung, also der tatsächlichen Ausübung des Einflusses (§ 18 AktG). Wie §§ 16 ff. AktG zudem klarstellen, muss die einheitliche Leitung gerade durch ein herrschendes *Unternehmen* erfolgen. Ein Privataktionär, der nur an einer einzelnen Gesellschaft mehrheitlich beteiligt ist, begründet für sich alleine noch keinen Konzern.⁴²

³⁹ Vgl. dazu *Liebscher GmbH-KonzernR*, Rn. 10, der insoweit von einer *Tendenz der Unternehmenskonzentration* in Industrienationen spricht, die zur Bildung von Konzernen beitrage.

⁴⁰ Emmerich/*Habersack* Einl. Rn. 2.

⁴¹ *Dierdorf* Herrschaft und Abhängigkeit, S. 18.

⁴² Siehe ausführlich zur Abgrenzung des herrschenden Unternehmens zum Privataktionär unten S. 84; vgl. speziell zum Unternehmensbegriff unten Fn. 15.

Auch zwischen Unternehmen, die einen – für diese Arbeit besonders relevanten – Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) abgeschlossen haben, besteht per definitionem ein Konzern (§ 18 I 2 AktG).

III. Auf die GmbH unmittelbar anwendbares Konzernrecht

1. Entwicklung des Konzernrechts in Deutschland

Wesentlicher Motor für die Bildung von Vertragskonzernen war weniger das Gesellschafts- als vielmehr das Körperschaftssteuerrecht.⁴³ Bereits vor Kodifizierung des heutigen Vertragskonzernrechts hatte die Wirtschaftspraxis körperschaftssteuerliche „Organverträge“ entwickelt, deren Wirksamkeit allerdings auch gesellschaftsrechtlich anerkannt wurde.⁴⁴ Der Gesetzgeber von 1937 hatte nur einzelne konzernrechtliche Fragen geregelt, darunter den Abschluss einer „Gewinngemeinschaft“, dem Vorläufer des Gewinnabführungsvertrages.⁴⁵ Indes wurde bald nach dem zweiten Weltkrieg die Notwendigkeit empfunden, das Aktiengesetz von 1937 zu reformieren: Nach Auffassung des Reformgesetzgebers von 1965 konnte das frühere Aktienrecht der wachsenden Bedeutung der Konzerne in modernen Volkswirtschaften, insbesondere den sich ergebenden neuen Spannungen und Rechtsfragen, nicht mehr gerecht werden.⁴⁶ Dabei nahm der Gesetzgeber ausdrücklich von der Idee Abstand, die Entstehung von Konzernen generell zu beschränken oder gar zu verbieten. Stattdessen sollte das moderne Konzernrecht einen Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger bieten, insbesondere durch Publizität und Transparenz, Zustimmungserfordernissen, Verlustübernahme, Ausgleichszahlungen und Sicherheitsleistungen.⁴⁷ Weiterhin folgte der Gesetzgeber aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dass eine abhängige Konzerntochter außerhalb eines Vertragskonzerns nicht

⁴³ *Altmeyden* ZHR 171 (2007), 320, 321.

⁴⁴ *Flume* DB 1956, 455, 456 f.; *A. Hueck* DB 1959, 223.

⁴⁵ § 256 des AktG von 1937 führte dazu aus: „*Gewinngemeinschaft:*

(1) Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien verpflichtet, an einen anderen Gewinn abzuführen, bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung, wenn die Gesellschaft nach diesem Vertrag allein oder im Zusammenhang mit anderen Verträgen mehr als drei Viertel ihres gesamten Gewinns abzuführen hat.

(2) ...

(3) Die Beschlüsse bedürfen einer Mehrheit, die Mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst. Die Satzung kann diese Mehrheit durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen und noch andere Erfordernisse aufstellen.“

⁴⁶ Gesetzesbegr. BT-Drs. IV/171, S. 94, abgedruckt bei *Hirte* Der Vertragskonzern, 1.1.2.

⁴⁷ Gesetzesbegr. BT-Drs. IV/171, S. 94 f., abgedruckt bei *Hirte* Der Vertragskonzern, 1.1.2.

im Konzerninteresse geschädigt werden dürfte.⁴⁸ Die Aktienrechtsreform von 1965 kodifizierte das Konzernrecht in den §§ 16 bis 19 AktG und §§ 291 bis 327 und 328 AktG, und schloss an die Konzerndefinition des § 15 AktG an, der bereits Bestandteil des AktG von 1937 war.⁴⁹

Als Schutzinstrument zugunsten der verbliebenen Minderheitsaktionäre bei Abschluss einer „Gewinngemeinschaft“ sah das frühere Konzernrecht eine Dividendengarantie vor, die der herrschende Gesellschafter an die Minderheiten zahlen musste.⁵⁰ Die Verlustausgleichspflicht regelte das frühere Konzernrecht zwar noch nicht explizit, doch wurde auch diese Pflicht bereits vor der Kodifizierung von § 302 AktG angenommen: Sie fand ihre Grundlage hauptsächlich im auftragsrechtlichen Aufwendungsersatz (§§ 670, 683 BGB).⁵¹ Den Beherrschungsvertrag kannte das Aktienrecht von 1937 ebenfalls noch nicht,⁵² dennoch sprach sich die Rechtsprechung schon damals für eine Weisungsmacht kraft Gewinngemeinschaftsvertrages aus: Die Weisungsbefugnis sei nämlich „immanenter Bestandteil“ eines Vertrages, aus dem eine Partei zur Verlustübernahme der anderen Partei verpflichtet sei.⁵³ In diesem Argument zeichnet sich bereits die Erwägung ab, dass die Herrschaft und die Verlustübernahme implizit zusammenhängen; mit dieser Erwägung fand die Diskussion um die Verlustübernahme im Konzern ihre bis heute prägende Argumentationsgrundlage.⁵⁴ Als der Gesetzgeber die konzernrechtlichen Vorschriften für die Aktiengesellschaft mit der Reform von 1965 erweiterte und den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag kodifizierte, konnte er hierbei folglich vielfach auf umfassende Judikatur und wissenschaftliche Vorarbeit zurückgreifen; lediglich die Eingliederung (§§ 319 ff. AktG) stellte eine genuine Neuschöpfung des Gesetzgebers dar.⁵⁵

Auch die im Jahre 2001 eingefügten Vorschriften über den *squeeze-out* (§§ 327 a bis f AktG) werden thematisch im weitesten Sinne zum Konzernrecht gerechnet. Zuletzt bewirkte das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen („MoMiG“ von

⁴⁸ Gesetzesbegr. BT-Drs. IV/171, S. 95, abgedruckt bei *Hirte* Der Vertragskonzern, 1.1.2.

⁴⁹ Emmerich/*Habersack* Einl. Rn. 17 f.

⁵⁰ *A. Hueck* DB 1959, 223, 226 f.

⁵¹ Vgl. eingehend Fn. 473.

⁵² *OLG Karlsruhe* NJW 1967, 831 f.

⁵³ *OLG Karlsruhe* NJW 1967, 831 f.

⁵⁴ Vgl. S. 76.

⁵⁵ Emmerich/*Habersack* Einl. Rn. 18.

2008) gesellschaftsrechtliche Reformen mit Bezügen zum Vertragskonzernrecht: Seitdem suspendieren § 57 I 3 AktG und die korrespondierende Parallelnorm § 30 I 2 GmbHG die Vermögensbindung in Aktiengesellschaft und GmbH im Vertragskonzern. Diese Aktivitäten des Gesetzgebers können aber nicht vor der Erkenntnis verschließen, dass auch seit der Aktienrechtsreform von 1965 hauptsächlich Rechtsprechung und Lehre zur Fortentwicklung des Konzernrechts bei AG und GmbH beigetragen haben.⁵⁶ Insbesondere findet sich – trotz seiner hohen praktischen Bedeutung – bis heute kein kodifiziertes Konzernrecht für die GmbH (hierzu sogleich unten).

Der deutsche Lösungsansatz des Konzernrechts ist international überwiegend auf Ablehnung gestoßen.⁵⁷ Abgesehen von Portugal, Ungarn, Slowenien, Tschechien oder Brasilien finden sich international kaum Rechtsordnungen, deren Konzernrecht mit dem deutschen vergleichbar wäre. Gerade der Vertragskonzern ist außerhalb Deutschlands und Österreichs praktisch unbekannt.⁵⁸ Auch auf Ebene der EU hat sich, trotz verschiedener Versuche der EU-Kommission, kein einheitliches Konzernrecht entwickelt, geschweige denn eines auf Grundlage des deutschen Modells.⁵⁹

2. Die Lückenhaftigkeit des GmbH-Konzernrechts

Wie bereits erwähnt, enthält das GmbH-Gesetz kein eigenständiges, abschließendes Konzernrecht. Nur punktuelle Konzernsachverhalte finden sich explizit für die GmbH geregelt, darunter das Verweigerungsrecht gegenüber dem Auskunfts- und Einsichtsverlangen eines Gesellschafters, wenn die Informationspreisgabe zu einem Nachteil der Gesellschaft *oder einem verbundenen Unternehmen* führen könnte (§ 51 a GmbHG). Hier bezieht sich das GmbHG auf den in § 15 AktG definierten Konzernatbestand der verbundenen Unternehmen.⁶⁰ Daneben findet sich die Konzernrechnungslegung in § 42 a IV GmbHG näher geregelt. Auch ohne ausdrückliche Regelung setzt das GmbHG also die Zulässigkeit von Konzernen mit abhängigen

⁵⁶ So auch Emmerich/*Habersack* Einl. Rn. 19.

⁵⁷ *Druey* FS Hommelhoff, 135, 141 f.; *Ebricke* ZGR 1996, 300.

⁵⁸ *Druey* Gutachten, H 36.

⁵⁹ Vgl. den gescheiterten ersten Verordnungsentwurf über die europäische Aktiengesellschaft von 1970 mit ausführlichen Vorgaben zum Konzernrecht; den Verzicht auf konzernrechtliche Bestimmungen in der SE-Verordnung (abgesehen vom Konzernabschluss); die gescheiterte sog. Konzernrechtsrichtlinie (9. Richtlinie zum Gesellschaftsrecht), die u.a. die Einführung eines Beherrschungsvertrags nach deutschem Vorbild verfolgte.

⁶⁰ *Wilde* S. 11.

GmbHs voraus. Auch die Zulässigkeit von GmbH-Vertragskonzernen wird im 2008 neu normierten § 30 I 2 GmbHG nunmehr vorausgesetzt, der Wortlaut dieser Norm nimmt hierbei explizit auf § 291 AktG Bezug.⁶¹ Das Gesetz äußert sich jedoch nicht zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen, die der Abschluss eines Unternehmensvertrages oder die faktische Konzernierung im GmbH-Recht haben. Bislang übernahmen es Rechtsprechung und Rechtslehre, diese speziell durch die konzernierte GmbH aufgeworfenen Fragen zu klären. Anzeichen für eine baldige Schließung dieser Gesetzeslücke durch den Gesetzgeber bestehen derzeit keine.⁶²

Dabei hatte die Bundesregierung Anfang der siebziger Jahre durchaus den Versuch unternommen, ein eigenständiges Konzernrecht für die GmbH zu entwerfen.⁶³ Es wäre die erste größere Reform des damals seit 80 Jahren praktisch unveränderten GmbH-Rechts gewesen. Mit dem Gesetz sollte vor allem den Bedürfnissen der Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger Rechnung getragen und die GmbH „unter Berücksichtigung ihrer Eigenarten“ in die Kodifizierung des Konzernrechts einbezogen werden.⁶⁴ In dem Entwurf schlug die Bundesregierung vor, das GmbHG um ein zweites Buch („Verbundene Unternehmen“, §§ 230 bis 266 GmbHG-E) zu erweitern und darin die verschiedenen Konzernarten Vertragskonzern, faktischer Konzern und Eingliederungskonzern zu regeln. Der Entwurf sah ein Gesetzeswerk vor, der in seinem Aufbau und Wortlaut nahezu identisch mit den §§ 291 ff. AktG gewesen wäre. In § 230 I GmbHG-E beschrieb der Entwurf die verschiedenen Arten von Unternehmensverträgen und unterschied darin – in exakter Übereinstimmung mit § 291 I AktG – zwischen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen. Auch die hier relevante Norm des § 302 AktG hätte in § 240 GmbHG-E ein praktisch wortgleiches Äquivalent gefunden. Das Reformvorhaben hätte also auch das herrschende Unternehmen im GmbH-Vertragskonzern einer Verlustübernahmepflicht unterworfen. Bezeichnenderweise begründete die Bundesregierung mit keinem Wort, welche Erwägungen sie zur Verlustübernahmepflicht im GmbH-

⁶¹ Vor Einführung von § 30 I 2 GmbHG durch das MoMiG bezweifelte noch *Bitter*, dass der Abschluss eines Unternehmensvertrags mit einer 100%igen Tochter-GmbH zulässig sei *Bitter* ZIP 2001, 265.

⁶² Skeptisch, dass der Gesetzgeber sich bald dieser Materie annehmen wird *Roth/Altmeppen* Anh. 13 Rn. 1.

⁶³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31. Januar 1972, BT-Drucks. 6/3088.

⁶⁴ BT-Drucks. 6/3088 (Vorblatt).

Vertragskonzern bewogen; die Gesetzesbegründung enthält lediglich den knappen Hinweis, dass die Vorschrift „im wesentlichen unverändert aus § 302 AktG übernommen“ wurde.⁶⁵ Die Bundesregierung konnte sich mit ihren Vorschlägen allerdings nicht durchsetzen, die Reform des GmbHG wurde niemals umgesetzt. Unabhängig von der Frage, ob letztlich ein Bedürfnis für ein eigenes GmbH-Konzernrecht besteht (dazu eingehen unten S.160), glaubte man nur wenige Jahre nach Einführung des aktienrechtlichen Konzernrechts nicht genügend praktische Erprobung hinter sich zu haben, um die Tauglichkeit und Erforderlichkeit des aktienrechtlichen Vorbilds für die GmbH beurteilen zu können.⁶⁶

3. Weitere unmittelbar für die GmbH geltenden Konzernnormen

Außerhalb des eigentlichen Gesellschaftsrechts gibt es eine Vielzahl an Normen, die im weitesten Sinne konzernrechtlich sind. Überwiegend sind diese Normen rechtsformneutral oder gelten allgemein für Kapitalgesellschaften, stellen also unabhängig vom eigentlichen Gesellschaftsrecht eine gewisse Gleichbehandlung zwischen aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Konzernen her. Auch wenn diese Normen als konzernrechtlich zu begreifen sind, knüpfen sie vielfach nicht erst an das Bestehen eines Konzerns an, sondern lassen formal bereits den Tatbestand der Abhängigkeit ausreichen.⁶⁷ Die folgenden Konzernnormen sind für das wirtschaftliche und rechtliche Verständnis von Konzernen unerlässlich und sollen im Folgenden dargestellt werden; (a) und (b). Anschließend ist die Frage aufzuwerfen, ob diese Normen eine verallgemeinerungsfähige Aussage über die konzernrechtliche Systematik treffen; (c).

a. Körperschaftssteuerrecht

Von zentraler Bedeutung für die Konzernpraxis ist das Steuerrecht, das auch historisch den Ausgangspunkt des deutschen Konzernrechts bildete.⁶⁸ Der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages i.S.v. § 291 AktG begründet eine steuerliche Organschaft zwischen der abhängigen Aktiengesellschaft (Organgesellschaft) und dem herrschenden Unternehmen (Organträger); § 14 KStG. Der Beherrschungsvertrag ist für die Organschaft dagegen uner-

⁶⁵ Vgl. die relevante Passage zu § 240 GmbHG-E bei BT-Drucks. 6/3088 S. 213.

⁶⁶ *Ballerstedt* ZHR 135 (1971), 383, 400 f.

⁶⁷ Vgl. *Dierdorf* Herrschaft und Abhängigkeit S. 18.

⁶⁸ *Altmeyden* ZHR 171 (2007), 320, 321; vgl. bereits oben Fn. 44.

heblich.⁶⁹ Nach Abschluss des Gewinnabführungsvertrags wird steuerlich das gesamte Einkommen, das die abhängigen Konzerngesellschaften erzielen, dem herrschenden Unternehmen zugerechnet (§ 14 I 1 KStG). Die konzernweite Gewinn- und Verlustsaldierung auf Ebene der Konzernspitze ist die steuerlich gewünschte Rechtsfolge.⁷⁰ In der Folge wird der Vertragskonzern steuerlich so behandelt, als wäre er rechtlich ein einheitliches Subjekt. Nach § 17 KStG gelten die Vorschriften über die steuerliche Organschaft auch für Kapitalgesellschaften anderer Rechtsform, die GmbH eingeschlossen.⁷¹ § 17 I 2 Nr. 2 KStG schreibt ferner vor, dass in dem Gewinnabführungsvertrag eine „Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG (...) vereinbart“ sein muss.⁷² Diese Vorschrift wirft ein interessantes Licht auf die hier behandelte Untersuchung: Denn mit dieser Norm, die auf das Steueränderungsgesetz von 1992 zurückgeht, verpflichtete der Gesetzgeber „aus Sicherheitsgründen“ zur ausdrücklichen Vereinbarung der Verlustübernahme, da damals noch nicht eindeutig beantwortet werden konnte, ob § 302 AktG schon kraft zwingender Gesetzesanalogie im GmbH-Vertragskonzern gilt.⁷³

Von dieser Gesetzesgenese und dem Wortlaut der Norm ausgehend, lässt der Bundesfinanzhof bis heute GmbH-rechtliche Unternehmensverträge nur dann als Grundlage für eine steuerliche Organschaft genügen, wenn die Parteien darin die Geltung von § 302 AktG ausdrücklich vereinbaren.⁷⁴ Diese Rechtsprechung trifft auf vielfache Kritik. Denn nach überwiegender Auffassung – worauf noch detailliert einzugehen sein wird – gilt die Verlustübernahmepflicht gem. § 302 AktG auch im GmbH-Vertragskonzern kraft zwingender Analogie. Für eine ausdrückliche Vereinbarung von § 302 AktG bestünde, nach dieser Sichtweise, kein Anlass, zumal der BGH für die *gesellschaftsrechtliche* Anerkennung von GmbH-Unternehmensverträgen keine

⁶⁹ *Altmeyden* ZHR 171 (2007), 320, 324.

⁷⁰ DPM KStG/*Dötsch/Witt* § 14 Rn. 32 *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 566.

⁷¹ *Blümich/Danelsing* § 17 KStG Rn. 7.

⁷² Der Gesetzgeber hat die Vorschrift des § 17 I 2 Nr. 2 KStG jüngst reformiert, wonach die Verlustübernahme „durch Verweis auf die Vorschriften des § 302 AktG *in seiner jeweils gültigen Fassung* vereinbart wird“ (Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20.02.2013, BT-Drs. 17/10774). Diese dynamische Verweisung auf den § 302 AktG ändert nichts an dem Erfordernis der Parteien, die Geltung des § 302 AktG ausdrücklich zu vereinbaren.

⁷³ DPM KStG/*Dötsch* § 17 Rn. 4.

⁷⁴ *BFH* GmbHR 2000, 949; *BFH* DStR 2006, 1224; *BFH* GmbHR 2006, 890.

derartige Vereinbarung verlangt.⁷⁵ Die Rechtsprechung des BFH verkompliziert, so die Kritik, die Lage in unnötiger Weise und mache aus § 17 I 2 KStG eine „*Strafvorschrift für Dumme und Unkundige*“.⁷⁶ Die Rechtsprechung des BFH lässt sich indes nur so verstehen, dass er nach wie vor an der zwingenden Verlustübernahmepflicht im GmbH-Vertragskonzern zweifelt.⁷⁷

b. Weiteres spezifisches Konzernrecht

Daneben finden sich in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten Vorschriften, die an den Regelungsstatbestand des Konzerns anknüpfen:

Für die Frage der Arbeitnehmermitbestimmung, die sich nach deren Anzahl im Unternehmen richtet, ordnet das **Arbeitsrecht** eine Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer im Konzern an (§ 5 MitbestG, § 2 DrittelbG). Diese gelten dann als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens. Außerdem erleichtert § 1 III Nr. 2 AÜG den Austausch von Arbeitnehmern zwischen den Konzerngesellschaften, indem das Gesetz diesen Tatbestand von den Restriktionen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes befreit. Für die Zwecke des **Kartellrechts** werden konzernrechtlich verbundene Gesellschaften als ein einheitliches Unternehmen angesehen (§ 36 II GWB). Nach § 297 III HGB gilt für die **HGB-Rechnungslegung**, dass Konzerne ihre konsolidierten Jahresabschlüsse und Lageberichte so darstellen müssen, als wären die konzernierten Unternehmen insgesamt nur ein einziges Unternehmen („Einheitsfiktion“)⁷⁸. §§ 11 ff. PublG flankiert diese Normen für die **Publizität** der Konzernrechnungslegung. Das **Wertpapierhandelsrecht** bestimmt, dass Beteiligungen an Aktiengesellschaften in bestimmten Schwellenhöhen gemeldet werden müssen und ordnet dafür eine Zusammenrechnung der Stimmrechte im Konzern an (§ 22 WpHG). Für die finanzrelevanten Bereiche der Kreditinstitute und Versicherungen statuiert das Gesetz weiterhin eine einheitliche **Compliance**-Pflicht der Geschäftsleitung der Obergesellschaft für den gesamten Konzern (vgl. § 25a III, IV KWG; § 64a II VAG; § 12 I Nr. 2, 3 GeldwäscheG; § 33 I 2 Nr. 3 WpHG). Ob daneben

⁷⁵ Ständige Rspr.; vgl. Fn. 694; 695; 696.

⁷⁶ DPM KStG/*Dötsch* § 17 Rn. 4; kritisch auch *Hahn* DStR 2009, 1834, der von der Geltung des § 302 AktG im GmbH-Konzern kraft Gesetzes ausgeht und eine ausdrückliche Vereinbarung insoweit für entbehrlich hält.

⁷⁷ So auch *Hahn* DStR 2009, 1834, 1836.

⁷⁸ Vgl. MüKo HGB/*Busse von Colbe* § 297 Rn. 46 ff.: Hierbei ist umstritten, ob sich die Einheitsfiktion auf eine rechtliche oder eine wirtschaftliche Einheit bezieht.

generell eine konzernrechtliche Compliance-Pflicht der Obergesellschaft anzuerkennen ist, ist eine noch nicht geklärte Frage; die Diskussion befindet sich hierzu in der Anfangsphase.⁷⁹ Der Deutsche Corporate Governance Kodex verpflichtet die Vorstände jedenfalls seit 2007, auch die Konzernunternehmen zur Beachtung gesetzlicher Vorschriften und unternehmensinternen Richtlinien anzuhalten.⁸⁰

Demgegenüber lassen sich auch Rechtsgebiete nennen, die als Regelungsgegenstand alleine die einzelne Konzerngesellschaft und nicht der Konzern als rechtliche Einheit kennen. Ein „Konzerninsolvenzrecht“ wurde beispielsweise – trotz vielfacher Forderungen der Rechtspraxis und -wissenschaft – bis heute nicht eingeführt.⁸¹ Auch das Bundesdatenschutzgesetz „ignoriert (...) die gesellschaftsrechtliche Anknüpfung an den Konzern“, so dass die Weitergabe von Daten von einer Konzerngesellschaft an die nächste keineswegs unproblematisch ist.⁸²

a. Allgemeine Systematik des Konzernrechts:
Konzerne als rechtliche Einheit?

Die soeben dargestellten Konzernnormen werfen eine Überlegung über die allgemeine konzernrechtliche Systematik auf: Obwohl das Recht den Konzern als Vielheit auffasst, ist es in speziellen Kontexten bemüht, den Konzern als rechtlich vereinheitlichtes Subjekt zu behandeln. In diesen Fällen wird der Konzern auch juristisch so behandelt, wie es seiner wirtschaftlichen Eigenart als einheitliche Organisation entspricht. Das Recht löst die Spannung zwischen wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Vielheit also häufig bewusst im wirtschaftlichen Sinne. Auch die Verlustübernahmepflicht des § 302 AktG ist in diesem Zusammenhang zu sehen. Denn die Norm besagt nichts anderes, als dass aktienrechtliche Vertragskonzerne gegenüber Dritten rechtlich und wirtschaftlich als Haftungseinheit funktionieren.

Die Verlustübernahmepflicht der Konzernmutter könnte also ein generelles Wesensmerkmal des Vertragskonzerns sein, und zwar im Aktienrecht wie im GmbH-Recht. Der Frage, ob die vom Konzernrecht teilweise vorgegebene

⁷⁹ Vgl. zum Vorstehenden *Tbüsing* II. Rn. 45 ff.

⁸⁰ *Ziff.* 4.1.3; vgl. *Fleischer* CCZ 2008, 1.

⁸¹ Vgl. etwa *Ebricke* ZInsO 2002, 393; *Hirte* ZIP 2008, 444; *Siemon* NZI 2014, 55.

⁸² *Kilian/Heussen* 1. Abschnitt, Teil 7, Rn. 180.

Systematik einer Rechtseinheit als Argument für eine generelle Haftungseinheit des Konzerns taugt, soll unten (siehe S. 95) noch detaillierter nachgegangen werden.

C. Die Verlustübernahmepflicht im geltenden Konzernrecht: § 302 AktG im aktienrechtlichen Vertragskonzern

Anders als das GmbH-Recht kennt der aktienrechtliche Vertragskonzern eine ausdrücklich statuierte Verlusttragungspflicht der Konzernmutter (§ 302 AktG). An dieser aktienrechtlichen Norm orientieren sich sowohl die Diskussion um die GmbH-rechtliche Konzernhaftung als auch frühere Reformvorhaben für ein eigenständiges GmbH-Konzernrecht.⁸³ Rechtsprechung und -wissenschaft befassen sich seit Jahrzehnten mit der Streitfrage, ob und wie § 302 AktG auf den GmbH-Konzern analog übertragbar ist. Ohne Verständnis für § 302 AktG in seinem systematischen Kontext zum Aktienrecht kann die Frage nach dieser Analogie jedoch nicht erörtert werden. Im Folgenden soll daher zunächst § 302 AktG in seiner spezifisch aktienrechtlichen Funktion behandelt werden, wobei insbesondere die gesellschaftsinternen Verhältnisse zwischen Aktiengesellschaft und Aktionären in einer selbstständigen sowie in einer vertraglich konzernierten AG verglichen werden sollen. Daran anschließend wird das Gesellschafts- und Konzernrecht der GmbH dargestellt und zu der Aktiengesellschaft in Bezug gesetzt; (D), S. 127. Danach kann der eigentlichen Untersuchung dieser Arbeit, nämlich der Verlustübernahmepflicht im GmbH-Vertragskonzern und der Analogie von § 302 AktG, nachgegangen werden; (E) S. 160.

I. Die Stellung der Gesellschafter in einer unabhängigen Aktiengesellschaft

1. Weisungsbefugnisse

Die Leitung einer Aktiengesellschaft ist nicht Aufgabe ihrer Aktionäre, sondern allein ihres Vorstandes als oberstem Leitungs- und Willensbildungsorgan der Gesellschaft (§ 76 I AktG).⁸⁴ Der Vorstand leitet, ähnlich einem Treuhänder für fremde Vermögensinteressen, die Geschäfte der Aktiengesellschaft selbstständig und unter eigener Verantwortung.⁸⁵ Er unterliegt keinen Weisungen der Aktionäre und ist bei seiner Tätigkeit ausschließlich dem Wohle der Gesellschaft verpflichtet – für darüber hinausgehende Interessen

⁸³ Vgl. § 240 GmbHG-E des GmbH-Reformvorhabens von 1972.

⁸⁴ Vgl. als Abgrenzung zur GmbH Fn. 578. Spindler/Stütz/*Fleischer* § 76 Rn. 4.

⁸⁵ *Vetter* ZHR 171 (2007), 342, 344.

der Aktionäre ist er nicht verantwortlich.⁸⁶ Die Weisungsautonomie des Vorstandes gestattet ihm sogar, im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens gegen die (privaten) Interessen eines Mehrheitsaktionärs zu handeln.⁸⁷ Auch gegenüber dem Aufsichtsrat ist der Vorstand nicht weisungsgebunden, dem Aufsichtsrat kann allenfalls ein Vetorecht bezüglich bestimmter Arten von Geschäften übertragen werden (§ 111 IV 2 AktG).⁸⁸ Über Fragen der Geschäftsführung können die Aktionäre in der Hauptversammlung ausschließlich dann entscheiden, wenn der Vorstand dies verlangt (§ 119 II AktG). Nur soweit eine Maßnahme in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung fällt – wozu neben den gesetzlich ausdrücklich angeordneten auch die ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen gehören⁸⁹ – hat sich der Vorstand an die Vorgaben der Aktionäre zu halten (§ 83 AktG). Auch im faktischen Konzern ist der Vorstand nicht gegenüber den Aktionären weisungsgebunden und erst recht nicht verpflichtet, Weisungen der Aktionäre zu befolgen, die für die Gesellschaft nachteilig sein könnten. Insofern bleibt es gegenüber einem Gesellschafter im faktischen Konzern bei der allgemeinen Verhaltensregel des Vorstands, dass er Weisungen am Maßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Vorstands messen muss; § 317 II AktG.⁹⁰ §§ 311 ff. AktG überlagern § 76 AktG nicht, es bleibt also im Ermessen des Vorstandes, ob er eine nachteilige Vorgabe eines Aktionärs befolgt (im Einzelfall mögen unternehmerische Erwägungen dafür sprechen). §§ 311, 317 AktG ordnen nur an, dass *falls* die nachteilige Weisung befolgt wird, ein entsprechender Nachteilsausgleich an die Gesellschaft zu leisten ist.⁹¹ Anders als im GmbH-Recht (dort § 46 Nr. 5 GmbHG) haben die Aktionäre auch keinen direkten Einfluss auf die Zusammensetzung des Geschäftsleitungsorgans. Über die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern entscheidet nach § 84 I AktG nämlich

⁸⁶ Spindler/Stilz/*Fleischer* § 76 Rn. 57.

⁸⁷ OLG Frankfurt AG 2011, 918.

⁸⁸ Großkomm AktG/*Kort* § 76 Rn. 43; *Hüffer* § 76 Rn. 11

⁸⁹ Vgl. zu den ungeschriebenen HV-Kompetenzen, die der BGH maßgeblich in den Holz-müller- und Gelatine-Entscheidungen herausgearbeitet hat Kölner Komm AktG/*Mertens/Cahn* § 76 Rn. 61 ff.

⁹⁰ Nach der h.M. kommt es für diese Beurteilung auf eine ex-ante Perspektive an; vgl. BGH NJW 2009, 850; *Hüffer* AktG § 311 Rn 27; *Emmerich/Habersack* § 311 Rn 40; *Kropff* NJW 2009, 814.

⁹¹ Kölner Komm AktG/*Mertens/Cahn* § 76 Rn. 67; *Altmeyden* ZHR 171 (2007), 320 329 ff.

zwingend und ausschließlich der Aufsichtsrat, der in dieser Frage ebenfalls nicht den Weisungen der Aktionäre unterworfen werden kann.⁹²

Das Aktiengesetz räumt der Gesellschaft also eine von ihren Gesellschaftern weitestgehend unabhängige Stellung ein. Zwar erkennt auch das Gesetz die wirtschaftlichen und faktischen Zwänge eines Vorstandes an, den Einfluss eines (Mehrheits-)Aktionärs nicht ignorieren zu können. Nicht umsonst unterstellt etwa das Übernahmerecht, dass allein mit einem 30prozentigen Aktienbesitz bereits die Herrschaft über eine börsennotierte Aktiengesellschaft ausgeübt wird (vgl. § 29 II WpÜG). Im Übrigen können Großaktionäre ihren Einfluss dadurch ausüben, dass sie Personen ihres Vertrauens in den Aufsichtsrat wählen können (§§ 101 I 1, 119 I Nr. 1 AktG).⁹³ Dies ändert allerdings nichts an dem gesetzlichen Leitbild des Aktiengesetzes von einem selbstständigen und weisungsungebundenen Vorstand. Dieses Modell beruht auf der Vorstellung, dass gerade bei Publikumsgesellschaften eine Trennung von Eigentum und Herrschaft sinnvoll ist.⁹⁴ Davon unabhängig steht es dem Vorstand nach herrschender Meinung frei, gewisse vertragliche Bindungen mit Gesellschaftern einzugehen.⁹⁵ Gerade institutionelle Investoren (Pensionskassen etc.) und Ankeraktionäre machen ihr finanzielles Engagement regelmäßig davon abhängig, dass sich die Vorstände spezifischen Pflichten und Regelwerken unterwerfen.⁹⁶ Derartige schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Aktionären und Vorstand sind prinzipiell zulässig, können und dürfen aber die zwingende Grundwertung des § 76 AktG nicht aushebeln: Entscheidend ist, dass sie dem Vorstand die wesentliche Leitungsmacht über die Unternehmenspolitik belassen und in ihren Auswirkungen nicht an einen Unternehmensvertrag herankommen.⁹⁷

2. Gesellschafterzugriff auf Gewinn und Vermögen der Gesellschaft

Für die Untersuchung, in welchem Verhältnis Aktionäre zu ihrer selbstständigen Aktiengesellschaft stehen, stellt sich als nächstes die Frage nach den Zugriffsrechten der Aktionäre auf Gewinn und Vermögen der Gesellschaft.

⁹² Hüffer § 84 Rn. 5.

⁹³ Vetter ZHR 171 (2007), 342, 344.

⁹⁴ Wiedemann Bd. I, S. 203.

⁹⁵ So zutreffend Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn § 76 Rn. 48.

⁹⁶ So macht der *Pension Protection Act* von 2006, ein US-amerikanisches Bundesgesetz, etwa Investitionen von amerikanischen Pensionskassen von Zugeständnissen der Vorstände der Zielgesellschaften abhängig.

⁹⁷ Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn § 76 Rn. 48.

Das Ergebnis dieser Untersuchung soll in Bezug zu den Zugriffsrechten eines vertraglich herrschenden Unternehmens (S. 30) gesetzt werden sowie mit der Rechtslage im Gesellschafts- und Konzernrecht der GmbH verglichen werden.

a. Bindung des Gesellschaftsvermögens

Gemäß § 57 I 1 AktG dürfen den Aktionären „die Einlagen nicht zurückgewährt werden“. Entgegen diesem missverständlichen Wortlaut statuiert die Norm eine umfassende Bindung des Gesellschaftsvermögens: Sie verbietet jede offene oder verdeckte Zuwendung der Gesellschaft an ihre Aktionäre außerhalb der Verteilung von Bilanzgewinn (§§ 58 ff. AktG) und den zulässigen Ausnahmen (insbesondere §§ 26, 59, 71 I, 71 d S. 2, 237 II, III).⁹⁸ Die Ausschüttungssperre ist völlig unabhängig von der Frage, ob es sich bei der Auszahlung um die „Einlage“ des Aktionärs handelt – die Norm greift sogar dann, wenn der Aktionär seine Einlage noch gar nicht erbracht hat. Eindeutig liegt der Kapitalschutz des § 57 AktG höher als im GmbHG: geschützt werden nicht nur das Grundkapital und die gesetzlichen Rücklagen, sondern die umfassende Vermögenssubstanz der AG.⁹⁹ Mit seiner strengen und formalistischen Kapitalerhaltung ergänzt das AktG die Vorgaben zur Kapitalaufbringung und schützt vor deren Umgehung.¹⁰⁰ Wegen der aktienrechtlichen Satzungssperre (§ 23 V AktG) ist § 57 AktG zwingend.

Die strenge Kapitalbindung der Aktiengesellschaft dient zum einem dem Schutz der (Minderheits-)Aktionäre, die einen minimalen Einfluss auf die Geschäftsleitung haben und somit befürchten müssten, dass der Vorstand durch ungleiche Vermögensverteilung einen Großaktionär zu ihren Lasten bevorzugt.¹⁰¹ Zum anderem bezweckt § 57 AktG auch den Gläubigerschutz:¹⁰² Wie auch im GmbH-Recht dienen Kapitalaufbringung und -erhaltung dem Aufbau einer bestimmten Vermögensmasse im Interesse der Gläubiger, um die Nachteile der Haftungstrennung im Kapitalgesellschafts-

⁹⁸ Einhellige Meinung, *BGH NZG* 2008, 106, 107; *BGH NZG* 2011, 829, 830 f.; Schmidt/Lutter *AktG/Fleischer* § 57 Rn. 9; *Hüffer* § 57 Rn. 2.

⁹⁹ *KG NZG* 1999, 161; *Kölner Komm AktG/Drygala* § 57 Rn. 18.

¹⁰⁰ *Kölner Komm AktG/Drygala* § 57 Rn. 9.

¹⁰¹ *Ebricke Konzernunternehmen*, S. 449; *Raiser/Veil* § 19 Rn. 1; *Hüffer* § 57 Rn. 1; *Kölner Komm AktG/Drygala* § 57 Rn. 13.

¹⁰² *BGH NJW* 2004, 1111 (zur gläubigerschützenden Funktion der Parallelnorm von § 30 GmbH; „Novemberurteil“); Schmidt/Lutter *AktG/Fleischer* § 57 Rn. 3; *MüKo AktG/Bayer* § 57 Rn. 1; *Hüffer* § 57 Rn. 1; *Spindler/Stilz/Cahn/v. Spannenberg* § 57 Rn. 6.

recht zu kompensieren.¹⁰³ Die Gegenauffassung, die eine gläubigerschützende Funktion von § 57 AktG abstreitet, kann mit ihrer Sichtweise nicht überzeugen, wonach in der Kapitalaufbringung nur eine Risikobeteiligung der Gesellschafter steckt, um sie zu vernünftigem Wirtschaften anzuhalten („Vermögensmasse *à fonds perdu*“).¹⁰⁴ Freilich ist der Gegenauffassung zu konzedieren, dass das Gesellschaftskapital in vielen Fällen nicht zur Befriedigung der Gläubiger ausreichen bzw. in der Krise meist ohnehin bald aufgezehrt sein wird.¹⁰⁵ Allerdings lässt die notorisch geringe Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen auch nicht den Schluss zu, dass sich die Gesellschafter tatsächlich im hinreichenden Maßen am Risiko der Gesellschaft beteiligen, um die gewünschte Verhaltenssteuerung zu erzielen.¹⁰⁶ Im Übrigen wurde das Garantiekapitalsystem gerade mit Blick auf Publikumsgesellschaften entwickelt, in denen die Gesellschafter aber keinen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben und damit ohnehin keinen Beitrag zu vernünftigem Wirtschaften leisten können.¹⁰⁷ Indem das Aktiengesetz auch über das Grundkapital hinaus einen strengen Kapitalschutz etabliert und jeglichen Gesellschafterzugriff auf die Vermögenssubstanz der Gesellschaft unterbindet, trägt es also den Interessen der Gläubiger Rechnung.¹⁰⁸ Aus der Anerkennung der gläubigerschützenden Funktion des § 57 I 1 AktG folgt eine bedeutende Konsequenz für das Verhältnis der Aktionäre zur Gesellschaft: Auch bei Einvernehmen aller Aktionäre oder in der Einmann-AG bleiben Ausschüttungen, die gegen die Vorgaben des § 57 I 1 AktG verstoßen, unzulässig.¹⁰⁹

Soll den Aktionären Teile des Grundkapitals oder der gesetzlichen Rücklagen (deren Höhe vom Grundkapital abhängt, vgl. § 150 II AktG) zurückgezahlt werden, bleibt der Gesellschaft lediglich der sehr formalistische Weg einer ordentlichen Kapitalherabsetzung (vgl. § 222 III AktG).¹¹⁰ Dagegen ist

¹⁰³ *Raiser/Veil* KapGesR § 19 Rn. 1.

¹⁰⁴ So insbesondere *Kölner Komm AktG/Drygala* § 57 Rn. 19;

¹⁰⁵ *Huber* FS *Priester*, 259, 275f.

¹⁰⁶ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 523.

¹⁰⁷ *Wiedemann* DB 1993, 141, 147.

¹⁰⁸ *Hüffer* § 1 Rn. 10.

¹⁰⁹ Andere Ansicht, weil er in § 57 AktG nur einen Schutz der (Minderheits-)Aktionäre erkennt: *Kölner Komm AktG/Drygala* § 57 Rn. 19.

¹¹⁰ *MüKo AktG/Oechsler* § 222 Rn. 37. Dagegen ist in der vereinfachten Kapitalherabsetzung (§§ 229 ff. AktG), die lediglich zu Sanierungszwecken zulässig ist (*Hüffer* § 229 Rn. 1), eine Ausschüttung des freigewordenen Kapitals an die Aktionäre unzulässig; vgl. § 230 S. 1 AktG.

die Auszahlung der freien Rücklagen – vom Gesetzgeber missverständlich als „andere“ Rücklagen bezeichnet – an die Aktionäre einfacher möglich, indem diese Posten zugunsten des Gewinns aufgelöst und als Bilanzgewinn an die Aktionäre verteilt werden (vgl. § 158 AktG). § 57 I 1 AktG steht einer förmlichen Auflösung der freien Rücklagen oder einer Kapitalherabsetzung also nicht entgegen; § 57 I 1 AktG versperrt alleine den Weg übermäßiger Gewinnausschüttungen (ob offen oder verdeckt). Allerdings unterliegen auch die „freien“ Rücklagen nicht der freien Disposition der Aktionäre, zu Recht kann von einer „verfahrensrechtlichen Bindung“ der freien Rücklagen gesprochen werden.¹¹¹ Denn die Auflösung von freien Gewinnrücklagen zugunsten des Bilanzgewinns stellt eine Maßnahme der Geschäftsleitung dar, die im Rahmen der Jahresabschlussaufstellung erfolgt und ausschließlich in der Kompetenz des Vorstands liegt (§ 170 AktG; siehe unten). Die Hauptversammlung darf die Auflösung von Rücklagen also nicht nach Belieben anordnen.

b. Gewinnverwendung

Von der Frage, welchen Zugriff die Aktionäre auf das (gebundene) Gesellschaftskapital haben, ist die Verwendung und Ausschüttung der Unternehmensgewinne zu unterscheiden (§§ 58 ff. AktG). In der Praxis erfolgen Ausschüttungen an die Aktionäre in Form von Dividenden: Darin sind ggf. Liquidationserlöse enthalten, die für diese Arbeit außer Betracht bleiben (§ 271 AktG); daneben haben die Aktionäre den praktisch bedeutsameren Anspruch auf den Bilanzgewinn (§§ 57 III, 58 IV AktG). Die aktienrechtliche Gewinnverwendung ist sehr technisch und formal ausgestaltet. Zwei Fragen müssen – hier zunächst für die unkonzernierte Aktiengesellschaft – beantwortet werden, nämlich was unter „Gewinn“ zu verstehen ist (i) und welche Verwendungsmöglichkeiten für diesen Gewinn bestehen (ii). Dieser Rechtslage ist anschließend die Gewinnverwendung im Vertragskonzern gegenüberzustellen (S. 43).

i. Der „Gewinn“: Begriffsklärung

Bei der Ermittlung des Periodenerfolges eines Unternehmens führt das Gesetz zwei Begriffe an, die auch im Vertragskonzern (vgl. § 301 AktG) rele-

¹¹¹ Spindler/Stilz/Cahn/v. Spannenberg § 57 Rn. 10.

vant sind: Zum einen nennt es den **Jahresüberschuss** (bzw. bei Verlusten: Jahresfehlbetrag) als Nettobetrag der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV), d.h. der Summe aller Erträge und Aufwände der GuV (§ 275 II Nr. 20, III Nr. 19 HGB). Der Jahresüberschuss stellt das rechnerische Ergebnis dar, mit dem die GuV für einen bestimmten Zeitraum abschließt. Daneben nennt es den **Bilanzgewinn** (bzw. bei Verlusten: Bilanzverlust), der den Jahresüberschuss um einige Kapitalmaßnahmen ergänzt, wie Entnahmen aus Kapitalrücklagen oder Einstellungen in Gewinnrücklagen (§ 158 AktG I 1 Nr. 5 AktG).¹¹² Verfügt die Gesellschaft beispielsweise über Gewinnrücklagen und werden daraus Beträge entnommen, sind diese Beträge zum Jahresüberschuss hinzuzurechnen und führen zu einem entsprechend erhöhten Bilanzgewinn. Auf die Unterscheidung zwischen Jahresüberschuss und Bilanzgewinn wird auch bei der Darstellung der konzernierten Aktiengesellschaft zurückzukommen sein (siehe unten S. 43).

ii. Verwendung des Gewinns

Die Aktionäre haben, wie erwähnt, Anspruch auf den Bilanzgewinn (§ 58 IV AktG). Während ein gewisser Einfluss auf die *Höhe* des Bilanzgewinns besteht, indem Gelder in Rücklagen eingestellt bzw. diesen entnommen werden, richtet sich der *Verteilungsmaßstab* des Bilanzgewinns zwingend alleine nach dem Anteil am Grundkapital des jeweiligen Aktionärs (§ 60 I AktG).¹¹³

Das Aktiengesetz sieht keine gänzlich freie Entscheidung über die Gewinnverwendung vor; vielmehr schreibt es eine Zwangsthesaurierung von 5% des Jahresüberschusses in die gesetzlichen Rücklagen vor, bis diese Rücklagen mindestens 10% des Grundkapitals erreicht haben (§ 150 II AktG). Die gesetzliche Rücklage ist für den Zugriff der Gesellschafter gesperrt und darf allein für den Ausgleich von Verlusten genutzt werden (§ 150 III AktG). Über das Grundkapital hinaus schaffen die gesetzlichen Rücklagen einen weiteren Reservefond zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger und ergänzen damit § 57 AktG.¹¹⁴ Auch ein Schutz der Minderheiten vor einem allzu schnellen „Kasse machen“ des Mehrheitsaktionärs wird mit dieser Norm bezweckt.¹¹⁵

¹¹² Hüffer § 158 Rn. 6.

¹¹³ Schmidt/Lutter AktG/Fleischer § 57 Rn. 38.

¹¹⁴ Kölner Komm AktG/Drygala § 150 Rn. 4.

¹¹⁵ Kölner Komm AktG/Drygala § 150 Rn. 5.

Daneben steht es der Gesellschaft frei, Beträge aus dem Jahresüberschuss in die freien („anderen“) Gewinnrücklagen einzustellen oder Gewinnvorträge ins Folgejahr zu übertragen und den Bilanzgewinn entsprechend zu vermindern.

iii. Verfahren

Der Anspruch der Aktionäre auf den Bilanzgewinn entsteht, wenn der Jahresabschluss ordnungsgemäß festgestellt ist und einen Bilanzgewinn aufweist.¹¹⁶ Der Anspruch der einzelnen Aktionäre auf Auszahlung einer konkreten Dividende entsteht wiederum durch den Gewinnverwendungsbeschluss der Hauptversammlung (§ 174 AktG).¹¹⁷

In der Praxis stellen regelmäßig Vorstand und Aufsichtsrat den vom Vorstand aufgestellten Jahresabschluss fest (§§ 58 II, 170, 172 AktG),¹¹⁸ auch wenn sie diese Aufgabe theoretisch auf die Hauptversammlung delegieren können (§§ 174 I, 58 I AktG). Im Jahresabschluss können Vorstand und Aufsichtsrat, sofern die Satzung nichts anderes vorsieht, höchstens die Hälfte des Jahresüberschusses in freie Gewinnrücklagen einstellen. Die Entscheidung bezüglich der Dotierung und Auflösung von Rücklagen stellt eine Maßnahme der Geschäftsleitung dar, die im freien unternehmerischen Ermessen der Verwaltung steht.¹¹⁹ Wie auch im Rahmen ihrer übrigen Unternehmensleitung sind Vorstand und Aufsichtsrat dabei nicht den Weisungen der Aktionäre unterworfen. Im Übrigen steht der Jahresüberschuss in Form des Bilanzgewinns zur Disposition der Aktionäre: Im Gewinnverwendungsbeschluss der Hauptversammlung können diese die Dotierung weiterer Gewinnrücklagen und die Übertragung von Gewinnrücklagen beschließen (§ 58 III AktG), wobei das Gesetz den Aktionären hierzu keine ausdrückliche Höchstgrenzen vorgibt. Um die Minderheiten aber auch nicht rechtsschutzlos gegen eine eventuelle Aushungerungspolitik des Mehrheitsaktionärs zu stellen, gewährt ihnen § 254 AktG ein Anfechtungsrecht gegen Rücklagen-

¹¹⁶ BGH NJW 1976, 241, 242; BGH NJW 1994, 323, 325; Kölner Komm AktG/Drygala § 58 Rn. 112.

¹¹⁷ BGH NJW 1994, 323, 325; Kölner Komm AktG/Drygala § 58 Rn. 112.

¹¹⁸ Kölner Komm AktG/Drygala § 58 Rn. 42; MüKo AktG/Bayer § 58 Rn. 37; Hüffer § 58 Rn. 9.

¹¹⁹ Spindler/Stilz/Cahn/v. Spannenberg § 58 Rn. 34ff.; Kölner Komm AktG/Drygala § 58 Rn. 53ff.

bildungen und Gewinnvorträge, die bei „vernünftiger kaufmännischer Beurteilung nicht notwendig“ sind.¹²⁰

3. Zusammenfassung: die Stellung der Aktionäre einer unabhängigen AG

Insgesamt spielen Aktionäre nur eine untergeordnete Rolle im Gefüge der Aktiengesellschaft. In Fragen der Unternehmenspolitik handelt der Vorstand in eigener Verantwortung frei von ihren Weisungen. Abgesehen von ordentlichen Kapitalherabsetzungen, in denen die Hauptversammlung die Rückzahlung eines Teils der Grundkapitals verbindlich beschließen kann (§ 222 III AktG),¹²¹ ist den Aktionären von Gesetzes wegen jeder Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen gesperrt. Auch soweit es um die Verteilung von Gewinnen und Finanzrücklagen geht, liegt das Ruder in der Hand des Vorstands und nicht der Hauptversammlung. In den Kompetenzbereichen, die das Gesetz der Hauptversammlung zuweist (wie namentlich die Kapitalmaßnahmen, Gewinnverwendungsbeschlüsse und jede Form der Satzungsänderung gem. §§ 179 ff AktG), sind die Aktionäre an sehr formalisierte und zeitaufwendige Prozesse gebunden. Eine eigenmächtige Führung der AG durch einen Aktionär ist damit nach der Gesetzeskonzeption ausgeschlossen und wäre selbst bei einem 100prozentigen Anteilsbesitz nicht möglich.

Der begrenzte Einfluss der Aktionäre ist keineswegs ungewollt, vielmehr sieht das Gesetz bewusst eine Trennung von Eigentum und Kontrolle in der Aktiengesellschaft vor.¹²² Die herausragende Rolle des Vorstands – bei der Kodifizierung des AktG 1937 noch mit dem fragwürdigen Argument des „Führerprinzips“ begründet¹²³ – ist ökonomisch sinnvoll und gerechtfertigt: In einer Korporation, deren Mitglieder nicht über dieselben Informationen verfügen (können) und deren Interessen divergieren, ist eine Entscheidungsfindung und -umsetzung durch ein kleines Führungsgremium ökonomisch effektiver als eine einvernehmliche Unternehmensführung durch alle Mitglieder. Der Nobelpreisträger für Ökonomie Kenneth J. Arrow, der in diesem Zusammenhang von den *costs of achieving consensus*¹²⁴ spricht, bringt die ökonomischen Vorteile einer „autoritären“ Unternehmensführung auf den

¹²⁰ Hüffer § 254 Rn. 1.

¹²¹ Spindler/Stilz/Marsch-Barner § 222 Rn. 36; MüKo AktG/Oechsler § 222 Rn. 37.

¹²² Vgl. Wiedemann Bd. I, S. 202 f.; MüKo AktG/Oechsler § 71 Rn. 121.

¹²³ Münchener Hdb. AG/Hoffmann-Becking § 1 Rn. 12.

¹²⁴ Arrow Limits of Organization, S. 70.

Punkt: „*Under conditions of widely dispersed information and the need for speed in decisions, authoritative control at the tactical level is essential for success.*”¹²⁵ Bis zum Ende der Weimarer Republik beherrschte noch die Hauptversammlung die Geschicke der Aktiengesellschaft; in der Rechtspraxis stellte sich die Unternehmensführung durch ein derart inhomogenes, zufällig zusammengesetztes Leitungsorgan indes als ungeeignet heraus, was schließlich den Gesetzgeber bewog, dem Vorstand eine stärkere Rolle zuzuweisen.¹²⁶ Auch wenn der Gedanke einer Aktionärsdemokratie und die Einflussnahme gerade von institutionellen Aktionären in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen haben, bleibt der Einfluss der Aktionäre in einer Aktiengesellschaft auch nach aktueller Rechtslage gering. Nach wie vor ist, insbesondere in Publikumsgesellschaften, die verbreitetste und effektivste Reaktion eines mit der Unternehmensführung unzufriedenen Aktionärs nicht die Einflussnahme auf die Unternehmensführung, sondern der schlichte Verkauf der Unternehmensanteile („*voting with one’s feet*“¹²⁷).

Es ist selbstverständlich, dass diese Trennung zwischen Eigentum und Kontrolle einen Haftungsausschluss der Anteilsinhaber erfordert (vgl. § 1 I 2 AktG). Zwar sind die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft auch dann nicht automatisch zur Übernahme der Unternehmensverluste verpflichtet, wenn sie die Unternehmensgeschäfte kontrollieren – einen Grundsatz, wonach unternehmerische Herrschaft zwingend mit der Verantwortung für die unternehmerischen Verluste korreliert, gibt es im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht nicht (hierzu noch eingehend unten S. 76).¹²⁸ Aber umgekehrt gilt, dass niemand für die Verluste eines Unternehmens haftbar gemacht werden kann, wenn er keinerlei Kontrolle über die Unternehmenspolitik hat. In der Trennung von Eigentum und Kontrolle findet der Haftungsausschluss der Aktionäre zwar nicht seinen einzigen, aber doch einen zwingenden Grund.

¹²⁵ *Arrow* Limits of Organization, S. 69.

¹²⁶ BGH NZG 2004, 571, 574 („Gelatine“).

¹²⁷ *TaylorWessing* Shareholder activism – Guide to shareholders’ rights, S. 2.

¹²⁸ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 238 f.

II. § 302 AktG und die Funktion des aktienrechtlichen Vertragskonzerns

Für die wirtschaftliche Praxis ist die fehlende Kontrolle der Aktionäre über „ihre“ Aktiengesellschaft nicht immer interessengerecht. Spätestens bei der Errichtung einer Unternehmensgruppe aus mehreren Gesellschaften stellt sich die Frage nach einer gruppenweit synchronisierten Geschäfts- und Finanzpolitik. Die Erteilung verbindlicher Weisungen an die übrigen Gesellschaften und der Zugriff auf deren Finanzmittel sind dazu unerlässlich; wirtschaftlich wäre ein Unternehmertum ohne einheitliche Konzernpolitik und effizientem Cash Management schlicht unvorstellbar. Diesem Bedürfnis kommen Unternehmensverträge nach. Das Aktienrecht eröffnet die Möglichkeit, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge mit einer Aktiengesellschaft abzuschließen (§ 291 AktG), um eine effiziente Herrschaft über sämtliche Konzerngesellschaften zu etablieren. Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge werden zumeist kombiniert abgeschlossen, es ist also zulässig, mit dem Begriff „Unternehmensverträge“ beide Vertragswerke zu bezeichnen.¹²⁹ Durch diese Unternehmensverträge erwirbt das herrschende Unternehmen die Befugnis, auf Gewinne (§ 301 AktG) und Kapitaleinlagen der Tochtergesellschaft (§§ 57 I 3, 291 III AktG) zuzugreifen und gegenüber deren Vorstand verbindliche Weisungen zu erteilen (§ 308 AktG).

1. Die Stellung des herrschenden Gesellschafters im aktienrechtlichen Vertragskonzern

- a. Erweiterte Weisungsbefugnisse des herrschenden Gesellschafters gegenüber der abhängigen Aktiengesellschaft

Mittels eines Beherrschungsvertrages unterwirft sich die abhängige Aktiengesellschaft vollständig der Leitung des herrschenden Gesellschafters (§§ 291 I 1 Var. 1, 308 AktG). Anders als in der unabhängigen oder bloß faktisch¹³⁰ konzernierten Aktiengesellschaft muss der Vorstand der vertraglich abhängigen Tochter-AG den Weisungen seines herrschenden Gesellschafters selbst dann zu folgen, wenn sie für die abhängige Gesellschaft nachteilig sind (zum Sonderfall der existenzvernichtenden Weisungen siehe

¹²⁹ *Sämisch/Adam* ZInsO 2007, 520; *Peltzer AG* 1975, 309 Fn. 2.

¹³⁰ Vgl. zum Schädigungsverbot im faktischen Konzern oben Fn. 91.

sogleich unten S. 36). Der Begriff der Weisung, der nicht gesetzlich definiert ist, wird als generelle oder einzelfallbezogene Willensäußerung des herrschenden Unternehmens verstanden, die in der Erwartung abgegeben wird, dass der Vorstand der Untergesellschaft sein Verhalten danach ausrichtet.¹³¹ Eine Weisung ist nachteilig, wenn ein gewissenhafter und ordentlicher Geschäftsleiter, der sich nur am Wohle seiner Gesellschaft orientiert, die Maßnahme nicht vorgenommen hätte.¹³² Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens üben diese Weisungsmacht aus; vgl. § 309 I AktG.¹³³

§ 308 I AktG verlangt lediglich, dass die nachteiligen Weisungen „den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der (...) konzernverbundenen Unternehmen“ dienen; in diesem Zusammenhang hat es sich eingebürgert, vom „Konzerninteresse“ zu sprechen.¹³⁴ Nach h.M. sind zu dieser Feststellung die Belange aller Konzernglieder zu berücksichtigen und aus einer ex ante-Sicht zu beurteilen, wobei dem herrschenden Gesellschafter in dieser Frage ein unternehmerisches Ermessen eingeräumt wird.¹³⁵ Durch den Beherrschungsvertrag tritt der herrschende Gesellschafter in jene Führungsposition ein, die ansonsten allein dem Vorstand gegenüber der Gesellschaft zusteht (vgl. § 76 I AktG). Die Leitungskompetenz des herrschenden Gesellschafters geht sogar noch über die regulären Vorstandskompetenzen hinaus, da der Vorstand seine Aktiengesellschaft nicht bewusst nachhaltig schädigen darf. Auch haftungsrechtlich treten die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens in dieselbe Verantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft wie deren eigener Vorstand (vgl. §§ 309 II, 93 II AktG). Allerdings verbleibt die formale Vertretungsmacht der Tochtergesellschaft nach Außen bei ihrem Vorstand, § 78 I 1 AktG.¹³⁶ Auch soweit die Konzernmutter ihr Weisungsrecht nicht ausübt, bleibt die Leitungsfunktion bei der Geschäftsleitung der Tochter:¹³⁷ Es ist auch im Vertragskonzern keineswegs ein seltener Fall, dass die Konzernmutter nur selten von ihrem Weisungsrecht

¹³¹ Spindler/Stilz/*Veil* § 308 Rn. 5.

¹³² *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 45. Auch hier bestimmt sich die Nachteilhaftigkeit nach einer ex ante Perspektive; vgl. Fn. 90.

¹³³ *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 11.

¹³⁴ *Hüffer* § 308 Rn. 16.

¹³⁵ Schmidt/Lutter AktG/*Langenbacher* § 308 Rn. 27, 29.

¹³⁶ *Großkomm AktG/Hirte* § 308 Rn. 29.

¹³⁷ *Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn* § 76 Rn. 68.

Gebrauch macht und die Tochter sich unternehmerisch frei entfalten kann (beispielweise die Hersteller der Volkswagen-Gruppe, die in Form eines Vertragskonzerns aufgebaut ist).¹³⁸

Die Leitungsmacht umfasst sowohl Rechtsgeschäfte der abhängigen Tochter mit Dritten, wie etwa den Abschluss von Kaufverträgen oder das Eingehen von Kreditgeschäften, als auch innergesellschaftliche Maßnahmen, die in der Kompetenz des Vorstands liegen.¹³⁹ Das Gesetz stellt sich die praktische Umsetzung der Leitungsmacht im Vertragskonzern so vor, dass jede Weisung vom Vorstand der herrschenden Gesellschaft an den Vorstand der jeweiligen abhängigen Gesellschaft ergeht. Dieser umständliche und zeitraubende Weg ist für einen Konzern freilich nicht immer gangbar und würde die Geschäftsleitungen völlig unverhältnismäßig belasten. In der Praxis hat sich daher eine Konzernführung in Matrixstruktur als interessengerechter erwiesen, wonach nicht jede einzelne Weisung über die Vorstände läuft, sondern zwischen den jeweiligen operativen Abteilungen erteilt und umgesetzt werden kann.¹⁴⁰ Ein Mitarbeiter der zuständigen Mutter-Fachabteilung ist auf diesem Wege autorisiert, Weisungen direkt an einen Mitarbeiter der korrespondierenden Tochter-Fachabteilung zu erteilen, während umgekehrt die Tochter-Fachabteilung unmittelbar an die Mutter-Fachabteilung berichtet. Erst mit diesen funktionalen Weisungsstrukturen und Berichtswegen sind eine effiziente Arbeitsteilung und die Erzielung von Synergieeffekten im Konzern möglich. Derartige, oft auch internationale, Matrixstrukturen sind im Rahmen von §§ 291 I 1, 308 AktG zulässig. Dazu delegiert der Vorstand der Obergesellschaft sein Weisungsrecht an Bevollmächtigte (diese Vollmacht kann auf einen Aufgabenbereich beschränkt sein), während der Vorstand der Tochtergesellschaft eine Anweisung zu unmittelbarem Empfang, Ausführung und Berichterstattung ausgibt. Die eigentliche Führungsverantwortung der Vorstände wandelt sich dabei in eine Gewährleistungs- und Überwachungsverantwortung über die operativen Fachabteilungen

¹³⁸ *Vetter* ZHR 171 (2007), 342, 349. Vgl. dazu etwa den Unternehmensvertrag zwischen der Volkswagen AG und der Porsche Holding, abrufbar unter: http://www.volkswagenag.com/content/vwcorp/content/de/misc/ir/Beschlussfassung_2013.bin.html/downloadfilelist/downloadfile/downloadfile/file/Bericht+u.+BGAV+Porsche+Holding+Stuttgart.pdf

¹³⁹ *Großkomm AktG/Hirte* § 308 Rn. 31 f.

¹⁴⁰ *Seibt/Wollenschläger* AG 2013, 229 f. mit vielfältigen Beispielen aus der Unternehmenspraxis.

um.¹⁴¹ Die Geschäftsleiter gerade von großen Konzerngesellschaften sind in Matrixstrukturen daher nicht unerheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt, weil wesentliche Weisungen und Informationen an ihnen vorbeigehen oder nur formal „über ihren Schreibtisch“ laufen (siehe zu den speziellen Haftungsfallen für Geschäftsleiter im Konzern unten S. 118 ff.).¹⁴²

Adressat der Weisungen ist, wie § 308 I 1, II AktG ausdrücklich klarstellt, nur der Vorstand der Tochtergesellschaft. Sonstige Organe der Tochter, wie ihre Hauptversammlung und ihr Aufsichtsrat, unterliegen nicht den Weisungen der Muttergesellschaft und können ihre Entscheidungen folglich frei treffen. Daher kann der herrschende Gesellschafter keine verbindlichen Weisungen über die personale Besetzung von Aufsichtsrat und Vorstand erteilen,¹⁴³ da es nach §§ 101, 84 AktG der Hauptversammlung obliegt, die Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen, und dem Aufsichtsrat, die Vorstandsmitglieder zu bestellen. Die Konzernmutter wird aber praktisch immer insoweit Einfluss haben, als sie regelmäßig auch Mehrheitsaktionärin ist und damit die Stimmmehrheit in der Hauptversammlung besitzt.

b. Durchsetzbarkeit der Weisungsmacht auch bei fehlender Solvenz der Mutter?

Fraglich ist, wie sich eine eingetretene oder drohende Insolvenz des herrschenden Unternehmens auf das Weisungsrecht gegenüber Konzerntöchtern auswirkt.

Die Pflicht zum Verlustausgleich (§ 302 AktG) und die Pflicht zur Weisungsbefolgung (§ 308 AktG) stellen die zentralen Leistungspflichten der Parteien eines Unternehmensvertrages dar. Ob eine bzw. welche Verknüpfung zwischen diesen Pflichten besteht, ist noch nicht abschließend geklärt. Wegen ihres auch schuldrechtlichen Charakters¹⁴⁴ und ihrer inneren Verknüpfung sprechen indes die besseren Argumente dafür, eine synallagmatische Verknüpfung i.S.d. §§ 320 ff. BGB zwischen diesen beiden Pflichten

¹⁴¹ Vgl. zum Vorstehenden *Seibt/Wollenschläger* AG 2013, 229, 232 f.

¹⁴² *Wisskirchen/Dannborn/Bissels* DB 2008, 1139 ff.

¹⁴³ *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 42.

¹⁴⁴ Teilweise wird jeder schuldrechtliche Charakter von Organisationsverträgen bestritten; vgl. *Großkomm AktG/Würdinger* § 291 Rn. 13. Diese Auffassung verkennt, dass auch organisationsrechtliche Beziehungen wechselseitige Ansprüche unterschiedlicher Vertragsparteien enthalten können, die Beziehung also auch schuldrechtlicher Qualität ist: so die h.M. *Kölner Komm AktG/Koppensteiner* Vor § 291 Rn 157 f.; *Schmidt/Lutter AktG/Langenbacher* § 291 Rn 18.

anzunehmen.¹⁴⁵ Das herrschende Unternehmen darf nur deswegen seine Konzerntöchter im Konzerninteresse schädigen und deren Kapitalschutz aufheben, weil es sich im Gegenzug zu deren Bestandsicherung über § 302 AktG verpflichtet hat.¹⁴⁶ Der Unternehmensvertrag hebt den herkömmlichen Schutz der abhängigen Aktiengesellschaft auf; stattdessen macht es die Existenz und Substanz der Konzerntochter vom Verlustausgleich und damit der Solvenz der Konzernmutter abhängig.¹⁴⁷ Die Konzernmutter verhält sich aber rechtsmissbräuchlich, wenn sie ihr Weisungsrecht zur Schädigung einer untergeordneten Aktiengesellschaft einsetzt, ohne ihre Pflicht zum Verlustausgleich erfüllen zu können.¹⁴⁸ Zwischen der Schädigungsbefugnis und der Verlustausgleichspflicht besteht ein wechselseitiger, funktionaler Zusammenhang: Gemäß § 320 BGB ist der Vorstand der Tochtergesellschaft daher berechtigt, die Befolgung von Weisungen gegenüber der Mutter zu verweigern, solange die Mutter ihren korrespondierenden Pflichten zum Verlustausgleich nicht nachkommen kann.¹⁴⁹ Gegenüber seiner eigenen Gesellschaft verfestigt sich diese Berechtigung allerdings zu einer Pflicht, Weisungen einer Mutter mit zweifelhafter Solvenz nicht zu befolgen: Macht der Vorstand der Untergesellschaft von der Möglichkeit, die Befolgung schädigender Weisungen zu verweigern, schuldhaft keinen Gebrauch, ist er gegenüber seiner Gesellschaft ersatzpflichtig (§§ 93 I 1, 310 I AktG).¹⁵⁰ Auch die Geschäftsleiter der Obergesellschaft machen sich persönlich ersatzpflichtig, wenn sie trotz mangelnder Solvenz ihrer Gesellschaft Weisungen an die Konzerntöchter erteilen (§ 309 AktG).¹⁵¹

Für die Geschäftsleiter der Obergesellschaft wird zu Recht eine Pflicht angenommen, bei gefährdeter Solvenz unaufgefordert Auskunft an die Untergesellschaft zu erteilen.¹⁵² Eine solche Pflicht ist als Nebenpflicht aus dem

¹⁴⁵ So die h.M.; vgl. Hüffer/*Koch* § 291 Rn. 18; MüKo AktG/*Altmeyers* § 291 Rn. 36; *Emmerich*/Habersack § 308 Rn. 69; ebenso – aber unter Rückgriff auf die unternehmensvertragliche Treuepflicht – Spindler/*Stilz/Veil* § 308 Rn. 32f.

¹⁴⁶ Spindler/*Stilz/Veil* § 308 Rn. 32.

¹⁴⁷ MüKo AktG/*Altmeyers* § 309 Rn. 58 a.

¹⁴⁸ Spindler/*Stilz/Veil* § 308 Rn. 32.

¹⁴⁹ *Bälz* FS Raiser, 287, 304; *Emmerich*/Habersack § 302 Rn. 40c; Hüffer/*Koch* § 291 Rn. 18 spricht von einem sinnvollen Druckmittel der Untergesellschaft. Andererseits steht der herrschenden Gesellschaft hier kein Leistungsverweigerungsrecht zu: § 302 AktG verpflichtet sie auch dann zum Verlustausgleich, wenn die Untergesellschaft Weisungen nicht befolgt hat; vgl. MüKo AktG/*Altmeyers* § 291 Rn. 37.

¹⁵⁰ *Emmerich*/Habersack § 302 Rn. 40c.

¹⁵¹ MüKo AktG/*Altmeyers* § 302 Rn. 38.

¹⁵² MüKo AktG/*Altmeyers* § 308 Rn. 123, § 309 Rn. 58 a.

Unternehmensvertrag gem. § 291 AktG zu erkennen und ist schon zur Abwendung der persönlichen Haftung der Geschäftsleiter der Obergesellschaft erforderlich.¹⁵³ Haben die Geschäftsleiter der Untergesellschaft Zweifel an der Solvenz der Obergesellschaft, müssen sie als ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter auf eine Aufklärung oder einen vorherigen Verlustausgleich seitens der Obergesellschaft bestehen, bevor sie deren Weisung befolgen (§§ 93, 302, 310 AktG; § 266 StGB).¹⁵⁴ Kommt die Obergesellschaft diesen Aufforderungen nicht nach und bestehen die Zweifel an ihrer Solvenz fort, muss die Befolgung der Weisungen nicht mehr befolgt werden.¹⁵⁵ Spiegelbildlich zur Aufklärungspflicht der Obergesellschaft sollte man der Tochtergesellschaft einen Informations- und Aufklärungsanspruch gegenüber der Konzernmutter zubilligen, jederzeit Rechenschaft über deren Bonität verlangen zu dürfen.¹⁵⁶ Auch dieser Anspruch ist auf Schutzpflichten des Unternehmensvertrages (§ 241 II BGB i.V.m § 291 AktG) sowie auf Treu und Glauben zu stützen. Denn nach ständiger Rechtsprechung besteht aus Treu und Glauben ein Auskunftsanspruch, wenn „bestehende Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann“.¹⁵⁷ Dieser Rechtsgrundsatz ist inzwischen zu Gewohnheitsrecht erstarkt und muss auch dem Bonitätsauskunftsanspruch der Tochtergesellschaft als Grundlage dienen.¹⁵⁸ Sollten sich die Zweifel an der Bonität nicht ausräumen lassen oder ein vorheriger Verlustausgleich nicht durchsetzbar sein, müsste die Untergesellschaft ansonsten eine außerordentliche Kündigung der Unternehmensvertrages aus wichtigem Grund (§ 297 I 2 AktG) prüfen¹⁵⁹ – ein Ergebnis, das mit den praktischen Bedürfnissen der Parteien und dem Zweck des Vertragskonzerns freilich schwer zu vereinbaren ist. Trotz seiner praktischen Bedeutung ist ein derartiger Informationsanspruch

¹⁵³ Altmeyen folgert diese Pflicht aus einer „zumindest analogen Anwendung von § 309 AktG“; MüKo AktG/*Altmeyen* § 309 Rn. 58a.

¹⁵⁴ *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 64.

¹⁵⁵ *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 64.

¹⁵⁶ *Clemm* ZHR 141 (1977), 197, 207.

¹⁵⁷ *BGH* NJW 1999, 2671, 2675; *BGH* NJW 2007, 1806, 1807; *OLG Düsseldorf* BeckRS 2011, 16097.

¹⁵⁸ Vgl. *Palandt/Grüneberg* § 260 Rn. 4.

¹⁵⁹ So auch *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 64.

allerdings rechtlich nicht geklärt (und wird, soweit ersichtlich, in der Wissenschaft auch kaum erörtert).¹⁶⁰

c. Verbot existenzvernichtender Weisungen im
Vertragskonzern?

Von allgemein schädigender Einflussnahme des herrschenden Gesellschafters, die im Vertragskonzern zulässig ist, ist die qualifizierte Nachteilszufügung in Form der sog. „Existenzvernichtung“ abzugrenzen.

i. Der allgemeine Tatbestand der Existenzvernichtung und flankierende Haftung

Ein existenzvernichtender Eingriff liegt nach der Definition der Rechtsprechung vor, wenn die Maßnahme die Lebensfähigkeit der Gesellschaft in Frage stellt, d.h. bei „zur Insolvenz führenden oder diese vertiefenden kompensationslosen Eingriffen in das Vermögen der Gesellschaft.“¹⁶¹ Die Rechtsprechung sowie die wissenschaftliche Behandlung der Existenzvernichtung entstammt zwar hauptsächlich dem GmbH-rechtlichen Kontext, nicht zuletzt weil die GmbH wesentlich anfälliger für schädigende Eingriffe ihrer Gesellschafter ist (siehe eingehend S. 135 und S. 156 ff.).¹⁶² Die Grundsätze des Existenzvernichtungsverbots sind aber übergreifend für Kapitalgesellschaften formuliert und gelten ebenso für die Aktiengesellschaft, seit dem MoMiG sind sie in § 92 II 3 AktG sogar teilweise kodifiziert.¹⁶³

Die Definition sowie der Begriff der Existenzvernichtung sind missverständlich, da es freilich keine Pflicht zur immerwährenden Erhaltung der eigenen Kapitalgesellschaft gibt (der Vorschlag, stattdessen die passendere Bezeichnung „Insolvenzverursachungshaftung“¹⁶⁴ zu verwenden, konnte sich allerdings nicht durchsetzen). Den Gesellschaftern steht es schließlich jederzeit frei, die Lebensdauer ihrer Gesellschaft zu beenden, etwa durch Liquida-

¹⁶⁰ Hierrüber schon 1977 „verwundert“ *Clemm ZHR* 141 (1977), 197, 207.

¹⁶¹ *BGH NJW* 2007, 2689 („Trihotel“).

¹⁶² Insbesondere entwickelten sich die Haftungsgrundsätze der Existenzvernichtung zunächst mit Blick auf Alleingesellschafter der GmbH; diese Rechtsprechung ist insgesamt auf das Aktienrecht übertragbar: *Bicker DZWIR* 2007, 284, 288.

¹⁶³ Schmidt/Lutter *AktG/Langenbacher* § 291 Rn. 71.

¹⁶⁴ Vgl. die verwendete Formulierung bei Baumbach/Hueck/Zöllner/*Beurskens* SchlAnh-KonzernR Rn. 122.

tion oder Löschung. Nur müssen sie dazu den gesetzlichen Rahmen einhalten und insbesondere den gesetzlichen Schutz zugunsten ihrer Gesellschaft und deren Gläubiger respektieren, was bei existenzvernichtenden Eingriffen jedoch gerade nicht der Fall ist:

Um zu verstehen, worin der Verstoß eines existenzvernichtenden Eingriffs gesehen wird, muss man sich zunächst den gesetzlichen Schutz zugunsten einer Gesellschaft bzw. ihrer Gläubiger vergegenwärtigen. Hierzu gehören zunächst der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz (§§ 57 ff. AktG; §§ 30 ff. GmbHG) sowie der liquidationsrechtliche und insolvenzrechtliche Grundsatz, dass Gesellschaftsvermögen vorrangig an die Gläubiger und erst nachrangig an die Gesellschafter ausgekehrt werden darf (vgl. § 272 AktG; § 73 GmbHG). Dieser kodifizierte Schutz der Gesellschaft und ihrer Gläubiger allein wird jedoch vielfach als defizitär und insbesondere als nicht ausreichend empfunden, um die Gesellschaft und ihr Vermögen vor unkontrollierter Machtausübung der Gesellschafter zu schützen.¹⁶⁵ Der Ausgangspunkt des ungeschriebenen Existenzvernichtungsverbots ist daher die Aussage, dass das Gesellschaftsvermögen – über die strikte Kapitalbindung hinaus! – vorrangig zur Befriedigung der Gläubiger zweckgebunden ist.¹⁶⁶ Der BGH spricht von der unausgesprochenen Voraussetzung des Kapitalgesellschaftsrechts, dass das Gesellschaftsvermögen, soweit es zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird, der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist.¹⁶⁷ Die Pflicht der Gesellschafter, das Gesellschaftsvermögen insoweit zu respektieren, sei als das „systemimmanente normative Korrelat“ der Haftungstrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu verstehen.¹⁶⁸ Der gezielte Entzug von benötigten Vermögenswerten der Gesellschaft aus betriebsfremden Motiven stelle demnach einen missbräuchlichen Eingriff dar.¹⁶⁹ Anderes gilt für bloße betriebswirtschaftliche Fehlentscheidungen und dem Eingehen unternehmerischer Risiken, auch wenn sie erheblich sind: Solche Managementfehler begründen für sich noch keine Existenzvernichtung.¹⁷⁰

¹⁶⁵ MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 521.

¹⁶⁶ *BGH NJW* 2001, 3622 („Bremer Vulkan“); *NZG* 2002, 914 („KBV“).

¹⁶⁷ *BGH NZG* 2002, 914, 915 („KBV“)

¹⁶⁸ *BGH NJW* 2007, 2689, 2690 f. („Trihotel“).

¹⁶⁹ *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Pentz* § 13 Rn. 114.

¹⁷⁰ *Roth/Altmeyen* § 13 Rn. 82.

Der Tatbestand der Existenzvernichtung setzt ein verschuldensabhängiges Verhalten voraus, bei dem die gebotene Rücksichtnahme auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens als Haftungsfond für die Gläubiger außerachtgelassen wird.¹⁷¹ Die Existenzvernichtung hat zwei objektive Voraussetzungen und eine Subjektive, nämlich (1) einen Eingriff in das Gesellschaftsvermögen und (2) eine dadurch kausal hervorgerufene Insolvenz bzw. Insolvenzvertiefung. Die Rechtsprechung wertet eine solche objektive, gezielte Vermögensentziehung zulasten der Gläubiger aus egoistischen Motiven als sittenwidriges Verhalten und lässt subjektiv (3) einen Eventualvorsatz für die Haftung ausreichen.¹⁷² Die Existenzvernichtung kommt einer besonders rücksichtslosen „Selbstbedienung“ an den Vermögenswerten der Gesellschaft gleich und stellt, nach der h.M., eine Fallgruppe der sittenwidrigen Schädigung fremder Vermögensinteressen dar (vgl. § 826 BGB).¹⁷³

Der von dem Verbot der Existenzgefährdung angesprochene Personenkreis sind die (auch mittelbar beteiligten) Gesellschafter und die sonstwie herrschenden Unternehmen, die sich an dem existenzvernichtenden Eingriff beteiligten.¹⁷⁴ Auch Alleingeschäftern ist die Existenzvernichtung ihrer Gesellschaft verboten: Eine frühere Mindermeinung, wonach Existenzvernichtungen bei Einmann-AGs zulässig sein sollten, wurde „mit Rücksicht auf die Gläubiger und die Arbeitnehmer“ aufgegeben.¹⁷⁵ Geschäftsführer unterfallen der Existenzvernichtungshaftung dagegen nicht, da sie auch nicht von der Haftungstrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter profitieren.¹⁷⁶ Eine Haftung der Geschäftsführer bleibt aber wegen Beihilfe (§ 830 BGB) oder nach § 92 II 3 AktG bzw. § 64 S. 3 GmbHG möglich.¹⁷⁷ Entsprechend seiner neuen Ausgestaltung als Innenhaftung – Anspruchsinhaber nach § 826 BGB ist alleine die geschädigte Gesellschaft – schützt das Existenzgefährdungsverbot unmittelbar das Vermögen der Gesellschaft.¹⁷⁸

¹⁷¹ *Weller* DSStR 2007, 116, 119.

¹⁷² Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/*Pentz* § 13 Rn. 116 f.

¹⁷³ BGH NJW 2007, 2689 („Trihotel“); vgl. zuvor schon auf Grundlage des § 826 BGB als Außenhaftung BGH NJW 2002, 3024 („KBV“); *Beck*, DSStR 2012, 2135.

¹⁷⁴ *Weller* DSStR 2007, 116, 117.

¹⁷⁵ *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 61 ff.

¹⁷⁶ Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/*Pentz* § 13 Rn. 111; vgl. oben Fn. 168.

¹⁷⁷ BGH NZG 2009, 1152.

¹⁷⁸ *Roth/Altmeyden* § 13 Rn. 76.

ii. Stellungnahme zum Verbot der Existenzvernichtung

Das Existenzvernichtungsverbot ist mit guten Argumenten infrage gestellt worden. Kritik entzündet sich insbesondere an der fehlenden dogmatischen und normativen Grundlage des Tatbestandes sowie an seinen rechtsunsicheren Voraussetzungen:¹⁷⁹ Die Gesellschafter dürften nämlich im gesetzlichen Rahmen ihrer Leitungsfunktion so mit ihrer Gesellschaft umgehen, wie es ihnen beliebt; zudem gebe es keinen gesetzlichen Schutz, wonach ein Gläubiger vor der Insolvenz seines Schuldners geschützt sei. Ex ante sei im Übrigen gar nicht mit hinreichender Sicherheit zu ermitteln, ob und ab welcher Intensität sich ein Eingriff insolvenzverursachend auswirke. Auch die Abgrenzung zu nicht tatbestandlichen Managementfehlern sei kaum rechtssicher zu bewerkstelligen. Ein Interesse der Gesellschaft am eigenen Fortbestand sei reine Fiktion; tatsächlich entstünde die Gesellschaft nur durch Willensakt der Gesellschafter und habe keinen von ihnen zu trennenden Willen.¹⁸⁰

Trotz dieser beachtlichen Kritik sollte an der Haftungsfigur der Existenzvernichtung festgehalten werden. Die Grundannahme ist nämlich zutreffend, dass das Gesellschaftsvermögen vorrangig der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dient und erst sekundär zur Disposition der Gesellschafter steht: Auch wenn diese Wertung nicht ausdrücklich im Gesetz enthalten ist und über den kodifizierten Kapitalschutz hinausgeht, handelt es sich um ein anzuerkennendes, grundlegendes Prinzip des Wirtschaftsrechts. Der BGH hat insoweit Recht, von einer unausgesprochenen Voraussetzung des Kapitalgesellschaftsrechts zu sprechen:¹⁸¹ Dieser implizite Vorrang verdeutlicht sich in der Liquidation und in der Insolvenz, worin angeordnet ist, dass das Gesellschaftsvermögen vorrangig an die Gesellschaftsgläubiger und erst danach an die Gesellschafter verteilt werden darf (siehe oben). Der Grundsatz zieht sich aber auch sonst wie ein roter Faden durch die gesetzliche und betriebswirtschaftliche Unternehmensführung: nämlich in der Maxime, dass Eigenkapitalgeber (d.h. die Gesellschafter) ein höheres Risiko am Ge-

¹⁷⁹ Vgl. zur sehr pointierten Kritik insbesondere bei Großkomm AktG/*Ebricke* § 42 Rn. 10 f.

¹⁸⁰ *Waszlawik* NZI 2009, 291, 292.

¹⁸¹ Vgl. oben Fn. 167.

schäftsverlauf ihrer Gesellschaft tragen als Fremdkapitalgeber (d.h. die Gesellschaftsgläubiger).¹⁸² Das Eigenkapital hat eine Haftungs- und Risikoübernahmefunktion: Eintretende Verluste treffen zunächst das Eigenkapital, bevor das Fremdkapital in Mitleidenschaft gezogen wird.¹⁸³ Fremdkapitalgeber sind nur dann zur Kontrahierung bereit, wenn sich auch die Eigenkapitalgeber – über das gezeichnete Kapital hinaus¹⁸⁴ – finanziell angemessen in der Gesellschaft engagieren.¹⁸⁵ Dafür profitieren die Eigenkapitalgeber auch stärker von den Geschäftschancen ihres Unternehmens. Wer höhere Chancen erhält, trägt die höheren Risiken (sog. Haftungs- und Garantiefunktion des Eigenkapitals¹⁸⁶). Diese grundlegende Wertung missachtet ein Gesellschafter, der Eigenkapital in einem Umfang abschöpfen, der erkennbar keinen Raum mehr für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger lässt. Zwar trifft es zu, dass Gesellschafter nicht verpflichtet sind, ihre Gesellschaft mit zusätzlichen Geldern in einer bestimmten Höhe zu kapitalisieren.¹⁸⁷ Aber dementsprechend vertrauen die Gläubiger auch gar nicht darauf, dass die Gesellschafter neues Kapital in ihre Gesellschaft nachschießen. Bereits vorhandenes Gesellschaftskapital, das für Investitionen genutzt wurde und in den veröffentlichten Bilanzen ausgewiesen ist, erzeugt dagegen durchaus eine Vertrauensbasis bei den Fremdkapitalgebern, dass die Gesellschaft über dieses entsprechende Risikopolster verfügt (sog. Vertrauensfunktion des Eigenkapitals).¹⁸⁸ Wenn ein Gesellschafter seiner Gesellschaft also soviel Vermögen entzieht, dass die Ansprüche der Gläubiger erkennbar nicht mehr erfüllt werden können, entwertet er begründete Vertrauenspositionen Dritter. Zudem wälzt er Risiken, die er nach den unternehmerischen Grundwertungen selbst zu tragen hat, auf Dritte ab, obwohl er gleichzeitig von den vollen Geschäftschancen eines Eigenkapitalgebers profitiert (hat). Eine solche Maßnahme, die Chancen und Risiken eigennützig und gegen die anerkannten Interessen Dritter umverteilt, ist missbräuchliche Unternehmensführung und zutreffend als sittenwidrig qualifiziert (§ 826 BGB). Zwar mag es zutreffen, dass ein eigenes Interesse der Gesellschaft bloße Fiktion ist – wie die

¹⁸² Engelhardt Finanzierungspolitik S. 20 f.

¹⁸³ Michalski GmbHG/Fleischer Syst. Darst. 5 Rn. 94.

¹⁸⁴ Das gezeichnete Kapital, also Stamm- und Grundkapital, sind Teil des Eigenkapitals; § 266 III lit. A Nr. 1 HGB.

¹⁸⁵ Michalski GmbHG/Fleischer Syst. Darst. 5 Rn. 94.

¹⁸⁶ Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Hdb./Fischer § 129 Rn. 1.

¹⁸⁷ BGH NJW 2008, 2437 („Gamma“); zutreffend Ebricke AcP 199 (1999), 257, 275 ff.

¹⁸⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Hdb./Fischer § 129 Rn. 1.

soeben erwähnten Erwägungen aber zeigen, geht es letztlich auch gar nicht um die Interessen der Gesellschaft, sondern um die Interessen und das Vertrauen *Dritter*, nachdem die Gesellschaft im Rechtsverkehr genutzt wurde. Besser als das Existenzinteresse der Gesellschaft könnte man also vom Interesse der *anderen* Teilnehmer an ihrer Existenz sprechen.¹⁸⁹ Zudem übersteigen die praktischen Schwierigkeiten bei der ex-ante Beurteilung dieses Tatbestandes nicht die anderer deliktischer Haftungsgrundlagen: Auch diesen ist eine gewisse Unsicherheit – etwa bei der Beurteilung, wann eine Behauptung als „Kreditgefährdend“ i.S.v. § 824 BGB zu bewerten ist – immanent.

Der herrschenden Meinung ist zudem beizupflichten, dass die zielgerichtete Existenzgefährdung der eigenen Gesellschaft nicht mit dem Institut der Haftungstrennung vereinbar ist. Die Haftungstrennung bei Kapitalgesellschaften (vgl. § 13 II GmbHG, § 1 I 2 AktG) – als solche weder rechtsdogmatisch noch rechtspolitisch zwingender Natur¹⁹⁰ – rechtfertigt sich als Anreiz für die Eingehung unternehmerischer Risiken und die Schaffung eines volkswirtschaftlichen Mehrwerts. Die Sozialisierung wirtschaftlicher Risiken ist auch als Ausgleich für den Unternehmer zu verstehen, dessen wirtschaftlicher Erfolg oder Misserfolg ein Stück weit vom Zufall bzw. von äußeren Faktoren abhängt.¹⁹¹ Das Haftungsprivileg verliert aber seine Legitimität, wenn der Unternehmer einen wirtschaftlichen Zusammenbruch seines Unternehmens gezielt und auf Kosten der Gläubiger provoziert. Die Haftungstrennung ermöglicht, potentiell auf Kosten Dritter zu wirtschaften, was ein Mindestmaß an Rücksichtnahme auf deren Interessen voraussetzt.¹⁹² Das Gesetz bietet Gesellschaftern, die ihre Gesellschaft beenden wollen, spezifische Verfahren, die den Interessen der Gesellschaftsgläubiger *und* der Gesellschafter adäquat Rechnung tragen (Auflösung und Abwicklung §§ 262 ff. AktG; Liquidation §§ 65 ff. GmbHG; freiwillige Insolvenz § 13 I 2 InsO).¹⁹³ Diese Verfahren werden treffenderweise als „Selbstvernichtung in gesetzlich

¹⁸⁹ So der treffende Hinweis von *Wazlawik* NZI 2009, 291, 292.

¹⁹⁰ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 540; *Wiedemann* Bd. I, S. 202 f. *Thomas Raiser* nennt die Haftungsbeschränkung gar ein „der Rechtfertigung bedürftiges Privileg“: *Raiser* FS Lutter, 637, 646 f.

¹⁹¹ Vgl. zum Vorstehenden *Roth/Altmeyen* Einl. Rn. 16 ff.

¹⁹² Vgl. das Argument der Rechtsprechung, wonach die Rücksichtnahme das „systemimmanente normative Korrelat der Haftungsbeschränkung“ sei; s.o. *BGH* NJW 2007, 2689 („Trihotel“); vgl. auch *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Pentz* § 13 Rn. 121 ff.

¹⁹³ *BGH* NZI 2005, 237.

geregelter Weise¹⁹⁴ bezeichnet und sehen eine vorrangige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger vor. Dagegen wirtschaftet der Gesellschafter bei der gesetzlich unregulierten „kalten Liquidation“ eines existenzvernichtenden Eingriffs einseitig in die eigene Tasche.¹⁹⁵ Die Insolvenz – gar die masselose – ist ein unternehmerischer „Unfall“ und darf nicht zweckwidrig auf Kosten Dritter herbeigeführt werden.

iii. Das Existenzvernichtungsverbot im Vertragskonzern

Dem schließt sich die Frage an, ob das Existenzvernichtungsverbot auch im Vertragskonzern, also für Weisungen der Obergesellschaft gegenüber der Untergesellschaft, gilt. Auch diese Untersuchung dient dem besseren Verständnis des Vertragskonzerns und des Weisungsrechts von § 308 AktG:

Nach herrschender Meinung gilt das Verbot der Existenzgefährdung auch gegenüber einer Tochtergesellschaft im Vertragskonzern.¹⁹⁶ Zwar differenziert der Wortlaut von § 308 I 2 AktG, der nur pauschal „nachteilige“ Weisungen legalisiert, nicht zwischen „einfachen“ Schädigungen und „qualifizierten“, also existenzgefährdenden, Schädigungen. Daraus schließen manchen Stimmen, dass es bei existenzgefährdenden Weisungen – wie auch bei jedem anderen Fall schädigender Maßnahmen – nur darauf ankomme, dass die Weisungen verhältnismäßig und im Konzerninteresse gerechtfertigt sein.¹⁹⁷ Eine so weitgehende Schädigungsbefugnis, wonach schrankenlos über Bestand und Existenz der einzelnen Konzernglieder verfügt werden darf, überzeugt aber auch im Vertragskonzern nicht. Ein Verbot der Existenzvernichtung folgt vielmehr auch hier aus der Natur der Haftungstrennung im Kapitalgesellschaftsrecht, die eine angemessene Rücksichtnahme auf die Belange der Gesellschaftsgläubiger voraussetzt.¹⁹⁸ Auch das „Konzerninteresse“ darf kein zielgerichtetes Wirtschaften auf Kosten der Gläubiger rechtfertigen, zumal dieses „Interesse“ im Einzelfall ohnehin kaum be-

¹⁹⁴ Vgl. Nachweis bei *Hengeler/Hoffmann-Becking* FS Hefermehl, 283, 285.

¹⁹⁵ So auch die Argumentation bei *Beck*, DStR 2012, 2135, 2136 f.

¹⁹⁶ *BGH NJW* 2007, 2689 („Trihotel“); *OLG Düsseldorf AG* 1990, 490; *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 63 f.; *Hüffer* § 308 Rn. 19; *Schmidt/Lutter AktG/Langenbacher* § 308 Rn. 31; *Autenrieth GmbHR* 1984, 198, 199; *Immenga ZHR* 140 (1976), 301, 307 f.; *Henssler/Strohn/Bödeker* § 308 AktG Rn. 13 m.w.N.

¹⁹⁷ *Kölner Komm AktG/Koppensteiner* § 308 Rn. 53 f., 46; nach dieser Auffassung sollen existenzgefährdende Weisungen nur die Kündigung des Unternehmensvertrages aus wichtigem Grund rechtfertigen.

¹⁹⁸ Vgl. oben Fn. 192.

stimbar ist.¹⁹⁹ Im Gegenteil widerspricht die Existenzgefährdung dem Sinn und Zweck eines Vertragskonzerns: Wenn der herrschende Gesellschafter zum Ausgleich der Verluste der Tochtergesellschaft und zum Erhalt ihrer Vermögenssubstanz verpflichtet ist (§ 302 AktG), verdeutlicht dies nämlich, dass die Existenz der Tochter gerade nicht zu seiner Disposition steht. Der Unternehmensvertrag geht vielmehr vom Fortbestand der abhängigen Gesellschaft aus, indem es den herrschenden Unternahmergesellschaft verpflichtet, deren Existenz für die Gegenwart zu erhalten und für die Zukunft zu sichern, insbesondere also den Eintritt von Substanzverlusten zu vermeiden.²⁰⁰ Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger bezweckt das Recht also, die Herrschaftsbefugnisse des herrschenden Unternehmens einzuschränken. Der Vorstand der Tochtergesellschaft darf existenzgefährdende Weisungen demnach nicht befolgen, der Vorstand der Muttergesellschaft darf sie nicht erteilen; andernfalls droht eine persönliche Haftung sowohl der Vorstände der Mutter- als auch der Tochtergesellschaft für die Schäden der Tochter (§§ 309 II, 310 AktG). Gesellschafter, die zu Lasten konzernintegrierter Gesellschaften existenzgefährdende Weisungen veranlassen, können sich sogar dem Vorwurf der Untreue (§ 266 I StGB)²⁰¹ oder des Bankrotts (§ 283 StGB)²⁰² aussetzen.

Das Verbot der Existenzvernichtung ist also auch im Vertragskonzern prinzipiell richtig. Es stellt sich aber die Frage, wie eine Existenzvernichtung der Tochtergesellschaft im aktienrechtlichen Vertragskonzern überhaupt möglich sein kann. Immerhin bezweckt die Verlustausgleichspflicht (§ 302 AktG) gerade den Erhalt der abhängigen Tochter in ihrer jeweiligen Substanz (siehe unten S. 50). Auf diese Frage wird zurückzukommen sein, wenn die Funktionsweise des Verlustausgleichs analysiert wird (siehe unten S. 56 ff.); vom Verständnis des Verlustausgleichs hängt letztlich ab, welche Erfordernisse oder Berechtigung diese Pflicht im GmbH-Konzern haben könnte.

d. Erweiterter Zugriff auf den Gewinn der Gesellschaft

¹⁹⁹ Heidel/*Peres* § 308 Rn. 15.

²⁰⁰ BGH NJW 1980, 231, 232. Vgl. auch OLG Düsseldorf AG 1990, 490.

²⁰¹ BGH NZG 2009, 1152; BGH NZI 2004, 681 („Bremer Vulkan“); *Kassiske* wistra 2005, 81.

²⁰² BGH NZG 2011, 1238.

Auch bezüglich der Gewinnansprüche ist es für die Untersuchung erforderlich, die Herrschaftsmacht des vertraglich herrschenden Unternehmens zur gesetzlichen Herrschaftsmacht eines Aktionärs abzugrenzen.

Wie bereits angesprochen (siehe oben S. 25), spielt die Unterscheidung zwischen Jahresüberschuss und Bilanzgewinn im Vertragskonzern eine wesentliche Rolle. Nach § 301 AktG darf die abhängige Konzerntochter „höchstens den ohne die Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuss“ an das herrschende Unternehmen abführen. Dagegen ändert der Gewinnabführungsvertrag nichts an dem gesetzlichen Anspruch der Aktionäre (nicht: des herrschenden Unternehmens!) auf den Bilanzgewinn; § 58 IV AktG. Freilich bleibt rechnerisch vom Bilanzgewinn regelmäßig nichts übrig, wenn zuvor bereits der Jahresüberschuss abgezogen wurde, da sich der Bilanzgewinn hauptsächlich aus dem Jahresüberschuss speist (§ 158 S. 1 AktG). Der Unterschied zwischen Jahresüberschuss und Bilanzgewinn macht sich aber bemerkbar, wenn Gelder aus Kapitalrücklagen oder vorvertraglichen Gewinnrücklagen entnommen werden: Diese fließen in den Bilanzgewinn, nicht in den Jahresüberschuss, und stehen somit allen Aktionären zu (§ 158 S. 1 Nr. 2, 3 AktG, § 275 IV HGB). Anders verhält es sich mit aufgelösten *nachvertraglichen* Gewinnrücklagen: Diese darf sich der herrschende Gesellschafter als Gewinn ausschütten (§ 301 S. 2 AktG). Dies ist im Hinblick auf § 158 AktG, § 275 IV HGB an sich zwar systemwidrig, soll dem herrschenden Gesellschafter aber als Anreiz dienen, auch nach Abschluss des Unternehmensvertrages Gewinne in die Gewinnrücklagen zu thesaurieren und auf entsprechende Ausschüttungen zunächst zu verzichten.²⁰³ Schließlich würde der herrschende Gesellschafter kaum freiwillige Gewinnrücklagen aufbauen, wenn diese nach Auflösung nicht an ihn, sondern an alle Aktionäre flössen.

Die Formulierung „höchstens den ohne die Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuss“ erklärt sich daher, dass im Vertragskonzern tatsächlich nie ein Jahresüberschuss bei der Tochter entsteht: Denn die Konzerntochter muss ihre Pflicht, einen Betrag in Höhe des Jahresüberschusses an die Konzernmutter abzuführen, als Aufwendung in der GuV ausweisen („Aufwendung auf Grund eines Gewinnabführungsvertrages“, § 277 III 2 HGB) und

²⁰³ *Emmerich/Habersack* § 301 Rn. 13.

diesen Betrag als Verlust ansetzen, sodass tatsächlich stets ein Jahresergebnis von null ergeht.²⁰⁴

Die Höhe der konkreten Gewinnabführung richtet sich primär nach dem Gewinnabführungsvertrag bzw. der jeweiligen Weisung der Konzernmutter, § 301 AktG statuiert wie erwähnt nur eine Höchstgrenze in Höhe des Jahresüberschusses. Die Entscheidung, Gewinne der Konzerntochter auszubezahlen oder zu thesaurieren, steht im Vertragskonzern nicht mehr dem Vorstand der Tochter (vgl. § 58 II AktG), sondern der weisungsberechtigten Konzernmutter zu.²⁰⁵ Die deutsche Konzernpraxis tendiert dabei, etwa im Vergleich zu amerikanischen Unternehmen, zu einer durchaus großzügigen Thesaurierungspolitik bei den einzelnen Konzerntöchtern.²⁰⁶ Zusätzlich bleibt die Vorgabe, gesetzliche Rücklagen in Höhe von mindestens 10% des Grundkapitals zu bilden, auch im Vertragskonzern bestehen (§ 300 AktG).

Formal bleibt es auch im Vertragskonzern die Aufgabe des Vorstands der Tochtergesellschaft, den Jahresabschluss aufzustellen (§ 170 AktG). Allerdings ist er in dieser Tätigkeit nicht länger frei, sondern auch hier den Weisungen des herrschenden Gesellschafters unterworfen: Soweit bilanzrechtlich Wahlrechte ausgeübt und bilanzpolitische Entscheidungen zu treffen sind, hat sich die Tochtergesellschaft an die Vorgaben und Richtlinien der Konzernmutter zu halten.²⁰⁷ Die Konzernmutter kann ihren Einfluss damit gezielt einsetzen, um durch bilanzielle Maßnahmen einen geringeren oder höheren Gewinn zu erzielen und stille Reserven zu bilden oder aufzulösen.²⁰⁸ Im Übrigen üben Konzerne ihre Leitungsmacht häufig dazu aus, um Gewinne innerhalb der Gruppe zu verschieben, etwa durch Konzernverrechnungspreise, Lizenzgebühren, Kostenumlageverträge oder Darlehen.²⁰⁹ Diese prinzipiell zulässigen²¹⁰ (und gerade in internationalen Konzernen häu-

²⁰⁴ MüKo AktG/*Altmeyden* § 301 Rn. 15.

²⁰⁵ Spindler/Stilz/*Cahn/v. Spannenberg* § 58 Rn. 69.

²⁰⁶ *Theisen* Der Konzern, S. 480.

²⁰⁷ Großkomm AktG/*Hirte* § 308 Rn. 32; *Vetter* ZHR 171 (2007), 342, 369.

²⁰⁸ *Theisen* Der Konzern, S. 475.

²⁰⁹ Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 300 Rn. 21.

²¹⁰ Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 300 Rn. 21; Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 308 Rn. 28.

fig steuerlich motivierten²¹¹) Weisungen führen nicht selten dazu, dass die einzelnen Konzerntöchter schon gar keine Gewinne erzielen.

e. Erweiterte Eingriffsbefugnisse in das Gesellschaftsvermögen

Seit dem MoMiG suspendieren Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträge ausdrücklich die strenge Kapitalbindung des Aktienrechts (§ 57 S. 3 AktG, vgl. auch § 291 III AktG). Hauptanliegen des Gesetzgebers war es, mit dieser Reform Cash Pools im Vertragskonzern auf rechtssicheren Boden zu stellen, nachdem der BGH im „November-Urteil“²¹² Darlehen der Gesellschaft an Gesellschafter auch bei vollwertigem Rückzahlungsanspruch als möglichen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften gewertet hatte.²¹³ Zwar verbietet § 57 S. 1 AktG die Einlagenrückgewähr nur an Aktionäre, sein Wortlaut erfasst nicht die herrschenden Unternehmen eines Vertragskonzerns. Das Problem der Kapitalbindung, von dem § 57 S. 3 AktG suspendiert, stellt sich also überhaupt nur dann, wenn die Konzernmutter zumindest mittelbare an der abhängigen Gesellschaft beteiligt ist.²¹⁴ Wie eingangs erwähnt wurde, ist dies aber praktisch immer der Fall.

Prinzipiell setzt ein Cash Pool keinen Vertragskonzern voraus, da § 57 S. 3 AktG in der Fassung des MoMiG die Kreditvergabe der Gesellschaft an Gesellschafter auch ohne Unternehmensvertrag zulässt und es sich bei Vermögensverschiebungen im Cash Pool um Kredite iSv. § 488 BGB handelt.²¹⁵ Zwar sieht § 57 S. 3 AktG die Einschränkung vor, dass die Rückgewähransprüche gegen den Aktionär „vollwertig“ sein müssen; diese Vollwertigkeit – etwa in Form einer besonderen Bonität des Aktionär oder einer Besicherung der Rückzahlungsansprüche – ist vor jeder Auszahlung zu prüfen.²¹⁶ Doch auch im Vertragskonzern darf Cash Pooling nur mit einer solventen Konzernmutter durchgeführt werden. Denn der Unternehmensvertrag ändert nichts an der Rechtspflicht des Vorstands der Tochtergesellschaft, bei der

²¹¹ Pfaff/Osterrieth/Pfaff/Nagel/Wittkowski A Rn. 613 ff.

²¹² Siehe Fn. 683; das Urteil erging zur Parallelnorm des § 30 GmbHG.

²¹³ *Altmeyden* NZG 2010, 361, 362.

²¹⁴ Die Anwendbarkeit von § 57 AktG auch bei mittelbaren Gesellschaftern wird zurecht betont; vgl. MüKo AktG/Bayer § 57 Rn. 72 ff.

²¹⁵ BGH NZG 2006, 344, 345; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz § 27 Rn. 277; dieser Auffassung hat sich auch der Gesetzgeber angeschlossen: BegrRegE MoMiG BT-Drucks. 16/6140 S. 41; aA K. Schmidt DB 2009, 1971, 1974: treuhänderische Verwaltung von Liquidität.

²¹⁶ Münchener Hdb. AG/Rieckers § 16 Rn. 84.

Auszahlung von Darlehen an die Konzernmutter deren Fähigkeit zum Verlustausgleich im Blick zu behalten und bei zweifelhafter Solvenz eine Auszahlung zu verweigern (§ 320 BGB): Diese Leistungsverweigerungspflicht ergibt sich – mit und ohne Unternehmensvertrag – aus §§ 93, 116, 92 II 3 AktG (siehe oben) und begründet bei schuldhaften Verstößen eine strafbare Untreue (§ 266 StGB).²¹⁷ Allerdings darf der Vorstand der Tochter-AG nur im Vertragskonzern verbindlich zur Teilnahme an einem Cash Pool angewiesen werden (wobei es sich freilich um eine Frage der Weisungsmacht und nicht der Kapitalbindung handelt).

Ein Unternehmensvertrag geht aber deutlich weiter als Cash Pools, da der herrschende Gesellschafter die Macht erhält, das Vermögen der Tochter auch über Darlehen hinaus nachhaltig im eigenen Interesse zu nutzen.²¹⁸ Zwar ist eine Vermögensverschiebung von der Tochter an die Mutter in Form von Gewinnauszahlungen auf die Höhe des Jahresüberschusses begrenzt (§ 301 AktG); eine Anweisung, darüber hinausgehende Liquidität als Gewinn auszubezahlen, verstößt gegen § 301 AktG und darf nicht befolgt werden.²¹⁹ Dagegen werden verdeckte Gewinnausschüttungen – die nach § 57 I 1 AktG untersagt sind – im Vertragskonzern selbst dann sanktionsfrei möglich, wenn der Verlust bei der Tochter zu einer Aufzehrung des Grundkapitals führte.²²⁰ Die Konzernmutter kann ihr Weisungsrecht damit nutzen, um schrankenlos über das Vermögen der Tochter zu disponieren; die Vermögenssubstanz der einzelnen Konzerngesellschaften unterliegt mithin dem vollen Zugriff der Konzernmutter.

Zusätzlich bleibt es auch im Vertragskonzern, wie auch in einer unabhängigen Gesellschaft, möglich, freie Vermögensrücklagen aufzulösen und abzuführen. Eine generelle Ausschüttungssperre von Rücklagen kennt das Konzernrecht nicht.²²¹ Wie bereits erläutert, darf die Konzernmutter nur nachvertraglich gebildete Rücklagen als Gewinn abführen lassen (§ 301 S. 2 AktG). Vorvertragliche Rücklagen können dagegen zugunsten des Bilanz-

²¹⁷ *Altmeppen* NZG 2010, 361, 364.

²¹⁸ *Ehricke* Konzernunternehmen, S. 449.

²¹⁹ Schmidt/Lutter AktG/*Stephan* § 301 Rn. 8.

²²⁰ *Ehricke* Konzernunternehmen, S. 449; tatsächlich bleibt das Grundkapital bilanziell unangetastet, da der Konzerntochter ein Verlustausgleichsanspruch zusteht (§ 302 AktG), den sie als Forderung gegen die Konzernmutter aktivieren muss.

²²¹ *BFH* DStR 2002, 307, 309.

gewinns aufgelöst werden (§ 158 S. 1 Nr. 3 AktG) und stehen dann als Sonderdividende nach § 174 AktG allen Aktionäre – nicht allein dem herrschenden Gesellschafter – zu.²²² Die Möglichkeit, aufgelöste Gewinnrücklagen an die Aktionäre auszubezahlen, wird durch die Suspendierung der Kapitalbindung also weder erweitert noch eingeschränkt. Trotz der suspendierten Kapitalbindung bleiben insbesondere die gesetzlichen Rücklagen vom Zugriff der Aktionäre und des herrschenden Unternehmens gesperrt, wie § 300 AktG klarstellt.

Da der Vorstand den Jahresabschluss nach den Vorgaben der Konzernmutter aufstellen muss (freilich stets im Rahmen seiner gesetzlichen Möglichkeiten; § 170 AktG), kann die Mutter auf die Auflösung von Gewinnrücklagen hinwirken.²²³ Wie umfassend der Zugriff der Konzernmutter auf das Vermögen der einzelnen Konzerngesellschaften ist, erkennt man, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Konzernmutter in der Praxis fast immer auch Mehrheitsgesellschafterin der Töchter ist (siehe oben). Als Hauptaktionärin steht der Mutter nicht nur ein Großteil der als Bilanzgewinn ausgeschütteten Gewinnrücklagen zu. Mit einer Dreiviertelmehrheit der Stimmen auf der Hauptversammlung könnte sie auch eine Kapitalherabsetzung und die Ausbezahlung des Grundkapitals beschließen (§ 222 AktG).

f. Zwischenergebnis

Aus dem soeben dargestellten verdeutlicht sich die bedeutende Machtfülle, die ein Unternehmensvertrag über die Leitung, das Vermögen und den Gewinn einer Tochter-AG bewirkt. Der Einfluss des herrschenden Unternehmens geht weit über die gesetzlichen Kompetenzen eines Aktionärs hinaus. Zwar bleibt die formalistische Struktur, wie sie für die Aktiengesellschaft prägend ist, weitestgehend bestehen. Auch ändert sich nichts an den formalen Verantwortungsbereichen von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung der Tochter-AG. Innerhalb dieses Rahmens verschiebt der Unternehmensvertrag das gesellschaftliche Machtgefüge aber erheblich. Der weisungsgebundene Vorstand agiert praktisch nur noch als Vertreter der Konzernmutter, der nach Belieben einer engen oder weiten Konzernpolitik verpflichtet werden kann. Durch die Weisungsmacht bestimmt die Kon-

²²² *Emmerich/Habersack* § 301 Rn. 12.

²²³ *Großkomm AktG/Koppstein* § 301 Rn. 17.

zernmutter nicht nur die Geschäftspolitik der Tochter; sie kann ihre Macht auch nutzen, um Geschäftschancen und Gewinne innerhalb der Gruppe nach belieben zu verschieben und um das Vermögen der Tochter-AG nach eigenem Ermessen zu nutzen. Die Aufhebung der Kapitalbindung stellt dabei einen besonders tiefgreifenden Bruch mit dem Gesellschaftsrecht der AG dar, wenn man sich vergegenwärtigt, wie weitreichend das Gesellschaftsvermögen nach § 57 I 1 AktG vor dem Zugriff der Gesellschafter geschützt ist. Auch die Entscheidungen, wie der Jahresabschluss aufzustellen ist und Bilanzierungswahlrechte auszuüben sind, fällt in die Kompetenz des herrschenden Gesellschafters, wodurch er einen direkten Einfluss auf die Höhe des abzuführenden Jahresüberschusses gewinnt. Auch in den Fragen der Gewinnthesaurierung und Auflösung von Rücklagen hat der herrschende Gesellschafter das letzte Wort. Gerade in Verbindung mit einer Mehrheitsbeteiligung erlangt das herrschende Unternehmen einen nahezu unbegrenzten Einfluss auf das Management und die Finanzen der Untergesellschaften.

2. Funktionsweise und Umfang der Verlustübernahmepflicht gem. § 302 AktG

Die Verlustübernahme nach § 302 AktG stellt eine zentrale Pflicht des aktienrechtlichen Vertragskonzerns dar. Im Einklang mit den flankierenden Normen der §§ 300 bis 303 AktG bezweckt das Konzernrecht, die vermögensmäßige Substanz der abhängigen AG vor einer Auszehrung durch die Konzernmutter zu schützen:²²⁴ §§ 300 ff. AktG begrenzen die Abführung von Gewinnen und die Auflösung von Gewinnrücklagen und ordnen den Ausgleich von Jahresfehlbeträgen an. Geschützt wird damit die Vermögenssubstanz in dem Umfang, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestand.²²⁵ §§ 300 bis 303 AktG stellen damit unter anderem das konzernrechtliche Pendant zu §§ 57, 58 und 60 AktG dar, die in der unabhängigen AG für den Erhalt der Vermögenssubstanz sorgen, im Vertragskonzern aber gerade ausfallen.²²⁶ Damit trägt das Konzernrecht nicht nur den Interessen der Gesellschaftsgläubiger und außenstehenden Gesellschafter an einer unverehrten Vermögenssubstanz ihrer Gesellschaft und Gläubigerin Rechnung; auch das Interesse der Gesellschaft an ihrer eigenen Lebensfähigkeit – so-

²²⁴ *Emmerich/Habersack* § 301 Rn. 1.

²²⁵ *Beck Hdb-AG/Liebscher* §15 Rn. 142.

²²⁶ *Großkomm AktG/Hirte* § 302 Rn. 4; vgl. zu diesem Normzweck eingehend unten 82.

wohl während der Vertragsdauer als auch darüber hinaus – hat das Gesetz vor Augen.²²⁷

a. Die Funktionsweise der Verlustübernahmepflicht

Nach § 302 AktG hat das herrschende Unternehmen während der Dauer des Unternehmensvertrages jeden „sonst entstehenden Jahresfehlbetrag“ auszugleichen, soweit diese Verluste nicht durch Entnahmen aus Gewinnrücklagen, die während der Vertragsdauer gebildet wurden, ausgeglichen werden. Anknüpfungspunkt für die Höhe dieser Innenhaftung ist also der „sonst entstehende Fehlbetrag“.

Der Jahresfehlbetrag (entspricht bei positivem Geschäftsverlauf dem Jahresüberschuss) ergibt sich aus der Gewinn- und Verlustrechnung und wird darin unter dem Posten 20 (im Gesamtkostenverfahren, § 275 II Nr. 20 HGB) bzw. unter dem Posten 19 (im Umsatzkostenverfahren, § 275 III Nr. 19 HGB) verbucht. Jahresfehlbetrag oder Jahresüberschuss stellen die letzte Rechengröße in der GuV dar und sind das rechnerische (Netto-) Ergebnis aller Aufwendungen und Erträge des jeweiligen Geschäftsjahres. Anders als die stichtagsbezogene Bilanz ist die GuV eine Zeitraumrechnung.²²⁸ Die GuV wird üblicherweise einmal jährlich für das Geschäftsjahr erstellt und enthält sämtliche Aufwendungen und Erträge, die während dieser Dauer entstanden sind.²²⁹ Dafür kommt es nur auf die zeitliche Entstehung der Gewinne und Verluste selbst an, nicht dagegen ihrer Ursachen. In der Bilanz sind Jahresüberschuss oder Jahresfehlbetrag als Bestandteil des Eigenkapitals ausgewiesen (§ 266 III lit. A Nr. V HGB).

Die Pflicht zum Verlustausgleich setzt alleine das Entstehen eines Jahresfehlbetrages voraus; eine Unterbilanz ist hierfür nicht erforderlich.²³⁰ Auch bei voller Deckung des Grundkapitals ist also ein Verlustausgleich zu leisten. Dies ist konsequent angesichts der Absicht des Gesetzgebers, die Tochter-AG vor jedem Verlust ihrer Vermögenssubstanz (und nicht bloß ihres Grundkapitals!) zu schützen (siehe oben).

²²⁷ Beck Hdb-AG/*Liebscher* §15 Rn. 142.

²²⁸ MüKo HGB/*Balwieser* § 242 Rn. 21.

²²⁹ MüKo AktG/*Altmeyden* § 302 Rn. 20.

²³⁰ *BGH* NZG 2006, 664, 665.

Die Pflicht zum Verlustausgleichs hängt dabei nicht davon ab, ob der Verlust auf eine Weisung der Konzernmutter beruht oder sonst wie kausal auf ein Verhalten der Konzernmutter zurückzuführen ist; vielmehr erstreckt sich die Einstandspflicht auch auf reine Zufallsverluste der Tochter.²³¹ Dennoch lässt sich ein faktischer Zusammenhang zwischen §§ 301, 302 AktG und dem Weisungsrecht des herrschenden Gesellschafters nicht leugnen: Soweit der herrschende Gesellschafter sein Weisungsrecht zur Schädigung der Tochter nutzt (wozu er nach § 308 AktG berechtigt ist), wird sich diese Schädigung typischerweise als Verlust in der GuV der Tochter-AG niederschlagen und ihren Jahresüberschuss mindern oder gar ihren Jahresfehlbetrag erhöhen. Im ersteren Fall dürfte sich die Konzernmutter nur einen verminderten Gewinn abführen lassen (§ 301 AktG), im letzteren Fall müsste sie einen höheren Verlust ausgleichen (§ 302 AktG). Im Zusammenspiel von Weisungsmacht und Verlustausgleichspflicht manifestiert sich erneut der Wille des Gesetzes, jede Konzerntochter in ihrer Vermögenssubstanz zu bewahren – der Unternehmensvertrag ist also kein geeignetes Instrument, um andere Konzerngesellschaften dauerhaft und einseitig „auszuplündern“. Dagegen haben die Auflösung von Gewinnrücklagen und Kapitalherabsetzungen mit entsprechender Auszahlung dieser Gelder keinen Einfluss auf die Verlustausgleichspflicht. Zwar mindern diese Maßnahmen die Vermögenssubstanz der Tochter, doch beeinflussen sie nicht den Jahresüberschuss bzw. -fehlbetrag. Denn wie bereits erwähnt, dürfen Veränderungen der Kapital- und Gewinnrücklagen erst nach dem Posten „Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag“ ausgewiesen werden, fließen also nicht in die Berechnung des Jahresüberschusses/Fehlbetrages mit ein (§ 275 IV HGB, § 158 AktG). Dementsprechend beeinflussen sie nicht die Summe, die als Fehlbetrag ausgeglichen werden müssen oder als Überschuss abgeführt werden dürfen. Die Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung und Auflösung von Gewinnrücklagen, die auch in der unabhängigen AG möglich ist, bleibt vom Unternehmensvertrag und vom Verlustausgleich also unberührt.

Wenn die abhängige Gesellschaft für das abgelaufene Geschäftsjahr einen Verlust aufweist, darf sie diesen Verlust durch Entnahmen aus Gewinnrücklagen, die während der Dauer des Unternehmensvertrages gebildet wurden,

²³¹ *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 30.

ausgleichen (so ausdrücklich § 302 I AktG). Andernfalls muss sie den Anspruch auf Verlustübernahme gegenüber der Konzernmutter geltend machen. Welchen dieser beiden Wege die abhängige Gesellschaft geht, liegt im Ermessen ihrer Geschäftsleitung.²³² Allerdings sind Ansprüche auf Verlustausgleich gemäß § 302 AktG ebenfalls in der GuV zu verbuchen, nämlich unter der Bezeichnung „Erträge auf Grund eines Gewinnabführungsvertrages“ (§ 277 III 2 HGB). Da dieser Ertrag dieselbe Höhe des sonst bestehenden Verlustes betragen muss, kann die abhängige Gesellschaft im Rahmen eines Unternehmensvertrages letztlich nie einen Jahresfehlbetrag aufweisen. § 302 AktG erfordert daher die Ermittlung des *fiktiven* Fehlbetrags vorab in einer Vorbilanz²³³ (vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die Gesetzesformulierung eines „sonst entstehenden“ Fehlbetrages).

Der Anspruch der Tochtergesellschaft ist zwar auf Geld gerichtet, doch ist nach neuerer Rechtsprechung auch eine Leistung an Erfüllung statt zulässig, wenn sie werthaltig ist.²³⁴ Auch die Aufrechnung des herrschenden Unternehmens gegen den bereits entstandenen Anspruch ist demnach, solange die Gegenforderung werthaltig ist, prinzipiell möglich. Laut dem Bundesgerichtshof trägt im Streitfall das herrschende Unternehmen die Beweislast für die Werthaltigkeit der Forderung.²³⁵

b. Schutzrichtung der Verlusthaftung

Aus den bisherigen Darstellungen verdeutlicht sich eine Herrschafts- und Schutzfunktion des deutschen Konzernrechts.²³⁶ Auf der einen Seite führt es zu einer erheblichen Herrschaft der Konzernmutter über die Tochtergesellschaft, was bisher mit § 308 AktG und der entfallenden Kapitalbindung angesprochen wurde. § 302 AktG steht für die Kehrseite dieser Medaille, nämlich für die Schutzfunktion des Vertragskonzerns. Fremdherrschaft über die Geschicke einer Aktiengesellschaft und ihr Vermögen werfen die Frage auf, ob und welchen Schutz das Recht vor ebendieser Fremdherrschaft gewähren muss, zumal der herkömmliche Schutz des Aktiengesetzes (Kapitalbindung

²³² MüKo AktG/*Altmeppen* § 302 Rn. 17.

²³³ MüKo AktG/*Altmeppen* § 302 Rn. 17 m.W.N.

²³⁴ BGH NJW 2006, 3279, 3280; zuvor noch anders OLG Jena NZG 2005, 716, 717 f.

²³⁵ BGH NZG 2006, 664, 666.

²³⁶ Vgl. Emmerich/*Habersack* Einl. Rn. 1.

nach § 57 I 1 AktG, Weisungsungebundenheit des Vorstands § 76 AktG) im Vertragskonzern entfällt.

§§ 300 – 303 AktG zielen auf einen Schutz der abhängigen Aktiengesellschaft und ihrer Gläubiger ab, wie sich aus der Überschrift des Dritten Abschnitts entnehmen lässt. Ob diese Normen auch die außenstehenden Aktionäre schützen, ist nicht eindeutig: zumindest die amtliche Überschrift des Vierten Gesetzesabschnitts könnte vermuten lassen, dass der Minderheitenschutz erst mit den §§ 304 – 307 AktG angesprochen ist.²³⁷ Eine solche Sichtweise vermag aber nicht zu überzeugen. Der gesetzliche Schutz einer Gesellschaft und ihrer ungeschmälernten Vermögenssubstanz ist nicht von dem Schutz der Interessen ihrer Gesellschafter zu trennen. Es handelt sich hierbei um mehr als nur einen günstigen Reflex für die (Minderheits-) Aktionäre. Schließlich entspricht es auch bei den Kapitalerhaltungsnormen §§ 57, 58, 60 AktG der überwiegenden Sichtweise, dass diese (auch) die Minderheitsaktionäre schützen.²³⁸ An die Stelle dieser Normen tritt § 302 AktG im Vertragskonzern (hierzu sogleich unten). Zwar ist der Schutz der Minderheiten nicht der Primärzweck von § 302 AktG – die Norm ist schließlich auch auf Einmann-AGs anzuwenden.²³⁹ Gleichwohl ist anzunehmen, dass die Norm auch eine Benachteiligung der nicht am Unternehmensvertrag beteiligten Gesellschafter (sog. außenstehenden Aktionäre) verhindern will.²⁴⁰

Bei der Auslegung der §§ 300 ff. AktG ist zu gewährleisten, dass diese Normen für die Gesellschaftsgläubiger und außenstehenden Aktionäre ein Schutzniveau bieten, das nicht hinter dem aktienrechtlichen Schutz in einer unabhängigen Gesellschaft zurückbleibt. Für die Gesellschaftsgläubiger und Minderheiten, die am Abschluss des Unternehmensvertrages i.d.R. nicht mitwirken, darf der Unternehmensvertrag keine Einbußen an Rechten und Schutz bedeuten. Ob ein Unternehmensvertrag besteht, darf also keinen signifikanten Einfluss auf die Interessen der Minderheiten und Gläubiger

²³⁷ So behauptet *Ulmer AG* 1986, 123, 125, dass die Minderheitsgesellschafter nicht zum geschützten Personenkreis von §§ 300 – 303 AktG gehören.

²³⁸ Vgl. Rn. 101.

²³⁹ Darauf weist zutreffen hin *Kölner Komm AktG/Koppensteiner* § 302 Rn. 57.

²⁴⁰ *Kölner Komm AktG/Koppensteiner* § 302 Rn. 7; *MüKo AktG/Altmeppen* § 302 Rn. 78; *Großkomm AktG/Hirte* § 302 Rn. 4; zurückhaltender (Aktionäre werden nur „reflexartig mitgeschützt“) *Hüffer* § 302 Rn. 3, 20.

haben. Denn es wäre mit allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen unvereinbar, die Gläubiger und Minderheiten durch einen Vertrag – an dem sie nicht beteiligt werden müssen und auf den sie in der Regel keinen Einfluss haben – unmittelbar zu benachteiligen. Ein solcher Vertrag, der dritte Parteien von zwingendem Schutz beraubt, wäre ein Vertrag zulasten Dritter, und als solcher unzulässig.²⁴¹ §§ 300 ff. AktG müssen also insbesondere einen Schutz für die Gläubiger und Minderheiten etablieren, der mit der (im Vertragskonzern unanwendbaren) Kapitalbindung nach §§ 57, 58, 60 AktG vergleichbar ist.

Mit der Verlustübernahmepflicht übernimmt die Konzernmutter effektiv die Einstandspflicht für die bilanzmäßige Vermögenssubstanz ihrer Tochter. Gegenüber den Gläubigern führt die Konzernhaftung zu einer mittelbaren Haftung, sie können den Ersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft gegen die Konzernmutter pfänden und sich überweisen lassen; gegenüber den Minderheitsgesellschaftern etabliert die Konzernhaftung einen dauerhaften Schutz der bilanzmäßigen Vermögenssubstanz der Gesellschaft.²⁴² Indem sie jeden Verlust der abhängigen Gesellschaft, inklusive zufällig eintretender Schäden, ersetzen muss, verlagert sie das allgemeine Unternehmensrisiko von der Tochter auf die Konzernmutter.²⁴³ Nach richtigem Verständnis statuiert § 302 AktG damit eine Garantie der Konzernmutter für das wirtschaftliche Überleben und den Bestand der Tochter für die Dauer des Vertragskonzerns.²⁴⁴ Wenn der BGH schon im faktischen Konzern eine Pflicht der Gesellschafter erkennt, den Bestandschutz der abhängigen Gesellschaft zu gewährleisten,²⁴⁵ dann muss dies erst recht im verlustausgleichspflichtigen Vertragskonzern gelten. Von dieser wirtschaftlichen Überlebensgarantie unberührt bleibt freilich auch im Vertragskonzern die Möglichkeit, eine Tochtergesellschaft im gesetzlichen Rahmen aufzulösen und abzuwickeln.²⁴⁶ Auflösung und Abwicklung sind auch während der Dauer des Unternehmens-

²⁴¹ Zutreffend *Ebricke* Konzernunternehmen, S. 450.

²⁴² MüKo AktG/*Altmeppen* § 302 Rn. 2.

²⁴³ BGH NJW 1992, 505, 506; *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 30; *Veil* S. 117.

²⁴⁴ MüKo AktG/*Altmeppen* § 302 Rn. 36, 38; *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 41; *Berthold* S. 52; *Bücker* DZWir 2007, 284, 286; *Immenga* ZHR 140 (176), 301, 307 f.

²⁴⁵ BGH NJW 2001, 3622, 3623 („Bremer Vulkan“).

²⁴⁶ *Emmerich/Habersack* § 297 Rn. 50 f.

vertrages, nicht erst danach, zulässig.²⁴⁷ Diese Maßnahmen sehen aber eigene Instrumente zum Schutze der Minderheiten und Gläubiger vor, die vom Konzernrecht nicht eingeschränkt werden (vgl. §§ 264 ff. AktG; §§ 65 ff. GmbHG; vgl. insb. auch Gleichbehandlungsgebot der Gesellschafter).²⁴⁸

- c. Entstehen und Fälligkeit der Verlustausgleichspflicht
- i. Ausgleich des Jahresfehlbetrags am Ende des Geschäftsjahres

Wie erwähnt, hat der herrschende Gesellschafter nach § 302 AktG die Pflicht, den „sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen“, der es sich aus der GuV des jeweiligen Geschäftsjahres²⁴⁹ ergibt. Nach einer früher vertretenen Sichtweise setzte die Ausgleichspflicht die tatsächliche Aufstellung des Jahresabschlusses – der sich aus der Bilanz und der GuV zusammensetzt – voraus (vgl. § 242 III HGB).²⁵⁰ Der Anspruch auf Verlustausgleich wäre nach dieser Sichtweise erst nach Aufstellung des Jahresabschlusses fällig. Diese Auffassung hat der BGH mit dem zutreffenden Argument verworfen, dass der herrschende Gesellschafter seinen Einfluss auf den Vorstand der Tochter-AG nutzen könnte, um die Aufstellung des Jahresabschlusses zu verzögern und den Verlustausgleichsanspruch zu verschleppen.²⁵¹ Zum Schutze der Tochtergesellschaft und ihrer Stakeholder muss die Entstehung der Verlustausgleichspflicht aber von verlässlichen und objektiven Kriterien und nicht vom willkürlichen Einfluss der Konzernmutter abhängen. Dementsprechend entsteht der Anspruch auf den Verlustausgleich nicht erst mit der Aufstellung des Jahresabschlusses, sondern bereits mit dem Stichtag der Jahresbilanz; im selben Zeitpunkt wird der Anspruch auch fällig (Stichtagsprinzip).²⁵² Ab diesem Zeitpunkt muss der Vorstand der Tochter-AG den

²⁴⁷ Vielmehr stellt sich die umgekehrte Frage, ob der Unternehmensvertrag mit der Auflösung einer der beteiligten Gesellschaften endet; vgl. hierzu *Raiser/Veil* KapGesR § 54 Rn. 119.

²⁴⁸ Spindler/Stilz/*Cahn/v. Spannenberg* § 53 a Rn. 30.

²⁴⁹ Die Dauer eines Geschäftsjahres darf kürzer, aber nicht länger als ein Kalenderjahr sein; vgl. § 240 II 2 HGB.

²⁵⁰ *OLG Schleswig* AG 1988, 382.

²⁵¹ *BGH NZG* 2000, 139 f.

²⁵² *BGH aaO*; *BGH NZG* 2005, 481; zustimmend *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 40; *MüKo AktG/Altmeyden* § 302 Rn. 70; *Hüffer* § 302 Rn. 15; *Spindler/Klöhn NZG* 2005, 584, 585 f.; zwischen Entstehen und Fälligkeit des Anspruchs differenzierend *Kölner Komm AktG/Koppensteiner* § 302 Rn. 53; an der Maßgeblichkeit des tatsächlichen Jahresabschlusses festhaltend *Krieger NZG* 2005, 787.

Verlustausgleich – der i.d.R. ein Geldzahlungsanspruch ist (zur Möglichkeit der Aufrechnung und Leistung an Erfüllung statt siehe oben S. 50) – gegenüber dem herrschenden Gesellschafter einfordern. Solange die Forderung nicht beglichen wurde, steht der Tochter ein Zurückbehaltungsrecht zu, wonach sie schädigende Weisungen fortan nicht befolgen muss.²⁵³

Durch die Verlustausgleichspflicht entfällt bei der abhängigen Gesellschaft – bei unterstellter Solvenz der Konzernmutter – die Möglichkeit einer Überschuldung für die Dauer des Unternehmensbetrages (vgl. § 19 InsO).²⁵⁴ Eine Überschuldung liegt nach § 19 II 1 InsO vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Dazu kann es aber zu keinem Zeitpunkt kommen, wenn die Verluste der Gesellschaft stets vollständig ersetzt werden und der Ausgleichsanspruch schon vor dem Bilanzstichtag als Vermögen der Gesellschaft zählt. Die Aktivierung einer Forderung erfordert nicht deren Fälligkeit oder rechtliche Existenz, sondern lediglich eine gewisse Sicherheit und hinreichende Konkretisierbarkeit.²⁵⁵ Diese Voraussetzungen sind im Falle der Ausgleichsforderung gegeben,²⁵⁶ sodass eventuelle Verluste der Tochter bilanziell stets durch das zu bilanzierende Aktivum des Verlustausgleichsanspruchs gedeckt sind.

ii. Pflicht zur unterjährigen Deckung der Liquidität?

Dagegen ist sehr viel umstrittener, ob die Verlustausgleichspflicht auch den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit bzw. drohenden Zahlungsunfähigkeit (§§ 17 f. InsO) beseitigt. Bei einem Verlustausgleich allein am jährlichen Bilanzstichtag bleibt nämlich das Risiko, dass die abhängige Gesellschaft wegen akuter Illiquidität in Zahlungsunfähigkeit gerät, bevor dieses Datum erreicht ist.²⁵⁷ In diesem Fall läge eine Insolvenz der Tochtergesellschaft vor, was nach der Definition der Rechtsprechung mit deren objektiven Existenzvernichtung gleichzusetzen wäre (siehe oben S. 36). Trotz bestehender Verlustübernahmepflicht müssten die Gläubiger also bis zum Bilanzstichtag einen Forderungsfall ihrer zahlungsunfähigen Schuldnerin tragen. Insoweit

²⁵³ *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 40c.

²⁵⁴ *MüKo AktG/Altmeppen* § 302 Rn. 2.

²⁵⁵ *BGH NZG* 2000, 205, 206.

²⁵⁶ *BGH NZG* 2000, 205, 206.

²⁵⁷ *Immenga ZHR* 140 (1976), 301, 303.

besteht auch Einigkeit, dass ein bloß alljährlicher Verlustausgleich nur defizitären Schutz gewährleistet.²⁵⁸

Umstritten ist, ob diese Schutzdefizite durch eine erweiterte Auslegung der Verlustausgleichspflicht beseitigt werden sollten. Tatsächlich findet sich die herrschende Meinung mit der Möglichkeit einer Zahlungsunfähigkeit der abhängigen Konzerngesellschaft ab: Neben dem Verlustausgleich am Ende des Geschäftsjahres erkennt sie keine weitergehende Pflicht an, eventuelle Insolvenzursachen durch unterjährige Abschlagszahlungen oder Liquiditätszuschüssen zu beseitigen.²⁵⁹ Es steht nach dieser Sicht im freien Belieben der Konzernmutter, ihrer Tochter Geldmittel unterjährig und unter Anrechnung auf einen künftigen Verlustausgleich zu gewähren.²⁶⁰ Diese Meinung beruht hauptsächlich auf dem Wortlaut von § 302 AktG, der nur den Ausgleich des „Jahresfehlbetrages“ vorschreibt. Zusätzlich zum Wortlautargument argumentieren die verschiedenen Anhänger dieser Meinung paradoxerweise sowohl mit der Unzulässigkeit von existenzvernichtenden Weisungen²⁶¹ als auch gerade mit deren angeblichen Zulässigkeit.²⁶²

Dabei sprechen sich auch die Anhänger dieser Meinung für ein Recht der abhängigen Tochter aus, in einem Cash Pool stets auf benötigte Liquidität zugreifen zu können bzw. notwendige Liquidität nicht entzogen zu bekommen: Die Etablierung eines Cash Pools bzw. der Entzug von Geldern setzt nach *Gerd Krieger* ein Absicherungsinstrument voraus, damit sich die abhängige Gesellschaft „notfalls kurzfristig wieder unabhängig am Markt bewegen“ kann.²⁶³ Diese Diskussion wird zwar, soweit erkennbar, für die nur faktisch konzernierte Tochter-AGs geführt, doch ist kaum vorstellbar, dass

²⁵⁸ Vgl. *Kleindiek* ZGR 2001, 479, 491.

²⁵⁹ *BGH* NJW 1988, 3143, 3147 („Hamburger Stahlwerke“) mit kritischen Anmerkungen *K. Schmidt*; Großkomm AktG/*Hirte* § 302 Rn. 62; Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 302 Rn. 57; Henssler/*Strohn/Paschos* § 302 Rn. 15; Schmidt/*Lutter* AktG/*Stephan* § 302 Rn. 49f.; Münchener Hdb. AG/*Krieger* § 70 Rn. 74; *Mertens* ZGR 1984, 542, 551; *Liebscher* ZIP 2006, 1221, 1222; *Lwowski/Groeschke* WM 1994, 613, 615; *Hentzen* AG 2006, 133, 140 f.; *Priester* BB 2005, 2483, 2485; *Sämisch/Adam* ZInsO 2007, 520, 521; so auch *Burg/Hützen* Der Konzern 2010, 20, 23, die selbst den Schutzdefizit ihrer Auslegung von § 302 AktG erkennen.

²⁶⁰ *BGH* NJW 2006, 3279, 3281.

²⁶¹ Großkomm AktG/*Hirte* § 302 Rn. 62; *Liebscher* ZIP 2006, 1221, 1222: Wegen des Existenzvernichtungsverbots bestünde keine Schutzlücke, die durch extensive Auslegung des § 302 AktG zu schließen sei.

²⁶² Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 302 Rn. 57: Ein Anspruch auf Erhaltung der Zahlungsfähigkeit könne es „auch wegen der Zulässigkeit existenzgefährdender Weisungen“ nicht geben.

²⁶³ Münchener Hdb. AG/*Krieger* § 69 Rn. 65.

nach dieser Sichtweise eine vertraglich konzernierte Gesellschaft im Cash Pool über geringeren Schutz verfügen sollte.

Der herrschenden Meinung ist zuzustimmen, dass sich dem Wortlaut von § 302 AktG keine unterjährige Liquiditätssicherungspflicht entnehmen lässt. Dennoch überzeugt die herrschende Meinung nicht. Eine allein am Wortlaut orientierende formalistische Auslegung kann der Funktion des § 302 AktG im System der §§ 291 ff. AktG nicht gerecht werden. Wie bereits dargelegt wurde, bezweckt die Verlustübernahmepflicht eine Verlagerung des Unternehmensrisikos von der abhängigen Gesellschaft und ihrer Stakeholder auf den herrschenden Gesellschafter. Nach dem richtigen Verständnis garantiert die Verlustausgleichspflicht den Bestand und die Lebensfähigkeit der abhängigen Tochter – und zwar jederzeit für die Dauer des Unternehmensvertrags.²⁶⁴ Auch der BGH räumt ein, dass der vertraglich herrschende Gesellschafter den Fortbestand und die Existenz der Tochter „für die Gegenwart und für die Zukunft sichern“ muss.²⁶⁵ Dieser Zweck und die Rechtsnatur der Verlustübernahmepflicht als kontinuierliches Dauerschuldverhältnis²⁶⁶ (vgl. hierzu unten S. 65) gebieten es, die Solvenz der abhängigen Tochter-AG jederzeit sicherzustellen. Dementsprechend plädierte insbesondere *Hans-Joachim Priester* für eine unterjährige Verlustdeckungspflicht in Form von Abschlagszahlungen: Wenn eine Insolvenz der Untergesellschaft wegen Illiquidität droht, sieht er sie zu einem Anspruch gegen die Obergesellschaft auf Abschlagszahlungen auf den zu erwartenden Verlustausgleich berechtigt.²⁶⁷ Mit diesem Modell hält *Priester* an dem Prinzip eines jährweisen Verlustausgleichs fest, zieht aber die Fälligkeit des Anspruchs teilweise vor. Sofern der festgestellte Jahresabschluss letztlich einen abweichenden Fehlbetrag aufweist als erwartet wurde, sind Überzahlungen nach seinem Konzept zu erstatten oder ein verbleibender Restbetrag fällig.²⁶⁸

Dieser Vorschlag ist zwar bereits ein Fortschritt gegenüber der herrschenden Meinung, genügt den Anforderungen des Gesetzeszweckes von § 302 AktG aber letztlich auch nicht. Auch *Priester* bleibt zu stark an der „Technik“

²⁶⁴ Siehe Fn. 244.

²⁶⁵ Siehe Fn. 200.

²⁶⁶ Vgl. zur Rechtsnatur als Dauerschuldverhältnis *K. Schmidt* ZGR 1983, 513, 516, der sich dennoch nicht für eine Liquiditätsdeckungspflicht ausspricht.

²⁶⁷ *Priester* ZIP 1989, 1301, 1307.

²⁶⁸ Zum Vorstehenden *Priester* ZIP 1989, 1301, 1307 f.

des Jahresfehlbetrages verhaftet, anstatt sich an dem Normzweck effektiven Gläubigerschutzes zu orientieren. Nicht jeder kurzfristige Liquiditätsbedarf kommt nämlich zwingend mit einem (zu erwartenden) Jahresfehlbetrag einher.²⁶⁹ Die überzeugende Sichtweise legt § 302 AktG daher erweiternd dahin aus, dass das herrschende Unternehmen für die Dauer des Unternehmensvertrages jegliche Insolvenzgefahr der Tochtergesellschaften durch unterjährigen Liquiditätsschutz ausschließen muss, unabhängig von einem eventuell zu erwartenden Jahresfehlbetrag.²⁷⁰ Den Gläubigern sind weder temporäre noch dauerhafte Forderungsausfälle zuzumuten – immerhin kann auch ein vorübergehender Schuldnerausfall die wirtschaftliche Existenz ernsthaft gefährden. Bei drohender Illiquidität ist der Tochtergesellschaft nach vorzugswürdiger Sichtweise daher ein einklagbarer Anspruch gegen das herrschende Unternehmen auf sofortige Gewährung von Liquidität im erforderlichen Umfang einzuräumen. Ohnehin kann die starke Betonung des Wortlautarguments nicht überzeugen, da auch die herrschende Meinung den Wortsinn von „Jahresfehlbetrag“ deutlich strapaziert, indem sie bereits eine Verlustausgleichspflicht am Bilanzstichtag – und nicht erst mit aufgestelltem Jahresabschluss – befürwortet (siehe oben). Der BGH bringt es zutreffend auf den Punkt, dass der Begriff Jahresfehlbetrag „untechnisch“ zu verstehen ist.²⁷¹ Auch der Blick auf den unterjährigen Verlustausgleich von Rumpfgeschäftsjahren (siehe unten) zeigt, dass der „klare Gesetzeswortlaut“²⁷² von § 302 AktG keineswegs so eindeutig zu verstehen ist.

Für die jederzeitige Insolvenzsicherungspflicht aus § 302 AktG spricht ferner, dass im Vertragskonzern kein eigener Spielraum der Konzerntöchter besteht, die Liquiditätsversorgung gegen den Willen der Konzernmutter zu steuern.²⁷³ Wenn die Konzernfinanzierung zentralisiert ist und die Mutter jederzeit Gelder der Tochtergesellschaften abziehen darf, folgt darauf spiegel-

²⁶⁹ Kleindiek ZGR 2001, 479, 493.

²⁷⁰ MüKo AktG/*Altmeyen* § 302 Rn. 36; Spindler/Stilz/*Veil* § 302 Rn. 23; *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 41; *Raiser/Veil* § 54 Rn. 58 (abweichend von der Voraufgabe); *Berthold* S. 77 f.; *Veil* S. 120; Kleindiek ZGR 2001, 479, 491 ff.; *Schilmar* ZIP 2006, 2346, 2347; *U. H. Schneider* ZGR 1984, 497, 535; *Philippi/Neveling* BB 2003, 1685, 1690. Für eine ordnungsgemäße Liquiditätsversorgung im Vertragskonzern plädiert *Hommelhoff* WM 1984, 1105, 1112 f. Differenzierend *Wimmer-Leonhardt* S. 35 ff. Zu weitgehend *Gefler* ZHR 140 (1976), 433, 439, der eine Pflicht zur Liquiditätsversorgung und striktere Einschränkung des Weisungsrechts vorschlägt.

²⁷¹ BGH NZG 2000, 205.

²⁷² So wörtlich *Peltzer* AG 1975, 309, 311; vgl. unten Fn. 288.

²⁷³ Kleindiek ZGR 2001, 479, 493.

bildlich die Pflicht, auch jederzeit die Solvenz der Tochter zu gewährleisten.²⁷⁴ Die Anhänger der herrschenden Meinung sehen dies teilweise ebenso im Rahmen von Cash Pools (siehe oben). Es erscheint aber wenig überzeugend, dass im Cash Pool strengere Schutzpflichten als allgemein im Vertragskonzern gelten sollten, schließlich sind beide Fallgestaltungen auf den Entzug und auf die zentrale Steuerung von Liquidität gerichtet. Ein Verlustausgleich alleine anhand des Jahresverlusts hat weiterhin den Nachteil, dass seine Höhe durch die Ausübung bilanzpolitischer Gestaltungsspielräume durchaus manipulierbar ist.²⁷⁵

Auch dogmatisch sprechen die besseren Argumente für eine Pflicht zum unterjährigen Liquiditätsschutz. Der Vertragskonzern wurzelt rechtshistorisch im Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) bzw. im Recht der Kommissionsgeschäfte (§§ 383 ff. HGB). Im diesem Rahmen statuierte die damalige Rechtspraxis eine Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens aus den §§ 669, 670 BGB²⁷⁶. Aufwendungen sind im Auftragsrecht aber gerade nicht periodisch geschuldet, sondern bereits im Zeitpunkt der belastenden Aufwendung oder, im Falle der Vorschusspflicht (§ 669 BGB), sogar in Form einer vorherigen Zahlung.²⁷⁷ Als der Gesetzgeber schließlich das Vertragskonzernrecht, und damit auch § 302 AktG, kodifizierte, war es sein erklärter Wille, damit nur die bisherige Rechtspraxis in Gesetzesform zu gießen.²⁷⁸ Nichts deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber mit diesem Wortlaut von § 302 AktG einen geschmälernten Liquiditätsschutz statuieren wollte – wohl eher hat er die Gefahr liquiditätsbedingter Existenzgefährdungen im Vertragskonzern schlicht übersehen.²⁷⁹ Trotz des gewählten Wortlauts („Jahresfehlbetrag“) kann es nicht der Zweck des Gesetzes gewesen sein, die Rechtspositionen der abhängigen Gesellschaft und ihrer Gläubiger durch einen allein jährlichen Verlustausgleich zu schmälern.²⁸⁰ Dies ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Drittgläubiger durch den Unternehmensvertrag nicht schlechter gestellt werden dürfen als Gläubiger einer

²⁷⁴ U. H. Schneider ZGR 1984, 497, 534 f.

²⁷⁵ Veil S. 119 f.; Kleindiek ZGR 2001, 479, 486.

²⁷⁶ Vgl. zum Vorstehenden Ebricke Konzernunternehmen, S. 447.

²⁷⁷ Großkomm AktG/Hirte § 302 Rn. 4; Staudinger/Martinek § 670 Rn. 35.

²⁷⁸ Ebricke Konzernunternehmen, S. 447.

²⁷⁹ Kleindiek ZGR 2001, 479, 495.

²⁸⁰ Ebenso mit Verweis auf die Ursprünge im Auftragsrecht Berthold S. 79 ff., die den Anspruch aus einer Analogie von § 669 BGB herleitet.

unabhängigen Gesellschaft, da andernfalls ein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter vorläge.²⁸¹ Der Verlust der – prinzipiell zwingenden und gläubigerschützenden – Kapitalerhaltungsvorschriften ohne gleichwertigen Ausgleich wäre aber unzweifelhaft ein belastender Eingriff in die Positionen der Gläubiger der Tochter-AG.

Die herrschende Auffassung überzeugt auch in ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Ergebnissen nicht. Zum einen: Es erscheint widersinnig, eine Konzerngesellschaft der Insolvenz und damit der faktischen Funktionslosigkeit zu überlassen, dabei dem Auftürmen von Verzugsschäden (§§ 286 ff. BGB), Insolvenzkosten (§ 54 InsO), Abwicklungsverlusten²⁸² und entgangenen Gewinnen (der Rechtsverkehr vermeidet Geschäfte mit insolventen Schuldern) zuzusehen, nur um anschließend einen noch höheren Verlustausgleich leisten zu müssen.²⁸³ Die unterjährige Verlustausgleichspflicht führt auch nicht zu höheren Gesamtkosten der Vertragsmutter aus § 302 AktG: Insgesamt erhöht sie schließlich nicht die Verluste, die über das Geschäftsjahr hinaus ausgeglichen werden müssen. Allenfalls könnte sich die finanzielle Lage der Untergesellschaft im Laufe des Jahres bessern, sodass aufs Gesamtjahr keine Verluste auszugleichen gewesen wären: In diesem Fall erhöhen bereits geleistete unterjährige Verlustausgleichszahlungen aber bloß das abführbare Jahresergebnis der Untergesellschaft (als positive Erträge in der GuV; vgl. § 277 III 2 HGB), sodass sich die Konzernmutter die geleisteten Zahlungen in Form eines höheren Gewinnes zurückholen darf. Auch die Befürworter der herrschenden Meinung räumen daher ein, dass die Insolvenz einer Konzerngesellschaft ökonomisch unsinnig ist, weil die Konzernmutter dadurch letztlich höhere Kosten zu tragen hat.²⁸⁴ Zum anderen: Durch die Insolvenz einer Konzerntochter würde sich die schwierige und bislang ungeklärte Folgeproblematik stellen, ob der Unternehmensvertrag wegen der Insolvenz der Tochter sofort und automatisch endet. Ebendies

²⁸¹ Siehe Fn. 241.

²⁸² Nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht hat die Konzernmutter aus § 302 AktG auch die Abwicklungsverluste der insolventen (ehemaligen!) Konzerntochter zu tragen; vgl. *Sämisch/Adam* ZInsO 2007, 520, 522f. Dieser Streit führt zusätzlich vor Augen, welche schwierigen und ungeklärten Folgen die Preisgabe der Konzerntochter in die Insolvenz hätte; vgl. dazu eingehen unten S. 67 ff.

²⁸³ Nach hier vertretener Ansicht beendet eine Insolvenz nicht automatisch den Unternehmensvertrag; vgl. dazu unten S. 67 ff. Bei späterem Ablauf des Geschäftsjahres kann der Anspruch auf Ausgleich des Jahresfehlbetrages also durchaus noch fällig werden.

²⁸⁴ Schmidt/Lutter AktG/*Stephan* § 302 Rn. 50, 39.

wurde unter der früheren Konkursordnung angenommen²⁸⁵ und soll nach der wohl herrschenden Meinung auch für die neue Insolvenzordnung gelten.²⁸⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung stellt sich die Frage der automatischen Vertragsbeendigung nur bei Insolvenz der Muttergesellschaft, weil die Insolvenz der Tochtergesellschaft jederzeit von § 302 AktG ausgeschlossen wird²⁸⁷ (indes, die besseren Argumente sprechen wohl gegen ein solches automatisches Ende bei Insolvenz; siehe eingehend noch unten S. 67 ff). Die Konsequenzen der herrschenden Meinung sollen hier dennoch kurz skizziert werden, um ihre Widersprüchlichkeit zu zeigen: Bei unterjährigem Ende des Vertragskonzerns müsste die Konzernmutter sofort ihrer Pflicht zum Verlustausgleich nachkommen, weil nach § 302 AktG auch die bis zum vorzeitigen Vertragsende angefallenen Verluste des Rumpfgeschäftsjahres gedeckt werden müssen.²⁸⁸ Zusätzlich wäre die Konzernmutter den Gläubigern der Tochter-AG zu Sicherheitsleistungen nach § 303 AktG verpflichtet. Nach teilweise vertretener Auffassung steht den Gläubigern in der Insolvenz der Tochtergesellschaft, neben dem Anspruch auf Sicherheitsleistung, zusätzlich ein direkter Erfüllungsanspruch gegen die Obergesellschaft aus § 303 AktG analog zu.²⁸⁹ Dies ist eine unnötig komplizierte Konstruktion, die dogmatisch nicht überzeugt und für die bei richtiger Auslegung von § 302 AktG keinerlei Bedarf besteht. Auf diesem Umwege käme nämlich auch die herrschende Meinung zu einer sofortigen Zahlungspflicht aus § 302 AktG – allerdings zum Preis eines eröffneten Insolvenzverfahrens und eines zerشلagenen Vertragskonzerns!

All dies zeigt: Nicht nur die oben genannten rechtlichen Argumente, auch die wirtschaftlichen Ergebnisse sprechen für einen unterjährigen Verlustaus-

²⁸⁵ Vgl. *BGH NJW* 1988, 1326 („Familienheim“ – allerdings gestützt auf ergänzende Auslegung des Unternehmensvertrages); abweichend *BFH WM* 1968, 409, 410.

²⁸⁶ *MüKo InsO* 1. Aufl./*Ebricke* Art. 102 Rn. 416; *Emmerich/Habersack* § 297 Rn. 52b; *Spindler/Stilz/Veil* § 297 Rn. 38; *Schmidt/Lutter AktG/Stephan* § 302 Rn. 38; *Hüffer* § 297 Rn. 22a; *Liebscher ZIP* 2006, 1221, 1222; *Klöckner ZIP* 2011, 1454.

²⁸⁷ Zu diesem Ergebnis kommt auch *MüKo AktG/Altmeyen* § 302 Rn. 117 ff. Eine Einschränkung gilt freilich für den Fall, dass auch die Konzernmutter gleichzeitig insolvent wird.

²⁸⁸ *BGH NJW* 1988, 1326, 1328; *BGH NJW* 1988, 3143, 3146; *Emmerich/Habersack* § 297 Rn. 54; *Hengeler/Hoffmann-Becking FS* Hefermehl, 283, 292; andere Ansicht noch die frühere h.M. mit Blick auf den Gesetzeswortlaut *OLG Schleswig AG* 1988, 382 (als Vorinstanz zu *BGH NJW* 1988, 1326); *Peltzer AG* 1975, 309, 311.

²⁸⁹ *Klöckner ZIP* 2011, 1454, 1455f. Der Autor begründet seine Analogie von § 303 AktG ausdrücklich damit, dass es auch im Vertragskonzern zur Zahlungsunfähigkeit der Untergesellschaft kommen kann.

gleich aus § 302 AktG. Für die Praxis kommt es wirtschaftlich überhaupt nicht in Frage, eine Konzerngesellschaft ohne Not der Insolvenz zu überlassen. Der dauerhafte Liquiditätsschutz aller Konzerngesellschaften entspricht seriöser Konzernpolitik und damit auch der begründeten Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs.²⁹⁰ Soweit ersichtlich, ist kein einziges Urteil ergangen, indem sich die Rechtsprechung direkt mit der Frage des unterjährigen Liquiditätsschutzes befasste.²⁹¹ In der Praxis kommen Fälle solventer Konzerne, die ihre Töchtergesellschaften ohne Not der Insolvenz überlassen, offensichtlich schlicht nicht vor.²⁹² Die herrschende Meinung trifft erkennbar nicht die Realität und Interessen der Konzernpraxis. Die zahlreichen Publikationen zur Durchgriffshaftung auf das Vermögen der vertraglich herrschenden Gesellschafter offenbaren, wie hilflos die Anhänger der herrschenden Meinung vor den Folgen ihrer eigenen Auffassung stehen.²⁹³ Gleichwohl darf man die Diskussion, ob unterjährige Liquiditätsversorgung geschuldet wird, nicht als bloßen akademischen Streit ohne praktische Relevanz abtun, weil die Konzernmutter in der Praxis ohnehin ihre Untergesellschaften mit Liquidität versorge. Eine eingebürgerte Rechtspraxis kann keine Rechtspflicht ersetzen.²⁹⁴ Wie noch zu zeigen ist, macht es rechtlich und ökonomisch einen erheblichen Unterschied für die Konzernbeteiligten, ob die jederzeitige Liquiditätsversorgung eine Rechtspflicht oder bloß eine freiwillige Übung ist (siehe unten S. 101 ff. und 114 ff.)

3. Der Verlustausgleich bei Mehrmütter-Konzernherrschaft

Eine Gesellschaft kann auch mehrere Unternehmensverträge in der Form abschließen, dass sie sich in Abhängigkeit mehrerer Obergesellschaften be-

²⁹⁰ So auch *Gesler* ZHR 140 (1976), 433, 439.

²⁹¹ In dem in Fn. 259 genannte Hamburger Stahlwerke-Urteil befasste sich der BGH mit der Frage, ob ein Unternehmensvertrag als Kreditsicherheit angesehen werden könne. Um die Art der Verlustausgleichspflicht ging es dabei nur inzident. Ohnehin belegt auch dieser Fall die hier vertretene These, die Gesellschafter hatten der Konzerntochter in der Krise nämlich mehrfach kurzfristig Darlehen zur Verfügung gestellt, um ihre Liquidität zu sichern. Zu dieser Einschätzung gelangt auch *Priester* ZIP 1989, 1301, 1307 a.E.

²⁹² Ein pessimistischeres Licht auf die Wirtschaftspraxis wirft der Fall *BGH NJW* 2006, 3279: Darin kündigte die Konzernmutter einer Konzerntochter den Organschaftsvertrag aus wichtigem Grund wegen derer schlechten Ertragslage. Kurz darauf war die (ehemalige) Konzerntochter insolvent. Hier wurde der Fall einer insolventen Konzerntochter also nur dadurch vermieden, dass der Vertragskonzern „rechtzeitig“ beendet wurde.

²⁹³ *Hengeler/Hoffmann-Becking* FS Hefermehl, 283.

²⁹⁴ *Priester* ZIP 1989, 1301, 1307 f.

gibt. Eine solche Mehrmütter-Konzernherrschaft über eine einzelne Tochtergesellschaft ist zulässig, wenngleich sie gesetzlich nicht geregelt ist.²⁹⁵

Treibender Motor hinter der Herausbildung von Mehrmütter-Konzernen war das Steuerrecht, das in dem – mittlerweile allerdings aufgehobenen – § 14 II KStG a.F. die Mehrmütterorganschaft regelte. Nach dieser inzwischen abgeschafften Konstruktion schlossen sich mehrere Mütter zu einer Personengesellschaft zusammen, woraufhin diese Personengesellschaft ein steuerrechtliches Organschaftsverhältnis mit der Tochtergesellschaft begründete.²⁹⁶ Körper- und gewerbesteuerlich war dann allein die Personengesellschaft Zurechnungsempfängerin für das zu versteuernde Einkommen.²⁹⁷ Mit der Aufhebung von § 14 II KStG a.F. ist die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit dieser Konzernform zwar nicht in Frage gestellt worden, allerdings liegt steuerrechtlich nunmehr keinerlei Organschaft mehr bei einer Mehrmütter-Konzernherrschaft vor (sog. verunglückte Mehrmutterorganschaft).²⁹⁸

Für die Tochtergesellschaft, die sich gegenüber mehreren Mütter verpflichtet hat, sind Weisungen auch nur einer einzelnen Mutter verbindlich; lediglich wenn sich die Weisungen beider Obergesellschaften widersprechen, heben sich die Weisungen auf, sodass bei Kollision keine Befolgungspflicht besteht.²⁹⁹ Schädigende Weisungen sind auch dann wirksam, wenn sie nur im Konzerninteresse einer der Obergesellschaften liegen.³⁰⁰ § 302 AktG ist im Verhältnis zu jeder einzelnen Konzernmutter anwendbar – ggf. muss eine Konzernmutter also Verluste ausgleichen, die durch Maßnahmen einer anderen Konzernmutter verursacht wurden und allein in deren Interesse lagen.³⁰¹ Nach herrschender Meinung haften die Konzernmütter jeweils als Gesamtschuldner aus § 427 BGB für den gesamten Verlustausgleich.³⁰²

²⁹⁵ K. Schmidt DB 1984, 1181.

²⁹⁶ Beck GmbH-Hdb/Vogt § 17 Rn. 93.

²⁹⁷ Beck AG-Hdb/Rödler § 13 Rn. 186 f.

²⁹⁸ Gosch KStG/Neumann § 14 Rn. 554 f.

²⁹⁹ Emmerich/Habersack § 308 Rn. 7.

³⁰⁰ Emmerich/Habersack § 308 Rn. 8.

³⁰¹ Emmerich/Habersack § 17 Rn. 32.

³⁰² Kritisch K. Schmidt DB 1984, 1181, 1182 f., der stattdessen für eine gesetzliche Teilschuld plädiert.

4. Die Rechtsnatur der Verlustübernahmepflicht

Möglicherweise lassen sich aus der Rechtsnatur der Verlustübernahmepflicht wichtige Schlussfolgerungen für die Analogiefähigkeit von § 302 AktG ziehen.

Zunächst ist *Karsten Schmidt* darin zuzustimmen, dass es sich bei der Verlustausgleichspflicht um ein Dauerschuldverhältnis handelt.³⁰³ Dies gilt auch dann, wenn man (wie die herrschende Meinung) aus § 302 AktG nur periodische Ausgleichszahlungen zum Ende des jeweiligen Geschäftsjahres fordert. Denn diese einzelnen, wiederkehrenden Leistungspflichten sind zu unterscheiden von der ihnen zugrundeliegenden, kontinuierlichen Verlustdeckungspflicht. Auch wenn der Unternehmensvertrag an sich kein schuldrechtlicher, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag³⁰⁴ ist, begründet er kontinuierliche schuldrechtliche Pflichten zwischen beiden Vertragsparteien.³⁰⁵ Auf diese wechselseitigen schuldrechtlichen Pflichten sind §§ 273, 276, 280 und 320 BGB anwendbar (so schon oben).³⁰⁶ Der Bundesgerichtshof hat diesen Dauerschuldcharakter des Vertragsverhältnisses mehrfach ausdrücklich anerkannt.³⁰⁷

Schwieriger ist die rechtliche Qualifizierung dieses Dauerschuldverhältnisses. Die schuldrechtliche Systematik unterscheidet zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen. *Karsten Schmidt* erkennt in der Verlustübernahmepflicht eine gesetzliche Schuld, die kraft Gesetzes allein bei Vorliegen einer qualifizierten Abhängigkeit entsteht.³⁰⁸ Der Verlustausgleich ist nach dieser Auffassung nicht Bestandteil des vertraglichen Schuldverhältnisses, sondern unmittelbare gesetzliche Vorgabe. Der Unternehmensvertrag wird damit zur bloßen tatbestandlichen Voraussetzung der Verlustausgleichspflicht, aber nicht ihr eigentlicher Verpflichtungsgrund. Verpflichtungsgrund sei vielmehr alleine die qualifizierte Abhängigkeit einer Gesellschaft. Diese Sichtweise hätte – wie *Karsten Schmidt* selbst klarstellt – erhebliche Auswirkungen auf die analoge Anwendung der Ausgleichspflicht, da hinter § 302

³⁰³ *K. Schmidt* ZGR 1983, 513, 518.

³⁰⁴ BGH NJW 1989, 295, 296 („Supermarkt“).

³⁰⁵ OLG Frankfurt NZG 2000, 603, 604; Großkomm AktG/*Hirte* § 302 Rn. 6; *Emmerich/Habersack* § 291 Rn. 27; *Liebscher GmbH-KonzernR*, Rn. 582.

³⁰⁶ *Liebscher GmbH-KonzernR*, Rn. 582; *Hüffer* § 291 Rn. 18.

³⁰⁷ BGH NJW 1988, 1326, 1328; NJW 1989, 295, 297 („Supermarkt“): „vertragliche Dauerverpflichtung“.

³⁰⁸ *K. Schmidt* ZGR 1983, 513, 516 f.

AktG dann möglicherweise ein verallgemeinerungsfähiger Grundsatz stünde, der auch in anderen Fällen der qualifizierten Abhängigkeit einer Gesellschaft anzuwenden wäre.³⁰⁹

Dieser Einschätzung ist jedoch zu widersprechen; nach richtiger Ansicht handelt es sich bei der Verlustdeckungspflicht um ein – im aktienrechtlichen Vertragskonzern allerdings zwingendes! – vertragliches Schuldverhältnis.³¹⁰ Im Übrigen stimmt der Zusammenhang zwischen qualifizierter Abhängigkeit und Verlustübernahmepflicht, wie *Karsten Schmidt* ihn darstellt, nicht. Die Verlustdeckungspflicht greift nämlich auch bei einem isolierten Gewinnabführungsvertrag; ohne Beherrschungsvertrag kann im Aktienrecht aber kaum von qualifizierter Abhängigkeit gesprochen werden.³¹¹ Zum anderen ist die Idee, dass auf eine qualifizierte Konzernierung ipso iure § 302 AktG anzuwenden ist, spätestens mit der Abkehr vom qualifiziert faktischen GmbH-Konzern überholt: Inzwischen ist zu Recht anerkannt, dass nicht die dauernde und umfassende Herrschaft im faktischen GmbH-Konzern haftungsbegründend ist, sondern der Missbrauch dieser Leitungsmacht (dazu ausführlich unten S. 152 ff.). *Karsten Schmidt* selbst wendet sich später vehement gegen die zwingende Gleichsetzung von qualifizierter Konzernierung und Haftungspflicht.³¹² Eine gesetzliche Verlustdeckungspflicht als Resultat von Konzernierung ist damit abzulehnen – vielmehr muss der Verpflichtungsgrund der Haftung im Unternehmensvertrag gesehen werden. Die Analogie von § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern ergibt sich also nicht zwingend aus dem Tatbestand qualifizierter Abhängigkeit.

Weiterhin statuiert § 302 AktG eine Zustandsverantwortlichkeit, die kein konkretes haftungsbegründendes Verhalten des herrschenden Unternehmens voraussetzt.³¹³ Konsequenterweise wird in diesem Zusammenhang davon gesprochen, dass § 302 AktG eine Verantwortlichkeit für einen abstrakten Gefährdungstatbestand schafft,³¹⁴ weil die Ausgleichspflicht auch dann eingreift, wenn die Verluste auf bloßen Zufall oder höhere Gewalt zurückgehen.

³⁰⁹ *K. Schmidt* ZGR 1983, 513, 517.

³¹⁰ Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 302 Rn. 8; *Koppensteiner* ZHR-Beiheft 1989, 87, 94.

³¹¹ Zutreffend *Koppensteiner* ZHR-Beiheft 1989, 87, 94.

³¹² Siehe Fn. 727.

³¹³ Großkomm AktG/*Hirte* § 302 Rn. 6.

³¹⁴ *Koppensteiner* ZHR-Beiheft 1989, 87, 94.

5. Automatische Beendigung des Unternehmensvertrages in der Insolvenz?

Nach der herrschenden Meinung kann sich eine Insolvenz im Vertragskonzern relativ leicht ergeben, da sie die Konzernmutter nicht zur Gewährleistung der Liquidität aller Konzerntöchter verpflichtet hält (siehe oben S. 56 ff.). Die Analyse dieser Auffassung macht einen Blick auf die Frage notwendig, wie sich die Insolvenz einer Konzerngesellschaft auf den Vertragskonzern auswirkt.

Anders als im Ausland kennt das deutsche Recht keine einheitlichen Konzerninsolvenzen über die gesamte Vermögensmasse im Konzern.³¹⁵ Vielmehr wirkt sich hier der Grundsatz der rechtlichen Trennung zwischen den Gesellschaften aus, sodass jede Feststellung der Insolvenz und jede Abwicklung des Insolvenzverfahrens für die einzelnen Konzernunternehmen separat erfolgen muss: Die Abwicklung steht also unter der Vorgabe „eine Person, ein Vermögen, ein Verfahren“.³¹⁶ Gerade für internationale Konzerne folgt daraus das Problem, dass für die Abwicklung verschiedener Konzerngesellschaften verschiedene Rechtsordnungen gelten.³¹⁷ Davon zu trennen ist aber die Frage, ob der Vertragskonzern in der Insolvenz an sich Bestand hat, oder ob eine Insolvenz automatisch den Vertragskonzern beendet.

Unter der früheren Konkursordnung sprach sich die überwiegende Meinung für ein automatisches Ende des Unternehmensvertrages kraft Gesetzes aus, falls über das Vermögen der Mutter- oder der Tochtergesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde; nach der Gegenansicht rechtfertigte die Insolvenz nur eine außerordentlichen Kündigung des Vertrages (§ 297 AktG).³¹⁸ Teilweise fand sich auch eine differenzierende Auffassung, wonach ein Beherrschungsvertrag bei Insolvenz automatisch endete, ein Gewinnabführungsvertrag dagegen nicht.³¹⁹ Der Bundesgerichtshof sprach sich – anders als vielfach zu Unrecht behauptet wird³²⁰ – nie für ein automatisches Ende des Unternehmensvertrages kraft Gesetzes aus. Im Familienheim-Urteil entschied das Gericht zwar für eine automatische Beendigung des

³¹⁵ BFH DSStR 2014, 793, 795; *Ebricke* DZWIR 1999, 353, 354.

³¹⁶ *Ebricke* DZWIR 1999, 353.

³¹⁷ Vgl. hierzu *Ebricke* EWS 2002, 101.

³¹⁸ Vgl. *Klökner* ZIP 2011, 1454 mwN.

³¹⁹ *Hengeler/Hoffmann-Becking* FS Hefermehl, 283, 302f.

³²⁰ Missverständene Auslegung des Familienheim-Urteils etwa bei *Emmerich/Habersack* § 297 Rn. 52; *Spindler/Stilz/Veil* § 297 Rn. 36; *Michalski GmbHG/Servatius* Syst. Darst. 4 Rn. 242; *Hüffer* § 297 Rn. 22a.

Vertragskonzerns in der Insolvenz, stützte das Ergebnis aber auf eine ergänzende Vertragsauslegung des Unternehmensvertrages (§ 157 BGB).³²¹ Der Unterschied der Rechtsprechung zu der (angeblichen) früheren herrschenden Meinung liegt auf der Hand: das Ende des Vertragskonzerns folgt nicht aus zwingendem Recht, sondern aus dem hypothetischen Parteiwille. So ließ dieses Urteil je nach Einzelfall eine gegenteilige Vereinbarung der Parteien oder Auslegung des Parteiwillens zu, ging mithin gerade nicht von einem gesetzlichen Vertragsende aus. Ob das Vertragsende kraft Gesetzes also tatsächlich der früher „herrschenden“ Meinung zugerechnet werden kann, darf vor dem Hintergrund dieses weit verbreiteten Missverständnisses bezweifelt werden.

Wie sich die Positionen zu dieser Frage unter der Insolvenzordnung verteilen, lässt sich noch nicht klar erkennen. Nach Ansicht von *v. Wilmonsky* plädieren die meisten Insolvenzrechtler gegen ein automatisches Ende des Vertrages in der Insolvenz, die meisten Gesellschaftsrechtler dagegen dafür.³²² Offenbar findet die Ansicht, wonach ein Unternehmensvertrag in der Insolvenz nicht kraft Gesetzes endet, immer mehr Anhänger.³²³ Auch der Bundesgerichtshof hat sich, soweit ersichtlich, seit Inkrafttreten der InsO noch nicht zu dieser Frage festgelegt. Die Praxis behilft sich angesichts dieser unklaren Rechtslage, indem sie bei Insolvenz vorsorglich die Kündigung des Unternehmensvertrages gegenüber dem insolventen Vertragsteil erklärt.³²⁴

a. Insolvenz nur der Konzernmutter

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird die Muttergesellschaft aufgelöst (§ 262 I Nr. 3 AktG; § 60 I Nr. 4 GmbHG), die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Gesellschaft geht vom Vorstand bzw. von den Geschäftsführern auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 I InsO).³²⁵ An die Stelle der gewerblichen, über die Konzerntochter lenkenden Tätigkeit tritt ein reiner Abwicklungszweck für die Dauer des Insolvenzverfahrens.³²⁶ In Folge dessen kann die insolvente Konzernmutter ihre Leitungsmacht nicht

³²¹ BGH NJW 1988, 1326, 1327 („Familienheim“); ebenso (ergänzende Vertragsauslegung) OLG Schleswig AG 1988, 382, 384.

³²² Vgl. *von Wilmonsky* Konzern und Insolvenz, S. 3, abrufbar unter http://www.jura.uni-frankfurt.de/46862185/IR_II_IV_1_InsKonzernR_OG_I_Vertragskonzern.pdf.

³²³ *Mues* RNotZ 2005, 1, 30 f.

³²⁴ *Klößner* ZIP 2011, 1454 f.

³²⁵ *Hengeler/Hoffmann-Becking* FS Hefermehl, 283, 284; MüKo InsO/Ott/Vuia § 80 Rn. 111.

³²⁶ *Sämisch/Adam* ZInsO 2007, 520, 521.

mehr über den Konzern ausüben. Wegen der Insolvenz wird die Konzernmutter auch ihre Pflicht zum Verlustausgleich nahezu niemals vollständig erfüllen können.

Wegen dieser tatsächlichen Hindernisse, den Unternehmensvertrag auszuüben, spricht sich eine verbreitete Ansicht für das automatische Vertragsende ipso iure aus.³²⁷ Die gesamte Ausrichtung des Unternehmensvertrages, die Konzerngesellschaften für die Vertragsdauer wirtschaftlich zu verschmelzen, sei in der Insolvenz hinfällig. Weder die Konzerngesellschaften selbst, noch der allgemeine Rechtsverkehr habe ein Interesse an einem funktionsunfähigen Unternehmensvertrag. Vielmehr besteht ein öffentliches Interesse, das faktische Ende des Unternehmensvertrages durch registerrechtliche Eintragung und Bekanntmachung eines auch rechtlichen Endes publik zu machen.³²⁸

Das Postulat vom gesetzlichen Vertragsende bei insolventer Konzernmutter kann indes nicht überzeugen. Zwar trifft es zu, dass ein Unternehmensvertrag für die Dauer der Insolvenz regelmäßig faktisch endet – warum daraus aber zwingend in jedem Fall auch ein rechtliches Ende folgen muss, legen die Anhänger dieser Sichtweise nicht dar. Es besteht auch kein Bedürfnis für ein formales Ende des Vertrages, wenn seine Wirkungen bei zweifelhafter Solvenz der Konzernmutter ohnehin nicht durchsetzbar sind (siehe hierzu oben S. 33). Es fehlt auch jede dogmatische Grundlage für diese Auffassung.³²⁹ Unternehmensverträge sind gegenseitige Dauerschuldverhältnisse³³⁰, und solche Schuldverhältnisse enden, wie §§ 103 ff. InsO klarstellen, gerade nicht in jedem Falle automatisch. Auch bleiben die beteiligten Rechtsträger trotz ihrer Auflösung bestehen und existieren als Gesellschaften i.L. fort. Auch wenn sich der Gesellschaftszweck in der Abwicklungsphase ändert, gelten die Vertragsbeziehungen und die Identität der Gesellschaften nach dem Kontinuitätsgrundsatz fort.³³¹ Ohnehin bedeutet der Abwicklungs-

³²⁷ MüKo InsO 1. Aufl./*Ebricke* Art. 102 Rn. 459, 414; *Hüffer* § 297 Rn. 22a; MüKo AktG/*Altmeyden* § 297 Rn. 102 ff.; Münchener Hdb. AG/*Krieger* § 70 Rn. 201; *Henssler/Strohn/Paschos* § 297 Rn. 13; differenzierend *Emmerich/Habersack* § 297 Rn. 52b.

³²⁸ MüKo AktG/*Altmeyden* § 297 Rn. 106.

³²⁹ §§ 115 f. InsO können kein Erlöschen des Unternehmensvertrages begründen, da es sich bei diesem Vertrag weder um einen Auftrag noch um eine Geschäftsbesorgung handelt.

³³⁰ Vgl. zur Qualifikation des Unternehmensvertrages als Dauerschuldverhältnis oben Fn. 303.

³³¹ *Scholz GmbHG/K. Schmidt* § 69 Rn. 4f.

zweck nicht, dass der Insolvenzverwalter die Geschäfte des Mutterunternehmens nicht durchaus noch mit Gewinnerzielungsabsicht fortsetzen kann; in einem Insolvenzplan kann die Unternehmensfortführung sogar ausdrücklich mit der Absicht beschlossen werden, die Gläubiger aus den fortlaufenden Erträgen des Unternehmens zu befriedigen.³³² Zudem sieht die Insolvenzordnung gerade die – jüngst durch das Schutzschirmverfahren gestärkte – Möglichkeit der Unternehmenssanierung in Eigenverantwortung vor (§§ 217 ff., 270 ff. InsO). Für den Erfolg der Sanierung wäre ein pauschales Ende der Unternehmensverträge aber schädlich.³³³ Der Fortbestand des Konzerns in der Insolvenz kann also durchaus auch im Interesse der Gläubiger liegen. Auch ist die Fortsetzung der Gesellschaft nach erfolgreichem Abschluss des Insolvenzverfahrens nicht ausgeschlossen, auch in diesem Fall wäre ein Erhalt der Konzernstrukturen sinnvoller.³³⁴ Ein gesetzliches Vertragsende, das möglicherweise gegen die Interessen der Parteien veranlasst wird, ist rechtlicher Paternalismus und mit der Privatautonomie der Beteiligten unvereinbar.³³⁵ Auch das Argument von *Altmeyen*, wonach der Zweck des Vertragskonzerns die wirtschaftliche Fusion sei und dass dieser Zweck in der Insolvenz nicht realisiert werden könne,³³⁶ überzeugt in dieser Verallgemeinerung nicht. Das Gegenteil ist der Fall – gerade wenn der Zweck des Unternehmensvertrages die wirtschaftliche Fusion sein soll, wie *Altmeyen* behauptet (vgl. zu dieser Frage S. 124), ist es sinnvoll, die wirtschaftliche Einheit des Konzerns so lange wie möglich zu erhalten und nicht ohne den Willen der Beteiligten zu zerschlagen. In der wirtschaftlichen Krise haben sowohl das Unternehmen als auch seine Gläubiger ein Interesse an seiner wirtschaftlichen Einheit, um etwa in der Eigenverwaltung und Sanierung die Vorteile eines Verbundes zu erhalten.³³⁷ Dies hätte zwar den Nachteil, die Konzerngefahren aus der engen Konzernverflechtung („Dominoeffekt“) auch in das Insolvenzverfahren und in die Eigenverwaltung zu transportieren.³³⁸ Aber auch über den Unternehmensvertrag hinaus sind die Kon-

³³² Uhlenbruck InsO/*Hirte* § 11 Rn. 11 ff.

³³³ So auch Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 297 Rn. 47.

³³⁴ Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 297 Rn. 47.

³³⁵ In dieselbe Richtung argumentiert hier auch MüKo InsO 1. Aufl./ *Ebricke* Art. 102 Rn. 458 f., 414.

³³⁶ MüKo AktG/*Altmeyen* § 297 Rn. 106.

³³⁷ *Ebricke* ZInsO 2002, 393.

³³⁸ Vgl. *Siemon/Frind* NZI 2013, 1, 11.

zernunternehmen in aller Regel so eng verstrickt,³³⁹ dass ein Dominoeffekt ohnehin drohen würde. Tatsächlich zeigt die Rechtspraxis, dass eine Beendigung von Konzernstrukturen, gerade bei der Insolvenz funktional integrierter Konzerne, häufig wertvernichtende Auswirkungen hat.³⁴⁰

Auch aus steuerlichen Gründen kann eine automatische Vertragsbeendigung überaus schädlich sein. Für die Wirtschaftspraxis ist die steuerliche Organshaft ein Hauptmotiv für den Abschluss eines Unternehmensvertrages. Der Gewinnabführungsvertrag etabliert aber nur dann eine wirksame Organshaft, wenn er auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen und durchgeführt wird (§ 14 I 1 Nr. 3 KStG). Endet ein Gewinnabführungsvertrag vor Ablauf dieser Zeit, liegt eine sog. verunglückte Organshaft vor: Das Steuerrecht behandelt dann bisherige Gewinnabführungen im Vertragskonzern nachträglich als verdeckte Gewinnausschüttungen (es liegt mithin ein rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 I 1 Nr. 2 AO vor).³⁴¹ Beruht die vorzeitige Beendigung des Vertrages dagegen auf eine Kündigung aus wichtigem Grund, ist dieses Vertragsende steuerlich unschädlich (§ 14 I 1 Nr. 3 KStG). Für die Beteiligten ist ein frühzeitiges Vertragsende, das auf außerordentlicher Kündigung beruht, also günstiger als ein automatisches Ende kraft Gesetzes. Vor diesem Hintergrund ist die jüngste Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs mit Skepsis zu sehen: In seinem Beschluss vom 19. März 2014 entschied der Bundesfinanzhof, dass eine steuerliche Organshaft bei Insolvenz der Ober- oder Untergesellschaft endet (über das Ende des Unternehmensvertrages hat sich das Gericht freilich nicht geäußert – das ist eine gesellschaftsrechtliche, nicht steuerrechtliche Frage).³⁴² Dabei stützte sich der Bundesfinanzhof auf den insolvenzrechtlichen Einzelverfahrensgrundsatz. Über die Auswirkungen einer verunglückten Organshaft in der Fünfjahresfrist äußerte sich das Gericht nicht; nach einer Literaturmeinung soll die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in diesem Fall aber einer außerordentlichen Kündigung gleichgesetzt werden, um das unbillige Ergebnis einer rückwirkenden Steuerbelastung in der Insolvenz zu vermeiden, (§ 14 I 1 Nr. 3 KStG analog).³⁴³

³³⁹ Vgl. Fn. 450.

³⁴⁰ MüKo InsO/*Briinkmans* KonzerninsolvenzR A Rn. 3.

³⁴¹ Gosch KStG/*Neumann* § 14 Rn. 540 f.

³⁴² BFH DSrR 2014, 793, 795.

³⁴³ Münch AnwHdb AG/*Rub/Schlösser* § 54 Rn. 170d; *Fichtelmann* GmbHR 2005, 1346, 1349.

Diese Rechtsunsicherheiten und umständliche Analogie entfallen, wenn man sich schlicht der vorzugswürdigen Meinung³⁴⁴ anschließt und bei Insolvenz der Muttergesellschaft keine automatische Beendigung des Vertragskonzerns (und auch nicht der steuerrechtlichen Organschaft) annimmt. Auch aus steuerrechtlicher Perspektive liegt es näher, bei Insolvenz die Beteiligten bzw. den Insolvenzverwalter auf ein außerordentliches Kündigungsrecht zu verweisen.³⁴⁵

Auch die internationale Dimension der Konzernpraxis spricht gegen ein automatisches Vertragsende bei insolventer Konzernmutter.³⁴⁶ Die verschiedenen Insolvenzordnungen lassen sich gar nicht so weit überblicken, als dass pauschal in jedem Fall von einer automatischen Funktionsunfähigkeit des Vertragskonzerns gesprochen werden könnte. Jedenfalls wäre der internationale Wirtschaftsverkehr erheblich betroffen, wenn jede Insolvenz zur automatischen Zerschlagung von Konzernstrukturen führte. Die amerikanische Insolvenzpraxis, in der auch Großunternehmen wie United Airlines³⁴⁷ oder General Motors³⁴⁸ bereitwillig und erfolgreich am insolvenzrechtlichen *Chapter 11*-Verfahren teilnehmen, lässt sich kaum mit der Doktrin eines automatischen Vertragsendes vereinbaren. Der erfolgreiche Abschluss der Sanierung von General Motors mit der deutschen Konzerntochter Adam Opel GmbH unterstreicht die Wichtigkeit, (internationale) Konzernstrukturen auch bei einer insolventen Konzernmutter erhalten zu können.

Als Fazit lässt sich also festhalten, dass der Vertragskonzern für die Dauer der Insolvenz der Konzernmutter zum Ruhen kommt, aber nicht automatisch ipso iure endet.³⁴⁹ Der Vertragskonzern schafft eine wirtschaftliche Einheit zwischen den Gesellschaften, die auch in der Insolvenz nicht leichtfertig aufgegeben werden darf. Kommt es zur Fortsetzung der insolventen

³⁴⁴ Ebenfalls gegen ein Vertragsende kraft Gesetzes *BFH* WM 1968, 409, 410; Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 297 Rn. 47; *K. Schmidt* ZGR 1983, 513, 531; speziell auch mit Blick auf das Steuerrecht *Gosch* KStG/*Neumann* § 14 Rn. 296 f.; *Fichtelmann* GmbHHR 2005, 1346, 1348 (mutmaßlicher Parteiwille durch BGH „zu sehr überdehnt“).

³⁴⁵ *Blümich/Driën* § 2 GewStG Rn. 187.

³⁴⁶ *Sämisch/Adam* ZInsO 2007, 520; aA. *MüKo InsO* 1. Aufl./ *Ehricke* Art. 102 Rn. 458 f., 414.

³⁴⁷ *MüKo InsO/Grauke/Youdelman*, Anh. Länderber. USA Rn. 6.

³⁴⁸ *Siemon* NZI 2014, 55.

³⁴⁹ Vgl. *AG Duisburg* NZI 2002, 556, 559: Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommen alle konzernrechtlichen Weisungsbefugnisse „zumindest zum Ruhen.“

Gesellschaft, lebt der Unternehmensvertrag unverändert wieder auf.³⁵⁰ Ist die Fortsetzung dagegen unwahrscheinlich oder sprechen sonstige Interessen gegen die Erhaltung des Unternehmensvertrages, steht es sowohl der Muttergesellschaft selbst als auch der Tochter zu, den Vertrag außerordentlich zu kündigen (§ 297 AktG).³⁵¹ Insoweit ist von den jeweiligen Geschäftsleitern eine Prognose und unternehmerische Einschätzung erforderlich, insbesondere im Hinblick auf § 297 I 2 AktG.³⁵² Die Tochtergesellschaft ist in der Frage, ob sie den Vertrag kündigt, frei: Weisungen der Muttergesellschaft, den Vertrag aufrechtzuerhalten oder zu beenden, ist sie nicht unterworfen (§ 299 AktG).

b. Insolvenz der Tochtergesellschaften

Vorweg sollte klargestellt werden, dass eine Insolvenz der Untergesellschaft nach der überzeugenderen Sichtweise des Verlustausgleichs ausgeschlossen ist, sofern nicht auch die Obergesellschaft insolvent ist und ihrer Pflicht zum Verlustausgleich nicht nachkommen kann (§ 302 AktG). Die Verlustausgleichspflicht ist nämlich gerade darauf ausgerichtet, das Unternehmensrisiko – und damit insbesondere die Insolvenzgefahr – von der Tochter- auf die Muttergesellschaft zu übertragen,³⁵³ eine Insolvenz der Tochter wäre im Vertragskonzern folglich systemwidrig (siehe hierzu oben S. 56 ff.). Auch nach der herrschenden Unternehmenspraxis kann die Insolvenz der Tochter eigentlich nur bei gleichzeitiger Insolvenz der Mutter eintreten, da die Konzernführungen regelmäßig auf den Fortbestand aller Konzernglieder achten.³⁵⁴ Gleichwohl entspricht die soeben genannte Sichtweise nicht der gerichtlichen Praxis oder der herrschenden Lehre; die Konsequenzen einer insolventen Konzerntochter sollen daher aufgezeigt werden.

Selbst wenn man eine unterjährige Verlustdeckungspflicht ablehnt und eine Zahlungsunfähigkeit der Untergesellschaft daher für möglich hält, sollte dieser Fall nicht zu einem automatischen Ende des Unternehmensvertrages führen. Denn die Einstandspflicht der Obergesellschaft wird gerade in der Krise der Untergesellschaft relevant. Allerdings entspricht es verbreiteter

³⁵⁰ K. Schmidt ZGR 1983, 513, 531.

³⁵¹ Sämisch/Adam ZInsO 2007, 520, 524.

³⁵² Klöckner ZIP 2011, 1454.

³⁵³ Siehe oben Fn. 243.

³⁵⁴ Peltzer AG 1975, 309.

Sichtweise, dass der Unternehmensvertrag bei eröffnetem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Tochter automatisch endet.³⁵⁵ Diese Meinung stützt sich ebenfalls auf das Argument, dass der Unternehmensvertrag bei einer insolventen Konzerntochter funktionslos wird: Zum einen entfällt das Weisungsrecht gegenüber der Konzerntochter, nachdem bei ihrer Insolvenz die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf ihren Insolvenzverwalter übergeht (§ 80 I InsO). Als gerichtlich bestellte Amtstreuhand unterliegen Insolvenzverwalter weder den gesetzlichen Weisungen der Gesellschafter noch den konzernvertraglichen Weisungen des herrschenden Unternehmens.³⁵⁶ § 308 I AktG erlaubt ausdrücklich nur Weisungen gegenüber dem „Vorstand“ der Gesellschaft, nicht gegenüber Insolvenzverwaltern.³⁵⁷ Die Insolvenz löst die Einheit des Konzerns für die Dauer seines Verfahrens also ohnehin auf. Zum anderen findet bei einer Gesellschaft i.L. keine reguläre Gewinnabführung mehr statt (§ 272 AktG; § 73 GmbHG). Zudem bliebe die Obergesellschaft auch dann noch für die Steuerschuld der Untergesellschaft verantwortlich, wenn sie auf deren Geschäftstätigkeit in der Insolvenz keinerlei Einfluss mehr hat.³⁵⁸ Wenn die Konzernpraxis Wert auf den Erhalt der Einheit legt, versucht sie sich typischerweise zu behelfen, indem personenidentische Insolvenzverwalter für die verschiedenen Konzerntöchter bestellt werden.³⁵⁹

Indes sprechen hier, wie bei der Insolvenz der Muttergesellschaft (siehe oben), die überzeugenderen Argumente gegen ein sofortiges Vertragsende ipso iure.³⁶⁰ Insbesondere dient die Verlustdeckungspflicht der Vergrößerung der Haftungsmasse für die Gläubiger der Tochter; ein automatisches Vertragsende wäre daher geradezu widersinnig. Zunächst führt das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Tochter nur dazu, dass die Konzernleitungsmacht für dessen Dauer ruht.³⁶¹ Bei einer eventuellen Wiederaufnahme der gewerblichen Tätigkeit sollte es möglich sein, den Konzern unverändert fortzuführen. Wenn die Fortsetzung des Unternehmensvertrags mit einer insolventen Konzerntochter dagegen unzumutbar ist – was ange-

³⁵⁵ So MüKo InsO 1. Aufl./Ebricke Art. 102 Rn. 416; *Sämisch/Adam* ZInsO 2007, 520, 524.

³⁵⁶ MüKo InsO/*Brinkmans* KonzerninsolvenzR A Rn. 4.

³⁵⁷ MüKo InsO 1. Aufl./Ebricke Art. 102 Rn. 414.

³⁵⁸ *BFH* DStR 2014, 793, 796.

³⁵⁹ MüKo InsO/*Brinkmans* KonzerninsolvenzR A Rn. 7 nennt dies Teil einer „Notlösung“.

³⁶⁰ So auch *Uhlenbruck/Hirte* § 11 InsO Rn. 398.

³⁶¹ *AG Duisburg* NZI 2002, 556, 559.

sichts der oben genannten Hindernisse regelmäßig zu bejahen sein dürfte³⁶² – oder keine Prognose einer erfolgreichen Fortsetzung der gewerblichen Tätigkeit besteht, steht den Konzerngesellschaften ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu (§ 297 AktG). Es steht also auch hier im Ermessen jeder Partei (bzw. des Insolvenzverwalters), den Vertragskonzern jederzeit zu beenden. Für eine automatische Beendigung kraft zwingenden Gesetzes besteht kein Anlass.

c. Zusammenfassung

Aus den vorgenannten Argumenten lässt sich festhalten, dass der Unternehmensvertrag für die Dauer des Insolvenzverfahrens zwar ruht bzw. un-durchsetzbar ist, aber nicht automatisch endet. Ein Ende des Unternehmensvertrages muss auch im Insolvenzfall auf dem Willen der Parteien bzw. einer Partei beruhen, sei es durch ausdrücklich erklärte Vertragskündigung, sei es durch entsprechende Beendigungsklausel im Unternehmensvertrag. Unter Umständen kann der durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelte Parteiwille für eine Vertragsbeendigung sprechen. Aber auch der hypothetische Parteiwille sollte nur ausnahmsweise zur Vertragsbeendigung herangezogen werden, da regelmäßig kein Bedarf für eine solche Beendigungsklausel im Unternehmensvertrag besteht: Die Parteien sind schließlich im Insolvenzfall nicht schutzlos gestellt, da ihnen auch ohne gesonderte Vereinbarung das Recht zur sofortigen Kündigung aus wichtigem Recht zusteht (§ 297 AktG). Mit dem Vertragskonzern haben die Parteien eine wirtschaftliche Einheit zwischen den Gesellschaften hergestellt, die nur durch deren Willen aufgehoben werden kann.³⁶³

Insgesamt zeigt diese Untersuchung, mit welchen Schwierigkeiten bei der Insolvenz einer Konzerngesellschaft zu rechnen ist. Rechtlich und wirtschaftlich ist der ungeplante, plötzliche Abbruch vom Vertragskonzern der größte anzunehmende Unfall für die Konzernpraxis. Diese Feststellung unterstützt die oben vertretene These, dass auch unterjährige Liquiditätssicherung gewährleistet werden muss (vgl. S. 56), um jede Insolvenz im Vertragskonzern so effektiv wie möglich auszuschließen. Ebenfalls gestützt wird die

³⁶² *Mues* RNNotZ 2005, 1, 31; *Hengeler/Hoffmann-Becking* FS Hefermehl, 283, 284ff.

³⁶³ Vgl. zum Zweck der wirtschaftlichen Fusion Fn. 561.

These, dass im Insolvenzfall kein automatisches Ende der Konzernbeziehungen eintreten sollte.

6. Die Ratio Legis von § 302 AktG

Nachdem die Funktionsweise von § 302 AktG untersucht wurden, ist nunmehr die Frage nach dem Sinn und Zweck der Verlustdeckungspflicht zu stellen. Warum beabsichtigt das Gesetz, die einzelnen Konzerntöchter und ihre Gläubiger vom allgemeinen Unternehmensrisiko zu befreien? Wie ist die Aufhebung der Haftungstrennung zu rechtfertigen, wo die getrennte Haftung doch ein wesentliches Merkmal des Kapitalgesellschaftsrechts darstellt? Ist der Schutz konzernierter Gesellschaften konsequent, wenn das Gesetz in anderen möglicherweise ebenso gefährlichen Situationen, wie etwa in Franchisesystemen,³⁶⁴ kein spezielles Haftungsregime vorsieht? Manifestiert sich mit dem Zwang zur Verlusthaftung bloß eine konzernfeindliche Haltung des historischen Gesetzgebers?³⁶⁵

Nur wenn man den Normzweck von § 302 AktG im aktienrechtlichen Gefüge erkennt, lässt sich die Frage beantworten, ob auch im GmbH-Konzern ein Bedürfnis für diese Analogie besteht. Verschiedene Erklärungsversuche für § 302 AktG stehen im Raum, die seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert werden. Abschließend geklärt ist der Rechtsgrund von § 302 AktG nicht.³⁶⁶ Jedenfalls wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass sich der Sinn und Zweck dieser Norm nicht monokausal erfassen lässt.³⁶⁷

a. Erweiterte Haftung wegen erweiterter Herrschaft?

Es wurde bereits erwähnt, dass eine Haftung der Aktionäre nicht sinnvoll sein kann, wenn diese – wie im Regelfall – kaum Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft haben: Wer das Geschäftsgebaren einer anderen Person nicht kontrolliert, kann schwerlich für deren Verluste haftbar gemacht werden (siehe oben S. 28). Weniger eindeutig ist aber der umgekehrte Fall zu beurteilen, nämlich die Lage eines Gesellschafters *mit* Herrschaftsmacht über eine Gesellschaft. Sehr häufig findet sich dazu das Argument,

³⁶⁴ Hierauf weist hin *Ebricke* Konzernunternehmen, S. 387.

³⁶⁵ Vgl. *Altmeyen* ZHR 171 (2007), 320, 323.

³⁶⁶ *Spindler/Stilz/Veil* § 302 Rn. 4.

³⁶⁷ *Ebricke* Konzernunternehmen, S. 448.

die Verlusttragung sei notwendiger Ausgleich bzw. das Korrelat für die weitgehende Herrschaftsmacht des vertraglich herrschenden Gesellschafters.³⁶⁸ Immerhin diene die Weisungsautonomie der Aktiengesellschaft gegenüber ihren Aktionären (vgl. § 76 AktG) auch dem Schutz der unabhängigen Gesellschaft³⁶⁹ – dieser Schutz entfällt im Vertragskonzern. Es erscheint nachvollziehbar, die Konzernhaftung als Ausgleich dafür zu begreifen, dass Fremdherrschaft an die Stelle (angeblich) schützender Unabhängigkeit tritt. Auch der Gesetzgeber ging offenbar von einem Zusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung aus und fasste es in der Regierungsbegründung zu § 302 AktG mit den knappen Worten zusammen: „Wer die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann oder ihren ganzen Gewinn erhält, muss auch für Verluste eintreten.“³⁷⁰ Insoweit sprechen manche Stimmen auch von der plakativen Formel „Herrschaft=Haftung“ im Aktienkonzern.³⁷¹ Der eigentliche Rechtsgrund der Haftung liegt nach dieser Sichtweise in der gesellschaftsrechtlich vermittelten Herrschaftsmacht über die Tochter.³⁷² *Thomas Raiser* bemüht dazu gar das Bild einer „versklavten“ Gesellschaft ohne eigene Vermögensinteressen, deren „Herren“ für die Verluste aufzukommen hätten.³⁷³ In die gleiche Kerbe schlug der Bundesgerichtshof mit dem Video-Urteil von 1991, in dem er die „dauernde und umfassende“ Leitung als Rechtsgrund der Konzernhaftung bezeichnete,³⁷⁴ diese Position relativierte das Gericht jedoch schon zwei Jahre später und erklärte die Anwendung von § 302 AktG mit der „Beeinträchtigung der Interessen“ der Tochtergesellschaft.³⁷⁵

Tatsächlich ist es eine alte wirtschaftspolitische Forderung, dass unternehmerischer „Nutzen“ und „Schaden“ nur gemeinsam auftreten sollten. Bis in die Mitte der sechziger Jahre – also genau in der Zeit, als das AktG um das Konzernrecht erweitert wurde – entsprach es verbreitetem Denken, dass

³⁶⁸ Vgl. Kölner Komm AktG/*Koppensteiner* § 302 Rn. 6 m.w.N; *Raiser/Veil* § 54 Rn. 53.

³⁶⁹ *BGH NJW* 2004, 571, 574 („Gelatine“).

³⁷⁰ Amtliche Begründung, zitiert bei *Kropff* Aktiengesetz, S. 391.

³⁷¹ Vgl. Fn. 781.

³⁷² *Liébscher* GmbH-KonzernR, Rn. 736; offenbar zustimmend *Ulmer* ZHR-Beiheft 1989, 26, 62.

³⁷³ *Raiser* FS Lutter, 637, 647.

³⁷⁴ *BGH NJW* 1991, 3142; vgl. sogleich auch die nächste Fn.

³⁷⁵ *BGH NJW* 1993, 1200 („TBB“). Sowohl das Video- als auch das TBB-Urteil betrafen den faktischen GmbH-Konzern, in dem der BGH § 302 AktG allerdings für anwendbar hielt. Die dortigen Ausführungen sind daher auch im aktienrechtlichen Vertragskonzern fruchtbar zu machen.

Herrschaft und Haftung zwingend zusammenhängen. Diese wirtschaftliche Vorstellung geht auf die ordoliberalen Freiburger Schule, aber auch auf den nationalsozialistischen Gesetzgeber des AktG zurück.³⁷⁶ Namentlich *Walter Eucken*, ein Vordenker der Freiburger Schule, hat 1960 für das Haftungsprinzip plädiert, wonach derjenige, der für die Pläne und Handlungen eines Unternehmens verantwortlich ist, für dessen Verluste haften müsse.³⁷⁷ Für ihn ist die Haftung ein unentbehrliches Institut des Wettbewerbs; für Haftungstrennung sei demnach nur da Raum, wo der Kapitalgeber nicht für die Geschäftsführung verantwortlich ist (bspw. Kleinaktionäre oder Kommanditisten). Haftung wirke gegen Unternehmenskonzentration, während haftungstrennende Gesellschaftsformen in hohem Maße zur (aus dieser Sichtweise schädlichen!) Konzernbildung beitragen würde.³⁷⁸ Die gesamtschuldnerische Haftung von Ober- und Untergesellschaft im Eingliederungskonzern (§ 322 AktG) entspringt diesem „Herrschaft=Haftungs-Denken“.³⁷⁹

Diese wirtschaftspolitische Vorstellung verlor erst mit dem „Rektor“-Urteil³⁸⁰ des Bundesgerichtshofs von 1966 an Einfluss³⁸¹ – also ein Jahr nach der konzernrechtlichen Reform des Aktiengesetzes. In dieser Entscheidung erörterte das Gericht die Frage, ob ein Kommanditist allein deswegen hafte, weil er entgegen der gesetzlichen Konzeption die tatsächliche Herrschaft über die Gesellschaft ausübte – was das Gericht verneinte.³⁸² Demnach sei der Zusammenhang zwischen Unternehmensleitung und persönlicher Haftung, wie er etwa typischerweise in der oHG bestünde, kein zwingender wirtschaftsverfassungsrechtlicher Grundsatz für alle Gesellschaftsformen. Vielmehr stünde es den Beteiligten frei, einem Kommanditisten mehr Leitungsmacht einzuräumen oder einen oHG-Gesellschafter von der Unternehmensleitung auszuschließen. Dadurch würde aber weder der Kommanditist automatisch haften, noch der oHG-Gesellschafter von seiner persönlichen Haftung entbunden. Es ließe sich schließlich gar nicht mit hinreichender Rechtssicherheit sagen, ab wann die persönliche Herrschaft hinreichend ausgeprägt sei, um eine persönliche Haftung zu rechtfertigen. Im Übrigen sei

³⁷⁶ *Bitter* ZIP 2001, 265, 271.

³⁷⁷ *Eucken*, S. 281.

³⁷⁸ *Eucken*, S. 280 f.

³⁷⁹ *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 59.

³⁸⁰ *BGH NJW* 1966, 1309.

³⁸¹ *Bitter* ZIP 2001, 265, 271.

³⁸² *BGH NJW* 1966, 1309.

die Führung eines Geschäfts mit beschränkter Haftung durch eine Einzelperson „aus unserem Rechtsleben überhaupt nicht mehr fortzudenken“, etwa bei Einmann-GmbHs. In der unternehmerischen Betätigung bei gleichzeitiger Haftungstrennung läge auch kein Rechtsmissbrauch, solange nur der Rechtsverkehr über die bestehende Haftungstrennung hinreichend informiert sei.³⁸³

Tatsächlich sind erhebliche Zweifel angebracht, ob das „Herrschaft=Haftungs-Argument“ als Erklärung für die Konzernhaftung taugt. Die innere Logik dieses Gedankens ist jedenfalls mit einem großen Fragezeichen zu versehen. *Thomas Raiser* weist darauf hin, dass die Haftungstrennung einer Körperschaft ein „der Rechtfertigung bedürftiges Privileg“ sei.³⁸⁴ Soweit hat er im Prinzip Recht. Wenn er die Rechtfertigung der Haftungstrennung aber darin sieht, dass die juristische Person von der Kontrolle ihrer Gesellschafter unabhängig sein muss, ist Widerspruch angebracht.³⁸⁵ Eine Körperschaft darf – bei Information des Rechtsverkehrs, Beachtung der zwingenden Rechtsvorschriften und abgesehen von rechtsmissbräuchlicher Existenzvernichtung – durchaus haftungsfrei für ihre Gesellschafter nutzbar gemacht werden. Das Dogma des Korrelats von Herrschaft und Haftung ist niemals Bestandteil des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts geworden; im Gegenteil ist unternehmerische Kontrolle durchaus auch in haftungsbegrenzten Gesellschaften zu finden.³⁸⁶ Andernfalls müsste das Gesetz die persönliche Haftungsübernahmepflicht der Vorstände und GmbH-Gesellschafter – beides Gruppen mit gesellschaftsrechtlicher Herrschaft über Gesellschaften – anordnen, was aber bekanntlich nicht der Fall ist. Die umfassendste Herrschaft dürfte dabei dem Einmann-Gesellschafter einer GmbH zukommen, der die Gesellschaft haftungsfrei seinen eigenen Interessen unterordnen darf.³⁸⁷ Nach den Anhängern des „Herrschaft=Haftungs-Arguments“ müsste konsequenterweise stets eine persönliche Verlusthaftung des GmbH-Alleingeschafters eingreifen. Tatsächlich stößt für *Thomas Raiser* das Privileg der Haftungstrennung gegenüber einem Alleingeschafters an seine „immanenten Grenzen“, und zwar auch außerhalb von

³⁸³ Vgl. zu dem vorstehenden *BGH NJW* 1966, 1309 f.

³⁸⁴ *Raiser FS Lutter*, 637, 646 f.

³⁸⁵ Auf dieses Argument stützt sich aber *K. Müller ZGR* 1977, 1, 26.

³⁸⁶ *K. Schmidt Gesellschaftsrecht*, S. 238.

³⁸⁷ Siehe unten S. 135.

Konzernsituationen.³⁸⁸ Eine pauschale Durchgriffshaftung für Einmann-Gesellschafter ist aber ersichtlich *contra legem*: Nach § 1 GmbHG, § 2 AktG können die Gesellschaften nämlich durch eine oder mehrere Personen gegründet werden, die gesetzliche Haftungstrennung (§ 13 II GmbHG, § 1 I 2 AktG) gilt aber unabhängig von der Anzahl der Gesellschafter.

Rechtsökonomisch besteht auch keine zwingende Notwendigkeit für die Haftung eines herrschenden Gesellschafters für die Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft. Unternehmer haben ein legitimes Interesse daran, ihr Risiko zu streuen und zu begrenzen. Potentielle Geschäftspartner werden dadurch, soweit sie über die Haftungstrennung adäquat informiert sind, nicht unverhältnismäßig benachteiligt: Zwar erhöht die Haftungstrennung das Zahlungsausfall- bzw. Delkredererisiko, doch zwingt sie keiner, einen Vertrag mit einer haftungsbeschränkten Gesellschaft abzuschließen. Die Praxis gleicht höhere Risiken bei Vertragsabschluss mit höheren Preisauflagen aus, das Risiko wird also eingepreist (vgl. hierzu noch unten S. 103 ff.).³⁸⁹ Zudem beruht die Trennung von Eigentum und Kontrolle in der Aktiengesellschaft nicht auf dem Grund, die Aktionäre von den Verbindlichkeiten der Gesellschaft freizuhalten, sondern auf dem rechtsökonomischen Gedanken der Effizienz: Die Zusammensetzung der Aktionäre einer unabhängigen Aktiengesellschaft ist typischerweise inhomogen, häufig wechselnd und zufällig. Das macht sie zur nachhaltigen Leitung der Gesellschaft wenig tauglich.³⁹⁰ Im Vertragskonzern hält die Obergesellschaft aber regelmäßig eine dauerhaft hohe Beteiligung an der Untergesellschaft, damit ist sie nicht *per se* weniger als ein Vorstand zur Unternehmensleitung geeignet.

Das „Privileg“ der Haftungstrennung (um auf den Einwand von *Thomas Raiser* zurückzukommen) rechtfertigt sich in der Kapitalgesellschaft also keineswegs mit einer Trennung von Herrschaft und Haftung. In der Kapitalgesellschaft ist nicht die Herrschaftsbeschränkung das Korrelat der Haftungsbeschränkung. Vielmehr sind das *gebundene Garantiekapital* (d.h. Kapitalaufbringung und -erhaltung)³⁹¹ und gewisse Verhaltenspflichten³⁹² das Korrelat der Haftungstrennung in Kapitalgesellschaften. Das Gesetz schreibt den

³⁸⁸ *Raiser* FS Lutter, 637, 647.

³⁸⁹ *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 59 f.

³⁹⁰ *BGH NZG* 2004, 571, 574 („Gelatine“) siehe bereits oben Fn. 126.

³⁹¹ *Wiedemann* Bd. I, S. 556, 203.

³⁹² *K. Schmidt* *Gesellschaftsrecht*, S. 540 f.

Gesellschaftern allein vor, ihre Gesellschaft mit einem bestimmten Kapital auszustatten und dieses Vermögen als primäre Haftmasse der Gesellschaftsgläubiger zu respektieren. Bei Einhaltung dieser Pflichten privilegiert es auch den herrschenden und lenkenden Gesellschafter mit einer Haftungstrennung. Auch im Aktienrecht darf die Trennung von Kontrolle und Eigentum nicht als rechtliche Voraussetzung der Haftungstrennung verstanden werden: Es waren vielmehr ökonomische Gründe, die bei Erlass des Aktiengesetzes für den begrenzten Einfluss der Aktionäre sprachen, um auch in Publikumsgesellschaften eine effektive Führung zu ermöglichen (siehe oben S. 28 f.). Ein begrenzter Einfluss ist nicht als zwingende Voraussetzung für Haftungstrennung zu sehen. Nach richtiger Auffassung muss das Dogma „Herrschaft=Haftung“ insgesamt als überholt anerkannt werden.³⁹³ Nur wenn die eigene Herrschaftsmacht missbraucht wird, kann sich die Frage nach einer Haftung stellen (§ 826 BGB).³⁹⁴ Auch im „Rektor“-Urteil erörterte der BGH eine persönliche Gesellschafterhaftung allein wegen missbräuchlicher Rechtsausübung.³⁹⁵

Auch die Situation in einem Mehrmütter-Konzern widerspricht dem „Herrschaft=Haftungs-Argument“. In einem Mehrmütter-Konzern ist jede Obergesellschaft zur Deckung des vollen Verlustes verpflichtet, auch wenn die Herrschaft im konkreten Einzelfall durch die andere Konzernmutter ausgeübt wurde (siehe oben S. 63). Mehrmütterherrschaft ist gegenüber Alleinherrschaft ein Minus an Herrschaftsmacht – dennoch erkennt die herrschende Meinung keine geteilte, sondern eine kumulative Verlustübernahmepflicht jeder einzelnen Muttergesellschaft. Eine volle Verlustdeckungspflicht bei geteilter Herrschaft passt aber nicht in das Erklärungsmodell der herrschenden Meinung.³⁹⁶

Nur in Ausnahmefällen kann das Argument, Kontrolle und Haftung zu vereinheitlichen, überzeugen. Das ist zum einen dann denkbar, wenn den Geschäftspartnern keine hinreichenden Informationen über die Haftungstrennung vorliegen, um ihr Ausfallrisiko verlässlich zu kalkulieren. Zum anderen mag eine Haftung sinnvoll sein, wenn die oben genannten Voraussetzungen,

³⁹³ Nach *Ulmer* ist das Dogma eines Gleichlaufs von Herrschaft „inzwischen einhellig als überholt anerkannt“: AG 1986, 123, 126; zustimmend *Fleischer* ZHR 163 (1999), 461, 462.

³⁹⁴ *Spindler/Stilz/Focke* § 1 Rn. 64; *Henssler/Strohn/Lange* § 1 AktG Rn. 8.

³⁹⁵ *BGH NJW* 1966, 1309.

³⁹⁶ Diesen Widerspruch kritisiert auch *K. Schmidt* DB 1984, 1181, 1183.

die die Haftungsprivilegierung im Kapitalgesellschaftsrecht rechtfertigen, entfallen: Wenn also kein gebundenes Garantiekapital für die Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht oder den Gesellschaftern jedes Verhalten mit ihrer Gesellschaft erlaubt wird, kann eine besondere Haftung erforderlich sein (siehe hierzu sogleich unten und S. 103 ff. sowie S. 114 ff.).

b. Ausgleich wegen entfallenen Kapitalschutzes?

Vor allem auf *Peter Ulmer* geht der Standpunkt zurück, dass die Verlustübernahmepflicht ein Substitut für den Kapitalschutz sei, nachdem dieser im Vertragskonzern nicht länger gelte (§§ 291 III, 57 I 3 AktG).³⁹⁷ Dieser Sicht hat sich der Bundesgerichtshof 1987 angeschlossen und festgehalten, dass die Verlustdeckungspflicht im Vertragskonzern an die Stelle der Kapitalerhaltungsvorschriften trete.³⁹⁸ Seitdem entspricht es der ständigen Rechtsprechung, § 302 AktG als Ausgleich für den suspendierten Kapitalschutz im Vertragskonzern anzusehen.³⁹⁹ Auch die Gesetzesbegründung der AktG-Reform von 1965 nennt den Schutz der Gesellschaft vor der Aushöhlung ihrer bilanzmäßigen Substanz als Regelungszweck von §§ 300 – 303: also just die Funktion, die die Kapitalerhaltung in der unabhängigen Gesellschaft einnimmt.⁴⁰⁰

Tatsächlich haben § 302 AktG (mitsamt der flankierenden Schutzvorschriften §§ 300 – 302 AktG) und §§ 57, 58, 60 AktG einen sich überschneidenden Regelungszweck, da jede dieser Normen für den Erhalt der Vermögenssubstanz der AG und damit für den Schutz ihrer Aktionäre und Gläubiger sorgt. §§ 300 bis 303 AktG sind folglich, wie erwähnt, das konzernrechtliche Pendant zu den Kapitalschutzvorschriften⁴⁰¹ oder, in den Worten *Ulmers*, ein „konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz“⁴⁰². § 302 AktG übernimmt mittels Verlustausgleichs eine ähnlich umfassende Bindung des bilanzmäßigen Gesellschaftsvermögens wie § 57 AktG in der unabhängigen AG; beide Regelungen schützen das gesamte Vermögen über das bloße Grundkapital hinaus und dienen dadurch den schutzwürdigen Interessen der Tochterge-

³⁹⁷ *Ulmer* AG 1986, 123, 126; Ansätze dieses Gedankens finden sich schon früher etwa bei *Bälz* FS Raiser, 287, 314.

³⁹⁸ *BGH* NJW 1988, 1326, 1328.

³⁹⁹ Vgl. *BGH* NZG 2006, 664, 665 m.w.N.

⁴⁰⁰ *Ulmer* AG 1986, 123, 126 m.w.N.

⁴⁰¹ Siehe oben Fn. 226.

⁴⁰² *Ulmer* AG 1986, 123, 126.

sellschaft, ihrer Gläubiger und ihrer außenstehenden Gesellschafter (siehe bereits oben S. 52 ff.). Nach der gesetzlichen Konzeption sollen insbesondere die Gläubiger einer konzernierten Gesellschaft gegenüber den Gläubigern einer eigenständigen Gesellschaft nicht schlechter gestellt werden, da andernfalls der Unternehmensvertrag zu einem unzulässigen Vertrag zugunsten Dritter würde.⁴⁰³

Gänzlich überzeugend ist es allerdings nicht, § 302 AktG als reinen Ausgleich für den suspendierten Kapitalschutz anzusehen. Denn § 302 AktG geht über das Schutzkonzept der Kapitalerhaltung einer freien Gesellschaft deutlich hinaus. Das ist zunächst unverkennbar im GmbH-Recht: Mit der Pflicht, sämtliche Verluste der Tochter-GmbH unabhängig von der Stammkapitaldeckung auszugleichen, schießt § 302 AktG weit über den Schutz des Stammkapitals von § 30 GmbHG hinaus (zum GmbH-Recht noch eingehend unten). Dies ist unbestritten und wird auch von *Peter Ulmer*⁴⁰⁴ und dem Bundesgerichtshof⁴⁰⁵ explizit angesprochen. Weniger deutlich ist, dass § 302 AktG aber auch über den Schutz von § 57 I 1 AktG hinausgeht. § 57 AktG setzt – wie auch § 30 GmbHG – einen unzulässigen Eingriff der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen voraus; nur in diesem Fall schulden sie eine Erstattung der erhaltenen Leistungen nach § 62 AktG (bzw. § 31 GmbHG). § 302 AktG verpflichtet demgegenüber zum Ausgleich auch jener Verluste, die in keinem Zusammenhang mit dem Verhalten der Gesellschafter stehen, also insbesondere auch bloßer Zufallsverluste.⁴⁰⁶ In diesem Fall schuldet der herrschende Gesellschafter einen Verlustausgleich, ohne dass er zuvor Vermögen der Gesellschaft entnommen hätte. Auch verhindern § 57 AktG und § 30 GmbHG nicht die mögliche Insolvenz der Gesellschaft, eine unabhängige Gesellschaft kann also durchaus zahlungsunfähig oder überschuldet sein, ohne dass ihre Gesellschafter verschuldensunabhängig für ihre Verluste einstehen müssten. Dagegen muss die Insolvenz einer konzernierten Tochtergesellschaft jedenfalls spätestens zum Bilanzstichtag behoben werden. Während § 302 AktG also das Unternehmensrisiko auf den herrschenden Gesellschafter verlagert, kann das gleiche nicht von § 57 AktG, §

⁴⁰³ Vgl. hierzu bereits oben Fn. 241.

⁴⁰⁴ *Ulmer* AG 1986, 123, 129.

⁴⁰⁵ *BGH NZG* 2006, 664, 665.

⁴⁰⁶ Auf diesen Widerspruch zwischen §§ 302 und 57 I 1 AktG weist ebenfalls hin *Veil* S. 118.

30 GmbHG behauptet werden. Die Kapitalerhaltung einer selbstständigen Gesellschaft trägt allenfalls dazu bei, das Unternehmensrisiko der Gesellschaft und ihrer Gläubiger abzumildern.

Der Normzweck von § 302 AktG kann demnach nicht alleine mit dem Ausgleich des Kapitalschutzes beschrieben werden, da § 302 AktG über diesen Schutz deutlich hinausgeht. Die Verlustübernahme tritt nicht nur an die Stelle von § 57 I 1 AktG (bzw. § 30 GmbHG), sondern etabliert vielmehr ein völlig neues Haftungsregime. Hinter der Konzernhaftung müssen also weitere Gründe als nur die Suspendierung des Kapitalschutzes stehen.

c. Schutz gegen spezifische „Konzerngefahren“?

Ein weiterer Grund für die Verlusthaftung der Konzernmutter liegt nach verbreiteter Ansicht darin, dass die Konzernierung unter der Leitung eines fremden Unternehmens – immerhin gleichbedeutend mit dem Verlust von Unabhängigkeit – besondere Gefahren für die Tochtergesellschaft und ihre Stakeholder beinhaltet und daher einen speziellen Schutz deren Vermögens erfordert. Die Gefahr soll dabei nicht nur in der Fremdbestimmtheit an sich liegen, sondern insbesondere in der wirtschaftlichen Interessenbindung, die das herrschende Unternehmen außerhalb der abhängigen Gesellschaft hat; diese externen Interessen können die ernsthafte Sorge begründen, dass der Aktionär seinen Einfluss zum Nachteil der eigenen Aktiengesellschaft ausübt.⁴⁰⁷ Dem steht das gesetzliche Leitbild einer eigenständigen Gesellschaft gegenüber, in der Gesellschafter, Management und Arbeitnehmer unisono auf das Beste ihrer alleinigen Gesellschaft hinarbeiten, wovon letztlich auch die Gläubiger dieser Gesellschaft profitieren sollen.⁴⁰⁸

Die externe Interessenbindung, die die Sorge nachteiliger Einflussnahme begründet, entspricht bekanntlich der Definition des Unternehmensbegriffs⁴⁰⁹ – anders als §§ 15ff., 291 AktG verwendet § 302 AktG aber nicht den Begriff „Unternehmen“, sondern verpflichtet seinem Wortlaut nach allein den „anderen Vertragsteil“. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die Konzernmutter im Kontext der Konzernhaftung („anderer Vertragsteil“) anders zu

⁴⁰⁷ BGH NJW 1978, 104 („VEBA/Gelsenberg“); BGH NJW 2001, 2973, 2974 („MLP“); K. Schmidt FS Lutter, 1167, 1179 ff.

⁴⁰⁸ Spindler/Stilz/Schall Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 27.

⁴⁰⁹ BGH NJW 1978, 104 („VEBA/Gelsenberg“).

verstehen ist als im allgemeinen Konzernrecht („herrschendes Unternehmen“).⁴¹⁰ Konkreter formuliert geht es um die Frage, ob auch ein herrschendes „Nicht-Unternehmen“ der Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG unterworfen sein kann, also auch ohne externe Interessenbindung. Wäre dies der Fall, wäre der Rechtfertigung der Konzernhaftung mit widerstrebenden Konzerninteressen die Grundlage entzogen. Da praktisch jede herrschende Kapitalgesellschaft ohnehin dem Unternehmensbegriff unterfällt,⁴¹¹ kommt als „herrschendes Nicht-Unternehmen“ alleine eine natürliche Person in Betracht, deren unternehmerisches Engagement auf die Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft beschränkt ist (sog. Privataktionär).⁴¹² Die Frage ist im Ergebnis jedoch zu verneinen, da der Unternehmensvertrag mit einem Privataktionär unzulässig und nichtig wäre: Die konzernrechtliche Systematik knüpft insgesamt – auch wenn es nicht in jedem Paragraphen ausdrücklich erwähnt wird – an die Unternehmereigenschaft des herrschenden Gesellschafters an. Sonst ließen sich schädigende Weisungen nicht damit rechtfertigen, dass sie dem „Konzerninteresse“ dienen (§ 308 I 2 AktG). Das Konzernrecht richtet sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers am Ausgleich widerstrebender Interessen aus, was im Falle eines Privataktionärs nicht gegeben ist.⁴¹³

Tatsächlich sind viele Situationen beschreibbar, in denen die Konzernierung theoretisch eine Gefährdung für die Tochter darstellen könnte. Für den Bundesgerichtshof liegen die vielfachen Gefahren „auf der Hand“,⁴¹⁴ auch der Gesetzgeber erkannte Handlungsbedarf und konzipierte die §§ 291 ff. AktG bewusst als Schutzvorschriften zugunsten der Tochter-AG, ihrer Gesellschafter und Gläubiger.⁴¹⁵ Die herrschende Literaturmeinung hat sich dieser Sichtweise angeschlossen.⁴¹⁶

⁴¹⁰ Vgl. etwa die Kritik zum Unternehmensbegriff bei *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 939.

⁴¹¹ Spindler/Stilz/*Schall* § 117 Rn. 1.

⁴¹² Jeder Nicht-Privataktionär ist, mit anderen Worten, Unternehmen: vgl. *Emmerich/Habersack* § 15 Rn. 6.

⁴¹³ Vgl. zum vorstehenden *Emmerich/Habersack* § 291 Rn. 9a; *Schmidt/Lutter AktG/Langenbacher* § 291 Rn. 11f.; *Kölner Komm AktG/Koppensteiner* § 291 Rn. 14.

⁴¹⁴ *BGH NJW* 1986, 188, 190 f. mit ausdrücklicher Bezugnahme auf den aktienrechtlichen Konzern auf S. 189.

⁴¹⁵ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des AktG, Vorbem. zum 3. Buch, abgedruckt bei *Kropff* Aktiengesetz, S. 373.

⁴¹⁶ *Emmerich/Habersack* § 15 Rn. 6 ff.; *MüKo AktG/Bayer* § 15 Rn. 8; *Hölters/Hirschmann* § 15 Rn. 3; *Kölner Komm AktG/Koppensteiner* § 15 Rn. 10f.; *Spindler/Stilz/Veil* § 302 Rn. 5; *Ulmer ZHR* 148 (1984), 391, 396; kritisch *Spindler/Stilz/Schall* Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 28.

Dabei sprechen sich die Gegenstimmen durchaus mit guten Argumenten gegen die Vorstellung aus, Konzernierung mit potentieller Gefährlichkeit gleichzusetzen. Mit Blick auf die Rechtswirklichkeit bestreiten sie, dass die reale Praxis der Unternehmensführung Anlass für Konzerngefahren biete. Denn das Interesse der Konzernleitung sei in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle auf den Erhalt *sämtlicher* Konzernunternehmen gerichtet, im Übrigen sei ein alleinstehendes Unternehmen für Krisen wesentlich anfälliger als im „sicheren Hafen“ des Konzerns.⁴¹⁷ Tatsächlich würden die positiven Konzerneffekte für die Gläubiger überwiegen. Die praktisch seltenen „pathologischen Fälle“ der missbräuchlichen Konzernführung, die jedoch verhältnismäßig viel Aufmerksamkeit der Gerichte beanspruchen, würden den Blick der Jurisprudenz auf die Konzernwirklichkeit verstellen und ein unzutreffendes Schreckgespenst der „Konzerngefahr“ schaffen.⁴¹⁸ Auch sei zu bedenken, dass die Gefahr missbräuchlicher Unternehmensleitung in einem großen, öffentlich bekannten Konzern deutlich niedriger sei als in einer kleinen Gesellschaft.⁴¹⁹

Diese Einwände mögen im Einzelfall zutreffen, doch generell durchschlagend sind sie nicht. Wie bereits angesprochen wurde, schafft die Konzernierung einen abstrakten Gefährdungstatbestand⁴²⁰ – die Verlustdeckungspflicht setzt also nicht voraus, dass die Konzernleitung im jeweiligen Einzelfall tatsächlich eine konkrete Gefahr realisiert hätte. Und eine abstrakte Gefährdung für die Interessen der Tochter-AG, darin ist der herrschenden Meinung zuzustimmen, schafft die Konzernierung durchaus:

i. Konzerngefahr wegen widerstreitender Interessen

Mit der Einbeziehung der Tochter-AG in einen übergeordneten Konzern entstehen potentielle Konflikte zwischen den Interessen der Gesellschaft und jenen der Konzernleitung.⁴²¹ Der Verlust von Eigenständigkeit und die Instrumentalisierung für Konzerninteressen begründen, nach vielfacher Auffassung, einen gefährlichen Konzernkonflikt, der sich in unterschiedlichster

⁴¹⁷ *Gäbelein* GmbHR 1992, 273, 274 nennt die Sorge der Rechtsprechung vor „Konzerngefahren“ als „im Hinblick auf die Rechtswirklichkeit absurd.“

⁴¹⁸ *Ehricke* FS Immenga, 537, 556; *Gäbelein* GmbHR 1992, 273, 274 f.

⁴¹⁹ Spindler/Stilz/*Schall* Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 28.

⁴²⁰ Siehe Fn. 314.

⁴²¹ *Vetter* ZHR 171 (2007), 321, 343.

Weise manifestieren kann:⁴²² So mag die Konzernleitung versucht sein, die Untergesellschaft der Unternehmenspolitik des Konzerns unterzuordnen, Gewinn- und Geschäftschancen auf andere Konzerngesellschaften zu verlagern, ungünstige Verträge mit der Untergesellschaft durchzusetzen, Gewinne abzusaugen, besonders qualifizierte Arbeitnehmer überzustellen oder die Untergesellschaft von besonders zukunftssträchtigen Marktsegmenten auszuschließen. Die herrschende Konzernspitze denkt typischerweise gesellschaftsübergreifend und wird, anders als bei Beherrschung nur einer Gesellschaft, die Schädigung einzelner Konzernteile bereitwilliger in Kauf nehmen.⁴²³ Neben dem Konzernkonflikt besteht nicht selten auch ein Loyalitätskonflikt, da dieselben Vorstandsmitglieder oft in verschiedenen Konzerngesellschaften engagiert sind.⁴²⁴ Demgegenüber steht die Vorstellung einer unabhängigen Gesellschaft, in der ein Gleichklang der Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaft, nämlich an einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit gerade dieser Gesellschaft, besteht.⁴²⁵ Die Reform des Konzernrechts 1965 war von der Vorstellung geprägt, die abhängige Gesellschaft und ihre Stake Holder vor widerstreitenden Konzerninteressen – vorbehaltlich des Abschlusses eines Unternehmensvertrages – zu schützen.⁴²⁶ Eine ähnliche Schutzrichtung kennt auch das Übernahmerecht, das die Aktionäre einer börsennotierten Gesellschaft ebenfalls vor den potentiellen Nachteilen der Herrschaft einer neuen Mehrheit schützen will.⁴²⁷

Dem mag nun entgegengehalten werden, dass bloß abstrakte Interessenskonflikte schwerlich einen Haftungstatbestand rechtfertigen können, solange diese Konflikte nicht in handgreiflich schädigende Unternehmensleitung umschlagen. Auch außerhalb von Vertragskonzernen bestehen schließlich Situationen, in denen zwangsläufig Interessen kollidieren und Gefahren für das Gesellschaftsvermögen entstehen, wie beispielsweise in Franchising Systemen, Langzeitverträgen oder Just-in-Time-Vereinbarungen.⁴²⁸ Zudem schützt das Gesetz nicht die Gläubiger in ihrem Vertrauen darauf, dass sich

⁴²² Vgl. für die folgende Darstellung MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 17.

⁴²³ *Burg/Hützen* Der Konzern 2010, 20, 21.

⁴²⁴ *Vetter* ZHR 171 (2007), 342, 344.

⁴²⁵ *BGH* NJW 1986, 188, 189 („Autokran“); *Rehbinder AG* 1986, 85, 93; vgl. auch unten Rn. 700.

⁴²⁶ *Emmerich/Habersack* Konzernrecht S. 6; vgl. bereits oben Fn. 48.

⁴²⁷ Diese Parallele von Übernahmerecht und Konzernrecht zeigt *Schmidt/Lutter* AktG/*Langenbacher* § 291 Rn. 7.

⁴²⁸ *Ebricke* ZGR 1996, 300, 319.

ein Unternehmer vernünftig oder zum Wohle der Gesellschaft verhalten werde – hierbei handelt es sich um bloße Erwartungen und Geschäftschancen, aber nicht um den Bereich des gesetzlichen Gläubigerschutzes.⁴²⁹ Auch ohne Abschluss eines Unternehmensvertrages kann eine hohe Beteiligung am Gesellschaftskapital Konflikte mit den Interessen der Aktiengesellschaft und der anderen Aktionären auslösen, weswegen Aktionäre börsennotierter Gesellschaften gewisse Beteiligungsschwellen melden und ggf. sogar ein Pflichtangebot zur Übernahme aller Aktien abgeben müssen (§ 35 WpÜG; § 21 WpHG) – eine Pflicht zur Verlustdeckung ist mit diesen Interessenskonflikten aber nicht verbunden. Zu bedenken ist zusätzlich, dass rund drei Viertel der deutschen Aktiengesellschaften konzernverbunden sind,⁴³⁰ die idealtypische Vorstellung des deutschen Gesetzgebers einer auf sich allein gestellten Gesellschaft ist also schlicht praxisfern. Das bedeutet aber, dass entweder die Sorgen vor Interessenkonflikten im Konzern übertrieben sind (wenn man nicht annehmen will, dass 75% der deutschen AGs dauerhaft gegen ihre Interessen geführt werden), oder aber man hat sich damit abzufinden, dass die Haftungstrennung im Aktienrecht entgegen § 1 I 2 AktG rechtstatsächlich nicht die Regel, sondern die Ausnahme darstellt. Ein weiterer Aspekt gibt zu bedenken: Als das Konzernrecht des AktG kodifiziert wurde, war das ökonomische Denken seit mehreren Jahren geprägt von der ordoliberalen Freiburger Schule, die den freien Wettbewerb als höchstes Gut der freien Marktwirtschaft ausmachte. In dieses Denkmodell passten Konzerne nicht, da zwischen konzernierten Gesellschaften kein Wettbewerb besteht. Unter dem Einfluss dieser Denkschule war der Gesetzgeber des Konzernrechts von 1965 von einer erheblichen Konzernskepsis erfüllt – und unterstellte dem konzerninternen Interessenkonflikt möglicherweise eine Gefährlichkeit, die in keinem Verhältnis zum ökonomischen Nutzen des Konzerns steht.⁴³¹

Die zumindest abstrakte Gefahr von widerstreitenden Interessen zwischen Ober- und Untergesellschaften ist durchaus anzuerkennen – dennoch überzeugt es nicht, die Verlustdeckungspflicht mit diesem Argument zu rechtfertigen. Auch außerhalb von Vertragskonzernen kann ein Gesellschafter

⁴²⁹ *Rebbinder* AG 1986, 85, 93.

⁴³⁰ Siehe Fn. 34.

⁴³¹ Vgl. zur historischen Konzernskepsis des deutschen Gesetzgebers von 1965 *Altmeyers* ZHR 171 (2007), 320, 322 ff.

Mehrheitsbeteiligungen an verschiedenen Gesellschaften haben – dennoch wäre es falsch, allein aus der Betätigung in verschiedenen Unternehmen einen Verlust der Haftungsbegrenzung zu konstruieren: Ebendies passierte im überholten „qualifizierten faktischen“ GmbH-Konzern, was sich als folgenschwere Fehlentwicklung herausgestellt hat.⁴³² Die akademische Diskussion um kollidierende Interessen in und außerhalb von Konzernen, wie sie in der Rechtswissenschaft seit Jahrzehnten geführt wird, führt in dieser Frage nicht weiter. Im Kern geht es bei dieser Diskussion nämlich um nichts anderes als um einen Aspekt von Herrschaftsmacht. Jedem Verhältnis zwischen Herrschendem und Beherrschtem ist der Konflikt von Interessen immanent. Herrschaft per se ist aber gerade kein Grund für Haftung (siehe oben S. 76). So besteht auch in der freien Aktiengesellschaft eine potentielle Gefahr divergierender Interessen zwischen dem herrschenden Vorstand und der beherrschten AG: Ein Vorstandsmitglied mag bestrebt sein, Unternehmensposten mit ungeeigneten Familienangehörigen zu besetzen; wirtschaftlich vorteilhafte Unternehmensfusionen scheitern wegen der Eitelkeit der beteiligten Vorstände⁴³³, Vorstandsvorsitzende veranlassen überteuerte Mietverträge mit Fonds, an denen sie privat beteiligt sind⁴³⁴ oder stellen der Gesellschaft private Flüge in Rechnung⁴³⁵; und erfolgsbasierte Vergütungen können Anreize für die Eingehung exzessiver Risiken bieten. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur ist dieser Konflikt zwischen dem herrschenden Auftragnehmer (Agent) und dem beherrschten Auftraggeber (Prinzipal) eindrucksvoll beschrieben (Prinzipal-Agent-Theorie).⁴³⁶ Gleichwohl käme niemand auf die Idee, wegen der abstrakten Möglichkeit opportunistischen Verhaltens der Vorstandsmitglieder eine generelle Verlustdeckungspflicht des Vorstands vorzuschlagen. Freilich ist dem zu entgegen, dass der Vorstand seine Gesellschaft zwar potentiell schädigen *kann*, dies aber nicht *darf* (§ 93 AktG; § 266 StGB). Dagegen *darf* das abhängige Unternehmen im Vertragskonzern geschädigt werden. Erst dieser Punkt – die le-

⁴³² Vgl. insbesondere die treffende Kritik von *Marcus Lutter* unter Fn. 728, wonach ein Unternehmer, der sein Geschäft auf mehrere GmbHs verteilte, die Haftungsbeschränkung verlore, ein Unternehmer, der dasselbe Geschäft auf nur einer Gesellschaft betreibe, dagegen nicht.

⁴³³ Dies ist ein praktisch häufiger Fall, wie die gescheiterten Fusionen Lucent/Alcatel oder Deutsche Bank/Dresdner Bank zeigen.

⁴³⁴ Vgl. den Fall *Thomas Middelhoff / Arcandor AG*.

⁴³⁵ Vgl. die Verurteilung *Thomas Middelhoffs* wegen Untreue durch das LG Essen; Urteil vom 14.11.2014, Az.: 35 KLS 14/13.

⁴³⁶ *Baßeler/Heinrich/Utecht* Volkswirtschaft S. 30 f.

galisierte Schädigung einer Aktiengesellschaft im Vertragskonzern – trifft den eigentlichen Grund, eine relevante Konzerngefahr tatsächlich anzuerkennen, wie als nächstes darzustellen sein wird.

ii. Konzerngefahr wegen legitimer Schädigung?

Ausschlaggebend für die Bejahung einer relevanten Konzerngefahr im Aktienkonzern sind also nicht die möglichen Interessen, die einen Gesellschafter zur Schädigung seiner Gesellschaft verleiten *könnten* – ausschlaggebend ist, dass der vertraglich herrschende Aktionär seine Gesellschaft schädigen *darf*. Alleine die Berechtigung, seine AG zu schädigen (§ 308 I 2 AktG), erzeugt eine Gefahrenquelle, die es im Aktienrecht sonst nicht gibt. Außerhalb der Vertragskonzerne gilt vielmehr ein striktes Schädigungsverbot (vgl. § 117 AktG): Für die Aktionäre besteht mangels Leitungsmacht schon kaum eine effektive Möglichkeit, die Gesellschaft zu schädigen, es wäre ihnen im Übrigen auch aus ihrer Treuepflicht untersagt.⁴³⁷ Außerhalb des Vertragskonzerns darf ein Aktionär seinen ggf. bestehenden Einfluss nur insoweit ausüben, als das Verhalten auch vom Standpunkt eines gewissenhaften Vorstands nicht zu beanstanden wäre.⁴³⁸ Für den Vorstand als Leitungsorgan (§ 76 AktG) ist eine vorsätzliche Schädigung der AG nicht nur haftungsbe gründend (§ 93 AktG), sondern auch strafbar (§ 266 StGB).⁴³⁹ Auch die Zustimmung der Aktionäre zu einer schädigenden Geschäftsführung (§ 119 II AktG) berechtigt den Vorstand nicht zur vorsätzlichen Schädigung der Gesellschaft – zwar würde in diesem Fall ein Ersatzanspruch der AG entfallen (§ 93 IV AktG), die Gesellschaftsgläubiger könnten aber weiterhin Schadensersatz vom schädigenden Vorstand verlangen (§ 93 V 3 AktG).⁴⁴⁰ Auch im faktischen AG-Konzern besteht keine Pflicht der Konzerntochter, schädigende Weisungen zu befolgen;⁴⁴¹ nach § 311 AktG *darf* die Tochter lediglich nachteilige Vorgaben befolgen, falls ihre Nachteile ausgeglichen werden.⁴⁴² Für den Gesetzgeber lag in der Schädigungsbefugnis dementsprechend auch der „entscheidende Unterschied zwischen den auf einem Be-

⁴³⁷ BGH NJW 1995, 1739; Hölters/Laubert § 53a Rn. 15.

⁴³⁸ Gesetzesbegr. BT-Drs. IV/171, S. 95, abgedruckt bei Hirte Der Vertragskonzern, 1.1.2.

⁴³⁹ BGH NZG 2002, 471; Hdb. VorstR/Spindler § 15 Rn. 27.

⁴⁴⁰ Spindler/Stilz/Hoffmann § 119 Rn. 18.

⁴⁴¹ Thoma FS Hoffmann-Becking, 1237, 1240.

⁴⁴² Emmerich/Habersack § 311 Rn. 10; MüKo AktG/Altmeppen § 311 Rn. 401.

herrschaftsvertrag beruhenden und den rein tatsächlichen Konzernverhältnissen.⁴⁴³

Das aktienrechtliche Schädigungsverbot, wie es in § 117 AktG seinen Niederschlag gefunden hat, errichtet einen Schutz des Vermögens der Aktiengesellschaft und geht dabei über das Verbot der Existenzvernichtung hinaus, auch wenn § 117 AktG sich dogmatisch als Spezialfall von § 826 BGB begreifen lassen kann.⁴⁴⁴ Anwendung findet das Schädigungsverbot nur außerhalb von Vertragskonzernen und soll insbesondere den Machtmissbrauch von Großaktionären verhindern.⁴⁴⁵ Mit dem präventiven Schädigungsverbot bezweckt das Aktienrecht nicht nur einen zwingenden Schutz der Aktiengesellschaft selbst, sondern mittelbar auch ihrer Aktionäre und Gläubiger.⁴⁴⁶ Allerdings erkannte der Gesetzgeber schon 1937 die Notwendigkeit, in Konzernsituationen eine Ausnahme vom Schädigungsverbot zu statuieren: Die amtliche Begründung zu § 101 AktG 1937 (die Vorgängernorm vom heutigen § 117 AktG) sprach sich „namentlich aus Konzerninteressen“ für eine Schädigungserlaubnis aus.⁴⁴⁷ Es liegt auf der Hand, dass eine Erlaubnis zu schädigen – einhergehend mit einem umfänglichen Zugriff auf die Finanzmittel und Geschäftsleitung der Gesellschaft – reale Gefahren für die beherrschte Gesellschaft erzeugt. Ein Verhalten, das unter normalen Umständen als Machtmissbrauch verboten wäre, wird im Konzerninteresse legalisiert. Der herkömmliche Schutz der Gesellschaft, ihrer Gläubiger und (Minderheits-)Aktionäre entfällt, ohne dass die Gläubiger und sämtliche Mitaktionäre dem Wegfall dieses Schutzes zustimmen müssten. Die erweiterte Herrschaftsmacht erlaubt der Konzernmutter nicht nur, in die Interessen der Tochter-AG einzugreifen, vielmehr tangiert ihre Geschäftsführung zwangsläufig auch die Interessen der Gläubiger und außenstehenden Aktionäre. Eine abstrakte Gefährdung besteht durch die vertragliche Konzernierung also allemal.

Zu Recht betont die herrschende Meinung daher den Schutzcharakter von § 302 AktG gegenüber diesen abstrakten Gefahren. Die Verlustdeckungspflicht ersetzt unter anderem jenen Schutz, den üblicherweise das aktien-

⁴⁴³ *Kropff* Aktiengesetz, S. 374.

⁴⁴⁴ *Spindler/Stilz/Schall* § 117 Rn. 1, 5.

⁴⁴⁵ *MüKo AktG/Spindler* § 117 Rn. 3.

⁴⁴⁶ *Heidel/Walchner* § 117 Rn. 2.

⁴⁴⁷ Nachweis bei *Altmeyden* ZHR 171 (2007), 320, 322.

rechtliche Schädigungsverbot vermittelt. Dabei ist die Präventivschutzfunktion dieser Norm zu betonen, deren Verlustdeckungspflicht keineswegs eine aktuell schädigende Konzernherrschaft voraussetzt.⁴⁴⁸ § 302 AktG gleicht also nicht nur die Gefahren aus, die durch den entfallenen Kapitalschutz entstehen (siehe oben S. 82), sondern auch die Gefahren einer potentiell schädigenden Herrschaftsmacht (§ 308 AktG).

Damit bilden § 302 AktG und § 308 AktG zwei Seiten derselben konzernrechtlichen Medaille: Das Konzernrecht billigt dem herrschenden Gesellschafter größere Kompetenzen zu und legitimiert sogar schädigende Eingriffe; diesen Vorteil „erkauft“ der herrschende Gesellschafter zum Preis einer unbedingten Verlustübernahmepflicht. Erst die Verlustübernahme rechtfertigt die Befugnis, weitgehend in die berechtigten Interessen Dritter einzugreifen. Je umfassender und effektiver die Verlustübernahmepflicht ist, desto einschneidender darf die Herrschaftsmacht ausgestaltet sein. Diese innere Verknüpfung von § 302 und § 308 AktG ist ein weiterer Grund für das Ruhen des Weisungsrechts, falls die Solvenz der Konzernmutter in Zweifel steht (siehe oben): Nur wenn keine Zweifel an der Fähigkeit der Konzernmutter ersichtlich sind, ihren Pflichten zur Verlustdeckung nachzukommen, rechtfertigt sich ihre Befugnis zur Weisungserteilung.

iii. Konzerngefahr wegen finanzieller Verflechtung und Ansteckungsgefahr bei Insolvenz?

Eine weitere Gefahrenquelle für Gläubiger konzernierter Gesellschaften liegt darin, dass Insolvenzen einzelner Gesellschaften schnell auch auf gesunde Unternehmensbereiche überspringen. Diese Ansteckungsgefahr im Konzern – häufig auch als „Dominoeffekt“ bezeichnet – ist allgemein bekannt und in der Rechtswissenschaft vielfach thematisiert.⁴⁴⁹ Die finanzielle Integration mitsamt flexibler Allokation von Finanzmitteln ist zwar eine der wirtschaftlichen Stärken des Konzerns, entwickelt sich in der Krise aber zum Risiko, weil sich Insolvenzen innerhalb der Gruppe selten isolieren lassen. Zwar dienen Konzernstrukturen in der Theorie grade auch dem Ziel

⁴⁴⁸ K. Schmidt GmbHR 1979, 121, 122.

⁴⁴⁹ Vgl. etwa Ebricke ZInsO 2002, 393, 394; ders. Konzernunternehmen, 457.

der Haftungsabschottung und Risikosegmentierung, bloß lässt sich diese Idee in der Praxis viel zu selten umsetzen.⁴⁵⁰

Die enge Verbindung zwischen den Konzerngliedern, die in der Krise schnell zum Dominoeffekt führt, kann sich praktisch in unterschiedlichsten Facetten zeigen, wie folgende Beispiele verdeutlichen:⁴⁵¹ Häufig stellen Konzerngesellschaften Garantien, dingliche und schuldrechtliche Sicherheiten oder Bürgschaften für die Konzernspitze, die in der Krise schlagartig beansprucht werden. Andererseits verlieren Sicherheiten und Patronatserklärungen der Konzernmutter zugunsten der Töchter im Insolvenzfall an Wert. Banken fügen ihren Kreditverträgen häufig Kündigungsklauseln für den Fall bei, dass die Konzernspitze einen Insolvenzantrag stellt, sodass diese Bankdarlehen sofort zurückzuzahlen wären. Bonität und Kreditrating sinken, wenn verbundene Gesellschaften Insolvenz anmelden. Finanziell und operativ sind die einzelnen Gesellschaften so tief in der Gruppe integriert, dass sie mit ihrem Geschäftsmodell eigenständig nicht überlebensfähig sind. Selbst operativ erfolgreiche Konzerngesellschaften müssen mit Vertrauensverlusten von Geschäftspartnern rechnen, wenn einzelne Konzernsegmente insolvent sind. Und schließlich bestehen Forderungen zwischen den Konzernunternehmen aus Cash Pools, Lieferungen und Leistungen, deren Werte in der Krise erheblich abzuschreiben sind. Am Ende dieser Entwicklung sind nicht selten vormals gesunde Konzernunternehmen überschuldet oder zahlungsunfähig.⁴⁵²

Der Dominoeffekt stellt für die Forderungen der Gläubiger auch deswegen ein schwer kalkulierbares Ausfallrisiko dar, weil die Finanz- und Ertragslage jeder einzelnen Konzerngesellschaft (selbst für die Konzernleitung) kaum zu überblicken ist. Auch die Krise einer entferntesten Konzerngesellschaft kann dem ganzen Konzern einen Todesstoß versetzen, wie die 2007 publik gewordene Insolvenz der A-TEC Industries AG verdeutlichte: unter den über

⁴⁵⁰ MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 1132.

⁴⁵¹ Vgl. zu der folgenden Darstellung *Humbeck* NZI 2013, 957, 959; *Siemon/Frind* NZI 2013, 1, 4 ff.

⁴⁵² Symptomatisch erscheint hier der bekannte Fall der Praktiker-Kette, wie er in der ZEIT vom 5.12.2013, Wirtschaft Seite 27, beschrieben wurde: „Max Bahr war bis zur Insolvenz der Muttergesellschaft ‚Praktiker‘ eine kerngesunde Tochter, die pünktlich ihre Miete zahlte, engagierte Mitarbeiter hatte und bei den Kunden beliebt war. Lange Zeit bildete sie sogar die Stütze des Konzerns – bis auch die brüchig wurde. Zwei Wochen nach Praktiker kapitulierte auch Max Bahr.“

150 Tochtergesellschaften dieser Holding befand sich ein australisches Unternehmen mit Schwierigkeiten bei der Refinanzierung einer Anleihe, was schließlich die Insolvenz der Konzernmutter nach sich zog.⁴⁵³

Das Risiko, dass sich Krisen im Konzern unkontrolliert ausbreiten, ist also eindrucksvoll belegt und dürfte keinen Zweifel am Bestehen eines Dominoeffekts lassen. Es spricht sogar viel dafür, den Dominoeffekt als schwerste Konzerngefahr einzuschätzen, da sich diese Gefahr am wenigsten vorhersehen und beherrschen lässt – nicht von der Konzernleitung selbst, erst recht nicht von den Gesellschaftsgläubigern. Allerdings erscheint zweifelhaft, welchen Schutz § 302 AktG gegen diese Form der Konzerngefahr bieten kann. Die Mutter kann ihrer Pflicht zum Verlustausgleich nur nachkommen, wenn sie hierzu über ausreichende liquide Mittel verfügt – ebendies ist im Insolvenzfall aber regelmäßig nicht gegeben. In der Praxis entwickeln sich Krisen häufig von der Konzernmutter aus oder greifen über die Mutter auf den gesamten Konzern;⁴⁵⁴ der Anspruch auf Verlustausgleich fällt dann aus. Die Verlustdeckungspflicht dürfte den Dominoeffekt sogar intensivieren, da sie die finanzielle Verstrickung innerhalb des Konzerns intensiviert. Jedenfalls ist eine Haftungsabschottung gegenüber einer notleidenden Gesellschaft ausgeschlossen, wenn diese vertraglich konzerniert wurde. Wirtschaftlich gesehen reicht § 302 AktG die Verluste einzelner Töchter an den Gesamtkonzern weiter, spiegelbildlich zu den Vorteilen der insolventen Tochter stehen also die Nachteile für die übrigen Gruppenglieder. Die Verlustdeckungspflicht vervollständigt die finanzielle Integration des Konzerns, mit ihr steht und fällt der Konzern als eine Einheit.

Im Hinblick auf diese Konzerngefahr ist § 302 AktG also nicht hilfreich, ja sogar eher kontraproduktiv. Die Ratio von § 302 AktG kann also nicht in der Konzerngefahr von „Dominoeffekten“ liegen.

iv. Zusammenfassung: Trägt das Argument der Konzerngefahren § 302 AktG?

Die vertragliche Abhängigkeit im Vertragskonzern ist potentiell schädigend für die Interessen der Untergesellschaft. Der h.M. ist darüber hinaus zuzu-

453 Der Fall wird beschrieben bei *Siemon/Frind* NZI 2013, 1, 4.

454 MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 1132.

stimmen, dass § 302 AktG einen spezifischen Ausgleich für diese Gefahr darstellt. Allerdings schützt § 302 AktG gerade vor der signifikantesten Gefahr im Konzern nicht, nämlich dem „Dominoeffekt“ in der Insolvenz. Welche sonstigen Gefahren mit der vertraglichen Herrschaft begründet sind und ob diese im Einzelnen die Verlustdeckungspflicht rechtfertigen, ist eine müßige Diskussion, die nicht weiterführt. Jedenfalls taugt allein die Nutzbarmachung für fremde – möglicherweise auch widerstreitende – Interessen nicht als Argument für § 302 AktG. Diese Vorstellung zielt in dieselbe Richtung wie das unzutreffende „Herrschaft=Haftungs-Argument“: Herrschaft dient schließlich gerade dazu, seine eigenen Interessen gegenüber den Interessen eines Anderen durchzusetzen. Das bloße Vorhandensein von Interessenkonflikten ist jedem Verhältnis zwischen Herrschendem und Beherrschtem immanent. Aus dieser „Gefahr“ ein Argument für Haftung herleiten zu wollen, würde aber bedeuten, auf indirektem Wege doch zu einer Vereinheitlichung von Herrschaft und Haftung zu gelangen – was dem deutschen Kapitalgesellschaftsrecht widerspricht und in der Sache auch nicht überzeugt (siehe oben S. 76 ff.).

Die einzig relevante „Konzerngefahr“, die eine Verlustdeckungspflicht tatsächlich rechtfertigt, ist die erlaubte Schädigung einer Aktiengesellschaft (§ 308 I AktG). Freilich handelt es sich hierbei um einen abstrakten Gefährdungstatbestand, der keine konkrete Gefährdung erfordert. Der Gesetzgeber hat sich im Aktienrecht für ein striktes Schädigungsverbot entschieden (§ 117 AktG). Dieses Verbot ist ein Grundpfeiler des Aktienrechts, der durch den Unternehmensvertrag nicht kompensationslos entfallen darf. § 302 AktG stellt – unter anderem – einen Ausgleich gerade dieser potentiellen Gefährdung dar.

d. Konzernhaftung wegen rechtlicher Vereinheitlichung des Konzerns?

Ein weiterer Grund der Verlusthaftung könnte darin liegen, dass der Konzern hinsichtlich der Verluste seiner einzelnen Konzerngesellschaften nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich als „Haftungseinheit“ geformt ist. Konzerne bilden als „Gesamtunternehmen“⁴⁵⁵ zweifellos eine wirtschaftliche Einheit, in welcher die abhängige Gesellschaft mit der Konzernmutter er-

⁴⁵⁵ MüKo AktG/*Altmeyers* § 308 Rn. 103.

trags- und vermögensmäßig zusammengefasst ist.⁴⁵⁶ Andererseits sieht das Gesetz die einzelnen Konzerngesellschaften formal weiterhin als selbstständig an. Es lässt sich jedoch auch nicht leugnen, dass das Gesetz den Konzernen in unterschiedlichsten Bereichen rechtlich als einheitlichen Regelungsgegenstand auffasst: So finden sich etwa im Steuerrecht, betrieblichen Mitbestimmungsrecht, Arbeitnehmerüberlassungsrecht, Kartellrecht, in der handelsrechtlichen Rechnungslegung, im Wertpapierhandels- und -übernahmerecht sowie im Compliance-Recht dezidiert „konzernrechtliche“ Vorschriften, die den Konzern insgesamt als Anknüpfungspunkt haben (siehe oben S. 15 ff.). Diese konzernrelevanten Normen legen die Analyse nahe, ob der gesetzgeberische Wille auch hinsichtlich der Verlusthaftung in Richtung einer „rechtlichen Vereinheitlichung“ des Vertragskonzerns geht. Und da diese spezifischen Konzernnormen vielfach sowohl für aktienrechtliche als auch für GmbH-rechtliche Konzerne gelten, stellt sich die Frage einer rechtlichen Vereinheitlichung eben auch für den GmbH-Konzern: Dies könnte für die Analogiefähigkeit des § 302 AktG von besonderer Bedeutung sein. Möglicherweise ist § 302 AktG also Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Prinzips, wonach ein Vertragskonzern im Rechtsverkehr nicht nur steuerlich, kartellrechtlich, mitbestimmungsrechtlich etc. als Einheit auftreten soll, sondern ebenfalls haftungsrechtlich.

Die rechtliche Natur des Konzerns zu erfassen wird dadurch erschwert, dass er seinem Wesen nach zwischen Einheit und Vielfalt oszilliert. Während es den Wirtschaftswissenschaften leicht fällt, den Konzern als Einheit bzw. als „Wirtschaftsgemeinschaft“ anzusehen,⁴⁵⁷ wird seine rechtliche Handhabung in Deutschland und im Ausland seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert.⁴⁵⁸ Die Auffassungen divergieren dabei zwischen der Anerkennung des Konzerns selbst als Rechtssubjekt (eine eigenständige Konzernhaftung wäre hiernach konsequent), seiner Qualifizierung als lediglich organisatorische Einheit, bis hin zu der Ansicht, dass rechtlich bloß an den einzelnen Unternehmen der Gruppe angeknüpft werden kann.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ BGH NJW 1986, 188, 191.

⁴⁵⁷ Theisen Der Konzern, S. 15 f.

⁴⁵⁸ Vgl. Lutter ZGR 1987, 324, 328 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. die Übersicht zu dieser Diskussion Ehricke ZGR 1996, 300, 306 f.

Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass alleine Rechtssubjekte Träger von Rechten und Pflichten sein können, worunter juristische und natürliche Personen, Personengesellschaften sowie die (teilrechtsfähige) GbR fallen.⁴⁶⁰ Konzerne sind aber keine juristischen Personen, sondern bestehen aus einer Gruppe verschiedener juristischer Personen. Die Ansicht, der Konzern selbst sei eine (Innen-)GbR und damit Rechtsträger, hat sich zu Recht nicht durchgesetzt, da das gruppeninterne Über- und Unterordnungsverhältnis der Mutter und Töchter keinem Verhältnis von GbR-Gesellschaftern entspricht.⁴⁶¹ Aus wirtschaftlicher Sicht stellen Konzerne Unternehmen⁴⁶² oder Gesamtvermögen dar, doch auch diese wertet das Recht nicht als Rechtssubjekte, sondern stellt stets auf den dahinterliegenden Unternehmens- bzw. Vermögensträger ab. Zwar wurden verschiedentlich Vorschläge gemacht, dem Konzern bzw. Gesamtunternehmen selbst eine Rechtsträgerschaft zuzusprechen: *Ulrich Bälz* bezeichnet das polykorporative Unternehmen als einheitliches Sozialgebilde und fordert seine Subjektivierung als solches, ähnlich einem Bundesstaat, in dem sowohl der „Bund“ als auch das einzelnes Gruppenglied „Bundesland“ rechtsfähig sind.⁴⁶³ *Marcus Lutter* sieht in dem Konzern ein gesellschaftsrechtlich eigenständiges Gebilde, das einer normalen Gesellschaft „sehr ähnlich“ sei.⁴⁶⁴ Und *Thomas Raiser* plädiert schließlich für eine „Personifikation“ des Unternehmens selbst als juristische Person, gesteht aber ein, dass dieser Schritt vom Gesetz bislang nicht vollzogen wurde.⁴⁶⁵

Zwar mag die Idee, dem Konzern bzw. dem Gesamtunternehmen selbst eine Rechtspersönlichkeit zuzubilligen, de lege ferenda wünschenswert sein; dem geltenden Recht ist sie jedoch nach wie vor fremd. *Thomas Raiser* ist zuzustimmen, dass die zivilrechtliche Dogmatik (noch?) keine Subjektivierung des „Unternehmens als solchen“ kennt. Auch eine mögliche „wirt-

⁴⁶⁰ Michalski GmbHG/*Michalski/Funke* § 13 Rn. 4, 8.

⁴⁶¹ *Bälz* FS Raiser, 287, 323. Auch im Schweizer Recht vertreten etwa *Henry Peter* und *Francesca Birchler*, dass der Konzern eine eigenständige Zivilgesellschaft begründe («*Les groupes de sociétés sont des sociétés simples*»), vgl. *Peter/Birchler* SZW 70 (1998), 113 ff. Das Schweizer Bundesgericht wies diese Auffassung 1998 im Motor-Columbus-Entscheid zurück, vgl. BGE 124 III 297, 299.

⁴⁶² Der Begriff „Unternehmen“ wird hier nicht im konzernrechtlichen, sondern im wirtschaftlichen Sinne einer Betriebseinheit verwendet.

⁴⁶³ *Bälz* FS Raiser, 287, 328 ff.

⁴⁶⁴ *Lutter* ZGR 1987, 324, 334 f. allerdings mit dem Hinweis auf die – de lege lata – fehlende eigene Rechtsfähigkeit des Konzerns.

⁴⁶⁵ *Raiser* Unternehmen als Organisation, S. 171.

schaftliche Fusion⁴⁶⁶ des Vertragskonzerns führt eben nicht zur rechtlichen Fusion mit vereinheitlichter Rechtspersönlichkeit. Man kann den „verengten Blick des BGB“⁴⁶⁷ bedauern, doch hat man sich de lege lata damit abzufinden, dass die Schuldrechtsdogmatik einer Haftung „des Konzerns“ bzw. „des Gesamtunternehmens als solchen“ entgegensteht. Von der Idee, dass der Konzern selbst Schuldner sein kann oder soll, muss man sich verabschieden. Dem Recht bleibt – wenn es dem Ergebnis einer rechtlichen Einheit im Ergebnis möglichst nah kommen will – nur die Möglichkeit der Zurechnung: § 14 KStG rechnet das Einkommen der Organgesellschaft für die Besteuerung zu, § 22 WpHG rechnet die Stimmrechte an einem Emittenten zu, § 5 MitbestG rechnet die Arbeitnehmer zu, §§ 297 III, 300 ff. HGB rechnet die Vermögens- und Finanzlage für die Zwecke der Konzernrechnungslegung zu, usw. § 302 AktG schlägt denselben Weg ein, indem es die Verluste einer Konzerngesellschaft der Konzernspitze zurechnet.

Die entscheidende Frage lautet nun, warum das Recht den Konzern zwar nicht als einheitliche Person erfasst, aber bemüht ist, ihn in manchen Bereichen als solche Einheit zu behandeln. Warum räumt das Recht, mit anderen Worten, in manchen Bereichen der wirtschaftlichen Sicht der Vereinheitlichung den Vorrang ein, während es in anderen Bereichen auf eine Trennung der verschiedenen Konzernglieder beharrt? Die Antwort liegt in den Interessen des Konzerns, aber auch in den Interessen Dritter und der Allgemeinheit, die eine punktuelle Durchbrechung der rechtlichen Trennung zwischen den Konzerngesellschaften rechtfertigen. So besteht im Steuerrecht ein legitimes Interesse des Konzerns an einer Besteuerung entsprechend seiner gesamten Leistungsfähigkeit. Die Allgemeinheit hat ein Interesse an einer konsolidierten Rechnungslegung, da die nominelle Aufblähung des Kapitals im Konzern, das durch undifferenzierte Addierung sämtlicher Bilanzen im Konzern entstünde, kein aussagekräftiges Bild der Ertrags- und Finanzlage der Gruppe vermitteln würde.⁴⁶⁸ Eine Vereinheitlichung schützt Dritte auch vor der Umgehung zwingender Rechtsvorschriften: So könnte ein Konzern relevante Schwellen seiner Arbeitnehmer, Wertpapierbestände oder einer marktbeherrschenden Stellung unterschreiten, indem er die Positionen will-

⁴⁶⁶ Vgl. hierzu noch unten Fn. 561.

⁴⁶⁷ *Raiser* Unternehmen als Organisation, S. 168.

⁴⁶⁸ Michalski GmbHG/*Sigloch/Weber* Anh. §§ 41–42a Rn. 1281; *Lutter* ZGR 1987, 324, 338.

kürlich auf verschiedene Konzerngesellschaften zerstückelt. Machtmissbrauch und -verschleierung des Konzerns werden auf dieser Weise unterbunden und der Konzern mit der ihm gebührenden Verantwortung belastet.⁴⁶⁹

Auch wenn sich also viele Gesetzesbereiche finden, in denen der Konzern als einheitlicher Regelungsgegenstand behandelt wird: systematisch stellen diese Durchbrechungen des Trennungsprinzips Ausnahmen dar. Es ist nicht zu erkennen, dass den Konzernnormen ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip zugrunde liegt, wonach der Konzern generell als Rechtseinheit behandelt werden soll. Vielmehr ordnet das Gesetz nur zu punktuellen Fragen eine Zurechnung im Konzern an, wenn es die Interessenlage erforderlich macht. Jeder dieser Zurechnungen liegen aber spezifische Erwägungen und Interessen zugrunde, die nicht verallgemeinerungsfähig sind. Die Systematik des Konzernrechts enthält also nicht die generelle Aussage, dass eine haftungsrechtliche Vereinheitlichung und Subjektivierung des Konzerns gewollt ist. Schließlich setzen viele konzernrechtliche Normen alleine eine Abhängigkeit im Sinne einer bloßen Mehrheitsbeteiligung und keinen Unternehmensvertrag voraus;⁴⁷⁰ bei bloß faktischer Abhängigkeit unterfällt die Konzernmutter aber nie den Pflichten des § 302 AktG. Schon damit steht fest, dass dem Gesetz keine Aussage zu entnehmen ist, wonach der Konzern als solcher bzw. das Unternehmen als solches einheitlich haften sollte.⁴⁷¹

Auch die Idee einer „Personifikation“ des Gesamtunternehmens ist für das Konzernrecht kaum fruchtbar zu machen, da Gesamtunternehmen (im betriebswirtschaftlichen Sinne) und Konzerne keineswegs deckungsgleich sein müssen. So kann ein Unternehmen von mehreren Konzernen betrieben werden, wie Joint Ventures belegen. Oder ein Konzern kann mehrere Unternehmen betreiben, wie im Falle der Metro AG, unter deren Dach sich so unterschiedliche Unternehmen befinden wie Galeria Kaufhof, Saturn, Media Markt und Metro Cash & Carry.⁴⁷²

⁴⁶⁹ Bälz FS Raiser, 287, 289.

⁴⁷⁰ Vgl. etwa § 290 II Nr. 1 HGB; § 36 II GWB; § 22 II WpHG; § 25a III, IV KWG; § 1 b I VAG.

⁴⁷¹ Siehe unten zur Frage, ob das *Vertrauen* in die Einheit des Konzerns – als Tatbestand der Konzernvertrauenshaftung – eine Haftung rechtfertigt; Fn. 499.

⁴⁷² Eine Übersicht der wesentlichen vollkonsolidierten Konzerngesellschaften findet sich im Geschäftsbericht 2013 der Metro AG, S. 294.

e. Auftragsrechtliches Prinzip?

Bereits vor der Kodifizierung von § 302 AktG entsprach es dem allgemeinen Verständnis, dass der herrschende Vertragsteil einer Verlustausgleichspflicht unterliegt: Zur rechtlichen Begründung dieser Pflicht wurde je nach Ausgestaltung auf den auftragsrechtlichen oder den kommissionsgeschäftlichen Aufwendungsersatz rekuriert (§§ 670, 683 BGB; § 396 II HGB).⁴⁷³ Nach der Ratio des Auftragsrechts gleicht die abhängige Konzerntochter einem Geschäftsbesorger, der im Fremdinteresse Geschäfte für die Konzernmutter (als Geschäftsherrin) erfüllt: Geschäftsergebnisse aus dem Auftrag müssen an die Geschäftsherrin herausgegeben werden (entsprechend § 667 BGB),⁴⁷⁴ gleichzeitig sind dem Geschäftsbesorger die Nachteile aus seiner fremdnützigen Tätigkeit zu ersetzen.⁴⁷⁵ Die Konzerntochter erfülle demnach Geschäfte der Konzernmutter, dementsprechend sei die Gefahr von dieser zu tragen (*cuius est commodum, eius est periculum*).

Vor diesem Hintergrund wird auch nach der Kodifikation von §§ 291 ff. AktG betont, dass die Konzernhaftung Elemente eines allgemein bürgerlich-rechtlichen Haftungstatbestandes beinhaltet.⁴⁷⁶ Gleichwohl greift der auftragsrechtliche Aufwendungsersatz als Erklärungsmodell für § 302 AktG zu kurz. Die Konzernhaftung beschränkt sich nicht auf den Ersatz der auftragsspezifischen, von § 670 BGB erfassten Aufwendungen, sondern geht als Risikohaftung darüber hinaus.⁴⁷⁷ Zudem wird ein auftragsrechtliches Erklärungsmodell der Komplexität des Vertragskonzerns nicht gerecht, insbesondere nicht dem Beherrschungsverhältnis zwischen den Konzernunternehmen: So darf die abhängige Gesellschaft nachhaltig im Konzerninteresse geschädigt werden, was im Verhältnis zwischen Geschäftsbesorger und Geschäftsherr nicht behauptet werden kann.⁴⁷⁸ Zudem kann man eine beherrschte Gesellschaft nicht schlechthin als Fremdgeschäftsführerin ansehen, da sie in ihrem Marktsegment regelmäßig ein eigenes Geschäft be-

⁴⁷³ Ebricke Konzernunternehmen, S. 447.

⁴⁷⁴ Berthold S. 41.

⁴⁷⁵ Schmidt/Lutter AktG/Stephan § 302 Rn. 7; MüKo AktG/Altmeyen AktG § 302 Rn. 12; Schilling FS Hefermehl, 383, 389; Wilhelm DB 1986, 2113, 2116; K. Schmidt ZHR 155 (1991), 417, 429.

⁴⁷⁶ Ebricke Konzernunternehmen, S. 451.

⁴⁷⁷ Ulmer ZHR-Beiheft 1989, 26, 62; Köppensteiner ZHR-Beiheft 1989, 87, 97.

⁴⁷⁸ Spindler/Stilz/Veil § 302 Rn. 5.

treibt.⁴⁷⁹ Auch die Pflicht zur Gewinnabführung kann nicht als überzeugendes Argument herhalten, um ein Geschäft letzten Endes als „fremd“ zu bewerten.⁴⁸⁰ Jede gewerbliche Gesellschaft ist strukturell darauf ausgerichtet, Gewinne an ihre Gesellschafter auszuschütten – gleichwohl besteht unzweifelhaft kein allgemeines Auftragsverhältnis zwischen Aktiengesellschaften und ihren Aktionären. Schließlich geht der Unternehmensvertrag über den Auftrag hinaus, da er eben nicht bloßes Schuldverhältnis, sondern gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag ist.⁴⁸¹ Unwirksame Unternehmensverträge werden demnach nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft ex nunc abgewickelt. Dagegen kennt das Recht keine ex nunc-Abwicklung von fehlerhaften Auftragsverträgen.⁴⁸²

Mit § 302 AktG schuf der Gesetzgeber eine konzernspezifische Einstandspflicht, die über die bürgerlich-rechtlichen Haftungstatbestände hinausgeht.⁴⁸³ Auch wenn es (vor allem in der historischen Entwicklung) durchaus Parallelen zwischen der Konzernhaftung und dem auftragsrechtlichen Aufwendungsersatz gibt, genügen die §§ 683, 670 BGB nicht als Erklärungsmodell für die Konzernhaftung.

f. Konzernhaftung wegen ökonomischer und marktwirtschaftlicher Interessen der Beteiligten?

Die nächste Untersuchung gilt der Frage, ob rechtsökonomische Interessen hinter der Ratio der Konzernhaftung stehen. Der gesetzliche Zwang einer Haftungsübernahme stellt einen staatlichen Eingriff ins Marktgeschehen dar, der in einer freiheitlichen Marktwirtschaft begründungsbedürftig ist: ohne überwiegenden Interessen Dritter oder der Allgemeinheit wäre ein derartiger staatlicher Zwang nicht gerechtfertigt.⁴⁸⁴ Staatliche Interventionen berühren, auch wenn sie sich gegen internationale Großkonzerne richten, die Abwehr-

⁴⁷⁹ Als typisches Beispiel dienen die Konzerntöchter der Volkswagen-Gruppe, vgl. Fn. 138. Dies verkennend *Berthold* S. 45 ff.

⁴⁸⁰ In diese Richtung aber argumentierend *Altmeyen* NZG 2010, 361, 366 f.

⁴⁸¹ Siehe oben Fn. 304.

⁴⁸² *Berthold* S. 44 f. wendet ein, dass es auch im reinen Schuldrecht ex nunc-Abwicklung fehlerhafte Verträge gibt, namentlich im Arbeitsrecht. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass Grundsätze über „fehlerhafte Auftragsverträge“ nicht existieren.

⁴⁸³ Skeptisch, ob es eines solchen konzernspezifischen Haftungstatbestands bedarf: *Ebricke* Konzernunternehmen, S. 451.

⁴⁸⁴ *Maunz/Dürig/Di Fabio* Art. 2 Rn. 76: „Freiheit ist der Regelfall, staatliche Intervention bleibt die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.“

funktion der freiheitlichen Grundrechte und unterliegen hierbei stets dem Gebot der Erforderlichkeit und Angemessenheit.⁴⁸⁵

Staatliche Eingriffe ins wirtschaftliche Geschehen können geboten sein, wenn Marktversagen droht, die freie Interaktion zwischen den Marktteilnehmern also nicht oder nur mangelhaft funktioniert.⁴⁸⁶ Die klassische Laissez-faire Ökonomie geht davon aus, dass die Marktteilnehmer selbst am effektivsten für die Wahrnehmung ihrer Interessen sorgen können; dies ist bei Marktversagen jedoch gerade nicht mehr der Fall. Ein staatliches Regulativ kann dann zur Optimierung des Marktes beitragen, vorausgesetzt, dass nicht das Politikversagen noch erheblichere Nachteile verursacht als der Markt selbst.⁴⁸⁷ Zwar sehen staatliche Marktkorrekturen in der Regel einen unmittelbaren Schutz der „schwächeren“ Vertragspartei vor (typische Beispiele sind Mieter von Wohnraum, Arbeitnehmer oder Verbraucher); doch darf nicht übersehen werden, dass dieser Schutz insgesamt zu effektiveren Märkten beitragen kann und damit unter Umständen auch im Interesse der „stärkeren“ Partei liegt. Es liegt nahe, dass ein staatlicher Schutz gegen opportunistisches und unseriöses Wirtschaften die Effizienz von Märkten insgesamt steigert und folglich allen Beteiligten nützt. Möglicherweise profitieren demnach nicht nur die Konzerngläubiger von dem „Eingriff“ des Konzernhaftungszwangs, sondern auch die Konzerne selbst, wenn dadurch das Marktvertrauen in das Institut „Konzern“ erhöht und ihre allgemeine Akzeptanz bei Kunden gefördert wird. Drohendes Marktversagen verursacht nämlich schwindendes Vertrauen unter den Marktteilnehmern, und fehlendes Vertrauen kann im schlimmsten Fall zum Einbruch ganzer Märkte führen, wie der Nobelpreisträger *George Akerlof* in seinem berühmten Modell *lemons problem* nachgewiesen hat.⁴⁸⁸ Ein staatliches Regulativ kann sich in dieser Situation also für alle Marktteilnehmer effizienzmaximierend auswirken.

⁴⁸⁵ *BVerfG* NJW 1962, 1667, 1668 („Feldmühle“): „In der grundsätzlichen Zulassung der Konzerne liegt die prinzipielle Anerkennung ihrer unternehmerischen Freiheit.“ Vgl. auch *BVerfG* NJW 1979, 699, 707 f. („Mitbestimmungsgesetz“).

⁴⁸⁶ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig *UWG/Podszun* § 1 Rn. 82.

⁴⁸⁷ *Schäfer/Ott* *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 82.

⁴⁸⁸ In *Akerlofs* Gedankenspiel besteht ein Markt aus hochwertigen („Kirschen“) und niedrigwertigen („Limonen“) Waren. Dabei unterstellt der Autor, dass die Kunden die Qualitätsgüte der angebotenen Waren nicht feststellen können, diese Produkte daher nur bei einer Preisgestaltung erwerben würden, bei denen die Verkäufer ausschließlich „Limonen“ zu verkaufen bereit wären. Weil aber kein Käufer Limonen erwerben will, würde letztlich wegen dieser Informationsasymmetrien kein rational handelnder Akteur eine Transaktion abschließen, der Markt wird dadurch funktionsunfähig. Vgl. *Akerlof* *QJE* 1970, 488.

Die Wirtschaftswissenschaften unterscheiden drei Typen von Marktversagen (*market failures*): nämlich ungleiche Verhandlungsmacht/Monopolbildung (*imperfect competition*), externe Effekte (*externalities*) und Informationsasymmetrien (*imperfect information*).⁴⁸⁹ Sämtliche dieser Gründe für Marktversagen erscheinen als spezielle Konzernphänomene nicht unplausibel und erfordern eine genauere Untersuchung:

i. Informationsasymmetrien und Vertrauensdefizite

Aus Gläubigersicht sind Konzerne überaus intransparente Gebilde. Sie verfügen über kein gezeichnetes „Konzern-Kapital“, das im Handelsregister eingetragen ist, keinen zustellungsfähigen Konzernsitz und keine einsehbare Konzernsatzung. Freilich lässt sich dem entgegenhalten, dass Vertragspartner und Schuldner ohnehin nie der Konzern selbst, sondern stets die einzelne Konzerngesellschaft ist, und deren gezeichnetes Kapital, Sitz und Satzung sind dem Handelsregister zu entnehmen. Allerdings dürfte Kunden und Geschäftspartnern gerade bei größeren Konzernen häufig ein klares Bewusstsein fehlen, wer ihr eigentlicher Vertragspartner ist. Üblicherweise dominiert im wirtschaftlichen Alltag die Wahrnehmung von Konzernen in ihrer wirtschaftlichen Gesamtheit. Welcher Marktteilnehmer erkennt etwa, dass er Verträge nicht mit „Siemens“ oder der „Deutschen Bahn“ abschließt, sondern mit „Siemens Financial Services GmbH“, „Siemens IT Solutions and Services GmbH“, „DB Vertrieb GmbH“, „DB RegioNetz Verkehrs GmbH“, etc.? Schließlich stellen Konzerne selbst in der Regel die Identität und den Namen der gesamten Gruppe in den Vordergrund, und nicht die Identität der jeweils tätigen Konzerngesellschaft, die meist ohnehin nur für die technische Abwicklung zuständig ist. Für viele Gläubiger, die wie Handwerker oder kleine Lieferanten nur in geringem Umfang mit der Konzerngesellschaft kontrahieren, lohnt sich der Aufwand zudem schlicht nicht, sich ein klares Bild über die jeweilige Konzerngesellschaft zu machen. Selbst wenn die Identität der kontrahierenden Gesellschaft bekannt ist, fehlen dem (potentiellen) Gläubiger regelmäßig Informationen über die Vermögenslage gerade dieses Konzerngliedes. Informationen über die Vermögenslage des gesamten Konzerns bzw. Unternehmens liegen zwar häufig vor, etwa aus Presseberichten, Ad-hoc-Mitteilungen (vgl. § 15 WpHG), allgemeiner

⁴⁸⁹ Vgl. hierzu *Samuelson/Nordhaus Economics*, S. 161 f.

Marktkennntnis oder Konzernabschlüssen (§ 290 HGB). Dagegen fällt es dem Markt ungleich schwerer, ein zuverlässiges Bild über die Finanzlagen der einzelnen Konzerntöchter zu gewinnen. Pressemitteilungen nur zu einzelnen Konzerngliedern stellen wohl eine seltene Ausnahme dar. Schwerer noch wiegt die Tatsache, dass Jahresabschlüsse und Lageberichte einzelner Konzerntöchter im Vertragskonzern nicht veröffentlicht werden müssen, wenn ein konsolidierter Konzernabschluss bekanntgegeben ist (§ 264 III HGB). Zwar bleiben die einzelnen Konzernglieder buchführungs- und bilanzierungspflichtig.⁴⁹⁰ Der Gesetzgeber hält ihre Offenlegung aber für entbehrlich, wenn die jeweiligen Tochterunternehmen in den publizitätspflichtigen Konzernabschluss des Mutterunternehmens einbezogen sind.⁴⁹¹ Und selbst wenn die gegenwärtige Vermögenslage der einzelnen Konzerngesellschaft bekannt wäre, wüsste der Gläubiger nicht, ob dieses Vermögen nicht nach Vertragsabschluss auf eine andere Konzerngesellschaft verschoben wird (was im Vertragskonzern wegen § 291 III AktG möglich ist). Die gesamte Konzernpolitik, auf die sich die abhängige Schuldnerin ausrichten muss, ist für die Gläubiger zumeist undurchschaubar.⁴⁹² Aus Gläubigersicht ist dabei weniger problematisch, dass solche Risiken überhaupt bestehen – einschätzbare Bonitätsrisiken werden durch entsprechende Renditezuschläge (sog. *credit spreads*) bei der Preiskalkulation durchaus vom Markt akzeptiert und ausgeglichen⁴⁹³ – sondern dass Information über den Umfang dieser Risiken fehlen.⁴⁹⁴

Wenn sich Informationsdefizite nicht ausräumen lassen oder die Konzernleitung nicht bereit ist, das Vertrauen des Gläubigers in die Werthaltigkeit seiner Forderung angemessen zu schützen, wird der Gläubiger ein entsprechend geringeres Vertrauen in seinen Vertragspartner haben. Damit besteht entweder die Gefahr, dass gar kein Vertragsabschluss zustande kommt: *Reinhard Bork* weist zutreffend darauf hin, dass die meisten Gläubiger nur im Vertrauen auf eine bestimmte Haftungsmasse mit ihrem Schuldner kontrahieren, mögen sie häufig auch nur eine diffuse Vorstellung vom Schuldner-

⁴⁹⁰ Baumbach/Hopt/Merkel § 264 Rn. 27.

⁴⁹¹ BeBiKo/Förschle/Deubert § 264 HGB Rn. 101.

⁴⁹² So auch *Burg/Hützen* Der Konzern 2010, 20, 21.

⁴⁹³ Vgl. *Berk/DeMarzo* Corporate Finance, S. 138.

⁴⁹⁴ *Kötz/Schäfer* Judex oeconomicus, S. 62 f.

vermögen haben.⁴⁹⁵ Oder ein Vertrag kommt zwar zustande, aber nur zu ungünstigeren Konditionen, weil der Gläubiger seine Unsicherheiten in Form von erheblichen Risikoaufschlägen einpreisen muss.⁴⁹⁶

Alternativ kann der Konzern aber auch ein „falsches“ Vertrauen der Gläubiger begründen, wenn diese zu Unrecht zu dem Glauben verleitet werden, der Gesamtkonzern werde schon für die Verbindlichkeiten seiner Töchter aufkommen. Tatsächlich ist es – schon aus Sorge vor Reputationsverlusten – ein seltener Fall, dass die einzelne Gesellschaft eines florierenden Konzerns der Insolvenz überlassen wird.⁴⁹⁷ Wenn die Gläubiger aber auch dort eine Verlustübernahme der Konzernleitung antizipieren, wo keine Verlustübernahmepflicht (oder -absicht) besteht, unterliegen sie wiederum einem Informationsdefizit und bewerten ihr Risiko beim Vertragsabschluss zu gering. Dementsprechend erheben sie einen zu niedrigen Delkrederezuschlag und sind zu Preisen bereit, die unterhalb eines ökonomisch sinnvollen Niveaus liegen.⁴⁹⁸ Derartige Konstellationen haben das Schweizerische Bundesgericht veranlasst, einen Tatbestand der Konzernhaftung zu entwickeln, der hier kurz skizziert werden soll.⁴⁹⁹ Zwar geht auch das Schweizerische Gesellschaftsrecht vom haftungsrechtlichen Trennungsprinzip zwischen den Konzerngesellschaften aus, doch kann ein einheitliches Auftreten des Konzerns die getrennte Haftung überwinden.⁵⁰⁰ Der Tatbestand der Konzernvertrauenshaftung, wie ihn das Bundesgericht im *Swissair*-Urteil postulierte, ist folgender: (1) hat die Konzernleitung in zurechenbarer Weise einen Vertrauensstatbestand hinsichtlich einer Verlusthaftung geschaffen und (2) hat sie dieses Vertrauen in treuwidriger Weise verletzt.⁵⁰¹ Der deutschen herrschenden Meinung ist wohl beizupflichten, dass sich die Konzernvertrauenshaftung nicht in die Dogmatik des hiesigen Gesellschaftsrechts übertragen

⁴⁹⁵ *Bork* S. 2.

⁴⁹⁶ *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 62 f.

⁴⁹⁷ Zutreffend *Gäbelein* GmbH HR 1992, 273, 274: „Man möge bitte nach Beispielen suchen, in denen ein gut geführter Konzern, vor allem wenn er nach außen einheitlich oder gar unter einem Namen auftritt, eine seiner Konzerngesellschaften hat in den Konkurs gehen lassen.“

⁴⁹⁸ Vgl. *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 61 f.

⁴⁹⁹ Der Tatbestand der Konzernhaftung geht auf das *Swissair*-Urteil des Bundesgerichts vom 15.11.1994 zurück (vgl. *SBG AG* 1996, 44 f.) und wurde 1998 in der *Motor-Columbus*-Entscheidung des Bundesgerichts präzisiert (vgl. BGE 124 III 297, 304).

⁵⁰⁰ *Fleischer* NZG 1999, 685, 690.

⁵⁰¹ *SBG AG* 1996, 44 f.: Der Entscheidung liegt ein Sachverhalt zugrunde, worin die *Swissair* die Konzernzugehörigkeit ihrer (später insolventen) Konzerntochter *IGR* werbemäßig besonders hervorgehoben hat.

lässt.⁵⁰² Darum soll es hier auch nicht gehen. Die Diskussion um diese Vertrauenshaftung soll verdeutlichen, dass die Risiken einer fehlerhaften Bewertung von Verbindlichkeiten konzernierter Gesellschaften tatsächlich bestehen und nicht bloß akademische Überlegungen sind. Die falschen Vorstellungen und Informationen der Gläubiger sind aus ökonomischer Sicht schädlich, weil sie zu ineffizienten Preisen und Märkten führen:⁵⁰³ Entweder muss der Gläubiger für die fehlende Möglichkeit, sein Ausfallrisiko zu berechnen, erhebliche Delkredereaufschläge erheben (was die Kosten der Konzerne für Fremdkapital und Lieferantenkredite in die Höhe treibt), oder er vertraut zu Unrecht auf die Haftung der Konzernmutter und preist tatsächlich bestehende Risiken nicht in seine Preiskalkulation ein (wodurch er ökonomisch nicht sinnvolle Gefahren eingeht). Möglicherweise stellen die Schweizerische Konzernvertrauenshaftung und die deutsche Verlustdeckungspflicht des § 302 AktG Versuche der Rechtsordnungen dar, diese Ineffizienzen zu beseitigen (hierzu noch eingehend unten).

ii. Externe Effekte

Externe Effekte entstehen, wenn ein Unternehmen auf Kosten Dritter oder der Allgemeinheit wirtschaftet: Dieser Fall des Marktversagens tritt auf, wenn Nachteile der Produktion oder des Verbrauchs nicht im Marktpreis enthalten sind, sondern von externen Personen oder der Allgemeinheit getragen werden.⁵⁰⁴ Ein typisches Beispiel für externe Effekte ist die „kostenlose“ Umweltverschmutzung durch Fabriken, wenn nicht diese, sondern die Nachbarschaft und die Allgemeinheit mit den Kosten der Grundwasserverunreinigung, Lärmbelästigung, Gesundheitsschädigung etc. belastet werden. Die Knappheit der Umweltressourcen spiegelt sich also nicht im Güterpreis wider. Auch dieser Marktfehler führt zu ineffizienten Preisen, einer falschen Mengenproduktion, falschen Ressourcenallokationen und letztlich zu Wohlfahrtverlusten.⁵⁰⁵

⁵⁰² Als möglicher Ansatz für die Konzernvertrauenshaftung in Deutschland wird die culpa in contrahendo diskutiert; skeptisch zur Übertragbarkeit dieser Haftung nach Deutschland *Rieckers* NZG 2007, 125; *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 64 f.; *Fleischer* ZHR 163 (1999), 461, 485.

⁵⁰³ So auch *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 62 f.

⁵⁰⁴ *Samuelson/Nordhaus* *Economics*, S. 161.

⁵⁰⁵ *Schäfer/Ott* *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 81.

Inwiefern birgen Konzerne nun eine erhöhte Gefahr externer Effekte? Ihre besondere Gefährlichkeit liegt in der Möglichkeit, riskante Wirtschaftsaktivitäten zielgerichtet auf unterkapitalisierte Tochtergesellschaften auszugliedern und diese bei Realisierung des Risikos der Insolvenz zu überlassen.⁵⁰⁶ Aus dem Trennungsprinzip droht die Konsequenz, dass die geschädigten Gläubiger und nicht der Konzern mit den Folgen der riskanten Wirtschaftsaktivität belastet würden. Zwar ist es wirtschaftspolitisch durchaus legitim, dass Unternehmen ihre Aktivitäten auf verschiedene Gesellschaften streuen, um so ihre Risiken zu mindern.⁵⁰⁷ Banken ist es seit Inkrafttreten des Trennbankengesetzes sogar vorgeschrieben, gewisse Risiken von ihrem Hauptgeschäft zu trennen, um bei Krisen nicht in ihrem gesamten Bestand gefährdet zu sein (§ 25f KWG). Wenn der Markt hinreichend über Risiken (wozu auch eine niedrige Kapitalausstattung gehört) informiert ist, können Gläubiger ihr Delkredererisiko durch entsprechende Preisaufläge kompensieren. Dadurch tragen die Konzerne die Kosten ihrer Haftungsbegrenzung und geringen Kapitalausstattung durch ungünstigere Vertragskonditionen letztlich selbst (Internalisierung der Kosten).⁵⁰⁸ Typischerweise funktioniert dieser Internalisierungseffekt aber nicht, weil die Geschädigten sich ex ante keine angemessenen Risikoaufläge aushandeln konnten: Sei es, weil sie die Risiken nicht erkennen können (etwa Verbraucher schädlicher Arzneimittel), sei es, weil sie nur zufällig mit der Gefahr in Berührung kamen (etwa Geschädigte von Umweltkatastrophen, sog. Zwangsgläubiger). Der Internalisierungseffekt funktioniert ebenfalls dort nicht, wo die Marktteilnehmer mangels Marktmacht außerstande sind, ex ante adäquate Risikoaufläge zu vereinbaren. In diesen Fällen ist es Konzernen tatsächlich möglich, die potentiellen Kosten ihrer wirtschaftlichen Aktivität zielgerichtet auf geschädigte Dritte abzuwälzen, indem sie risikoreiche Unternehmungen auf schwach kapitalisierte Gesellschaften ausgliedern.

Dass diese Gefahr keineswegs bloß theoretischer Natur ist, beweisen jüngst Konzernumstrukturierungen im Zusammenhang mit den Kosten des Atomausstiegs. Diese Fälle sind für die Konzerngefahr externer Kosten besonders symptomatisch und sollen zur Veranschaulichung daher kurz geschildert

⁵⁰⁶ *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 66.

⁵⁰⁷ Vgl. hierzu *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 59 ff.

⁵⁰⁸ *Schäfer/Ott* *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 81; *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 60.

werden: Die deutschen Energiekonzerne sind gehalten, beim Atomausstieg die von ihnen betriebenen Atomkraftwerke zurückzubauen, radioaktive Materialien in Endlager zu deponieren und die damit verbundenen Kosten zu tragen; der Aufwand wird in einer DIW-Studie auf mindestens 50 bis 70 Milliarden Euro geschätzt.⁵⁰⁹ Betroffen sind die „großen Vier“ Stromproduzenten Vattenfall, E.on, RWE und EnBW. Jüngst erklärte E.on, seine Atomkraftwerke bis 2016 auszugliedern und in einer neuen Gesellschaft „Uniper“ an die Börse zu bringen.⁵¹⁰ Die schwedische Konzernmutter Vattenfall AB hat bereits 2012 ihren Unternehmensvertrag mit der deutschen Konzerntochter gekündigt.⁵¹¹ Zwar besteht eine Nachhaftung bei Ausgliederung, doch ist diese auf fünf Jahre begrenzt (vgl. §§ 157, 158 UmWG) – die Kosten des Atomausstiegs (im Jahre 2022) werden aber noch sehr viel später entstehen. Reicht das Vermögen der Atom-Gesellschaften nicht für den vollständigen Rückbau, müsste nolens volens zwangsläufig der Staat einspringen: mit der Umstrukturierung besteht also die Gefahr, dass die Kosten des Atomausstiegs auf die Allgemeinheit externalisiert werden. Das Bundeswirtschaftsministerium hat bereits mit dem Vorschlag eines „Konzernnachhaftungsgesetzes“⁵¹² reagiert: Dieses macht die „herrschenden Unternehmen“ für die Kosten verantwortlich, definiert die Eigenschaft als herrschendes Unternehmen aber unabhängig von einem Unternehmensvertrag.⁵¹³ Hier zeigt sich besonders deutlich, dass Haftung als effektive gesetzliche Maßnahme gegen spezielle Konzerngefahren eingesetzt werden kann.⁵¹⁴

Zwar lässt sich einwenden, dass die hier geschilderte Gefahr externer Effekte nicht konzernspezifisch sei, sondern bei jeder unterkapitalisierten Gesellschaft auftreten.⁵¹⁵ Jeder Unternehmer – auch wenn er sich bloß einer einzelnen Gesellschaft bedient – wirtschaftet umso mehr auf Risiko Dritter, je

⁵⁰⁹ http://www.diw.de/sixcms/detail.php?id=diw_01.c.505857.de. Die Energiekonzerne haben bislang nur € 38,8 Milliarden für den Rückbau zurückgestellt.

⁵¹⁰ Vgl. DIE ZEIT vom 3. September 2015, Wirtschaft S. 19.

⁵¹¹ Vgl. DIE ZEIT vom 3. September 2015, Wirtschaft S. 19.

⁵¹² Vgl. DIE ZEIT vom 3. September 2015, Wirtschaft S. 19.

⁵¹³ Nach dem Gesetzesvorhaben ist die schwedische Vattenfall AB gesetzlich – unabhängig von einem Unternehmensvertrag – als herrschendes Unternehmen definiert; vgl. Handelsblatt vom 11. September 2015, S. 6.

⁵¹⁴ Als Reaktion auf das geplante „Konzernhaftungsgesetz“ hat E.on offenbar von der geplanten Umstrukturierung Abstand genommen; vgl. Handelsblatt vom 11. September 2015, S. 6.

⁵¹⁵ In diese Richtung die Argumentation bei Hdb. VorstR/*Fleischer* § 13 Rn. 102.

weniger Kapital er seiner haftungsbegrenzten Gesellschaft zur Verfügung stellt. Die Unterkapitalisierung stellt nach überwiegender Auffassung aber gerade keinen Grund für eine Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter dar.⁵¹⁶ Auch besteht über die gesetzlichen Bestimmungen hinaus keine Pflicht der Konzernleitung zur umfassenden Finanzausstattung der Töchter oder Absicherung deren Risiken.⁵¹⁷ Die Lage im Konzern ist aber nicht mit einer unterkapitalisierten Einzelgesellschaft vergleichbar, weil die Konzernleitung ungleich größere Möglichkeiten besitzt, um Risiken und Chancen innerhalb der Gruppe zu strukturieren: Das Problem liegt weniger in der Unterkapitalisierung an sich, als in ihrer Einsetzung als strategisches Instrument, um Risiken systematisch auf externe Dritte abzuwälzen.⁵¹⁸ Im Bodenrecht hat der Gesetzgeber die soeben beschriebene Gefahr durchaus erkannt und in § 4 III 4 BBodSchG eine „bodenschutzrechtliche Konzernhaftung“⁵¹⁹ statuiert. Eine allgemeine Einstandspflicht des Konzerns für seine risikoreichen Aktivitäten besteht de lege lata aber nicht.

iii. Opportunistisches Ausnutzen ungleicher Marktmacht

Konzerne haben gegenüber ihren Gläubigern zudem strukturelle Stärken, die sie einseitig zu ihrem Vorteil ausnutzen könnten. Zu denken ist nicht allein an die Marktmacht einiger Global Players, die sich alleine wegen ihrer Größe über die Interessen anderer Akteure hinwegsetzen können. Eine Stärke des Konzerns liegt vor allem darin, das Vermögen der einzelnen Konzerngesellschaften auch dann noch verschieben zu können, nachdem diese Verträge mit Gläubigern abgeschlossen haben. Wegen § 291 III AktG sind gerade den Möglichkeiten des Vertragskonzerns, Vermögen zwischen seinen Gesellschaften zu verschieben, kaum Grenzen gesetzt. Für die Gläubiger verringert sich dadurch das haftende Schuldnervermögen, auf das sie zur Durchsetzung ihrer Forderungen zugreifen können. Mit der Vermögensverschiebung entwertet der Konzern zudem nachträglich die Positionen des Gläubigers: Dieser hatte sein Delkredererisiko auf Grundlage der Vermögenslage bemessen, den die Konzerngesellschaft zum Zeitpunkt des Ver-

⁵¹⁶ BGH NZG 2008, 547, 548 („GAMMA“); *Ehrlicke* AcP 199 (1999), 257, 289; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 243 f.

⁵¹⁷ Hdb. VorstR/*Fleischer* § 13 Rn. 102.

⁵¹⁸ *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 67 Rn. 16.

⁵¹⁹ *Müggenborg* NVwZ 2001, 1114.

tragsabschlusses besaß; er war bei seiner Preiskalkulation mithin von einem Risiko ausgegangen, das nachträglich zu seinen Lasten verschlechtert wird.⁵²⁰ Die Vermögensverschiebung ermöglicht dem Konzern, die eigenen Interessen nachvertraglich zulasten des Vertragspartners zu begünstigen (ex-post Opportunismus).⁵²¹ Zwar wäre ein Entzug von Vermögen sittenwidrig, wenn dieser existenzvernichtende Eingriff unmittelbar zur Insolvenz der Gesellschaft führte. Damit werden aber nur die krassesten opportunistischen Spielräume abgeschnitten; im Übrigen verschlechtert sich die Position der Gläubiger auch bei Vermögensentzug, der nicht unmittelbar den Bestand der Gesellschaft gefährdet.⁵²²

iv. Zusammenfassung: Ökonomische Vorteile von
§ 302 AktG?

Im Konzernrecht lassen sich also drei Gründe festhalten, die Anlass für Marktversagen bieten: (1) die mangelnde Transparenz über die Vermögenslage und -verteilung, (2) die systematische Auslagerung unternehmerischer Risiken auf schwach kapitalisierte Gesellschaften und (3) das opportunistische Ausnutzen asymmetrischer Marktmacht. Es sind zwei Wege denkbar, um diese Defizite zu beseitigen: Zum einen durch Vertragsverhandlung zwischen den Parteien, zum anderen durch gesetzliche Vorgaben.

Zunächst soll ein Blick auf die vertraglichen Möglichkeiten der Parteien geworfen werden, um diese Marktdefizite eigenständig zu regeln. Nach dem *caveat creditor*-Prinzip obliegt es primär dem Gläubiger, sich über die Risiken eines Geschäfts zu informieren und angemessen abzusichern. Tatsächlich hat die Kautelarpraxis verschiedenste Sicherungsinstrumente entwickelt, um Marktrisiken entgegenzuwirken: Bankkredite sehen etwa regelmäßig vor, dass Kreditnehmer bestimmte Finanzkennzahlen wie Mindesteigenkapitalquote oder Verschuldungsgrad einhalten müssen, und dass die Bank bei Überschreiten dieser Schwellen den Kredit kündigen oder die Zinsen anpassen darf (sog. *Financial Covenants*).⁵²³ Gerade in Konzernen sind darüber hinaus Kreditsicherheiten und Patronatserklärungen zwischen den verbundenen

⁵²⁰ Kötz/Schäfer *Judex oeconomicus*, S. 67 f.

⁵²¹ Kötz/Schäfer *Judex oeconomicus*, S. 67 f.

⁵²² Kötz/Schäfer *Judex oeconomicus*, S. 69.

⁵²³ Schimansky/Bunte/Lwowski *Bankrechts-Hdb./Merkel/Tetzlaff* § 98 Rn. 174.

Unternehmen üblich.⁵²⁴ Bei Dauerschuldverhältnissen bietet es sich zudem an, die Konsequenzen beim Wechsel der (Konzern-) Herrschaft festzulegen, etwa, wenn Geschäftsbeziehungen gerade im Vertrauen auf einen bestimmten Unternehmenseigentümer eingegangen werden (sog. *Change of Control*-Klauseln).⁵²⁵ Und nicht zuletzt gewähren Lieferanten regelmäßig eine Diskontierung bei Vorleistung des Abnehmers, was nichts anderes als eine Absicherung gegen Ausfallrisiken darstellt: Vermindert sich der geschuldete Betrag bei sofortiger Bezahlung gegenüber einer einmonatigen Zahlungsfrist etwa um 2%, so liegt ein rechnerischer Zinssatz von 26,8% p.a. vor (und damit, falls der Lieferant in Vorleistung tritt, ein Risikoausgleich in Form eines sehr hohen Zinsaufschlages).⁵²⁶

Unterstellt man also, dass die Parteien gleichermaßen über die bestehenden Risiken informiert sind und über dieselbe Verhandlungsmacht verfügen, würden sie die ökonomischste Risikoverteilung und -absicherung treffen, die am effektivsten die Interessen aller Parteien widerspiegeln. Jedes denkbare Risiko (Bonitätsverschlechterung, Wechsel der (Konzern-) Herrschaft, Kreditausfall, etc.) wäre in diesem Vertrag beschrieben und einer der Vertragsparteien zugeordnet, die Konsequenzen eines Risikoeintritts wären vollumfänglich bestimmt und die Preise auf Grundlage der Risikoallokation kalkuliert. Die Theorie der ökonomischen Analyse des Rechts bezeichnet ein solches umfassendes Vertragswerk als einen *vollständigen Vertrag* (*fully specified contract*).⁵²⁷ Es liegt freilich auf der Hand, dass der Abschluss eines vollständigen Vertrages eher ein fiktives Gedankenmodell als praktische Handlungsmaxime ist. Schon die Prämissen, wonach jede Partei über jedes Risiko informiert ist und gleichrangige Verhandlungsmacht besteht, sind de facto illusorisch. Zudem stünden die Transaktionskosten für die Ausarbeitung eines vollständigen Vertrages außer Verhältnis zum Vertragsnutzen. Und gerade den besonders schutzbedürftigen Zwangsgläubigern steht ein vollständiger Vertrag noch nicht einmal als theoretische Handlungsoption offen, da ihre Gefährdung keine vertragliche Grundlage besitzt. Im Ergebnis dürften die Fälle also höchst selten sein, in denen die Marktdefizite von Konzernen durch Vertragsabsprachen vollständig ausgeräumt werden.

⁵²⁴ Emmerich/Habersack § 302 Rn. 7ff.

⁵²⁵ MüKo AktG/Schlitt/Ries § 33 WpÜG Rn. 114.

⁵²⁶ Kötz/Schäfer *Judex oeconomicus*, S. 62.

⁵²⁷ Vgl. zum vorstehenden Schäfer/Ott *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 431 ff.

Wenn sich die Parteien realistischerweise nicht eigenständig auf einen geeigneten Schutz verständigen können, liegt es in der Funktion des Zivilrechts, diese Schutzlücke durch (zwingende) Gesetzesvorgaben zu schließen. Diese „Servicefunktion“ des Gesetzes zu erkennen und zu beschreiben ist ein Verdienst der ökonomischen Rechtsanalyse: Danach soll das Recht in punktuell geregelten Bereichen Rechtsbeziehungen etablieren, die möglichst weitgehend die Verträge abbilden, auf die sich verständige, informierte, ökonomisch vernünftige Parteien bei gleicher Verhandlungsmacht und ohne Rücksicht auf Transaktionskosten ex ante geeinigt hätten.⁵²⁸ Maximale Nutzenmaximierung ist dabei das gesetzgeberische Ziel, opportunistisches Ausnutzen von ungleicher Verhandlungsmacht soll unterbunden werden. In diesem Sinne werden Risiken derjenigen Partei zugewiesen, die sie am besten beherrschen kann: Dadurch entstehen effektive Anreize zur Risikoreduzierung, Preisaufschläge sinken und der gegenseitige Vorteil ist am größten.⁵²⁹ Freilich kann der Gesetzgeber die Frage nach den Parteiinteressen nur generalisierend beantworten, das zwingende Recht findet ohne Rücksicht auf individuelle Besonderheiten Anwendung. Das Recht kommt den Parteien aber insoweit entgegen, als es seine Regelungen an die verschiedenen Konzernkonstellationen unterschiedlich angepasst hat. So bleibt es im faktischen AG-Konzern beim Schädigungsverbot, flankiert von einem eventuellen Nachteilsausgleich,⁵³⁰ während im AG-Vertragskonzern eben ein Zwang zur Verlustübernahme besteht.

Nach hier vertretener Sichtweise ist die zwingende Verlustübernahme gem. § 302 AktG im Vertragskonzern geeignet, um die oben beschriebenen Gründe für Marktversagen zu beseitigen.⁵³¹ Zwar erhält der Gläubiger durch die Verlustdeckungspflicht keine Informationen über die konzerninterne Vermögensverteilung – allerdings kann er dieses Informationsdefizit verkraften, wenn der Konzern für die Verluste seiner Gesellschaften einstehen muss. Solange der Gläubiger also Einblicke in die Vermögenslage des Konzerns insgesamt hat, was angesichts der bestehenden Konzernpublizitäts-

⁵²⁸ Schäfer/Ott Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 433.

⁵²⁹ Vgl. zum Vorstehenden Schäfer/Ott Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 433.

⁵³⁰ Vgl. oben Fn. 91.

⁵³¹ Zu diesem Ergebnis kommt auch Bernd Schäfer in Kötz/Schäfer *Judex oeconomicus*, S. 70 bei der ökonomischen Analyse des Autokran-Urteils, allerdings mit der berechtigten Kritik an der (damals von der Rechtsprechung angeordneten) Verlustübernahmepflicht im faktischen GmbH-Konzern.

pflicht der Fall ist, sind ihm Informationsdefizite über die Vermögenslage einzelner Tochtergesellschaften unschädlich. Darüber hinaus verliert der Konzern die Möglichkeit, die mangelnde Kapitalausstattung seiner Gesellschaften als Mittel zur Risikoabwälzung auf externe Dritte zu nutzen. Der Konzern trägt die Risiken seiner wirtschaftlichen Aktivitäten vielmehr selbst, ein Wirtschaften auf Kosten von potentiellen (Zwangs-)Gläubigern scheidet aus. Dank der Verlustdeckung verringert sich auch nicht die Haftmasse, die zur Bedienung von Gläubigeransprüchen zur Verfügung stehen, wenn der Konzern internes Vermögen umschichtet. Solange die Konzernspitze wirtschaftlich als Garant für die Verbindlichkeiten aller Konzernglieder fungiert, erübrigt sich jeder ex-post Opportunismus durch Vermögensverschiebung. Und wegen des speziellen Gläubigerschutzes des § 303 AktG liegt es schließlich auch nicht in der Macht des Konzern, sich seiner Pflichten nachträglich zu entledigen. Ökonomisch sinnvoll ist allerdings nur eine Verlustausgleichspflicht, die auch eine Pflicht zur unterjährigen Deckung des Liquiditätsbedarfs vorsieht. Das Konzernmodell der h.M. ist dagegen, wie gesagt, ökonomisch nicht zielführend, weil es die Marktdefizite von Konzernen nicht effizient vermeidet - allerdings hält sich ohnehin kein ökonomisch rationaler Wirtschaftsakteur in der Praxis an das herrschende Konzernmodell (siehe oben S. 56 ff.).

Es kann somit festgehalten werden, dass die Verlustübernahme im Aktienrecht (§ 302 AktG) zu erheblich reduzierten Marktrisiken der Gläubiger beiträgt und damit in ihrem Interesse liegt. Wie bereits ausgeführt, profitieren aber auch die Schuldner, wenn sie ein geringeres Marktrisiko für ihre Gläubiger darstellen, da Preisaufläge für Bonitäts- und Delkredererisiken entsprechend niedriger ausfallen. Die Verlustübernahme spart den Konzernen also Geld. Der Markt wird zudem insgesamt funktionsfähiger, weil opportunistisch agierende Marktteilnehmer das Vertrauen in den Markt nicht zulasten ihrer lauterer Wettbewerber gefährden können.⁵³² Den Konzernen fällt es folglich leichter, das Vertrauen der Kunden zu gewinnen und am wirtschaftlichen Geschehen teilzunehmen. Mit dem Ergebnis sinkender Einkaufspreisen, geringerer Transaktionskosten, verbesserten Gläubigerschutzes

⁵³² Kötz/Schäfer *Judex oeconomicus*, S. 63.

und effizienterer Märkte ist die Konzernhaftung ein Musterbeispiel eines ökonomisch sinnvollen Rechtsinstituts.

Die ökonomischen Vorteile von § 302 AktG sind in der wissenschaftlichen Diskussion über diese Norm bislang kaum beachtet worden. Dabei gehören diese Vorteile besonders hervorgehoben, wenn es um die *ratio legis* von § 302 AktG geht. In dem erheblichen Nutzen für die wirtschaftlichen Interessen *aller* Konzernbeteiligten liegt ein wesentlicher Gesetzeszweck von § 302 AktG.

g. Konzernhaftung wegen rechtlicher Interessen der Beteiligten?

Nach hier vertretenem Verständnis liegt die *Ratio Legis* von § 302 AktG nicht nur in der Förderung der wirtschaftlichen Interessen aller Konzernbeteiligten, sondern sie dient auch den spezifisch rechtlichen Interessen sämtlicher Parteien. Um den entscheidenden Gesetzeszweck von § 302 AktG verstehen zu können, muss man sich vergegenwärtigen, wie vorteilhaft sich eine richtig angewandte Konzernhaftung auf die rechtlichen Positionen und Interessen der Parteien auswirkt.

Die praktischen Auswirkungen von § 302 AktG hängen unmittelbar davon ab, welches Verständnis man dem Verlustausgleich zugrunde legt. Die verschiedenen Auffassungen zur Frage, ob bei drohender Zahlungsunfähigkeit auch unterjährige Liquiditätssicherung geschuldet ist (siehe oben S. 56), führen hier zu erheblich unterschiedlichen Auswirkungen im Vertragskonzern. Die Unterschiede seien an dieser Stelle nochmals skizziert: Für die herrschende Meinung folgt aus § 302 AktG nur eine Pflicht, am Bilanzstichtag den Jahresfehlbetrag der vertraglich abhängigen Gesellschaften zu ersetzen, nicht dagegen, unterjährige Liquiditätssicherung bzw. Abschlagszahlungen zu gewähren. Die herrschende Meinung führt also dazu, dass auch über das Vermögen einer vertraglich konzernierten Gesellschaft ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist, wenn in der Krise oder bei übermäßigem Liquiditätsabzug – etwa im Rahmen eines Cash Pools – (drohende) Zahlungsunfähigkeit entsteht (§§ 17 f. InsO). Indes kann die herrschende Meinung weder in ihrer dogmatischen Argumentation, noch in ihren praktischen Auswirkungen überzeugen. Vielmehr muss die Konzernmutter neben dem Ausgleich des Jahresfehlbetrags auch die jederzeitige Zahlungsfähigkeit der abhängigen

Unternehmen gewährleisten. Aus diesem richtigen Verständnis folgt, dass die Verlustdeckungspflicht nicht nur die Überschuldung der Tochtergesellschaft, sondern auch ihre (drohende) Zahlungsunfähigkeit ausschließt. § 302 AktG ist also so auszulegen, dass die Norm jederzeit jeden möglichen Insolvenzgrund a priori ausschließt (vgl. §§ 17 ff. InsO); der Verlustausgleich ist mithin als eine Existenzgarantie für die Untergesellschaften zu verstehen.⁵³³

Für die Dauer des Unternehmensvertrages und bei hinreichender Solvenz der Konzernmutter ist dadurch, mangels Insolvenzeintritts, jeder Möglichkeit eines existenzvernichtenden Eingriffs zulasten einer Konzerntochter der Boden entzogen. Zur Erinnerung: Nach der Definition der Rechtsprechung besteht die Existenzvernichtung aus einem „zur Insolvenz führenden oder diese vertiefenden kompensationslosen Eingriffen in das Vermögen der Gesellschaft.“⁵³⁴ Die Existenzvernichtung bleibt allenfalls denkbar, wenn die Solvenz der Konzernmutter nicht für den Ausgleich der schädigenden Weisung ausreichen würde. Sie darf ihr Weisungsrecht aber ohnehin nicht durchsetzen, wenn ihre hinreichende Solvenz auch nur gefährdet erscheint⁵³⁵ (siehe oben S. 33). Eine Weisung, die sich in diesem Ausnahmefall als existenzvernichtend erweisen könnte, darf nicht erteilt, geschweige umgesetzt werden.

Die theoretische Möglichkeit einer Existenzvernichtung auszuschließen, mag trivial erscheinen: Ein kritischer Einwand dürfte lauten, dass existenzvernichtende Maßnahmen in Unternehmensgruppe ohnehin nur selten vorkommen. Dieser Einwand verkennt die Realität. Die letzten Jahre haben gezeigt, dass existenzvernichtende Eingriffe gerade in Konzernen ein reales Problem darstellen.⁵³⁶ Und bei jeder Insolvenz wird sich für die Beteiligten die Frage stellen, ob Handlungen der Konzernleitung im Nachhinein als existenzvernichtend zu werten sein könnten (und dementsprechend Forderungen geltend zu machen wären). Die Beteiligten des Insolvenzverfahrens werden also mit zusätzlichen Rechtsstreitigkeiten und -unsicherheiten belastet. Auch bereits im Vorfeld einer Insolvenz hat der Ausschluss der Exis-

⁵³³ Vgl. Fn. 244.

⁵³⁴ BGH NJW 2007, 2689 („Trihotel“). Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnh-KonzernR Rn. 122, die statt der Bezeichnung „Existenzvernichtungshaftung“ den Begriff „Insolvenzverursachungshaftung“ bevorzugen.

⁵³⁵ Altmeyden ZHR 171 (2007), 320, 328.

⁵³⁶ Klöckner ZIP 2011, 1454.

tenzvernichtung erheblich positive Auswirkungen auf die rechtlichen Interessen sämtlicher Konzernbeteiligten: die Konzernleitung profitiert von einer effektiveren Herrschaftsmacht, die Vermögensinteressen der Gläubiger sowie außenstehender Minderheitsaktionäre sind effektiver geschützt und für die Geschäftsleiter aller Konzernebenen entsteht ein höheres Niveau an Rechtssicherheit. Diese rechtlichen Vorteile sind als wesentlicher Zweck von § 302 AktG und vom Vertragskonzern insgesamt anzusehen. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die im Folgenden beschriebenen Vorteile des Vertragskonzerns auf Grundlage der herrschenden Meinung nicht existieren und nicht als geltende Rechtspraxis angesehen werden können. Die praktischen Auswirkungen der herrschenden Meinung werden im Folgenden ebenfalls dargestellt.

i. Interessen der Konzernmutter

Inwiefern dient die Pflicht der Konzernmutter, im Vertragskonzern sämtliche Verluste zu decken und Liquidität zu gewährleisten, ihren eigenen rechtlichen Interessen? Ihr Vorteil liegt in dem Ausschluss der Insolvenzgefahr für die Konzerntöchter und damit einhergehend – bei hinreichend eigener Solvenz – in dem faktischen Ausschluss der Existenzvernichtung. Die Erteilung schädigender Weisungen an Konzernunternehmen wird dadurch unbeschränkt zulässig, da sich das Verbot existenzvernichtender Maßnahmen erübrigt. Es gilt zu betonen, dass Existenzvernichtungen im Konzern keinesfalls legalisiert werden, die Lebensfähigkeit und der Bestand der Konzerngesellschaften bleiben vielmehr weiterhin zu gewährleisten.⁵³⁷ Allerdings entfällt dieses Problem, wenn der Bestand der Töchter für die Dauer des Unternehmensvertrages jederzeit durch die Verlust- und Liquiditätsdeckung gesichert ist.⁵³⁸ Auch das Verbot von Auszahlungen wegen (drohender) Zahlungsunfähigkeit entfällt, wenn der Eintritt von Zahlungsschwierigkeiten rechtlich ausgeschlossen ist (vgl. § 92 II AktG, § 64 GmbHG). Durch die Pflicht zur effizienten Verlustdeckung erweitert sich die Konzernleitungskompetenz also zur praktisch unbeschränkten Herrschaft im Vertragskonzern.⁵³⁹

⁵³⁷ OLG Düsseldorf AG 1990, 490; Emmerich/Habersack § 308 Rn. 60 ff.; Beck Hdb-AG/Liebscher § 15 Rn. 136.

⁵³⁸ Altmeyden ZHR 171 (2007), 320, 327.

⁵³⁹ Berthold S. 224.

Das praktische Bedürfnis, zwischen einfach schädigenden Weisungen (zulässig) und qualifiziert schädigenden Weisungen (unzulässig) zu differenzieren, erledigt sich also nach richtigem Verständnis von § 302 AktG. Gerade im Vertragskonzern, der die strenge aktienrechtliche Kapitalbindung aufhebt und geradezu auf Vermögensvermischung und Cash Pooling zwischen den Konzernunternehmen ausgerichtet ist, würde sich ansonsten das Problem der Existenzvernichtungsgefahr mit besonderer Vehemenz stellen.⁵⁴⁰ Die Weisungsmacht wird nicht nur umfassender, sie wird auch effizienter, da sich jeder Streit zwischen den Konzerngesellschaften über die möglicherweise existenzvernichtende Auswirkung einer Weisung – mit entsprechendem Verbot, die Weisung zu befolgen! – erübrigt (siehe unten zu der dadurch steigenden Rechtssicherheit der Geschäftsleiter). Bei nachteiligen Weisungen stellen sich allein die Fragen nach der hinreichenden Solvenz der Konzernmutter, und ob diese Weisung den Belangen der Konzernmutter oder des Konzerns dient. Den Anforderungen des § 308 I 2 AktG, der schließlich nach seinem Wortlaut auch keine Abgrenzung existenzvernichtender Weisungen erfordert, ist damit genüge getan. Damit verwirklicht das Gesetz die umfassendste Leitungsmacht im Interesse der Konzernmutter, die konzerninternen Weisungsstränge werden ähnlich effektiv wie innerhalb ein und derselben Gesellschaft. Die Unternehmensleitung einer Unternehmensgruppe gewinnt dadurch dieselbe Leitungsbefugnis über die gesamten wirtschaftlichen Aktivitäten der Gruppe wie die Leitung eines Unternehmens, das nur aus einer einzelnen Gesellschaft besteht. Wettbewerbsnachteile der Konzerne gegenüber Einzelgesellschaften werden auf diesem Wege beseitigt. Die Eigenschaft des Konzernrechts als Herrschaftsrecht wird in diesem Zusammenhang besonders deutlich.⁵⁴¹

Zusammenfassend lassen sich Weisungen im Vertragskonzern, die für sich gesehen die Existenz der abhängigen Gesellschaft gefährden würden, also auf zweifacher Weise behandeln:

1. Man kann sie schlicht untersagen, wie es der herrschenden Meinung entspricht. Existenzgefährdende Weisungen wären im Vertragskonzern dann ebenso rechtswidrig wie in fakti-

⁵⁴⁰ *Altmeyden* NZG 2010, 361, 365.

⁵⁴¹ Siehe oben Fn. **Error! Bookmark not defined.**

schen Konzernen und eine Haftung nach § 826 BGB hervorrufen. Dieses Ergebnis widerspricht dem Bedürfnis nach einer möglichst effektiven Konzernleitungsmacht.

2. Vorzugswürdig ist es dagegen, jede Möglichkeit einer Existenzgefährdung – ohne deren prinzipielle Unzulässigkeit in Frage zu stellen – tatbestandlich durch eine effektive Ausgestaltung der Verlustübernahmepflicht im Vertragskonzern (§ 302 AktG) auszuschließen. Damit erhält das herrschende Unternehmen die erweiterte Kompetenz, schädigende Weisungen auch dann zu erteilen, wenn die Weisung für sich gesehen bei einer unabhängigen Gesellschaft existenzgefährdend sein könnte.

ii. Interessen der Konzerntöchter und ihrer Stakeholder

Die Interessen der Gläubiger und Minderheitsaktionäre, aber auch der Konzerntöchter selbst, am effektiven Verlustausgleich liegen auf der Hand: Indem die Existenzgarantie des § 302 AktG das Bestandsinteresse und die Vermögenssubstanz der abhängigen Gesellschaften schützt, profitieren die Gläubiger und Aktionäre von der Werthaltigkeit ihrer Forderung bzw. Beteiligung.

Dagegen vermag die herrschende Meinung ihr selbsterklärtes Ziel, das Unternehmensrisiko der Untergesellschaft auf die Obergesellschaft zu übertragen, nicht zu erreichen. Mangels Liquiditätssicherungspflicht bleibt in ihrem Konzernmodell vielmehr eine erhebliche Insolvenzgefahr für die Untergesellschaft bestehen. Auch wenn sich die Praxis selbst nicht an das Modell der herrschenden Meinung hält und Konzerne ihre Teilglieder nicht ohne Not der Insolvenz überlassen, stellt sich doch die berechtigte Frage, ob diese verantwortungsbewusste Konzernleitungspraxis auch in Zeiten eines sich verschärfenden Wettbewerbs von Dauer sein wird.⁵⁴²

iii. Interessen der Geschäftsleiter im Vertragskonzern

⁵⁴² Diese Frage bereits aufgeworfen bei *Peltzer AG* 1975, 309.

Ein weiterer Vorteil des hier vertretenen Konzernverständnisses liegt darin, dass die Geschäftsleiter auf allen Ebenen des Vertragskonzerns von einer erheblich gesteigerten Rechtssicherheit und -klarheit profitieren. Der Unternehmensvertrag schafft nach dieser Sichtweise Klarheit über den Minderheiten- und Gläubigerschutz und macht die konzerninternen Weisungsstränge zwischen Ober- und Untergesellschaft einfacher und effizienter.⁵⁴³

Aus den verschiedenen Interessenskonflikten zwischen Ober- und Untergesellschaft und ihrem jeweiligen Management ergeben sich erhebliche Rechtsunsicherheiten für alle Beteiligten.⁵⁴⁴ Die Geschäftsleiter stehen nicht selten vor dem unlösbaren Dilemma, dass sie einerseits dem *intérêt social* ihrer Gesellschaft verpflichtet sind, sich gleichzeitig auch am Konzerninteresse orientieren müssen und zudem fremden Weisungen unterworfen sind. Diese Schwierigkeiten stellen sich bei Weisungen, die existenzvernichtend sein könnten, mit stärkster Vehemenz. Im Prinzip dürfen existenzvernichtende Weisungen nicht umgesetzt werden, aber wer kann schon a priori mit hinreichender Sicherheit bestimmen, wann sich eine Weisung existenzvernichtend auswirkt? Wer entscheidet über diese Frage bei Uneinigkeit zwischen Ober- und Untergesellschaft? Existenzvernichtende Weisungen darf der Geschäftsleiter nicht umsetzen und steht dann in der ungünstigen Situation, sich offen gegen den Willen seiner Konzernspitze positionieren zu müssen – was seiner Karriere im Konzern nicht zuträglich sein dürfte. Wenn es ihm nicht gelingt, die Konzernleitung auf eine verträgliche Unternehmensleitung zu drängen, bleibt ihm nach der Rechtsprechung zur eigenen Haftungsvermeidung nur der Rücktritt von seinen Ämtern.⁵⁴⁵ Andererseits wäre es ebenfalls pflichtwidrig, eine Weisung zu Unrecht als existenzvernichtend einzuschätzen und damit zu Unrecht zu verweigern. Bei (eventuell) existenzvernichtenden Weisungen steht der Geschäftsleiter also zwischen der Skylla des herrschenden Gesellschafterwillens und der Charybdis seiner persönlichen Haftung⁵⁴⁶ – das alles vor dem Hintergrund, dass für ihn seine berufliche Grundlage auf dem Spiel steht. Die herrschende Meinung stellt den Geschäftsleitern für dieses Dilemma keine Lösung zur Verfügung – dabei wäre eine rechtliche Klärung dieses Problems, wie *Marcus Lutter* es treffend for-

⁵⁴³ Vgl. *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 565.

⁵⁴⁴ *Lutter* ZGR 1987, 324, 333.

⁵⁴⁵ BFH Beschl. vom 12.05.2009 - VII B 266/08 (NV).

⁵⁴⁶ Vgl. *U. H. Schneider* FS Hoffmann-Becking, 1071.

muliert, ein „Gebot der Fairness“ für die Konzernleitung und die Geschäftsleiter der Untergesellschaften.⁵⁴⁷ Zudem verschärft sich das Problem der Interessenskonflikte in der Konzernpraxis noch zusätzlich, da verbreitet Doppelmandate in den verschiedenen Konzernvorständen vergeben werden: Doppelmandatsträger sollen für eine effiziente Führungsstruktur zwischen Unter- und Obergesellschaft sorgen, unterliegen aber als Diener mehrerer Herren zwangsläufig einem zusätzlichen Loyalitätskonflikt.⁵⁴⁸

In keiner anderen Situation ist die Loyalität und Rücksichtnahme der Geschäftsleiter derart gefordert wie bei der drohenden Existenzvernichtung der Gesellschaft. Aus der Treue- und Loyalitätspflicht sind die Geschäftsleiter dem Gesellschaftswohl verpflichtet und haben dem Bestandsschutz ihrer Gesellschaft die höchste Priorität einzuräumen.⁵⁴⁹ Hinzukommen gesetzliche Pflichten, die den Geschäftsleitern bei einer drohenden Insolvenz auferlegt sind: Ist ihre Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig, haben die Geschäftsleiter unverzüglich, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt des Insolvenzgrundes, einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a I InsO). Bei Verstößen drohen Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren (§ 15a IV InsO). Besteht die realistische Möglichkeit einer Insolvenz, haben die Geschäftsleiter bereits im Vorfeld eine Liquiditäts- bzw. Überschuldungsbilanz aufzustellen und die Situation kritisch zu verfolgen.⁵⁵⁰ Weiterhin müssen die Geschäftsleiter jede Zahlung unterbinden, die eine Zahlungsunfähigkeit verursacht oder vertieft (§ 92 AktG; für die GmbH: § 64 GmbHG). Verstöße gegen diese Pflichten ziehen eine persönliche, unbeschränkbare Haftung der Geschäftsleiter nach sich. Sogar ein Strafbarkeitsvorwurf wegen Untreue und Bankrotts kann im Raume stehen, wenn eine existenzvernichtende Auszahlung angewiesen wurde.⁵⁵¹

Nun mag es die Anhänger der herrschenden Meinung trösten, dass sich die Zahlungsunfähigkeit einer Konzerngesellschaft in der Praxis so gut wie nie realisiert, da zahlungskräftige Konzerne den Bestand ihrer Gesellschaften in aller Regel freiwillig sichern. Allein, welcher rechtliche Vorteil entspringt aus dieser freiwilligen Praxis? Können die Geschäftsleiter der Untergesellschaft

⁵⁴⁷ Lutter ZGR 1987, 324, 333.

⁵⁴⁸ MüKo AktG/Spindler § 76 Rn. 48 ff.

⁵⁴⁹ Heidel/Landwehrmann § 93 Rn. 20; MüKo AktG/Spindler § 93 Rn. 108 ff.

⁵⁵⁰ Bork S. 53, 56.

⁵⁵¹ Vgl. Fn. 201, 202.

ihre Insolvenzantragspflicht vernachlässigen, weil in derartigen Fällen „doch sonst auch immer“ eine rettende Liquiditätssicherung „von oben“ kommt? Dürfen sie entgegen § 92 AktG (bzw. § 64 GmbHG) trotz drohender Zahlungsunfähigkeit Gesellschaftsvermögen ausbezahlen, weil sie der bisherigen Konzernpraxis vertrauen? Und welche Bank würde einer zahlungsunfähigen Konzerngesellschaft weitere Kreditlinien alleine mit Blick auf eine eingebürgerte Konzernpraxis einräumen?

Die Anhänger der herrschenden Meinung stellen auch die Geschäftsleiter der Obergesellschaft in eine rechtlich schwierige Situation. Sie müssen sich bei der Erteilung von Weisungen an die Untergesellschaft (§ 308 AktG) an einem Sorgfaltsmaßstab messen lassen, als erteilten sie Weisungen gegenüber ihrer eigenen Gesellschaft (§ 309 AktG). Das schließt insbesondere das Verbot ein, existenzgefährdende Weisungen an andere Konzerngesellschaften zu erteilen; andernfalls droht eine persönliche Schadensersatzpflicht aus § 309 II AktG neben § 826 BGB.⁵⁵² Diese persönliche Haftung ist rechtstat-sächlich kein stumpfes Schwert: immer häufiger sehen sich Insolvenzverwalter vor die Aufgabe gestellt, Ansprüche aus den konzerninternen Beziehungen zu ermitteln und zu verwerten.⁵⁵³ Andererseits stellt sich für die Geschäftsleiter der Obergesellschaft immer auch die Frage, ob sie die Insolvenz der Untergesellschaft durch Zahlungen abwenden *dürfen*. Sofern es um den Ausgleich des Jahresfehlbetrages am Bilanzstichtag geht, ist diese Frage unmittelbar aus § 302 AktG leicht zu bejahen. Für die unterjährige Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit ist die Frage allerdings schwieriger zu beantworten. Die geltende Rechtspraxis erkennt *keine Pflicht* zu unterjährigen Liquiditätssicherung an – aber haben die Geschäftsleiter der Obergesellschaft in jedem Einzelfall ein *Recht* zu unterjährigen Abschlagszahlungen? Der Vorstand leitet die Gesellschaft in eigener Verantwortung, in diese Verantwortung fällt es auch, sich für oder gegen konzerninterne Auszahlungen zu entscheiden (§ 76 I AktG). Der Vorstand ist aber auch für eine ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleitung verantwortlich (§ 93 AktG), und eine freiwillige vorzeitige Auszahlung aus dem Gesellschaftsvermögen der Konzernmutter könnte als Pflichtwidrigkeit zu werten sein. So hat das *OLG Düsseldorf* einen Finanzvorstand der Obergesellschaft für ersatzpflichtig gehalten,

⁵⁵² Henssler/Strohn/Bödeker § 309 AktG Rn. 19.

⁵⁵³ *Sämisch/Adam* ZInsO 2007, 520.

der eine freiwillige Auszahlung zum Schadensausgleich bei einem Beteiligungsunternehmen veranlasste – dabei standen wirtschaftlich und unternehmensstrategisch sinnvolle Überlegungen hinter dieser Auszahlung, insbesondere zur Abwendung von Reputationsschäden.⁵⁵⁴ Grundsätzlich stellt eine verfrühte Auszahlung aus dem Gesellschaftsvermögen, für die keine Rechtspflicht besteht und insbesondere wenn sie unbesichert ist, eine Sorgfaltspflichtverletzung der Geschäftsleitung dar.⁵⁵⁵ Auch aus § 309 AktG ergibt sich keine allgemeine Einstandspflicht gegenüber der Tochtergesellschaft, da § 309 AktG nur den Sorgfaldmaßstab bei der Weisungserteilung festlegt. Zwar liegt die Rettung einer zahlungsunfähigen Untergesellschaften regelmäßig im Konzerninteresse (und damit im Interesse der Obergesellschaft), doch mögen durchaus Fälle denkbar sein, in denen es wirtschaftlich vorteilhaft wäre, sich einzelner Konzernunternehmen durch Insolvenz zu entledigen. Jedenfalls weist die herrschende Meinung die Entscheidung über die Rettung zahlungsunfähiger Untergesellschaften ins Ermessen der Konzernleitung. Aus diesem Ermessen folgt eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit: Erweist es sich die freiwillige Rettung einer Konzerngesellschaft als unökonomisch („gutes Geld schlechtem hinterhergeworfen“), droht eine persönliche Inanspruchnahme des Vorstands der Obergesellschaft.

Man dürfe kaum überschätzen, welchen hemmenden Effekt die Aussicht auf persönliche Haftung und Freiheitsstrafen auf die Aktivitäten der Geschäftsleiter ausübt. Größere persönliche Nachteile als diese Damoklesschwerter können Geschäftsleitern wohl kaum begegnen. Die Etablierung einer größeren Rechtssicherheit bewirkt hier nicht nur eine effektivere Konzernführung, sondern auch eine gebotene Fairness für die betroffenen Personen, wie *Marcus Lutter* gefordert hat.⁵⁵⁶ Ebendies wird erreicht, wenn das Existenzvernichtungsverbot faktisch wegfällt, wie nach dem hiesigen Konzernverständnis vorgeschlagen. In den Vorstandsetagen der Konzerne braucht kein Gedanke mehr über die Abgrenzung von einfachen und qualifizierten Schädigungen verschwendet zu werden. Jeder Streit über diese Frage zwischen den verschiedenen Vorstandsressorts und Konzerngesellschaften hätte sich erübrigt. Die Auszahlungsverbote von § 92 AktG und § 64 GmbHG

⁵⁵⁴ OLG Düsseldorf ZIP 1997, 27.

⁵⁵⁵ Vgl. BGH WM 1975, 467, 468 für die verfrühte Auszahlung eines Darlehens.

⁵⁵⁶ Siehe oben Fn. 547.

entfielen. Die Insolvenzgefahr wäre gebannt, für die besondere Aufstellung von Liquiditätsbilanzen bestünde kein Bedürfnis mehr. Auch die Überlegungen der Geschäftsleiter der Obergesellschaft, ob die Rettung oder die Insolvenz einer zahlungsunfähigen Untergesellschaft opportuner ist, hätten sich erledigt. Die Rechte und Pflichten zwischen den Konzerngesellschaften würden sich wesentlich deutlicher abzeichnen, sodass auch für Interessens- und Loyalitätskonflikte zwischen den Konzerngliedern weniger Raum bestünde. Insgesamt wäre die Tochtergesellschaft wesentlich effektiver in den Gesamtkonzern eingebettet und die Leitungsstruktur vereinfacht.

Ohnehin bleiben, auch nach dem hiesigen Konzernverständnis, genügend haftungsrechtliche Fallstricke für die Geschäftsleiter in Vertragskonzernen bestehen. Verbreitet ist die Leitungsstruktur im Konzern als Matrixstruktur aufgebaut, Gesellschaftsstruktur und die wirtschaftliche Organisationsstruktur fallen also häufig auseinander.⁵⁵⁷ Da sich die Haftung der Geschäftsleiter aber auch in einer Matrixstruktur nach dem „klassischen“ Gesellschaftsrecht richtet, stellen Matrixstrukturen eine erhebliche Risikoquelle dar.⁵⁵⁸ Außerdem müssen die Geschäftsleiter auf allen Ebenen die Solvenz der Konzernmutter im Blick behalten, und bei erkannten Bonitätsrisiken die Weisungserteilung und -befolgung einstellen. Alle Beteiligten machen sich nicht nur haftbar, sondern wegen Untreue (§ 266 StGB) auch strafbar, wenn sie trotz erkannter Insolvenz schädigende Weisungen erteilen und befolgen.⁵⁵⁹

iv. Zusammenfassung: Einfluss der Konzernhaftung auf die rechtlichen Interessen der Konzernbeteiligten

Erst mit der Verlustausgleichspflicht von § 302 AktG kann der eigentliche Zweck des Vertragskonzerns, die Konzernspitze mit umfassender Weisungsmacht auszustatten (§ 308 AktG), realisiert werden. Die beiden Kernaufgaben des Konzernrechts, nämlich Herrschaft und Schutz, stehen sich gewissermaßen als zwei kongruente Seiten derselben Medaille gegenüber: Die effektivste Herrschaft wird erst durch effektiven Schutz der potentiell

⁵⁵⁷ Siehe oben Fn. 140.

⁵⁵⁸ *Wisskirchen/Dannborn/Bissels* DB 2008, 1139 ff.

⁵⁵⁹ *Altmeyen* ZHR 171 (2007), 320, 328.

benachteiligten Personen ermöglicht. Die umfassende Herrschaftsmacht wird zum Preis umfassenden Schutzes „erkauft“, oder, in den Worten *Karsten Schmidts*: zwingender Präventivschutz dient nicht nur der Einschränkung, sondern „zugleich auch der Legitimation“ von Herrschaftsmacht.⁵⁶⁰ Vor diesem Hintergrund bewahrheitet sich das Postulat der herrschenden Meinung, wonach die Verlustübernahme als „Korrelat“ der Herrschaft anzusehen ist – allerdings nicht in dem Sinne, wie die herrschende Meinung behauptet: Die umfassende Einstandspflicht ist keine zwingende *Folge* umfassender Weisungsmacht (den Grundsatz, wonach derjenige mit Herrschaft auch haften muss, gibt es im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, wie gesagt, nicht). Die umfassende Einstandspflicht ist vielmehr die *Voraussetzung* umfassender Weisungsmacht. Denn erst im Zusammenspiel mit dem effektiven Vermögensschutz wird die Erteilung von Weisungen ermöglicht, die ansonsten existenzgefährdend und unzulässig wären.

7. Zusammenfassung: Zweck und Ratio von § 302 AktG

Warum also findet man die Verlustübernahmepflicht im aktienrechtlichen Vertragskonzern angeordnet? Um diese Frage zu beantworten, reicht es nicht aus, allein § 302 AktG zu untersuchen. Vielmehr kann die Funktion von § 302 AktG nur im Kontext des Vertragskonzernrechts insgesamt festgestellt werden. Der Vertragskonzern muss als Gesamtkonzept verstanden werden, in dem § 302 AktG nur ein Baustein unter vielen ist. Das Verständnis dieses Gesamtkonzeptes beeinflusst das Verständnis von § 302 AktG – und umgekehrt.

Der Zweck des Unternehmensvertrages ist, wie *Holger Altmeyden* richtig feststellt, die *wirtschaftliche Fusion* der Konzerngesellschaften nach Innen und nach Außen auf Zeit.⁵⁶¹ Die einzelnen Gesellschaften hören für die Dauer des Unternehmensvertrages auf, wirtschaftlich eigenständige Subjekte zu sein, und bilden dafür, in den Worten des BGH: eine wirtschaftliche Einheit.⁵⁶² Auch die Rechtfertigung schädigender Weisungen mit dem Konzerninteresse lässt sich nur mit der Vorstellung des Gesetzes erklären, dass ein Vertragskonzern ein einheitliches wirtschaftliches Unternehmen ist: Nur

⁵⁶⁰ *K. Schmidt* GmbH 1979, 121, 123.

⁵⁶¹ MüKo AktG/*Altmeyden* Vorbem. § 291 Rn. 7; *ders.* ZHR 171 (2007), 320, 327; *ders.* NZG 2010, 361, 364; zustimmend auch Großkomm AktG/*Windbichler* § 18 Rn. 24.

⁵⁶² BGH NJW 1986, 188, 191 („Autokran“).

wenn der Konzern als Wirtschaftseinheit verstanden wird, ist es plausibel, dass Vorteile der Gruppe Nachteile für die einzelne Gesellschaft aufwiegen.⁵⁶³ Gleich einer unselbstständigen Betriebsabteilung ist die abhängige Gesellschaft finanziell, organisatorisch und steuerrechtlich in das Gesamtunternehmen eingegliedert.⁵⁶⁴ *Veil* spricht in diesem Kontext zu Recht vom „umfassenden Integrationspotential“ des Unternehmensvertrages.⁵⁶⁵ Wenn die wirtschaftliche Trennung zwischen den Gesellschaften aber komplett aufgehoben ist, verliert das haftungsrechtliche Trennungsprinzip seine Grundlage. Mit anderen Worten: Eine wirtschaftliche Einheit kann nicht ohne haftungsrechtliche Vereinheitlichung verwirklicht werden. Die Verlustdeckungspflicht des § 302 AktG, wie sie hier verstanden wird, ist also *conditio sine qua non* zur Herstellung einer wirtschaftlichen Fusion zwischen den Gesellschaften.⁵⁶⁶

Diese wirtschaftliche Fusion im Vertragskonzern dient den rechtlichen und ökonomischen Interessen aller Beteiligten. Wie gezeigt wurde, vergünstigt eine höhere Rechtssicherheit auch die ökonomischen Rahmenbedingungen der Parteien. Es wurden drei Rechtsziele der Konzernhaftung und des Vertragskonzernrechts herausgearbeitet: Erstens kommt die Konzernspitze in den Genuss einer effektiven Leitungsmacht über die gesamte Konzerngruppe. Zweitens sind die rechtlichen Positionen der Konzerntöchter, ihrer Gläubiger und Minderheitsaktionäre geschützt (zumal der herkömmliche Schutz, etwa durch den Kapitalschutz oder durch das aktienrechtliche Schädigungsverbot, entfällt). Und drittens entsteht im Vertragskonzern ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit für die Geschäftsleitungen. Gerade zum ersten Ziel ist zu sagen, dass eine erweiterte Weisungsmacht (§ 308 AktG) explizit als ein Zweck der Konzernhaftung (§ 302 AktG) angesehen werden muss. Anders als teilweise behauptet wird, bewirkt die Konzernhaftung nicht bloß zufällig bzw. *en passant* ein weites Weisungsrecht der Konzernmutter,⁵⁶⁷ sondern zielt geradezu darauf ab.

Gegen das Konzept der wirtschaftlichen Fusion ließe sich einwenden, dass es die Unterschiede zwischen Vertragskonzern und Eingliederung einer Ge-

⁵⁶³ *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 46; *GroßkommAktG/Hirte* § 308 Rn. 49.

⁵⁶⁴ Vgl. *BFH WM* 1968, 409, 410.

⁵⁶⁵ *Veil* S. 118.

⁵⁶⁶ *Altmeyden NZG* 2010, 361, 364.

⁵⁶⁷ So aber (wörtlich „*en passant*“) *Berthold* S. 224.

sellschaft (§§ 319 ff. AktG) vermischt. In der Tat ist nicht der Vertragskonzern, sondern die Eingliederung der engste Einbindungstatbestand vor der eigentlichen Verschmelzung i.S.v. §§ 2 ff. UmwG.⁵⁶⁸ Aber abgesehen davon, dass die Einbindung für die Wirtschaftspraxis bedeutungslos ist,⁵⁶⁹ ist sie im GmbH-Recht auch nicht anwendbar,⁵⁷⁰ sodass der Abgrenzung zwischen Vertragskonzern und Einbindung für diese Arbeit an sich keine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Dennoch soll dieser Einwand hier in der gebotenen Kürze entkräftet werden.

Vertragskonzern und Einbindung unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen nicht unerheblich, sodass beide Institute nur schwer vergleichbar und voneinander abgrenzbar sind. Die Gesellschaftsanteile der eingegliederten Gesellschaft müssen, anders als beim Vertragskonzern, vollständig in der Hand der Konzernmutter sein (§ 319 I AktG), sodass sich a priori keine Frage nach dem Minderheitenschutz stellt. Anders als im Vertragskonzern haftet die Konzernmutter den Gläubigern der eingegliederten Gesellschaft als Gesamtschuldnerin (§ 322 AktG). Daneben besteht aber auch eine § 302 AktG ähnelnde Verlustdeckungspflicht (§ 324 III AktG). Auch hinsichtlich der Pflicht der eingegliederten Gesellschaft, Weisungen der Konzernmutter zu befolgen, verweist das Eingliederungsrecht auf den Vertragskonzern (§§ 323 I 2, 308 II 1 AktG). Die wesentlichen Eckpfeiler des Eingliederungskonzerns, nämlich die Verlustdeckungspflicht und das Weisungsrecht, sind mit dem Vertragskonzern also identisch. Wenn Eingliederung und Unternehmensvertrag in diesen zentralen Punkten aber parallel ausgestaltet sind, kann eine stärkere Abgrenzung zwischen beiden Konzerninstituten nur schwerlich gefordert werden. Nicht ohne Grund führte der Regierungsentwurf zum GmbH-Konzernrecht aus: „Den durch Beherrschungsvertrag verbundenen Gesellschaften werden dabei die sogenannten eingegliederten Gesellschaften im Wesentlichen gleichgestellt, deren wichtigstes Merkmal es ist, dass alle ihre Geschäftsanteile der herrschenden Gesellschaft gehören.“⁵⁷¹

⁵⁶⁸ *Emmerich/Habersack* § 319 Rn. 3.

⁵⁶⁹ *Vetter* ZHR 171 (2007), 342, 345.

⁵⁷⁰ Beck OK GmbH/*Servatius* KonzernR, Rn. 9.

⁵⁷¹ RegE GmbH-Konzernrecht Drucks. VI/3088, S. 210. Durch Verf. an die neue Rechtschreibung angepasst.

D. Das Gesellschaft- und Konzernrecht der GmbH

Nach der Darstellung des aktienrechtlichen Gesellschafts- und Konzernrechts schließt sich nun die entsprechende Behandlung des GmbH-Rechts an. Die Übertragung der aktienrechtlichen Konzernhaftung auf die GmbH setzt voraus, dass die Ratio von § 302 AktG, wie sie zunächst im aktienrechtlichen Kontext ermittelt wurde, auch im GmbH-Vertragskonzern berechtigt ist, ggf. mit Anpassungen an die spezifischen Eigenarten der GmbH.

Bevor in dieser Arbeit die Rechtslage einer konzernierten GmbH untersucht wird (vgl. unten S. 139 ff), soll ein Blick auf den gesellschaftsrechtlichen Regelfall einer unabhängigen GmbH geworfen werden. Wie im Konzern- und Gesellschaftsrecht der Aktiengesellschaft prägen sie Stichworte „Abhängigkeit“ und „einheitliche Leitung“ auch das GmbH-rechtliche Konzern- und Gesellschaftsrecht. Doch wird sich an diesen Stichworten, wie im Folgenden zu zeigen ist, auch der entscheidende Unterschied der GmbH zur Aktiengesellschaft manifestieren.

I. Die Stellung der Gesellschafter in einer unabhängigen GmbH

1. Weisungs- und Herrschaftsmacht der Gesellschafter

Zwar wird die GmbH formal von ihren Geschäftsführern geleitet, denen auch die Vertretung der Gesellschaft nach Außen gebührt (§ 35 I 1 GmbHG). Doch tatsächlich sind es die Gesellschafter, die in der GmbH die Zügel in der Hand haben: Über die Gesellschafterversammlung üben sie mittels Beschlüssen die tatsächliche Herrschaft in der GmbH aus (§§ 37 I, 47 I, 48 I GmbHG). An diese Gesellschafterbeschlüsse sind die Geschäftsführer gebunden (§ 37 I GmbHG),⁵⁷² auch wenn ihre Vertretungsmacht gegenüber Dritten hiervon prinzipiell unbeeinträchtigt bleibt. Dem Einzelgesellschafter steht sogar ein direktes Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern zu, sodass in diesem Fall ein gesonderter Gesellschafterbeschluss entbehrlich ist.⁵⁷³ Die Gesellschafter sind bei der Ausübung ihrer Weisungsmacht nicht verpflichtet, dem Geschäftsführer einen besonderen Frei-

⁵⁷² Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Koppensteiner/Gruber § 37 Rn. 26.

⁵⁷³ OLG Düsseldorf ZIP 1984, 1478; Konzen NJW 1989, 2977, 2979.

raum zu belassen – der Geschäftsführer darf also durchaus an sehr kurzer Leine geführt werden.⁵⁷⁴ Andererseits können sich die Gesellschafter nach ihrem Gutdünken auch darauf beschränken, nur die groben Leitlinien der Unternehmenspolitik vorzugeben und den Geschäftsführern ansonsten freie Hand zu lassen.⁵⁷⁵ Schließlich verfügen die Gesellschafter mit dem Recht, „ihren“ Geschäftsführer praktisch jederzeit abzuberufen (§ 38 I GmbHG), über ein weiteres effektives Herrschaftsmittel.⁵⁷⁶ Gleichermaßen können die Gesellschafter bestimmte Handlungen der Geschäftsführer von ihrer vorherigen Zustimmung abhängig machen.⁵⁷⁷ Während das oberste Leitungs- und Willensbildungsorgan einer Aktiengesellschaft der Vorstand ist, ist es im Fall der GmbH also unzweifelhaft allein die Gesellschafterversammlung.⁵⁷⁸

2. Gesetzliche Grenzen der Weisungsmacht

Daraus folgt freilich nicht, dass die Weisungs- und Herrschaftsmacht der Gesellschafter gegenüber ihrer GmbH schrankenlos wäre. Grobe Rechtsverstöße, hierin besteht Einigkeit, sind nicht vom Weisungsrecht der Gesellschafter erfasst.⁵⁷⁹ Es liegt auf der Hand, dass die Verletzung zwingenden Rechts – etwa die Hinterziehung von Steuern (vgl. § 370 AO), Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen (vgl. § 266 a StGB), Insolvenzverschleppung (vgl. § 64 GmbHG, § 15 a InsO) und Verstöße gegen die Kapitalerhaltungs- (§ 30 GmbHG) oder Buchführungspflichten (§ 41 GmbHG) nicht zulässig zum Gegenstand einer Weisung gemacht und vom Geschäftsführer auch nicht befolgt werden dürfen (arg. e § 43 III GmbHG; §§ 134, 138 BGB).⁵⁸⁰ Mit Urteil von 1959 befand der Bundesgerichtshof zudem auch solche Weisungen für unwirksam, die gegen die Satzung und gute Sitten verstoßen.⁵⁸¹ Ebenfalls unzulässig sind Weisungen, die einen Gesellschafterbeschluss oder eine etwaige Geschäftsordnung verletzen.⁵⁸² Unwirk-

⁵⁷⁴ Eine sehr engmaschige Leitungsmacht durch die Gesellschafter ist in der Praxis häufig anzutreffen: *Konzen* NJW 1989, 2977, 2978.

⁵⁷⁵ *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* § 37 Rn. 17 f.

⁵⁷⁶ *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 304.

⁵⁷⁷ *U. H. Schneider* FS Hoffmann-Becking, 1071, 1075 f.

⁵⁷⁸ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 1094; *Schilling* FS Hefermehl, 383, 390.

⁵⁷⁹ *BGH* NJW 1974, 1088, 1089; *Michalksi* GmbHG/*Lenz* § 37 Rn. 19; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 37 Rn. 22; *Rowedder/Schmidt-Leithoff* GmbHG/*Koppensteiner/Gruber* § 47 Rn. 100 ff.

⁵⁸⁰ *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* § 37 Rn. 22.

⁵⁸¹ *BGH* NJW 1960, 285. Diese Feststellung trifft auf einhellige Zustimmung der rechtswissenschaftlichen Lehre; vgl. etwa *Spindler/Stilz/Veil* § 308 Rn. 28 ff.

⁵⁸² *Autenrieth* GmbHR 1984, 198.

sam sind zudem Anordnungen, die dem Gesellschaftszweck oder dem Unternehmensgegenstand zuwiderlaufen oder gegen das Gebot der Gleichbehandlung zwischen den Gesellschaftern verstoßen.⁵⁸³ Und seit dem ITT-Urteil führt der Bundesgerichtshof auch Verstöße gegen die Treuepflicht auf der Liste der unzulässigen Weisungen.⁵⁸⁴

3. Konzernierungsverbot ohne Unternehmensvertrag oder Zustimmung aller Gesellschafter?

Nach einer teilweise vertretenen Auffassung ist es dem GmbH-Mehrheitsgesellschafter weiterhin nicht erlaubt, eine einheitliche Konzernleitungsmacht ohne Unternehmensvertrag auszuüben.⁵⁸⁵ Nach dieser Auffassung kann nur der Unternehmensvertrag ein hinreichend gesichertes Fundament zur Konzernleitung bieten – aus der bloß faktischen Macht über eine Gesellschaft folge nicht das Recht, diese den Konzerninteressen unterzuordnen (sog. Vertragsprinzip).⁵⁸⁶ Insbesondere auf *Ernst Mestmäcker* geht die Auffassung zurück, wonach die einheitliche und dauerhafte Konzernherrschaft außerhalb von Vertragskonzernen unzulässig sei.⁵⁸⁷ Im außervertraglichen Konzern besteht nach dieser Auffassung keine rechtmäßige Konzernorganisation; der Ausgleich zwischen Unter- und Obergesellschaft ist im faktischen Konzern schlicht Unrechtshaftung.⁵⁸⁸ In der schärfsten Konsequenz dieser Sichtweise gilt es, faktische Konzernleitung im GmbH-Recht gesetzlich zu verbieten, wofür manche Stimmen tatsächlich plädieren.⁵⁸⁹ Sollte ein Mehrheitsgesellschafter seine Macht zur Konzernleitung ohne Vertrag durchsetzen, werden unterschiedliche Sanktionen vorgeschlagen: *Schilling* spricht sich dafür aus, den Mehrheitsgesellschafter zur Haftung für die Gesellschaftsschulden und verschuldensunabhängigem Schadensersatz zu verpflichten oder den Minderheiten ein Recht auf Austritt gegen Barabfindung zuzubilligen; *Martens* plädiert für einen Anspruch der Minderheitsgesellschafter auf Abschluss eines Unternehmensvertrages durch den Mehrheitsgesellschafter.⁵⁹⁰ Jedenfalls ist nach dieser Sichtweise unverkennbar, welche im-

⁵⁸³ U. H. *Schneider* FS Hoffmann-Becking, 1071, 1075.

⁵⁸⁴ „ITT“, BGH NJW 1976, 191; *Konzen* NJW 1989, 2977, 2981.

⁵⁸⁵ *Schilling* FS Hefermehl, 383, 392 f.

⁵⁸⁶ *Würdinger* DB 1975, 1733.

⁵⁸⁷ *Mestmäcker* FS Kronstein, 129, 145 f.

⁵⁸⁸ *Bälz* AG 1992, 277, 304.

⁵⁸⁹ *Martens* DB 1970, 865, 867.

⁵⁹⁰ Vgl. *Schilling* FS Hefermehl, 383, 392 f., 394.

mense Kompetenzerweiterung ein Unternehmensvertrag auch im GmbH-Recht vermitteln würde, nämlich die Befugnis zur dauernden und einheitlichen Konzernleitung.

Dieser Theorie des Vertragsprinzips ist mit der heutigen h.M. allerdings entgegenzutreten.⁵⁹¹ De lege ferenda mögen vielleicht gute Erwägungen für diese Auffassung sprechen, der Gesetzgeber hat sich aber für eine andere Lösung entschieden. Das gilt zum einen für das Aktienrecht, das in den §§ 311 ff. AktG faktische Abhängigkeit und faktische Konzernierung durchaus als zulässige Form der Unternehmensverbindung anerkennt (sog. Faktizitätsprinzip).⁵⁹² Erst recht gilt eine gewisse Konzernoffenheit des Gesetzes für die GmbH, die im Rahmen der gesetzlich zulässigen Weisungen bewusst als gesellschaftsrechtliches Allzweckinstrument entwickelt wurde. Die GmbH ist bewusst offen für jede Art der Geschäftspolitik und Geschäftsleitung durch ihre Gesellschafter konzipiert worden, solange sie die zwingenden Gesetzesvorschriften einhalten und die Grenze sittenwidriger Eingriffe nicht überschreiten;⁵⁹³ Konzernpolitik ist nichts anderes als ein legitimer Teil von Unternehmenspolitik.⁵⁹⁴ Strukturell ist die GmbH mit ihrer gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit und ihrer Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern geradezu für den Einsatz als Konzernbaustein geschaffen, ohne dass diese faktische Konzernierung als Missbrauch der Gesellschaftsform gewertet werden könnte.⁵⁹⁵ *Karsten Schmidt* weist zutreffend darauf hin, dass faktische Konzerne und faktische Abhängigkeit kein Gegenstand von Geboten und Verboten, sondern ein tatsächlicher *Zustand* beim Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen sind.⁵⁹⁶ Die Ausübung dieser faktischen Herrschaft kann praktisch nicht verboten werden, zumal eine rechtssichere Abstufung von zulässigem Einfluss zu verbotener Konzernleitung gerade bei der GmbH kaum vorstellbar erscheint.⁵⁹⁷ Nicht nur der Tatbestand, auch die Rechtsfolgen einer „verbotenen“ Konzernleitung sind völlig unklar und widersprechen der gesetzlichen Systematik. Nicht einmal die Anhänger des

⁵⁹¹ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 31 IV 2b; *Emmerich/Habersack* § 311 Rn. 8; *Heidel/Schatz/Schödel* § 311 Rn. 6; *Scheffler* AG 1990, 173; *K. Schmidt* GmbHHR 1979, 121, 131 f..

⁵⁹² *BGH* NZG 2008, 831, 833; *Spindler/Stilz/H. F. Müller* Vorbem. § 311 Rn. 5; kritisch *Lieb* FS Lutter, 1151, 1163 f.

⁵⁹³ *Ehricke* FS Immenga, 537, 553 f.

⁵⁹⁴ *U. H. Schneider* FS Hoffmann-Becking, 1071, 1073.

⁵⁹⁵ Dies räumt ein *Schilling* FS Hefermehl, 383, 396 f.

⁵⁹⁶ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 31 IV 2b.

⁵⁹⁷ Dies räumt ein *Schilling* FS Hefermehl, 383, 394.

Vertragsprinzips sind sich einig, welche Konsequenzen eine „illegale“ Konzernleitungsmacht haben sollte. Zudem räumt auch *Wolfgang Schilling* ein, dass § 311 AktG die faktische Konzernleitungsmacht im Aktienrecht zumindest ermöglicht – für die ohnehin weisungsgebundene GmbH muss das erst recht gelten.

Daneben ist aber noch fraglich, ob die faktische Konzernierung der Zustimmung der Minderheitsgesellschafter bedarf oder ob der Mehrheitsgesellschafter seinen Einfluss in- und außerhalb der Gesellschaft frei ausüben darf. Zwei Konzernierungsmomente sind hier auseinanderzuhalten, nämlich zunächst die Begründung der faktischen Abhängigkeit von einem herrschenden Unternehmen, die sich dadurch auszeichnet, dass das herrschende Unternehmen seinen Einfluss ausüben *könnte*.⁵⁹⁸ Davon abzugrenzen ist die eigentliche Konzerngründung, die von der tatsächlichen Ausübung der einheitlichen Konzernleitung geprägt ist.

Abhängigkeit im konzernrechtlichen Sinne entsteht, wenn ein Mehrheitsgesellschafter eine fremdunternehmerische Tätigkeit aufnimmt und sich durch diese externe Interessenbindung vom herrschenden Privatgesellschafter zum herrschenden „Unternehmen“ aufschwingt (vgl. § 17 AktG).⁵⁹⁹ Hinsichtlich der Art dieses anderweitigen Wirtschaftens ist zu differenzieren: Auch ohne spezielle Satzungsregelung ist es dem Mehrheitsgesellschafter verboten, ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter in dieselbe Wirtschaftsbranche wie die GmbH einzutreten, da er einem gesetzlichen Wettbewerbsverbot unterliegt. Diese zutreffende Feststellung, die der BGH im Heumann/Oglivy-Urteil⁶⁰⁰ getroffen hat, beruht auf einer Analogie zu § 112 HGB und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.⁶⁰¹ Indes setzt eine externe Interessenbindung im Konzernsinne nicht voraus, dass zwischen dem Gesellschafter und der GmbH ein Wettbewerbsverhältnis entsteht – vielmehr reicht *jede* Form fremdunternehmerischer Tätigkeit aus, um eine Abhängigkeit i.S.v. § 17 AktG zu begründen.

⁵⁹⁸ U. H. *Schneider* FS Hoffmann-Becking, 1071, 1078.

⁵⁹⁹ MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 261 f.; vgl. oben Fn. 413.

⁶⁰⁰ BGH NJW 1984, 1351.

⁶⁰¹ Nahezu einhellige Zustimmung des Schrifttums, vgl. MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 257 m.w.N.

Nach einer ersten Ansicht besteht im GmbH-Recht ein Abhängigkeitsbegründungsverbot ohne Zustimmung aller Gesellschafter.⁶⁰² Denn die konzerntypische Gefährdungslage und Interessenskonflikte entstünden bereits mit der Abhängigkeitsbegründung, Präventivschutz sei folglich unabhängig von Wettbewerbssituationen geboten: Abhängigkeit von einem Unternehmen stelle eine derart starke Gefahr für die Interessen der GmbH dar, dass die Entscheidung darüber nicht allein im Ermessen des Mehrheitsgesellschafters liegen dürfe.⁶⁰³ Sofern die Satzung nicht bewusst konzernoffen verfasst wurde, habe jeder Gesellschafter die Unabhängigkeit der GmbH zu respektieren. Gerade bei personalistischer Struktur erfordere die Treuepflicht, dass sich der herrschende Gesellschafter vor Entstehung seiner Unternehmensposition einem Zustimmungsbeschluss der übrigen Gesellschafter stellt.⁶⁰⁴ Daneben kann konzernrechtliche Abhängigkeit aber auch dadurch entstehen, dass ein bisheriger Minderheitsgesellschafter, der bereits über externe Interessenbindungen verfügt, eine Mehrheitsposition erwirbt. Wenn er in einer derartigen Situation (auch durch Erbgang) zum herrschenden Unternehmen zu erstarken droht, müsse er nach dieser ersten Auffassung in Vorkehrungen einwilligen, um eine Ausübung seines beherrschenden Einflusses auf die GmbH auszuschließen.⁶⁰⁵

Nach einer zweiten Auffassung hängt nicht nur die Begründung der Abhängigkeit von der Zustimmung aller Gesellschafter ab, sondern auch die nachfolgende Konzerngründung.⁶⁰⁶ Beide Zustimmungen können zusammen in einem einheitlichen Beschluss erfolgen.⁶⁰⁷ Mit der (vor allem qualifizierten) faktischen Konzerngründung änderten sich der Gegenstand und die Interessenausrichtung der abhängigen GmbH, was gemäß § 33 BGB nicht gegen den Willen der außenstehenden Gesellschafter erfolgen dürfe.⁶⁰⁸ Der Unternehmensgegenstand, der schließlich im Gesellschaftsvertrag beschrieben sei, dürfe nicht bloß tatsächlich ohne Gesellschafterbeschluss geändert werden –

⁶⁰² Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR Rn. 96; MüKo GmbHG/Liebscher Anh. § 13 Rn. 263; Martens GmbHR 1984, 265, 269.

⁶⁰³ Martens GmbHR 1984, 265, 269.

⁶⁰⁴ Scholz GmbHG/Emmerich Anh. § 13 Rn. 56; MüKo GmbHG/Liebscher Anh. § 13 Rn. 263.

⁶⁰⁵ Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR Rn. 96.

⁶⁰⁶ Emmerich AG 1991, 303, 308; Kallmeyer GmbHR 2001, 745, 746 f.; U. H. Schneider FS Hoffmann-Becking, 1071, 1078.

⁶⁰⁷ U. H. Schneider FS Hoffmann-Becking, 1071, 1078.

⁶⁰⁸ Emmerich AG 1991, 303, 308.

teilweise wird, in Anlehnung an das Umwandlungsrecht, hierzu aber auch eine Zustimmung von Dreivierteln der abgegebenen Stimmen für ausreichend gehalten.⁶⁰⁹

Derlei Zustimmungserfordernisse sind mit der herrschenden und zustimmenden Meinung jedoch abzulehnen.⁶¹⁰ De lege lata kennt das GmbHG keine Konzerneingangskontrolle. Vielmehr ist die GmbH prinzipiell konzernoffen ausgestaltet: Solange die Grenzen rechtswidriger Weisungen nicht überschritten werden und keine direkte Konkurrenzfähigkeit aufgenommen wird, bedarf weder die Begründung von Abhängigkeit noch die Konzernbildung eines Zustimmungsbeschlusses in der Untergesellschaft.⁶¹¹ Wollen die Gesellschafter der Konzernbildung präventiv vorbeugen, bleibt ihnen dieser Schutz durch die Vereinbarung von Satzungsregelungen überlassen.⁶¹² Ohnehin werden die Minderheitsgesellschafter nicht schutzlos gestellt, mit der *actio pro socio*, dem Informationsrecht nach § 51a GmbHG und dem Recht zur Beschlussanfechtung können sie der Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen durchaus effektive Grenzen setzen.⁶¹³ Zudem ist zu betonen, dass der Mehrheitsgesellschafter in einem faktischen Konzern ohnehin jede Maßnahme unterlassen muss, mit der er die Interessen der GmbH schädigen würde: Außerhalb vom Vertragskonzern ist es jedem Gesellschafter untersagt, seinen Einfluss gegen den Willen der Mitgesellschafter zum Nachteil der GmbH einzusetzen (siehe zum Schädigungsverbot sogleich unten). Die Konzernierung an sich steht aber im Ermessen des Mehrheitsgesellschafter, diese Maßnahme ist also von seinen gesetzlichen Herrschaftsrechten umfasst. Es ist lediglich zu fordern, dass er seine Mitgesellschafter von dieser Maßnahme in Kenntnis setzt.⁶¹⁴

4. Schädigungsverbot?

⁶⁰⁹ *Kallmeyer GmbHR* 2001, 745, 746 f.

⁶¹⁰ *OLG Stuttgart NZG* 2000, 159; *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Koppensteiner/Schnorbus* § 52 Anh. Rn. 40; *Emmerich/Habersack* Anh. § 318 Rn. 21; *Roth/Altmeyen* Anh. 13 Rn. 127 ff.

⁶¹¹ *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Koppensteiner/Schnorbus* § 52 Anh. Rn. 40. Einen Zustimmungsbeschluss bei der Einbindung in einen qualifizierten faktischen Konzern forderte auch noch *OLG Stuttgart NZG* 2000, 159, 161 in einem *Orbiter dictum*. Ob daran festzuhalten ist, nachdem die Rechtsprechung von dieser Figur abgekommen ist, darf angezweifelt werden: ablehnend etwa *Roth/Altmeyen* Anh. 13 Rn. 131.

⁶¹² *OLG Stuttgart NZG* 2000, 159, 163.

⁶¹³ *Emmerich/Habersack* Anh. § 318 Rn. 21.

⁶¹⁴ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR* Rn. 97.

Schwieriger als bei eindeutigen Rechtsverstößen ist die Frage zu beantworten, ob Gesellschafter ihrer GmbH auch solche Weisungen erteilen dürfen, die erkennbar zu einer Schädigung der Gesellschaft führen würden. Eine Schädigung wird zumeist darin liegen, dass die Weisung die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft gefährdet.⁶¹⁵ Dabei sei zur Klarstellung darauf hingewiesen, dass sich diese Frage selbstverständlich nur dann stellen kann, wenn es sich um Weisungen eines Alleingeschafters oder sämtlicher Gesellschafter gemeinsam handelt. Ansonsten begeht ein Mehrheitsgesellschafter, der seinen Einfluss gegen den Willen der Mitgesellschafter bewusst zum Nachteil der GmbH einsetzt, zweifellos eine erhebliche Pflichtverletzung;⁶¹⁶ ein solches Verhalten wird treffend als gesellschaftsrechtliche „Todsünde“ schlechthin bezeichnet.⁶¹⁷

Ursprünglich hatte sich der Bundesgerichtshof noch für ein Schädigungsverbot auch des Alleingeschafters gegenüber seiner GmbH ausgesprochen. Er befand, dass eine bewusste Benachteiligung der GmbH nur im Vertragskonzern rechtmäßig sei: „Denn anders als dem an einem Beherrschungsvertrag beteiligten Unternehmen (vgl. § 308 Abs.1 S.2 AktG) ist es den Gesellschaftern einer GmbH trotz ihrer gesetzlichen Weisungsbefugnis **nicht erlaubt, die abhängige Gesellschaft im Konzerninteresse zu benachteiligen.**“⁶¹⁸ Mittlerweile nimmt das Gericht allerdings den Standpunkt ein, dass auch außerhalb von Vertragskonzernen eine schädigende Weisung der Gesellschafter prinzipiell zulässig ist, soweit nur das Stammkapital der GmbH erhalten bleibt (§§ 30, 31 GmbHG).⁶¹⁹ Jenseits vom Stammkapitalerhalt unterliegt das Gesellschaftsvermögen der Disposition der Gesellschafter, und die GmbH hat diesen gegenüber auch keinen Anspruch auf ungeschmälernten Bestand.⁶²⁰ Der Gesellschafter darf seine GmbH, vorbehaltlich existenzvernichtender (dazu sogleich unten), sittenwidriger und vorsätzlich rechtswidriger Maßnahmen, bei Erhaltung des Stammkapitals also auch ohne Unternehmensvertrag schädigen.

⁶¹⁵ *Autenrieth* GmbH 1984, 198, 199.

⁶¹⁶ Zu den Treuepflichten eines Mehrheitsgeschafters gegenüber den Minderheitsgeschaftern im GmbH-Konzern vgl. *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 39 III 2 b.

⁶¹⁷ *Flume* ZIP 1996, 161, 164.

⁶¹⁸ *BGH NJW* 1991, 3142, 3144 („Video“ – Hervorhebungen durch den Verfasser).

⁶¹⁹ *BGH NJW* 2000, 1571.

⁶²⁰ *BGH NZG* 2009, 1152, 1154.

Dieser neuen Rechtsprechung ist zuzustimmen, und auch aus der Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber ihrer GmbH kann kein Schädigungsverbot folgen – falls man denn überhaupt annimmt, dass der Alleingesellschafter bzw. die gemeinsam handelnden Gesellschafter einer Treuepflicht gegenüber der GmbH unterliegen.⁶²¹ Die Treuepflicht ist nämlich schon denklogisch auf das berechtigte Interesse der Gesellschaft beschränkt, eine Maßnahme kann schließlich nicht treuwidrig sein, soweit sie keine anzuerkennenden Interessen berührt. Anders als im Aktienrecht kann der GmbH aber gerade kein unabhängiges, von ihren Gesellschaftern zu trennendes Gesellschaftsinteresse zugestanden werden, das über das reine Interesse an der eigenen Existenz hinausgeht.⁶²² Nach der Gesetzeskonzeption ist die Gesellschaft vor dem Zugriff ihrer Gesellschafter im Prinzip nur insoweit geschützt, als dass ihr Stammkapital zu erhalten ist (§§ 30 f. GmbHG) und in der Krise eine Antragspflicht auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht (§ 15 a InsO) – eine weitergehende Rücksichtnahme kann de lege lata auch aus Sicht der Gläubiger nicht verlangt werden (zur Grenze existenzvernichtender Weisungen vgl. sogleich unten).⁶²³ Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass das GmbHG den Gesellschaftern durchaus die Position einräumt, ihre Gesellschaft bewusst zu schädigen.

5. Verbot der Existenzvernichtung?

Auch im GmbH-Recht sind zulässige Schädigungen durch die Gesellschafter von solchen Eingriffen abzugrenzen, die den Bestand und die Existenz der Gesellschaft aufs Spiel setzen. Die Grundsätze des Existenzvernichtungsverbots, die bereits für die Aktiengesellschaft beschrieben wurden (siehe oben S. 36 ff.), gelten für das gesamte Kapitalgesellschaftsrecht und damit auch und gerade für die GmbH. Die weitreichenden Möglichkeiten der GmbH-Gesellschafter bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages und ihre umfassende Leitungsmacht verursachen gerade in dieser Gesellschaftsform immer wieder Fälle missbräuchlicher Unternehmensführung und gaben der Rechtsprechung Anlass, das Existenzvernichtungsverbot zu entwi-

⁶²¹ Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob auch ein Alleingesellschafter gegenüber seiner Gesellschaft treuepflichtig ist; die herrschende Meinung verneint dies: Roth/*Altmeppen* § 13 Rn. 25.

⁶²² Vgl. BGH NJW 1993, 193; Roth/*Altmeppen* § 13 Rn. 70, 111; Beck GmbH-Hdb/*Vogt* § 17 Rn. 315.

⁶²³ Beck GmbH-Hdb/*Vogt* § 17 Rn. 315.

ckeln.⁶²⁴ Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass ein allein am Stammkapital orientierendes Modell (§§ 30 f. GmbHG) nicht genügend Schutz für die GmbH gewährleisten kann, da sich nicht jede Schädigung unmittelbar im bilanzmäßigen Kapital niederschlägt: Systematisch steht das Existenzvernichtungsverbot mit seiner korrespondierenden Haftung nach § 826 BGB neben den §§ 30 f. GmbHG und soll diese Schutzlücken schließen.⁶²⁵ Auch in Einmann-GmbHs gilt das Verbot der Existenzvernichtung.⁶²⁶ Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung aufgegriffen und mit dem MoMiG teilweise kodifiziert (vgl. § 64 S. 3 GmbHG).

6. Gesellschafterzugriff auf das Gesellschaftsvermögen und Schutz des Stammkapitals

a. Bindung des Stammkapitals

Das GmbH-Recht ist bekanntlich darauf bedacht, eine effektive Kapitalaufbringung und -erhaltung zu gewährleisten (§§ 19, 30 f. GmbHG). Die Rechtsprechung geht sogar so weit, die Kapitalerhaltungsnormen des §§ 30 f. als „Kernstück des GmbH-Rechts“ zu bezeichnen.⁶²⁷ Die große Aufmerksamkeit, die die Jurisprudenz dem GmbH-rechtlichen Kapitalschutz gewährt, vermag zu dem Eindruck verleiten, dass die Gesellschafter nur über einen geringen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen verfügten. Dieser Eindruck wäre indes falsch. Gerade im Vergleich zur aktienrechtlichen Kapitalbindung (vgl. § 57 AktG, dazu schon oben S. 23) verdeutlicht sich eine deutlich flexiblere Finanzverfassung der GmbH.⁶²⁸ Im Ausgangspunkt unterliegt das GmbH-Vermögen der freien Disposition ihrer Gesellschafter: Ausschüttungssperren in der Art, dass etwa wie im Aktienrecht nur der bilanziell ausgewiesene Gewinn an die Gesellschafter fließen dürfte, sind dem GmbH-Recht fremd.⁶²⁹ Auch schreibt das Gesetz nicht vor, dass die Gesellschafter für den Geschäftsbetrieb notwendiges Vermögen, das über das Stammkapital hinausgeht, ihrer GmbH überlassen müssten.⁶³⁰

⁶²⁴ Vgl. insb. *BGH NJW* 2007, 2689 („Trihotel“).

⁶²⁵ Rowedder/Schmidt-Leithoff *GmbHG/Pentz* § 13 Rn. 109.

⁶²⁶ Scholz *GmbHG/U. Schneider* § 37 Rn. 52.

⁶²⁷ *BGH NJW* 1958, 1351.

⁶²⁸ Vgl. *BGH NJW* 1980, 1524.

⁶²⁹ Vgl. zum Vorstehenden *K. Schmidt* *Gesellschaftsrecht*, S. 1134.

⁶³⁰ *Goette GmbH*, S. 66 f.

§ 30 I 1 GmbHG verbietet eine Auszahlung erst, wenn das Gesellschaftsvermögen nach Auszahlung nicht mehr zur „Erhaltung des Stammkapitals“ ausreichen würde. Das feste Stammkapital, das im Handelsregister einsehbar und in der Satzung festgelegt ist, stellt für die Gläubiger einen Mindesthaftungsfond dar und ist von den Gesellschaftern als absolute Mindestgrenze der Kapitalausstattung zu respektieren.⁶³¹ Damit statuiert das Gesetz nicht den Schutz eines bestimmten Vermögensgegenstandes, sondern eine rechnerische, bilanziell zu ermittelnde Wertbindung.⁶³² Den Gesellschaftern ist aus ihrem Mitgliedschaftsverhältnis der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen also insoweit verwehrt, als der Verlust eine Unterbilanz – d.h. eine fehlende Deckung des Stammkapitals durch das Eigenkapital – bewirken oder vertiefen würde.⁶³³ Erst recht – weil schon begrifflich von der Unterbilanz erfasst – verbietet § 30 I 1 GmbHG eine Auszahlung im Falle der Überschuldung.⁶³⁴ Ergänzt wird diese Norm von § 64 S. 3 GmbHG, wonach die Gesellschaft keine Zahlungen an Gesellschafter vornehmen darf, die zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH führten.

Außerhalb einer Unterbilanz lässt sich aber festhalten, dass die Gesellschafter einer GmbH weiten Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen haben. Das über den Stammkapitalbetrag hinaus vorhandene Vermögen ist gesetzlich nicht gesichert, über diese Summen können die Gesellschafter also nach freiem kaufmännischem Ermessen verfügen oder an sich ausschütten.⁶³⁵ Die Erhaltung des Stammkapitals stellt in den meisten Fällen eine nur niedrighschwellige Kapitalbindung dar, zumal die Gesellschafter jederzeit eine Herabsetzung des Stammkapitals beschließen können (§§ 58 f. GmbHG). Die gesetzliche Mindesthöhe des Stammkapitals von € 25.000 (§ 5 I GmbHG) stellt weder eine im wirtschaftlichen Kontext nennenswerte Garantie für die Gläubigerbefriedigung, noch eine bedeutende Einschränkung der Gesellschafter dar.⁶³⁶ Gerade in einem renditestarken Unternehmen, des-

⁶³¹ Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 30 Rn. 4.

⁶³² K. Schmidt Gesellschaftsrecht, S. 1132.

⁶³³ Goette GmbH, S. 69.

⁶³⁴ K. Schmidt Gesellschaftsrecht, S. 1135.

⁶³⁵ BGH NJW 1980, 1524, 1525.

⁶³⁶ Ballerstedt ZHR 135 (1971), S. 385 spricht zu Recht von einer *Seriositätsschwelle* als maßgeblichen Gesichtspunkt des Stammkapitals; ein hinlänglicher Gläubigerschutz sei hiermit nicht zwingend verbunden.

sen Eigenkapital deutlich über dem Stammkapital liegt, dürfte das Gesetz den Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen kaum spürbar beschränken.

b. Gewinnverwendung

Von der Frage, welchen Zugriff die Gesellschafter auf die vermögensmäßige Substanz der Gesellschaft haben, ist zu unterscheiden, wie die Gesellschafter den Jahresüberschuss verwenden und verteilen dürfen. Die Gewinnverwendung ist im GmbH-Recht wesentlich flexibler als im Aktienrecht ausgestaltet und liegt in der Kompetenz der Gesellschafterversammlung.⁶³⁷ §§ 46 Nr. 1, 29 I, II GmbHG weisen die Entscheidung über die Ergebnisverwendung den Gesellschaftern zu, gehen im Regelfall aber von einer Vollausschüttung des Jahresüberschusses an die Gesellschafter aus. Auch die Feststellung des Jahresabschlusses obliegt zwingend den Gesellschaftern (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Gewisse Einschränkungen der Gewinnausschüttungen folgen ggf. aus der Satzung und aus dem Gesetz: Doch während spezielle Satzungsregelungen zur Ergebnisverwendung praktisch weit verbreitet sind (und der Gestaltungsrahmen hier überaus weit ist, etwa bezüglich des Verteilungsmaßstabs, der Entscheidungsbefugnisse, Reservebildungen etc.),⁶³⁸ spielen gesetzliche Einschränkungen der Gewinnausschüttung kaum eine Rolle im GmbH-Recht.⁶³⁹ Ein seltener Fall, in denen das Gesetz eine Ausschüttungssperre vorsieht, ist etwa die bilanzrechtliche Ausschüttungssperre bei Aktivierung selbstgeschaffener immaterieller Werte (§ 268 VIII HGB).⁶⁴⁰ Daneben gibt es keine Zwangsthesaurierung von Gewinnen in der GmbH. Insbesondere existieren im GmbH-Recht – anders als bei der Aktiengesellschaft (vgl. § 150 AktG; s.o.) – keine gesetzlichen Rücklagen, für deren Bildung der Jahresüberschuss vorrangig herhalten muss.⁶⁴¹

Die Entscheidung über die Gewinnverwendung betrifft den Kern unternehmerischen Ermessens, weswegen die Gesellschaftermehrheit ihre Entscheidungen hier relativ frei vom Einfluss der Gerichte und auch gegen den Willen der Minderheiten durchsetzen kann (theoretisch freilich begrenzt

⁶³⁷ Kessler/Kröner/Köhler/*Prinz* § 10 Rn. 330.

⁶³⁸ Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 29 Rn. 35.

⁶³⁹ So auch Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 29 Rn. 15 a.E.

⁶⁴⁰ Auch mit dem Hinweis auf vermeintliche gesetzliche Ausschüttungssperren, die jedoch nicht als solche iSv. § 29 GmbHG gewertet werden können: Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 29 Rn. 15 f.

⁶⁴¹ *Emmerich/Habersack* § 301 Rn. 6.

durch die Gesellschaftertreuepflicht und das Verbot sittenwidrigen Handelns).⁶⁴² Sofern die Satzung und der Gesellschafterbeschluss keine anderslautenden Vorgaben machen, haben die Gesellschafter nach § 29 I 1 GmbHG Anspruch auf den Jahresüberschuss zuzüglich eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags. Auch hinsichtlich der Gewinnverwendung sind die GmbH-Gesellschafter damit überwiegend frei von gesetzlichen Restriktionen – und wesentlich freier als die Aktionäre einer Aktiengesellschaft.

II. Die vertragliche Konzernierung einer GmbH

Der Vertragskonzern ist im GmbH-Recht die engste Form der Anbindung zwischen zwei Gesellschaften, da die Eingliederung (vgl. §§ 319 ff. AktG) im GmbH-Recht nicht existiert.⁶⁴³ Das GmbH-Recht regelt den Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags und seine Rechtsfolgen nicht eigenständig, setzt die Zulässigkeit solcher Verträge aber implizit voraus (§ 30 I 2 GmbHG). Es oblag und obliegt damit der Rechtsprechung und Rechtslehre, das rechtliche Konstrukt des vertraglichen GmbH-Konzerns zu konturieren. Zentral für den GmbH-Vertragskonzern, wie er vom Bundesgerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung ausgeformt wurde, ist die zwingende Verlustübernahme des herrschenden Unternehmens analog § 302 AktG.⁶⁴⁴ Diese Auffassung trifft in der Rechtslehre auf weit überwiegende Zustimmung.⁶⁴⁵ Dieser rechtliche Status quo des GmbH-Konzerns soll im Folgenden betrachtet werden, bevor die Analogie von § 302 AktG eingehender beleuchtet und hinterfragt wird.

1. Voraussetzungen der vertraglichen Konzernierung einer abhängigen GmbH

Welche formalen Anforderungen an die vertragliche Konzernierung einer abhängigen GmbH zu stellen sind, hat der BGH vor allem im „Super-

⁶⁴² Lutter/*Hommelhoff* § 29 Rn. 21 ff.

⁶⁴³ Beck OK GmbH/*Servatius* KonzernR, Rn. 9; vgl. breits oben Fn. 570.

⁶⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1980, 231, 232 f.; BGH NJW 1988, 1326 („Familienheim“); BGH NJW 1992, 505, 506 („Stromlieferung“); BGH NJW 2006, 3279.

⁶⁴⁵ Vgl. Großkomm GmbHG/*Casper* Anh. § 77 Rn. 210; Roth/*Altmeyen* Anh. 13 Rn. 72; Beck'sches RA-Hdb./*Leistikow* § 44 Rn. 214; Beck OK GmbH/*Servatius* KonzernR, Rn. 4.2; Scholz GmbHG/*Emmerich* Anh. § 13 Rn. 180 ff.; *Liébscher* GmbH-KonzernR Rn. 736; *Raiser/Veil* KapGesR § 54 Rn. 53; Hdb. GmbH-Konzern/*Keßler*, S. 67; *Timm* GmbHR 1987, 8, 12 f.; *Mues* RNotZ 2005, 1, 12; *Hommelhoff/Freytag* DStR 1996, 1409, 1411; *Huber* ZHR 152 (1988), 123, 134; *Krieger* ZHR 158 (1994), 35, 38; *Schürnbrand* ZHR 169 (2005), 35, 52, *Bun- gert* DB 1995, 1449, 1454; *Hahn* DStR 2009, 1834, 1836; *Wilde* S. 37; *Philippi/Neveling* BB 2003, 1685, 1690.

markt“-Urteil⁶⁴⁶ und in der ergänzenden „Siemens“-Entscheidung⁶⁴⁷ definiert. Dabei stellte das Gericht insbesondere fest, dass der Abschluss eines Unternehmensvertrags weder für die Geschäftsführer einer herrschenden noch einer beherrschten Gesellschaft von der allgemeinen Vertretungsbefugnis (vgl. § 35 GmbHG) umfasst ist, sondern dass die Wirksamkeit des Unternehmensvertrages in jedem Fall von der Zustimmung der jeweiligen Gesellschafterversammlungen abhängt. Aus der Wertung des § 293 II AktG (der unmittelbar nur für eine herrschende Aktiengesellschaft oder KGaA anwendbar ist) hat das Gericht ein Zustimmungsbedürfnis – durchaus mit Außenwirkung – auch der Gesellschafterversammlung einer herrschenden GmbH hergeleitet. Zur Begründung stellt das Gericht explizit auf die Verlustübernahmepflicht der herrschenden Gesellschaft (entsprechend § 302 AktG) ab, wonach auch die Gesellschafter einer herrschenden GmbH nicht gegen ihren überwiegenden Willen mit dem Unternehmensrisiko der abhängigen Gesellschaft belastet werden sollen.⁶⁴⁸ Als notwendiges Zustimmungsquorum nennt der BGH in Anlehnung an § 293 II 2 iVm. I 2 mindestens $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen.⁶⁴⁹ Diese Rechtsprechung trifft auf weit überwiegende Zustimmung.⁶⁵⁰

Anders verhält es sich auf Ebene der Untergesellschaft. Zwar hat der BGH die Frage, welche Zustimmungshöhe in der Gesellschafterversammlung der abhängigen GmbH erforderlich ist, bisher offen gelassen.⁶⁵¹ Die allgemeinen Erwägungen, die das Gericht in Bezug auf die Konzernierung einer abhängigen GmbH anstellte, sprechen aber eine eindeutige Sprache: Demnach sind die Veränderungen, die der Abschluss eines Unternehmensvertrags auf die Struktur der abhängigen GmbH bewirkt, derart tiefgreifend, dass der BGH von einem „satzungsgleichen“ gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrag ausgeht.⁶⁵² Als maßgebliche Veränderungen im Vertragskonzern

⁶⁴⁶ BGH NJW 1989, 295.

⁶⁴⁷ BGH NJW 1992, 1452.

⁶⁴⁸ BGH NJW 1989, 295, 297; „Supermarkt“.

⁶⁴⁹ BGH NJW 1989, 295, 298; „Supermarkt“.

⁶⁵⁰ *Emmerich/Habersack* § 293 Rn. 46; *Liebscher GmbH-KonzernR*, Rn. 651 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR* Rn. 56; *Scholz GmbHG/Emmerich* Anh. § 13 Rn. 148; *Wilde* S. 122; andere Ansicht (§ 293 AktG bei einer herrschenden GmbH nicht anwendbar): *Roth/Altmeyen* Anh. 13 Rn. 45.

⁶⁵¹ *Roth/Altmeyen* Anh. 13 Rn. 36. Nicht zuletzt ist dies dem Umstand geschuldet, dass abhängige GmbHs in der Praxis sehr häufig Einmann-Gesellschaften sind, so auch im „Supermarkt“-Urteil.

⁶⁵² Vgl. auch für die anschließende Auflistung BGH NJW 1989, 295, 296; „Supermarkt“.

führt der BGH dabei auf, dass die Gesellschafterversammlung ihre Weisungskompetenz an die herrschende Gesellschaft abtritt, der Gesellschaftszweck durch Ausrichtung auf die Konzerninteressen geändert wird, die Gewinnverteilung neuen Grundsätzen unterliegt und die Pflicht zur Deckung des Stammkapitals suspendiert wird. Wegen dieser grundlegenden Auswirkungen erfordert der Abschluss eines Unternehmensvertrages nach überwiegender Auffassung die Zustimmung *aller* Gesellschafter der abhängigen GmbH (vgl. sinngemäß § 33 I 2 BGB).⁶⁵³ Auch dieser Zustimmungsbeschluss hat Außenwirkung, die Vertretungsmacht der Geschäftsführer reicht für den Abschluss eines Unternehmensvertrages wiederum nicht aus.⁶⁵⁴

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, allein ein Zustimmungserfordernis aller Gesellschafter lässt sich auch mit den soeben genannten Erwägungen des BGH vereinbaren. Denn der Unternehmensvertrag ändert nicht nur fundamental den Zweck der abhängigen Gesellschaft, er greift auch in die individuellen Weisungsrechte der Gesellschafter ein. Dieses höchstpersönliche Recht ist untrennbar mit der Gesellschafterstellung verbunden und darf – falls die Satzung keine anderen Vorgaben macht – nicht gegen den Willen des jeweiligen Mitglieds entzogen werden.⁶⁵⁵ Erst die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters legitimiert den Transfer sämtlicher Herrschaftsmacht von allen Gesellschaftern auf das herrschende Unternehmen. Daher erfordert der Zustimmungsbeschluss nicht bloß die Einstimmigkeit der abgegebenen Stimmen, sondern die tatsächlich Zustimmung aller, gegebenenfalls auch der nicht anwesenden Gesellschafter.⁶⁵⁶ Auch der Vergleich mit § 50 UmwG, der bei Verschmelzungen eine Zustimmungsquote von 75% ausreichen lässt, kann nicht als Argument gegen die Zustimmung aller Gesellschafter gewertet werden.⁶⁵⁷ Denn der umwandlungsrechtliche Minderheitenschutz ist erheblich wirksamer als im Konzernrecht, zumal sich die Minderheitsgesellschafter auch nach der Verschmelzung in ihrer „neuen“ Ge-

⁶⁵³ *BayObLG* WM 1988, 1229, 1232; Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR Rn. 54; Roth/*Altmeppen* Anh. § 13 Rn. 37, 40; *Ebricke* FS Immenga, 537, 546 f.; *Schilling* FS Hefermehl, 383, 391; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 1192.

⁶⁵⁴ *Schilling* FS Hefermehl, 383, 391.

⁶⁵⁵ *Ebricke* FS Immenga, 537, 546.

⁶⁵⁶ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 1192.

⁶⁵⁷ So aber *Lutter/Hommelhoff* Anh. § 13 Rn. 63 f.

sellschaft unternehmerisch engagieren können.⁶⁵⁸ Freilich kann aber, wenn auch die einschlägigen Fälle praktisch eher selten sein dürften, die Treuepflicht eine Zustimmung des (Minderheits-)Gesellschafters zum Abschluss des Unternehmensvertrags erforderlich machen. Dabei unterliegt das herrschende Unternehmen, wenn es selbst Gesellschafter der GmbH ist, in dieser Beschlussfassung keinem Stimmverbot: § 47 IV GmbHG steht dem nicht entgegen, da die Norm Verkehrsgeschäfte der GmbH erfasst, aber keine Beschlüsse über innere Gesellschaftsangelegenheiten.⁶⁵⁹

Eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der abhängigen GmbH ist keine Voraussetzung für den Abschluss oder die Wirksamkeit eines Unternehmensvertrages. Im Gegenteil stellt sich das Gesetz vor, dass der Vertrag auch mit einer externen, gesellschaftsfremden Person abgeschlossen werden kann. Dies ist indes, wie auch im Aktienkonzern, eine realitätsfremde Vorstellung.⁶⁶⁰ Gerade im GmbH-Recht dürfte man einen Vertragskonzern, in dem das herrschende Unternehmen nicht auch zumindest mittelbar herrschender Gesellschafter ist, so gut wie nie antreffen. Denn wie erwähnt, ist die steuerliche Organschaft wesentliches Motiv für den Abschluss eines Unternehmensvertrags, und die Organschaft setzt neben dem Vertrag auch eine (direkte oder indirekte) Mehrheit der Stimmrechte voraus (§ 14 I 1 Nr. 1 KStG).

2. Rechtsfolgen der vertraglichen Konzernierung einer abhängigen GmbH

Welche Folgen aus dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag resultieren, hat sich zunächst nach den Bestimmungen des Vertrages selbst zu richten. Auch ein nichtiger, aber gleichwohl durchgeführter Vertrag ist gemäß den Grundsätzen des fehlerhaften Unternehmensvertrages als wirksam zu behandeln, entfaltet also Rechtswirkung und wird nur ex nunc abgewickelt.⁶⁶¹

⁶⁵⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR Rn. 54; Ebricke FS Immenga, 537, 547.

⁶⁵⁹ So auch im Ergebnis BGH NJW 1989, 295, 297 „Supermarkt“; vgl. Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rn. 49; K. Schmidt Gesellschaftsrecht, S. 1192; a.A. Baumbach/Hueck/Zöllner § 47 Rn. 90.

⁶⁶⁰ Vgl. bereits Fn. 13.

⁶⁶¹ BGH NJW 1988, 1326 („Familienheim“); Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Pentz § 30 Rn. 64; eingehend Kleindiek ZIP 1988, 613 ff.

Anders als das AktG schweigt das GmbHG zu den Rechtsfolgen der vertraglichen Konzernierung – abgesehen von der erwähnten Suspendierung des Kapitalschutzes (§ 30 I 2 GmbHG). Damit hatte die Rechtsprechung die Frage zu beantworten, ob und inwieweit sich das Konzernrecht des AktG auf eine vertraglich konzernierte GmbH anwenden lässt. Einigkeit besteht im Ausgangspunkt, dass eine „Gesamtanalogie“ der §§ 291 ff. AktG nicht in Betracht kommt, dafür sind Aktiengesellschaft und GmbH in ihrer Grundstruktur zu unterschiedlich.⁶⁶² Vielmehr ist im Sinne einer Teilanalogie für jede konzernrechtliche Norm einzeln zu klären, ob eine Übertragbarkeit auf die GmbH möglich erscheint.⁶⁶³ Die Rechtsfolgen einer vertraglichen Konzernierung sollen im folgenden auf Grundlage der geltenden Rechtspraxis des Bundesgerichtshofs skizziert werden; die eingehende Untersuchung, ob diese Rechtspraxis berechtigt ist und welche Rechtsfolgen ein GmbH-rechtlicher Vertragskonzern haben *sollte* – insbesondere mit Blick auf die Verlustübernahmepflicht – wird Aufgabe der eingehenden Untersuchung am Abschluss dieser Arbeit sein.

a. Weitergehende Herrschaftsmacht des herrschenden Gesellschafters?

Welche Veränderungen der Unternehmensvertrag an der abhängigen GmbH bewirkt, hatte der BGH bereits in der erwähnten „Supermarkt“-Entscheidung erörtert und dabei insbesondere die Übernahme der umfassenden Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen angesprochen: Mit dem Unternehmensvertrag, so der BGH, verschiebt sich die Weisungskompetenz von der Gesellschafterversammlung auf den herrschenden Gesellschafter.⁶⁶⁴ Nach der Konzeption der §§ 291 ff. AktG vermittelt der Unternehmensvertrag – hier im spezifischen der Beherrschungsvertrag – die Rechtsmacht, direkt gegenüber der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft verbindliche Weisungen zu erteilen (§ 308 I, II AktG). § 308 AktG ist nach herrschender Meinung auch auf Beherrschungsverträge mit einer abhängigen GmbH anwendbar.⁶⁶⁵ Das Weisungsrecht des herrschenden Gesellschafters hat Vorrang vor dem Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafter

⁶⁶² *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 569; *Emmerich/Habersack* vor § 291 Rn. 7; *Wilde* S. 29.

⁶⁶³ *Wilde* S. 30 f.; *Emmerich/Habersack* vor § 291 Rn. 8.

⁶⁶⁴ BGH NJW 1989, 295, 296 („Supermarkt“).

⁶⁶⁵ *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 9.

nach § 37 I GmbHG und ersetzt mit anderen Worten die allgemeine Leitungsfunktion der Gesellschafterversammlung. Falls die Weisungen des herrschenden Gesellschafters mit Beschlüssen der Gesellschafterversammlung kollidieren, haben die Weisungen der Konzernspitze Vorrang.⁶⁶⁶ Der herrschende Gesellschafter muss seine Mitgesellschafter oder die Gesellschafterversammlung weder einbinden noch anhören,⁶⁶⁷ und ist bei der Ausübung dieser direkten Weisungsmacht von der Treuepflicht⁶⁶⁸ gegenüber seinen Mitgesellschaftern entbunden.⁶⁶⁹ Minderheiten können keine Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung mehr anfechten (§§ 243 ff. AktG analog), wodurch eine wichtige Quelle potentiellen Streits entfällt.⁶⁷⁰ Nur Maßnahmen wie Satzungsänderungen (§ 53 I GmbHG) oder Kapitalerhöhungen (§ 55 GmbHG), die zwingend in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung fallen, bleiben dieser auch im Vertragskonzern vorbehalten.⁶⁷¹

Diese Weisungen müssen selbst dann befolgt werden, wenn sie für die Tochtergesellschaft schädlich sind (vgl. § 308 AktG). Lediglich existenzvernichtende Weisungen bleiben nach der h.M., wie auch in der nichtkonzernierten GmbH, unzulässig und dürfen weder erteilt noch umgesetzt werden.⁶⁷² Wie auch im aktienrecht gilt das Existenzvernichtungsverbot also sowohl mit als auch ohne Bestehen eines Unternehmensvertrages.⁶⁷³ Die Existenzvernichtung ist damit zwar kein konzernrechtliches Problem per se, da verbotene Existenzvernichtungen innerhalb wie außerhalb von Konzernen auftreten können. Doch hat die Praxis gezeigt, dass dieses Problem gerade bei GmbH-Konzernen häufig virulent wird.⁶⁷⁴

b. Suspendierung des Kapitalschutzes

⁶⁶⁶ *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 10.

⁶⁶⁷ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 1218.

⁶⁶⁸ Zum Tatbestand der Treuepflicht vgl. Fn. 616.

⁶⁶⁹ *Bitter* ZIP 2001, 265, 275.

⁶⁷⁰ *MüKo GmbHG/Liebscher* Anh. § 13 Rn. 657.

⁶⁷¹ Zum Vorstehenden *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 10.

⁶⁷² Vgl. zum Verbot existenzvernichtender Weisungen oben S. 36 ff.

⁶⁷³ *BGH* NJW 2007, 2689 („Trihotel“); *OLG Düsseldorf* AG 1990, 490; *Emmerich/Habersack* § 308 Rn. 63 f.; *Hüffner* § 308 Rn. 19; *Schmidt/Lutter* AktG/*Langenbacher* § 308 Rn. 31; *Autenrieth* GmbHR 1984, 198, 199; *Immenga* ZHR 140 (1976), 301, 307 f.

⁶⁷⁴ *Beck*, DStR 2012, 2135, 2136 wirft die Frage auf, ob eine konzernrechtliche Beherrschung sogar Indizwirkung für eine Existenzvernichtung entfaltet, verneint dies jedoch zu Recht.

Seit der GmbH-Reform von 2008⁶⁷⁵ ist in einem Punkt unzweifelhaft von einer erweiterten Herrschaftsmacht im GmbH-Vertragskonzern auszugehen: Für die Dauer eines Unternehmensvertrages ist der herrschende Gesellschafter nicht weiter den Restriktionen der Kapitalbindung unterworfen (§ 30 I 2 GmbHG). An der Pflicht zur Stammkapitaldeckung in der Obergesellschaft ändert sich im Vertragskonzern freilich nichts, auch wenn der Wortlaut von § 30 GmbHG insoweit nicht eindeutig ist.⁶⁷⁶ Bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages darf die Untergesellschaft (d.h. ihr Geschäftsführer) verbindlich angewiesen werden, selbst das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter auszubehalten (vgl. auch ausdrücklich § 291 III AktG). Dieser Vorschrift entspricht die Parallelnorm des § 57 I 3 AktG, die ebenfalls 2008 durch das MoMiG eingeführt wurde und ihrerseits die Vermögensbindung in der Aktiengesellschaft suspendiert. Nach der herrschenden und zutreffenden Ansicht ist der Kapitalschutz nicht nur insoweit aufgehoben, als es um Auszahlungen an das herrschende Unternehmen geht; auch Auszahlungen an Dritte werden erfasst, soweit die Auszahlungen vom herrschenden Unternehmen veranlasst sind.⁶⁷⁷ Auch Zahlungen an die übrigen Konzerngesellschaften oder an Geschäftspartner der Konzernmutter sind damit umfassend möglich. § 30 I 2 GmbHG bezieht sich aber – trotz des weiterreichenden Wortlauts („an die Gesellschafter“) – nicht auf Auszahlungen an die außenstehenden, nicht am Unternehmensvertrag beteiligten Gesellschafter.⁶⁷⁸

Vor 2008 war es dagegen noch unklar, ob ein Unternehmensvertrag die Stammkapitalbindung aufhebt, da § 291 III AktG unmittelbar nur für den aktienrechtlichen Konzern gilt.⁶⁷⁹ Eine verbreitete Ansicht bejahte dies bereits auf Grundlage des alten Rechts.⁶⁸⁰ Ohnehin wird man sich fragen müs-

⁶⁷⁵ MoMiG, vgl. Fn. 61.

⁶⁷⁶ MüKo GmbHG/*Ekkenka* § 30 Rn. 269.

⁶⁷⁷ Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 16/9737, S. 98, abgedruckt bei *Goette* Das neue GmbH-Recht, S. 261; Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/*Pentz* § 30 Rn. 63; Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 30 Rn. 44.

⁶⁷⁸ Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/*Pentz* § 30 Rn. 63.

⁶⁷⁹ Vgl. *Schilmar* ZIP 2006, 2346 f.; dagegen etwa *Ehricke* Konzernunternehmen, S. 430 f.; *Bitter* ZIP 2001, 265, 276.

⁶⁸⁰ Im Video-Urteil wandte der BGH § 291 III AktG kommentarlos auf GmbH-Vertragskonzerne an: *BGH* NJW 1991, 3142, 3145; weitere Nachweise bei *Lutter/Hommelhoff* 30 Rn. 47. Nach vielfach vertretener Auffassung kam es darauf an, dass die Leistung „auf Grund“ eines Unternehmensvertrages erbracht wurde; dieser (höheren) An-

sen, ob ein ungedecktes Stammkapital im Vertragskonzern auf Grundlage der Rechtsprechung nicht ein eher seltenes Problem ist: Denn nach der geltenden Rechtsprechung verfügt die Tochtergesellschaft bei entstehenden Vermögensentnahmen über einen Verlustausgleichsanspruch (analog § 302 AktG), der schon vor seiner Fälligkeit als Aktivum der Tochtergesellschaft zu bilanzieren ist (§ 266 II lit. B II Nr. 2 HGB).⁶⁸¹ Somit würden, auf Grundlage der h.M., etwaige Nachteile bilanziell durch eine gleichhohe Forderung gegen das herrschende Unternehmen kompensiert. Da sich die Frage der Stammkapitaldeckung nach bilanzieller Betrachtungsweise bestimmt,⁶⁸² spricht vieles dafür, die Gefahr einer Unterbilanz im Vertragskonzern als gering einzuschätzen. Praktische Unsicherheiten mögen allenfalls in Konstellationen entstehen, in denen die Werthaltigkeit des Verlustausgleichs zweifelhaft ist oder eine Unterbilanz nicht nur bilanziell, sondern auch nach Wertungsaspekten zu bestimmen wäre, wie im November-Urteil des BGH⁶⁸³ geschehen: Darin postulierte der Bundesgerichtshof, dass auch in der Gewährung eines (marktüblichen!) Kredits eine Verletzung des Stammkapitals liegen kann, weil der Gesellschaft Liquidität entzogen wird. Eine derartige Sichtweise ist für Cash Pools und effizientes Liquiditätsmanagement im Konzern fatal. Auch wenn sich die Rechtsprechung des Novemberurteils dank der Reaktion des Gesetzgebers (vgl. § 30 I 2 Var. 2 GmbHG) erledigt hat, bleibt die Stammkapitalbildung in der Praxis der Unternehmensführung mit Unsicherheiten verbunden: Selbst wenn seine Suspendierung also nur selten zu einer tatsächlich erweiterten Herrschaftsmacht führen sollte, trägt sie doch in jedem Fall zu einer höheren Rechtssicherheit für alle Beteiligte bei.

c. Der Schutz der außenstehenden Gesellschafter

Im Aktienrecht muss der Unternehmensvertrag einen angemessenen Ausgleich in Form von Dividendengarantien (§ 304 AktG) oder einen Abfindungsanspruch (§ 305 AktG) für die außenstehenden (üblicherweise: Minderheits-)Gesellschafter vorsehen. Während § 305 I AktG klarstellt, dass die

forderung ist der Gesetzgeber mit der Formulierung „bei Bestehen“ eines Unternehmensvertrages in § 30 I 2 GmbHG entgegengetreten; vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Pentz § 30 Rn. 60. Gegen die Suspendierung des Kapitalschutzes im GmbH-Konzern vor MoMiG *Ebricke* Konzernunternehmen, S. 430 ff.

⁶⁸¹ MüKo HGB/Reiner/Haußer § 266 Rn. 70.

⁶⁸² *Goette* GmbH, S. 68.

⁶⁸³ BGH NJW 2004, 1111.

Abfindung vom herrschenden Unternehmen zu leisten ist, bestimmt § 304 AktG nicht ausdrücklich, wer Schuldner der Ausgleichspflicht ist. Mit Blick auf §§ 1 Nr. 1 und 5 Nr. 1 SpruchG besteht heute jedoch Übereinstimmung darüber, dass auch im Falle von § 304 AktG die Leistung vom herrschenden Unternehmen – und nicht von der abhängigen Gesellschaft – zu tragen ist.⁶⁸⁴ Ein Unternehmensvertrag, der überhaupt keinen angemessenen Ausgleichsanspruch vorsieht, ist im Aktienrecht nichtig (§ 304 III 1 AktG).

Ob §§ 304 f. AktG für die konzernabhängige GmbH analog anwendbar sind, ist sehr zweifelhaft. Der Bundesgerichtshof sprach sich im Supermarkt-Urteil – wenn auch nur in einem Nebensatz und ohne Begründung – für diese Analogie aus (mit Ausnahme der Gewährung eigener Aktien als Abfindung nach § 305 II AktG).⁶⁸⁵ Die besseren Argumente sprechen indes gegen die Anwendung des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes im GmbH-Konzern. Denn anders als im Aktienrecht bedarf der Unternehmensvertrag der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters der Tochter-GmbH (und just diese Frage hatte der BGH in seinem Supermarkt-Urteil offengelassen; siehe oben). GmbH-Minderheiten sind damit in einer viel stärkeren Verhandlungsposition, um ihre Vorstellungen und Interessen – bis zur eher hypothetischen Grenze der Treuwidrigkeit – gegenüber dem herrschenden Unternehmen durchzusetzen. In einer Tochter-GmbH besteht folglich ein gänzlich anderes Schutzbedürfnis der Minderheiten als in einer Tochter-AG.⁶⁸⁶ Der Schutz von §§ 304 f. AktG erübrigt sich daher, weswegen die Norm auf das Verhältnis zwischen GmbH-Gesellschaftern nicht übertragbar ist.⁶⁸⁷

d. Weitergehende Gewinnabführung?

Die Höhe der Gewinnabführung richtet sich in erster Linie nach den Vereinbarungen des Unternehmensvertrages, i.d.R. wird die abhängige Gesellschaft zur Abführung ihres „ganzen Gewinns“ verpflichtet sein (§ 291 I 1 Var. 2 AktG). Der Höchstbetrag der Gewinnabführung ergibt sich für eine

⁶⁸⁴ OLG Düsseldorf AG 1992, 200; OLG Frankfurt AG 2010, 368, 374; Spindler/Stilz/Veil § 304 Rn. 32; Schmidt/Lutter AktG/Stephan § 304 Rn. 26 ff.; Emmerich/Habersack § 304 Rn. 23.

⁶⁸⁵ BGH NJW 1989, 295, 297.

⁶⁸⁶ Auf diesen Punkt weist explizit hin: *Ebricke* FS Immenga, 537, 548.

⁶⁸⁷ *Emmerich/Habersack* § 304 Rn. 11; *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 761; *Baldamus* ZGR 2007, 819, 843; *Kleindiek* ZIP 1988, 613, 617.

abhängige Aktiengesellschaft aus § 301 AktG; danach sind insbesondere die gesetzlichen Rücklagen (§ 300 AktG) von einer Ausschüttung gesperrt. Auch eine abhängige GmbH wird sich im Unternehmensvertrag regelmäßig zur Abführung „ihres ganzen Gewinns“ verpflichten, da nur so eine steuerliche Organschaft des Konzerns etabliert werden kann (vgl. § 17 I 1 KStG).

Was die Abführung des „ganzen Gewinns“ im GmbH-Recht bedeutet, ist fraglich; das GmbHG liefert keine Definition dieses Begriffs. In seiner Fassung von 1892 bezeichnete § 42 Nr. 5 GmbHG den ganzen „Gewinn“ noch als den sich „aus Vergleichung sämtlicher Aktiva und Passiva ergebenden Gewinn“; gemeint war damit der Bilanzgewinn.⁶⁸⁸ Der „Bilanzgewinn“ nach § 42 GmbHG a.F. war schon nach altem Recht mit dem „Reingewinn“ des § 29 GmbHG a.F. gleichzusetzen und entspricht heute dem Jahresergebnis, der gemäß § 29 GmbHG n.F. an die Gesellschafter abgeführt werden kann, also dem „Jahreszuschuss zuzüglich eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags“.⁶⁸⁹ Mit anderen Worten: in einer vertraglich abhängigen GmbH wird derselbe Betrag ausgeschüttet wie in einer freien GmbH, das „Jahresergebnis“ nach § 29 GmbHG und der „ganze Gewinn“ des Vertragskonzerns sind identisch.⁶⁹⁰ Ob ein Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen wurde, hat also jedenfalls für die Gewinnerwartung eines Alleingesellschafters keinen Einfluss.⁶⁹¹ Im Übrigen kommt § 301 AktG im GmbH-Konzern eine geringere Funktion zu, da es im GmbH-Recht keine gesetzlichen Rücklagen im Sinne von § 300 AktG gibt.⁶⁹²

e. Pflicht zur Verlustübernahme

Der Verlustausgleich sichert die bilanzmäßige Vermögenssubstanz der Tochtergesellschaft und schützt, sofern der Ausgleichsanspruch als vollwertig bilanziert werden kann, vor ihrer Überschuldung gem. § 19 InsO⁶⁹³ (zur Funktion des § 302 AktG vgl. bereits ausführlich oben S. 49 ff.). Nach der derzeit geltenden Praxis sehen GmbH-rechtliche Unternehmensverträge in aller Regel eine explizite Vereinbarung der Verlustdeckungspflicht vor, da

⁶⁸⁸ Fischer/Lutter § 42 Rn. 8 (11. Aufl.).

⁶⁸⁹ *Sünner* AG 1989, 414, 417.

⁶⁹⁰ *Sünner* AG 1989, 414, 417.

⁶⁹¹ Auch *Verboeven*, S. 138 weist darauf hin, dass nach § 29 GmbHG im selben Umfang wie nach § 301 AktG der gesamte Gewinn der Gesellschaft ausgeschüttet werden kann.

⁶⁹² *Emmerich/Habersack* § 301 Rn. 6; *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 730 f.; *Sünner* AG 1989, 414, 417.

⁶⁹³ MüKo AktG/*Altmeyen* § 302 Rn. 2.

die steuerliche Organschaft nur durch ausdrücklichen „Verweis auf die Vorschriften des § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung“ hergestellt werden kann (§ 17 I 2 Nr. 2 KStG). Indes wäre diese ausdrückliche Bezugnahme aus Sicht der gesellschaftsrechtlichen Praxis entbehrlich, da der Bundesgerichtshof § 302 AktG auch im GmbH-Vertragskonzern bereits kraft Gesetzesanalogie für zwingend anwendbar hält. Die Analogie des § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern kann mittlerweile als gefestigte Rechtsfortbildung bezeichnet werden: In dem „Supermarkt“-Urteil sprach sich der BGH für die „unlösbare Verpflichtung“ des herrschenden Unternehmens aus, im Vertragskonzern die Verluste der beherrschten Gesellschaft zu übernehmen.⁶⁹⁴ Seine Rechtsprechung präziserte der BGH weiter in den „Familienheim“⁶⁹⁵ und „Stromlieferung“⁶⁹⁶-Entscheidungen. In seiner Rechtsprechung hebt das Gericht verschiedene Aspekte hervor, die für die „zwingende“ Analogie des § 302 AktG im GmbH-Konzernrecht sprächen: Erstens mache die fast schrankenlose Disposition über das Vermögen der beherrschten GmbH einen Verlustausgleich erforderlich, um die Gesellschaft und ihre Gläubiger vor einer Aushöhlung der bilanzmäßigen Substanz zu schützen.⁶⁹⁷ Zweites sei § 302 AktG ein Ausgleich für die Pflicht der beherrschten Gesellschaft, ihre gesamten Gewinne an die Obergesellschaft abzuführen. Der dritte Grund für die Verlustdeckungspflicht liegt nach der Rechtsprechung in der Rechtsmacht des herrschenden Unternehmens, die abhängige Gesellschaft zu leiten und auch gezielt zu schädigen.⁶⁹⁸ Der Bundesgerichtshof bezeichnet die umfassende Leitungsmacht des vertraglich herrschenden GmbH-Gesellschafters als „Rechtsgrund der Haftung“ und führt dazu aus: „Das Gesetz knüpft an diese Rechtsmacht die unwiderlegliche Vermutung, dass das herrschende Unternehmen von ihr tatsächlich Gebrauch gemacht hat; dieses hat daher das volle Unternehmensrisiko der abhängigen Gesellschaft zu tragen.“⁶⁹⁹ Die Pflicht zur Verlustübernahme sei – so das „Stromlieferung“-Urteil – als umfassende Übernahme des Unternehmensrisikos der Tochter zu verstehen und gelte auch dann, wenn die Obergesellschaft von ihrer Leitungsmacht keinen Gebrauch gemacht habe oder die

⁶⁹⁴ BGH NJW 1989, 295, 297.

⁶⁹⁵ BGH NJW 1988, 1326.

⁶⁹⁶ BGH NJW 1992, 505.

⁶⁹⁷ BGH NJW 1988, 1326 („Familienheim“).

⁶⁹⁸ BGH NJW 1992, 505, 506 („Stromlieferung“).

⁶⁹⁹ BGH NJW 1992, 505, 506; vgl bereits oben Fn. 243.

ausgeübte Leitungsmacht nicht zum Entstehen der Verluste beigetragen habe.

Als vierten Punkt, der für die Pflicht zur Verlustübernahme spräche, führt der Bundesgerichtshof die spezifischen Konzerngefahren an. Der Bundesgerichtshof betont in der Autokran-Entscheidung,⁷⁰⁰ dass „mit Beherrschungsverhältnissen dieser Art spezifische Gefahren verbunden sind. Während bei der selbstständigen Gesellschaft von einem gewissen Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter und selbst der Gesellschaftsgläubiger – nämlich an einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft – gesprochen werden kann, ist dieses für den Rechtsverkehr wesentliche Regulativ nicht mehr ohne weiteres vorhanden, wenn einer der Gesellschafter noch anderweitige Unternehmensinteressen verfolgt und innerhalb der Gesellschaft die Einwirkungsmöglichkeiten besitzt, um deren Geschäftstätigkeiten an seinen anderen unternehmerischen Interessen auszurichten.“⁷⁰¹ Die Rechtsprechung geht mithin auch im GmbH-Konzern von einer erhöhten Gefahrenlage für die konzernabhängige Gesellschaft aus, weswegen zu ihrem Schutz und dem ihrer Gläubiger eine Verlustübernahmepflicht analog § 302 AktG erforderlich sei.

Wie stichhaltig und überzeugend diese Argumente der herrschenden Meinung tatsächlich sind, soll am Ende dieser Arbeit eingehend untersucht werden (siehe unten S. 173 ff.).

III. Die faktische Konzernierung einer GmbH

Der faktische GmbH-Konzern ist nicht eigentlicher Gegenstand dieser Untersuchung. Gleichwohl soll er im Folgenden in der gebotenen Kürze behandelt werden: Denn zum einen kam im Laufe dieser Arbeit schon häufig die Sprache auf den faktischen GmbH-Konzern,⁷⁰² er soll schon deswegen nicht ohne Erörterung bleiben. Zum anderen hat gerade die Konzernhaftung analog § 302 AktG eine wechselvolle Geschichte im faktischen GmbH-

⁷⁰⁰ BGH NJW 1986, 188. Dieses Urteil hatte zwar einen (damals noch: qualifizierten) faktischen GmbH-Konzern zum Gegenstand und damit gerade keinen Vertragskonzern. Doch damals hielt der BGH §§ 302 f. AktG in dieser Konstellation auch für analog anwendbar. Die zitierten Argumente betreffen also generell die Analogie des § 302 AktG im GmbH-Konzern und lassen sich durchaus auf den Vertragskonzern erstrecken.

⁷⁰¹ BGH NJW 1986, 188, 189 („Autokran“).

⁷⁰² Vgl. insbesondere oben Fn. 432.

Konzern, aus dieser Entwicklung lassen sich möglicherweise relevante Impulse für die Haftung im GmbH-Vertragskonzern gewinnen. Denn viele der konzerntypischen Gefahren – wie Abhängigkeit und Interessenkonflikte – entstehen für die GmbH nicht erst mit dem Unternehmensvertrag, sondern bereits mit der faktischen Konzernierung, sodass sich im faktischen Konzern dieselben Fragen des Minderheiten- und Gläubigerschutzes stellen.⁷⁰³ Die Rechtsprechung wandte ursprünglich § 302 AktG auch im faktischen GmbH-Konzern analog an, ist hiervon seit den Bremer Vulkan-⁷⁰⁴ und Trihotel-⁷⁰⁵ Entscheidungen aber abgekommen. Dabei gibt es bis heute Stimmen, die die Anwendung von § 302 AktG auch im faktischen GmbH-Konzern für konsequent halten.⁷⁰⁶

1. Der Tatbestand der faktischen Konzernierung

Auch der faktische Konzern ist vom beherrschenden Einfluss eines Gesellschafters über seine Gesellschaft geprägt – doch anders als im Vertragskonzern beruht dieser Einfluss nicht auf einem Unternehmensvertrag, sondern auf der faktischen Stellung als Mehrheits- oder Alleingesellschafter. Bereits die bloße Mehrheitsbeteiligung begründet gesellschaftsrechtlich eine Herrschaft über die abhängige Gesellschaft (vgl. § 17 II AktG). Gerade im GmbH-Recht sind faktische Konzerne in der Praxis häufig anzutreffen, da der Mehrheitsgesellschafter „seine“ GmbH ohnehin leiten kann und deswegen nicht zwingend auf den Abschluss eines Unternehmensvertrages angewiesen ist.⁷⁰⁷ Dabei kommt es für die faktische Konzernbildung nicht darauf an, ob der herrschende Gesellschafter auch tatsächlich seinen Einfluss ausübt oder sich auch nur seiner Herrschaftsmacht bewusst ist – allein die objektive Möglichkeit der Beherrschung genügt für den Tatbestand.⁷⁰⁸

Um die Folgen dieser Beherrschung zu regeln, war es stets ein Anliegen des Gesetzgebers, möglichst viele GmbH-Konzerne zum Abschluss eines Unternehmensvertrages zu motivieren.⁷⁰⁹ Angesichts der nach wie vor hohen Anzahl faktischer Konzerne und der Unbeliebtheit des Unternehmensver-

⁷⁰³ *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 303.

⁷⁰⁴ *BGH NJW* 2001, 3622 („Bremer Vulkan“).

⁷⁰⁵ *BGH NJW* 2007, 2689 („Trihotel“).

⁷⁰⁶ So etwa *Beck OK GmbH / Servatius* KonzernR, Rn. 508a.

⁷⁰⁷ *Liebscher* GmbH-KonzernR, Rn. 304.

⁷⁰⁸ *Kölner Komm AktG/Koppensteiner* § 17 Rn. 17.

⁷⁰⁹ *MüKo GmbHG/Liebscher* Anh. § 13 Rn. 16.

trages bei GmbH-Gesellschaftern ist dieses Vorhaben allerdings (noch) nicht geglückt.⁷¹⁰

2. Entwicklung der Rechtsprechung zu faktischen GmbH-Konzernen

Auch die faktischen GmbH-Konzerne sind gesetzlich nicht eigens geregelt. Doch besteht seit langem Einigkeit, dass die aktienrechtlichen Vorschriften zum faktischen Konzern (§§ 311 – 318 AktG) nicht auf die GmbH übertragbar sind.⁷¹¹ Dem ist zuzustimmen, denn der faktische Einfluss eines GmbH-Gesellschafters ist gänzlich anders als der faktische Einfluss eines Mehrheitsaktionärs (zur gesellschaftsinternen Stellung der Aktionäre siehe oben). Zudem sehen die § 311 ff. AktG einen Nachteilsausgleich für schädigende Einzelmaßnahmen der Konzernmutter vor; der faktische GmbH-Konzern ist aber von einer besonders dichten Konzernleitung geprägt, in der sich die einzelnen Eingriffe gerade nicht mehr sinnvoll voneinander trennen lassen.⁷¹² Die Interessenlagen in einem faktischen Aktienkonzern und in einem faktischen GmbH-Konzern sind folglich so unterschiedlich, dass eine Analogie der §§ 311 AktG auf die GmbH nicht in Betracht kommt.⁷¹³

In der Entwicklung seiner Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in relativ kurzer Zeit unterschiedliche Haftungsmodelle zu faktischen GmbH-Konzernen entwickelt. In einer ersten Phase⁷¹⁴ zwischen 1985 und 2001 griff das Gericht das Rechtskonstrukt des „qualifizierten faktischen Konzerns“ auf und wandte auf diesen § 302 AktG analog an. Ein qualifizierter faktischer Konzern beschreibt eine besonders hohe Konzernierungsstufe, in der die Tochter-GmbH derart stark in die Geschäfte der Mutter eingebunden ist, dass ein spezielles Schutzbedürfnis für die Minderheiten und Gläubiger

⁷¹⁰ MüKo GmbHG/Liebscher Anh. § 13 Rn. 16; U. H. Schneider FS Hoffmann-Becking, 1071.

⁷¹¹ Vgl. BGH NJW 1976, 191; Goette GmbH, S. 330; Emmerich/Habersack Anh. § 318 Rn. 6.

⁷¹² Goette GmbH, S. 330.

⁷¹³ Zu den rechtsmethodischen Voraussetzungen einer Analogie vgl. unten S. 161.

⁷¹⁴ Im *Autokran*-Urteil von 1985 wandte der BGH die aktienrechtlichen Vorschriften über Vertragskonzerne (insbesondere § 303 AktG) auf einen faktischen GmbH-Konzern an und nahm dabei erstmals Bezug auf die Rechtsfigur des „qualifizierten faktischen Konzerns“; BGH NJW 1986, 188. Mit der *Video*-Entscheidung von 1991 bekräftigte der BGH die Anwendung des § 302 AktG im qualifizierten faktischen Konzern; BGH NJW 1991, 3142. In der „Klarstellung“ des *TBB*-Urteils von 1993 stützte der BGH die Haftung des Gesellschafters im faktischen GmbH-Konzern zwar weiter auf § 302 AktG analog, rechtfertigte diese Analogie jedoch nicht mehr mit der „dauernden und umfassenden Leitung der abhängigen Gesellschaft“, sondern mit der „Beeinträchtigung ihrer Interessen“, BGH NJW 1993, 1200.

der Tochter empfunden wurde.⁷¹⁵ Diese Rechtsfigur wurde erstmals 1972 vom Arbeitskreis GmbH-Reform⁷¹⁶ formuliert und vom BGH dahingehend definiert, dass sich in diesem Konzern die Einflussnahme des herrschenden Gesellschafters so verdichtet habe, dass sich darin einzelne schädigende Eingriffe des Gesellschafters nicht mehr isolieren und ausgleichen ließen.⁷¹⁷

Die entscheidende Schlussfolgerung, die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung für einen so strukturierten Konzern zogen, war es, die aktienrechtlichen Normen des Vertragskonzerns auf den qualifizierten faktischen GmbH-Konzern zu übertragen. Dogmatisch wurde dieser Schritt mit der Parallele zum Beherrschungsvertrag begründet, wonach der GmbH-Mehrheitsgesellschafter kraft seiner Stimmenmehrheit und ggf. Sonderrechte relativ leicht einen Zustand herstellen könnte, der dem aktienrechtlichen Vertragskonzern ähnelt.⁷¹⁸ Wegen dieser angeblichen strukturelle Nähe von Vertragskonzernen und faktischen GmbH-Konzernen stellte der BGH fest, dass „die Sachlage im faktischen GmbH-Konzern derjenigen **ganz ähnlich** sein kann, an die bei aktienrechtlichen Vertragskonzernen das Gesetz Schutzvorschriften anknüpft.“⁷¹⁹

Vom Anfang an unterlag die Figur des qualifizierten faktischen Konzerns der Schwierigkeit, dass seine tatbestandlichen Voraussetzungen kaum hinreichend klar zu definieren waren. Für die Praxis blieb zweifelhaft, ab welcher Konzernierungsdichte oder mit welcher Maßnahme der einfache faktische Konzern aufhörte und der qualifizierte faktische Konzern begann. Angesichts der höchst komplexen Stufen der Konzernverwirklichung sprach der BGH selbst von der Schwierigkeit zu definieren, ab welcher Intensität und Breite der Leitungsmacht im Einzelfall ein qualifizierter faktischer Konzern vorlag.⁷²⁰ Zudem waren die Kriterien, die der BGH für die Feststellung dieser Konzernierungsstufe nannte, keineswegs konstant. Während er den qualifizierten faktischen Konzern ursprünglich an der „dauernd und umfassend ausgeübten Herrschaftsmacht“ festmachte, stellte er später klar, dass der

⁷¹⁵ Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Koppensteiner/Schnorbus § 52 Anh. Rn. 18.

⁷¹⁶ Hueck/Lutter/Mertens/Rebbinder/Ulmer/Wiedemann/Zöllner S. 47 ff.

⁷¹⁷ Vgl. „TBB“-Entscheidung, BGH NJW 1993, 1200, 1202.

⁷¹⁸ Goette GmbH, S. 331 f.

⁷¹⁹ BGH NJW 1986, 188, 191 („Autokran“ – Hervorhebungen durch den Verfasser).

⁷²⁰ BGH NJW 1986, 188, 191 („Autokran“).

„objektive Missbrauch“ der Gesellschafterstellung und die „Beeinträchtigung der Interessen“ der GmbH maßgeblich seien.⁷²¹

Diese Rechtsprechung war aber keineswegs nur auf tatbestandlicher Ebene problematisch. Auch auf Rechtsfolgenseite war ihr die Schwierigkeit immanent, dass mit der (persönlichen!) Verlusthaftungspflicht eine abschreckende Haftungsgefahr geschaffen war. Ein Blick auf die Kasuistik verdeutlicht die Dramatik dieser Rechtsprechung, waren die betroffenen herrschenden Unternehmen in den einschlägigen Urteilen doch fast immer natürliche Personen.⁷²² Wem die Rechtsprechung erst einmal die Unternehmenseigenschaft attestiert hatte (und die hierfür erforderlichen wirtschaftlichen Interessen außerhalb der Gesellschaft waren schnell gefunden⁷²³), sah sich seit der Video-Entscheidung mit einer „verschuldensunabhängigen Konzernstrukturhaftung“⁷²⁴ konfrontiert. Gerade für Einmann-GmbHs, bei denen eine „dauernde und umfassende Herrschaft“ des Alleingeschafters in der Natur der Sache lag, führte dieser „haftungsrechtliche Keulenschlag“⁷²⁵ faktisch zu einer Aufhebung der Haftungstrennung – manche Stimmen wähten gar das Ende der Gesellschaft „mit“ beschränkter Haftung.⁷²⁶ *Karsten Schmidt* sprach von dieser Phase auch als die „Schreckensjahre“ für die konzernrechtliche Praxis.⁷²⁷ *Marcus Lutters* Analyse des Autokran-Urteils brachte die Widersprüchlichkeit der damaligen Rechtsprechung zutreffend auf den Punkt: Darin hatte ein Unternehmer sein einheitliches Unternehmen in sieben unterschiedliche GmbHs gegliedert und sah sich – allein wegen „böser“ zentralistischer Geschäftsführung – mit einer unbeschränkten persönlichen Haftung konfrontiert.⁷²⁸ Hätte er sein Unternehmen dagegen in nur einer GmbH geführt und dabei dieselbe einheitliche und zentralistische Leitung angewendet, wäre es nicht zu seiner persönlichen Haftung gekommen. Diese

⁷²¹ Vgl. Fn. 714.

⁷²² Vgl. etwa die BGH-Urteile zu Autokran (NJW 1986, 188), Video (NJW 1991, 3142), TBB (NJW 1993, 1200), EDV-Peripherie (NJW 1994, 446) und Architektenfall (NJW 1994, 3288).

⁷²³ So auch *Timm/Geuting* ZIP 1992, 821, 823.

⁷²⁴ *Liebscher GmbH-KonzernR*, Rn. 462.

⁷²⁵ *K. Schmidt* NJW 2001, 3577.

⁷²⁶ *Timm GmbHR* 1992, 213, 219.

⁷²⁷ *K. Schmidt* NJW 2001, 3577, 3578.

⁷²⁸ *Lutter* ZIP 1985, 1425, 1435.

Rechtsprechung war auch deswegen nicht nachvollziehbar, weil zentralistische Konzernführung de lege lata zulässig ist.⁷²⁹

Angesichts dieser praktischen Unzulänglichkeiten, aber wohl auch unter dem Eindruck einer „beispiellosen rechtswissenschaftlichen Urteilsschelte“⁷³⁰ bis hin zum Vorwurf der Verfassungswidrigkeit⁷³¹, war die Figur des qualifizierten faktischen Konzerns mit seiner analogen Anwendung von § 302 AktG nicht zu halten. Der BGH räumte ein, dass es mit der verschuldensunabhängigen, unbegrenzten Durchgriffshaftung zu einer Überreaktion der Rechtsprechung gekommen war.⁷³² In einer zweiten Phase, die mit der erwähnten Bremer Vulkan-Entscheidung 2001 eingeläutet wurde und mit dem Trihotel-Urteil 2007 endete, verabschiedete sich der Bundesgerichtshof dementsprechend von der „missglückten Rechtsfortbildung“⁷³³ des qualifizierten faktischen Konzerns und gab die analoge Anwendung des § 302 AktG im faktischen GmbH-Konzern endgültig auf. Diesen Schritt begründete der BGH auch ausdrücklich mit den unterschiedlichen Kapitalschutzvorschriften in Aktiengesellschaft und GmbH.⁷³⁴ Seitdem erübrigt sich die Unterscheidung zwischen „einfachen“ und „qualifizierten“ faktischen Konzernen. Im Bremer Vulkan-Urteil sowie in der darauf aufbauenden KBV-Entscheidung⁷³⁵ statuierte der BGH statt der analogen Anwendung des § 302 AktG eine Durchgriffshaftung auf das Vermögen des herrschenden Gesellschafters: Die Erhaltung des Stammkapitals der Tochter-GmbH, die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes sowie die Respektierung der Zweckbindung ihres Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger sei Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs der GmbH (§ 13 II GmbHG). Bei Missbrauch der Gesellschaftsform der GmbH entfalle diese Haftungstrennung, der Gesellschafter kann sich also nicht mehr auf § 13 II GmbHG berufen und haftet ggf. mit

⁷²⁹ Lutter ZIP 1985, 1425, 1435.

⁷³⁰ Liebscher GmbH-KonzernR, Rn. 464.

⁷³¹ Flume ZIP 1992, 817, 818.

⁷³² BGH NJW 2007, 2689, 2691 („Trihotel“) mit Hinweis auf einen Vortrag von Volker Röbriht, dem ehemaligen Vorsitzenden Richter des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats des BGH: Auch dieser sprach im Zusammenhang mit dem qualifizierten faktischen Konzern von einer Überreaktion; Röbriht ZIP 2005, 505, 513 f.

⁷³³ Vgl. Roth/Altmeyen Anh. 13 Rn. 147 ff., der in der Sache schon die TBB-Entscheidung als Abschied vom qualifizierten faktischen Konzerns sieht. Kritisch, die Figur des qualifizierten faktischen Konzerns aufzugeben zu haben: Scholz GmbHG/Emmerich Anh. § 13 Rn. 123.

⁷³⁴ BGH NJW 2001, 3622, 3623 („Bremer Vulkan“).

⁷³⁵ BGH NJW 2002, 3024.

seinem eigenen Vermögen für Verluste der GmbH. Hiermit hatte das Gericht einen allgemeinen Haftungstatbestand geschaffen, der zwar im Konzernrecht seinen typischen Anwendungsfall hat, der sich aber keineswegs alleine auf konzernspezifische Sachverhalte beschränkte.

3. Das aktuelle Haftungsregime im faktischen GmbH-Konzern

Doch auch dieses Haftungsmodell verwarf der Bundesgerichtshof nur sechs Jahre später mit der Trihotel-Entscheidung: In dieser - vorerst? - letzten Phase der Rechtsprechung qualifiziert das Gericht die missbräuchliche, insolvenzverursachende Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch den herrschenden Gesellschafter als existenzvernichtenden Eingriff und unterwirft dieses Verhalten – als besondere Fallgruppe einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung – dem allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsrecht (§ 826 BGB). Ein auf § 826 BGB gestützter Schadensersatzanspruch wegen Existenzvernichtung ist keine Neuschöpfung des Trihotel-Urteils, sondern wurde bereits im KBV-Urteil erörtert (dort letztlich aber noch offengelassen).⁷³⁶

Anders als § 302 AktG ist ein Haftungsmodell auf Grundlage von § 826 BGB keineswegs konzernspezifisch, obgleich derartige „Existenzvernichtungen“ gerade in GmbH-Konzernsituationen häufig auftauchen.⁷³⁷ Die Existenzvernichtungshaftung setzt auch keine Unternehmereigenschaft des Gesellschafters voraus.⁷³⁸ Wie bereits oben dargelegt, unterliegen die Gesellschafter generell dem Verbot, die Existenz ihrer Gesellschaft durch Eingriffe ins Gesellschaftsvermögen zu gefährden (siehe oben S. 36). Der Tatbestand der Existenzvernichtung, wie er seit Trihotel eine zentrale Rolle im GmbH-Konzernrecht spielt, unterscheidet sich nicht vom allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Existenzvernichtungsverbot.⁷³⁹ Auch im konzernrechtlichen Zusammenhang versteht der Bundesgerichtshof die Existenzvernichtungshaftung als Ergänzung zum Kapitalerhaltungsgebot. Diese zusätzliche Haftungssanktion sei „unzweifelhaft erforderlich, soweit das gesetzliche System der §§ 30, 31 GmbHG versagt bzw. wegen seiner begrenzten Reichwei-

⁷³⁶ BGH NJW 2002, 3024 f.

⁷³⁷ Vgl. Roth/*Altmeppen* Anh. 13 Rn. 153; *Bicker* DZWIR 2007, 284, 288.

⁷³⁸ *Röbriht* ZIP 2005, 505, 513.

⁷³⁹ Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/*Pentz* § 13 Rn. 110 ff.

te die gebotene Schutzfunktion von vornherein nicht erfüllen kann⁷⁴⁰, was insbesondere bei Maßnahmen relevant wird, die sich nicht in der Bilanz der Tochtergesellschaft niederschlagen, wie die Gewährung von Darlehen, der Entzug von Liquidität oder der Abschluss nachteiliger Pachtverträge.⁷⁴¹

In der Rechtsfolge entspricht die Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB nicht der Verlustübernahmepflicht nach § 302 AktG. § 302 AktG führt zu einer unbeschränkten Durchgriffshaftung auf das Vermögen des herrschenden Gesellschafters in Höhe der eingetretenen Verluste, ohne Rücksicht auf das konkrete Verhalten des Gesellschafters.⁷⁴² Dagegen bestimmt sich der nach § 826 BGB zu ersetzende Schaden nach §§ 249 ff. BGB: Anhand der Differenztheorie muss lediglich jener Schaden ersetzt werden, der gerade durch den existenzvernichtenden Eingriff entstanden ist.⁷⁴³ Soweit ein Verlust also auch bei redlichem Verhalten des Gesellschafters entstanden wäre, ist dieser Verlust – anders als bei § 302 AktG analog – nicht nach § 826 BGB erstattungsfähig.⁷⁴⁴ Die GmbH hat als Gläubigerin des Anspruchs die volle Darlegungs- und Beweislast für die Kausalität zwischen Eingriff und Schaden.⁷⁴⁵

4. Implikationen für die Analogie des § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern

Dieser Wandel der Rechtsprechung zum faktischen GmbH-Konzern wirft die Frage auf, ob nicht auch die Haftung des GmbH-Vertragskonzerns einer Neubewertung unterworfen werden muss.

Im Ausgangspunkt ist nämlich die Aussage des Bundesgerichtshofes, dass die Rechtslagen im faktischen GmbH-Konzern und im Vertragskonzern „ganz ähnlich“ seien, nicht von der Hand zu weisen. Denn sowohl die bloße Stellung als GmbH-(Allein-)Gesellschafter als auch der Abschluss eines Unternehmensvertrages vermitteln eine umfassende Herrschaft über die Tochter-GmbH und über ihr Vermögen. Gerade auch mit Blick auf die umfas-

⁷⁴⁰ BGH NJW 2007, 2689, 2690 „Trihotel“.

⁷⁴¹ Diese Beispiele sind dem Sachverhalt des Trihotel-Urteils entnommen; vgl. auch *Latter/Hommelhoff* Anh. § 13 Rn. 20.

⁷⁴² MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 601; Scholz GmbHG/*Emmerich* Anh. § 13 Rn. 114.

⁷⁴³ MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 602 f.

⁷⁴⁴ Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/*Pentz* § 13 Rn. 118; MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 601 ff; *Haas* ZIP 2006, 1373, 1381.

⁷⁴⁵ BGH NJW 2007, 2689, 2693 „Trihotel“.

sende Herrschaftsmacht spricht sich der BGH für einen erforderlichen Ausgleich in Form der Verlustdeckungspflicht aus – unabhängig von der Art und Weise, wie diese Herrschaftsmacht im Vertragskonzern ausgeübt wird.⁷⁴⁶ Zwar hat der BGH in den Video- und Stromlieferungs-Urteilen noch insofern einen Unterschied zwischen beiden Konzernarten gesehen, als eine bewusste Schädigung der Konzerntochter nur im Vertragskonzern und nicht im faktischen Konzern zulässig sei.⁷⁴⁷ Indes ist gerade dieser „Unterschied“ unzutreffend und in der Rechtsprechung auch überholt. Vielmehr erkennt auch der BGH inzwischen an, dass jedenfalls bei Einvernehmen aller Gesellschafter bzw. bei einer Einmann-GmbH eine bewusste Benachteiligung der GmbH zulässig ist.⁷⁴⁸ Freilich gilt hier die Grenze des Existenzvernichtungsverbots, doch besteht diese Grenze eben auch im Vertragskonzern. Zusätzlich betont der BGH, dass die spezifischen Konzerngefahren im GmbH-Recht schon mit der faktischen Konzernierung ansetzen und nicht erst mit dem Vertragskonzern.⁷⁴⁹ Wenn aber in beiden Konzernarten eine ähnliche Herrschaftsstruktur und Gefahrenlage bestehen, und die Analogie des § 302 AktG gerade mit Blick auf diese Herrschaft und Gefahren begründet wird, ist eine unterschiedliche Ausgestaltung der Haftungsregime in vertraglichen und faktischen GmbH-Konzernen zumindest erklärungsbedürftig. Anders formuliert: Wenn der BGH feststellt, dass strukturelle Unterschiede zwischen AG und GmbH einer Analogie von § 302 AktG im faktischen GmbH-Konzern entgegenstehen,⁷⁵⁰ dann stellt sich die Frage, ob das Haftungsmodell der (ähnlichen?) GmbH-Vertragskonzerne nicht ebenfalls der konsequenten Abkehr von § 302 AktG bedarf. Zumindest wird zu klären sein, welche Unterschiede zwischen faktischen und vertraglichen Konzernen bestehen, um unterschiedliche Haftungsregime rechtfertigen zu könnten.

Die Debatte um die „wuchernde Haftung des GmbH-Geschafters“⁷⁵¹ im qualifizierten faktischen Konzern muss auch als Warnung dienen, die Haftungstrennung im GmbH-Recht nicht leichtfertig aufzugeben. Die persönli-

⁷⁴⁶ BGH NJW 1992, 505, 506 („Stromlieferung“).

⁷⁴⁷ BGH NJW 1991, 3142, 3144 („Video“); BGH NJW 1992, 505, 506 („Stromlieferung“).

⁷⁴⁸ Vgl. Fn. 619.

⁷⁴⁹ So explizit zum faktischen Konzern BGH NJW 1986, 188 („Autokran“); vgl. Fn. 700.

⁷⁵⁰ Vgl. Fn. 734.

⁷⁵¹ K. Schmidt NJW 2001, 3577.

che Haftung der GmbH-Gesellschafter ist prinzipiell systemwidrig und muss die Ausnahme bleiben. Die „missglückte Rechtsfortbildung“ des qualifizierten faktischen Konzerns ist eben auch ein abschreckendes Beispiel dafür, welche Konsequenzen bei einer exzessiv ausgeweiteten Verlustübernahmepflicht drohen. Statt einer pauschalen Abkehr vom Prinzip der Haftungstrennung (§ 302 AktG analog) könnte es auch im Vertragskonzern vorzugsweise sein, einen Nachteilsausgleich nur für individualisierbare sittenwidrige Schädigungen zuzulassen (§ 826 BGB). Ein solcher Paradigmenwechsel hätte nicht nur den Vorteil, die Haftungsregime in faktischen und vertraglichen GmbH-Konzernen auf dieselbe Grundlage zu stellen; mit diesem Schritt würde sich das deutsche Konzernrecht auch dem internationalen Rechtsstandard annähern. Wie bereits dargelegt wurde, verzichten die ausländischen Rechtsordnungen weit überwiegend auf ein spezifisches Konzernrecht, und ziehen vielmehr das allgemeine Gesellschafts- und Zivilrecht zur Lösung konzernrechtlicher Probleme heran.⁷⁵² Dementsprechend sprechen sich auch in Deutschland wieder vermehrt Stimmen dafür aus, die Beherrschung einer GmbH auf Grundlage des allgemeinen Gesellschaftsrechts und unter Verzicht auf konzernrechtliche Denkfiguren auszugestalten.⁷⁵³

⁷⁵² Vgl. Fn. 57.

⁷⁵³ Hierauf weist – allerdings sehr kritisch – hin Michalski *GmbHG/Servatius* Syst. Darst. 4 Rn. 1.

E. Die Verlustübernahmepflicht im GmbH-Vertragskonzern: Analogiefähigkeit von § 302 AktG?

Damit eine Rechtsfortbildung durch Analogie in Betracht kommt, müssen die rechtmethologischen Voraussetzungen einer Gesetzesanalogie gegeben sein. Bekanntlich setzt die analoge Anwendbarkeit einer Norm (I) die planwidrige Lückenhaftigkeit einer Regelung sowie (II) die Vergleichbarkeit der Interessenlage zwischen der geregelten und der unregulierten Rechtsmaterie voraus.⁷⁵⁴

I. Planwidrige Gesetzes- bzw. Regelungslücke

Eine Gesetzes- bzw. Regelungslücke liegt vor, wenn das Gesetz für einen Sachverhalt, der in einem prinzipiell geregelten Bereich liegt, keine Rechtsfolgenanordnung enthält, also „schweigt“.⁷⁵⁵ Unter „Gesetz“ ist hier nicht nur das kodifizierte Recht, sondern die Gesamtheit der in den Gesetzen und Gewohnheitsrechten verankerten, der Anwendung fähigen Normen zu verstehen.⁷⁵⁶ Von einer Lücke kann dabei nur gesprochen werden, wenn das Gesetz auch unter Ausschöpfung aller Auslegungsmittel, insbesondere unter historischer und teleologischer Auslegung des gesetzgeberischen Regelungsplanes, keine Regelung enthält, obwohl nach dem ermittelten Willen des Gesetzgebers eine Regelung zu erwarten wäre.⁷⁵⁷

Eine Lücke ist aber nur dann ausfüllungsbedürftig, wenn sie vom Gesetzgeber planwidrig offengelassen wurde. Eine lückenfüllende Rechtsfortbildung gegen den Willen des Gesetzgebers würde dessen primäre Rechtssetzungskompetenz verletzen.⁷⁵⁸ Ein „Schweigen“ des Gesetzes allein rechtfertigt also noch nicht zur Lückenfüllung, da der Gesetzgeber – im Sinne eines „beredten Schweigens“ – durchaus gewollt haben kann, dass ein bestimmter Sachverhalt gesetzlich unregelt bleibt. Derlei gewollte Lücken mag man als rechtspolitisch verfehlt ansehen, doch obliegt eine Korrektur politisch beab-

⁷⁵⁴ *Pawlowski* Methodenlehre, § 11 Rn. 481.

⁷⁵⁵ *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 191.

⁷⁵⁶ *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 191.

⁷⁵⁷ *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 194.

⁷⁵⁸ *Ebricke* AcP 199 (1999), 257, 273.

sichtiger Lücken ausschließlich dem Gesetzgeber selbst.⁷⁵⁹ Dabei ist nicht jede gesetzliche Unvollständigkeit, die der Gesetzgeber erkannt hat, auch von ihm gewollt. Er kann sich also durchaus einer Lücke bewusst sein, ohne sie zu wollen, es also vielmehr bewusst der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft überlassen, diese Lücke auszufüllen.⁷⁶⁰ Die Abgrenzung zwischen einem rechtspolitisch „gewollten Fehler“ und einer nur bewussten Lücke ist nicht zuletzt auch eine Frage der Wertung: Liegt, gemessen an der *eigenen* Regelungsabsicht des Gesetzgebers, eine Lücke vor? Oder existiert die Lücke nur nach dem Maßstab rechtspolitischer Wünsche und Anregungen an den Gesetzgeber?⁷⁶¹ Im Übrigen kann nur dann von einer planwidrigen Lücke gesprochen werden, wenn im Rechtsverkehr ein Bedürfnis und eine Notwendigkeit für eine spezifische Regelung besteht, diesem Bedürfnis aber auch unter Zuhilfenahme des allgemeinen Rechts nicht abgeholfen werden kann.⁷⁶²

Auf das Fehlen eines eigenständigen GmbH-Konzernrechts, mithin also auf eine Regelungslücke, wurde bereits mehrfach hingewiesen. Aber ist die fehlende Regelung auch eine planwidrige, ausfüllungsbedürftige Lücke? Dagegen werden Zweifel geäußert, weil der Gesetzgeber zu Beginn der Siebzigerjahre zwar eine Kodifikation des GmbH-Konzernrechts in Angriff genommen hatte, dieses unterfangen aber bewusst abbrach und auch seitdem jede systematische Planung eines GmbH-Konzernrechts unterlassen hat (siehe oben S. 13 f.). Wenn der Gesetzgeber eine Materie aber bewusst ungeregelt lässt, spricht nach dem ersten Anschein viel dafür, dass er nach seinem eigenen Regelungsplan hier keine spezifische Rechtsfolgenanordnung für erforderlich hält.⁷⁶³ Schließlich war sich der Gesetzgeber dieser Problematik bewusst und schuf in anderen Bereichen, etwa im Steuerrecht (§ 17 KStG), Sondernormen für den GmbH-Konzern.⁷⁶⁴ Möglicherweise hat der Gesetzgeber keine Notwendigkeit gesehen, die konzernierte GmbH einem spezifischen Konzernrecht zu unterwerfen, eine Analogie des Aktienrechts wäre in

⁷⁵⁹ *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 195.

⁷⁶⁰ *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 199.

⁷⁶¹ *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 195.

⁷⁶² *Ehricke* Konzernunternehmen, S. 452.

⁷⁶³ *Ehricke* Konzernunternehmen, S. 390.

⁷⁶⁴ *Esch* BB 1986, 272, 274, der aber dennoch eine Verlustübernahmepflicht auch im GmbH-Vertragskonzern annimmt.

diesem Fall *contra legem*.⁷⁶⁵ Im Übrigen erfuhr der damalige Versuch einer GmbH-Reform auch deswegen Ablehnung, weil das GmbH-Konzernrecht nach diesem Vorhaben zu große Ähnlichkeit mit dem AG-Konzernrecht gehabt hätte – es mütete geradezu widersinnig an, wenn nun durch richterliche Rechtsfortbildung das AG-Konzernrecht auf die GmbH übertragen werde.⁷⁶⁶

Gleichwohl überzeugt es nicht, aus der fehlenden Kodifikation des GmbH-Konzernrechts auf den bewussten Willen des Gesetzgebers zu schließen, keine spezifisch konzernrechtlichen Normen im GmbH-Recht anzuwenden. Es wäre falsch, aus der abgebrochenen Gesetzesreform die Vorstellung des Gesetzgebers zu lesen, wonach dieser das GmbH-Recht als abgeschlossen und lückenlos erachtet. Im Gegenteil zeigt die Tatsache, dass diese Reform überhaupt in Angriff genommen wurde, dass der Gesetzgeber hier prinzipiellen Regelungsbedarf sieht. Der Zeitpunkt für eine derart umfassende Gesetzesreform wurde lediglich als verfrüht betrachtet, nachdem die rechtspolitische Diskussion über die „richtige“ Handhabung von GmbH-Konzernen noch im vollen Gange war.⁷⁶⁷ So hob der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins hervor, dass im GmbH-Konzernrecht, anders als im Aktienrecht, die erforderlichen rechtstatsächlichen Erfahrungen noch fehlten.⁷⁶⁸ Auch die Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren zeigte lediglich, dass der Konzernrechtsreform zwar nicht die höchste politische Priorität eingeräumt wurde, das vorhandene GmbH-Recht aber keinesfalls als abschließend geregelt betrachtet wurde.⁷⁶⁹ Der Gesetzgeber hielt spezifische Konzernnormen auch für die GmbH also durchaus für erforderlich, traute sich ein derart komplexes Unterfangen aber schlicht noch nicht zu und nahm zunächst die Rechtsprechung und -wissenschaft in die Pflicht, um ein GmbH-Konzernrecht zu konturieren.⁷⁷⁰ Auch Bemühungen des europäischen Gesetzgebers bei der Vereinheitlichung des Konzernrechts sollten abgewartet werden, bevor der Versuch eines erneuten nationalen Gesetzgebungsverfahrens unternommen würde.⁷⁷¹

⁷⁶⁵ Vgl. *OLG Düsseldorf* NJW 1987, 3208, 3209; anders *LG Hamburg* BB 1984, 873.

⁷⁶⁶ *Flume* DB 1989, 665, 666.

⁷⁶⁷ Zum Vorstehenden vgl. *Wilde* S. 22 f.

⁷⁶⁸ *Flume* DB 1989, 665, 666.

⁷⁶⁹ *BGH* NJW 1989, 295, 298 f. („Supermarkt“).

⁷⁷⁰ *Lutter/Hommelhoff* NJW 1988, 1240.

⁷⁷¹ *Großkomm GmbHG/Casper* Anh. § 77 Rn. 13.

Nach alledem kann von einer bewussten rechtspolitischen Entscheidung gegen ein spezifisches GmbH-Konzernrecht keine Rede sein.

Spätestens mit der MoMiG-Reform von 2008 wird deutlich, dass das GmbH-Recht gemessen am eigenen Regelungsplan des Gesetzgebers nicht vollständig sein kann. Mit dem MoMiG suspendierte der Gesetzgeber ausdrücklich den Kapitalschutz im GmbH-Vertragskonzern, ohne einen anderweitigen „konzernspezifischen“ Ausgleich zu schaffen. Es ist aber schlechthin unvorstellbar, dass der Gesetzgeber die Kapitalbindung – immerhin „das Kernstück“ des GmbH-Rechts⁷⁷² – im Vertragskonzern kompensationslos aufheben wollte. Ansonsten würde der Unternehmensvertrag einseitig die Interessen der Gläubiger benachteiligen, wäre also ein unzulässiger Vertrag zu ihren Lasten. Vielmehr setzt die konzernspezifische Aufhebung der Kapitalbindung voraus, dass die Tochter-GmbH und ihre Gläubiger für diesen Fall auf anderem Wege geschützt werden. Es besteht also unzweifelhaft ein legitimes Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer konzernspezifischen Regelung, um die suspendierte Kapitalbindung im GmbH-Vertragskonzern zu kompensieren. Ausdrücklich enthält das Gesetz diese spezifische Regelung nicht, auch nicht unter Rückgriff auf das allgemeine Zivil- und Gesellschaftsrecht und bei Zugrundelegung aller Auslegungsmethoden. Der Gesetzgeber des MoMiG sah im Vertragskonzern nämlich keinen Bedarf für die Kodifizierung eines spezifischen Schutzes, da er selbst davon ausging, dass die abhängige GmbH-Tochter und ihre Gläubiger durch die Verlustausgleichspflicht analog § 302 AktG hinreichend geschützt seien.⁷⁷³ Er ging, mit anderen Worten, selbst von der Lückenhaftigkeit „seines“ GmbH-Rechts aus und zog bei seiner Gesetzesreform die Analogie von § 302 AktG bewusst mit ein. Diese Rechtsfortbildung widerspricht also nicht dem gesetzgeberischen Willen, sondern entspricht ihm vielmehr. Eine rechtspolitische Entscheidung gegen ein GmbH-Konzernrecht liegt folglich nicht vor.

⁷⁷² Vgl. oben Fn. 627.

⁷⁷³ Michalski GmbHG/Heidinger § 30 Rn. 212

II. Vergleichbare Interessenlage?

Damit ist aber noch nicht geklärt, ob die Analogie von § 302 AktG tatsächlich der richtige Weg ist, um diese Lücke zu schließen. Die Vorstellung des Gesetzgebers, dass diese Analogie richtig sei, ersetzt nicht die rechtsmethodischen Anforderungen an eine Analogie.

Analogien gründen auf dem Gebot der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln.⁷⁷⁴ Die Rechtsfolge eines geregelten Sachverhalts wird auf einen unregulierten, ihm „ähnlichen“ Tatbestand übertragen. Um ähnlich zu sein, müssen die Sachverhalte freilich nicht identisch sein – es reicht aus, wenn die verbleibenden Unterschiede gegenüber den Gemeinsamkeiten nicht übermäßig ins Gewicht fallen. Letztlich bleibt es eine Wertungsfrage, ob die verglichenen Sachverhalten in maßgebender Hinsicht übereinstimmen. Ob ein geregelter und ein unregelter Sachverhalt „ähnlich“ sind, richtet sich nach der ratio legis der jeweiligen Regelung: Zu klären ist also, ob und wie die Regelung nach ihrem Sinn und Zweck auch auf den unregulierten Sachverhalt anwendbar ist.⁷⁷⁵

1. Darstellung der hierzu vertretenen Positionen in Rechtsprechung und Literatur

a. Position der h.M.

Die Untersuchung der herrschenden Meinung wird dadurch erschwert, dass ihre Anhänger die Analogie von § 302 AktG seit Jahrzehnten häufig mit kaum mehr als einem „lapidaren“⁷⁷⁶ Nebensatz begründen.⁷⁷⁷ Offenbar sieht ein Teil der Jurisprudenz und Wissenschaft diese Analogie als derart gefestigte Erkenntnis an, dass sie die Mühen eingehender Argumentation nicht mehr auf sich nehmen. Das ist für die Qualität dieser Diskussion außerordentlich bedauerlich, zumal die Schlussfolgerungen der herrschenden Meinung keineswegs so überzeugend sind, wie ihre Vertreter anzunehmen scheinen.

⁷⁷⁴ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 202.

⁷⁷⁵ *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 203.

⁷⁷⁶ Kritik an der (so wörtlich!) „lapidaren“ Begründung des BGH übte auch *Rehbinder* AG 1986, 85, 92.

⁷⁷⁷ Symptomatisch sind etwa die äußerst knappen Begründungen zu dieser Analogie bei *BGH NJW* 1980, 231, 232 f.; *BGH NJW* 1988, 1326; *Hommehoff/Freytag* DSStR 1996, 1409, 1411; *Mues* RNotZ 2005, 1, 12; *Huber* ZHR 152 (1988), 123, 134.

Wie erwähnt, sprechen sich sowohl die ständige Rechtsprechung⁷⁷⁸ als auch die weit überwiegende rechtswissenschaftliche Lehre⁷⁷⁹ für die Analogie des § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern aus. Auch unter diesen Stimmen finden sich als Hauptargumente für die Verlustübernahmepflicht die spezifischen Konzerngefahren, die Suspendierung der Kapitalerhaltung und das „Gebot des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung“⁷⁸⁰. Die rechtswissenschaftliche Lehre hat hierfür die plakativen Formeln des „Korrelats von Leitungsmacht und Verlustübernahme“ oder schlicht „Herrschaft = Haftung“⁷⁸¹ geprägt. Die pauschale Verlustdeckungspflicht sei notwendig, da der herrschende Gesellschafter eine fast schrankenlose Disposition über die Geschicke sowie über das Vermögen der Gesellschafter erhalte, und da sich seine nachteiligen Wirkungen häufig gar nicht mehr im einzelnen erfassen und ausgleichen ließen.⁷⁸² Die abhängige GmbH werde nur noch „für Rechnung des herrschenden Unternehmens geführt“, die Verlustübernahme sei „notwendiges Gegenstück“ dieser Fremdherrschaft.⁷⁸³ Teilweise wird die Konzerngefahr im GmbH-Konzern sogar als noch dringender empfunden als im satzungstrengen Aktienrecht, da der Einfluss des GmbH-Mehrheitsgesellschafters insgesamt größer und der Kapitalschutz der GmbH geringer ausgeprägt sei als nach dem Aktiengesetz.⁷⁸⁴ Die Verlusthaftung stellt aus diesem Blickwinkel einen Ausgleich bzw. den „Preis“ des herrschenden Gesellschafters dafür dar, dass er die Untergesellschaft für seine Interessen nutzt und sie (potentiell) gesteigerten Gefahren aussetzt. Auch der Einmann-Gesellschafter einer vertraglich konzernierten GmbH schulde, im Interesse effektiven Gläubigerschutzes, Verlustausgleich.⁷⁸⁵

Auch die Rechtsfolge von § 302 AktG, nämlich die uneingeschränkte Ausgleichspflicht des gesamten Jahresfehlbetrages, wendet die herrschende Meinung auf den GmbH-Vertragskonzern an.⁷⁸⁶ Dies sei der „einzig sichere Weg“, um die abhängige GmbH vor einer Aushöhlung ihrer bilanzmäßigen

⁷⁷⁸ Vgl. Fn. 694, 695 und 696.

⁷⁷⁹ Vgl. Fn. 645.

⁷⁸⁰ Nachweis bei *Liebscher GmbH-KonzernR*, G.V. Fn. 325.

⁷⁸¹ Diese Gleichstellung allerdings ablehnend *Bitter* ZIP 2001, 265, 270.

⁷⁸² *BGH* NJW 1988, 1326.

⁷⁸³ *Schilling* FS Hefermehl, 383, 390 f.

⁷⁸⁴ *BGH* NJW 1986, 188, 189 („Autokran“).

⁷⁸⁵ *BGH* NJW 1991, 3142, 3145 („Video“).

⁷⁸⁶ *BGH* NJW 1988, 1326 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR* Rn. 128, 130; *Großkomm GmbHG/Casper Anh.* § 77 Rn. 210; *Scholz GmbHG/Emmerich Anh.* § 13 Rn. 181 a.E.

Substanz zu schützen.⁷⁸⁷ Insbesondere sei es für den Schutz der Gläubiger und Minderheiten nicht ausreichend, nur stammkapitalschmälende Verluste auszugleichen – der Ausgleich des vollen Jahresfehlbetrages sei eben als „Korrelat“ der Möglichkeit schädigender Einflussnahme anzusehen.⁷⁸⁸ Rechtshistorisch wurzele die Verlustausgleichspflicht im Aufwendungsersatz (§ 670 BGB), der auch keine höhenmäßige Begrenzung auf das Stammkapital kenne.⁷⁸⁹ Der BGH hatte in den Tiefbau- und Video-Entscheidungen noch ausdrücklich offengelassen, ob der Verlustausgleich im GmbH-Konzern (jedenfalls bei Einmann-GmbHs) auf den Betrag beschränkt sei, um den das Gesellschaftsvermögen unter die Stammkapitalziffer gesunken ist.⁷⁹⁰ Ausdrücklich spricht sich das Gericht aber gegen jede stammkapitalbezogene Einschränkung des Gläubigerschutzes bei § 303 AktG analog aus.⁷⁹¹ Da der BGH den Verlustausgleich nicht nur als Ausgleich der Kapitalsicherungsregeln, sondern auch als „Gegenstück der Leitungsmacht“ ansieht, ist es ist zu vermuten, dass es sich ebenso für eine uneingeschränkte Analogie von § 302 AktG aussprechen würde.⁷⁹²

Im Übrigen lehnt die herrschende Meinung, wie schon im Aktienrecht, eine Pflicht zur Gewährung unterjährigen Liquiditätsschutzes an insolvente GmbH-Konzerntöchter ab (siehe zum Aktienrecht oben S. 56).⁷⁹³ Eine solche Pflicht lasse sich nicht rechtssicher aus § 302 AktG (analog) herleiten und sei auch entbehrlich, weil die Konzernmutter ohnehin im eigenen Interesse auf die hinreichende Versorgung des Gesamtkonzerns mit Liquidität bedacht sei.⁷⁹⁴

⁷⁸⁷ BGH NJW 1988, 1326.

⁷⁸⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR Rn. 130 (anders noch die 17. Auflage 2000); K. Schmidt Gesellschaftsrecht, S. 1229 (mit Blick auf den Normzweck von § 302 AktG).

⁷⁸⁹ Wilhelm DB 1986, 2113, 2116.

⁷⁹⁰ BGH NJW 1989, 1800, 1802 („Tiefbau“); BGH NJW 1991, 3142, 3145 („Video“).

⁷⁹¹ BGH NJW 1991, 3142, 3145 („Video“).

⁷⁹² Diese Einschätzung teilt Basten GmbHHR 1990, 442, 444.

⁷⁹³ Vgl. BGH NJW 1988, 3143, 3147 („Hamburger Stahlwerke“); Michalski GmbHG/Servatius Syst. Darst. 4 Rn. 170; Liebscher GmbH-KonzernR, Rn. 742; offengelassen bei Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rn. 74.

⁷⁹⁴ Michalski GmbHG/Servatius Syst. Darst. 4 Rn. 170.

b. Kritik an der h.M. und Positionen anderer Ansichten

i. Keine Analogie von § 302 AktG im GmbH-Konzern

Kritik an der herrschenden Meinung übten insbesondere *Ulrich Ebricke*, *Georg Bitter*, *Werner Flume* und *Thomas Verhoeven*. Nach diesen Stimmen sind die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH zu unterschiedlich, um eine vergleichbare Interessenslage annehmen zu können. Auch rechtspolitische Argumente wurden gegen diese Analogie hochgehalten. Nach dieser Sichtweise scheidet die Anwendung von § 302 AktG im GmbH-Konzern vollständig aus.

Zunächst verweist die Kritik auf die gesellschaftsrechtlichen Unterschiede zwischen Aktiengesellschaft und GmbH. Es wird betont, dass die Gesellschafter einer GmbH – anders als die Aktionäre einer AG – durch den Unternehmensvertrag keine Kompetenzen erwerben, die sie nicht schon kraft Gesetzes aus ihrer bloßen Gesellschafterstellung gehabt hätte;⁷⁹⁵ diesen Kritikpunkt räumen übrigens auch einige Anhänger der h.M. ein.⁷⁹⁶ Gerade die Einmann-GmbH sei gesetzlich als „Inkarnation der Abhängigkeit“ konzipiert, die auch ohne Unternehmensvertrag dauerhaft und umfassend geleitet und dabei bewusst geschädigt werden darf.⁷⁹⁷ Ein allgemeines Schädigungsverbot gibt es im GmbH-Recht anders als im Aktienrecht nicht. Andererseits verbleibt es im Vertragskonzern wie in der eigenständigen GmbH dabei, dass die Existenzvernichtung verboten ist. Wenn aber in beiden Fällen dieselbe Leitungskompetenz besteht und der GmbHG-Gesetzgeber sich dennoch für eine Gesellschaft *mit beschränkter Haftung* entschieden hat, sei das „Herrschaft = Haftung“-Argument offensichtlich nicht mit den Wertungen des GmbH-Rechts vereinbar.⁷⁹⁸ Auch der Gesellschafterzugriff auf das Vermögen der Gesellschaften ist im GmbH-Recht, wie gezeigt wurde, gänzlich unterschiedlich als im Aktienrecht: Während § 57 AktG eine umfassende Kapitalbindung statuiert, sieht § 30 GmbHG einen wesentlich freieren Umgang der GmbH-Gesellschafter mit dem Gesellschaftskapital vor (siehe

⁷⁹⁵ *Ebricke* FS Immenga, 537, 542; *Flume* DB 1989, 665, 666; *Autenrieth* GmbH 1984, 198, 199; *Bitter* ZIP 2001, 265, 270.

⁷⁹⁶ *Spindler/Stilz/Schall* § 117 Rn. 1.

⁷⁹⁷ *Verhoeven*, S. 137.

⁷⁹⁸ *Bitter* ZIP 2001, 265, 271.

oben für die AG: S. 23; für die GmbH: S. 136). Solange sich die Weisungen innerhalb der Beschränkungen der Stammkapitalbindung halten, sei eine Verlustdeckungspflicht *de lege lata* entbehrlich.⁷⁹⁹ Zusätzlich liegt es auch ohne Unternehmensvertrag im freien Ermessen der GmbH-Gesellschafter, den „ganzen Gewinn“ der Gesellschaft an sich abzuführen.⁸⁰⁰ Der GmbH-Gesellschafter „gewinnt“ durch den Unternehmensvertrag also weit weniger als ein Aktionär. Zwar ist ein Zuwachs an Herrschaftsmacht nicht zu bestreiten, soweit der herrschende GmbH-Gesellschafter nicht Einzelgesellschafter ist. In diesem Fall müsste er seine Weisungskompetenz zunächst mit seinen Mitgesellschaftern in der Gesellschafterversammlung teilen, erst der Unternehmensvertrag würde die gesamte Weisungskompetenz von allen Gesellschaftern auf einen herrschenden Gesellschafter übertragen. Auch würde erst der Unternehmensvertrag von der Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern befreien und eine freiere Herrschaft erlauben.⁸⁰¹ Diese Machtverschiebung betrifft jedoch nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, ähnlich dem Machtzuwachs eines Gesellschafter, der durch Anteilerwerb zum Einzelgesellschafter erstarkt.⁸⁰² Ähnlich äußert sich *Hirte*, nach dem der Unternehmensvertrag formaljuristisch zwar zwischen den Konzernunternehmen abgeschlossen würde, wirtschaftlich aber ein Vertrag zwischen den Gesellschaftern der abhängigen Gesellschaft sei.⁸⁰³ An dem Außenverhältnis der Gesellschaft zu ihren Gläubigern ändere sich indes nichts – demnach sei nicht nachvollziehbar, weswegen das Unternehmensrisiko von den Gläubigern auf den herrschenden Gesellschafter übertragen werden sollte.

Auch das Argument der Konzerngefahren sei nach diesen kritischen Stimmen nicht ausreichend, um eine Konzernhaftung nach § 302 AktG zu rechtfertigen. Zwar bestreiten auch die Kritiker einer Analogie nicht, dass aus der Konzernierung zumindest potentielle Gefahren für die Tochter-GmbH erwachsen.⁸⁰⁴ Es wird allerdings der Umstand betont, dass Gefahren für die GmbH nicht *per se* für eine Haftung ihrer Gesellschafter sprechen. Denn

⁷⁹⁹ *Verboeven*, S. 137.

⁸⁰⁰ *Ehricke* Konzernunternehmen, S. 434 f.

⁸⁰¹ *Ehricke* FS Immenga, 537, 543.

⁸⁰² *Ehricke* FS Immenga, 537, 543.

⁸⁰³ *Hirte* Der Vertragskonzern, S. 9.

⁸⁰⁴ So ausdrücklich *Bitter* ZIP 2001, 265, 276; *Ehricke* FS Immenga, 537, 550.

der Gesellschafter *darf* sein Weisungsrechts (§ 37 GmbHG) sowohl in als auch außerhalb von Konzernsituationen gerade dazu einsetzen, um die GmbH zu eigennützigen Zwecken zu gefährden. Wie selbst Anhänger der herrschenden Meinung einräumen, kann die GmbH – anders als die Aktiengesellschaft! – von ihren Gesellschaftern bis zur Grenze des Stammkapitalerhaltungsgebotes zu beliebigen Zwecken benutzt und benachteiligt werden.⁸⁰⁵ Daher ergebe auch die Legitimierung mit dem „Konzerninteresse“ (vgl. § 308 I 2 AktG) im GmbH-Recht keinen Sinn, da die eigene GmbH ohne Rücksicht auf die Belange verbundener Unternehmen geschädigt werden darf.⁸⁰⁶ Dementsprechend mutet es aus Sicht der Mindermeinung inkonsequent an, aus der zulässigen Gefährdung der GmbH eine Haftungspflicht begründen zu wollen. Die Benachteiligung der GmbH wegen höherrangiger Konzerninteressen sei bloß eines unter vielen Motiven, aus denen ein Gesellschafter seine GmbH gefährden darf. Die Gefahr mangelnder Rücksichtnahme gegenüber der GmbH sei ein immanentes Problem dieser Gesellschaftsform und keineswegs konzerntypisch.⁸⁰⁷ Es sei aber kaum einzusehen, einen schädigenden Einfluss im Konzern stärker zu sanktionieren als außerhalb eines Konzerns.⁸⁰⁸

Auch bedürfe es im GmbH-Vertragskonzern keines Schutzes der Minderheitsgesellschafters, wogegen § 302 AktG im Aktienrecht auch den Schutz der außenstehenden Aktionäre bezweckt.⁸⁰⁹ Abgesehen davon, dass GmbH-Konzerntöchter – anders als im Aktienkonzern – in den allermeisten Fällen ohnehin Einmangesellschaften sind,⁸¹⁰ bedarf der Unternehmensvertrag mit einer abhängigen GmbH der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter (siehe oben S. 139). Diese haben es also in der Hand, sich durch Absprachen im Vorfeld des Vertragsschlusses hinreichend abzusichern.⁸¹¹ Dagegen kann der Unternehmensvertrag mit einer AG, der bereits bei einer HV-Zustimmung von 75% wirksam wird (§ 293 I AktG), auch gegen den Willen einzelner Aktionäre zustande kommen.

⁸⁰⁵ So wörtlich die Formulierung bei *Altmeyden/Roth*, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 70.

⁸⁰⁶ *Autenrieth* GmbHHR 1984, 198, 199.

⁸⁰⁷ *Ehricke* FS Immenga, 537, 553; vgl. auch *Autenrieth* GmbHHR 1984, 198, 199 f.

⁸⁰⁸ *Ehricke* FS Immenga, 537, 554.

⁸⁰⁹ Siehe oben Fn. 240.

⁸¹⁰ *Flume* DB 1989, 665, 666.

⁸¹¹ *Ehricke* Konzernunternehmen, S. 453; *Flume* DB 1989, 665, 666.

Eine vergleichbare Interessenlage zwischen beiden Konzernformen scheidet nach dieser Sichtweise also aus, weil der Unternehmensvertrag am gesellschaftsrechtlichen Gefüge der GmbH weit weniger Änderungen bewirkt als im Aktienrecht. Es wird dementsprechend der Umstand hervorgehoben, dass die Motive für den Abschluss eines Unternehmensvertrages mit einer GmbH – anders als mit einer AG – nicht im Gesellschafts-, sondern ausschließlich im Steuerrecht zu suchen sind.⁸¹² Eine gesellschaftsrechtliche Konzernhaftung ist aus diesem Blickwinkel weder erforderlich noch zu rechtfertigen.

Werner Flume übt zusätzlich eine rechtspolitische Kritik an der Analogie von § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern. Er sieht in dieser Rechtsfortbildung eine Kompetenzzanmaßung der Rechtsprechung gegenüber dem Gesetzgeber. Insbesondere argumentiert er, dass die Festlegung so wichtiger positivistischer Grundsätze wie die Rechte und Pflichten aus Vertragskonzernen ausschließlich in die Zuständigkeit des Gesetzgebers fielen.⁸¹³

ii. Differenzierende Ansicht 1: Eingeschränkte Analogie von § 302 AktG bei Einmann-GmbH

Zum Teil fällt es selbst den Anhängern der herrschenden Meinung schwer, ihr Modell einer Konzernhaftung auf abhängige Einmann-GmbHs anzuwenden. Nachdem früher vereinzelt die Zulässigkeit eines Unternehmensvertrages mit einer abhängigen Einmann-GmbH angezweifelt wurde,⁸¹⁴ haben sich Vertragskonzerne mit eingliedrigen GmbHs inzwischen als rechtstatsächlicher Regelfall entwickelt.⁸¹⁵ Die herrschende Meinung erkennt durchaus an, dass ihre Begründung der Konzernhaftung auf Einmann-GmbHs schwerlich passt – und auch unter den Anhängern der h.M. gehen die Ansichten, wie mit dieser Konzernkonstellation umzugehen ist, auseinander.⁸¹⁶

⁸¹² *Flume* DB 1989, 665, 666; so auch *Mühl/Wagenseil* NZG 2009, 1253.

⁸¹³ *Flume* DB 1989, 665, 668 f.

⁸¹⁴ So *Bitter* ZIP 2001, 265 mit der These, dass es rechtlich *unmöglich* sei, einen Beherrschungsvertrag mit einer 100prozentigen Tochter-GmbH abzuschließen. Dem ist schon mit Blick auf § 17 KStG und § 30 I 2 GmbHG zu widersprechen.

⁸¹⁵ Siehe oben Fn. 810

⁸¹⁶ Dieses „Begründungsdilemma“ der h.M. zeigt sehr pointiert *Ebricke* FS Immenga, 537, 542.

Holger Altmeyden plädiert etwa dafür, dass die Analogie des § 302 AktG bei Einmann-GmbHs jenseits der Deckung des Stammkapitals „disponibel“ sein sollte.⁸¹⁷ Es könne nämlich keine unbefriedigten Gläubiger geben, soweit das Stammkapital in der solventen Gesellschaft erhalten bleibe. Wie sich diese Disponibilität konkret darstellen soll, bleibt aber unklar.

Ein alternatives Modell bringen *Liebscher*, *Koppensteiner* und *Schnorbus* ins Spiel, die § 302 AktG auf Rechtsfolgenseite einschränken wollen: danach schulde der herrschende Gesellschafter einer Einmann-GmbH nur insoweit Verlustausgleich, als das Stammkapital der GmbH gedeckt sein müsse.⁸¹⁸ Mangels schutzbedürftiger Minderheitsgesellschafter sei die Substanz der Gesellschaft nur in Höhe des Stammkapitals zu erhalten, da sich die Gläubiger nur auf den Stammkapitalschutz entsprechend § 30 GmbHG verlassen dürften.

Für eine weitere Einschränkung spricht sich *Volker Emmerich* aus: Nach seiner Auffassung müsse § 302 AktG zwar auch in Einmann-GmbHs gelten, doch sollte die Verlustdeckung auch durch die Auflösung vorvertraglicher Rücklagen erlaubt sein.⁸¹⁹ Einen solchen Schritt verbietet zwar normalerweise § 301 AktG (analog), doch sei dieses Verbot mangels schutzwürdiger Minderheitsgesellschafter nicht in der Einmann-GmbH anzuwenden.

Die Anhänger der h.M. finden sich überwiegend jedoch mit der uneingeschränkten Anwendung des § 302 AktG auch in der Einmann-GmbH ab. § 302 AktG (analog) führe zu einem gesteigertem Gläubigerschutz, der auch in Einmann-GmbHs erforderlich sei.⁸²⁰

iii. Differenzierende Ansicht 2: Verlustausgleich beschränkt auf Deckung des Stammkapitals

Nach einer weiteren Auffassung, die insbesondere auf *Peter Ulmer* zurückgeht, ist im GmbH-Vertragskonzern generell – also unabhängig von der Anzahl der Gesellschafter – nur die Deckung des Stammkapitals geschuldet.⁸²¹

⁸¹⁷ Ebenso für den Fall, dass sämtliche Gesellschafter einverständlich handeln: *Roth/Altmeyden* Anh. 13 Rn. 82.

⁸¹⁸ MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 818; *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Koppensteiner/Schnorbus* Anh. § 52 Rn. 120.

⁸¹⁹ *Emmerich/Habersack* § 302 Rn. 25a.

⁸²⁰ *Lutter/Hommelhoff* Anh. § 13 Rn. 47.

⁸²¹ *Ulmer* AG 1986, 123, 129; zustimmend (teilweise im Kontext der Rechtsfigur des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns) *Schießl* AG 1985, 184, 186; *Ebenroth* AG 1990, 188, 195; *Rebbinder* AG 1986, 85, 92; *Ziegler* WM 1989, 1041, 1042 ff.

Wie bereits erwähnt, hat sich *Ulmer* den Verdienst erworben, den besonderen Zusammenhang zwischen Kapitalbindung in der freien Gesellschaft und Verlustdeckungspflicht in der konzernierten Gesellschaft herauszuarbeiten.⁸²² Wenn aber in der freien GmbH nur die Deckung des Stammkapitals vorgeschrieben sei, könne im Vertragskonzern auch nur eine Pflicht zur Kapitalaufstockung bis zur Stammkapitalgrenze bestehen. Ein uneingeschränkter Verlustausgleich auch über die Stammkapitalgrenze hinaus würde zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Angleichung des Kapitalschutzes auf dem Niveau der Aktiengesellschaft führen.⁸²³ Die Wertung des Gesetzgebers, den Kapitalschutz in der GmbH weniger intensiv auszugestalten als in der AG, müsse auch in konzernabhängigen Gesellschaften respektiert werden.⁸²⁴ Nach dieser Auffassung ist § 302 AktG also prinzipiell auch im GmbH-Vertragskonzern anwendbar, im Wege der Teilanalogie ist indes der Umfang der Verlustausgleichspflicht einzuschränken.⁸²⁵

iv. Differenzierende Ansicht 3: Zwingende Vereinbarung der Verlustausgleichspflicht

Eine weitere Einschränkung von der Gesetzesanalogie des § 302 AktG findet sich bei *Wolfgang Schilling*. Zwar ist auch er von der zwingenden Notwendigkeit der Verlustausgleichspflicht im GmbH-Vertragskonzern überzeugt. Jedoch muss diese Pflicht, nach Auffassung *Schillings*, in den Unternehmensvertrag „aufgenommen“ werden, damit der Vertrag gesellschaftsrechtliche Geltung beanspruchen kann.⁸²⁶ Anders als die h.M. geht *Schilling* offenbar gerade nicht davon aus, dass die Verlustdeckungspflicht im Vertragskonzern bereits kraft Gesetzes – also auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – gilt. Diese Vorstellung entspricht den Vorgaben zur steuerlichen Organschaft, die zu ihrer Wirksamkeit ebenfalls einer expliziten „Vereinbarung“ bedürfen (§ 17 I 2 Nr. 2 KStG).

⁸²² Siehe oben Fn. 397.

⁸²³ *Ulmer* AG 1986, 123, 129.

⁸²⁴ *Rehbinder* AG 1986, 85, 92.

⁸²⁵ *Ziegler* WM 1989, 1041, 1042 spricht sich für eine teleologische Reduktion von § 302 AktG (analog) aus.

⁸²⁶ *Schilling* FS Hefermehl, 383, 391.

2. Stellungnahme zu den Positionen in Rechtsprechung und Literatur

a. Zur Position der herrschenden Meinung

i. Schutzbedürftige Zielgruppen einer GmbH-rechtlichen Konzernhaftung

Zunächst ist zu klären, welche Personengruppen im GmbH-Vertragskonzern ähnliche Interessen wie im Aktienrecht haben könnten, und ob diese Interessen ähnlich schutzbedürftig sind. Anders als im Aktienrecht kann es nämlich nicht auf den Schutz der GmbH-Gesellschafter ankommen: Zutreffend stellten *Ebricke* und *Flume* fest, dass die Minderheitsgesellschafter einer GmbH – anders als in der AG – stark genug sind, um ihre Interessen eigenständig zu wahren.⁸²⁷ Bei richtigem Verständnis kann § 302 AktG im GmbH-Konzern also überhaupt nur einen eingeschränkteren Regelungszweck als im Aktienkonzern haben, wo die Norm auch den Schutz der außenstehenden Aktionäre bezweckt.⁸²⁸ Die h.M. scheint sich dieser Erkenntnis indes noch zu verschließen und sieht, allerdings auch hier ohne nähere Erörterung, in der Verlustdeckungspflicht auch eine Schutzfunktion zugunsten der GmbH-Minderheiten.⁸²⁹

Für die Gläubiger ist dagegen auch im GmbH-Vertragskonzern ein spezifischer Schutz unentbehrlich, da der Unternehmensvertrag den herkömmlichen Kapitalschutz aufhebt (§ 30 I 2 GmbHG). Andernfalls würde der Gesetzgeber den zentralen Gläubigerschutz des GmbHG kompensationslos zu Lasten der Gläubiger aushebeln, was schlichtweg unvorstellbar ist und als Vertrag zulasten Dritter nicht mit den Gläubigerinteressen vereinbar wäre. Indes liefert die herrschende Meinung keine überzeugende Begründung, weswegen ausgerechnet die aktienrechtliche Konzernhaftung diese Schutzlücke schließen sollte. Jedenfalls gibt es gute Gründe, die *gegen* eine eins-zu-eins-Übertragung der aktienrechtlichen Konzernhaftung auf das GmbH-Recht sprechen. Rechtsmethodisch ist zunächst der Umkehrschluss aus § 17 I 2 Nr. 2 KStG zu nennen: Wenn nach dieser Norm eine Verlustübernahme

⁸²⁷ Siehe oben Fn. 811.

⁸²⁸ Siehe oben Fn. 240.

⁸²⁹ In *BGH NJW* 2002, 822, 823 entschied der BGH wie zumeist im GmbH-Konzern, über eine Einmann-Gesellschaft. Aus seinem obiter dictum lässt sich aber schließen, dass der BGH in § 302 AktG (analog) auch einen Schutz zugunsten der GmbH-Minderheitsgesellschafter sieht; ähnlich auch *Baumbach/Hueck/Zöllner/Beurskens SchlAnhKonzernR* Rn. 130; *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG/Koppensteiner/Schnorbus* § 52 Anh. Rn. 120.

entsprechend § 302 AktG ausdrücklich vereinbart werden muss, liegt die Vermutung nahe, dass § 302 AktG eben *nicht* schon kraft Gesetzes im GmbH-Konzern gilt. Zusätzlich lässt sich der Einwand, dass die unterschiedlichen Gesellschaftsstrukturen von AG und GmbH einer vergleichbaren Interessenlage entgegenstehen, nicht leicht von der Hand weisen. Wenn ein GmbH-Gesellschafter, der auch ohne Unternehmensvertrag seine Gesellschaft leiten und über ihr Vermögen und ihren Gewinn verfügen darf, durch den Unternehmensvertrag nichts „gewinnt“ – wie rechtfertigt die h.M. dann seine persönliche Haftung für sämtliche Gesellschaftsverluste? Es drängt sich jedenfalls die Frage auf, ob ein Bewusstsein über dieses „Begründungsdilemma“⁸³⁰ der eigentliche Grund ist, weswegen die h.M. häufig nur mit knappen und „lapidaren“⁸³¹ Worten auf die Analogie von § 302 AktG eingeht.

Die Haftungs- und Vermögenstrennung ist ein prägendes Strukturmerkmal des Gesellschaftsrechts, jeder Durchgriff auf die Gesellschafter ist an sich systemwidrig und kommt nur als *ultima ratio* in Frage.⁸³² An die Gründe, die zu einem Durchgriff im Konzern führen, sind also hohe Anforderungen zu stellen. Genügen die Argumente der h.M. diesen Anforderungen? Die Antwort kann nur negativ ausfallen. Derselbe unzutreffende Begründungstopos von „Herrschaft=Haftung“ und Konzerngefahren, den die h.M. bereits für die Konzernhaftung formulierte, hält sie inhaltlich unverändert auch im GmbH-Recht hoch – wo es allerdings noch unpassender ist als im Aktienrecht.

ii. Haftung wegen Herrschaft?

Zunächst zum „Herrschaft=Haftungs-Argument“: Es existiert kein zwingender Rechtssatz, wonach die Herrschaft über eine Körperschaft die Verantwortung für ihre Verluste nach sich ziehe.⁸³³ Diese Feststellung, die bereits für das Aktienrecht getroffen wurde (siehe oben S. 76 ff.), gilt erst recht und besonders offensichtlich für das GmbH-Recht. Die Herrschaft der Gesellschafter kann kein taugliches Argument für ihre Haftung sein, da sie ihre Gesellschaft *mit beschränkter* Haftung ohnehin beherrschen. Wenn die h.M.

⁸³⁰ So die passende Formulierung bei *Ehricke* FS Immenga, 537, 542.

⁸³¹ Vgl. zur Kritik an bloß „lapidarem“ Begründungsaufwand Fn. 776.

⁸³² *Lutter* ZIP 1985, 1425, 1432 f.

⁸³³ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, S. 238.

argumentiert, die herrschenden Gesellschafter müssten „als Korrelat für die weitgehenden Befugnisse, die ein Unternehmensvertrag einräumt“⁸³⁴ für die Verluste verantwortlich sein, und gleichzeitig einräumt, dass es in der GmbH wegen der ohnehin bestehenden Weisungsmacht keines Beherrschungsvertrages bedürfe,⁸³⁵ so ist dies schlicht widersprüchlich. Auch der Gesetzgeber räumt ein, dass die GmbH keinen Unternehmensvertrag zur Herrschaftsmacht voraussetzt, sondern dass diese Gesellschaft „in weitem Umfang auf legaler gesellschaftsrechtlicher Grundlage zu beherrschen“ ist.⁸³⁶ Das gilt nicht nur für den vieldiskutierten Alleingesellschafter, sondern auch für eine Mehrpersonen-GmbH, in der alle Gesellschafter einvernehmlich handeln. An der GmbH manifestiert sich in klarster Weise, dass das Kapitalgesellschaftsrecht eben keine Haftung an Herrschaft anknüpft. Die gesamte Diskussion um Haftung wegen Herrschaft entspringt einem wirtschaftspolitischen Denken, das sich spätestens seit den sechziger Jahren überholt hat. Es ist verwunderlich, dass sich dieser Begründungstopos ausgerechnet im Konzernrecht gehalten hat; es mag damit zusammenhängen, dass die Konzernrechtsreform im Jahre 1965 durchgeführt wurde und die damals prägende Denkschule – auch wenn sie sich überholt hat – im Konzernrecht überdauerte. Wenn diese Debatte aber schon im Aktienkonzern fehlgeleitet war, so ist sie es erst recht im GmbH-Konzern. Die Frage, ob und welches „Mehr“ an Herrschaft dem GmbH-Gesellschafter durch den Vertragskonzern zukommen muss, um nach der h.M. eine Verlustdeckungshaftung rechtfertigen zu können, ist ein Scheinproblem. Zu Recht stellt *Ulrich Ebricke* fest, dass die h.M. selbst nie eine befriedigende Antwort auf diese Frage gegeben hat⁸³⁷ – ihre Antwort wäre für diese Diskussion aber auch belanglos. Denn schon die Prämisse, dass ein „Mehr“ an Haftung ein „Mehr“ an Herrschaft voraussetzt, ist falsch.

Dabei mag der Beherrschungsvertrag formal die Einflussmöglichkeiten des herrschenden Gesellschafters sogar tatsächlich stärken: Er verschiebt die Weisungskompetenz von der Gesellschafterversammlung auf ihn alleine und entbindet von der Treuepflicht gegenüber den Minderheiten, deren Möglichkeit zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen entfällt (siehe oben

⁸³⁴ So wörtlich *Liebscher GmbH-KonzernR*, Rn. 816.

⁸³⁵ Roth/*Altmeppen* Anh. 13 Rn. 26; *Schilling* FS Hefermehl, 383, 390.

⁸³⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 31. Januar 1972, BT-Drucks. 6/3088, S. 210.

⁸³⁷ *Ebricke* FS Immenga, 537, 540.

S. 143). Diese formale Kompetenzverschiebung wirkt sich in den allermeisten Fällen aber in keiner Weise aus, da Alleingesellschafter – die im GmbH-Vertragskonzern den rechtstatsächlichen Regelfall bilden! – ohnehin sämtliche Kompetenzen der Gesellschafterversammlung ausüben. In dieser Situation kann auf Grundlage der h.M. keine Rede von einer erweiterten Herrschaftsmacht sein,⁸³⁸ zumal das Existenzvernichtungsverbot auch im Vertragskonzern dieselben Grenzen für die Weisungsmacht zieht wie in einer freien Gesellschaft.

iii. Haftung wegen Konzerngefahren?

Auch das zweite Argument, mit dem die herrschende Meinung ihr Konzernmodell stützt, ist keine geeignete Grundlage für eine Analogie von § 302 AktG. Zwar ist nicht abzustreiten, dass Fremdherrschaft und die Unterordnung unter fremde Interessen spezifische „Konzerngefahren“ hervorrufen kann – diese abstrakte Gefährlichkeit wird, wie gesagt, auch von den Gegnern einer solchen Analogie eingestanden.⁸³⁹ Auch mag der BGH Recht haben, dass diese Gefährdung im GmbH-Recht wegen der fehlenden Satzungsstrenge und der umfassenden Herrschaft der Gesellschafter „noch dringlicher empfunden“ werden muss.⁸⁴⁰ Indes kann die Konzernhaftung im GmbH-Recht ebenso wenig wie im Aktienrecht mit kollidierenden Konzerninteressen legitimiert werden (siehe für die AG oben S. 94). Die GmbH kennt über das Interesse an der eigenen Existenz hinaus keine eigenständigen Interessen, sondern ist ihrer Natur nach auf die Interessen ihrer Gesellschafter ausgerichtet. Die Nutzbarmachung der Gesellschaft für übergeordnete, auch widerstreitende Interessen ist nur eine Konsequenz daraus, dass über die Gesellschaft Herrschaft ausgeübt werden kann und darf. Herrschaft impliziert die Nutzung des beherrschten Objektes für die Interessen des Herrschenden. Aus diesem Argument eine Haftung herleiten zu wollen hieße, im Ergebnis die Herrschaft als solche mit Haftung zu sanktionieren – was den Grundsätzen des Kapitalgesellschaftsrechts widerspricht. Nur bei missbrauchter Herrschaft ist eine Haftung gerechtfertigt (§ 826 BGB) – ein solcher Missbrauch liegt aber mit der bloßen Konzernierung nicht vor. Zwar ging der Gesetzgeber vom Leitbild einer selbstständigen, unabhängigen

⁸³⁸ *Flume* DB 1989, 665, 666, 669.

⁸³⁹ Vgl. oben Fn. 804.

⁸⁴⁰ BGH NJW 1986, 188, 189 („Autokran“).

GmbH aus.⁸⁴¹ Daraus die „Konzernideologie“ herzuleiten, dass Konzernherrschaft prinzipiell etwas „Böses“ und missbräuchliches sei, wäre dennoch falsch.⁸⁴² Das Gesellschaftsrecht kennt, außer der Treuebindung und Wettbewerbsverboten der Gesellschafter, weder ein Verbot vom Erwerb einer Unternehmensmehrheit in und außerhalb der Gesellschaft, noch ein Verbot von der Ausübung einer Mehrheitsmacht. Auch ohne Unternehmensvertrag ist die zentralistische Konzernführung durch einen Mehrheits- oder Alleingesellschafter *de lege lata* weder unzulässig noch ein Grund für die Aufhebung von Haftungstrennung (siehe oben zum sog. Faktizitätsprinzip).⁸⁴³

Während dem Argument der „Konzerngefahren“ im aktienrechtlichen Konzern noch eine gewisse Berechtigung zukommt, weil § 308 AktG das ansonsten bestehende Schädigungsverbot in der AG aufhebt (siehe oben S. 90), ist diese Begründung für den GmbH-Konzern besonders ungeeignet. Wie gesagt, bewirkt die aktienrechtliche Konzernhaftung einen Ausgleich dafür, dass der Vertragskonzern Schädigungen der Untergesellschaft legalisiert und damit einen elementaren Schutz des Aktienrechts aufhebt. Dagegen existiert der Schutz eines gesetzlichen Schädigungsverbotes nicht in dem GmbHG (siehe oben S. 133). Die „Gefahr“ schädigender Einflussnahme besteht gleichermaßen innerhalb wie außerhalb von GmbH-Vertragskonzernen. Die Konzernhaftung als Ausgleich für einen Schutz zu gewähren, der nicht existiert und daher auch nicht entfallen kann, ergibt schlichtweg keinen Sinn. Und weil die GmbH auch ohne Unternehmensvertrag im Interesse ihrer Gesellschafter geschädigt werden darf, treten sämtliche der abhängigkeitstypischen „Konzerngefahren“ in dieser Gesellschaftsform bereits im faktischen Konzern auf.⁸⁴⁴ Bezeichnenderweise begründete der BGH die Analogie von § 302 AktG im Autokran-Urteil mit der konzerntypischen Gefahrenlage, der eine GmbH im *faktischen* Konzern ausgesetzt ist.⁸⁴⁵ Die Analogie von § 302 AktG im faktischen GmbH-Konzern hat sich aber als Fehler erwiesen und wurde zu Recht aufgegeben.⁸⁴⁶ Die h.M. verhält sich daher widersprüchlich, wenn sie die Analogie von § 302 AktG

⁸⁴¹ U. H. Schneider FS Hoffmann-Becking, 1071, 1078.

⁸⁴² K. Schmidt GmbHR 1979, 121, 122.

⁸⁴³ Siehe oben S. 130; vgl. auch ausdrücklich Lutter ZIP 1985, 1425, 1435.

⁸⁴⁴ U. H. Schneider FS Hoffmann-Becking, 1071, 1077 f.

⁸⁴⁵ BGH NJW 1986, 188 „Autokran“; vgl. oben Fn. 700.

⁸⁴⁶ Siehe oben S. 153 ff.

im Vertragskonzern mit denselben Argumenten wie im früheren qualifiziert faktischen Konzern beibehält, ohne ein Bewusstsein darüber zu haben, wie sich diese Gefahr zur Lage im faktischen Konzern unterscheidet.

iv. Haftung wegen entfallenen Kapitalschutzes?

Wie eingangs erwähnt, erfordert der entfallene Kapitalschutz im Vertragskonzern (§ 30 I 2 GmbHG) einen spezifischen Ausgleich, um die Vermögensinteressen der Untergesellschaft und ihrer Gläubiger anderweitig zu schützen. Darin äußert sich auch im GmbH-Konzern die Schutzfunktion des Konzernrechts. Die Verlustdeckungspflicht wäre zwar geeignet, diesen Schutz zu gewährleisten, da sie die bilanzmäßige Vermögenssubstanz der Gesellschaft umfassend sichert (siehe oben S. 52). Indes schießt eine Ausgleichspflicht in voller Höhe des Jahresfehlbetrages über den GmbH-rechtlichen Kapitalschutz hinaus. Anders als die AG ist die GmbH nicht in ihrer vollumfänglichen Vermögenssubstanz geschützt, sondern nur in der Höhe ihres Stammkapitals (§ 30 GmbHG). Das nicht zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen steht zur freien Verfügung der Gesellschafter – und nach dem Konzernmodell der h.M. ist kein Grund ersichtlich, weswegen dies im GmbH-Vertragskonzern anders sein sollte. Weder gewinnen die Gesellschafter nach der h.M. zusätzliche Befugnisse, noch erleidet die GmbH Nachteile, um eine solche Intensivierung des Kapitalschutzes zu rechtfertigen. Einleuchtende Gründe, warum der aktienrechtliche Vermögensschutz pauschal auf die GmbH übertragen werden sollte, ohne auf die spezifischen Eigenheiten der GmbH Rücksicht zu nehmen, liefert die h.M. nicht. Nach dem herrschenden Konzernmodell wäre es daher, wie von *Ulmer* vorgeschlagen (siehe oben S. 171), allein konsequent, den Verlustausgleich auf die Deckung des Stammkapitals zu beschränken. Solange sich der herrschende Gesellschafter – freiwillig – an die Beschränkungen der Kapitaldeckung hält, müsste eine Pflicht zur Verlustdeckung konsequenterweise völlig entfallen.⁸⁴⁷

v. Zusammenfassung

Der herrschenden Meinung ist in ihrem Konzernverständnis nicht zu folgen. Weder überzeugt die Argumentation ihrer Konzernhaftung, noch ihre Ana-

⁸⁴⁷ So auch *Verhoeven*, S. 137.

logie von § 302 AktG im GmbH-Konzern. Eine in sich schon falsche und überholte Sichtweise der aktienrechtlichen Konzernhaftung wird pauschal auf das GmbH-Recht übertragen, ohne die unterschiedlichen Ausgangslagen beider Gesellschaftsformen zu berücksichtigen. Die h.M. gibt mit der Haftungstrennung eines der elementaren Prinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts leichtfertig preis, ohne hierfür tragfähige Argumente zu liefern. Schlimmer noch, erhöht sie den Kapitalschutz der konzernierten GmbH auf das Niveau der AG,⁸⁴⁸ ohne für diesen Bruch mit den Grundwertungen des GmbHG überzeugenden Gründe zu nennen.

Von den Gründen, die die h.M. zur Legitimierung einer Haftung im GmbH-Vertragskonzern nennt, überzeugt allein der suspendierte Kapitalschutz (vgl. § 30 I 2 GmbHG). Zu Recht wird nämlich betont, dass die Konzernhaftung auch als Substitut für die aufgehobene Kapitalbindung fungiert.⁸⁴⁹ Insoweit wäre eine Konzernhaftung jedoch nur in dem Umfang angemessen, wie er den Wertungen des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes entspricht. Unterstellt, dass das herrschende Konzernmodell zutreffend sei, wäre daher allein eine auf Deckung des Stammkapitals gerichtete Konzernhaftung konsequent.

Indes wäre es ohnehin nicht richtig, die Verlustdeckungspflicht allein mit dem suspendierten Kapitalschutz zu rechtfertigen. Wie gezeigt wurde, geht § 302 AktG nämlich auch im Aktienrecht über den Umfang des Kapitalschutzes (§ 57 AktG) hinaus. Den Grund für diesen überschießenden Kapitalschutz im Konzern konnte die h.M. auch für das Aktienrecht nicht nennen – ebenso wäre es aber falsch, § 302 AktG (analog) im GmbH-Vertragskonzern allein mit dem suspendierten Stammkapitalschutz zu rechtfertigen (vgl. noch unten S. 184 ff.).

Zudem würde dieses Konzernmodell Widersprüche zwischen dem Gesellschafts- und dem Steuerrecht erzeugen. Eine auf den Stammkapitalschutz begrenzte Ausgleichspflicht geriete nämlich in einen evidenten Konflikt mit § 17 I 2 Nr. 2 KStG, der bekanntlich die Übernahme des gesamten Jahresfehlbetrages anordnet, sich also auch im GmbH-Konzern nicht mit der Deckung des Stammkapitals begnügt. Verlangt das Steuerrecht also eine Kon-

⁸⁴⁸ *Ulmer* AG 1986, 123, 129.

⁸⁴⁹ Vgl. oben Fn. 397.

zernhaftung, die gesellschaftsrechtlich sinnlos ist, ja sogar mit den Grundstrukturen des Gesellschaftsrechts bricht? Diese Vorstellung wäre angesichts der Einheit der Rechtsordnung überaus befremdlich, zumal der Gesetzgeber mit § 17 KStG explizit auch gesellschaftsrechtliche Motive vor Augen hatte: Mit dieser Norm sollten Voraussetzungen und Wirkungen der aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Vertragskonzerne „soweit wie möglich“ angeglichen werden.⁸⁵⁰ Dass der Gesetzgeber eine sinn- und systemwidrige Angleichung gewollte hätte, erscheint jedoch kaum vorstellbar. Überzeugen kann daher nur ein Konzernmodell, in dem sich die von § 17 I 2 Nr. 2 KStG angeordnete Rechtsfolge auch in die gesellschaftsrechtliche Systematik einfügt. Sowohl der aktienrechtliche als auch der GmbH-rechtliche Vertragskonzern sind daher einer Auslegung zuzuführen, die eine rechtsformübergreifende Angleichung frei von Systembrüchen ermöglicht (zum eigenen Konzernmodell vgl. unten S. 186 ff.).

b. Zu den abweichenden Positionen der anderen Ansichten

Vorweg ist an jedem einzelnen Ansatz der Minderansichten zu kritisieren, dass auch sie kein Konzept entwickelt haben, um die Vorgaben von § 17 I 2 Nr. 2 KStG mit dem Gesellschaftsrecht in Einklang zu bringen. Zwar wären ein Verzicht auf die Verlusthaftung oder eine eingeschränkte Verlusthaftung gesellschaftsrechtlich erklärbar, doch würde damit den Anforderungen an die steuerliche Organschaft in keinem Fall genüge getan. Soweit ersichtlich, wurde auch kein einziger Versuch unternommen, um der Rechtsfolge von § 17 I 2 Nr. 2 KStG einen gesellschaftsrechtlichen Sinn zu geben – stattdessen begnügt man sich damit, dass das Steuerrecht den „akademischen Streit“ um ein richtiges Konzernrecht beendet habe.⁸⁵¹ Dabei hätte dieser „akademische Streit“ durchaus genutzt werden können, um ein steuerrechtlich wie gesellschaftsrechtlich kohärentes Konzernmodell auszuarbeiten.

i. Keine Analogie von § 302 AktG im GmbH-Konzern?

Soweit ersichtlich, rühren sämtliche Auffassungen, die sich gegen jede Analogie einer konzernspezifischen Verlusthaftung im GmbH-Konzern äußer-

⁸⁵⁰ Blümich/*Danelsing* § 17 KStG Rn. 5.

⁸⁵¹ MüKo GmbHG/*Liebscher* Anh. § 13 Rn. 819.

ten, aus der Zeit vor dem MoMiG her. Das ist von Bedeutung, da ihre Vertreter teilweise noch von der Fortgeltung der Stammkapitalbindung im GmbH-rechtlichen Vertragskonzern ausgingen.⁸⁵² Sie gingen mithin von einer Prämisse aus, der mit der Reform von 2008 die Grundlage entzogen wurde (vgl. § 30 I 2 GmbHG n.F.). Aber auch bei Suspendierung des Stammkapitals wäre, wie erwähnt, auf Grundlage des herrschenden Konzernmodells keine umfängliche Verlustdeckung analog § 302 AktG im GmbH-Recht erforderlich, da ein auf Deckung des Stammkapitals begrenzter Ausgleich genügen würde. Allein mit der Reform des MoMiG wurde die Kritik der Minderansichten an der h.M. also nicht umfassend widerlegt.

Auch unabhängig vom gesellschaftsspezifischen Kapitalschutz lohnt sich eine Untersuchung des Arguments, dass die unterschiedlichen Gesellschaftsstrukturen von AG und GmbH einer Angleichung der Konzernhaftung entgegenstehen, insbesondere, weil die GmbH-Gesellschafter keine zusätzlichen Kompetenzen im Vertragskonzern erwerben. Sind die „ohnehin weitreichenden Befugnisse“⁸⁵³ der GmbH-Gesellschafter auch mit Blick auf eine effiziente Konzernleitung tatsächlich weitreichend genug? Oder erfordert der Vertragskonzern ein Mehr an Herrschaftsmöglichkeit, die nur zum Preis zusätzlicher Haftung erworben werden kann?

Die hier aufgeworfenen Fragen betreffen das Grundverständnis des Vertragskonzerns und der Konzernherrschaft. Den Vertretern der Minderansichten genügt die Herrschaftsmacht, die jedem GmbH-Gesellschafter kraft Gesetzes zukommt, auch im Vertragskonzern. Es ist offensichtlich, dass diese Herrschaft an ihre Grenzen stößt, wo die Gefahr einer Existenzvernichtung akut wird. Diese von § 826 BGB gezogene Grenze wird auch von den Vertretern der Minderansichten nicht verkannt, im Gegenteil betonen sie das Verbot einer Existenzgefährdung ausdrücklich auch im Vertragskonzern.⁸⁵⁴ Wie bereits erwähnt wurde, bestehen zwei Möglichkeiten, um mit Existenzgefährdungen umzugehen: man kann sich a) schlicht mit ihrem Verbot begnügen oder man schafft b) einen spezifischen Schutz, um der Möglichkeit einer Existenzvernichtung von vornherein jede Grundlage zu

⁸⁵² Vgl. *Ebricke* Konzernunternehmen, S. 430 f., der sich gegen eine Analogie von § 291 III AktG im GmbH-Konzern aussprach.

⁸⁵³ *Ebricke* FS Immenga, 537, 542.

⁸⁵⁴ *Ebricke* FS Immenga, 537, 554.

entziehen. Im letzteren Fall weiten sich die Eingriffsmöglichkeiten dann tatsächlich auf ein faktisch schrankenloses Maß aus, solange nur der Existenzschutz hinreichend sicher ist. Indem sich die Anhänger dieser Minderansicht gegen jede spezifische Konzernhaftung aussprechen, erteilen sie auch jeder erweiterten spezifischen Konzernherrschaft eine Absage. Damit werden sie den Funktionen des Vertragskonzerns nicht gerecht, zumal die Gesellschafterbefugnisse kraft Gesetzes keineswegs so weitreichend sind, wie weitgehend angenommen wird. Die Grenzen, die das Existenzgefährdungsverbot gerade der Herrschaft einer Konzernleitung setzt, sind nämlich enger, als auch die Vertreter der Minderansicht anzunehmen scheinen (siehe unten S. 190 ff.). Damit präsentiert diese Auffassung ein Konzernmodell, das in der Sache nicht überzeugt, weil es der Herrschaftsfunktion des Vertragskonzerns nicht gerecht wird. Gleichzeitig vernachlässigt dieses Modell auch die Schutzfunktion des Konzernrechts, weil es das Bedürfnis nach Rechtssicherheit nicht befriedigt: Nur eine faktische Beseitigung der Existenzvernichtungsfahr vermag diese – gerade für die Konzernpraxis – äußerst relevante Haftungsquelle der Geschäftsleiter auszuschließen.

Die Vertreter dieser Mindermeinung haben sich den Verdienst erworben, die Schwachstellen der herrschenden Meinung aufzuzeigen. Auch haben sie ein Konzernmodell entwickelt, das nicht die Widersprüche der herrschenden Meinung aufzeigt. In der Sache überzeugt es jedoch nicht, das Bedürfnis nach spezifischem Konzernrecht in der GmbH gänzlich zu negieren und stattdessen den GmbH-Vertragskonzern allein an dem allgemeinen Gesellschaftsrecht zu messen. Auch der GmbH-Konzern verlangt nach einem Modell, in dem die Herrschafts- und Schutzfunktionen des Konzernrechts besonders zum tragen kommen. Das allgemeine Gesellschafts- und Zivilrecht genügt diesen spezifisch konzernrechtlichen Anforderungen nicht.

ii. Eingeschränkte Analogie von § 302 AktG bei Einmann-GmbH?

Abgesehen vom suspendierten Kapitalschutz hat der Unternehmensvertrag mit einer Einmann-GmbH auf Grundlage des herrschenden Konzernmodells nur steuerliche, aber keine gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen.⁸⁵⁵ Das Modell der herrschenden Meinung stößt bei GmbHs im Alleinbesitz

⁸⁵⁵ *Flume* DB 1989, 665, 666, 669.

erkennbar an seine Grenzen. Vor diesem Hintergrund ist es nur Konsequenz, wenn man an den Unternehmensvertrag mit einer Einmann-GmbH unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen will als mit einer mehrgliedrigen GmbH. Die vorgeschlagenen Einschränkungen vermeiden also einige Widersprüche, die sich der herrschenden Meinung vorwerfen lassen muss. Allerdings überzeugt diese Differenzierung nicht wegen des Argumentes, dass es in einer eingliedrigen Gesellschaft es an schutzwürdigen Minderheitsgesellschaftern fehle: Nach richtiger Auffassung können diese, wegen ihrer starken Position im GmbH-Konzern, ohnehin nicht vom Schutzbereich des § 302 AktG (analog) erfasst sein (siehe oben).

Wenn man allerdings bedenkt, dass die meisten vertraglich abhängigen GmbHs in der Rechtspraxis nur einen Gesellschafter haben (anders als in der Publikumsgesellschaft AG),⁸⁵⁶ wäre nach dieser Sichtweise der analogen Geltung von § 302 AktG weitgehend die Grundlage entzogen. Im Übrigen müssten dieselben Einschränkungen von § 302 AktG auch dann gelten, wenn sämtliche Gesellschafter einvernehmlich handeln, etwa indem sie ihr Verhalten in der Gesellschafterversammlung mittels Stimmbindungsverträge abgestimmt haben.⁸⁵⁷ Einheitlich handelnde Gesellschafter verfügen gegenüber ihrer Gesellschaft schließlich dieselbe umfassenden Herrschaftsbefugnisse wie ein Alleingesellschafter, ein vertraglich herrschendes Unternehmen wiederum verfügt nicht über zusätzliche Eingriffsmöglichkeiten als die Gesamtheit der GmbH-Gesellschafter. Der gesetzliche Gläubigerschutz kann aber nicht davon abhängen, welche Gesellschafterstruktur in der GmbH vorhanden ist oder welche Form der Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftern besteht. Damit würde die Position der Gläubiger von Faktoren abhängen, auf die sie nicht den geringsten Einfluss haben und die sie regelmäßig auch gar nicht überblicken können. Zudem würde der Gläubigerschutz im Nachhinein wechseln, wenn sich die Gesellschafterstruktur ändert: Die Analogie von § 302 AktG würde also plötzlich im vollen Umfang gelten, wenn ein Alleingesellschafter weitere Gesellschafter in die GmbH aufnimmt, dagegen auf die bloße Erhaltung des Stammkapitals sinken, wenn ein Gesellschafter sämtliche ausstehenden Anteile der GmbH erwirbt. Die Gläubiger müssen aber in der Lage sein können, ihre Rechtsposition von

⁸⁵⁶ Roth/*Altmeppen* Anh. 13 Rn. 20, 87.

⁸⁵⁷ Zur Zulässigkeit derartiger Verträge vgl. MüKo GmbHG/*Drescher*, § 47 Rn. 237.

Anfang an klar zu erkennen, ohne von gesellschaftsinternen Zufällen abhängig zu sein. Auch würde ein unterschiedliches Haftungsregime zu einem ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil für Einmann-GmbHs führen und einen rechtspolitisch fragwürdigen Anreiz bieten, Konzerngesellschaften auf jeweils nur einen Gesellschafter zu konsolidieren.

Auch wenn dogmatisch also gute Argumente dafür sprechen, die Rechtsfolgen von § 302 AktG (analog) bei Einmann-GmbHs einzuschränken, überwiegen letztlich die Nachteile eines solchen Vorschlags. Vorzugswürdig ist es, die Einbindung der GmbH in den Konzern und den Schutz ihrer Gläubiger unabhängig von der Gesellschafterstruktur auszugestalten.

iii. Verlustausgleich beschränkt auf Deckung des Stammkapitals?

Den Vertretern dieser Minderansicht ist zuzustimmen, dass der Verlustausgleich unter anderem in einem inneren Zusammenhang mit dem Kapitalschutz steht. Insofern erzeugt ihr Modell, wonach der Verlustausgleich auf die Deckung des Stammkapitals begrenzt ist, eine begrüßenswerte Kohärenz zu § 30 GmbHG.

Allerdings geht die Funktion von § 302 AktG über den reinen Kapitalschutz hinaus: Bekanntlich schuldet der herrschende Gesellschafter nämlich selbst dann einen Verlustausgleich, wenn er auf keiner Weise Rückzahlungen aus dem Vermögen der Gesellschaft erhalten hat. Nach dem herkömmlichen Kapitalschutz nach §§ 30 f. GmbHG bestünde in einer solchen Situation aber ebenso wenig eine Zahlungspflicht der Gesellschafter wie nach §§ 57, 62 AktG. § 302 AktG statuiert also einen Präventivschutz, der auch solchen Gefahren entgegenwirkt, die nicht von Vermögenseingriffen der Gesellschafter herrühren.⁸⁵⁸ Damit bewirkt der Vertragskonzern ein Schutzniveau, das auch im Aktienrecht über den herkömmlichen Kapitalschutz hinaus schießt (siehe hierzu bereits oben S. 82). Im Ergebnis liegt *Ulmer* also falsch, wenn er moniert, die Analogie von § 302 AktG würde zu einer „nicht gerechtfertigten Angleichung der Kapitalerhaltungsregeln des Aktien- und GmbH-Rechts auf dem höheren, nur für die AG geltenden Niveau“ füh-

⁸⁵⁸ Siehe zum Präventivschutz von § 302 AktG oben Fn. 448.

ren⁸⁵⁹ – richtig ist vielmehr, dass § 302 AktG sowohl im Aktien- als auch im GmbH-Recht einen neuen, in der freien Gesellschaft unbekanntem Kapital-schutz etabliert.

Offensichtlich bemüht sich der Gesetzgeber im Vertragskonzern um ein eigenständiges Schutzniveau, das Parallelen mit den Regeln freier Gesellschaften haben mag, in jedem Fall aber darüber hinausgeht. Welcher Schutzzweck im Konzern angemessen ist, hängt von dem Funktionszweck ab, den man dem Vertragskonzern beimisst. Jedenfalls kann der Auffassung, dass der Verlustausgleich dem Umfang der Kapitalerhaltung entsprechen muss, so pauschal nicht zugestimmt werden (vgl. zu der Frage, ob ein Verlustausgleich, der auf die Erhaltung des Stammkapitals begrenzt ist, nach dem hier vorgeschlagenen Konzernkonzept ausreichen würde, unten S. 197 ff.)

iv. Zwingende Vereinbarung der Verlustausgleichspflicht?

Die Vorstellung *Schillings*, wonach der Unternehmensvertrag zu seiner gesellschaftsrechtlichen Gültigkeit ausdrücklich die Verlustübernahmepflicht aufnehmen muss, ist unzutreffend. Dieses Modell entbehrt jeder gesetzliche Grundlage: So gilt für das Aktienrecht, dass die Verlustausgleichspflicht nicht etwa die Voraussetzung eines wirksamen Unternehmensvertrags ist, sondern die Rechtsfolge eines solchen Vertrages. Ein aktienrechtlicher Unternehmensvertrag muss den Verlustausgleich also gerade nicht ausdrücklich vorsehen, sondern vielmehr ergibt sich diese Pflicht – bei Vorliegen eines Vertrages nach § 291 AktG – aus dem Gesetz.⁸⁶⁰ Gesellschaftsrechtliche Anhaltspunkte dafür, dass diese Regelung im GmbH-Recht umgekehrt sein sollte, sind nicht erkennbar.

Offenbar will *Schilling* das steuerrechtliche Konzept, wonach der Unternehmensvertrag zu seiner steuerrechtlichen Wirksamkeit ausdrücklich die Verlustdeckungspflicht vorsehen muss (§ 17 I 2 Nr. 2 KStG), auf das Gesellschaftsrecht übertragen. Die Tatsache, dass diese Vorgabe im Gesellschaftsrecht gerade nicht besteht, legt gegenüber dem Steuerrecht aber eher einen Umkehrschluss nahe: Zu seiner gesellschaftsrechtlichen Wirksamkeit muss

⁸⁵⁹ So wörtlich *Ulmer AG* 1986, 123, 129.

⁸⁶⁰ MüKo AktG/*Altmeyers* § 291 Rn. 75.

der Vertrag also keine Verlustausgleichspflicht aufnehmen. Selbst wenn eine Pflicht zur ausdrücklichen Aufnahme der Verlustdeckung bestünde, würde eine fehlende Aufnahme wohl nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führen. Sofern der Vertrag nämlich bereits durchgeführt wurde, läge bei diesem Mangel ein fehlerhafter Gesellschaftsvertrag vor, sodass er solange als wirksam behandelt würde, bis sich eine der Vertragsparteien ex nunc von ihm löst.⁸⁶¹ Das würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass solange niemand die Wirksamkeit des Vertrages rügt, er in der abgeschlossenen Form – d.h. *ohne* Verlustdeckungspflicht – die Rechte und Pflichten der Parteien prägen würde. Wenn man zwingend für die Anwendbarkeit der Verlustdeckungspflicht auch im GmbH-Konzern plädiert, und das tut *Schilling* im Prinzip, sollte man diese Pflicht also wie im Aktienrecht allein aus dem Gesetz entnehmen, und nicht aus zwingendem Vertragsbestandteil.

3. Eigene Position zur Analogie von § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern

Ohne Frage unterscheiden sich das AktG und das GmbHG in ihren gesellschaftsrechtlichen Grundlagen erheblich. In diesem Punkt würde wohl niemand den Stimmen der Minderansichten, die sich gegen die Analogie von § 302 AktG positioniert haben, widersprechen. Allein, diese erheblichen Unterschiede sind für die Frage, ob die Konzerne der beiden Rechtsformen für eine Analogie des § 302 AktG hinreichend „ähnlich“ sind, nicht entscheidend. Um „Ähnlichkeit“ im Sinne einer Gesetzesanalogie anzunehmen, kommt es nicht darauf an, ob die verglichenen Sachverhalte oder Rechtsinstitute für sich gesehen übereinstimmen. Entscheidend ist stattdessen, ob die verglichenen Sachverhalte oder Rechtsinstitute aus Sicht der Wertungen, die in einem bestimmten Gesetz zum Ausdruck kommen, vergleichbar sind.⁸⁶² Ähnlichkeit bestimmt sich also immer im jeweiligen normativen Kontext. So unterscheiden sich etwa die Rechtsinstitute „Eigentum“ und „Leben“ für sich gesehen erheblich und werden von der Rechtsordnung auch unterschiedlich behandelt. Eine abstrakte Diskussion, ob Leben und Eigentum für eine Analogie hinreichend ähnlich sind, wäre ohne normativen Kontext müßig. Denn es werden Normen, die unmittelbar nur das Eigentum schüt-

⁸⁶¹ BGH 1988, 1326 („Familienheim“); MüKo AktG/*Altmeppen* § 291 Rn. 195. Vgl. auch oben Fn. 661.

⁸⁶² *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 202; vgl. auch oben S. 165.

zen, durchaus analog auf den Schutz des Lebens erstreckt, bspw. § 1004 BGB.⁸⁶³ § 1004 BGB enthält die Wertung, dass niemand wehrlos die Beeinträchtigung seiner Rechte und Rechtsgüter hinzunehmen braucht. Im Kontext von § 1004 BGB sind sich Eigentum und Leben insofern ähnlich, als diese Wertung für alle absolut geschützten Rechte und Güter gültig ist. Die abstrakte Feststellung, dass Aktiengesellschaften und GmbHs für sich gesehen unterschiedlich sind, trifft also, obwohl zutreffend, keine definitive Aussage über eine bestimmte Gesetzesanalogie.

Die entscheidende Frage für die hier vorliegende Untersuchung ist demnach allein, ob aktienrechtliche und GmbH-rechtliche Vertragskonzerne *in Bezug auf die Wertungen des § 302 AktG* hinreichend übereinstimmen (bzw. übereinstimmen sollen). Welche Wertungen für § 302 AktG tragend sind, bestimmt sich dabei nach dem Gesetzeszweck und der *ratio legis*,⁸⁶⁴ die wiederum von der Funktion dieser Norm abhängen.

Bei richtigem Verständnis von § 302 AktG besagt die in dieser Norm zum Ausdruck kommende Wertung, dass Aktiengesellschaften innerhalb eines Vertragskonzerns „wirtschaftlich fusionieren“ sollen.⁸⁶⁵ Eine wirtschaftliche Fusion kann aber nur erreicht werden, wenn die Haftungs- und Vermögenstrennung zwischen den Gesellschaften aufgehoben wird, was die Verlusthaftung erreicht. Im Ergebnis dient § 302 AktG damit den wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen aller Beteiligten eines aktienrechtlichen Vertragskonzerns (siehe oben S. 101 ff. und S. 114 ff). § 302 AktG ist wertungsmäßig auf GmbH-rechtliche Vertragskonzerne übertragbar, wenn seine Rechtsfolgenanordnung im GmbH-Recht ebenso zweckmäßig ist wie im Aktienrecht. Die Interessen in aktienrechtlichen wie in GmbH-rechtlichen Vertragskonzernen müssten also ähnlich gelagert sein, um gemessen am Normzweck des § 302 AktG einen wirtschaftlichen Fusionstatbestand gleichermaßen zu erfordern.

⁸⁶³ Staudinger/*Gursky* § 1004 Rn. 16.

⁸⁶⁴ *Larenz/Canaris* Methodenlehre, S. 203.

⁸⁶⁵ Siehe oben Fn. 561.

a. Ähnliche ökonomische Interessen an einer Konzernhaftung

Die gesetzliche Pflicht zur Verlustdeckung ist ein staatlicher Eingriff, der die Rechtspositionen der Konzernmutter unmittelbar belastet. Wie erwähnt, bedarf es eines legitimen Grundes, um staatliche Zwangsregulierungen des Marktgeschehens zu rechtfertigen.⁸⁶⁶ Hoheitliche Korrektive sind erforderlich, wenn die freien Kräfte des Marktes zu Marktversagen führen und der staatliche Eingriff angemessen und geeignet ist, um diese Nachteile zu beheben.⁸⁶⁷ Ohne Verlustausgleichspflicht müsste also eine realistische Gefahr bestehen, dass GmbH-Vertragskonzerne Anlass zu Marktversagen bieten.

Wie bereits erwähnt wurde, unterscheidet die Volkswirtschaftslehre zwischen drei Ursachen des Marktversagens, nämlich Informationsdefizite, externe Effekte und das opportunistische Ausnutzen ungleicher Marktmacht. Der aktienrechtliche Vertragskonzern böte, hätte der Gesetzgeber nicht die Verlustdeckungspflicht angeordnet, Anlass für jede dieser Ursachen (siehe oben S. 101 ff.). Dabei liegen diese Defizite nicht in der speziellen Natur des Aktienrechts begründet, sondern sind vielmehr der Figur der Unternehmensgruppe selbst immanent. Ein Konzern ist für Außenstehende weit schwerer zu durchschauen und zu erfassen als eine Einzelgesellschaft. Die interne Vermögensverteilung eines GmbH-Vertragskonzerns ist ebenso intransparent wie die eines aktienrechtlichen Konzerns: Weder gibt es eine eingetragene Konzernsatzung mit einem haftenden „Konzernstammkapital“, die ein externer Gläubiger einsehen könnte, noch besteht Zugang zu den Jahresabschlüssen der einzelnen Konzern-GmbHs (§ 264 III HGB). Zudem kann der Konzern jederzeit seine Vermögenspositionen von einer Gesellschaft auf eine andere umschichten, im GmbH-Recht geht dies prinzipiell sogar noch einfacher als im Aktienrecht. Wegen § 30 I 2 GmbHG muss der GmbH-Konzerntochter im Rahmen der Umschichtung nicht einmal das stammkapitaldeckende Vermögen belassen werden. Da stets die einzelne Konzern-GmbH, nie aber der Konzern selbst Schuldnerin der Gläubigerforderungen ist, liegt es in der Macht der Konzernleitung, durch Vermögensverschiebungen jederzeit die Durchsetzbarkeit einer Gläubigerforderung

⁸⁶⁶ Siehe oben Fn. 484.

⁸⁶⁷ Siehe oben Fn. 487.

zu entwerten. Ebenso liegt es in der Macht der Konzernleitung, besonders riskante Wirtschaftsaktivitäten systematisch auf unterkapitalisierte GmbH-Töchter auszugliedern, um diese Schäden bei Realisierung des Risikos – und Insolvenz der GmbH-Tochter – auf außenstehende Dritte abzuwälzen. Sämtlich Marktdefizite, die für den aktienrechtlichen Vertragskonzern festgestellt wurden, lassen sich also auch im GmbH-Konzernrecht nachweisen.⁸⁶⁸

Wie im Aktienrecht wäre es auch im GmbH-Konzernrecht denkbar, dieses Problem durch Vertragsabsprachen zu lösen. Auf die umfangreichen Versuche der Kautelarpraxis, diesem Problem durch *Financial Covenants*, Patronats-erklärungen, Kreditsicherheiten, *Change of Control*-Klauseln, Vorauszahlungen etc. Herr zu werden, ist bereits eingegangen worden (siehe oben S. 110). Letztlich reichen diese Maßnahmen aber weder im Aktien- noch im GmbH-Recht aus, um einen funktionsfähigen Markt für Vertragskonzerne zu etablieren. Umfangreiche Vertragswerke verursachen nicht nur unverhältnismäßig hohe Transaktionskosten, sie setzen auch ein Mindestniveau an Verhandlungsmacht und Informiertheit der außenstehenden Personen voraus. Beides ist häufig nicht gegeben. Insbesondere scheidet die Möglichkeit, sich durch Vertragsabsprachen abzusichern, aus, wenn außervertragliche Umstände zu Schäden führen (bspw. Zwangsgläubiger von deliktischen Handlungen). § 302 AktG ist eine ökonomisch sinnvolle „Serviceleistung“ des Zivilrechts,⁸⁶⁹ um diese Schutzlücke zu schließen und Transaktionskosten zu senken. Das Gesetz etabliert eine Rechtslage, die einen „vollständigen Vertrag“ gut informierter, ökonomisch rational handelnder Parteien mit gleicher Verhandlungsmacht möglichst nahe abbildet⁸⁷⁰ und sozusagen eine „gesetzliche Patronatsklärung“ der Konzernmutter oder wirtschaftliche Fusion mit der Konzernmutter beinhaltet. Die Funktion dieser Norm hat, angesichts derselben Defizite von aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Vertragskonzernen, auch im GmbH-Vertragskonzern dieselben ökonomischen Vorteile wie im Aktienrecht.

⁸⁶⁸ Vgl. *Kötz/Schäfer* *Judex oeconomicus*, S. 70 (auch schon oben Fn. 531): *Bernd Schäfer* analysierte die hier und oben beschriebenen Marktdefizite explizit anhand eines GmbH-Konzerns.

⁸⁶⁹ Siehe oben Fn. 528.

⁸⁷⁰ Vgl. zum vollständigen Vertrag oben Fn. 527.

In wirtschaftlicher Hinsicht sind die Interessenlagen der Beteiligten im Aktien- wie im GmbH-Vertragskonzern also ausgesprochen ähnlich.

b. Ähnliche rechtliche Interessen an einer Konzernhaftung

Ob auch die *rechtlichen* Interessen in einem GmbH-Vertragskonzern ähnlich zum aktienrechtlichen Vertragskonzern sind, erscheint zunächst zweifelhaft, da die rechtlichen Strukturen von Aktiengesetz und GmbHG erhebliche Unterschiede aufweisen. Da die GmbH-Gesellschafter ohnehin weitgehende Verfügungsgewalt über ihre Gesellschaft haben, fällt ihr gesellschaftsrechtliches Interesse an einer wirtschaftlichen Fusion möglicherweise weit geringer aus als im Falle eines herrschenden Aktionärs, was einer „ähnlichen“ Interessenlage entgegenstehen könnte.

Das rechtliche Interesse der aktienrechtlichen Konzernmutter am Unternehmensvertrag liegt zuvorderst in der neuerworbenen Leitungskompetenz über die Tochter-AG, bis hin zur erlaubten Schädigung (§ 308 AktG, siehe oben S. 30). An diesem Merkmal machen insbesondere die Stimmen der Mindermeinungen eine fehlende Vergleichbarkeit der Interessenlagen fest, da den GmbH-Gesellschaftern auch ohne Unternehmensvertrag eine solche Kompetenz zusteht. Anders als im Aktienrecht werde das Eigeninteresse der GmbH von den Interessen ihrer Gesellschafter geprägt; die Gesellschafter dürfen mithin eigennützig in die Belange der GmbH eingreifen, ohne dadurch die Interessen der GmbH rechtswidrig zu verletzen.⁸⁷¹ Wie gezeigt wurde, darf die GmbH zudem – anders als die AG – auch ohne Unternehmensvertrag in die einheitliche Leitung eines Konzerns eingegliedert werden.⁸⁷²

Gleichwohl ist das Postulat der weisungs- und konzernoffenen GmbH nur teilweise richtig. Es trifft nämlich keineswegs zu, dass der GmbH kein schutzwürdiges Eigeninteresse zukommt.⁸⁷³ Die GmbH hat durchaus ein schutzwürdiges Eigeninteresse, soweit es um ihre eigene Existenz und ihren Bestand geht. Dieses Bestandsinteresse gilt gleichermaßen in abhängigen wie

⁸⁷¹ *Ebricke* Konzernunternehmen, S. 452 ff.

⁸⁷² Siehe zum zutreffenden Faktizitätsprinzip oben Fn. 592.

⁸⁷³ Generell skeptisch, ob juristischen Personen ein Eigeninteresse zukommen kann *Adams* AG 1989, 333, 337 f.

selbstständigen GmbHs und steht unter keinen Umständen zur freien Disposition ihrer Gesellschafter. Auf diesem Interesse fußt bekanntlich das straf- und haftungsbewährte Existenzvernichtungsverbot, das die Gesellschafter zu jeder Zeit berücksichtigen müssen.⁸⁷⁴ Die Vorstellung von der GmbH als absolut freie Verfügungsmasse in den Händen ihrer Gesellschafter ist also falsch.

Dieses Verbot der Existenzgefährdung gilt auch im Vertragskonzern fort, und zwar sowohl im Aktienkonzern, als auch im GmbH-Konzern.⁸⁷⁵ Auch die Suspendierung der Kapitalbindung (§ 30 I 2 GmbHG) bedeutet keineswegs, dass das Verbot der Existenzgefährdung irgendwie gelockert würde, denn im Rahmen eines Vertragskonzerns darf cash pooling ebenfalls nur erfolgen, soweit die Existenz der abhängigen Gesellschaft nicht gefährdet wird.⁸⁷⁶ Mit diesem Ergebnis gibt sich die h.M. zufrieden: Eine Pflicht zur unterjährigen Deckung des Liquiditätsbedarfs, die jede Möglichkeit der Existenzvernichtung von Anfang an ausschließen würde, erkennt sie im Verlustausgleich nicht an.⁸⁷⁷ Zwar kann die Obergesellschaft je nach Einzelfall einen solchen Ausgleich freiwillig vornehmen, um die Existenz der Untergesellschaft zu bewahren (was sie, ihre wirtschaftliche Vernunft vorausgesetzt, auch immer tun wird). Da ex ante aber nicht rechtssicher feststeht, ob und wie die Existenzen der Konzerngesellschaften geschützt werden, gelten die Restriktionen des Existenzvernichtungsverbots und der flankierenden Existenzvernichtungshaftung im Vertragskonzern fort – die Konzernmutter muss nach der h.M. also den doppelten Nachteil tragen, dass sie (faktisch so gut wie immer) illiquide Töchter durch unterjährige Geldzahlungen bezuschussen wird, aber nicht in den Genuss einer um die Schranken des Existenzvernichtungsverbots faktisch befreiten Konzernherrschaft kommt. Damit verdeutlicht sich, welches gesellschaftsrechtliche Interesse jedenfalls die GmbH-Alleingeschafter auf Grundlage der h.M. an dem Abschluss eines Unternehmensvertrages haben: nämlich gar keines. Die herrschende Meinung eröffnet ihnen im Konzern keine Möglichkeiten, die nicht schon kraft Gesetzes bestehen.⁸⁷⁸ Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass die

⁸⁷⁴ Vgl. oben zum Verbot existenzvernichtender Maßnahmen im GmbH-Recht S. 136.

⁸⁷⁵ Siehe oben S. 42 und S. 144.

⁸⁷⁶ *Altmeyen* NZG 2010, 361, 365.

⁸⁷⁷ Siehe oben S. 56.

⁸⁷⁸ *Ebricke* Konzernunternehmen, S. 452.

GmbH-Praxis keine besondere Sympathie für den Abschluss von Unternehmensverträgen entwickelt hat⁸⁷⁹ und sie allenfalls aus steuerlichen Zwängen abschließt. Aus diesem Grund ist den Anhängern der Mindermeinungen Recht zu geben, dass die herrschende Meinung keine überzeugende Begründung für ihre Analogie von § 302 AktG liefert.

Das eigentliche Defizit liegt aber nicht im Begründungsdilemma der herrschenden Meinung, sondern in ihrem falschen Konzept des Verlustausgleichs: Nach richtigem Verständnis verpflichtet § 302 AktG auch zur unterjährigen Deckung des Liquiditätsbedarfs der Konzerntöchter.⁸⁸⁰ Nur so kann der eigentliche Normzweck von § 302 AktG verwirklicht werden, nämlich die wirtschaftliche Fusion zwischen Ober- und Untergesellschaften. Ob sich die rechtlichen Interessen in Aktien- und GmbH-Vertragskonzern decken, ist allein auf Grundlage dieses richtigen Konzernkonzepts zu prüfen.

Wie dargestellt wurde, wirkt sich die wirtschaftliche Fusion insoweit positiv aus, als sie das Existenzvernichtungsverbot de facto obsolet macht (siehe oben S. 116). Zwar bleibt es im Prinzip bei dem uneingeschränkten Verbot, eine abhängige Kapitalgesellschaft in ihrer Existenz zu gefährden, doch entfällt bei hinreichender Solvenz der Obergesellschaft jede Möglichkeit einer Existenzvernichtung. Davon profitieren nicht nur die herrschenden Gesellschafter selbst, sondern mit der höheren Rechtssicherheit auch die Geschäftsleiter sämtlicher Konzernebenen (siehe oben S. 118). Zudem nützt die wirtschaftliche Fusion auch den Interessen der Gläubiger der Untergesellschaft, da sie indirekt den Gesamtkonzern als Garanten ihrer Forderungen erhalten. Diese Vorteile muss man freilich mit dem Nachteil abwägen, dass nach dem hier vorgeschlagenen Modell eine Verantwortlichkeit für fremde Gesellschaftsverluste entsteht, das Privileg der Haftungstrennung der GmbH folglich entfällt. Das mag den Einwand hervorrufen, kein GmbH-Gesellschafter würde unter diesen Umständen einen Unternehmensvertrag abschließen, wenn er sich damit einer (nach hier vertretener Auffassung sogar unterjährigen!) Verlustdeckungspflicht aussetzt. Dieser Einwand überzeugt indes nicht. Kein GmbH-Gesellschafter ist verpflichtet, einen Unternehmensvertrag abzuschließen. Wer es bevorzugt, seine Gesell-

⁸⁷⁹ Auf die Unbeliebtheit des Unternehmensvertrages weist hin *U. H. Schneider* FS Hoffmann-Becking, 1071.

⁸⁸⁰ Siehe oben S. 56.

schaften unabhängig voneinander oder nur mittels gesetzlicher Weisungsmacht zu leiten, der sehe eben von einem Unternehmensvertrag ab. Die Vorteile einer wirtschaftlichen Fusion mit der Möglichkeit einer steuerlichen Organschaft, der zentralisierten Konzernleitung, der Führung einer GmbH als unselbstständige Betriebsabteilung etc. stehen den GmbH-Gesellschaftern als eine freiwillige Option zur Verfügung. Nur wer sich für diese Vorteile entscheidet, hat konsequenterweise die Verlustdeckungspflicht zu tragen.

Aber reichen die dargelegten Vorteile aus, um eine ähnliche Interessenlage zum aktienrechtlichen Vertragskonzern annehmen zu können? Man könnte nämlich einwenden, dass die Existenzvernichtung in der Unternehmenspraxis ein zu seltener Fall ist, als dass ihr Entfallen nennenswert den Interessen der Konzernbeteiligten dient. Dem ist allerdings mitnichten so. Die Gefahr der Existenzvernichtung, deren flankierende Haftung permanent als Damoklesschwert über den Konzernbeteiligten hängt, ist eine reale Einschränkung der unternehmerischen Entfaltungsmöglichkeiten. Das Existenzvernichtungsverbot gilt unabhängig von den Regeln des gesetzlichen Kapitalschutzes und erfasst damit auch und gerade Maßnahmen, die sich nicht unmittelbar im bilanzmäßigen Kapital der Gesellschaft widerspiegeln.⁸⁸¹ Sogar Maßnahmen, bei denen unmittelbar keinerlei Gesellschaftsvermögen entzogen wird, können im Nachhinein als Existenzvernichtung gewertet werden. Ohnehin hat die Rechtsprechung ein weites Verständnis davon, was sie unter Eingriffen ins Gesellschaftsvermögen versteht, da sie auch „verdeckte“ Entnahmen von Vermögenswerten hierunter fasst.⁸⁸² Auch alltägliche Konzernleitungsmaßnahmen können somit von diesem Verbot betroffen sein, und die umfassende Kasuistik zu dieser Frage zeigt, dass hierzu gerade im GmbH-Konzern häufig Anlass besteht. Der folgende Katalog an Beispielen verdeutlichen die praktische Relevanz dieser Problematik – bei jeder dieser Maßnahmen hält zumindest eine Teil der Lehre oder der Rechtsprechung den Existenzvernichtungstatbestand potentiell für eröffnet:

⁸⁸¹ *Lutter/Hommelhoff* Anh. § 13 Rn. 20.

⁸⁸² *BGH NZG* 2005, 214.

- Entzug von Personal und know how, was die marktadäquate Fortentwicklung der Gesellschaft gefährden könnte,⁸⁸³
- Umdisponieren von Geschäftschancen („Das Geschäft x übernimmt Gesellschaft y anstellen von Gesellschaft z“),⁸⁸⁴
- Übertragung von Warenbestand⁸⁸⁵ und Produktionsmitteln,⁸⁸⁶
- Eingehen von hochspekulativen Geschäften,⁸⁸⁷
- Vorenthalten der erforderlichen finanziellen Ausstattung („Aschenputtelfälle“),⁸⁸⁸
- Umgestaltung des Unternehmens im Rahmen einer neuen Geschäftspolitik,⁸⁸⁹
- Strategische Festlegung von Konzernstrukturen – Umstrukturierung bzw. Zentralisierung von Unternehmensfunktionen wie Vertrieb, Einkauf, Produktion, Forschung und Entwicklung,⁸⁹⁰
- Liquiditätsabzug im Cash Pool,⁸⁹¹
- Aufnahme bzw. Fortführung materiell unterkapitalisierter Gesellschaften,⁸⁹²
- Veränderungen von bestehenden Vertragsbeziehungen zugunsten der Gesellschafter,⁸⁹³
- der Abschluss von Sale-and-Lease-back Verträgen.⁸⁹⁴

Bei diesen Geschäftsmaßnahmen handelt es sich keineswegs um unternehmenspolitische Extremfälle, wie die Bezeichnung „Existenzvernichtung“

⁸⁸³ Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rn. 20.

⁸⁸⁴ Lutter/Hommelhoff Anh. § 13 Rn. 21.

⁸⁸⁵ Vgl. BGH NZG 2005, 177.

⁸⁸⁶ Veil Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2005, 103, 106.

⁸⁸⁷ Sehr strittig; dafür MüKo GmbHG/Liebscher Anh. § 13 Rn. 553; dagegen Vetter BB 2007, 1965, 1966 (außer bei „Extremfällen“).

⁸⁸⁸ OLG Düsseldorf NZG 2007, 388; abweichend BGH NZG 2008, 547 („Gamma“).

⁸⁸⁹ Veil Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2005, 103, 107.

⁸⁹⁰ Matschernus Durchgriffshaftung, S. 224 ff; vgl. auch BGH NZG 2002, 520 („Ausfallhaftung“).

⁸⁹¹ BGH NZG 2002, 38 („Bremer Vulkan“).

⁸⁹² Matschernus Durchgriffshaftung, S. 261; abweichend BGH NZG 2008, 547, 548 f. („Gamma“).

⁸⁹³ BGH NJW 2007, 2689 („Trihotel“); Saenger/Inhester/Greitemann § 13 GmbHG Rn. 117.

⁸⁹⁴ Vgl. den Fall Middelhoff / Arcandor (<http://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2012/04/arcandor-prozess-gorg-erwirtschadensersatz-gegen-ex-manager>). Sale-and-Lease-back Verträge zeigen die Bedeutung des Existenzvernichtungsverbots besonders deutlich, da sie i.d.R. keine unmittelbare, erhebliche Auswirkung auf die Bilanzsumme und damit auf das Eigenkapital haben. Bei der Veräußerung findet ein bloßer Aktivtausch statt (bspw. Bankguthaben statt Immobilienvermögen). Der Mietvertrag mit der Verpflichtung künftiger Zahlungen spiegelt sich nicht unmittelbar und umfassend in der Bilanz wider.

vermuten lassen könnte. Vielmehr handelt es sich um Vorgänge, die gerade in Konzernen alltäglich und zur Bergung von Synergien unerlässlich sind. Zur Effizienzsteigerung ist die Konzernleitung darauf angewiesen, wesentliche Abteilungen, Personal, Waren und Kapital zu zentralisieren – die Gefahr einer Existenzvernichtungshaftung könnte also sinnvolle Konzernumstrukturierungen blockieren. Auch wenn sich die Rechtsprechung punktuell um eine Begrenzung des Existenzvernichtungstatbestandes bemüht,⁸⁹⁵ ist ex ante nie mit hinreichender Sicherheit zu beurteilen, wie eine unternehmerische Maßnahme im Nachhinein eingestuft wird. Das Risiko einer persönlichen Haftung und die strafrechtliche Relevanz der Existenzvernichtung wirken sich also durchaus als unternehmerisches Hemmnis aus. Besonders problematisch ist das Risiko von Rückschaufehlern, wenn sich strategische Entscheidungen letzten Endes existenzvernichtend auswirken: Unternehmer dürfen Risiken eingehen, deren Prognosen ex ante im Zeitpunkt ihres Ergreifens angemessen erschienen. Gerichte haben diese Maßnahmen aber in aller Regel retrospektiv zu beurteilen, und es ist bekannt, dass selbst geschulte Experten aufgrund ihrer psychologischen Disposition zu besonders kritischen und voreingenommenen Urteilen tendieren, wenn sich Entscheidungen im Nachhinein negativ ausgewirkt haben (sog. *hindsight bias*).⁸⁹⁶

Bereits die drohende Möglichkeit einer Existenzvernichtung ist für die Praxis der Unternehmensleitung – und umso mehr der Konzernleitung – ein reales Hemmnis bei der wirtschaftlichen Entfaltung. Das rechtliche Interesse an einer faktischen Eliminierung dieser Gefahrenquelle ist auch und gerade im GmbH-Konzern immens und ähnelt damit den rechtlichen Interessen im aktienrechtlichen Konzern. Zudem ist das Interesse der Gläubiger von konzernierten GmbHs an der Existenzsicherung noch dringender als bei konzernierten AGs, da die Praxis gezeigt hat, dass gerade konzernierte GmbHs für existenzvernichtende Weisungen ihrer Gesellschafter anfällig sind.⁸⁹⁷ Zwar mögen die Interessen an aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Vertragskonzernen nicht identisch sein, da die Interessen im Aktienrecht über den faktischen Ausschluss des Existenzvernichtungsverbots hinausgehen. Rechtsmethodisch setzt die Analogie aber auch keine identischen Inte-

⁸⁹⁵ Vgl. *BGH NZG* 2008, 547, 548.

⁸⁹⁶ *Fleischer NZG* 2008, 371, 372; *Brömmelmeyer WM* 2005, 2065, 2068.

⁸⁹⁷ Siehe oben Fn. 737.

ressen voraus – gewisse Unterschiede sind unschädlich, solange ein Sachverhalt von den Wertungen und dem Zweck einer Norm ebenso erfasst wird.⁸⁹⁸ Für die Wertungen des § 302 AktG ist nicht entscheidend, welche rechtliche Ausgestaltung eine Gesellschaft in konzernfreiem Zustand hatte; entscheidend ist allein, welche Ausgestaltung die Gesellschaft nach ihrer Konzernierung haben soll. Bei richtigem Verständnis von § 302 AktG als Garanten einer wirtschaftlichen Fusion sind die rechtlichen Interessen in Aktien- und GmbH-Recht an einer Verlustdeckung hinreichend ähnlich. Anders als die Begründung der h.M. ist das Konzernmodell der wirtschaftlichen Fusion somit geeignet, die Verlustdeckungspflicht analog § 302 AktG auch im GmbH-Vertragskonzern zu tragen.

Gegen diese Begründung einer Konzernhaftung hat *Marcus Lutter* Einwände erhoben. Auch ohne den Tatbestand der wirtschaftlichen Fusion namentlich zu nennen, kritisiert er den Ansatz, wegen der besonders engen Eingliederung der Konzerntöchter in die Interessen der Konzernmutter die „Dämme der Haftungskanalisation“ zu zerbrechen.⁸⁹⁹ Zwar räumt er ein, dass einer abhängigen GmbH im Vertragskonzern wenig mehr als die Funktion einer bloßen „Betriebsabteilung“ zukommt: „Was ist die französische Vertriebs-GmbH der deutschen Maschinenfabrik anderes als eine ‚Betriebsabteilung‘? Sie kann – praktisch – auch gar nicht anders geführt werden: Sie ist reines Dienstleistungsunternehmen mit ausschließlicher Ausrichtung ihrer Interessen auf das ‚Mutterhaus‘“.⁹⁰⁰ Allerdings fragt *Lutter* skeptisch, weshalb „allein“ die Führung einer GmbH „wie eine Betriebsabteilung“ zur Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens führen soll.⁹⁰¹ Die GmbH sei nämlich von Rechts wegen offen für eine mehr oder weniger dichte unternehmerische Leitung.

Die Antwort auf diese Frage findet sich im hier vorgeschlagenen Modell des Vertragskonzerns: Die Verlustausgleichspflicht ist notwendig, da die abhängige Gesellschaft ohne Verlustübernahme eben nicht „wie eine Betriebsabteilung“ geführt werden darf! *Lutter* verkennt, dass das GmbHG gerade keine Führung wie eine unselbstständige Betriebsabteilung zulässt, da das Exis-

⁸⁹⁸ Siehe oben S. 165.

⁸⁹⁹ *Lutter* ZIP 1985, 1425, 1433.

⁹⁰⁰ *Lutter* ZIP 1985, 1425, 1433.

⁹⁰¹ *Lutter* ZIP 1985, 1425, 1433.

tenzvernichtungsverbot einer derart engen Leitung entgegensteht. Das vielfach vorgetragene Postulat der „weisungsoffenen“ GmbH wird also auch von *Lutter* überstrapaziert. Die Gefahr der Existenzvernichtung setzt der Leitung einer Unternehmensgruppe gesetzliche Schranken auf, die innerhalb eines einheitlichen Unternehmens nicht bestehen (siehe die Beispiele oben). *Lutter* hat aber insoweit Recht, als die Obergesellschaft im Vertragskonzern in der Lage sein *sollte*, ihre Untergesellschaften wie unselbstständige Betriebsabteilungen zu führen (§ 308 AktG) – gerade diesem Ziel dient der Unternehmensvertrag! Denn in der Tat ist eine Konzerngesellschaft (sei es die Vertriebs-GmbH einer Maschinenfabrik, um das obige Beispiel aufzunehmen) faktisch nur ein unselbstständiger Teil von etwas Einheitlichem, Größeren, und sollte auch entsprechend geführt werden dürfen. Die Vereinheitlichung mehrerer GmbHs zu faktisch unselbstständigen Betriebsabteilungen ist aber schon Begrifflich nichts anderes als eine wirtschaftliche Fusion. Eine derart enge Konzernführung, wie sie *Lutter* vorschwebt und wie sie auch dem hier vertretenen Konzernverständnis entspricht, wäre ohne richtig verstandene Verlustdeckungspflicht aber gar nicht möglich. Die richtige Frage lautet also nicht, warum die Führung einer GmbH als Betriebsabteilung zur Haftungsübernahme führen sollte. Die Frage lautet vielmehr, ob eine derart enge Führung ohne Verlustübernahme gesetzlich *möglich* sein kann: Diese Frage ist zu verneinen.

c. Gesetzssystematische Erwägungen

Eine Analogie von § 302 AktG kommt letztlich aber nur dann in Frage, wenn diese Norm nicht die Gesetzssystematik des GmbH-Rechts verletzt. Eine Analogie *contra legem* kommt, auch wenn sie rechtspolitisch wünschenswert sein sollte, nicht in Betracht.⁹⁰² Auch bei der Frage, *wie* die Analogie anzuwenden ist, sind die Besonderheiten der GmbH zu berücksichtigen.

§ 302 AktG fügt sich unproblematisch in die rechtliche Struktur des GmbH-Rechts ein. Die Analogie stellt eine Kohärenz von Gesellschafts- und Steuerrecht her, wo § 17 I 2 Nr. 2 KStG längst einen Zwang zur Verlustübernahme statuiert. Auch mit Blick auf § 30 I 2 GmbHG passt sich die Norm nahtlos in die Systematik des GmbHG ein. Schließlich vertraute der Gesetz-

⁹⁰² *Larenz/Canaris Methodenlehre*, S. 194 f.

geber des MoMiG, als er § 30 GmbHG reformierte, selbst auf die Analogie von § 302 AktG als Ausgleich für den suspendierten Kapitalschutz.⁹⁰³ Wenn der Gesetzgeber eine steuerrechtliche Organschaft ermöglicht und gleichzeitig das gesetzliche Garantiekapital aufgibt, geht auch er im GmbH-Vertragskonzern von einer wirtschaftlichen Vermögenseinheit aus: Nur so lässt sich erklären, dass das Vermögen des Konzerns als wirtschaftliche Einheit besteuert wird und als wirtschaftliche Einheit für die Verbindlichkeiten der Gläubiger haftet, sowie dass das Stammkapital der einzelnen Konzernglieder nicht separat geschützt werden muss. Eine wirtschaftliche Vermögenseinheit ist jedoch nur möglich, wenn die Haftungstrennung zwischen den Gesellschaften aufgegeben wird.

Gerade die steuerliche Organschaft (§§ 14, 17 KStG) ist, wie die wirtschaftliche Vermögenseinheit insgesamt, nichts anderes als eine weitere Facette der wirtschaftlichen Fusion im Vertragskonzern und stellt damit nicht nur eine besondere Kohärenz zur Analogie des § 302 AktG, sondern auch und gerade zum hier entwickelten Konzernmodell her. Die Organschaft zielt darauf ab, eine juristisch Person wirtschaftlich als Teil eines übergeordneten Unternehmens zu behandeln, ohne ihre rechtliche Selbstständigkeit aufzugeben.⁹⁰⁴ Nichts anderes ist die wirtschaftliche Fusion. Das hier vertretene Modell gibt der umfassenden, am Aktienrecht angelegten Verlustausgleichspflicht von § 17 KStG nicht nur einen steuer-, sondern auch einen gesellschaftsrechtlichen Sinn im GmbH-Konzern.⁹⁰⁵ Bislang bestand für die Konzernbeteiligten nur ein steuerrechtlicher Anreiz, einen Vertragskonzern zu vereinbaren.⁹⁰⁶ Gesellschaftsrechtlich ist der Unternehmensvertrag im GmbH-Recht dagegen immer unbeliebt gewesen.⁹⁰⁷ Das bislang erfolglose Anliegen des Gesetzgebers, möglichst viele GmbH-Konzerne zum Abschluss eines Unternehmensvertrages zu bewegen,⁹⁰⁸ kann nur realisiert werden, wenn auch die herrschenden GmbH-Gesellschafter einen gesellschaftsrechtlichen Nutzen von dieser Konzernform haben. Mit dem Modell der wirtschaftlichen Fusion ist ein Modell gefunden, bei dem alle GmbH-

⁹⁰³ Siehe oben Fn. 773.

⁹⁰⁴ Blümich/*Danelsing* § 14 KStG Rn. 1.

⁹⁰⁵ Siehe hierzu bereits oben Fn. 850.

⁹⁰⁶ K. *Schmidt* GmbHR 1979, 121, 133.

⁹⁰⁷ U. H. *Schneider* FS Hoffmann-Becking, 1071.

⁹⁰⁸ Siehe oben Fn. 709.

Konzernbeteiligten ökonomische und gesellschaftsrechtliche Interessen am Unternehmensvertrag haben (siehe oben).

Zu klären ist weiterhin, ob der Verlustausgleich im GmbH-Konzern auf die Deckung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG) beschränkt sein sollte. Mit Blick auf die spezifischen Eigenarten des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes spricht sich, wie gesagt, eine stark präzise Meinung für eine solche Einschränkung aus (siehe oben S. 171). Dieser Einschränkung ist richtigerweise jedoch zu widersprechen, da der Sinn und Zweck von § 302 AktG auch im GmbH-Recht einen vollständigen Ausgleich sämtlicher Verluste verlangt. Andernfalls ließe sich das Ziel, jede Möglichkeit einer Existenzvernichtung auszuschließen, nicht erreichen. Denn wie erwähnt, geht der Existenzvernichtungstatbestand über den Kapitalschutz des § 30 GmbHG hinaus und schließt dabei explizit auch Schutzlücken, die vom rein bilanzmäßigen Ansatz der Stammkapitalerhaltung nicht erfasst sind.⁹⁰⁹ Das Existenzvernichtungsgebot schützt mithin auch vor Nachteilen, die sich nicht unmittelbar in der Bilanz der GmbH niederschlagen und dementsprechend keinen Einfluss auf die Stammkapitaldeckung haben. Der rein bilanzbezogene Schutz des Stammkapitals kann die Existenz der Gesellschaft also nicht jederzeit gewährleisten und wäre mithin ungeeignet, um den Tatbestand der wirtschaftlichen Fusion herbeizuführen. Dies wird besonders augenscheinlich bei einer Insolvenz wegen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO): Eine Gesellschaft kann außerstande sein, fällige Zahlungspflichten zu erfüllen, obwohl ihr Stammkapital durch illiquide Vermögensgegenstände gedeckt ist.⁹¹⁰

Daran schließt sich die nächste Frage an, ob die Verlustdeckungspflicht analog § 302 AktG auch die Pflicht zur unterjährigen Deckung des Liquiditätsbedarfs einschließt. Wie schon im Aktienrecht verneint die herrschende Meinung diese Frage.⁹¹¹ Und wie schon im Aktienrecht irrt die herrschende Meinung an dieser Stelle: Aus der Dauerschuld der Konzernmutter, jederzeit die Existenz und den Bestand der Konzerngesellschaften zu garantieren, folgt auch die Pflicht, jeden Insolvenzgrund wegen Zahlungsunfähigkeit

⁹⁰⁹ Siehe oben Fn. 625.

⁹¹⁰ MüKo GmbHG/*Ekkenga* § 30 Rn. 13 mit dem zutreffenden Hinweis, dass § 30 GmbHG in der Fassung des MoMiG zwar Vermögens- und Kapitalumfang, nicht aber die Vermögensstruktur schützt.

⁹¹¹ Siehe oben Fn. 793.

dauerhaft auszuschließen.⁹¹² Die Pflicht zur jederzeitigen Deckung des Liquiditätsbedarfs passt gesetzessystematisch sogar noch besser zum GmbH-Recht, da die Pflicht zu unterjährigen Zuschüssen spiegelbildlich zum Recht auf unterjährige Vorabausschüttungen steht, die in der GmbH – anders als in der AG – zulässig sind.⁹¹³

d. Zusammenfassung

Die rechtsmethodischen Voraussetzungen, die an eine Analogie von § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern zu stellen sind, liegen vor. Eine Gesetzeslücke ist spätestens anzunehmen, seitdem das MoMiG die Kapitalbindung im Vertragskonzern suspendiert, ohne einen konzernspezifischen Schutzausgleich zu statuieren. Im Ergebnis trifft zudem die herrschende Position zu, wonach die Interessen der Konzernbeteiligten an einer Verlustdeckung ähnlich sind. Allerdings irrt die herrschende Meinung bei der Begründung ihres Konzernmodells. Anders als vielfach behauptet, liegen die ähnlichen Interessen im ökonomischen Nutzen des Vertragskonzerns und im rechtlichen Vorteil der wirtschaftlichen Fusion. Ähnlich wie im Aktienkonzern „fusionieren“ die Gesellschaften im GmbH-Konzern wirtschaftlich. Zwar sind die geschützten Interessen zwischen AG- und GmbH-Konzern nicht identisch, anders als im Aktienkonzern schützt § 302 AktG auch nicht die GmbH-Minderheitsgesellschafter. Diese Unterschiede sind aber nicht gewichtig genug, um einer Ähnlichkeit der Interessenlage entgegenzustehen. Die zentrale Ratio und die Gesetzeswertung von § 302 AktG erfassen generell die wirtschaftliche Fusion von Kapitalgesellschaften im Vertragskonzern, mithin auch von GmbHs.

III. Ein Blick zurück auf den faktischen GmbH-Konzern: Kohärenz der Haftungsmodelle?

An dieser Stelle ist auf die eingangs gestellte Frage zurückzukommen, ob die Abkehr von § 302 AktG im faktischen GmbH-Konzern konsequenterweise auch eine Neubewertung der Haftung im vertraglichen GmbH-Konzerns erfordert (siehe oben S. 157). Im Autokran-Urteil hatte der BGH den faktischen GmbH-Konzernen und vertraglichen Aktienkonzernen nämlich eine

⁹¹² Siehe oben Fn. 270.

⁹¹³ *Priester* ZIP 1989, 1301, 1307.

Ähnlichkeit attestiert, weil die vertraglich konzernierte AG ebenso den Interessen und nachteiligen Weisungen ihrer Gesellschafter unterworfen werden dürfte wie die unkonzernierte GmbH, und infolgedessen jeweils eine „wirtschaftliche Einheit“ zwischen den Gesellschaften und ihren Gesellschaftern vorläge.⁹¹⁴ Wenn die Analogie von § 302 AktG im „ganz ähnlichen“⁹¹⁵ faktischen GmbH-Konzern aber aufgegeben wurde⁹¹⁶ – wie ist es dann zu rechtfertigen, diese Analogie im vertraglichen GmbH-Konzern beizubehalten? Ist § 826 BGB nicht auch, wie im faktischen GmbH-Konzern,⁹¹⁷ als Haftungsgrundlage für den GmbH-Vertragskonzern denkbar?

Die Antwort liegt darin, dass faktische GmbH-Konzerne und vertragliche Aktienkonzerne eben nicht so ähnlich sind, wie der BGH ursprünglich annahm. Insbesondere trifft es nicht zu, dass faktische GmbH-Konzerne eine wirtschaftliche Einheit bilden. Von einer vermögensmäßigen Einheit kann schon deswegen keine Rede sein, weil der Kapitalschutz (§ 30 GmbHG) der Untergesellschaften im faktischen Konzern uneingeschränkt bestehen bleibt.⁹¹⁸ Zudem stehen die gesetzlichen Schranken, die das Existenzgefährdungsverbot dem Weisungsrecht der Gesellschafter im faktischen Konzern auferlegen, der Annahme einer wirtschaftlichen Einheit entgegen. Auch der BGH hat also die Offenheit der GmbH für schädigende Weisungen und faktische Konzernierung überbewertet. Eine wirtschaftliche Einheit würde bedeuten, dass der faktische Konzern einem einheitlichen Unternehmen ähnelt, in dem die einzelnen Konzernglieder wirtschaftlich zu unselbstständigen Betriebsabteilungen fusionierten. Davon kann aber im faktischen Konzern keine Rede sein.

Gerade am Tatbestand der existenzgefährdenden Weisungen manifestiert sich der wesentliche Unterschied zwischen faktischen und vertraglichen Konzernen. Für das Problem der Existenzgefährdungen wählte der Gesetzgeber, je nach Konzernform, zwei unterschiedliche Lösungen, die auf jeweils unterschiedliche Haftungsregime hinauslaufen. Es handelt sich um die beiden denkbaren Ansätze, die bereits oben auf S. 117 beschrieben wurden. Im

⁹¹⁴ BGH NJW 1986, 188, 191 („Autokran“); siehe bereits oben Fn. 719.

⁹¹⁵ So wörtlich der BGH im Autokran-Urteil NJW 1986, 188, 191.

⁹¹⁶ BGH NJW 2001, 3622, 3623 („Bremer Vulkan“); siehe auch schon oben Fn. 734.

⁹¹⁷ Siehe oben S. 157.

⁹¹⁸ MüKo GmbHG/*Ekkenga* § 30 Rn. 268; eine vermögensmäßige Einheit nahm der BGH im Autokran-Urteil aber noch an: BGH NJW 1986, 188, 191.

faktischen Konzern gibt die Konzernmutter keine Garantie für den Bestand und die Existenz ihrer Töchter, Insolvenzen einzelner Glieder des faktischen Konzerns sind demnach jederzeit möglich.⁹¹⁹ Die Konzerngesellschaften und der herrschende Gesellschafter haben sich folglich bei jeder Weisung zu vergewissern, dass die Maßnahme nicht existenzgefährdend ist. Andernfalls darf die Weisung nicht erteilt und nicht umgesetzt werden, bei vorsätzlichen und rechtswidrigen Verstößen droht eine Haftung nach § 826 BGB (aber auch nach § 823 II BGB iVm. § 266 StGB; § 64 S. 3 GmbHG). Die deliktische Haftung sanktioniert also konkrete Gefährdungen der Gesellschaft und ihres Vermögens. Diese Rechtsfortbildung greift eine Wertung auf, die der Gesetzgeber bereits für den faktischen Aktienkonzern getroffen hat: Auch faktische Aktienkonzerne sehen eine Ausgleichspflicht vor, falls die abhängige AG rechtswidrig benachteiligt wurde (§§ 311, 317 AktG).⁹²⁰ Die Unterscheidung zwischen „guter“ und „böser“ Konzernführung bleibt im faktischen Konzern also jederzeit relevant.⁹²¹

Für den Vertragskonzern wählte der Gesetzgeber einen anderen Weg. Im Interesse einer effizienteren Konzernherrschaft überwinden §§ 291 ff. AktG jede Notwendigkeit, zwischen guter und böser Leitungsmacht zu differenzieren.⁹²² Wenn die Konzernhaftung präventiv einen effektiven Schutz der potentiell gefährdeten Interessen garantiert, bleibt für eine sittenwidrige „böse“ Konzernherrschaft nämlich kein Raum. Statt eine Haftung an die unzulässige Beeinträchtigung von Drittinteressen anzuknüpfen, etablieren §§ 302 ff. AktG einen vorbeugenden Schutz für potentiell gefährdete Interessen.⁹²³ Das Konzernrecht hat also einen Ausgleich von abstrakten Gefährdungen vor Augen,⁹²⁴ eine konkrete Gefahr muss sich hier – anders als im faktischen Konzern – nicht verwirklicht haben. Zwar kann der Tatbestand von § 826 BGB theoretisch auch im Vertragskonzern eröffnet sein, sofern Nachteile verursacht werden, deren Ausgleich die Konzernmutter er-

⁹¹⁹ *Burg/Hützen* Der Konzern 2010, 20, 22.

⁹²⁰ §§ 311, 317 AktG sind mithin normierte Ausprägungen der Blankettnorm des § 826 BGB mit spezielleren Voraussetzungen und der identischen Rechtsfolge; ein Rückgriff auf § 826 BGB im faktischen Aktienkonzern erübrigt sich daher; vgl. MüKo AktG/*Altmeppen* Anh. § 317 Rn. 13.

⁹²¹ Vgl. jedoch zu der Kritik an einer Rechtsprechung, die Konzernführung zwischen „gut“ und „böse“ unterteilt *Lutter* ZIP 1985, 1425, 1434 f.

⁹²² *K. Schmidt* GmbHHR 1979, 121, 122.

⁹²³ *K. Schmidt* GmbHHR 1979, 121, 129 f. und 133 f.

⁹²⁴ Vgl. oben Fn. 314.

kennbar nicht leisten kann (wobei das Weisungsrecht bei Zweifeln an der Solvenz der Konzernmutter ohnehin erlischt; siehe oben S. 33).⁹²⁵ Abgesehen von diesem Ausnahmefall schließt der umfassende Bestandschutz von § 302 AktG (analog) aber schon jeden Schaden auf Seiten der Gläubiger aus, eine deliktische Haftung der Konzernmutter scheidet daher aus.⁹²⁶

⁹²⁵ Henssler/Strohn/*Servatius* Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 416.

⁹²⁶ *Bicker* DZWir 2007, 284, 286.

Zusammenfassung und Ergebnisse

- § 302 AktG ist dahingehend auszulegen, dass die Pflicht zur Verlustdeckung auch die Pflicht zur unterjährigen Deckung des Liquiditätsbedarfs umfasst. Bei hinreichender Solvenz der ausgleichspflichtigen Konzernmutter ist damit jede Möglichkeit abgeschnitten, dass die Untergesellschaften in ihrer Existenz gefährdet würden.
- Anders als die h.M. annimmt, liegt der Grund der Konzernhaftung weder darin, dass die Verlustausgleichspflicht ein zwingendes Korrelat der Konzernherrschaft ist, noch darin, dass aus der Konzerneinbindung spezifische Gefahren entspringen.
- Die Konzernhaftung ist unter anderem ein Ausgleich für den suspendierten Kapitalschutz im aktienrechtlichen (§ 57 I 3 AktG) und GmbH-rechtlichen (§ 30 I 2 GmbHG) Vertragskonzern. Doch geht § 302 AktG sowohl über den Schutz des Grund- als auch des Stammkapitals hinaus. Andernfalls würde es in der vertraglich konzernierten GmbH ausreichen, den Verlustausgleich auf die Deckung des Stammkapitals zu beschränken.
- Die Pflicht zur Verlusthaftung bricht mit dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundpfeiler der Haftungstrennung und stellt einen belastenden Eingriff in das Marktgeschehen dar – als solche ist die Pflicht erheblich rechtfertigungsbedürftig. Obwohl sich die h.M. für die Analogie von § 302 AktG im GmbH-Vertragskonzern ausspricht, liefert sie kein wirtschaftlich und rechtlich überzeugendes Konzernmodell, um diese Pflicht der Konzernhaftung zu rechtfertigen.
- Die Ratio von § 302 AktG liegt darin, im Rahmen des Vertragskonzerns eine wirtschaftliche Fusion zwischen den Konzerngesellschaften herzustellen. Dazu bedarf es der Aufhebung der Haftungs- und Vermögenstrennung im Konzern. Durch die uneingeschränkte Existenzsicherung der Konzerntöchter weitet sich die Herrschaftsmacht der Konzernspitze aus, da die gesetzlichen Beschränkungen des Existenzvernichtungsverbots praktisch entfallen. Damit dient § 302

AktG den ökonomischen und rechtlichen Interessen aller Konzernbeteiligten.

- Die Ratio von § 302 AktG ist auch auf die konzernierte GmbH übertragbar, da ohne Verlustdeckungspflicht keine wirtschaftliche Fusion im GmbH-Konzern bestünde. Die Konzern- und Weisungsoffenheit der GmbH darf nämlich nicht überschätzt werden: Das Existenzvernichtungsverbot setzt der Herrschaft über faktisch abhängige GmbHs engere Grenzen als gemeinhin angenommen wird.
- Das Konzernmodell der wirtschaftlichen Fusion stellt eine Kohärenz des Vertragskonzernrechts zum Recht des faktischen GmbH-Konzerns und zur steuerrechtlichen Organschaft her.

Marek Wede LL.B.

LEBENS LAUF

- Geboren in Bremen am 3. September 1983
- Staatsangehörigkeiten: Deutsch, Französisch

Schulbildung

- 1989 – 1991: Grundschule Bremen
- 1991 – 1997: Deutsche Schule Mailand (Italien)
- 1997 – 2003: Gymnasium Lilienthal bei Bremen
- 2000 – 2001: Austauschjahr an einer *High School* in Lincoln, Nebraska (USA)
- Abitur mit der Note 1,2 absolviert. Leistungskurse Englisch und Französisch, weitere Prüfungsfächer Mathematik und Geschichte

Studium

- September 2004 – September 2009: Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School (Hamburg)
- Juli – November 2006: Auslandssemester an der *University of Sydney Law School* (Australien)
- Februar 2008: Universitäre Schwerpunktprüfung im Wahlschwerpunkt Gesellschaftsrecht mit 10,1 Punkten
- Erwerb des *Bachelor of Laws* (LL.B.) und Abschluss des Ersten Juristischen Staatsexamens

Praktika

- August – September 2005: Praktikum bei Freshfields Bruckhaus Deringer (Berlin) im Bereich Vergabe- und Kartellrecht
- November – Dezember 2006: Praktikum bei Lovells (London) im Bereich *Banking and Financial Institutions*
- Juni – August 2009: Praktikum im Private Wealth Management der Deutschen Bank (Frankfurt)
- Januar – März 2010: Praktikum bei der Kanzlei Peters, Schönberger & Partner (München)
- April – Juni 2010: Praktikum im Investment Banking der Berenberg Bank (Hamburg)

Referendariat

- August 2010 – Juli 2012: Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Hamburg
- September 2010 – April 2011: Wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. Dr. Christoph Seibt bei Freshfields Bruckhaus Deringer (Hamburg). Mitgestaltung des Beck'schen Formularbuchs *Mergers & Acquisitions*
- Februar – April 2011: Verwaltungsstation an der Hamburger Wertpapierbörse
- Mai – Juli 2011: Wahlstation an der Deutschen Botschaft in Italien (Rom)
- August 2011 – April 2012: Anwaltsstation bei Hengeler Mueller im Bereich Gesellschaftsrecht und Prozessrecht (München)
- November – Dezember 2011: Slaughter and May (London)
- Abschluss des Zweiten Juristischen Staatsexamens

Stipendien und Mitgliedschaften

- August 2005 – Dezember 2014: Stipendiat von e-fellows
- November 2005 – September 2009: Stipendiat der Stiftung der Deutschen Wirtschaft
- Januar - Dezember 2014: Stipendiat der Hanns Seidel Stiftung
- Mitglied im Alumni-Verein der Bucerius Law School
- Mitglied im Alumni-Verein der Stiftung der Deutschen Wirtschaft
- Mitglied im Alumni-Verein der Hanns Seidel Stiftung
- Mitglied der amerikanischen *legal fraternity* Phi Delta Phi

Dissertation und rechtsanwaltliche Tätigkeit

- Ab Januar 2013: Dissertation bei Professor Dr. Ulrich Ehrlicke (Universität zu Köln)
- April 2013 – Dezember 2014: Rechtsanwalt im Gesellschaftsrecht bei Bird & Bird, Hamburg
- Seit Januar 2015: Rechtsanwalt bei Baker & McKenzie, Praxisgruppe Gesellschaftsrecht (Berlin).

Fremdsprachen

- Englisch: fließend
Cambridge International Legal English Certificate (ILEC) im Juli 2012 mit 96/100 Punkten bestanden (*exceptional*, Bestnote), Austauschjahr in den USA 2000/01, Auslandssemester in Sydney 2006, Praktika in London 2006 und 2011, fachspezifische Fremdsprachenprüfung mit „gut“ bestanden (setzt 190 Stunden an Universitätskursen in englischer Rechtssprache voraus)
- Französisch: fließend
Zweisprachige Erziehung, sechsmonatiger Arbeitsaufenthalt in Paris 2004, Universitätskurse *Français Juridique*, Sprachzertifikat *Certificat de Français Juridique*
- Italienisch: fließend
Wohnhaft in Mailand 1991 – 1997, Referendariatsstation in Rom 2011

Wehrdienst und berufliche Erfahrungen vor dem Studium

- Juli 2003 – März 2004: Wehrdienst bei der Marine
- April – September 2004: Mitarbeit im Hotel Disneyland (Paris)

Engagement

- Januar 2005 – Februar 2006: Vorstandsmitglied einer politischen Studentenvereinigung
- 2004 – 2007: Mitglied der *Model United Nations Society*
Teilnahme an Konferenzen in Cambridge (Oktober 2004), WorldMun Edinburgh (März 2005) und WorldMun Peking (April 2006) mit der Bucerius Law School Delegation
März 2007: Teilnahme an der *Asia Model United Nations* Konferenz in Peking auf Einladung der ETH Zürich-Delegation. Auszeichnung der Gruppe mit einem *delegation award*
- 2010/2011: Ehrenamtliche Betätigung als Schülercoach (Projekt „Starthilfe“ der AWO Hamburg)
- Januar 2013 – Dezember 2014: Ehrenamtlicher studentischer Rechtsberater der „Law Clinic“ (ein gemeinsames Projekt der Bucerius Law School und der Diakonie Hamburg)