

# NEUERE ENTWICKLUNGEN IM DEUTSCHEN GMBH-KONZERNRECHT

## RECENT DEVELOPMENTS IN GERMAN LAW ABOUT GROUPS OF COMPANIES

*Wolfgang Servatius\**

### ABSTRACT

The German law about groups of companies is quite unique in the international company laws. Its general scope is to create a close concept on the question to what extent it is allowed to make use of corporations for exterior interests. The German company law provides special regulations for groups of companies since 1965. Nevertheless, this specific approach is being minimized by recent decisions of the German Federal Court of Civil Law. Especially for Limited Liability Companies the Court shifts the basis of the relevant rules to a general tort law approach. Hereafter, shareholders who use a corporation for exterior interest are not liable under specific company law rules but by the general rule of tort law. The article demonstrates the development of this legal question and gives critical remarks on it.

**Keywords:** Company law; External use of companies; Liability.

### INHALTSÜBERSICHT

A. Die Grundkonzeption des Konzernrechts, I. Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff, II. Gesellschaftsrechtlich begründete Abhängigkeit und Beherrschung, B. Die unternehmensvertragliche Beherrschung einer GmbH, I. Grundlagen für die AG, II. Eingeschränkte Gesamtanalogie zum Aktienrecht?, III. Abschluss und Wirksamkeit eines Beherrschungsvertrages, IV. Das Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft, 1. Umfang des Weisungsrechts, nachteilige Weisungen, 2. Grenzen des Weisungsrechts, a. Verbot der Insolvenzvernichtung, b. Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer, V. Folgepflicht der Geschäftsführer, VI. Die Verlustübernahmepflicht der herrschenden Gesellschaft, VII. Sicherungsanspruch der

---

\* Professor Doutor da Universität Regensburg – Alemanha Universitätsstraße, n. 31, Regensburg – 0941 94301, Deutschland. Correspondência para / Correspondence to: Universitätsstraße 31, RW(S) 2.06, Regensburg – 0941 94301, Deutschland. E-mail: wolfgang.servatius@irebs.de.

Gläubiger bei Vertragsbeendigung, C. Die faktische Beherrschung einer GmbH, I. Grundlagen, II. Die Existenzvernichtungshaftung, 1. Gesellschaftshaftung aus § 826 BGB, a. Haftungsadressat, b. Kompensationsloser Eingriff in das Gesellschaftsvermögen, c. Insolvenzverursachung, d. Sittenwidrigkeit, e. Vorsatz, f. Schaden, g. Geltendmachung des Anspruchs, h. Konkurrenzen, i. Auslandsgesellschaften, III. Haftung im qualifizierten faktischen Konzern, 1. Der qualifizierte faktische Konzern, a. Voraussetzungen, b. Rechtsfolgen, 2. Verbleibende Anwendungsfälle der Konzernhaftung?, a. Der Minderheitenschutz als ungelöstes Problem, b. Haftung für „nur unvernünftige“ Maßnahmen, IV. Haftung im (einfachen) faktischen Konzern, 1. Die faktische Beherrschung einer AG als Ausgangspunkt, a. Voraussetzungen, b. Rechtsfolgen, 2. Analoge Anwendung auf die GmbH?, a. Mehrgliedrige GmbH, b. Ein-Personen-Gesellschaft, 4. Treuepflichtlösungen als Alternative, a. Beschlussanfechtung, b. Schadensersatz.

**Schlüsselwörter:** Gesellschaftsrecht; Äußerlicher Gebruch des Unternehmens; Verantwortlichkeit

## DIE GRUNDKONZEPTION DES KONZERNRECHTS

Die Grundkonzeption des (GmbH-)Konzernrechts wird am deutlichsten anhand des kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages iSv. § 291 Abs. 1 AktG: Eine GmbH unterstellt sich aufgrund Vertrages der Leitung eines anderen (§ 308 Abs. 1 AktG) und verpflichtet sich, ihren ganzen Gewinn an diesen abzuführen. Im Gegenzug hat dieser die Verluste der beherrschten GmbH auszugleichen (§ 302 AktG), den Minderheitsgesellschaftern einen angemessenen Ausgleich sowie den Erwerb ihrer Anteile gegen Abfindung anzubieten (§§ 304, 305 AktG) und den Gläubigern bei Vertragsbeendigung Sicherheit zu leisten (§ 303 AktG). Im Kern ist das Konzernrecht so die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Unternehmensleitung mit gesellschaftsfremden Zielen.

### Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff

Der „allgemeine Teil“ des Konzernrechts definiert in den §§ 15 ff. AktG rechtsformübergreifend die verschiedenen Stufen der Unternehmenskonzentration. Im Mittelpunkt steht stets der Begriff des Unternehmens. Unternehmen im Sinne des Konzernrechts kann jede in- oder ausländische juristische oder natürliche Person, Personenhandelsgesellschaft, Stiftung oder Verein sein, selbst der Staat<sup>1</sup>. Hieraus folgt, dass das deutsche Konzernrecht *rechtsformneutral* ist. Der hiernach weite Geltungsbereich erfährt jedoch eine wesentliche – ungeschriebene – Einschränkung. Unternehmen im konzernrechtlichen Sinn ist nur, wer eine *anderweitige unternehmerische Interessenbindung* hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, er könne wegen dieser Bindung seinen aus der

<sup>1</sup> BGHZ 69, 334 = NJW 1978, 104 – Veba/Gelsenberg; BGH NJW 2008, 1583 – UMTS.

Mitgliedschaft fließenden Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft ausüben<sup>2</sup>. Die maßgebliche Beteiligung an einem einzigen Unternehmen („Privatgesellschafter“) begründet so keine Unternehmenseigenschaft im Sinnen des Konzernrechts<sup>3</sup>. Die rechtlich begründete oder faktische Beherrschung einer GmbH durch einen Mehrheitsgesellschafter ohne anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung wird vielmehr anhand der allgemeinen Regeln, insbesondere der Treuepflicht, behandelt.

Die *Art* des unternehmerischen Interesses ist unbeachtlich, so dass insbesondere keine wettbewerbsrechtliche Konkurrenz bestehen muss. Problematisch ist jedoch die tatbestandliche Präzisierung der notwendigen *Interessenbindung* des herrschenden Unternehmens, insbesondere bei komplexen Strukturen unter Beteiligung von Nichtgesellschaftern. Hierbei bedarf es stets einer Analyse, inwieweit die als Unternehmen in Betracht kommende Person rechtlich und tatsächlich die Möglichkeit hat, das anderweitige unternehmerische Interesse zu definieren und zu verwirklichen. Liegt eine eigene unternehmerische Tätigkeit vor, ist dies unproblematisch (Gesellschafter ist Einzelkaufmann, Unternehmer iSv. § 14 BGB oder Freiberufler). Handelt es sich um eine mittelbare, gemeinsam mit anderen im Personenverbund ausgeübte Tätigkeit, bedarf es einer *maßgeblichen Beteiligung* des Gesellschafters an der unternehmerischen Tätigkeit des (formal) anderen: Die im beherrschten Unternehmen als Unternehmen zu bezeichnende Person muss auf das andere Unternehmen bestimmenden Einfluss nehmen können. Dies kann sogar bei einer Minderheitsbeteiligung zu bejahen sein<sup>4</sup>.

### Gesellschaftsrechtlich begründete Abhängigkeit und Beherrschung

Das Konzernrecht ist die rechtliche Ausgestaltung eines gesellschaftsrechtlichen Unternehmensverbunds<sup>5</sup>. Mit Ausnahme der Unternehmensverträge, die nach zutreffender und überwiegender Meinung auch mit Dritten geschlossen werden können, knüpfen die in §§ 17 ff. AktG definierten Abhängigkeits- und Beherrschungstatbestände an eine gesellschaftsrechtliche Verbundenheit zwischen herrschendem und beherrschten Unternehmen an. Im Regelfall deckt sich das die faktische Beherrschung betreffende Konzernrecht so mit den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Problemen im Verhältnis eines Gesellschafters gegenüber „seiner“ GmbH und den Mitgesellschaftern. Dies hat zwei wesentliche *Konsequenzen*: Zum einen wird hieraus für die GmbH nach wie vor abgeleitet, dass für die aktienrechtlichen Regelungen über die faktische Beherrschung kein Bedarf bestehen, weil Treuepflichtlösungen Vorrang hätten. Zum anderen führt dieses

<sup>2</sup> Grundlegend BGHZ 69, 334 = NJW 1978, 104 – Veba/Gelsenberg.

<sup>3</sup> Spindler/Stilz/Schall AktG § 15 Rn 13, 16 f.

<sup>4</sup> BGHZ 148, 123, 125 = NJW 2001, 2973 – MLP.

<sup>5</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 10, 18.

Konzernrechtsverständnis dazu, die existentielle wirtschaftliche Abhängigkeit herauszunehmen. Dies betrifft insbesondere Austauschverträge mit Zulieferern, Franchiseverträge und langfristige Finanzierungen. Der hierüber vermittelte Einfluss und die hierüber vermittelte Abhängigkeit einer Gesellschaft sind nicht konzernrechtlich zu bewältigen.

## DIE UNTERNEHMENSVERTRAGLICHE BEHERRSCHUNG EINER GMBH

Ein Beherrschungsvertrag liegt gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG vor, wenn eine AG die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Es besteht mittlerweile Einigkeit, dass eine GmbH *beide* Parteirollen einnehmen kann, mithin als herrschende und beherrschte Gesellschaft<sup>6</sup>. In der Praxis kommt es meist zum *kombinierten* Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

### Grundlagen für die AG

Die wichtigste Wirkung eines Beherrschungsvertrages ist die Befugnis der herrschenden Gesellschaft gemäß § 308 AktG, der beherrschten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft *Weisungen* zu erteilen. Hierzu wird gemäß § 291 Abs. 3 AktG auch die Vermögensbindung bei der beherrschten Gesellschaft gelockert. Als Kompensation ist die herrschende Gesellschaft gemäß § 302 AktG zur Verlustübernahme verpflichtet und hat den Gläubigern bei Beendigung des Vertrages gemäß § 303 AktG Sicherheit zu leisten. Den außenstehenden Gesellschaftern der beherrschten Gesellschaft ist gemäß § 304 Abs. 1 S. 2 AktG ein angemessener Ausgleich zu gewähren. Zudem sind sie gemäß § 305 AktG zum Austritt gegen Abfindung berechtigt.

72

### Eingeschränkte Gesamtanalogie zum Aktienrecht?

Steht fest, dass eine GmbH Partei eines Beherrschungsvertrages sein kann, ist hiermit noch nicht gesagt, dass sich die rechtliche Begründung und Ausgestaltung der Beherrschung ohne weiteres aus einer Gesamtanalogie zu den §§ 291 ff. AktG folgt. Immerhin sind diese Regelungen nach dem Wortlaut und der Konzeption des Gesetzes auf die Beherrschung einer AG ausgerichtet („Konzernoffenheit der AG“). Es gibt daher nach wie vor beachtliche Stimmen, die einer Einzel- oder Gesamtanalogie zum Aktienkonzernrecht skeptisch gegenüber stehen und die unternehmensvertragliche Beherrschung einer GmbH vornehmlich mit den zwingenden und dispositiven Regelungen des GmbHG zu begründen versuchen<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Grundlegend BGHZ 105, 324, 332 – Supermarkt = NJW 1989, 295.

<sup>7</sup> Statt anderer Bitter, ZIP 2001, 265, 270 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernRn 66; zumindest für die Ein-Personen-GmbH auch Roth/Altmeyden GmbHG Anh § 13 Rn 27 f.

Diese Skepsis vermag nicht zu überzeugen. Gegen die analoge Anwendung der §§ 291 ff. AktG spricht nicht, dass es bereits Ansätze gab, ein auf die Besonderheiten der GmbH zugeschnittenes Konzernrecht zu kodifizieren und diese vom Gesetzgeber nicht weiterverfolgt wurden. Der *BGH* hat in der Supermarkt-Entscheidung zu Recht ausgeführt, dass das Verhalten des Gesetzgebers als Auftrag an Rechtsprechung und Lehre zu deuten ist, die Grundsätze eines GmbH-Konzernrechts rechtsfortbildend zu entwickeln, gegebenenfalls in Analogie zu den §§ 291 ff. AktG<sup>8</sup>.

Auch der vielfach vorgebrachte Einwand, die analoge Heranziehung der §§ 291 ff. AktG für die Begründung einer konzernrechtlichen Beherrschung scheidet wegen der Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter gemäß § 37 GmbHG und der weitgehenden Satzungsautonomie gemäß § 45 GmbHG aus, geht fehl. Für die wesentlichen Aspekte der unternehmensvertraglichen Beherrschung – Weisungsrecht, Ausrichtung auf das Konzerninteresse, Minderheiten- und Gläubigerschutz – findet sich in den §§ 291 AktG ff. ein geschlossenes und wohl abgewogenes Konzept. Dieses ist in sich stimmig und vor allem auch wegen der hiermit hervorgerufenen Rechtssicherheit den bei der GmbH an sich möglichen satzungsmäßigen Alternativlösungen überlegen. Dies erkennt der Gesetzgeber zumindest seit Neufassung von § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG im Jahr 2008 auch an. Der Verwirklichung des unterschiedlichen Leitbilds von GmbH und AG und hieraus resultierend der Beachtung der jeweiligen Realstruktur der GmbH sollte daher nicht dadurch Rechnung getragen werden, einer Analogie zu den §§ 291 ff. AktG skeptisch gegenüber zu stehen. Die aus dem Strukturunterschied zwischen AG und GmbH resultierenden Einzelprobleme des Gesellschafter- und Gläubigerschutzes sollten vielmehr an den jeweils hierfür maßgeblichen Stellen im System der §§ 291 ff. AktG Beachtung finden, vor allem bei den Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen Beherrschungsvertrag und beim Umfang des Weisungsrechts.

### Abschluss und Wirksamkeit eines Beherrschungsvertrages

Die Voraussetzungen für den wirksamen Abschluss eines Unternehmensvertrages regeln die § 293 ff. AktG für alle Vertragstypen weitgehend einheitlich. Dem Beherrschungsvertrag unter Beteiligung einer AG müssen gemäß § 293 Abs. 1 und 2 AktG sowohl die Hauptversammlung der herrschenden als auch der beherrschten Gesellschaft zustimmen. Die Frage der notwendigen Zustimmung der GmbH-Gesellschafter ist nach wie vor höchst umstritten. Nach Ansicht des *BGH* ist auf jeden Fall die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich, auch bei der vom anderen Vertragspartner zu 100 % beherrschten Ein-Personen-GmbH. Er hat indessen ausdrücklich offen gelassen, welche qualifizierte Mehrheit der

<sup>8</sup> *BGHZ* 105, 324, 332 = *NJW* 1989, 295, 298 f. – Supermarkt.

Zustimmungsbeschluss bei der beherrschten Gesellschaft erforderlich ist<sup>9</sup>. Bei der nach wie vor kontrovers geführten Diskussion geht es somit allein um die Frage, ob die qualifizierte Mehrheit ausreichend ist<sup>10</sup> oder ob es weitergehend Einstimmigkeit<sup>11</sup> bedarf. Eng mit der Frage der notwendigen Gesellschaftermehrheit verbunden ist die Frage, auf wessen Stimmen es überhaupt ankommt. Diejenigen, die sich im Ergebnis für das Ausreichen einer qualifizierten Mehrheit aussprechen, bejahen meist einen *Stimmrechtsausschluss* des Gesellschafters gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG, der zugleich als herrschendes Unternehmen Partei des Beherrschungsvertrages ist<sup>12</sup>.

Wegen dieses Meinungsspektrums und dem Fehlen höchstrichterlicher Klärung ist für die deutsche Praxis nach wie vor die Ansicht maßgeblich, die im Ergebnis die Zustimmung aller außenstehenden Gesellschafter verlangt, mithin Einstimmigkeit derjenigen, die nicht zugleich Partei des Beherrschungsvertrages und damit befangen sind. Es bleibt jedoch zu hoffen, dass der *BGH* bald Gelegenheit hat, in Fortentwicklung seiner bisherigen Ansätze einen Gleichlauf mit der für die AG maßgebliche Regelung des § 293 Abs. 1 S. 1 AktG herzustellen. Die vorgebrachten Argumente, dass die Bildung eines Vertragskonzerns bei der GmbH höheren Anforderungen unterliegen müssten als bei der AG, vermögen kein vollständig abweichendes Konzept zu rechtfertigen. Der Aspekt der Zweckänderung gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 BGB gilt bei der AG gleichermaßen. Indem der Gesetzgeber dort eine Ausnahme von der Einstimmigkeit zulässt, schafft er ein wirtschaftlich wünschenswertes Konzernprivileg, welches auch bei der GmbH Geltung beansprucht. Eine Vermehrung der Leistungspflichten iSv. § 53 Abs. 3 GmbHG scheidet bei der Eingehung einer unternehmensvertraglichen Beherrschung ebenfalls aus. Auch das vielfach vorgebrachte „Recht“ eines Gesellschafters, die rechtliche und wirtschaftliche Struktur seiner Gesellschaft nicht zu verlieren, genießt wegen der *Desinvestitions- und Umwandlungsfreiheit* der qualifizierten Mehrheit keinen absoluten Schutz (vergleiche § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, §§ 50 Abs. 1, 240 UmwG). Letztlich sollte daher § 293 Abs. 1 S. 1 AktG analog auch bei der GmbH Anwendung finden und dem unbestreitbar wichtigen Minderheitenschutz auf andere Weise Geltung verschafft werden als durch das Erfordernis der Zustimmung. Dass diese Wege effektiv sind, verdeutlicht die bei der GmbH stark ausgeprägte Treuepflichtbindung der Mehrheit. Zudem besteht die Möglichkeit, die im Aktienkonzernrecht

74

<sup>9</sup> BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295 – Supermarkt.

<sup>10</sup> Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh § 13 Rn 52; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner GmbHG Anh nach § 52 Rn 55.

<sup>11</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 55; Roth/Altmeyen GmbHG Anh § 13 Rn 40; Emmerich/Habersack AktG § 293 Rn 43 a.

<sup>12</sup> Vergleiche Roth/Altmeyen GmbHG Anh § 13 Rn 40; Abweichend wohl BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295, 297 – Supermarkt.

vorhandenen Regelungen des konzernrechtlichen Minderheitenschutzes auf die GmbH zu übertragen<sup>13</sup>.

### Das Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft

Als zentrale Folge des Beherrschungsvertrages ist das herrschende Unternehmen gemäß § 308 AktG berechtigt, der GmbH (auch nachteilige) Weisungen zu erteilen. Der Beherrschungsvertrag überlagert so die *Geschäftsführungskompetenz* der Gesellschafterversammlung in der abhängigen GmbH<sup>14</sup>. Ihre sonstigen zwingenden Kompetenzen werden vom Weisungsrecht nicht erfasst<sup>15</sup>. Dies betrifft insbesondere Satzungsänderungen<sup>16</sup>, Maßnahmen nach UmwG, den Abschluss weiterer Unternehmensverträge, die Änderung oder Beendigung des Unternehmensvertrags (vergleiche § 299 AktG) und die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern<sup>17</sup>.

### *Umfang des Weisungsrechts, nachteilige Weisungen*

Aus §§ 308 Abs. 2 S. 2, 309 Abs. 1 AktG folgt, dass jede für die abhängige GmbH nachteilige Weisung der Verfolgung des *Konzerninteresses* dienen muss<sup>18</sup>. Ist dies nicht der Fall, machen sich das herrschende Unternehmen (§ 309 AktG), deren Leitungsorgan (§ 310 AktG) und gemäß § 308 Abs. 2 S. 2 AktG auch die Geschäftsführer gegenüber der abhängigen GmbH schadensersatzpflichtig. Der *Begriff* des Konzerninteresses ist als sprachliche Abkürzung des in § 308 Abs. 2 S. 2 AktG zum Ausdruck kommenden Grundkonzepts des Beherrschungsvertrags zu verstehen: Er begründet einen Austausch von Zweckbindungen beim Personenverband. Während die Gesellschaftsorgane bei der unverbundenen GmbH ihr Verhalten auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks auszurichten haben, wird diese Zweckbindung beim Beherrschungsvertrag zu Gunsten des Gesellschaftszwecks des herrschenden Unternehmens bzw. des eines mit diesem konzernverbundenen anderen Unternehmens aufgegeben. Konkret bedeutet dies, dass eine für die abhängige GmbH *nachteilige Weisung* soweit zulässig ist, als sie mittelbar zu Gunsten des herrschenden Unternehmens oder seiner übrigen Tochtergesellschaften wirkt (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG analog).

Sofern das Konzerninteresse gewahrt ist, können die nachteiligen Weisungen seit dem MoMiG aus dem Jahr 2008 gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG auch

<sup>13</sup> Einzelheiten bei Michalski/Servatius, GmbHG, Syst. Darst. 4.

<sup>14</sup> BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295, 296 – Supermarkt.

<sup>15</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 601, 602.

<sup>16</sup> Vergleiche OLG Nürnberg AG 2000, 228, 229; OLG Düsseldorf DB 1990, 1384, 1397.

<sup>17</sup> Roth/Altmeyen GmbHG Anh § 13 Rn 50.

<sup>18</sup> BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295, 296 – Supermarkt.

als Leistungen *causa societatis zu Lasten des Stammkapitals* gehen<sup>19</sup>. Dies ist zu begrüßen. Bereits nach früherem Recht begründete es einen Wertungswiderspruch, dass die Kapitalbindung im GmbH-Vertragskonzern strenger ausgestaltet sein sollte als bei der AG. Die gemäß § 308 Abs. 1 AktG legitime Verfolgung eines höherrangigen Konzerninteresses würde erheblich eingeschränkt, wenn Konzernverrechnungspreise, Konzernumlagen und vor allem ein zentrales Cash Pooling unterhalb der Schwelle des § 30 Abs. 1 GmbHG ausgeschlossen wären. Nimmt man das in §§ 291 Abs. 3, 302 AktG niedergelegte gesetzliche Konzept der Verlustübernahme anstelle der Kapitalbindung bei der AG ernst, spricht nichts dagegen, dies auch auf die GmbH zu übertragen. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG ist daher konsequent.

## 2. Grenzen des Weisungsrechts

Das Weisungsrecht gemäß § 308 Abs. 1 AktG analog steht wie die Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung gemäß § 37 Abs. 1 Alt. 2 GmbHG unter dem Vorbehalt des zwingenden Rechts. Eine Weisung, die den Geschäftsführer zum Beispiel entgegen § 15 a InsO zur Insolvenzverschleppung verpflichtet oder zur Leistungen von Zahlungen entgegen § 64 S. 1 GmbHG, ist daher gemäß § 134 BGB nichtig. Das selbe gilt für die zwingenden bilanzrechtlichen Normen (§§ 246 ff., 252 ff., 279 ff. HGB) und die Regelungen des StGB, UWG, GWB, EstG, KStG.

## 76

### Verbot der Insolvenzvernichtung

Indem eine Weisung nachteilig sein kann, ist konsequenterweise auch zu fragen, ob das gesetzlich bereitstehende Schutzsystem zu Gunsten der Gläubiger und außenstehenden Gesellschafter beim Vertragskonzern ausreichend ist oder ob Schutzlücken bestehen, insbesondere im Fall der Beendigung des Beherrschungsvertrages. Im Kern geht es darum, zu verhindern, dass eine GmbH aufgrund vertraglicher Beherrschung auf Kosten der Minderheit oder der Gläubiger ausgeplündert wird. Nach herrschender Meinung sind existenzgefährdende Weisungen selbst dann unzulässig, wenn sie im Konzerninteresse liegen<sup>20</sup>. Das Gesetz gehe davon aus, dass die beherrschte Gesellschaft während der Dauer des Vertrages existent bleibe, mithin nicht in die Insolvenz geführt werde. Die Ausübung des Weisungsrechts stehe somit unter dem Vorbehalt, dass die aktuelle Lebensfähigkeit der beherrschten Gesellschaft nicht gefährdet bzw. sogar vernichtet wird<sup>21</sup>. Dem ist im Hinblick auf die *Existenzvernichtung* uneingeschränkt zuzustimmen. Führt

<sup>19</sup> Abweichend die herrschende Meinung vor Inkrafttreten des MoMiG, vergleiche *Emmerich/Habersack AktG* § 308 Rn 59.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf AG 1990, 490, 492.

<sup>21</sup> *Emmerich/Habersack AktG* § 308 Rn 61 ff.; zumindest bei drohender Illiquidität *MünchKommAktG/Altmeyen* § 308 Rn 119; abweichend *Koppensteiner* AG 1995, 96.

die Einflussnahme der herrschenden Gesellschaft die Insolvenz unmittelbar bzw. in vorhersehbarer Weise herbei, ist sie unzulässig und darf von den Geschäftsführern nicht umgesetzt werden. Diese Begrenzung der Leitungsmacht folgt beim Vorhandensein außenstehender Gesellschafter scheinbar daraus, dass sich das Weisungsrecht nur auf die Geschäftsführungskompetenz der Gesellschafterversammlung bezieht und nicht auf deren Kompetenz, über den Fortbestand der GmbH zu befinden. Bereits bei der Ein-Personen-Gesellschaft greift dieser Begründungsansatz jedoch zu kurz. Will man hier ein Verbot existenzvernichtender Weisungen begründen, kann dies nur mit einem Versagen von § 302 AktG gerechtfertigt werden. Insgesamt sprechen daher die besseren Argumente, den Minderheiten- und Gläubigerschutz durch ein Verbot existenzvernichtender Weisungen einheitlich zu begründen. Das Vorliegen einer rechtswidrigen Weisung ist hiernach nur dann zu bejahen, wenn eine Verlustübernahme der herrschenden Gesellschaft aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausscheidet<sup>22</sup>. In der Praxis dürfte dies die Ausnahme sein. Wird eine existenzvernichtende Weisung dennoch befolgt, bestimmt sich die Haftung der Geschäftsleiter nach §§ 309, 310 AktG, § 43 GmbHG. Das herrschende Unternehmen haftet wegen Existenzvernichtung gemäß § 826 BGB<sup>23</sup>.

### Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer

Die bisher diskutierten Grenzen vertraglicher Beherrschung werden seit dem MoMiG von der Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 S. 3 GmbHG überlagert. Ist das herrschende Unternehmen wie im Regelfall zugleich Gesellschafter der abhängigen GmbH, dürfen hiernach keine Zahlungen geleistet werden, wenn diese zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH führen. Diese Regelung erweitert die gesetzliche Kapitalbindung über die Grenzen von § 30 Abs. 1 GmbHG hinaus und gilt konsequenterweise auch beim Beherrschungsvertrag. Die oben genannten Probleme der Sicherung der Lebens- und Überlebensfähigkeit einer vertraglich beherrschten GmbH werden sich daher künftig weniger auf den Aspekt der Existenzvernichtung konzentrieren, sondern auf die in § 64 S. 3 GmbHG umschriebene Insolvenzverursachung. Haftungsadressat ist hiernach zwar nur der Geschäftsführer. Bereits bei der unverbundenen GmbH spricht jedoch Vieles dafür, § 64 S. 3 GmbHG zur tatbestandlichen Präzisierung der Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter gemäß § 826 BGB heranzuziehen. Im Vertragskonzern muss konsequenterweise der Wertung des § 64 S. 3 GmbHG im Rahmen von §§ 309, 310 AktG analog Geltung verschafft werden.

77

<sup>22</sup> So auch MünchKommAktG/Altmeppen AktG § 308 Rn 120; Emmerich/Habersack AktG § 308 Rn 62.

<sup>23</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

## Folgepflicht der Geschäftsführer

Nach § 308 Abs. 2 S. 2 AktG analog ist der Geschäftsführer nicht berechtigt, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, weil sie nach seiner Ansicht nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm konzernverbundenen Unternehmen dient, es sei denn, dass sie offensichtlich nicht diesen Belangen dient. Diese Regelung statuiert eine *gestufte Prüfungspflicht*: Der Geschäftsführer hat bei jeder Weisung zum einen zu prüfen, ob sie die gesetzlichen und vertraglichen *Grenzen* des Weisungsrechts einhält. Ist dies nicht der Fall, hat er die Befolgung zu verweigern, weil er sich ansonsten gemäß § 310 Abs. 1 AktG analog gegenüber der abhängigen GmbH schadensersatzpflichtig macht<sup>24</sup>. Erfolgt die Weisung innerhalb dieser Grenzen, kommt es weiterhin darauf an, ob die Weisung *nachteilig* ist oder nicht. Dies bestimmt sich danach, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer wirtschaftlich selbstständigen (!) GmbH die Maßnahme ergriffen oder als dem Gesellschaftsinteresse nicht dienlich unterlassen hätte<sup>25</sup>. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist oder nicht, gilt entsprechend § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Business Judgement Rule. Ist die Weisung hiernach nicht nachteilig, darf und muss der Geschäftsführer sie befolgen. Er macht sich gegenüber der GmbH nicht schadensersatzpflichtig (§ 310 Abs. 3 AktG analog). Ist die Weisung hingegen hiernach nachteilig, hängt die Folgepflicht gemäß § 308 Abs. 2 AktG analog davon ab, ob sie *offensichtlich* nicht im Konzerninteresse liegt. Das Gesetz weist hiernach die Beurteilungskompetenz, ob eine Maßnahme unternehmerisch sinnvoll ist oder nicht, dem herrschenden Unternehmen zu<sup>26</sup>. Nur wenn sich dem Geschäftsführer ohne weitere Nachforschungen aufdrängt, dass die Maßnahme nicht dem Konzerninteresse dient, sondern zum Beispiel bei verdeckten Gewinnausschüttungen dem Individualinteresse eines Gesellschafters der Obergesellschaft, hat er die Befolgung zu verweigern<sup>27</sup>.

78

## Die Verlustübernahmepflicht der herrschenden Gesellschaft

Den wichtigsten Schutz der abhängigen Gesellschaft und ihrer Gläubiger gewährt § 302 AktG, indem die herrschende Gesellschaft der beherrschten Gesellschaft jeden während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen hat. Diese Regelung gilt bei der GmbH analog<sup>28</sup>. Sie gewährleistet zumindest bilanziell keine Verschlechterung des Vermögenszustands der beherrschten GmbH.

<sup>24</sup> Emmerich/Habersack AktG § 308 Rn 66.

<sup>25</sup> Hüffer AktG § 308 Rn 15.

<sup>26</sup> Hüffer AktG § 308 Rn 21.

<sup>27</sup> MünchKommAktG/Altmeyen AktG § 308 Rn 143: Evidenzkontrolle.

<sup>28</sup> BGHZ 1, 9 = NJW 1988, 1326 – Familienheim; BGH NJW 2002, 822, 823; OLG Jena NZG 2005, 716.

### Sicherungsanspruch der Gläubiger bei Vertragsbeendigung

§ 303 AktG gewährt den Gläubigern der beherrschten Gesellschaft bei Beendigung des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages einen Anspruch gegen das herrschende Unternehmen auf Sicherheitsleistung für ihre Ansprüche gegen die beherrschte GmbH. Die Gläubiger müssen sich innerhalb von *sechs Monaten* seit Bekanntmachung der Beendigung des Unternehmensvertrages beim herrschenden Unternehmen melden. Hierauf ist gemäß § 303 Abs. 2 S. 2 AktG analog in der Bekanntmachung hinzuweisen. Die Ausschlussfrist läuft unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers<sup>29</sup>.

### DIE FAKTISCHE BEHERRSCHUNG EINER GMBH

Die vorstehend skizzierte unternehmensvertraglich begründete Beherrschung stellt den gesetzgeberischen Idealfall dar, eine GmbH zu unternehmerischen, aber gesellschaftsfremden Zwecken dienstbar zu machen. In der Praxis wird dieses Regelungsmodell gut angenommen. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es mindestens ebenso verbreitet ist, den Fremdeinfluss anderweitig zu verwirklichen, mithin faktisch. Die Gründe hierfür sind vielfältig: Einmal kann es den Beteiligten darum gehen, die recht komplizierten Voraussetzungen von Unternehmensverträgen zu umgehen. Möglich ist aber auch, dass sich den Beteiligten der Konzernsachverhalt überhaupt nicht erschließt und sie sich deswegen völlig bedenkenlos über das Modell des Vertragskonzerns hinwegsetzen. Spätestens dann, wenn außenstehende Gesellschafter eine Benachteiligung fürchten oder wenn die GmbH in der Krise ist, stellt sich jedoch die Frage, wie mit derartigen faktischen Konzernsachverhalten rechtlich umzugehen ist.

79

### Grundlagen

Bei der nicht-unternehmensvertraglich begründeten Beherrschung einer GmbH geht es im Kern ebenfalls um die Gewährleistung von Gesellschafter- und Gläubigerschutz. Dies kann bei den verschiedenen Arten einer faktischen Beherrschung auch rechtlich auf grundlegend unterschiedliche Weise verwirklicht werden. Es ist zum einen danach zu differenzieren, ob es sich um eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Beherrschung handelt oder eine rein tatsächliche, die auch von Nichtgesellschaftern ausgehen kann. Nach der noch herrschenden Konzeption der §§ 15 ff. AktG und §§ 311 ff. AktG kommt es auf die *gesellschaftsrechtlich* vermittelte Einflussnahme an. Der tatsächliche Fremdeinfluss Dritter ist daher rechtlich mit anderen als spezifisch konzernrechtlichen Schutzinstrumenten zu erfassen.

<sup>29</sup> Vergleiche BGHZ 16, 37 = NJW 1992, 505, 506 f. – Stromlieferung.

Ein weitergehendes Differenzierungskriterium ist zumindest nach dem klassischen Verständnis des Konzernrechts das Ziel der Einflussnahme. Dient sie der Verfolgung von unternehmerischen Interessen iSv. §§ 15 ff. AktG, sind die §§ 311 ff. AktG der gesetzlich vorgesehene Rahmen für die Verwirklichung von Gesellschafter- und Gläubigerschutz, gegebenenfalls ergänzt um das rechtsfortbildend entwickelte Schutzsystem des sog qualifizierten faktischen Konzerns. Erfolgt die Einflussnahme hingegen zur Verfolgung nicht-unternehmerischer Interessen, wie sie auch ein Privatgesellschafter oder sonstiger Dritter haben kann, besteht nicht ohne weiteres Raum, auf konzernrechtliche Schutzinstrumente zurückzugreifen. Die rechtliche Bewältigung der hierbei auftretenden Probleme erfolgt vielmehr unter Rückgriff auf die mitgliedschaftliche Treuepflicht des Gesellschafters und nunmehr vor allem unter dem Aspekt der nicht mehr auf Konzernsachverhalte beschränkten Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB.

80

Ein vollständiges und vor allem geschlossenes Konzept, in welcher Konstellation welches Haftungsregime Geltung beansprucht, wurde bisher noch nicht entwickelt und ist durch die sich jüngst abzeichnende Neuorientierung der Existenzvernichtungshaftung durch den *BGH* als Delikt keineswegs einfacher geworden. Dennoch folgen hieraus Konsequenzen für die rechtliche Erfassung der faktischen Beherrschung einer GmbH. Indem der *BGH* in § 826 BGB die adäquate Grundlage zur haftungsrechtlichen Bewältigung von Einflussnahme außerhalb einer beherrschungsvertraglichen Bindung sieht, ist hierauf dogmatisch und praktisch besonderes Augenmerk zu legen. Den sonstigen Tatbeständen kommt hiernach zumindest faktisch nur noch eine Ergänzungsfunktion zu. Eine Bewährungsprobe für dieses Konzept stellt indessen die neu eingeführte Geschäftsführerhaftung wegen Insolvenzerursachung gemäß § 64 S. 3 GmbHG dar. Diese könnte wegen ihrer verhaltenssteuernden Wirkung eine allzu ausufernde Gesellschafterhaftung gemäß § 826 BGB eindämmen. Der konzernrechtliche Minderheitenschutz ist auch weiterhin allein über treuepflichtgestützte Lösungen zu verwirklichen.

## Die Existenzvernichtungshaftung

Die Begriffe Existenzgefährdung und Existenzvernichtung sind vor allem seit den Entscheidungen des *BGH* in Sachen *Bremer Vulkan*<sup>30</sup> und *KBV*<sup>31</sup> dogmatischer Anknüpfungspunkt für die rechtsfortbildend entwickelte zivilrechtliche Gesellschafterhaftung<sup>32</sup>. Im Zuge dieser Entscheidungen wurde das bis dahin maßgebliche Haftungsmodell für den qualifizierten faktischen Konzern<sup>33</sup> aufgegeben und

<sup>30</sup> NZG 2002, 38.

<sup>31</sup> NJW 2002, 3024.

<sup>32</sup> Zuvor bereits aus strafrechtlicher Sicht *BGH* NJW 2000, 154.

<sup>33</sup> Zuletzt *BGH* NJW 1993, 1200 – TBB.

durch eine Durchgriffshaftung ersetzt. Dieses Konzept wiederum modifizierte der *BGH* im Jahr 2007, indem er sich für eine auf § 826 BGB gestützte Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung der Gesellschafter aussprach<sup>34</sup> und in der Folgezeit stetig ausbaute<sup>35</sup>. Es ist daher die heute vorherrschende Grundlage für die rechtliche Erfassung der früher als (qualifizierte) faktische Beherrschung einer GmbH erörterten Fälle. Wegen des ungeklärten Verhältnisses zwischen § 826 BGB und der früher maßgeblichen Haftung aus faktischer und qualifiziert faktischer Beherrschung einer GmbH besteht jedoch nach wie vor Anlass, diese Instrumente in die dogmatischen und praktischen Überlegungen mit einzubeziehen.

### *Gesellschafterhaftung aus § 826 BGB*

Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts<sup>36</sup>. Ein Gesellschafter haftet statt dessen gegenüber der Gesellschaft auf Schadensersatz aus § 826 BGB für „missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen“<sup>37</sup>. Für diese, vom *BGH* mittels „richterrechtlichen Gestaltungsakts“ entwickelte Haftung gilt nunmehr Folgendes:

Haftungsadressat

81

Die Existenzvernichtungshaftung richtet sich als Sonderdelikt allein an die *Gesellschafter*<sup>38</sup>. Sieht man die materiell-rechtliche Grundlage in der besonderen Zweckgebundenheit des Gesellschaftsvermögens<sup>39</sup>, ist dem zuzustimmen, denn die hieraus resultierenden Verhaltensanforderung können allein die Gesellschafter erfüllen. Bei einer mehrgliedrigen GmbH hängt die Haftung des Einzelnen davon ab, ob er an dem existenzvernichtenden Eingriff mitgewirkt hat oder nicht. Man wird zudem annehmen müssen, dass die Existenzvernichtungshaftung bei der mehrgliedrigen GmbH auch durch *Unterlassen* begangen werden kann, wenn ein Mitgesellschafter die schädliche Handlung eines anderen nicht verhindert, obwohl er dies könnte<sup>40</sup>. Besonders problematisch ist insofern jedoch, ob auch

<sup>34</sup> *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667 – Trihotel.

<sup>35</sup> Vergleiche *BGH NZI* 2008, 196; *NZI* 2008, 238; *DStR* 2008, 1293.

<sup>36</sup> *BGH NZG* 2002, 38 – Bremer Vulkan.

<sup>37</sup> *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667 – Trihotel.

<sup>38</sup> *BGH NJW* 2002, 1803.

<sup>39</sup> So der *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667 – Trihotel; vergleiche auch *Grigoleit*, *Gesellschafterhaftung*, 2006, S. 289 ff.

<sup>40</sup> Zurückhaltend Baumbach/Hueck/*Fastrich GmbHG* § 13 Rn 19.

Vorsatz gegeben ist. Erfolgen die Eingriffe über einen Zeitraum, innerhalb dessen der Haftungsadressat die Gesellschafterstellung nur zeitweilig förmlich innehat bzw. verliert, kann er auch als faktischer Gesellschafter haften, wenn er die Geschicke der GmbH auf andere Weise maßgeblich bestimmt<sup>41</sup>.

Der Geschäftsführer kann wie sonstige Dritte (Banken, Berater) als Teilnehmer gemäß § 830 Abs. 2 BGB haften. Praktisch relevant, weil leichter beweisbar, wird jedoch regelmäßig die sich mit der Existenzvernichtungshaftung weitgehend überschneidende Haftung aus § 64 S. 3 GmbHG sein. Ist der Gesellschafter zugleich Geschäftsführer, haftet er wegen des existenzvernichtenden Eingriffs auch nach § 43 Abs. 2 GmbHG<sup>42</sup>. Eine konzernrechtlich begründete Abhängigkeit iSv. § 17 AktG ist nicht erforderlich. Die Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB hat sich so in Abkehr von der KBV-Entscheidung<sup>43</sup> nunmehr vollständig von der früheren Konzernhaftung im qualifizierten faktischen Konzern emanzipiert und sanktioniert auch außerhalb von Konzern- und Abhängigkeitslagen allgemein den Missbrauch der Rechtsform GmbH.

#### Kompensationsloser Eingriff in das Gesellschaftsvermögen

82 Das zentrale Tatbestandsmerkmal ist der einem Gesellschafter zurechenbare kompensationslose Eingriff in das Gesellschaftsvermögen<sup>44</sup>. Hierdurch wird deutlich, dass der Existenzvernichtungshaftung eine *Ergänzungsfunktion* zur gesetzlichen Kapitalbindung zukommt<sup>45</sup>. Die Schadensersatzhaftung aus § 826 BGB ist gegenüber der Rückerstattung gemäß §§ 30, 31 GmbHG zwar nicht subsidiär<sup>46</sup>. Sie zielt jedoch – in Bezug auf das gesamte Gesellschaftsvermögen! – letztlich auf dieselben Entnahmen *causa societatis*, die einem Drittvergleich nicht standhalten und damit die Risikoerwartung des Geschäftsverkehrs stören<sup>47</sup>. Letztlich geht es bei der Existenzvernichtung daher um die schadensrechtlich Effektivierung einer über die Stammkapitalbindung hinausgehenden Entnahmesperre, mithin um den Schutz vor Ausplünderung und Selbstbedienung auf Kosten der Gläubiger. Diese Aspekte sind maßgeblich, um das für § 826 BGB erforderliche Verdikt der Sittenwidrigkeit überzeugend begründen zu können.

Auf welche Weise der *Eingriff* in das Gesellschaftervermögen erfolgt, ist grds unbeachtlich. Es besteht kein *numerus clausus*. Ein Vorenthalten von Vermögen

<sup>41</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>42</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>43</sup> BGH NJW 2002, 3024.

<sup>44</sup> „Gezielter, betriebsfremden Zielen dienender Entzug von Vermögenswerten“, BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 671 – Trihotel.

<sup>45</sup> Grundlegend Röhrich, FS 50 Jahre BGH, Bd I, S. 83, 92 ff.; so bereits BGH NJW 2002, 3124 – KBV.

<sup>46</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 672 – Trihotel.

<sup>47</sup> Hierzu Servatius, DStR 2004, 1176, 1179 ff.

(materielle Unterkapitalisierung, „Aschenputtel-Konstruktion“) genügt hingegen nicht<sup>48</sup>. Auch bloße Managementfehler, die die Gesellschaft in die Insolvenz führen, sind für sich genommen nicht ausreichend<sup>49</sup>. *Potentiell schädlich* sind jedoch der Entzug von Liquidität beim Cash Pooling<sup>50</sup>; die Tilgung privater Verbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsvermögen<sup>51</sup>; die Vereinnahmung von Forderungen durch den Gesellschafter<sup>52</sup>, nicht jedoch, wenn hiermit sogleich wieder Gesellschaftsverbindlichkeiten getilgt werden<sup>53</sup>; die Bestellung von Sicherheiten für Gesellschafter oder andere konzernangehörige Unternehmen<sup>54</sup>; die Verlagerung von Warenbestand und Forderungen<sup>55</sup>; Verlagerung von Arbeitskräften und Kundenstamm<sup>56</sup>; die Verlagerung von Klinikpersonal, Patienten und medizinischer Infrastruktur<sup>57</sup>; die Verlagerung von Vertriebssystemen<sup>58</sup>; die Ausnutzung von Geschäftschancen<sup>59</sup>; die Beeinträchtigung laufender Verträge durch vorzeitige Kündigung und Überleitung auf Gesellschafter<sup>60</sup>.

Der Eingriff muss *kompensationslos* erfolgt sein. Der Sache nach scheint es dem *BGH* darum zu gehen, solche Gestaltungen als unschädlich anzusehen, bei denen der Gesellschaft ein entsprechender Gegenwert zufließt<sup>61</sup>. Insofern würde dem Tatbestandsmerkmal dieselbe Bedeutung zukommen wie bei der Ermittlung einer verbotenen Auszahlung im Rahmen von § 30 Abs. 1 GmbHG, mithin eine vollwertige Gegenleistung den Eingriff legitimieren<sup>62</sup>. Dem ist nicht zuzustimmen. Das Merkmal „kompensationslos“ hat allein insofern eine Bedeutung, als der Vermögensentzug im Hinblick auf die Ertragskraft der GmbH als Grundlage für die Insolvenzwahrscheinlichkeit adäquat kompensiert wird. Probleme bei der gerichtlichen *Ex-post*-Überprüfung kann durch die Anwendung der Business Judgement Rule vermieden werden<sup>63</sup>. Bei der Existenzvernichtungshaftung geht es anders als bei §§ 30, 31 GmbHG nicht um einen situativen Schutz des Gesell-

<sup>48</sup> *BGH* DStR 2008, 1293.

<sup>49</sup> *BGH* NZG 2005, 214.

<sup>50</sup> *BGH* NZG 2002, 38 – Bremer Vulkan.

<sup>51</sup> *BGH* NJW 2002, 1803 – L-Kosmetik.

<sup>52</sup> *BGH* NZI 2008, 196.

<sup>53</sup> *BGH*, BeckRS. 2008 13176.

<sup>54</sup> *BGH* NJW 1993, 1200 – TBB; *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>55</sup> *BGH* NJW 2002, 3024 – KBV.

<sup>56</sup> *BGH* NZG 2005, 177 – BMW-Vertragshändler.

<sup>57</sup> *BGH* NZG 2004, 1107 – Rheumaklinik.

<sup>58</sup> *BGH* DStR 2005, 340 – Handelsvertreter.

<sup>59</sup> *BGH* NZG 2005, 214, 215.

<sup>60</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel (für Pachtvertrag).

<sup>61</sup> So *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1685.

<sup>62</sup> Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 30 Rn 20.

<sup>63</sup> Insoweit zutreffend *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1685.

schaftsvermögens vor Zugriffen der Gesellschafter. Haftungsrelevant ist eine als missbräuchlich anzusehende „Weichenstellung ins Aus“<sup>64</sup> bzw. „kalte Liquidation“. Dies kann, insbesondere beim Entzug lebenswichtiger Patente oder Betriebsmittel, auch dann in vorhersehbarer Weise die Insolvenz herbeiführen, wenn im Zeitpunkt des Eingriffs eine adäquate Gegenleistung an die Gesellschaft floss. Man denke nur daran, dass die GmbH infolge des Eingriffs ihre Ertragskraft einbüßt und so die notwendigen Betriebsausgaben, insbesondere Personalkosten, den Gegenwert aufzehren<sup>65</sup>. Erforderlich ist daher eine umfassende, auch die Sekundärfolgen miteinbeziehende wirtschaftliche Bewertung des Zugriffs auf den Haftungsfonds<sup>66</sup>.

#### Insolvenzverursachung

Die Existenzvernichtungshaftung entsteht nur, wenn die GmbH insolvent wird. Der kompensationslose Eingriff in das Gesellschaftsvermögen muss hierfür entweder allein *kausal* sein oder aber die Schmälerung der Deckungsquote vertieft haben<sup>67</sup>. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist jedoch nicht notwendig, so dass der Anspruch in der masselosen Insolvenz auch von einem Gesellschaftsgläubiger geltend gemäÙacht werden kann. Die *Beweislast* für den Kausalzusammenhang trägt die GmbH, im Insolvenzverfahren somit der Verwalter<sup>68</sup>. Dies ist eine entscheidende Schwäche der Schadensersatzhaftung, zumal den Gesellschaftern der Einwand des gebotenen Alternativverhaltens offen steht<sup>69</sup>.

84

#### Sittenwidrigkeit

Die zentrale dogmatische Schwäche der neuen Existenzvernichtungshaftung ist die Notwendigkeit, ein bestimmtes Gesellschafterverhalten als sittenwidrig einzustufen. Präzise Vorgaben jenseits der allgemeinen Formel des VerstoÙes gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden sind nicht möglich. Dies begründet einmal Rechtsunsicherheit, zum anderen jedoch auch Flexibilität bei der richterlichen Rechtsfortbildung. Nach der Formel des *BGH* begründet der planmäßige Entzug von Gesellschaftsvermögen im Sinne der Verringerung der Zugriffsmasse zu Lasten der Gläubiger und zum eigenen Vorteil des Gesellschafters die Sittenwidrigkeit<sup>70</sup>. Erforderlich ist eine Gesamtschau des Gesellschafterverhaltens im Vorfeld der Insolvenz. Mögliche Aspekte, die Sittenwidrigkeit nach

<sup>64</sup> Zutreffend Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 13 Rn 19.

<sup>65</sup> So wohl der Fall *BGH* BJW 2002, 3024 – KBV.

<sup>66</sup> *Jacob*, GmbHR 2007, 796, 800.

<sup>67</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel; *BGH* NZI 2008, 238.

<sup>68</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>69</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>70</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667, 669 – Trihotel.

der Formel zu begründen, sind die auch vom *BGH* mehrfach erwähnten Begriffe wie „Selbstbedienung“, „Ausplünderung“, „kalte Liquidation“, bereits bestehende Überschuldung<sup>71</sup>. Auch die Planmäßigkeit des Handelns und systematisches Vorgehen sind starke Indizien. Insgesamt betrachtet ist für die Bejahung der Sittenwidrigkeit jedoch der historischen Konzeption von § 826 BGB entsprechend sehr große Zurückhaltung geboten. Der Existenzvernichtungshaftung sollte nur eine Ergänzungsfunktion zukommen, soweit sachnäher begründete gesellschaftsrechtliche Tatbestände nicht ausreichen<sup>72</sup>.

### Vorsatz

Fahrlässigkeit genügt nicht<sup>73</sup>. Dem handelnden Gesellschafter muss *bewusst* sein, dass durch von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung veranlasste Maßnahmen das Gesellschaftsvermögen sittenwidrig geschädigt wird; ausreichend ist, dass ihm die Tatsachen bewusst sind, die den Eingriff sittenwidrig machen; ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist nicht erforderlich<sup>74</sup>. *Eventualdolus* genügt und ist zu bejahen, wenn die Insolvenz die voraussehbare Folge des Eingriffs ist und der Gesellschafter diese Rechtsfolge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf genommen hat<sup>75</sup>. *Beweiserleichterungen* sind derzeit vom *BGH* noch nicht vorgesehen<sup>76</sup> und sollten wegen des Ausnahmeharakters von § 826 BGB auch nicht etabliert werden.

85

### Schaden

Ersatzfähig ist ein adäquat-kausaler Schaden der GmbH. Aus der Insolvenzbezogenheit der Haftung folgt, dass die Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens letztlich nur Bezugspunkt für die missbilligte Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen ist. Im Mittelpunkt der schadensrechtlichen Bewältigung mittels Differenzhypothese steht daher ein Vergleich, wie die Befriedigungschancen der Gläubiger gewesen wären, wenn der kompensationslose Eingriff nicht erfolgt wäre<sup>77</sup>. Hieraus resultiert eine doppelte Obergrenze: Zum einen sind nur die infolge des Eingriffs eintretenden Einbußen zu ersetzen, mithin nicht jedweder Gläubigerausfall<sup>78</sup>. Zum anderen ist nur dies ein ersatzfähiger Schaden der Gesellschaft, als es um die Be-

<sup>71</sup> Vergleiche *BGH* NZI 2008, 238 – GAMMA.

<sup>72</sup> Vergleiche *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants 2008, § 4.

<sup>73</sup> Kritisch *Schwab*, ZIP 2008, 341, 343 f.

<sup>74</sup> *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667, 671 – Trihotel.

<sup>75</sup> *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667 – Trihotel.

<sup>76</sup> Weitergehend *Altmeyden*, NJW 2007, 2657, 2660.

<sup>77</sup> *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667, 671 – Trihotel: „Eingriffsausgleich“.

<sup>78</sup> *Schanze*, *NZG* 2007, 681, 684.

friedigung der Insolvenzgläubiger und Deckung der Insolvenzkosten geht<sup>79</sup>. Die Wiederauffüllung des Stammkapitals ist hierüber nicht begründbar, sondern allenfalls über eine darüber hinausgehende Haftung des Gesellschafters wegen Treuepflichtverletzung in der mehrgliedrigen GmbH. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, müsste hier jedoch ebenfalls das Vorsatzerfordernis gelten.

Der Substanzwert der entzogenen Vermögensposition ist grds zu ersetzen<sup>80</sup>. Insoweit deckt sich die Existenzvernichtungshaftung jedoch vielfach mit dem Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG, der jedoch nicht vorrangig ist<sup>81</sup>. Auch weitere, auf dem Eingriff beruhende Schmälerungen der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger sind als sog *Kollateralschäden* ersatzfähig<sup>82</sup>. Dies betrifft regelmäßig die Fälle, in denen der Gesellschafter lebenswichtige Betriebsmittel entzogen hat und die fortlaufenden Kosten das Gesellschaftsvermögen vernichtet haben<sup>83</sup>. In der Praxis wird wohl verstärkt auf die Möglichkeit der Schadensschätzung § 287 ZPO zurückgegriffen werden.

#### Geltendmachung des Anspruchs

Die Existenzvernichtungshaftung begründet (bei § 826 BGB dogmatisch fragwürdig!) einen Innenanspruch der GmbH gegen den Gesellschafter. Er wird im Insolvenzverfahren gemäß § 80 Abs. 1 InsO geltend gemacht<sup>84</sup>.

## 86

#### Konkurrenzen

Dass die Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB sich mit der Erstattung verbotener Auszahlungen gemäß §§ 30, 31 GmbHG überschneiden kann und insoweit Anspruchskonkurrenz besteht, hat der *BGH* ausdrücklich angeführt<sup>85</sup>. Dies ist vor allem bedeutsam, wenn man auch den Entzug von – nicht bilanzierbaren – Gewinnchancen ebenfalls als hiervon geschützt ansieht<sup>86</sup>. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass das nach § 826 BGB haftungswürdige Gesellschafterverhalten regelmäßig von flankierenden Schutzinstrumenten erfasst wird (Schadensersatz, Durchgriff). Derzeit ist nicht überschaubar, welches Instrument aus der Vielzahl der auf Gläubigerschutz in der GmbH-Insolvenz abzielenden Tatbestände letztlich überzeugt. Die Praxis, dh der Insolvenzverwalter, ist daher angehalten, wie

<sup>79</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 673 – Trihotel; *Smid*, DZWIR 2008, 265, 268.

<sup>80</sup> *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686.

<sup>81</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 672 – Trihotel.

<sup>82</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 672 – Trihotel.

<sup>83</sup> Vergleiche *BGH NJW* 2002, 3024 – KBV.

<sup>84</sup> Einzelheiten bei *Smid*, DZWIR 2008, 265; Abweichend noch *BGH NJW* 2002, 3024 – KBV Durchgriffshaftung.

<sup>85</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 672 – Trihotel.

<sup>86</sup> Vergleiche *Servatius*, GmbHR 1998, 723.

bisher alle denkbaren Ansprüche geltend zu machen. Dies betrifft insbesondere die *Insolvenzverursachungshaftung* der Geschäftsführer gemäß § 64 S. 3 GmbHG; die *Geschäftsführerhaftung* gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG; die Haftung als faktischer Geschäftsführer; die *Durchgriffshaftung* wegen Vermögensvermischung, nicht aber wegen Unterkapitalisierung<sup>87</sup>; Ansprüche wegen der strafrechtlichen *Untreue* gemäß § 266 StGB (iVm § 823 Abs. 2 BGB als zivilrechtliche Schadensersatzhaftung)<sup>88</sup>; die *Insolvenzverschleppungshaftung* gemäß § 15 a InsO iVm § 823 Abs. 2 BGB; den *Ersatz von Zahlungen* gemäß § 64 S. 1 GmbHG; den Schadensersatz wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen *Treuepflicht*. Von der neuen Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung unberührt bleibt auch die Möglichkeit, auf § 826 BGB als unmittelbare *Außenhaftung* gegenüber geschädigten Gläubigern zurückzugreifen, wenn es sich um ein vom bisherigen Haftungskonzept nicht erfassten Aspekt der Gläubigerschädigung handelt. Eine abschließende tatbestandliche bzw. fallgruppenartige Präzisierung der Norm kann der *BGH* nicht leisten.

### Auslandsgesellschaften

Die Neuorientierung der Existenzvernichtungshaftung als Delikt kann als Versuch gesehen werden, diese Haftung auch auf Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland anzuwenden, insbesondere die englische Ltd. Die durch die Rechtsprechung des *EuGH* mittlerweile weitgehende Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften bringt es mit sich, die nationalen Schutzregelungen auch dann in Erwägung zu ziehen, wenn eine Auslandsgesellschaft in Deutschland tätig ist bzw. sogar ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hier hat. Nach *deutschen Kollisionsrecht* ist dies gemäß Art 40 Abs. 1 EGBGB bzw. Art. 4 Rom II-VO grds möglich<sup>89</sup>. Wegen der Konturenlosigkeit des deliktsrechtlichen Tatbestands von § 826 BGB und der hieraus resultierenden Notwendigkeit, auf sachnähere gesellschaftsrechtliche Begründungen zur Umschreibung haftungswürdigen Verhaltens zurückzugreifen, ist dies jedoch mehr als zweifelhaft<sup>90</sup>. Selbst wenn man dies anders sieht, bestehen zudem Zweifel, ob eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Auslandsgesellschaften den Vorgaben der EU-rechtlichen *Grundfreiheiten* standhielte<sup>91</sup>.

87

### Haftung im qualifizierten faktischen Konzern

Das neue Konzept der auf § 826 BGB gestützten Existenzvernichtungshaftung wird allgemein als vollständige Abkehr von der früher vorherrschenden Haftung

<sup>87</sup> *BGH* DStR 2008, 1293.

<sup>88</sup> Zu eng *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1688.

<sup>89</sup> Vergleiche *Weller* ZIP 2007, 1681, 1688.

<sup>90</sup> Vergleiche *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants 2008, § 4 I.

<sup>91</sup> Vergleiche *Eidenmüller*, *RabelsZ* 70 [2006], 474, 488; *Weller*, ZIP 2007 1681, 1688 f.

im qualifizierten faktischen Konzern verstanden<sup>92</sup>. Es besteht indessen nach wie vor Anlass, das Schutzanliegen beim qualifizierten faktischen Konzern in Erinnerung zu rufen und hierauf aufbauend zu fragen, ob hierfür wirklich kein Bedarf mehr besteht. Die gesellschaftsrechtliche Diskussion ist insofern noch nicht abgeschlossen. Ein Verbot, originär gesellschafts – oder konzernrechtlich begründete Verantwortlichkeiten für die faktische Beherrschung einer GmbH aufrechtzuerhalten, vermag die Entscheidung des *BGH* in Sachen *Trihotel*<sup>93</sup> jedenfalls nicht zu begründen.

### *Der qualifizierte faktische Konzern*

Die rechtliche Erfassung des qualifizierten faktischen Konzerns orientiert sich am Leitbild der unternehmensvertraglichen Beherrschung einer GmbH im Konzerninteresse. Als Haftungstatbestand wird sanktioniert, wenn faktisch, dh ohne wirksamen Abschluss eines Beherrschungsvertrages, *Leitungsmacht* iSv. § 308 Abs. 1 AktG auf die beherrschte GmbH ausgeübt wird und die hiermit verbundenen Nachteile keinem Einzelausgleich mehr zugänglich sind<sup>94</sup>. Insofern handelt es sich bei der qualifizierten faktischen Beherrschung um einen *Missbrauchstatbestand*. Die adäquate Rechtsfolge dieser Umgehung war daher eine entsprechende Anwendung der *Verlustübernahmepflicht* gemäß § 302 AktG analog. Gewährleistet wird hierüber nicht nur Gläubigerschutz, sondern bei mehrgliedrigen GmbH auch Schutz zu Gunsten der Minderheit, die regelmäßig nicht von der Ausrichtung der Gesellschaft auf das Konzerninteresse profitiert.

88

#### Voraussetzungen

Ausreichend, aber auch erforderlich ist nach überwiegendem Verständnis ein *qualifiziertes Abhängigkeitsverhältnis* zwischen herrschendem Unternehmen und GmbH iSv. § 17 AktG. Die rechtliche Behandlung des qualifizierten faktischen Konzerns reagiert so auf die in §§ 15 ff. AktG, insb im Unternehmensbegriff angelegte spezifische *Konzerngefahr*: Ein Gesellschafter verfolgt anderweitige unternehmerische Interessen, so dass der Interessengleichlauf mit seinen Mitgesellschaftern nicht mehr besteht und auch die Risikoerwartung der Gläubiger in Bezug auf die GmbH gestört wird. Erforderlich ist weiterhin die tatsächliche Ausübung von Leitungsmacht im Konzerninteresse zum Nachteil der GmbH. Die hierfür in Betracht kommenden Maßnahmen sind wie bei § 308 AktG vielfältig und reichen von „Empfehlungen“ bis hin zu echten „Weisungen“, die jedoch allesamt mangels rechtlicher Verbindlichkeit von den Organen der beherrschten GmbH bloß faktisch

<sup>92</sup> Eindeutig *BGH* NZG 2002, 38 – Bremer Vulkan.

<sup>93</sup> *BGH* NZG 2007, 667.

<sup>94</sup> Grundlegend *BGH* NJWZ 95, 330 = 1986, 188 – Autokran; zuletzt *BGH* NJW 1983, 1200 – TBB.

befolgt werden (§ 308 Abs. 1 AktG e contrario). Schließlich ist erforderlich, dass bei der Ausübung von Leitungsmacht keine angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen GmbH genommen wird und die zugefügten Nachteile nicht isolierbar sind<sup>95</sup>. Insofern besteht eine deutliche Parallele zu der heute maßgeblichen Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB. Ein Verschulden ist nicht erforderlich<sup>96</sup>.

### Rechtsfolgen

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen der qualifizierten faktischen Beherrschung vor, ist das herrschende Unternehmen gegenüber der abhängigen GmbH zur *Verlustübernahme* entsprechend § 302 AktG verpflichtet. Die außenstehenden Gesellschafter haben Ausgleichs- und Abfindungsansprüche entsprechend §§ 304, 305 AktG<sup>97</sup>. Bei Beendigung der Beherrschung besteht entsprechend § 303 AktG ein Anspruch der Gläubiger auf *Sicherheitsleistung*<sup>98</sup>.

### *Verbleibende Anwendungsfälle der Konzernhaftung?*

Es gibt verschiedene Unterschiede zwischen dem Haftungskonzept der Existenzvernichtungshaftung und der früher maßgeblichen Haftung im qualifizierten faktischen Konzern<sup>99</sup>. Will man hieraus Konsequenzen für die Fortgeltung des Letzteren ableiten, sind vor allem zwei Aspekte bedeutsam:

### Der Minderheitenschutz als ungelöstes Problem

Die Haftung aus § 826 BGB vermag wegen ihrer Insolvenzbezogenheit und wegen ihrer Legitimation als Sanktionierung einer zweckwidrigen Verwendung des im Gläubigerinteresse gewidmeten Gesellschaftsvermögens keinen wirklichen Schutz zu Gunsten der Minderheit zu leisten. Die *typische Konzerngefahr*, wonach ein herrschendes Unternehmen die Gesellschaft zu eigenen, gesellschaftsfremden Zwecken instrumentalisiert und die übrigen an den Erträgen nicht oder nur gering partizipieren, lässt sich über § 826 BGB nicht beherrschen; allenfalls über eine Haftung wegen Treuepflichtverletzung<sup>100</sup>. Für die Gestaltungen, die früher unter dem Begriff der qualifizierten faktischen Beherrschung gefasst wurden, bedarf es daher nach wie vor einer anderweitig begründeten Sanktion, die es dem herrschenden Unternehmen verwehrt, Sondervorteile auf Kosten der formal unverbundenen GmbH durchzusetzen und sie damit besonderen Risiken auszusetzen.

<sup>95</sup> BGH NJW 1983, 1200 – TBB.

<sup>96</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 142.

<sup>97</sup> Offen lassend OLG Schleswig NZG 2008, 868, 874 ff.

<sup>98</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 147.

<sup>99</sup> Instrukтив Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 152 ff.

<sup>100</sup> *Liebscher GmbH-Konzernrecht* Rn 560; *Mülbert*, DStR 2001, 1937, 1944.

Haftung für "nur unvernünftige" Maßnahmen

Ein anderer Aspekt ist die hohe Eingriffsintensität, die die Bejahung eines existenzvernichtenden Eingriffs erfordert. Indem bloße Managementfehler ausgenommen sind, besteht über § 826 BGB keine Möglichkeit, „nur unvernünftige“ Maßnahmen, die die GmbH letztlich in die *Insolvenz* führen, adäquat zu sanktionieren. Beispielhaft ist die Entscheidung des *BGH* in Sachen *Kolpingwerk*<sup>101</sup>. Hierin ging es um den typischen Fall einer umfangreichen Konzernleitung mit *Quersubventionierung*, die nach Ansicht des *BGH* keinen existenzvernichtenden Eingriff darstellt und auch im übrigen haftungsrechtlich folgenlos blieb. Auch hier bestehen erhebliche Zweifel, ob die ursprüngliche Haftung im qualifizierten faktischen Konzern nicht auch heute noch eine gewisse Berechtigung hat<sup>102</sup>. Es bleibt derzeit nur abzuwarten, ob diese Betrachtung in der deutschen Literatur ausreichend Beachtung findet, der sich dann letztlich auch der *BGH* beugen müsste.

Haftung im (einfachen) faktischen Konzern

§§ 311 ff. AktG regeln die (einfache) Beherrschung einer AG durch einen ihrer Gesellschafter. Seit jeher ist problematisch, inwieweit diese Regelungen auch auf die Beherrschung einer GmbH Anwendung finden.

90

*Die faktische Beherrschung einer AG als Ausgangspunkt*

Die faktische Beherrschung einer AG wird gemäß § 311 AktG insoweit geduldet, als das herrschende Unternehmen die Nachteile tatsächlich ausgleicht<sup>103</sup>. Andernfalls ist es gemäß § 317 AktG zum Schadensersatz verpflichtet. Flankierende Regelungen zur Gewährleistung von Transparenz und Effektivität des Nachteilsausgleichs sind die Berichts- und Prüfpflichten gemäß §§ 312 – 318 AktG. Die §§ 311 ff. AktG setzen die Ausübung von „Konzernleitungsmacht“ lediglich voraus und legitimieren sie auf Zeit, sind jedoch keine rechtliche Grundlage für die Einflussnahme im Sinne eines Einwirkungsrechts. Der Vorstand ist nicht verpflichtet, die „Weisung“ zu befolgen (§ 308 Abs. 1 AktG e contrario)<sup>104</sup>. Wegen der schwierigen Abgrenzungsprobleme, ob das System des Nachteilsausgleichs im Einzelfall wirklich funktioniert, sollte man der legitimierenden Wirkung jedoch keine große Bedeutung zusprechen<sup>105</sup>. Im Verhältnis zu den Gläubigern bleibt daher auch für die AG Raum für die Existenzvernichtungshaftung; im Verhältnis zur konzern-

<sup>101</sup> DStR 2008, 363, 365 ff., für den Idealverein; hierzu kritisch *Servatius*, KTS 2008, 347.

<sup>102</sup> So auch *Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR* Rn 155.

<sup>103</sup> HM, vergleiche *Hüffer AktG* § 311 Rn 7.

<sup>104</sup> Vergleiche auch *KG ZIP* 2003, 1042, 1049.

<sup>105</sup> HM, *Hüffer AktG* § 311 Rn 8.

freien Minderheit Raum für *Treuepflichtlösungen*. Vor allem darf aus der (möglicherweise voreiligen) Aufgabe des Haftungskonzepts bei qualifizierter faktischer Beherrschung nicht geschlossen werden, dass der Gläubiger- und Minderheitenschutz reduziert wurde.

### Voraussetzungen

Die faktische Beherrschung einer AG iSv. §§ 311 ff. AktG knüpft an den *Begriff des herrschenden Unternehmens* gemäß § 17 Abs. 1 AktG an. Eine faktische Konzernierung iSv. § 18 Abs. 1 AktG ist nicht erforderlich, jedoch erst recht ausreichend<sup>106</sup>. Es gilt folgende Formel: Eine Person bzw. ein Rechtsträger mit anderer wirtschaftlicher Interessenbindung (= Unternehmen iSv. §§ 15 ff. AktG) kann aufgrund ihrer mitgliedschaftlichen Stellung in der beherrschten Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben und diesen faktisch (§ 308 Abs. 1 AktG e contrario) auch zum Nachteil der Gesellschaft, aber im Konzerninteresse, ausübt. Ausreichend ist jede Art der tatsächlichen oder rechtsgeschäftlichen Einflussnahme<sup>107</sup>.

### Rechtsfolgen

Nach § 311 Abs. 1 AktG ist eine derartige Beherrschung entgegen § 76 Abs. 1 AktG ausnahmsweise *zulässig*, soweit die hierdurch entstehenden Nachteile ausgleichbar sind und tatsächlich bis zum Ende des Geschäftsjahres (§ 311 Abs. 2 AktG) ausgeglichen werden. Der Vorstand darf eine derartige Einflussnahme befolgen, muss es jedoch nicht. Die Sorgfaltsanforderungen an die Unternehmensleitung gemäß § 93 AktG und das Verbot nachteiliger Einflussnahme gemäß § 117 AktG werden hierdurch (auf Zeit) überlagert. Die Kausalität zwischen Beeinflussung und Nachteil wird nach hM vermutet<sup>108</sup>. Ist diese zu bejahen, regelt § 311 Abs. 2 AktG die Einzelheiten über die Ausgleichsgewährung<sup>109</sup>. Es besteht keine Rechtspflicht zum Nachteilsausgleich<sup>110</sup>. Das herrschende Unternehmen haftet gegebenenfalls allein aus § 317 AktG. Ein Nachteilsausgleich ist nicht erforderlich, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer nicht abhängigen Gesellschaft unter sonst gleichen Bedingungen das Rechtsgeschäft ebenso vorgenommen hätte, wie tatsächlich bei Abhängigkeit geschehen; ein etwaiger Nachteil der abhängigen Gesellschaft wäre insofern keine Folge der Abhängigkeit<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Hüffer AktG § 311 Rn 6, Einzelheiten Rn 12 ff.

<sup>107</sup> Hüffer AktG § 311 Rn 16 auch Ratschlag, Anregung, Erwartung.

<sup>108</sup> Hüffer AktG § 311 Rn 20.

<sup>109</sup> Hüffer AktG § 311 Rn 44 ff.

<sup>110</sup> HM, vergleiche Hüffer AktG § 311 Rn 38.

<sup>111</sup> BGH NJW 2008, 1583 – UMTS (zu § 317 AktG).

## Analoge Anwendung auf die GmbH?

Sieht man mit der ganz hM die Abhängigkeit iSv. § 17 Abs. 1 AktG als mitgliedschaftlich begründete Einflussmöglichkeit, lautet die Kernfrage, ob es bei der GmbH entsprechend § 311 ff. AktG zulässig ist, dass ein (Mehrheits-)Gesellschafter seinen Einfluss dazu auszunutzen darf, die Gesellschaft zumindest auf Zeit zu schädigen, um hierdurch sein anderweitiges wirtschaftliches Interesse zu befriedigen.

### Mehrgliedrige GmbH

Bei der mehrgliedrigen GmbH, bei der also neben dem herrschenden Unternehmen iSv. § 17 Abs. 1 AktG weitere Gesellschafter vorhanden sind, lehnt die ganz hM eine analoge Anwendung der §§ 311 ff. AktG zu Recht ab<sup>112</sup>. Ein Mehrheitsgesellschafter unterliegt hiernach wie die übrigen den aus der Satzung der unverbundenen GmbH folgenden Zweckbindung und darf daher seinen Einfluss nicht zur Verfolgung gesellschaftsfremder unternehmerischer Interessen ausnutzen (Schädigungsverbot). Handelt er dem entgegen, macht er sich gegebenenfalls gegenüber der GmbH und seinen Mitgesellschaftern wegen *Treuepflichtverletzung* schadensersatzpflichtig; für eine entsprechende Anwendung von § 317 AktG besteht daher kein Raum<sup>113</sup>. Auch die gesetzliche *Kapitalbindung* gemäß §§ 30, 31 GmbHG wird durch die faktische Beherrschung nicht aufgehoben (§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG e contrario); ob eine Auszahlung causa societatis erfolgt oder nicht, bestimmt sich daher anhand eines Drittvergleichs unter Beteiligung der unverbundenen GmbH<sup>114</sup>. Bezugspunkt für das *Gesellschaftsinteresse* bei der Beschlussfassung, insbes der Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss, ist das Interesse der unverbundenen GmbH, andernfalls ist der Beschluss anfechtbar.

Die Begründung folgt vor allem daraus, dass die GmbH nach ihrem gesetzlichen Leitbild auf einer größeren *personalen Verbundenheit* der Gesellschafter beruht als die AG. Insbesondere fehlt eine Regelung wie § 243 Abs. S. 2 AktG, wonach ein Gesellschafter für sich Sondervorteile suchen darf, wenn er die Mitgesellschafter hinsichtlich der dadurch entstehenden Nachteile entschädigt. Bei der GmbH haben daher alle Gesellschafter auch ein Recht auf die Teilhabe am unternehmerischen Erfolg. Diese Regelung verdeutlicht wie § 311 AktG die spezifische Konzerngefahr: Ein Gesellschafter darf aus der Beherrschung Vorteile erhalten, indem er nur die Nachteile der übrigen kompensiert. Hieraus folgt, dass die übrigen kein Recht darauf haben, ebenfalls an den Vorteilen zu partizipieren. Für die GmbH gilt etwas anderes: Im Umkehrschluss hierzu sitzen die GmbH-Gesellschafter auch hinsichtlich der Vorteile unternehmerischer Tätigkeit in einem

<sup>112</sup> Grundlegend BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 – ITT.

<sup>113</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 109.

<sup>114</sup> Vergleiche BGH ZIP 1098, 1050.

Boot. Dem würde entgegenstehen, wenn das herrschende Unternehmen die GmbH schädigen dürfte, wenn lediglich die Nachteile ausgeglichen würden. Dem vielfach angeführten Argument, die analoge Anwendung von §§ 311 ff. AktG sei abzulehnen, weil der Nachteilsausgleich nicht durchführbar sei, kommt nach diesem Verständnis nur eine ergänzende Bedeutung zu.

### Ein-Personen-Gesellschaft

Die vorgenannte Ablehnung der analogen Anwendung von §§ 311 ff. AktG auf die faktisch beherrschte GmbH gilt nicht für die Ein-Personen-Gesellschaft. Hier konzentriert sich die Kernfrage darauf, ob der *Gläubigerschutz* es rechtfertigt, dem vom Gesetzgeber bei der AG für adäquat und praktisch handhabbar erachteten Regelungsmodell Geltung zu verschaffen.

Gesichert sein dürfte, dass die besonderen Prüfungs- und Berichtspflichten gemäß §§ 312 – 316, 318 AktG aktienrechtliche Sonderregelungen sind. Diese sind wegen ihrer Kompliziertheit und dem nur bei der AG typischen Auseinanderfallen von Geschäftsführungsbefugnis und Mitgliederkompetenzen nicht auf die faktisch beherrschte GmbH anwendbar. Für die Ein-Personen-Gesellschaft dürfte hieran kein Zweifel bestehen, das es bereits kein entsprechendes Informationsbedürfnis gibt. Das gesetzliche Konzept der auf Zeit zulässigen Nachteilszufügung gemäß §§ 311, 317 AktG ist jedoch entgegen der hM auch auf die Ein-Personen-GmbH übertragbar. Belange des Gläubigerschutzes sind – wie bei der AG – solange nicht tangiert, wie der Nachteilsausgleich funktioniert. Der praktische Anwendungsbereich dieses Analogieschlusses ist bei der GmbH jedoch gering. Eine Nachteilszufügung oberhalb der Stammkapitaldeckung ist bei der Ein-Personen-GmbH anders als bei der AG ohnehin zulässig, so dass für eine Privilegierung gemäß §§ 311, 317 AktG kein Bedarf besteht. Etwas anderes gilt allein für die Fälle, in denen an sich eine verbotene Auszahlung gemäß §§ 30, 31 GmbHG vorliegen würde. Erfolgt diese bei der Ein-Personen-Gesellschaft im Konzerninteresse, spricht nichts dagegen, die Rückerstattungspflicht gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG als Nachteil iSv. § 311 AktG analog anzusehen mit der Folge, dass ein Ausgleich zeitlich hinausgeschoben werden kann. Etwaige Schutzdefizite des §§ 311, 317 AktG zu Lasten der Gläubiger können mit der Existenzvernichtungshaftung behoben werden.

### *Treuepflichtlösungen als Alternative*

Geht man bei der mehrgliedrigen GmbH von einem strikten Schädigungsverbot aus, besteht konsequenterweise Bedarf, etwaige Verstöße zu sanktionieren. Rechtsgrundlage des Schädigungsverbots ist die gesellschaftliche Treuepflicht<sup>115</sup>.

<sup>115</sup> Treuepflicht gegenüber der GmbH, vergleiche *BGH BGHZ* 65, 17 = *NJW* 1976, 191; Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern vergleiche *BGH NJW* 1992, 368.

Diese ist unmittelbar Ausfluss der Zweckbindung des Gesellschafters<sup>116</sup>. Eine als faktische Beherrschung durch den Mehrheitsgesellschafter, mithin die Nutzbarmachung der GmbH für gesellschaftsfremde wirtschaftliche Zwecke stellt mangels Privilegierung regelmäßig eine Verletzung der Treuepflicht dar.

#### Beschlussanfechtung

Handelt es sich bei dem in Rede stehenden Verhalten um die Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung, wird die Treuepflicht zuvörderst über das Beschlussmängelrecht effektuiert<sup>117</sup>. Die Minderheit kann daher zB einen *Weisungsbeschluss* an den Geschäftsführer (§ 37 Abs. 1 GmbHG) anfechten, wenn hierdurch nicht der Gesellschaftszweck der GmbH verwirklicht wird, sondern das Konzerninteresse. Auch *Satzungsänderungen* oder *Strukturmaßnahmen* können hiernach anfechtbar sein, wenn zum Beispiel der Geschäftsbetrieb auf Geheiß des Mehrheitsgesellschafters eingestellt werden soll, nachdem er wesentliche Teile des Unternehmens erworben hat<sup>118</sup>. Wegen der Desinvestitionsfreiheit kann dies jedoch nur in Extremfällen gelten.

#### Schadensersatz

94

Eine wesentliche Funktion kommt einem durch die Treuepflicht effektuierten Schädigungsverbot als Grundlage für eine Schadensersatzhaftung des herrschenden Unternehmens aus § 280 BGB zu. Für eine Analogie zu § 117 AktG besteht daher insofern kein Raum, als es sich um die Einflussnahme eines herrschenden Unternehmens, mithin eines Gesellschafters handelt. Ersatzfähig sind Schäden der GmbH, auch ein entgangener Gewinn (§ 252 BGB). Ein Gesellschafterschaden kann nur geltend gemacht werden, wenn es sich hierbei nicht um einen bloßen Reflexschaden handelt. Grds führt eine Schädigung der GmbH daher zu einem entsprechenden Anspruch der GmbH gegen den Mehrheitsgesellschafter. Die Haftung tritt grds bereits bei einfacher Fahrlässigkeit ein. Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs ist regelmäßig davon abhängig, dass die Minderheit sich zuvor erfolglos bemüht hat, gegen die schädigende Handlung vorzugehen, insbesondere durch die Geltendmachung von Beschlussmängeln<sup>119</sup>. Ein Gläubigerverfolgungsrecht entsprechend §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 3 AktG ist nicht geboten, weil die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht keine Gläubigerinteressen beinhaltet<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Zöllner ZHR 162 [1998], 235, 239.

<sup>117</sup> Zur Anfechtbarkeit BGHZ 76, 357 = NJW 1980, 1287.

<sup>118</sup> Vergleiche für die AG Linotype BGHZ 102, 184 = NJW 1988, 1579.

<sup>119</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 13 Rn 36; offen gelassen für die AG von BGHZ 129, 136, 160 = NJW 1995, 1739 – Girmes.

<sup>120</sup> Abweichend Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 109.

**REFERENZEN**

- BAUMBACH, Adolgf; HUECK, Alfred. *GmbHG*. Muenchen, 2010.
- EMMERICH, Volker; HABERSACK, Mathias. *Konzernrecht*. Muenchen, 2009.
- HÜFFER, Uwe. *AktG*. Muenchen, 2010.
- LIEBSCHER, Thomas. *GmbH-Konzernrecht*. Muenchen, 2008.
- LUTTER, Marcus; HOMMELHOFF, Peter. *GmbHG*. Koeln, 2009.
- MICHALSKI, Lutz. *GmbHG*. München, 2010.
- ROTH, Guenter; ALTMEPPEN, Holger. *GmbHG*. Muenchen, 2009.
- SERVATIUS, Wolfgang. *Glaebigereinfluss durch Covenants*. Tübingen, 2008.
- SPINDLER, Gerald; STILZ, Eberhard. *AktG*. Muenchen, 2007.

Data de recebimento: 22/05/2010

Data de aprovação: 31/08/2010

