

Jochen Weller
35037 Marburg

Marburg, 18. Dezember 2001

Seminararbeit

„Haftung im qualifiziert faktischen Konzern“

Seminar zum Handels- und Wirtschaftsrecht

„Ausgewählte Probleme des

Handels- und Gesellschaftsrechts“

bei Professor Dr. Johannes Wertenbruch

Wintersemester 2002/2003

LITERATURVERZEICHNIS

- Altmeppen, Holger* Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH.
ZIP 2001, S. 1837-1847
- ders..... Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH.
NJW 2002, S. 321-324
- ders..... Ausfall- und Verhaltenshaftung des Mitgesellschafters in der GmbH.
ZIP 2002, S. 961-968
- Arbeitskreis GmbH-Reform*..... Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform.
Hueck, Götz; Lutter, Marcus; Mertens, Klaus-Peter; Reh binder, Eckard; Ulmer, Peter; Wiedemann, Herbert; Zöllner, Wolfgang
Bd. 2: Kapital- und Haftungsfragen bei der GmbH: Gründung von Einmann-GmbH, Konzernrecht der GmbH, Arbeitnehmerbeteiligung an einer GmbH.
Heidelberg 1972
- Assmann, Heinz-Dieter*..... Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern durch richterliche Rechtsfortbildung. Zu den Strukturprinzipien eines GmbH-Konzernrechts im Anschluß an die „Autokran“-Entscheidung des BGH vom 16.09.1985.
Teil 1: JZ 1986, S. 881-887
Teil 2: JZ 1986, S. 928-938
- Baumbach/Hueck*..... GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar.
Baumbach, Adolf (Hrsg.)
Hueck, Alfred (Hrsg.)
Fastrich, Lorenz (Bearb.)
Zöllner, Wolfgang (Bearb.)
17. Aufl., München 2000
- Bitter, Georg*..... Das „TBB“-Urteil und das immer noch vergessene GmbH-Vertragskonzernrecht. Zur Unmöglichkeit von Beherrschungsverträgen mit einer 100%igen Tochter-GmbH oder Tochter-GmbH & Co KG.
ZIP 2001, S. 265-278
- Boujong, Karlheinz* Zur Auslegung und Fortbildung des GmbH-Rechts in der neueren Judikatur des Bundesgerichtshofs.
GmbHR 1992, S. 207-212
- Bydlinski, Franz*..... Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff.
2. Aufl., Wien et. al. 1991

- Ebenroth, Carsten Thomas*..... Die Kompetenzen des Vorstands und der Aktionärsschutz in der Konzernobergesellschaft.
AG 1988, S. 1-7
- Ebenroth/Wilken* Beweislast und Gesellschafterhaftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern.
Ebenroth, Carsten Thomas
Wilken, Oliver
ZIP 1993, S. 558-562
- Ehlke, Michael*..... Konzerninduzierter Haftungsdurchgriff auf den GmbH-Gesellschafter?
DB 1986, S. 523-527
- Emmerich, Volker* Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern.
JuS 1986, S. 236-237
- ders..... Der heutige Stand der Lehre vom GmbH-Konzernrecht.
AG 1987, S. 1-7
- ders..... Nachlese zum Autokran-Urteil des BGH zum GmbH-Konzernrecht.
GmbHR 1987, S. 213-221
- ders..... Zur Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzernrecht: Tiefbau-Urteil.
JuS 1990, S. 329-330
- ders..... Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern: „TBB-Urteil“.
JuS 1993, S. 695-696
- Emmerich/Sonnenschein/Habersack*..... Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaft, Verein und Stiftung.
Emmerich, Volker
Sonnenschein, Jürgen
Habersack, Mathias
7. Aufl., München 2001
- Fleck, Hans-Joachim*..... Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Recht der verbundenen Unternehmen.
WM 1986, S. 1205-1216
- Flume, Werner* Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treupflicht des GmbH-Gesellschafters und Aktionärs.
ZIP 1996, S. 161-167

- FS Goerdeler* Bilanz- und Konzernrecht. Festschrift zum
Havermann, Hans (Hrsg.)
Stimpel, Walter (Beitrag)
Werner, Winfried (Beitrag) Düsseldorf 1987
- Gäbelein, Wolfgang* GmbH-Konzernrecht – neue Konzeption erforderlich?
GmbHHR 1987, S. 221-224
- Gerken, Ulrich* Konzernhaftung im GmbH-Recht – Rechtsprechung in Grundzügen.
Rpfleger 1994, S. 331-332
- Gesell/Böttcher* Persönliche Haftung von GmbH-Gesellschaftern
ausgeweitet. Bundesgerichtshof erleichtert
Gläubigern den „Durchgriff“.
F.A.Z. vom 23.10.2002, Nr. 246, S. 21-21
- Heinsius, Theodor* Haftungsfragen im faktischen GmbH-Konzern.
AG 1986, S. 99-105
- Hommelhoff, Peter* Die qualifizierte faktische Unternehmensver-
bindung: ihre Tatbestandsmerkmale nach dem
TBB-Urteil und deren rechtsdogmatisches Fundament.
ZGR 1994, S. 395-421
- Hüffer, Uwe* Aktiengesetz. Kommentar.
5 Aufl., München 2002
- Kleindiek, Detlef* Strukturvielfalt im Personengesellschafts-
Konzern. Rechtsformspezifische und rechts-
formübergreifende Aspekte des Konzernrechts.
Köln et al. 1991
- Knobbe-Keuck, Brigitte* Zum Erdbeben „Video“.
DB 1992, S. 1461-1465
- KölnKomm* Kölner Kommentar zum Aktiengesetz.
Zöllner, Wolfgang (Hrsg.) Bd. 1: §§ 1-75 AktG
Koppensteiner, Hans-Georg (Bearb.) 2. Aufl., Köln et al. 1988
- Konzernrechtstage* Heidelberger Konzernrechtstage: Der qualifi-
zierte faktische GmbH-Konzern. Analyse der
Rechtsprechung – Folgerungen für die Praxis.
Ulmer, Peter (Hrsg.) Köln 1992

- Kuhlmann/Ahnis*..... Konzernrecht.
Kuhlmann, Jens 1. Aufl., München 2001
Ahnis, Erik
- Larenz, Karl*..... Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
6. Aufl., Berlin et al. 1991
- Lutter, Marcus* Die Haftung des herrschenden Unternehmens
im GmbH-Konzern.
ZIP 1985, S. 1425-1435
- ders..... Das System des deutschen GmbH-Konzern-
rechts.
ZGR-Sonderheft, S. 192-218 (s. dort)
- Lutter/Hommelhoff*..... GmbH-Gesetz. Kommentar.
Lutter, Marcus 15. Aufl., Köln 2000
Hommelhoff, Peter
- Medicus, Dieter*..... Allgemeiner Teil des BGB.
7. Aufl., Heidelberg 1997
- Meyer, Justus* Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsge-
sellschaften.
Berlin et al. 2000
- Michalski, Lutz (Hrsg.)* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesell-
Zeidler, Finn (Bearb.) schaften mit beschränkter Haftung (GmbH-
Gesetz).
Bd. 1, Syst. Darst. und §§ 1-34 GmbHG
Bd. 2, §§ 35-86 GmbHG
1. Aufl., München 2002
- MünchHdb AG*..... Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts.
Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.) Bd. 4: Aktiengesellschaft
Krieger, Gerd (Bearb.) 2. Aufl., München 1999
- MünchKomm*..... Münchener Kommentar zum Aktiengesetz.
Kropff, Bruno (Hrsg.) Bd. 1: §§ 1-53 AktG
Semler, Johannes (Hrsg.) Bd. 8: §§ 278-328 AktG
Altmeppen, Holger (Bearb.) 2. Aufl., München 2000
Bayer, Walter (Bearb.)
- Raiser, Thomas* Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch
für Praxis und Wissenschaft.
2. Aufl., München 1992

- Rehbinder, Eckard* Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht.
Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach
deutschem und amerikanischem Recht.
Bad Homburg v.d.H. et al. 1969
- ders..... Minderheiten und Gläubigerschutz im fakti-
schen GmbH-Konzern.
AG 1986, S. 85-98
- Roth/Altmeppen*..... Gesetz betreffend die Gesellschaften mit be-
Roth, Günter Hermann
Altmeppen, Holger
schränkter Haftung (GmbHG). Kommentar.
3. Aufl., München 1997
- Rowedder/Schmidt-Leithoff*..... Gesetz betreffend die Gesellschaften mit be-
Rowedder, Heinz (Begr.)
Schmidt-Leithoff (Hrsg.)
Koppensteiner, Hans Georg (Bearb.)
schränkter Haftung (GmbHG). Kommentar.
4. Aufl., München 2002
- Schmidt, Karsten*..... Konzernrecht, Minderheitenschutz und GmbH-
Innenrecht. Zu einer Bestandsaufnahme des
inneren GmbH-Konzernrechts.
GmbHR 1979, S. 121-134
- ders..... Zum Haftungsdurchgriff wegen Sphärenvermi-
schung und zur Haftungsverfassung im GmbH-
Konzern. Bemerkungen zum Urteil des BGH
vom 16.9.1985.
BB 1985, S. 2074-2079
- ders..... Verlustausgleichspflicht und Konzernleitungs-
haftung im qualifizierten faktischen GmbH-
Konzern. Zum Stand des Konzernhaftungsrechts
nach dem neuen Tiefbau-Urteil des BGH vom
20.2.1989.
ZIP 1989, S. 545-551
- ders..... Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“
bei der GmbH. Bemerkungen zum „Bremer
Vulkan“-Urteil des BGH vom 17.9.2001.
NJW 2001, S. 3577-3581
- Scholz, Franz (Hrsg.)*..... Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Nebenge-
Emmerich, Volker (Bearb.)
setzen und den Anhängen Konzernrecht sowie
Umwandlung und Verschmelzung.
Bd. 1: §§ 1-40 und Anh. KonzernR
7. Aufl., Köln 1986

- Stimpel, Walter* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Innenhaftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern.
AG 1986, S. 117-123
- ders..... Bestandsschutz im faktischen GmbH-Konzern.
ZGR-Sonderheft, S. 39-52 (s. dort)
- ders..... Durchgriffshaftung bei der GmbH: Tatbestände, Verlustausgleich, Ausfallhaftung.
FS Goerdeler, S. 601-621 (s. dort)
- ders..... Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern. Besprechung der Entscheidung BGHZ 107, 7 ff.
ZGR 1991, S. 144-161
- ders..... Autokran – Tiefbau – Video: Stand der Rechtsprechung.
Konzernrechtstage, S. 5-20 (s. dort)
- Stodolkowitz, Heinz Dieter* Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.
ZIP 1992, S. 1517-1528
- ders..... Neuere Entwicklungen im GmbH-(Vertrags-)Konzernrecht.
GmbHHR 1992, S. 213-219
- Timm, Wolfram* Grundfragen des „qualifizierten“ faktischen Konzerns im Aktienrecht. Bemerkungen zur „Bannig“-Entscheidung des OLG Hamm vom 3.11.1986.
NJW 1987, S. 977-987
- ders..... Neuere Entwicklungen im GmbH-(Vertrags-)Konzernrecht.
GmbHHR 1992, S. 213-219
- Ulmer, Peter* Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim fehlen von Minderheitsgesellschaftern.
ZHR 1984, S. 391-427
- ders..... Gläubigerschutz im „qualifizierten“ faktischen GmbH-Konzern.
NJW 1986, S. 1579-1586

- ders..... Vermutungs- und Beweisfragen: Qualifizierungsvermutung; Kausalitätsgegenbeweis.
Konzernrechtstage, S. 65-88 (s. dort)
- Werner, Winfried* Probleme der Anwendung des § 303 AktG im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern.
FS Goerdeler, S. 677-696 (s. dort)
- Westermann, Harm Peter* Das TBB-Urteil – ein Neuansatz bei der Haftung wegen qualifizierter faktischer Konzernierung?
ZIP 1993, S. 554-558
- Wiedemann, Herbert* Spätlese zu Autokran.
ZGR 1986, S. 656-671
- Wilhelm, Jan* Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person.
Köln et al. 1981
- ders..... Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht.
DB 1986, S. 2113-2120
- ZGR-Sonderheft* Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht. ZGR-Sonderheft Nr. 6. Zweites deutsch-österreichisches Symposium zum Gesellschaftsrecht vom 21. und 22. Februar.
Berlin et al. 1986
Peter Hommelhoff (Hrsg.)
Johannes Semler (Hrsg.)
Peter Doralt (Hrsg.)
Günter H. Roth (Hrsg.)
Lutter, Marcus (Beitrag)
Stimpel, Walter (Beitrag)
- Ziegenhain, Hans-Jörg*..... Der qualifiziert faktische Konzern in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur betrieblichen Altersversorgung.
ZIP 1994, S. 1003-1007

GLIEDERUNG

A. Einführung und Begrifflichkeiten.....	1
I. Konzern, Konzernrecht und Konzernhaftung	1
II. Konzerntypen	2
B. Die Entwicklung in der Rechtsprechung	2
I. „Autokran“ (1985)	3
II. „Tiefbau“ (1989)	5
III. „Video“ (1991).....	6
IV. „TBB“ (1993)	7
V. „Bremer Vulkan“ (2001)	8
C. Reaktionen auf die Rechtsprechung	9
I. Analogieprobleme.....	10
1. Anwendbarkeit des Aktienkonzernrechts auf die GmbH	10
2. Anwendbarkeit des Vertragskonzernrechts auf (qualifiziert) faktische Konzerne.....	11
3. Zusammenfassung: doppelte Analogie bei der GmbH.....	12
II. Die Haftung im GmbH-Konzern nach Vertragskonzernrecht	12
1. Arbeitskreis GmbH-Reform.....	13
2. Streit um Haftungstatbestand und -voraussetzungen.....	13
a) Haftungskonzeption und Vermutungsregelung des BGH.....	13
b) Konzernverhaltens- vs. Konzernstrukturhaftung.....	14
aa) Strukturhaftung	14
bb) Verschuldenshaftung	14
cc) Zusammenfassung	15
c) Lehre von der bloßen Beweiserleichterung	15
d) Tatbestand des qualifiziert faktischen Konzerns	16
aa) status quo: Autokran, Tiefbau, Video	16
bb) status quo: TBB.....	17
3. Haftungswiderlegung und Beweislast	18
4. Zusammenfassung und Stellungnahme	18
D. Rechtsfolgen und zu schützende Rechtssubjekte	19
I. Schutz der Gläubiger des beherrschten Unternehmens.....	19
1. Ausfallhaftung analog § 303 I AktG	19
a) Beendigungszeitpunkt	19
b) Eintragungserfordernis.....	20
c) Fristerfordernis.....	20
d) Rechtsfolge: Sicherheitsleistung versus Zahlungsanspruch.....	20
e) Haftungsumfang.....	20

f) Prüfungsschema bei Analogie zu § 303 I AktG.....	21
2. Ansprüche wegen Verstoßes gegen das Leitungsverbot des § 311 I AktG.....	21
II. Schutz der beherrschten Gesellschaft.....	21
1. Ansprüche wegen Verstoßes gegen das Leitungsverbot des § 311 I AktG.....	21
a) Ansprüche auf Unterlassung und Rückgängigmachung	21
b) Anspruch auf Abschluss eines Beherrschungsvertrages.....	21
2. Verlustausgleich analog § 302 I AktG	21
3. Kein Verlustausgleich in der Einmann-GmbH?.....	21
III. Schutz der Gesellschafter des beherrschten Unternehmens	22
IV. Schutz der Gesellschafter des herrschenden Unternehmens	22
V. Schutz der Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens	22
E. Weitere Besonderheiten beim GmbH- und Aktienkonzern.....	23
I. Zum GmbH-Konzern.....	23
1. Der weite Unternehmensbegriff.....	23
a) Hinsichtlich des beteiligten (herrschenden) Unternehmens.....	23
b) Hinsichtlich des abhängigen (beherrschten) Unternehmens	23
2. Wirksamer Schutz in der mehrgliedrigen GmbH.....	23
II. Zum Aktienkonzern.....	24
F. Fazit und Ausblick.....	24
Anlage 1: Wichtige Rechtsprechung im Überblick.....	25
Anlage 2: Rechtsprechung der Arbeitsgerichte	26

HAFTUNG IM QUALIFIZIERT FAKTISCHEN KONZERN

Von 1985 bis 2001¹ hatte die „*Haftung im qualifiziert faktischen Konzern*“ große praktische Bedeutung, führte sie doch zu einer Außenhaftung der Gesellschafter oder Geschäftsführer von mit beschränkter Haftung ausgestatteten Gesellschaften.² Dabei steht einigen wenigen Leiturtteilen der heftigst geführte Streit der Literatur³ über Aussagen und Implikationen dieser RSpr. gegenüber.⁴

A. Einführung und Begrifflichkeiten

Dazu vorab die Klärung einiger wichtiger Begriffe:

I. Konzern, Konzernrecht und Konzernhaftung

Ist in RSpr. und Lit. vom „Konzernrecht“ die Rede,⁵ meint dies ganz allgemein „*das Recht zur Lösung spezifischer Interessenkonflikte (= Ziel), die sich aus der unternehmerischen Betätigung einer natürlichen oder juristischen Person in mehreren Unternehmensträgern (= Gegenstand)*“⁶ ergeben. Das Konzernrecht reagiert also vornehmlich auf bereits entstandene Konflikte und versucht weniger, diesen auch vorzubeugen.⁷ Obige Definition zeigt ferner, dass das *Konzernrecht* nicht nur den Konflikten innerhalb von Konzernen i.S.d. § 18 AktG, sondern denen bei jedweder Abhängigkeitsform i.S.d. § 17 AktG gilt.⁸ Die §§ 15 bis 19 AktG sind nämlich – bewusst⁹ – rechtsformneutral¹⁰ formuliert.

Die Konzernhaftung beruht auf der Überlegung, dass die eigenständigen Interessen der Tochtergesellschaft und Minderheitsgesellschafter durch das Konzerninteresse überlagert und damit überdies auch die Gläubiger gefährdet werden könnten.¹¹

¹ Die Eckdaten beziehen sich auf sogleich zu besprechende Leitentscheidungen des BGH.

² *Timm*, GmbHR 1992, 213 (Einleitung); *Hüffer*, § 303, Rn. 7; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, Anh. zu § 13, Rn. 118.

³ *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Anh. zu § 52, Rn. 99 meint noch recht zurückhaltend, das Schrifttum sei „abundant“, *Zeidler* in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 259 gewahrt hingegen eine „Flut von Veröffentlichungen“, *Wilhelm*, DB 1986, 2113 (erster Satz) hält bereits die erste Leitentscheidungen des BGH für bis zum „Überdruß“ besprochen, *Lutter*, ZGR-Sonderheft 6, 192 (202 in Fn. 36) sieht die Meinungen „wie Pilze aus dem Boden“ schießen und *Boujong*, GmbHR 1992, 207 (212) spricht gar von einem „literarischen Nachbeben“.

⁴ Besonders lehrreich zur gesamten Problematik *Emmerich*, JuS 1993, 695 (passim)!

⁵ Vgl. nur BGHZ 95, 330 [338].

⁶ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. A, Rn. 2.

⁷ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. A, Rn. 9; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 50, Rn. 10.

⁸ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. A, Rn. 15, Kap. B, Rn. 15; *Hommelhoff*, ZGR 1994, 395 (397).

⁹ *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 51, Rn. 2 m.w.N.

¹⁰ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. A, Rn. 18; *Hüffer*, § 15 Rn. 6; *Zeidler* in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 19 f.; *Hommelhoff*, ZGR 1994, 395 (397) ausdrücklich in Bezug auf den qualifiziert faktischen Konzern.

¹¹ BGHZ 95, 330 [334]; *Gerken*, RPfeger 1994, 331 (331); *Ulmer*, ZHR 1984, 391 (396); *Hommelhoff*, ZGR 1994, 395 (397).

II. Konzerntypen

Besondere Vorschriften zur Sicherung der verbundenen Gesellschaft, ihrer Minderheitsgesellschafter und Gläubiger finden sich daher im 3. Buch AktG. Haftungsrechtlich bedeutsam sind die §§ 302 f., 308 f. AktG sowie die §§ 311, 317 AktG.¹² Jeweils die 1. Alt. der §§ 302 I, 303 I 1 AktG setzt einen Beherrschungsvertrag voraus, wie er in § 291 I 1 AktG legaldefiniert ist. Der aufgrund solchen Unternehmensvertrags entstandene Unternehmensverbund „ist“ gem. der – unwiderleglichen¹³ – Konzernvermutung¹⁴ des § 18 I 2 Alt. 1 AktG „als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen“. Der Beherrschungsvertrag führt mithin zum sog. **Vertragskonzern**. Fehlt er¹⁵ und ist eine AG oder KGaA i.S.d. § 17 AktG von einem anderen Unternehmen abhängig, spricht man vom **faktischen Konzern**.¹⁶ Sodann prägte der Arbeitskreis GmbH-Reform¹⁷ 1972 den Begriff des **qualifiziert faktischen Konzerns**. Dieser liegt – vereinfacht gesagt – bei besonders intensiver Abhängigkeit der faktisch abhängigen Gesellschaft vor.¹⁸ Dann will man die strengeren Haftungsregeln des Vertragskonzerns¹⁹ anwenden, unter anderem auf beherrschte GmbH, mit der Folge, dass – ähnlich den „yellow cab cases“²⁰ im angloamerikanischen Rechtsraum – die Konzernspitze haftet. Mit dieser Problematik befasst sich vorliegende Abhandlung.

B. Die Entwicklung in der Rechtsprechung

Den Begriff des qualifiziert faktischen Konzerns übernimmt der BGH²¹ 1985, während er 1977 die Haftung in einem vergleichbaren Fall²² allein nach der damaligen Durchgriffshaftung²³ noch ablehnen musste.

¹² Zum strengeren Haftungsinstrumentarium des Vertragskonzerns (§§ 300-310 AktG) gegenüber dem einfach faktischen Konzern (§§ 311-318 AktG) vgl. kurz: *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. E, Rn. 7 a.E.

¹³ *Hüffer*, § 18 Rn. 17; *Bayer* in MünchKomm, § 18, Rn. 44; *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. B, Rn. 2.

¹⁴ *Hüffer*, § 18, Rn. 17; *Bayer* in MünchKomm, § 18, Rn. 44; bis zur 1. Aufl. spricht *Krieger* in MünchHdb AG, § 68, Rn. 71 noch von einer gesetzlichen Fiktion, jetzt ebenfalls von einer Vermutung.

¹⁵ Vgl. den Wortlaut der §§ 311 I, 312 I 1, 316, 317 I 1 AktG.

¹⁶ Ein Konzern i.S.d. § 18 AktG muss trotz der Bezeichnung als faktischer Konzern nicht vorliegen: *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. C, Rn. 1; *Hüffer*, § 311, Rn. 12.

¹⁷ *Arbeitskreis GmbH-Reform*, S. 49 ff., 59, 67; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 31, Kap. I. 1., S. 463 m. Fn. 8; *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 1.

¹⁸ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 1.

¹⁹ Und eben nicht des faktischen Konzerns; s. nämlich oben Fn. 12 sowie *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 2.

²⁰ Stichwort „enterprise liability“: *Mull v. Colt Co.*, 31 F.R.D. 154 (S.D.N.Y. 1962); *Walkovszky v. Carlton*, 23 N.Y.2d 714, 244 N.E.2d 55, 296 N.Y.S.2d 362 (N.Y. 1968); vgl. auch *Raiser*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, § 29, Rn. 25 (mit allerdings falscher Zitierung).

²¹ Dazu sogleich unten Fn. 24.

²² BGHZ 68, 312 (**Fertighaus**); *Boujong*, GmbHR 1992, 207 (208); *Emmerich*, GmbHR 1987, 213 (213); *Altmeyden*, NJW 2002, 321 (322). Vgl. zu allen Leitentscheidungen die **Rechtssprechungsübersicht**, Anlage 1, S. 25.

²³ *Emmerich*, JuS 1993, 695 (695); ders. in *Scholz*, GmbHG, § 13 Rn. 75 ff.

I. „Autokran“ (1985)

Sachverhalt der Entscheidung vom 16.09.85²⁴ war vereinfacht dieser:

K „vermietete“ 39 Autokräne an sieben GmbH, **G1 bis G7**. Der Beklagte **H** und Verwandte hielten zusammen 90 % des stimmberechtigten Stammkapitals der G1 bis G7, wobei die Familie in der Wahrnehmung ihrer Gesellschafterrechte dem H treuhänderisch verpflichtet war. Nach Außenständen erstreitet K gegen die sieben GmbH ein Zahlungsurteil. Als diese vermögenslos werden, macht er die titulierten Ansprüche gegenüber H geltend.

H war in allen sieben Gesellschaften Geschäftsführer. Auch lagen alle Anteile einer weiteren Gesellschaft, der **V GmbH**, bei ihm. Die V übernahm aufgrund von Factoring-Verträgen das Inkasso der G1 bis G7 und war für deren Buchführung und Finanzierung zuständig. H hielt die Geschäftsvorgänge aller genannten Gesellschaften überdies nicht auseinander.

Entscheidende Frage des BGH²⁵ war, ob der Beklagte unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere analog §§ 302 f. AktG, für die sieben Einzelverbindlichkeiten der G1 bis G7 hafte.

1. Direkt sind die §§ 302, 303 AktG nur bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages und wg. § 291 I 1 AktG nur dann anwendbar, wenn Untergesellschaft eine AG oder KGaA ist.²⁶

2. Eine *Analogie* setzt eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage voraus.²⁷ Konzernrechtliche Regelungen zum Schutz der abhängigen GmbH, ihrer Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger enthält das GmbHG keine.²⁸ Auch für die beherrschte GmbH besteht aber die Gefahr, dass der Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter entfällt, wenn das herrschende Unternehmen über hinreichende Einwirkungsmöglichkeiten verfügt und noch anderweitige wirtschaftliche Interessen verfolgt.²⁹ Damit fehlt für die GmbH ein Korrektiv, wie es für beherrschte AG oder KGaA in den §§ 311 ff. und 291 ff. AktG verankert ist. Zwischenergebnis ist also, dass auch bei Verbindungen mit einer GmbH Bedarf besteht, die aus einer Beherrschung i.S.d. § 17 AktG resultierenden Probleme zu lösen. Damit ist zumindest eine vergleichbare Interessenlage gegeben. Offen bleiben soll vorerst³⁰ die Frage nach dem Bestehen einer Regelungslücke.

3. Gleichwohl blieb vom BGH zu prüfen, ob gerade die §§ 302, 303 AktG hier entsprechende Anwendung finden können.

a) Bei faktischer Beherrschung der Gesellschaft könnte man es bei der

²⁴ BGHZ 95, 330 (Autokran).

²⁵ BGHZ 95, 330 [334, 341, 345].

²⁶ Siehe schon oben Ziff. A. II., S. 2.

²⁷ Bydlinski, S. 472 ff.; Larenz, S. 401 f.

²⁸ BGHZ 95, 330 [334]; Zeidler in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 1; Gäbelein, GmbHR 1987, 221 (221).

²⁹ BGHZ 95, 330 [334] sowie bereits oben Fn. 11, S. 1.

³⁰ Dazu unten Ziff. C. I., S. 10. ff.

vollen Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG belassen wollen,³¹ mithin bei den Haftungsregeln für faktische Konzerne, die sich auf Einzelausgleich gem. § 311 AktG und Schadensersatz gem. § 317 AktG beschränken. Dies jedoch verbiete die strukturelle Wesensverschiedenheit von GmbH und AG³²: den sich in den Grenzen des § 30 GmbHG bewegenden GmbH-Gesellschaftern könne es nicht (wie mit § 311 I AktG) verboten werden, zum Vermögensnachteil der GmbH zu handeln.³³ Der Gesellschaft blieben vielmehr nur Schadensersatzansprüche aus gesellschaftlicher Treuepflichtverletzung.³⁴ Ob diese bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft direkt den Gläubigern zukommen, lässt der BGH offen.³⁵

b) Daneben hält er nämlich die §§ 302, 303 AktG für analog anwendbar,³⁶ wenn bei faktischer Konzernierung ein Zustand bestehe, der wie beim Vertragskonzern „die abhängige Gesellschaft, ihre außenstehenden Gesellschafter und ihre Gläubiger gefährde“.³⁷ Die Lage des faktischen sei mit der des Vertragskonzerns dann vergleichbar.³⁸ Zumindest den gläubigerschützenden § 303 AktG möchte der BGH somit anwenden.³⁹

4. Ohne nähere Begründung prüft er neben der Klärung dieser Eingangsfrage zunächst das *Vorliegen eines Konzerns* i.S.d. § 18 AktG,⁴⁰ lässt also Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG nicht genügen.⁴¹ H hatte gem. § 16 I AktG (mittelbaren) Mehrheitsbesitz an G1 bis G7, weshalb schon nach der – allerdings widerlegbaren⁴² – Vermutung des § 17 II i.V.m. § 16 I AktG deren Abhängigkeit von H anzunehmen ist. Dafür streitet auch H's Einfluss über die V. Einheitliche Leitung i.S.d. § 18 I 1 AktG ist wg. der 'völligen Konzentration der Geschäftsführung in der Hand des Beklagten'⁴³ zu bejahen. Dass herrschendes Unternehmen i.S.d. § 17 I AktG auch eine *Einzelperson* sein kann, nimmt der Senat⁴⁴ im Einklang mit seiner früheren RSpr. und der heute h.M.⁴⁵ an. Ein Konzern lag also vor.

³¹ *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, Anh. zu § 52, Rn. 88.

³² BGHZ 95, 330 [340]; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 13, Rn. 24.

³³ BGHZ 95, 330 [340, 342]; Auch die Lit. lehnt eine Analogie zu den §§ 311 ff. überwiegend ab: *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, § 37, Rn. 4; *Lutter*, ZIP 1985, 1425 (1425 ff.).

³⁴ BGHZ 95, 330 [340] verweist insoweit auf BGHZ 65, 15 (IT); vgl. auch BGHZ 98, 276; *Flume*, ZIP 1996, 161 (161 ff.); kritisch *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, § 13, Rn. 48.

³⁵ BGHZ 95, 330 [340 f.].

³⁶ BGHZ 95, 330 [345] für §§ 302 I, III, 324 III und [346] für §§ 303, 322 II, III.

³⁷ BGHZ 95, 330 [343]; vgl. auch schon oben Fn. 11, S. 1.

³⁸ BGHZ 95, 330 [343].

³⁹ BGHZ 95, 330 [346].

⁴⁰ BGHZ 95, 330 [335 f.].

⁴¹ Zu den §§ 17, 18 AktG vgl. schon einleitend, Ziff. A. I., S. 1.

⁴² *Bayer* in MünchKomm, § 17, Rn. 85.

⁴³ BGHZ 95, 330 [337 a.E.].

⁴⁴ BGHZ 95, 330 [337]; 69, 334 [337].

⁴⁵ Siehe schon oben Fn. 10 sowie *Bayer* in MünchKomm, § 15, Rn. 15 f.; *Kuhlmann/Ahms*, Kap. B, Rn. 6; *Hüffer*, § 15, Rn. 11; *Koppensteiner* in KölnKomm, § 15, Rn. 21; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 2, Kap. II. 1., S. 32; a.A. *Zöllner* in Baumbach/Hueck, Schlussanh. I, Rn. 11.

5. Ein Anspruch gegen die Muttergesellschaft verlangt ferner den *Zahlungsausfall der Tochter*.⁴⁶ Auch der war gegeben.

6. Folgt man dem 2. Leitsatz des BGH,⁴⁷ so ist Voraussetzung einer Ausfallhaftung des herrschenden Unternehmens dessen (*zeitlich*) *andauernde und (sachlich) umfassende Geschäftsführung*⁴⁸ bei der Tochter.⁴⁹ Dann nämlich *vermutet* der Senat⁵⁰, dass auf die Belange der Tochter keine Rücksicht genommen sowie deren Geschäftstätigkeit vom Konzerninteresse bestimmt, also ihr Eigeninteresse nachhaltig beeinträchtigt⁵¹ werde und folglich der dem Vertragskonzern vergleichbare Zustand⁵² bestehe. Nach Ansicht des BGH⁵³ war H „wirtschaftlicher Alleingesellschafter“ der G1 bis G7 und übte die Finanzierung und zentrale Buchführung, mithin seine Leitungsmacht, uneingeschränkt und vollständig aus. Dauernde und umfassende Geschäftsführung war also anzunehmen.

7. Die Ausfallhaftung nach § 303 I AktG trete in Anlehnung an § 317 II AktG allerdings dann nicht ein, wenn das herrschende Unternehmen dartun könne, dass ein *plichtgemäß handelnder Geschäftsführer* einer selbständigen GmbH die Geschäfte ceteris paribus nicht anders geführt hätte.⁵⁴ Gelingt dies H nicht,⁵⁵ haftet er analog §§ 303 I, 322 II, III AktG dem K für die Verbindlichkeiten.

II. „Tiefbau“ (1989)

Das sog. Tiefbau-Urteil⁵⁶ baut auf dieser Entscheidung auf:

Kläger **K** war Konkursverwalter der im Tiefbau tätigen GmbH **G**, deren Gesellschaftergeschäftsführer mit je 48 % Anteil **A** und **B** sowie mit 4 % Anteil **C** waren. A war für alle finanziellen Entscheidungen allein zeichnungsberechtigt und überdies Angestellter der beklagten **H**-Bank e.G., bei der B und C hohe Darlehensschulden hatten. Auch finanzierte die H den drei Gesellschaftern die eingezahlten Stammeinlagen mittelbar. Ebenfalls mittelbar waren A und B der H treuhänderisch verpflichtet.

Die H nutzte ihren Einfluss, um sich gegenüber anderen Gläubigern der G bevorzugt zu befriedigen. K verlangt Rückzahlungen an die G.

K macht gegenüber H unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten Ansprüche auf Verlustausgleich analog § 302 AktG geltend.

1. Wenigstens die Anteile von A und B werden H mit § 16 IV AktG

⁴⁶ BGHZ 95, 330 [340]; *Ulmer*, ZHR 1984, 391 (421).

⁴⁷ BGHZ 95, 330.

⁴⁸ Vgl. auch BGHZ 95, 330 [344]; *Arbeitskreis GmbH-Reform*, S. 59 und 67.

⁴⁹ BGHZ 95, 330 [344].

⁵⁰ BGHZ 95, 330 [344].

⁵¹ BGHZ 95, 330 [344].

⁵² Wie oben Fn. 38, S. 4.

⁵³ Der verweist diesbezüglich an die Vorinstanz zurück: BGHZ 95, 330 [338 f., 348 f.].

⁵⁴ BGHZ 95, 330 [344].

⁵⁵ Und so sieht es wohl der Senat mit BGHZ 95, 330 [344]; zur Zurückverweisung oben Fn. 53.

⁵⁶ BGHZ 107, 7 (**Tiefbau**).

mittelbar zugerechnet.⁵⁷ Also sind qua mehrstufiger Abhängigkeit G und H gem. §§ 16 I, IV, 17 II, 18 I 3 AktG *Konzernunternehmen*.

2. Ausdrücklich hält der BGH am Kern der Autokran-Doktrin fest,⁵⁸ will also jedenfalls § 303 AktG bei einer mit dem Vertragskonzern vergleichbaren Sachlage⁵⁹ auf faktische Konzerne entsprechend anwenden. K geht als Konkursverwalter *jedoch aus § 302 AktG* vor. Dessen Anwendbarkeit hatte der BGH⁶⁰ bei Beherrschung einer mehrgliedrigen GmbH schon angedeutet. Dabei bleibt er nun.⁶¹ Vorausgesetzt, die Gesellschafter A, B und C waren nicht alle ausschließlich der H treuhänderisch verpflichtet, ist Mehrgliedrigkeit hier anzunehmen.

Orientiert man sich ferner am 2. Leitsatz der Entscheidung,⁶² so bleibt es dabei, dass aus *dauernder und umfassender Leitung* durch die Mutter eine Interessengefährdung⁶³ bei der abhängigen Tochter und daraus die Vergleichbarkeit mit dem Vertragskonzern gefolgert wird. Wohl als Fallgruppe stellt der Senat⁶⁴ die Übernahme der finanziellen Leitung heraus. Mit dem hier unterstellten Sachverhalt⁶⁵ liegt diese Leitungsintensität und also ein qualifiziert faktischer Konzern vor.

3. Zumindest auch wegen der Unterschiede zwischen einer Haftung nach § 303 AktG und einer Verlustübernahmepflicht nach § 302 AktG, löst sich die RSpr. von der Entlastungsmöglichkeit entsprechend § 317 AktG: wo es nämlich um Kapitalerhaltung gehe, könne allein die ordnungsgemäße Geschäftsführung nicht entlasten.⁶⁶ Dennoch sei ein *Gegenbeweis* möglich, wenn das die Beweislast tragende herrschende Unternehmen dartue, dass die entstandenen Verluste nicht auf seiner Geschäftsführung beruhen.⁶⁷ Gelingt der Gegenbeweis H hier nicht,⁶⁸ bleibt es bei dessen Haftung gegenüber G analog § 302 I AktG.

III. „Video“ (1991)

Mit seinem Video-Urteil⁶⁹ bleibt der BGH auf dem vorgezeichneten Weg⁷⁰ und verschärft⁷¹ seine RSpr. weiter.

⁵⁷ BGHZ 107, 7 [11 f. und 14 unten]; 81, 311, 315 ff.; 75, 334, 335 f.; 31, 258, 266 f.

⁵⁸ BGHZ 107, 7 [15 f.].

⁵⁹ BGHZ 107, 7 [17 oben].

⁶⁰ BGHZ 95, 330 [345]; für die GmbH & Co. KG vgl. BGH GmbHR 1979, 246 [250].

⁶¹ BGHZ 107, 7 [16].

⁶² BGHZ 107, 7.

⁶³ BGHZ 107, 7 [17].

⁶⁴ BGHZ 107, 7 [20 und 2. LS]; weitere Beispiele bei: *Zeidler* in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 271 ff.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 31, Kap. II. 1., S. 466; *Emmerich*, GmbHR 1987, 213 (216).

⁶⁵ Zur Zurückverweisung an die Vorinstanz vgl. BGHZ 107, 7 [20 und 2. LS].

⁶⁶ BGHZ 107 [18].

⁶⁷ BGHZ 107 [18].

⁶⁸ Vgl. Fn. 65.

⁶⁹ BGHZ 115, 187 (**Video**).

⁷⁰ BGHZ 115, 187 [192].

Die Klägerin **K**, die Videofilme vervielfältigt, erwirkte ein Zahlungsurteil gegen die **G GmbH**, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer drei Jahre lang **H** war. H war zudem Einzelkaufmann und an weiteren GmbH beteiligt. Nach erfolgloser Zwangsvollstreckung verlangt K Zahlung von H.

K könnte die Zahlung analog § 303 I 1 AktG verlangen.

1. *Haftungsvoraussetzungen* bleiben laut Urteil erstens die Konzerneigenschaft⁷² (wobei auch eine Einzelperson Konzernspitze sein kann⁷³), sodann der Ausfall der abhängigen Gesellschaft⁷⁴ und schließlich eine mit dem Vertragskonzern vergleichbare Lage.⁷⁵ Ein Konzern bestand hier gem. §§ 18 I 3, 17 II, 16 I AktG, und die Zwangsvollstreckung gegen G blieb erfolglos. Bereits daraus, dass H alleiniger Gesellschaftergeschäftsführer der G war, schließt der BGH zudem auf dessen qualifizierte Leitung der Tochter,⁷⁶ daraus wie gehabt⁷⁷ auf die Vergleichbarkeit mit dem Vertragskonzern. Diese Haftungsvoraussetzungen liegen also vor.

2. Die im Tiefbau-Urteil geänderte Formel für den *Haftungsgegenbeweis* wendet der BGH nun auch ausdrücklich auf Fälle des § 303 AktG an.⁷⁸ Der Revision gelang dieser Beweis nicht,⁷⁹ weshalb H summa summarum mit einem gewissen Automatismus⁸⁰ analog § 303 I 1 AktG haftete.

IV. „TBB“ (1993)

Da somit die RSpr. in nicht mehr sehr „vorsichtiger Weise“⁸¹ den nur „begrenzten Schutz“⁸² der Gläubiger womöglich „weiter als erforderlich“⁸³ ausgedehnt hatte, da die Lit. die „Haftungsautomatik“⁸⁴ erkennt und vom BGH sogar „Katastrophenhilfe“⁸⁵ fordert, gibt der 2. Zivilsenat im sog. TBB-Urteil⁸⁶ seine harte Linie auf.

Der Beklagte **T** war alleiniger Geschäftsführer der **T. Baubetreuungsgesellschaft mbH (TBB)**, seine Frau **F** deren alleinige Gesellschafterin. Die Klägerin **K** hatte

⁷¹ Zeidler in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 260; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 31, Kap. I. 2., S. 464; Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 15.

⁷² BGHZ 115, 187 [191].

⁷³ BGHZ 115, 187 [189 f.] und im Anschluss daran BGH ZIP 1994, 207.

⁷⁴ BGHZ 115, 187 [200] und oben Fn. 46.

⁷⁵ BGHZ 115, 187 [193] und oben Fn. 38, 52, 59.

⁷⁶ BGHZ 115, 187 [195 oben].

⁷⁷ Siehe insbesondere oben Ziff. B. I. 6., S. 5.

⁷⁸ BGHZ 115, 187 [194].

⁷⁹ Vgl. dazu die Ausführungen unter BGHZ 115, 187 [196 f.].

⁸⁰ Insoweit beachtlich BGHZ 115, 187 [195], wo der BGH für Fälle wie diesen meint, sein Haftungskonzept habe „freilich zur Folge, dass ... der ... Gesellschafter, der gleichzeitig alleiniger Geschäftsführer ist, schon immer dann persönlich für die Verluste der Gesellschaft einzustehen ... hat, wenn er sich noch anderweit unternehmerisch betätigt.“

⁸¹ BGHZ 95, 330 [342].

⁸² BGHZ 95, 330 [340 oben].

⁸³ BGHZ 107, 7 [19].

⁸⁴ Dazu soeben schon Fn. 80; vgl. des Weiteren Gerken, RPfeger 1994, 331 (331); Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 16.

⁸⁵ Knobbe-Keuk, DB 1992, 1461 (1464).

Knobbe-Keuk, DB 1992, 1461 zit. nach Westermann, ZIP 1993, 554 (554); Ebenroth/Wilken, ZIP 1993,

verschiedene Bauvorhaben im Auftrag der TBB ausgeführt. Daraus stehen der K noch Forderungen zu.

T und F waren überdies Anteilseigner und Geschäftsführer weiterer Unternehmen, deren Kredite durch die TBB gesichert wurden, wobei hier unterstellt wird, dass F hinsichtlich ihrer Geschäftsführung und Ausübung ihrer Beteiligungsrechte dem T treuhänderisch verpflichtet war.

Zu prüfen ist ein Anspruch des K gegen T analog § 303 I 1 AktG.

1. Nach dem Bisherigen wäre hier ein Konzern und wegen der erfolgten Kreditsicherung zugunsten der anderen Gesellschaften dauernde und umfassende Ausübung der Leitungsmacht anzunehmen gewesen. T hätte damit als Konzernspitze für die Verbindlichkeiten der insolventen TBB analog § 303 AktG gehaftet, wenn er nicht hätte dartun können, dass die Verluste der TBB nicht auf seiner Geschäftsführung beruhen.

2. Die dauernde und umfassende Leitung – so der Senat jetzt neu – sei aber gar nicht Haftungstatbestand.⁸⁷ Vielmehr habe *der Kläger* Umstände darzulegen und zu beweisen, die nahe legten, dass bei der Unternehmensführung im Konzern *die Belange der Tochter über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt*⁸⁸ wurden, wobei ihm unter weiteren Voraussetzungen⁸⁹ Erleichterungen hinsichtlich seiner Substantiierungslast gewährt werden. Gelänge der Beweis, sei *objektiver Missbrauch*⁹⁰ der beherrschenden Gesellschafterstellung anzunehmen. Damit wurde für K entscheidend, ob sie beweisen konnte, dass die von TBB übernommenen Kreditverbindlichkeiten einem Einzelausgleich nicht mehr zugänglich waren.⁹¹ Dies blieb tatrichterlich festzustellen.⁹²

V. „Bremer Vulkan“ (2001)

Die große Wende bringt schließlich der Fall „Bremer Vulkan“.⁹³

Klägerin war die frühere „Treuhandanstalt“ **THA** und heutige **BVS**, die abgetretene Ansprüche der **MTW** geltend machte. Die fünf Bekl. waren Vorstandsmitglieder der Bremer Vulkan Verbund AG (**BVV**). Von ihnen beanspruchte die BVS Ersatz: der MTW war ein für sie vorgesehener Investitionsbeihilfebetrug nicht zugute gekommen. Dies hätten die Bekl. verhindert.

Die BVV war Mutter zahlreicher Verbundunternehmen, die an ein Cash Concentration System angeschlossen waren, in das der Beihilfebetrug vertragswidrig einfluss. Die BVV war mittelbar Mehrheitsgesellschafterin der von THA abgekauften MTW. Schon vor Übernahme der Beihilfe durch die später insolvente BVV wussten die Bekl. um deren Liquiditätsprobleme.

558 (559) sprechen von einer Flut ablehnender Kritik.

⁸⁶ BGHZ 122, 123 (**TBB**); zur Kritik an den Vorinstanzen *Westermann*, ZIP 1993, 554 (555 Fn. 9) m.w.N.

⁸⁷ BGHZ 122, 123 [130 f.].

⁸⁸ BGHZ 122, 123 [131].

⁸⁹ BGHZ 122, 123 [133].

⁹⁰ BGHZ 122, 123 [130].

⁹¹ BGHZ 122, 123 [131 f.].

⁹² TBB insoweit vollständig abgedruckt in ZIP 1993, 589 [595, Ziff. IV.].

⁹³ BGHZ 149, 10 (**Bremer Vulkan**).

Die BVS geht aus § 309 I, II AktG, alternativ aus § 317 III AktG vor. Beide Normen führen ihrem Wortlaut nach zur Haftung des Konzernmuttervorstandes. Bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages wäre grundsätzlich § 309, bei dessen Fehlen § 317 AktG einschlägig. Hält man wie bisher unter bestimmten Umständen den faktischen mit dem Vertragskonzern für vergleichbar, könnte vorliegend § 309 I, II AktG analog, ansonsten eventuell § 317 III AktG analog angewandt werden.⁹⁴

Der BGH aber kommt zu dem Schluss: „Der Schutz einer abhängigen GmbH gegenüber Eingriffen ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktiengesetzes.“⁹⁵ Dies wird als endgültige Absage an die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern verstanden.⁹⁶ Anfang dieses Jahres hat das der 2. Zivilsenat⁹⁷ bestätigt. Jetzt will er solche Fälle mit Hilfe der „Ausfallhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs“⁹⁸ und der vormaligen „Haftung aus Treupflichtverletzung“⁹⁹ lösen.

C. Reaktionen auf die Rechtsprechung

Allein die Juris-Datenbank¹⁰⁰ empfiehlt an Lit. zum Autokran-Urteil 45 Beiträge, zum TBB-Urteil das Eineinhalbfache und auch die anderen Leitentscheidungen wurden höchst umfangreich¹⁰¹ diskutiert.

Von vielen¹⁰² wird die Autokran-Doktrin durchaus positiv bewertet, zumal schon lange vor September 1985 dem Gesetzgeber¹⁰³ wie der Wissenschaft¹⁰⁴ das GmbH-Konzernrecht als regelungsbedürftig galt: insbesondere das Haftungsprivileg gem. § 13 II GmbHG sei überbetont¹⁰⁵ sowie eine Verletzung der Kapitalerhaltungsgrundsätze gem. §§ 30,

⁹⁴ Dagegen *Altmeyen*, ZIP 2001, 1837 (1839 m. Fn. 23); *K. Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3578).

⁹⁵ BGHZ 149, 10 [16 oben].

⁹⁶ *Altmeyen*, ZIP 2001, 1837 (1839); *ders.*, NJW 2002, 321 (321); a.A. *K. Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3581).

⁹⁷ BGH ZIP 2002, 848 [850].

⁹⁸ Vgl. schon die Andeutungen in BGHZ 149, 10 [16]; sodann BGH ZIP 2002, 848 [850] und BGH NJW 2002, 1578 [1579 f.] (**KBV**); dazu *Altmeyen*, ZIP 2002, 961 (964 f.) *Gesell/Böttcher*, F.A.Z. vom 23.10.2002, Nr. 246, S. 21.

⁹⁹ BGH ZIP 2002, 848 [850] mit Verweis auf BGHZ 65, 15 zur Treupflichtverletzung.

¹⁰⁰ Mit Stand vom September 2002. Vgl. allein zur ersten Entscheidung „Autokran“ die zahlreichen Nachweise bei *Werner* in FS Goerdeler, 677 (681 m. Fn. 11).

¹⁰¹ Vgl. oben Fn. 3, S. 1.

¹⁰² *Lutter*, ZIP 1985, 1425 (1435); *Ulmer*, NJW 1986, 1579 (1579 m. Fn. 3); *Fleck*, WM 1986, 1205 (1212 f.); *Rehbinder*, AG 1986, 85 (97 f.); *Emmerich*, JuS 1986, 236 (236 f.); *Ehlke*, DB 1986, 523 (523 m. Fn. 9); *Emmerich/Sonnenschein (Vorausgabe)*, § 24a, Kap. I. 1., S. 398 Fn. 6 m.w.N.; LAG Frankfurt, DB 1988, 2568 [2568 f.]; OLG Köln, DB 1990, 1399 [1399 ff.]; BAG, DB 1991, 1472 [1473 f.]; BAG, DB 1992, 2402 [2403]; BAG DB 1993, 791 [791]; OLG Celle, GmbHR 2001, 1042 [1043].

¹⁰³ Dazu *Ehlke*, DB 1986, 523 (523 m. Fn. 12); *Gäbelein*, GmbHR 1987, 221 (221 m. Fn. 2).

¹⁰⁴ *Arbeitskreis GmbH-Reform*, passim; *K. Schmidt*, GmbHR 1979, 121 (passim); *Ulmer*, ZHR 1984, 391 (411 ff.); *Rehbinder*, Konzernaußenrecht, S. 85 ff. und 119 ff.; *Gäbelein*, GmbHR 1987, 221 (221 m. Fn. 3); vgl. auch BGHZ 65, 15 und dazu *Ehlke*, DB 1986, 523 (523 m. Fn. 5) sowie *Gäbelein*, GmbHR 1987, 221 (221 m. Fn. 13).

¹⁰⁵ *Emmerich*, GmbHR 1987, 213 (214).

31 GmbHG oft nicht beweisbar¹⁰⁶.

Die beim BGH unterlegenen Parteien freilich sehen Veranlassung zur Verfassungsbeschwerde,¹⁰⁷ und auch die Lit.¹⁰⁸ hat verfassungs- und verfahrensrechtliche Bedenken. So verwundert es nicht, dass selbst einzelne Mitglieder des 2. Zivilsenats¹⁰⁹ wider die Kritik¹¹⁰ an Methodik und Dogmatik des BGH Position beziehen.

I. Analogieprobleme

Obige Leiturteile betreffen ausschließlich die beherrschte GmbH. Die Bedeutung einer haftenden Konzernspitze nämlich zeigt sich gerade bei Gesellschaften mit an sich beschränktem Haftungsfonds¹¹¹.

1. Schon deswegen hält ein Teil der Lit.¹¹² die analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG auf die GmbH für praxisfremd und gesetzeswidrig. So stehe der im Wesentlichen zwingenden Natur des Aktienrechts der überwiegend dispositive Charakter des GmbH-Rechts gegenüber.¹¹³ Dies findet argumentative Unterstützung darin, dass die GmbH eher personalistisch ausgestaltet ist (arg. §§ 15 V, 46 Nr. 5, 6 GmbHG).¹¹⁴ Während die §§ 76 I, 119 II, 117 I 1 AktG, die Autonomie des AG-Vorstandes sichern,¹¹⁵ haben die Gesellschafter der GmbH umfassende Überwachungs-¹¹⁶ und Weisungsrechte¹¹⁷. Die Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsführung ergibt sich aus einer Gesamtschau der §§ 6 III, 37 I, 38 I, 45 I, 46 Nr. 5 und Nr. 6.¹¹⁸ Auch sind im Gegensatz zu den §§ 15 ff. AktG¹¹⁹ weder die §§ 291 ff., 300 ff. und 308 ff. AktG noch die §§ 311 ff. AktG rechtsformneutral formuliert.¹²⁰

¹⁰⁶ *Altmeppen*, ZIP 2001, 1837 (1839 f.).

¹⁰⁷ Vgl. bei *Emmerich*, JuS 1993, 695 (696); a.A. BVerfG ZIP 1993, 1306, welches die Rechtsanwendung und -auslegung des BGH für zulässig hält; a.A. auch *Boujong*, GmbHR 1992, 207 (210 ff.).

¹⁰⁸ *Ehlke*, DB 1986, 523 (523); *Westermann*, ZIP 1993, 554 (556 Fn. 28); *Emmerich*, JuS 1993, 695 (696).

¹⁰⁹ *Fleck*, WM 1986, 1205 (205 ff.); *Stimpel*, AG 1986, 117 ff.; *Stimpel*, ZGR-Sonderheft 6, 39 ff.; *Stimpel*, FS Goerdeler, 601 (601 ff.); *Stimpel*, ZGR 1991, 144 (144 ff.); *Stimpel*, Konzernrechtstage, 5 (5 ff.); *Stodolkowitz*, ZIP 1992, 1517 ff.; *Stodolkowitz*, GmbHR 1992, 213 ff.

¹¹⁰ Zu dieser im Folgenden.

¹¹¹ § 13 II GmbHG! Dazu kurz *Emmerich*, JuS 1993, 695 (695).

¹¹² *Gäbelein*, GmbHR 1987, 221 (223, 224); zur diesbezüglichen Kritik auch *K. Schmidt*, BB 1985, 2074 (2079); *K. Schmidt*, ZIP 1989, 545 (547 m. Fn. 35); *Heinsius*, AG 1986, 99 (102 ff.); *Wiedemann*, ZGR 1986, 656 (659 f.); *Rehbinder*, AG 1986, 85 (86 ff.); *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 31, Kap. II., S. 466 Fn. 24 m.w.N.

¹¹³ *Gäbelein*, GmbHR 1987, 221 (222); speziell zur Haftungsbeschränkung in der AG *Meyer*, Haftungsbeschränkung, S. 313 ff.; zur GmbH *ders.* a.a.O., S. 492 ff.; allein für Einpersonen-GmbH und Einpersonen-AG *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 28, Kap. III. 2., S. 441 f.

¹¹⁴ *Gäbelein*, GmbHR 1987, 221 (222).

¹¹⁵ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 28, Kap. III. 1., S. 440.

¹¹⁶ Zu den Rechten der Minderheitsgesellschafter *Gäbelein*, GmbHR 1987, 221 (222 f.); *Altmeppen*, NJW 2002, 321 (322 m. Fn. 13) m.w.N.

¹¹⁷ Einschränkend *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 30, Kap. III., S. 452; a.A. *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung, S. 330 ff.

¹¹⁸ *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, § 37, Rn. 3; *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 23.

¹¹⁹ Dazu eingangs Ziff. A. I., S. 1.

¹²⁰ Vgl. oben Ziff. A. I., S. 1 sowie unten Ziff. E. I. 1., S. 23.

Die strukturelle Wesensverschiedenheit erwähnt daher auch der BGH,¹²¹ schließt daraus aber nicht auf ein Analogieverbot, sondern nur auf die Notwendigkeit des oben erwähnten Entlastungsbeweises.¹²² So kann nämlich argumentiert werden, dass nur wegen des bestehenden Weisungsrechts die Möglichkeit besteht, auch im GmbH-Konzern die Leitungsdichte des Vertragskonzerns zu erreichen.¹²³ In der GmbH sei die Regelungsbedürftigkeit also eher noch dringlicher.¹²⁴

Daher stimmt die h.L.¹²⁵ dem BGH noch vor seinem TBB-Urteil in der analogen Anwendung der §§ 302 f. AktG zu, was über ein zweites Analogieproblem nicht hinwegtäuschen darf.

2. Zweitens nämlich muss die analoge Anwendbarkeit des Vertragskonzernrechts auf den (qualifiziert) faktischen Konzern begründet werden. Dass Vertragskonzernrecht anwendbar sei, nehmen RSpr. und Lit. gemäß der Autokran-Doktrin an, *sofern sich der nicht vertraglich beherrschte Konzern „auf einer so hohen Konzernierungsstufe, wie sie im Vertragskonzern zulässigerweise überhaupt nur erreicht werden kann“* befindet.¹²⁶ Dann nämlich reiche der für den einfach faktischen Konzern vorgesehene Schutz der §§ 311, 317 AktG nicht mehr aus: dort gehe es lediglich um Einzeleingriffe in das Tochterunternehmen,¹²⁷ während das Gesetz beim Vertragskonzern von der Notwendigkeit eines Globalausgleichs (arg. § 302 I AktG) ausgehe. Sei nun die Unternehmensverbindung faktisch so ausgestaltet, dass eine Form der Leitung etabliert werde, wie sie das herrschende Unternehmen gem. § 308 I 1 AktG allein aus dem Beherrschungsvertrag beanspruchen dürfe, so versagten die §§ 311 ff. AktG, weshalb auch dann Globalausgleich die Rechtsfolge sein müsse.¹²⁸ Eine Regelungslücke ist demnach dort zu sehen, wo der in den §§ 311, 317 AktG vorausgesetzte Einzelausgleich insbesondere wegen undurchsichtiger Finanzen/Buchhaltung¹²⁹ nicht mehr möglich ist. Beließe man es aber bei einer Lösung über die §§ 311 ff. AktG, so wäre der Gesellschaft spätestens am Jahresende (arg. § 311 II 1 AktG) ein Rechtsanspruch i.S.d. § 311 II AktG zu gewähren. Inwieweit bis dahin das Einzelausgleichssystem versagen kann erscheint schon zweifelhaft.

¹²¹ Vgl. schon oben Fn. 32, S. 4.

¹²² BGHZ 95, 330 [344]; 115, 187 [193].

¹²³ Werner in FS Goerdeler, 677 (682).

¹²⁴ BGHZ 95, 330 [335].

¹²⁵ Emmerich, JuS 1993, 695 (695) z.B. spricht von der „mittlerweile allseits akzeptierten entsprechenden Anwendung der §§ 302 und 303 AktG“.

¹²⁶ BGHZ 95, 330 [345]; Emmerich, JuS 1990, 329 (330).

¹²⁷ Emmerich, JuS 1990, 329 (330); Hüffer, § 18, Rn. 4.

¹²⁸ BGHZ 95, 330 [342]; Emmerich, GmbHR 1987, 213 (216).

¹²⁹ BGHZ 95, 330 [338 f.]; 107, 7 [19]; 122 [131 f.].

Auch widerspricht § 311 II 1 AktG nicht gänzlich zwingend der Annahme, dass der bis dahin fällige Ausgleichsposten – ähnlich wie bei den §§ 252 S. 2 BGB, 287 ZPO – näherungsweise ermittelt wird und also eine genaue Bezifferung¹³⁰ entbehrlich ist. Wo man § 311 II AktG als Ausnahme vom Einzelausgleichssystem sieht,¹³¹ ist die Notwendigkeit eines Ausgleichs über die §§ 302 f. AktG nicht eindeutig. Dann könnten dem beherrschten Unternehmen auch bei nicht genau bezifferbaren Posten erstens das herrschende Unternehmen gem. § 317 I 1 AktG und zweitens dessen gesetzliche Vertreter gesamtschuldnerisch gem. § 317 II i.V.m. § 317 I AktG auf Schadensersatz haften, was die Zweifel an der Planwidrigkeit mehrt, allerdings nach h.M. auf Kritik stößt.

Ungewollt ist an einer Lösung über die §§ 311, 317 AktG ohnehin etwas anderes: es fehlt dort eine Parallelnorm zu § 303 AktG, welcher erst die Tür zur gewünschten Konzernaußenhaftung öffnet.

3. Wer sich für die faktisch beherrschte GmbH beider Analogien bedient, muss zudem erklären, weshalb nicht schon § 30 GmbHG und die daran anknüpfenden §§ 31, 43 GmbHG für den geforderten Nachteilsausgleich sorgen bzw. sorgen sollten. Dies mag sich der BGH bereits im TBB-Urteil¹³² überlegt haben, doch wäre dann das gewünschte Ergebnis erneut außer Sichtweite geraten, denn „eine zum Verlustausgleich und gegebenenfalls zur unmittelbaren Zahlungspflicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern führende Haftung ... hätte das ... noch nicht ohne weiteres zur Folge“¹³³ gehabt. Es ist also nicht ganz von der Hand zu weisen, dass eine Analogie zu den §§ 302 f. AktG bei weniger ergebnisorientierter Dogmatik¹³⁴ hätte abgelehnt werden müssen.¹³⁵

II. Die Haftung im GmbH-Konzern nach Vertragskonzernrecht

Stimmt man mit der h.M.¹³⁶ einer doppelten Analogie¹³⁷ dennoch zu, muss schon aus Gründen der Rechtssicherheit¹³⁸ geklärt werden, in welchen Fällen, besser noch: bei welchem abstrakten Tatbestand, man die

¹³⁰ Damit konform vermutlich *Kropff* in MünchKomm, § 311, Rn. 150 ff. Wohl auch auf die vorliegenden Überlegungen zu übertragen aber die Kritik von *Emmerich*, GmbHR 1987, 213 (218 m. Fn. 71).

¹³¹ *Kropff* in MünchKomm, § 311, Rn. 5.

¹³² BGHZ 122, 123 [130 oben]; und aus der neusten Judikatur BGH ZIP 2002, 848 [849 f.] sowie BGH NJW 2002, 1578 [1580].

¹³³ BGHZ 122, 123 [130 oben].

¹³⁴ So deutlich *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 26 (b) a.E. und Rn. 28 a.E. und *Zeidler* in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 261 a.E.

¹³⁵ Siehe schon oben Fn. 112 sowie *Altmeyden* in MünchKomm, § 303, Rn. 42; *Zeidler* in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 261 m. Fn. 626 f.; *Ulmer*, ZHR 1984, 391 (411); *Ulmer*, NJW 1986, 1579 (1579); *Bitter*, ZIP 2001, 265 (271); a.A. *Timm*, NJW 1987, 977 (980), der eine Gesetzeslücke bejaht.

¹³⁶ Vgl. *Hüffer*, § 18 Rn. 5 und § 302, Rn. 7a; *Bayer* in MünchKomm, § 18, Rn. 14.

¹³⁷ BGHZ 115, 187 [192 und 194] spricht euphemistisch von einer „Teilanalogie“, weshalb, erklärt *Westermann*, ZIP 1993, 554 (555).

¹³⁸ Einen Verlust an Rechtssicherheit sieht z.B. *Knobbe-Keuk*, DB 1992, 1461 (1464).

für Vertragskonzerne normierten Rechtsfolgen auf faktische Konzerne anwenden will.

1. Eine Verpflichtung zum Global- anstatt nur zum Einzelausgleich nahm der Arbeitskreis GmbH-Reform¹³⁹ bei *nachhaltiger Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft* an.

2. Diese Begriffsbestimmung übernahm allmählich das Schrifttum.¹⁴⁰ Obwohl allein die mangelnde Isolierbarkeit der Einzeleingriffe Grund für die Heranziehung der §§ 302 f. AktG ist, herrscht gleichwohl keine Einigkeit über die Frage, *wann* die Eigeninteressen des beherrschten Unternehmens als nachhaltig beeinträchtigt anzusehen sind.

a) Die Orientierung am BGH bringt dabei eher Verwirrung als Klärung. Dieser stellt in den Entscheidungen Autokran, Tiefbau und Video das Erfordernis „*dauernder und umfassender*“¹⁴¹ Leitung bzw. Geschäftsführung auf, von dem er aber mit TBB¹⁴² und den darauf folgenden Entscheidungen¹⁴³ wieder Abstand nimmt. Dort kehrt er zur Ausgangstheorie¹⁴⁴ zurück, dass ein *objektiver Missbrauch* vorliege, wenn sich die der Tochtergesellschaft zugefügten Nachteile *nicht mehr durch Einzelausgleich kompensieren lassen*,¹⁴⁵ was von der Lit.¹⁴⁶ teilweise sehr begrüßt wird, aber auf eine uneinheitliche Haftungskonzeption hinausläuft.

Dass der BGH trotz § 18 I 2 AktG und § 18 II AktG neben den sonstigen Anforderungen *zudem* das Vorliegen eines Konzerns i.S.d. § 18 AktG prüft,¹⁴⁷ schafft weitere Verunsicherung. Hinzu kommt noch die offene und daher umstrittene Vermutungskonzeption¹⁴⁸ des BGH.

Die Einen¹⁴⁹ behaupten, dieser vermute bei dauernder und umfassender Ausübung der Leitungsmacht das Vorliegen eines qualifiziert faktischen Konzerns, dessen Spitze wegen des Konzernzustandes hafte. Andere¹⁵⁰ wieder sehen nur ein Zwischenstadium vermutet, auf dem eine Handlungshaftung erst aufbaue. Die erste Meinung läuft auf eine *Konzernstrukturhaftung*, die zweite auf eine *Konzernverhaltenshaftung* hinaus.¹⁵¹

¹³⁹ *Arbeitskreis GmbH-Reform*, S. 59; s. auch *Kleindiek*, Strukturvielfalt, S. 267 f.

¹⁴⁰ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 31, Kap. III. 2., S. 471; *Westermann*, ZIP 1993, 554 (556 m. Fn. 23) m.w.N.

¹⁴¹ BGHZ 95, 330 [344]; 107, 7 [15 und 17 f.]; 115, 187 [193 f.].

¹⁴² BGHZ 122, 123 [127].

¹⁴³ BGH ZIP 1994, 207; ZIP 1994, 1690; ZIP 1995, 733; ZIP 1997, 416; *GmbHR* 1998, 87.

¹⁴⁴ BGHZ 95, 330 [339 und 342].

¹⁴⁵ BGHZ 122, 123 [130 f.].

¹⁴⁶ *Ebenroth/Wilken*, ZIP 1993, 558 (559).

¹⁴⁷ Siehe die Darstellung oben Ziff. B., S. 2 ff. mit BGHZ 95, 330 [335]; 107, 7 [15]; 115, 187 [189 ff.].

¹⁴⁸ Vgl. die Unterschiede bei BGHZ 95, 330 [344]; 107, 7 [17]; 115, 187 [193]; 122 [131] und zur offenen Formulierung in der RSpr. *Ulmer*, ZHR 1984, 391 (416); kritisch auch *Westermann*, ZIP 1993, 554 (555 m. Fn. 19); *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 13, Rn. 35.

¹⁴⁹ Nachweise bei *Emmerich*, *GmbHR* 1987, 213 (217 m. Fn. 56).

¹⁵⁰ Nachweise bei *Emmerich*, *GmbHR* 1987, 213 (217 m. Fn. 57).

¹⁵¹ Zum Ganzen *Kleindiek*, Strukturvielfalt, S. 269 f.; *Westermann*, ZIP 1993, 554 (556 m. Fn. 25, 557 m.

b) Soll Haftungsgrund nämlich die zum Vorteil der Mutter bestehende strukturelle Leitungsdichte sein, welche vermuten lassen kann, dass die Eigeninteressen der Tochter behindert werden oder werden könnten, so hat die Muttergesellschaft schon für die durch einen solchen (Konzern-)Zustand entstandene *Gefährdung* einzustehen. Soll Haftungsgrund hingegen sein, dass bei bereits bestehender (ggf. vermuteter) Unternehmensverflechtung die Eigeninteressen der Tochter in schädigender Weise zurückgestellt werden, dann wäre ein so handelndes Mutterunternehmen für sein *Verhalten* (evtl. Verschulden) verantwortlich zu machen.

aa) Die Vertreter einer *Strukturhaftung* meinen also, der Zustand, für den die Mutter bei ihrer Inanspruchnahme hafte, werde allein durch dauernde und umfassende Leitung begründet.¹⁵² Im – jederzeit zu erwartenden¹⁵³ – Konflikt der Interessen nämlich würde das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft praktisch zwangsläufig zurückgestellt¹⁵⁴. Auch der BGH¹⁵⁵ hatte betont, dass schädigende Eingriffe nicht Voraussetzung der Verlustübernahmepflicht seien. Zudem zeigten die hohen, kaum erfüllbaren Anforderungen, die der BGH bereits im Autokran-Urteil an den Gegenbeweis stelle, dass er von einer solch strengen Haftung ausgehe.¹⁵⁶ Da der Senat in den Folgeentscheidungen an seiner Formel dauernder und umfassender Leitung festhält, sehen sie sich weiter bestätigt.¹⁵⁷

bb) Dagegen führen die Vertreter einer *Verschuldenshaftung* wiederum die Besonderheiten der GmbH ins Felde. Nur die AG verfüge gem. § 76 I AktG über ein im Verhältnis zu den Gesellschaftern autonomes Leitungsorgan, während die GmbH-Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung weisungsbefugt seien.¹⁵⁸ Angesichts dieser Herrschaftslegitimität müsse bei der beherrschten GmbH zur dauernden und umfassenden Konzernleitung „die beständige und breitflächige Schädigung der abhängigen Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen hinzutreten“¹⁵⁹ bzw. eine Verletzung der „Grundsätze ordnungsgemäßer Konzerngeschäftsführung“¹⁶⁰ vorliegen. Da nach dem TBB-Urteil die dauernde und

Fn. 30); Hüffer, § 302, Rn. 5. Zu den verschiedenen Begriffen – Konzernstruktur-, Konzernzustands- oder einfach Gefährdungs- bzw. Garantiehaftung einerseits und Verschuldens-, Verhaltens- bzw. Handlungshaftung andererseits – vgl. Westermann, ZIP 1993, 554 (556) sowie Altmeyen, ZIP 2001, 1837 (1849) und Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 67.

¹⁵² Kleindiek, Strukturvielfalt, S. 270.

¹⁵³ Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 19.

¹⁵⁴ Westermann, ZIP 1993, 554 (556 f.).

¹⁵⁵ BGHZ 107, 7 [20].

¹⁵⁶ Kleindiek, Strukturvielfalt, S. 270.

¹⁵⁷ Kleindiek, Strukturvielfalt, S. 270; Emmerich, JuS 1990, 329 (330); a.A. K. Schmidt, ZIP 1989, 545 (548 f.).

¹⁵⁸ Siehe schon oben Ziff. C. I. 1., S. 10.

¹⁵⁹ Kleindiek, Strukturvielfalt, S. 271.

¹⁶⁰ Emmerich, GmbHR 1987, 213 (217).

umfassende Leitung ferner als Unterfall eines qualifiziert faktischen Konzerns erscheint und an die Haftung zusätzliche, strengere Anforderungen gestellt werden, wird selbiges vielfach als Bekenntnis zur Verhaltenshaftung verstanden.¹⁶¹

cc) Tatsächlich aber belebt das TBB-Urteil die Diskussion nur neu.¹⁶² Zwischen den Vertretern einer Verschuldens- und denen einer Strukturhaftung wird daher *bis zu letzt keine Einigung*¹⁶³ erzielt, auch wenn die wohl h.M.¹⁶⁴ letztlich eine Verschuldenshaftung ablehnt.

c) Einzelne¹⁶⁵ kritisieren auch diese Dichotomie des Streitiges. So sei im Haftungsinstitut des qualifiziert faktischen Konzerns zweierlei vermengt worden, nämlich die *Garantiehaftung* wegen Verstoßes gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz und die davon zu trennende und bis heute äußerst umstrittene Haftung des Gesellschafters wegen *schuldhafter* Kapitalvernichtung zulasten der Gläubiger.¹⁶⁶

Für die Geschäftsführung ist die Haftung wegen Unterkapitalisierung *verschuldensabhängig*¹⁶⁷ in § 43 I, III i.V.m. § 30 GmbHG geregelt, nachrangig¹⁶⁸ haften gem. § 31 I i.V.m. § 30 GmbHG die Gesellschafter. Neben § 31 I GmbHG haftet ein Mitgesellschafter laut BGH¹⁶⁹ zudem bei *Verschulden* aus § 31 III GmbHG,¹⁷⁰ und das Verschulden eines Geschäftsführers führt schon dem Wortlaut nach zu dessen Haftung aus § 31 VI GmbHG¹⁷¹. Gerade im Hinblick auf diese letzten Tatbestände kann es daher als *bloße Beweiserleichterung*¹⁷² angesehen werden, wenn mit der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern die Beweislast auf das herrschende Unternehmen bis hin zur Gefährdungs-¹⁷³ oder Garantiehaftung¹⁷⁴ verlagert wird. Wer aber allein oder doch überwiegend die Notwendigkeit einer Beweislastumkehr oder sonstigen Beweiserleichterung sieht,¹⁷⁵ wird dies besser im GmbH-Recht verankern wollen.¹⁷⁶

¹⁶¹ Ebenroth/Wilken, ZIP 1993, 558 (559); Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 23.

¹⁶² Westermann, ZIP 1993, 554 (554); Ebenroth/Wilken, ZIP 1993, 558 (558).

¹⁶³ Altmeyen, ZIP 2001, 1837 (1839); Emmerich, JuS 1993, 695 (696); Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 23 m. Fn. 33.

¹⁶⁴ Vgl. Altmeyen, ZIP 2001, 1837 (1839 m. Fn. 29).

¹⁶⁵ Altmeyen, ZIP 2001, 1837 (1839); entgegengesetzt Ulmer, Konzernrechtstage, S.71 f.

¹⁶⁶ Altmeyen, ZIP 2001, 1837 (1839).

¹⁶⁷ Zöllner in Baumbach/Hueck, § 43, Rn. 14; Hück/Fastrich in Baumbach/Hueck, § 31, Rn. 21.

¹⁶⁸ Lutter/Hommelhoff, § 30 Rn. 27.

¹⁶⁹ BGHZ 93, 146 [149 f.]

¹⁷⁰ Altmeyen, ZIP 2002, 961 (961).

¹⁷¹ Vertiefend Hück/Fastrich in Baumbach/Hueck, § 31, Rn. 21 f.

¹⁷² Altmeyen, ZIP 2001, 1837 (1840).

¹⁷³ Westermann, ZIP 1993, 554 (556).

¹⁷⁴ Altmeyen, ZIP 2001, 1837 (1849).

¹⁷⁵ Daher lesenswert: BGHZ 95, 330 [344]; 122 [130]; Stodolkowitz, ZIP 1992, 1517 (1528); Ebenroth/Wilken, ZIP 1993, 558 (560).

¹⁷⁶ So konsequent Altmeyen, ZIP 2001, 1837 (1839 m. Fn. 25).

d) Wie auch immer die Haftungsdogmatik aussieht, es bleibt die oben¹⁷⁷ aufgeworfene Frage zu beantworten, *wann* ein qualifiziert faktischer Konzern anzunehmen ist, anders gesagt: wann der einfach faktische Konzern in den qualifiziert faktischen übergeht. Problematisch ist also die *Abgrenzung nach unten*.

aa) Wer *bis einschließlich zum Video-Urteil* dabei dem BGH folgt,¹⁷⁸ landet mit ihm bei der erwähnten¹⁷⁹ Haftungsautomatik, muss sich fragen, ob überhaupt noch Raum für einen einfach faktischen Konzern bleibt¹⁸⁰ und nimmt also im Zweifel¹⁸¹ das Vorliegen eines qualifiziert faktischen Konzerns an. Dass der BGH aber ganz auf das von § 18 I 1 AktG vorausgesetzte Merkmal einheitlicher Leitung verzichtet, ist nicht ersichtlich. Da Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag Unternehmensverträge i.S.d. § 291 I AktG sind und damit für sie die Konzernvermutung des § 18 I 2 AktG gilt, ist es – wo ein solcher Vertrag gerade fehlt – vielmehr nur konsequent, wenn man wie der BGH auf den allgemeineren § 18 I 1 AktG zurückgreift.

Problematisch ist bis zum TBB-Urteil ein Anderes: die eigenartige Vermutungskonzeption und die offenen Formulierungen des BGH¹⁸² werfen die Frage auf, ob dieser, wo ihm § 18 I 2 AktG fehlt,¹⁸³ einen Konzern i.S.d. § 18 AktG bei dauernder und umfassender Leitung vermutet bzw. die Formel *synonym* zur tatsächlich ausgeübten Leitungsmacht verwendet *oder* ob er bei an sich schon vorliegender einheitlicher Leitung *zusätzlich* deren dauernde und umfassende Ausübung verlangt.¹⁸⁴

Für das Letzte spricht, dass der Senat¹⁸⁵ die Prüfung des § 18 AktG in seinen Entscheidungsgründen von der Prüfung dauernder und umfassender Leitungsmacht trennt.

Fraglich ist aber doch, ob dies inhaltlich haltbar ist.¹⁸⁶ So wird argumentiert, dass es neben bereits bestehender Konzernleitung kein Mehr an Leitung geben könne.¹⁸⁷ Dem könne, da das Konzernrecht allein auf die

¹⁷⁷ Vgl. oben Ziff. C. II. 2., S. 13.

¹⁷⁸ Zur Lehre im Anschluss an Autokran, Tiefbau und Video vgl. *Kleindiek*, Strukturvielfalt, S. 273 ff.; *Emmerich*, GmbHR 1987, 213 (216 f.); *Emmerich*, JuS 1990, 329 (330).

¹⁷⁹ Siehe oben Ziff. B. III. 2. und B. IV., S. 7.

¹⁸⁰ So *Emmerich*, GmbHR 1987, 213 (216). Das BAG reduziert die Voraussetzungen für die Annahme eines qualifiziert faktischen Konzerns in den Entscheidungen BGH ZIP 1992, 1566 (**Rank Xerox**) und BGH ZIP 1993, 380 (**AG Union**) sogar noch weiter.

¹⁸¹ *Emmerich*, GmbHR 1987, 213 (217).

¹⁸² Siehe oben Ziff. C. II. 2. a), S. 13.

¹⁸³ Zur Irrelevanz der Vermutung nach § 18 I 3 AktG *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 28 a.E.

¹⁸⁴ Anschaulich bei *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 11 ff.

¹⁸⁵ Siehe oben Ziff. B. I.-III., S. 2 ff.

¹⁸⁶ Kritisch *Kleindiek*, Strukturvielfalt, S. 275 ff., der allerdings erst ab dem Tiefbau-Urteil die synonyme Begriffsverwendung bejaht.

¹⁸⁷ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 19.

Konzerngefahr abstelle auch nicht mit dem Argument begegnet werden, ein solches Mehr sei denkbar, wo die Mutter ihre grundlegenden Rechte aus § 308 I 1 AktG zunächst nicht wahrnehme.¹⁸⁸ Dem ist zuzustimmen, weil ein Vergleich des § 308 I AktG mit § 311 I AktG gerade zeigt, dass die faktisch nachteilige Einflussnahme illegitim¹⁸⁹ ist. Wird diesem Verbot zuwider gehandelt – nämlich durch qualifiziert faktische Konzernierung – so kann es auf graduelle Unterschiede der Leitungsausübung nicht mehr ankommen. Daraus folgt, dass die Anforderung an den Haftungstatbestand eher niedrig sein müssen und daher der synonyme Gebrauch der Begriffe anzunehmen wäre.

Damit allerdings wirkt die Haftung sanktionierend.¹⁹⁰ Sinn und Zweck zivilrechtlicher Normen kann zwar durchaus auch Sanktion oder Drohung sein,¹⁹¹ es fragt sich nur, ob dies dort denkbar ist, wo schon die Anwendbarkeit der sanktionierenden Normen zweifelhaft¹⁹² ist. Teilt man diese Zweifel nicht, so sind aus den genannten Gründen aber niedrige Haftungsanforderungen anzusetzen und bei deren Bejahung die breitflächige Schädigung der beherrschten Gesellschaft zu vermuten.¹⁹³

bb) Zu untersuchen bleibt, ob *die TBB-RSpr.*¹⁹⁴ an dieser Beurteilung etwas ändert. Klarheit schafft diese jedenfalls insoweit, als man sich darin einig ist, dass der Senat mit TBB die Haftungsvoraussetzungen geändert hat; unklar ist nur der Inhalt der Änderung.¹⁹⁵

Da in den gesamten Entscheidungsgründen § 18 AktG nur insofern erwähnt wird als die entscheidenden Richter auf die RSpr. des 9. Zivilsenats¹⁹⁶ Bezug nehmen, tritt neben den eben erörterten Disput die Streitfrage, ob ein qualifiziert faktischer Konzern nicht schon dort angenommen werden kann, wo *lediglich Abhängigkeit* i.S.d. § 17 AktG, nicht aber einheitliche *Leitung* i.S.d. § 18 I 1 AktG gegeben ist. Obwohl auch nach TBB ein Teil der RSpr.¹⁹⁷ das Vorliegen einheitlicher Leitung prüft, entnimmt die h.M.¹⁹⁸ dem Urteil die Aussage, dass „ein Konzerntatbestand im engeren Sinne im qualifiziert faktischen Konzern gerade nicht mehr Haftungsvoraussetzung sein soll“¹⁹⁹. Dies wird vor allem damit begrün-

¹⁸⁸ Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 19.

¹⁸⁹ Siehe unten Fn. 230, S. 21.

¹⁹⁰ Emmerich, GmbHR 1987, 213 (217).

¹⁹¹ Vgl. z.B. § 176 HGB.

¹⁹² Dazu die Ausführungen zur Analogie, oben Ziff. C. I., S. 10.

¹⁹³ Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 20.

¹⁹⁴ Siehe oben Ziff. B. IV. 1. und B. IV. 2., S. 8.

¹⁹⁵ Emmerich, JuS 1993, 695 (696).

¹⁹⁶ BGHZ 117, 8.

¹⁹⁷ OLG Düsseldorf AG 2000, 567 [568]; BAG NJW 1999, 740 [741].

¹⁹⁸ Vgl. Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 25 m. Fn. 35; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 31, Kap. I. 3., S. 465.

¹⁹⁹ Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 25.

det, dass eine Haftungslücke entstünde, wo einerseits schon beim un-
streitig einfach faktischen Konzern das Einzelausgleichssystem versage,
andererseits aber noch keine einheitliche Leitung vorliege.²⁰⁰ Ist die ein-
heitliche Leitung nämlich Definitionsbestandteil des qualifiziert fakti-
schen Konzerns, wäre dieser dann zu verneinen und zwar trotz unmög-
lichen Einzelausgleichs. Bedenklich daran ist aber nicht nur das eher pra-
xisferne Beispiel, sondern auch, dass eine so beharrlich enge Lesart des
§ 311 II AktG jedenfalls nicht gänzlich zwingend ist.²⁰¹

Wer aber einheitliche Leitung weiterhin verlangt, muss wiederum²⁰² zu-
sätzlich entscheiden, ob darüber hinaus auch dauernde und umfassende
Leitung erforderlich sein soll. Das kann wie oben entschieden werden.

3. Von der Einordnung als Konzernzustands- oder Konzernverhaltenshaf-
tung²⁰³ abhängig ist des Weiteren auch die Beurteilung des *Entlastungs-*
*beweises*²⁰⁴. Dabei ist hervorzuheben, dass der Gegenbeweis anfangs als
praktisch kaum durchführbar galt,²⁰⁵ was mit ein Grund für die beklagte
Haftungsautomatik²⁰⁶ war. Je nach persönlichem Standpunkt mag man
sich daher als Vertreter einer Strukturhaftung vom BGH bestätigt fühlen
bzw. als Vertreter einer Verhaltenshaftung die besondere Notwendig zu-
sätzlicher Haftungserfordernisse sehen.

Sinnvoll vermittelnd wirkt da die Substantiierungs- und Beweislastver-
teilung gem. TBB-Urteil.²⁰⁷ Im Gegensatz zur vorausgegangenen RSpr.
muss nun in der Regel der Kläger wenigstens nahe legen, dass das herr-
schende Unternehmen seine Tochtergesellschaft über konkret ausgleichs-
fähige Einzeleingriffe hinaus geschädigt hat.²⁰⁸ Gelingt ihm dies, muss
der andere Teil Gegenbeweis führen, möchte er nicht, dass der Vortrag
des Klägers gem. § 138 III ZPO als zugestanden gilt.²⁰⁹ Diese Regele-
gung schafft auch den Ausgleich zu der harten Haftungskonzeption²¹⁰.

4. Damit ergibt sich für eine Haftung analog § 303 I AktG vorerst also
das folgende Prüfungsschema:

- Unternehmensbegriff (dazu noch unten)
- Zahlungs-/Haftungsausfall der Tochter
- Abhängigkeit gem. § 17 AktG

²⁰⁰ Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 25.

²⁰¹ Siehe oben Ziff. C. I. 2., S. 11.

²⁰² Vorstehend Ziff. aa), S. 16; Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 26 f.

²⁰³ Siehe oben Ziff. C. II. 2. b), S. 14.

²⁰⁴ Zu verschiedenen Ansätzen Kleindiek, Strukturvielfalt, S. 281; Emmerich, GmbHR 1987, 213 (217 ff.).

²⁰⁵ Emmerich, JuS 1990, 329 (330); Emmerich, GmbHR 1987, 213 (217).

²⁰⁶ Siehe oben Ziff. B. III. und B. IV., S. 7.

²⁰⁷ Westermann, ZIP 1993, 554 (557 f.).

²⁰⁸ Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 70; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 31, Kap. III. 3., S. 472 f.; im
Sinne eines Anscheinsbeweises Ebenroth/Wilken, ZIP 1993, 558 (560).

²⁰⁹ Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 70; BGHZ 122, 123 [133].

²¹⁰ Siehe oben Ziff. C. II. 2. d) aa), S. 17.

- evtl. vermutet bei dauernder und umfassender Leitung (str.)
- evtl. zusätzlich: einheitliche Leitung i.S.d. § 18 I 1 AktG (str.)
- evtl. zusätzlich: dauernde und umfassende Leitung (str.)
- Einzelausgleich ist nicht möglich (Subsidiaritätserfordernis)
- Verschulden (str.)

Bei allen Streitfragen ist dabei – soweit es sich um eine beherrschte GmbH handelt – argumentativ auf die Besonderheiten der GmbH einzugehen, möchte man wegen diesen nicht ohnehin eine Analogie zu den §§ 302 f. AktG strikt ablehnen.

D. Rechtsfolgen und zu schützende Rechtssubjekte

Die Rechtsfolgen schließlich sind immer im Zusammenhang mit den zu schützenden Rechtssubjekten zu beurteilen.

Auf die vorzugswürdigen §§ 31, 43 GmbHG²¹¹ soll dabei nicht mehr eingegangen werden. Gleiches gilt für die daneben in Betracht kommende „culpa in contrahendo“²¹² gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB sowie die §§ 823 I, 826 BGB und andere allgemeine zivilrechtliche Normierungen,²¹³ die im qualifiziert faktischen Konzern allerdings mit erheblichen Beweisschwierigkeiten²¹⁴ verbunden sind.

I. Schutz der Gläubiger des beherrschten Unternehmens

Fast alle aufgezeigten Leitfälle²¹⁵ betrafen den Schutz der Gläubiger. Gerade sie werden durch einen Anspruch geschützt, der gegen die solvente Muttergesellschaft anstatt der zahlungsunfähigen Tochtergesellschaft geltend gemacht werden kann.

1. Ein solcher Anspruch soll sich aus der Analogie zu § 303 I AktG ergeben. Problematisch ist dabei, neben dem oben Gezeigten, Folgendes:

a) Im Gegensatz zur Beendigung eines Beherrschungsvertrages, kann das Ende einer faktischen Beherrschung nicht ohne weiteres datiert werden. Gleiches gilt für die Feststellung des Beginns des qualifiziert faktischen Beherrschungsverhältnisses, sofern für eine solche überhaupt Bedarf²¹⁶ besteht. An die Beendigung des Beherrschungszustandes knüpfen die Publizitätsvorschriften des § 303 I 1 AktG an. Der BGH²¹⁷ nimmt eine Beendigung daher mit formaler Aufgabe der Geschäftsführung an (vgl.

²¹¹ Siehe dazu oben Ziff. C. I., S. 10 und Ziff. C. II. 2. c), S. 15.

²¹² So die Bezeichnung bis zur Schuldrechtsmodernisierung; grundlegend: RGZ 78, 239.

²¹³ Dazu ausführlich *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 73, 84 ff., 94 ff.

²¹⁴ Siehe oben Ziff. C. II. 2. c), S. 15.

²¹⁵ Namentlich Autokran, Video und TBB.

²¹⁶ So wird in BGHZ 115, 187 [199] kurz erörtert, ob eine Haftung gem. § 303 I AktG womöglich nur für während der Beherrschung entstandene Schulden gilt.

²¹⁷ BGHZ 115, 187[201 f.].

§§ 6 III, IV, 39 GmbHG).

b) Ferner müsste die Beendigung eines Beherrschungsvertrages gem. § 298 AktG in das Handelsregister eingetragen werden. Die Pflichten des herrschenden Unternehmens aus § 303 I 1 AktG gelten dann für die vor Eintrag begründeten Forderungen, sofern der Gläubiger diese innerhalb einer Sechsmonatsfrist ab Eintragung geltend macht. Für den faktischen Konzern nun, kann die Eintragung der Beendigung des faktischen Beherrschungszustandes schwerlich gefordert werden. Beim einfach faktischen Konzern könnte sich diese allenfalls aus der Berichtspflicht des § 312 AktG ergeben. An die Stelle der Registereintragung tritt nach der höchstrichterlichen RSpr. daher die genannte tatsächliche Beendigung des Beherrschungsverhältnisses.²¹⁸

c) Wegen dieses Verzichts auf das Publizitätserfordernis und die damit verbundene Hinweispflicht nach § 302 I 2 AktG lässt der BGH²¹⁹ auch die Sechsmonatsfrist entfallen und an ihre Stelle allgemeine Verwirkungsgrundsätze²²⁰ treten.

d) Bleibt es nach Beseitigung dieser Hürden bei der analogen Anwendung des § 303 I AktG, so hat nach dessen Wortlaut das herrschende Unternehmen den Gläubigern *Sicherheit* zu leisten.²²¹ Dass damit noch kein *Zahlungsanspruch* gegeben ist,²²² macht sich besonders im Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren²²³ bemerkbar, wo die Insolvenzgläubiger gem. §§ 1 S. 1, 35, 38, 195 InsO grundsätzlich nach Bruchteilen aus der Insolvenzmasse befriedigt werden. Den Ansatz des BGH hält ein Teil der Lehre²²⁴ daher für eine illegitime Umgehung des Insolvenzverfahrens. Ein solcher Direktanspruch gegen die Konzernspitze könne in Analogie zu § 171 II HGB allenfalls dem Insolvenzverwalter zustehen.²²⁵

e) Nach h.M.²²⁶ aber können die Gläubiger von der Konzernspitze *direkt vollständige Zahlung* verlangen. Ebenfalls diskutiert wird von Vertretern der Wissenschaft²²⁷ daher, ob sich der Ausgleichsanspruch auf den Teil der durch die Geschäftsführung entstandenen Verluste beschränke oder ob das herrschende Unternehmen nur auf den Betrag hafte, den das Gesellschaftsvermögen unter die Stammkapitalziffer abgesunken und um

²¹⁸ BGHZ 95, 330 [347]; 115, 187 [202].

²¹⁹ BGHZ 95 330 [347]; 115, 187 [202 f.].

²²⁰ Vgl. zur Verwirkung *Medicus*, BGB AT, Rn. 124, 137 ff.

²²¹ *Altmeyen* in MünchKomm, § 303, Rn. 38 und kritisch a.a.O. Rn. 43 ff.

²²² So dem Grundsatz nach auch BGHZ 115, 187 [200].

²²³ Die Insolvenzordnung trat gem. § 335 InsO i.V.m. Art. 110 I EGIInsO am 1. Jan. 1999 in ihren wesentlichen Teilen in Kraft; bis dahin galt die Konkursordnung.

²²⁴ *Altmeyen* in MünchKomm, § 303, Rn. 38 m. Fn. 71.

²²⁵ *Altmeyen* in MünchKomm, § 303, Rn. 38 m. Fn. 72; s. auch die Nachweise bei BGHZ 115, 187 [200].

²²⁶ *Zeidler* in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 284 m. Fn. 688 f.

²²⁷ Nachweise bei BGHZ 107, 7 [16].

den die Gesellschaft überschuldet sei²²⁸. Die letzten beiden Ansichten entsprechen am ehesten Sinn und Zweck der §§ 13, 30 GmbHG.

f) Das Schema²²⁹ zu § 303 I AktG ist also wie folgt zu erweitern:xxx

- wie oben S. 18 f.
- formale Aufgabe der Geschäftsführung seitens der Konzernspitze
- keine allgemeine Verwirkung
- richtiger Anspruchsinhaber: Insolvenzverwalter vs. Gläubiger (str.)
- Haftungsumfang (str.)

2. Da der qualifiziert faktische Konzern gem. arg. §§ 308 I 1, 311 I AktG als Unrechtstatbestand gilt,²³⁰ wird das herrschende Unternehmen *neben der Verlustübernahmepflicht* vielfach²³¹ zum Ersatz aller sonstigen Schäden verpflichtet, die auf die Ausübung seiner Leitungsmacht zurückzuführen sind. Ob dies auch der BGH²³² meint, wenn er den Ausgleichsanspruch nicht auf die entstandenen Verluste beschränkt sieht, bleibt offen.

II. Schutz der beherrschten Gesellschaft

Auch werden aus dem Verbot der nachteiligen Leitungsübernahme im qualifiziert faktischen Konzern²³³ Ansprüche zum Schutz der beherrschten Gesellschaft bzw. ihrer Minderheitsgesellschafter abgeleitet.

1. Dies sind die beiden folgenden Ansätze.

a) So kommen zunächst Ansprüche auf Unterlassung²³⁴ und Rückgängigmachung²³⁵ der Konzernierung in Betracht.²³⁶

b) Teilweise²³⁷ wird jedoch auch lediglich ein Anspruch auf Abschluss eines Beherrschungsvertrages gefolgert und Globalausgleich abgelehnt.

2. Ganz überwiegend aber wird die *pauschale Verlustausgleichspflicht* des § 302 I AktG auf den qualifiziert faktischen Konzern übertragen. Der Anspruch auf Verlustausgleich analog § 302 I AktG wurde vom BGH ansatzweise schon im Autokran-, umfänglich dann im Tiefbau-Urteil erörtert. Rechtsfolge ist der leichter zu beweisende Pauschalausgleich der tatsächlich ausgewiesenen Jahresfehlbeträge.²³⁸

3. Ob § 302 I AktG aber überhaupt Anwendung findet, ist für die Einmann-GmbH umstritten.²³⁹ Dort wird dies teils deshalb abgelehnt, weil

²²⁸ BGHZ 107, 7, Ausdruck S. 10, vor Ziff. 3.

²²⁹ Erweiterung zu oben, Ziff. C. II. 4., S. 18.

²³⁰ Kleindiek, Strukturvielfalt, S. 285; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 28, Kap. II., S. 439 m. Fn. 10; § 31, Kap. IV., S. 475 m. Fn. 77; OLG Hamm, NJW 1987, 1030; Bayer in MünchKomm, § 18, Rn. 14.

²³¹ Kleindiek, Strukturvielfalt, S. 285 m. Fn. 66.

²³² BGHZ 107, 7 [18].

²³³ Dazu vorstehend Ziff. D. I. 2., Fn. 230.

²³⁴ Lutter/Hommelhoff, Anh. § 13, Rn. 38.

²³⁵ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 28, Kap. II. 2., S. 439.

²³⁶ Kleindiek, Strukturvielfalt, S. 286 oben.

²³⁷ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 28, Kap. II. 2., S. 439 m. Fn. 11.

²³⁸ Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 76.

²³⁹ Vgl. die Ausführungen bei Kuhlmann/Ahnis, Kap. D, Rn. 77 ff. Zu alternativen Lösungsmöglichkeiten

--- Fußnoten-Fortsetzung siehe nächste Seite ---

die Gesellschaft eines Bestandsschutzes gegenüber ihrem einzigen Gesellschafter nicht bedürfe.

III. Schutz der Gesellschafter des beherrschten Unternehmens

Der Schutz der Minderheitsgesellschafter folgt, insbesondere im Wege der *actio pro socio*,²⁴⁰ zunächst dem der Gesellschaft.²⁴¹ Daneben könnten Ansprüche analog §§ 304 ff. AktG in Betracht kommen, was die wohl h.M.²⁴² ablehnt, da in der GmbH ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund anerkannt sei²⁴³ und also anders als bei den §§ 302 f. AktG keine Regelungslücke vorliege. Bei Austritt aus wichtigem Grund könne also höchstens ein Abfindungsanspruch analog § 305 II Nr. 3 AktG²⁴⁴ bestehen, nicht aber auf Gewinngarantie analog § 304 AktG²⁴⁵.

IV. Schutz der Gesellschafter des herrschenden Unternehmens

Lange Zeit unbeachtet blieb, dass teils auch die Minderheit in der Obergesellschaft eines Schutzes bedarf.²⁴⁶ Fraglich ist danach, welche Möglichkeiten der Leitungskontrolle,²⁴⁷ welche Informationsrechte²⁴⁸ der Minderheitsgesellschafter und welche Konzernleitungspflichten²⁴⁹ der herrschenden Gesellschafter bestehen. Mit einer Haftung im qualifiziert faktischen Konzern haben diese Fragen aber nur noch wenig gemein.²⁵⁰

V. Schutz der Arbeitnehmer des beherrschten Unternehmens

Ebenso ist der Arbeitnehmerschutz²⁵¹ – wo er nicht schon aus dem Bestandsschutz des beherrschten Unternehmens folgt – zuförderst nach spezifisch arbeitsrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten.²⁵²

hinsichtlich des Bestandsschutzes *Altmeppen*, ZIP 2001, 1837 (1841 ff.); *ders.*, NJW 2002, 321 (322 f.).

²⁴⁰ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 88; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 31, Kap. IV. 3., S. 476.

²⁴¹ Zu Reflexen zwischen einem Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer Gläubiger und außenstehenden Gesellschafter bei der AG vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 28, Kap. II. 1., S. 438.

²⁴² Vgl. *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 128.

²⁴³ Vgl. *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 91.

²⁴⁴ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 91; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, Anh. zu § 13, Rn. 188; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 31, Kap. IV. 3., S. 476 f.; *Bayer* in MünchKomm, § 18, Rn. 14; *Lut-ter/Hommelhoff*, Anh. § 13, Rn. 38.

²⁴⁵ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D, Rn. 92; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, Anh. zu § 13, Rn. 190; a.A. *Kleindiek*, Strukturvielfalt, S. 286 und *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 31, Kap. IV. 3., S. 477.

²⁴⁶ *Zöllner* in Baumbach/Hueck, Schlussanh. I, Rn. 103; kritisch *Ebenroth*, AG 1988, 1 (3).

²⁴⁷ *Zöllner* in Baumbach/Hueck, Schlussanh. I, Rn. 107.

²⁴⁸ *Zöllner* in Baumbach/Hueck, Schlussanh. I, Rn. 105.

²⁴⁹ *Zöllner* in Baumbach/Hueck, Schlussanh. I, Rn. 106.

²⁵⁰ Vgl. schon BGHZ 83, 122 (**Holz Müller**).

²⁵¹ Im Zusammenhang mit der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern vgl. unten Anhang 2 sowie *Ziegenhain*, ZIP 1994, 1003 (passim).

²⁵² Vgl. aber *Zöllner* in Baumbach/Hueck, Schlussanh. I, Rn. 35a.

E. Weitere Besonderheiten beim GmbH- und Aktienkonzern

Abschließend ist auf noch nicht erörterte Besonderheiten beim GmbH- bzw. Aktienkonzern kurz einzugehen.²⁵³

I. Zum GmbH-Konzern

Zunächst sind die Ausführungen zur GmbH zu ergänzen.

1. Die Annahme der RSpr.,²⁵⁴ auch eine natürliche Person könne herrschendes Unternehmen sein, war nicht immer unstrittig.²⁵⁵ Als überholt gelten funktionaler und institutioneller Unternehmensbegriff, die zugunsten des teleologischen, sich an Sinn und Zweck der jeweiligen Norm oder Normengruppe orientierenden Begriffs aufgegeben wurden.²⁵⁶

Damit interessiert, ob der Unternehmensbegriff für den GmbH-Konzern womöglich eingeschränkt werden müsste. Eine Einschränkung wäre in zweierlei Hinsicht denkbar: mit Blick auf das herrschende Unternehmen wie auch hinsichtlich des beherrschten Unternehmens.²⁵⁷ Die unbillig erscheinende Konsequenz, dass der eine GmbH qualifiziert faktisch beherrschende Einzelkaufmann unbeschränkt haftet, ließe sich daher vermeiden, indem entweder der Einzelkaufmann aus der Menge der herrschenden oder aber die GmbH aus der Menge der abhängigen Unternehmen herausgenommen wird.

a) Für das herrschende Unternehmen ist nach heute h.M.²⁵⁸ die Rechtsform unerheblich. Etwa aus dem Klammerzusatz des § 309 I AktG lässt sich folgern, dass auch der Einzelkaufmann herrschendes Unternehmen, mithin Konzernspitze sein kann. Dies gilt nach h.M.²⁵⁹ sogar für Inhaber aller Gewerbebetriebe, für Freiberufler und eingeschränkt auch für die Zwischenholdig²⁶⁰. Darin ist der RSpr. zuzustimmen.

b) Auszunehmen aus der Haftung analog §§ 302 f. AktG wäre die GmbH hingegen wegen des engen Unternehmensbegriffs des 3. Buches AktG. Der systematische Vergleich der §§ 15 ff. mit § 291 I 1 AktG zeigt nämlich, dass dieser nur die AG und KGaA umfasst.²⁶¹

2. Bei der mehrgliedrigen GmbH schließlich zeigt sich, dass die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern wegen ausreichend wirksamer Inter-

²⁵³ Enger *Emmerich*, GmbHHR 1987, 213 (217); *ders.*, AG 1987, 1 (1 ff.); Assmann, JZ 1986, 928 (932 ff.).

²⁵⁴ So schon BGHZ 95, 330 [337]; ganz deutlich nochmals BGH ZIP 1994, 207 (ETC).

²⁵⁵ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 2, Kap. II., S 31 f.

²⁵⁶ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 2, Kap. II., S. 31; *Bayer* in MünchKomm, § 15, Rn. 10 m.w.N.

²⁵⁷ *Bayer* in MünchKomm, § 15, Rn. 12 ff, 47 ff.

²⁵⁸ Siehe schon oben Fn. 10, 45 sowie BGHZ 80, 69 [72]; *Bayer* in MünchKomm, § 15, Rn. 13 m. Fn. 27.

²⁵⁹ *Zeidler* in Michalski, Syst. Darst. 4, Rn. 23; *Bayer* in MünchKomm, § 15, Rn. 15; beide m.w.N.

²⁶⁰ Dazu *Bayer* in MünchKomm, § 15, Rn. 26 f.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 2, Kap. II. 3., S. 34.

²⁶¹ *Bayer* in MünchKomm, § 15, Rn. 47 m Fn. 146.

ventionsmöglichkeiten praktisch bedeutungslos war.²⁶² Dort haben die Minderheitsgesellschafter gegenüber Geschäftsführung und Mehrheitsgesellschafter die Rechte aus § 50 GmbHG.

II. Zum Aktienkonzern

Im Gegensatz zum GmbH-Konzern ist der qualifiziert faktische Aktienkonzern tatsächlich kaum verbreitet.²⁶³ Die AG ist durch die strengen Regeln über die Kapitalerhaltung sowie den obligatorischen Aufsichtsrat besser vor Insolvenz geschützt.²⁶⁴ Ansonsten sind die für die GmbH entwickelten Grundsätze auch auf den AG-Konzern übertragbar.²⁶⁵ Während allerdings bei der Einmann-GmbH wie oben ausgeführt darüber gestritten wurde, inwieweit sich der Alleingesellschafter gegenüber der GmbH überhaupt objektiv missbräuchlich verhalten kann, entfällt dieser Streit bei der Einmann-AG.²⁶⁶

F. Fazit und Ausblick

Geburt und Untergang der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern waren also die Besonderheiten bei der GmbHG. Wo das Aktienrecht nicht rechtsformneutral formuliert ist, kann es – wenn überhaupt – nur unter großen Schwierigkeiten auf die GmbH angewandt werden, weshalb teils schon früh erwartet wurde, der BGH würde seine RSpr. wieder aufgeben.²⁶⁷ Andererseits gilt es noch immer, den gezielten Missbrauch²⁶⁸ der beschränkten Haftung im Unternehmensverbund zu verhindern. Zeitigt der Ruf nach dem (GmbH-)Gesetzgeber keinen Erfolg, wird sich zeigen, ob der neue Ansatz der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs²⁶⁹ diesem alten Problem gerecht wird. Dabei darf wohl davon ausgegangen werden, dass die Rückbesinnung des BGH auf GmbH-Recht auch für die mehrgliedrige GmbH gilt.²⁷⁰

gez. Jochen Weller

²⁶² Vgl. m.w.N. *Altmeyen*, ZIP 2001, 1837 (1838, Ziff. II. a.E. m. Fn. 19).

²⁶³ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 28, Kap. I., S. 437.

²⁶⁴ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 28, Kap. I., S. 438.

²⁶⁵ *Kuhlmann/Ahnis*, Kap. D., Rn. 116 ff.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 28, Kap. II., S. 438 f.

²⁶⁶ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 28, Kap. II. 2., S. 439 f., Kap. III. 2., S. 441 f.

²⁶⁷ *Altmeyen*, ZIP 2001, 1837 (1838 m. Fn. 13); *ders.*, NJW 2002, 321 (321 m. Fn. 7).

²⁶⁸ *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 29, Rn. 23.

²⁶⁹ So jetzt wieder mit BGH ZIP 2002, 848; NJW 2002, 1578.

²⁷⁰ *Altmeyen*, ZIP 2002, 961 (961); BGH ZIP 2002, 848 [849 f.].

WICHTIGE RECHTSPRECHUNG IM ÜBERBLICK:

Stichwort / Inhalt	Gericht, Kammer/Senat	Aktenzeichen	Datum	Fundstelle
ITT (Gesellschafter-Treuepflicht)	BGH, 2. ZS	II ZR 23/74	05.06.1975	BGHZ 65, 15-21
Fertigbaus (Durchgriffshaftung)	BGH, 8. ZS	VIII ZR 298/75	04.05.1977	BGHZ 68, 312-323
Autokran	BGH, 2. ZS	II ZR 275/84	16.09.1985	BGHZ 95, 330-349
vorgehend	OLG Düsseldorf, 10. ZS	10 U 156/83	22.03.1984	nicht amtl. veröffentlicht
vorgehend	LG Duisburg, 3. ZK	3 O 323/82	03.08.1983	nicht amtl. veröffentlicht
Tiefbau	BGH, 2. ZS	II ZR 167/88	20.02.1989	BGHZ 107, 7-23
vorgehend	OLG Hamm, 8. ZS	8 U 146/87	21.03.1988	nicht amtl. veröffentlicht
vorgehend	LG Dortmund, 12. ZK	12 O 488/86	13.03.1987	nicht amtl. veröffentlicht
Video	BGH, 2. ZS	II ZR 135/90	23.09.1991	BGHZ 115, 187-203
vorgehend	OLG Köln, 24. ZS	24 U 141/89	02.05.1990	ZIP 1990, 1075-1078
vorgehend	LG Köln, 3. KH	83 O 41/89	06.06.1989	ZIP 1989, 1565-1573
nachgehend	BVerfG, 2. S, 1. K	2 BvR 1610/91	20.08.1993	ZIP 1993, 1306-1307
TBB	BGH, 2. ZS	II ZR 265/91	29.03.1993	BGHZ 122, 123-136
vorgehend	OLG Oldenburg, 13. ZS	13 U 76/91	07.10.1991	ZIP 1992, 1631-1632
vorgehend	LG Oldenburg, 15. ZK	15 O 478/88	14.03.1991	ZIP 1992, 1632-1637
ETC (Haftung des Einzelkaufmanns)	BGH, 2. ZS	II ZR 89/93	13.12.1993	ZIP 1994, 207-209
Bremer Vulkan (RSpr.-Änderung)	BGH, 2. ZS	II ZR 178/99	17.09.2001	BGHZ 149, 10-28
vorgehend (*)	OLG Bremen, 3. ZS	3 U 2/98	18.05.1999	ZIP 1999, 1671-1680
vorgehend	LG Bremen, 4. ZK	4 O 1073/96	19.11.1997	ZIP 1998, 561-568
(*) Die Entscheidung des OLG wird in NZG 1999, 724 ff. und AG 1999, 466 ff. versehentlich als Urteil vom 18.05.1998 ausgewiesen.				
Haftung wegen. Existenzvernichtung	BGH, 2. ZS	II ZR 196/00	25.02.2002	ZIP 2002, 848-851
KBV (dito; Ausblick)	BGH, 2. ZS	II ZR 300/00	24.06.2002	ZIP 2002, 1578-1580
S = Senat K = Kammer ZS = Zivilsenat ZK = Zivilkammer KH = Kammer für Handelssachen				

RECHTSPRECHUNG DER ARBEITSGERICHTE:

Stichwort / Inhalt	Gericht, Kammer/Senat	Aktenzeichen	Datum	Fundstelle
zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichte	ArbG Berlin, 24. Kammer	24 Ca 31841/94	13.04.1995	NZA-RR 1996, 109-110
Anschluss an Autokran (Sozialplan)	LAG Frankfurt, 15. Kammer	15/5 Sa 53/87	11.03.1988	DB 1988, 2568-2569
Anschluss an Autokran (Sozialplan)	LAG Frankfurt, 15. Kammer	15/5 Sa 56/87	11.03.1988	NZA 1989, 107-108
zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichte	LAG Berlin, 6. Kammer	6 Ta 3/96	27.03.1996	NZA-RR 1997, 24-25
Verschuldenshaftung im qual. fakt. K.	LAG Hamm, 4. Kammer	4 Sa 1206/96	12.12.1996	Bibliothek des BAG
Haftung des Komplementärs	LAG Hamm, 6. Kammer	6 Sa 474/96	28.01.1997	Bibliothek des BAG
wohl Anschluss an TBB (Arbeitsentgelt)	LAG Köln, 12. Kammer	12 Sa 1341/97	06.03.1998	Bibliothek des BAG
konkursrechtlicher Anspruchsrang	LAG Hamm, 2. Kammer	2 Sa 1340/00	14.03.2001	ZInsO 2001, 872-872
Betriebsrentenanpassung im Konzern	LAG Bremen, 1. Kammer	1 Sa 59/01	27.11.2001	Bibliothek des BAG
Betriebsrentenanpassung im Konzern	BAG, 3. Senat	3 AZR 191/87	14.02.1989	BAGE 61, 94-101
Betriebsänderung (§§ 111 ff. BetrVG)	BAG, 1. Senat	1 AZR 94/90	15.01.1991	ZIP 1991, 884-889
Betriebsrentenanpassung im Konzern	BAG, 3. Senat	3 AZR 244/91	28.04.1992	BAGE 70, 158-165
Versorgungsansprüche im Konzern	BAG, 3. Senat	3 AZR 242/91	06.10.1992	ZIP 1993, 380-384
Betriebsrentenanpassung im Konzern	BAG, 3. Senat	3 AZR 519/93	14.13.1993	ZIP 1994, 729-732
Sozialplanansprüche / Einzelkaufmann	BAG, 9. Senat	9 AZR 197/92	08.03.1994	BAGE 76, 79-90
Betriebsrentenanpassung im Konzern	BAG, 3. Senat	3 AZR 910/93	04.10.1994	BAGE 78, 87-107
Komplementär: Auskunft u. Rechn.leg.	BAG, 9. Senat	9 AZR 378/94	01.08.1995	ZIP 1996, 333-336
Konzernbetriebsrat im qual. fakt. K.	BAG, 7. Senat	7 AZR 9/95	22.11.1995	ZIP 1996, 969-972
Beilehung einer Direktversicherung	BAG, 3. Senat	3 AZBR 924/94	23.10.1996	nicht amtl. veröffentlicht
Anschluss an TBB (Arbeitsentgelt)	BAG, 8. Senat	8 AZR 189/97	03.09.1998	BAGE 89, 349-361
Rechtsprechungsänderung	BAG, 10. Senat	10 AZR 420/01	31.06.2002	ZIP 2002, 2137-2140
Vgl. zur Rechtsprechung des BAG des Weiteren: Hans-Jörg Ziegenhain, ZIP 1994, S. 1003-1007				