

**Ist die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs  
auch auf andere  
juristische Personen als die GmbH  
anwendbar?**

- Eine Analyse -

Inaugural-Dissertation  
zur  
Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität zu Köln

vorgelegt von  
Francesco Calise

aus: Köln

Referent: Professor Dr. Barbara Grunewald

Korreferent: Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb

Tag der mündlichen Prüfung: 14.12.2006

–Meiner Mutter und Liesel Potthoff–



|  |          |
|--|----------|
| <b>I. EINLEITUNG.....</b>  | <b>1</b> |
| <b>A) Problemendarstellung .....</b>   | <b>1</b> |
| <b>B) Gang der Untersuchung.....</b>   | <b>2</b> |
| <br>   |          |
| <b>II. HISTORISCHE ENTWICKLUNG UND “DOGMATISCHE“ GRUNDLAGE DER EXISTENZVERNICHTUNGSHAFTUNG .....</b> | <b>4</b> |
| <b>A) Die Rechtsprechung.....</b>  | <b>4</b> |
| 1)    Rechtslage vor „Bremer Vulkan“ = BGHZ 149, S. 10 .....   | 4        |
| a) Die „ITT-Entscheidung“ = BGHZ 65, S. 15 .....   | 4        |
| b) Der qualifiziert faktische Konzern .....  | 5        |
| aa) „Autokran“ = BGHZ 95, S. 330 .....   | 5        |
| bb) „Tiefbau“ = BGHZ 107, S. 7 .....   | 6        |
| cc) „Video“ = BGHZ 115, S. 187 .....   | 7        |
| dd) Das „TBB“-Urteil = BGHZ 122, S. 123 .....  | 8        |
| c) Beurteilung der Judikatur .....   | 9        |
| 2)    Die neue Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs.....                                  | 11       |
| a) „Bremer Vulkan“ = BGHZ 149, S. 10 .....   | 11       |
| aa) Wichtigste Neuerungen .....  | 11       |
| bb) Voraussetzungen .....  | 12       |
| b) „L-Kosmetik“ = BGHZ 150, S. 61 .....  | 12       |
| aa) Wichtigste Neuerungen .....  | 12       |
| bb) Voraussetzungen .....  | 13       |
| c) „KBV“ = BGHZ 151, S. 181 .....  | 14       |
| aa) Wichtigste Neuerungen .....  | 14       |
| bb) Voraussetzungen .....  | 15       |
| d) „FZ“ = II ZR 206/02 .....   | 18       |
| aa) Wichtigste Neuerungen .....  | 18       |
| bb) Voraussetzungen .....  | 19       |
| e) „T-BV“ = II ZR 256/02.....  | 19       |
| aa) Wichtigste Neuerungen .....  | 20       |
| bb) Voraussetzungen .....  | 20       |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>B) Die Ansichten in der Literatur .....</b>                       | <b>20</b> |
| 1) Lehre von der Treuepflichtverletzung.....                         | 20        |
| 2) Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung.....                | 22        |
| und/oder Unterkapitalisierung.....                                   | 22        |
| 3) Organhaftung.....   | 23        |
| 4) Vermögensvermischung und gröblicher Sorgfaltspflichtverstoß.....  | 25        |
| a) Vermögensvermischung.....   | 25        |
| b) Gröbliche Sorgfaltspflichtverletzung.....                         | 25        |
| 5) Haftung nach Deliktsrecht.....                                    | 27        |
| <br>   |           |
| <b>C) Bewertung der verschiedenen Ansichten .....</b>                | <b>28</b> |
| 1) Das Durchgriffsmodell des BGH .....                               | 28        |
| a) Begründbarkeit der Haftung.....                                   | 28        |
| aa) Mißbrauch- oder Normzwecktheorie .....                           | 29        |
| bb) Verstoß gegen den Zweck des § 13 II GmbHG.....                   | 30        |
| aaa) Vermögensbindung im GmbHG.....                                  | 30        |
| aaaa) Kapitalerhaltungs- und Ersatzvorschriften .....                | 30        |
| bbbb) Liquidationsvorschriften .....                                 | 31        |
| cccc) Zwischenergebnis .....   | 32        |
| bbb) Vermögensbindung als Sinn und Zweck des Haftungsprivilegs ..... | 32        |
| ccc) Verstoß.....  | 33        |
| cc) Haftungserstreckung auf die Gesellschafter.....                  | 33        |
| dd) Zwischenergebnis .....   | 34        |
| b) Kritik von Altmeppen und Wilhelm .....                            | 34        |
| c) Ergebnis.....   | 35        |
| 2) Organhaftung.....   | 35        |
| 3) Vermögensvermischung und gröblicher Sorgfaltspflichtverstoß.....  | 36        |
| a) Vermögensvermischung.....   | 36        |
| b) Gröblicher Sorgfaltspflichtverstoß.....                           | 37        |
| 4) Haftung nach Deliktsrecht.....                                    | 37        |
| 5) Lehre von der Treuepflichtverletzung.....                         | 38        |
| 6) Stellungnahme .....   | 39        |
| 7) Ergebnis.....   | 41        |

**D) Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge einer Haftung wegen**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>existenzvernichtenden Eingriffs</b> .....  | <b>41</b> |
| 1) „Täter“ .....  | 41        |
| a) Gesellschafter .....   | 41        |
| aa) Gesellschafter-Gesellschafter .....   | 42        |
| bb) Teilnahme .....   | 42        |
| aaa) Teilnahmehandlung .....  | 42        |
| bbb) Kausalität der Teilnahmehandlung .....   | 43        |
| b) Ergebnis .....   | 44        |
| 2) Eingriff .....   | 44        |
| a) Entzug von Gesellschaftsvermögen ohne Kompensation .....   | 44        |
| b) Bilanzneutrale Maßnahmen .....   | 46        |
| aa) Vergabe von Darlehen an Gesellschafter durch die Gesellschaft .....   | 46        |
| aaa) Verstoß gegen §§ 30 ff. GmbHG und § 73 GmbHG .....   | 46        |
| bbb) Ergebnis .....   | 47        |
| bb) Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft zu Gunsten<br>der Gesellschafter .....                   | 48        |
| c) Sonderfälle .....  | 48        |
| aa) Risikogeschäfte .....   | 48        |
| bb) Eingriff in Geschäftschancen .....  | 50        |
| cc) Übertragung des Kundenstamms .....  | 51        |
| dd) Verwertung von zuvor sicherungshalber übereigneter Waren und<br>Verzicht auf Anspruch nach § 89 b HGB ..... | 51        |
| ee) Übertragung von verlustbringenden Geschäften .....  | 52        |
| ff) Aschenputtel-Gesellschaft .....   | 52        |
| d) Abgrenzung des existenzvernichtenden Eingriffs von der schlechten<br>Einflußnahme .....                      | 53        |
| e) Unterlassen .....  | 53        |
| f) Ergebnis .....   | 53        |
| 3) Eingriffsfolge .....   | 54        |
| a) Insolvenz oder Insolvenzgefahr .....   | 54        |
| b) Insolvenzvertiefung .....  | 55        |
| c) Ergebnis .....   | 56        |
| 4) Kausalität .....   | 56        |

|             |  |           |
|-------------|--|-----------|
| 5)          | Subsidiaritätsgrundsatz.....   | 57        |
| a)          | Kapitalerhaltungsrecht .....   | 57        |
| b)          | Ausgleich des Nachteils .....  | 58        |
| c)          | Geschäftsführerhaftung nach § 43 GmbHG.....  | 58        |
| d)          | Delikt.....  | 59        |
| e)          | Ergebnis.....  | 59        |
| 6)          | Subjektiver Tatbestand .....   | 60        |
| 7)          | Rechtsfolge.....   | 60        |
| a)          | Umfang der Haftung .....   | 60        |
| aa)         | Umfang der Haftung aufgrund der Dogmatik der Existenzvernichtungshaftung ..                | 61        |
| bb)         | Einschränkung des Haftungsumfangs aufgrund der Systematik des GmbHG .....                  | 61        |
| cc)         | Einschränkung des Haftungsumfangs wegen des Telos der<br>Existenzvernichtungshaftung ..... | 62        |
| dd)         | Einschränkungsmöglichkeit des Haftungsumfangs .....  | 62        |
| ee)         | Ergebnis.....  | 63        |
| b)          | Vorrangige Geltendmachung des Anspruchs gegen die Gesellschaft .....                       | 63        |
| c)          | Differenzierung nach Gläubigergruppen.....   | 63        |
| d)          | Ergebnis .....   | 65        |
| <b>E)</b>   | <b>Fallgruppen des existenzvernichtenden Eingriffs .....</b>                               | <b>65</b> |
| 1)          | Entzug von Gesellschaftsvermögen.....  | 65        |
| 2)          | Risikogeschäfte .....  | 65        |
| 3)          | Cash-Management .....  | 66        |
| 4)          | GmbH-Stafette .....  | 66        |
| 5)          | Aschenputtel-Gesellschaft .....  | 66        |
| <b>III.</b> | <b>ÜBERTRAGUNG AUF ANDERE GESELLSCHAFTEN .....</b>   | <b>67</b> |
| <b>A)</b>   | <b>Die Aktiengesellschaft.....</b>   | <b>67</b> |
| a)          | Die unabhängige Aktiengesellschaft.....  | 67        |
| aa)         | Zulässigkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung .....                         | 67        |
| aaa)        | Einwirkungsmöglichkeiten der Aktionäre auf die AG .....                                    | 68        |
|             | „Holzmüller“ = BGHZ 83, S. 122.....  | 68        |
|             | „Gelatine“ = BGHZ 159, S. 30 .....   | 68        |
| bbb)        | Gesetzliche Konzeption des Vermögensschutzes .....   | 70        |



|  |    |
|--|----|
| (1) Kapitalerhaltung, insb. Vermögensbindung nach § 57 AktG.....                             | 71 |
| (2) Gesetzliche Rücklage .....   | 73 |
| (3) Organpflichten in der insolventen AG.....  | 74 |
| (4) Vorstands- und Aufsichtsratshaftung nach § 93 II AktG .....                              | 74 |
| (5) Schadensersatzpflicht des § 117 AktG bei vorsätzlicher<br>schädlicher Einflußnahme ..... | 75 |
| (6) Anfechtungsregeln.....   | 75 |
| (7) Haftung nach Deliktsrecht .....  | 75 |
| ccc) Schwächen der gesetzlichen Konzeption des Vermögensschutzes .....                       | 76 |
| (1) Kapitalerhaltung .....   | 76 |
| (2) Insolvenzantragspflicht nach § 92 II AktG.....   | 77 |
| (α) Insolvenzantragsgrund: Zahlungsunfähigkeit .....   | 77 |
| (β) Insolvenzantragsgrund: Überschuldung .....   | 78 |
| (δ) Bewertung.....   | 79 |
| (ε) Ergebnis .....   | 79 |
| (3) Vorstands- und Aufsichtsratshaftung .....  | 79 |
| (4) Schadensersatzpflicht nach § 117 AktG.....   | 80 |
| (5) Anfechtungsregeln.....   | 80 |
| (6) Deliktsrecht.....  | 81 |
| (α) § 823 II BGB.....  | 81 |
| (αα) Bewertung des sich aus §§ 823 II BGB iVm 266<br>StGB ergebenden Schutzes .....          | 83 |
| (ββ) Ausschluß der Regelungslücke .....  | 83 |
| (β) § 826 BGB.....   | 84 |
| (7) Umfassender Vermögensschutz durch die dargestellten Normen .....                         | 85 |
| ddd) Ergebnis .....  | 85 |
| bb) Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung .....                        | 86 |
| aaa) Vergleich zur materiellen und formellen/nominellen Unterkapitalisierung....             | 86 |
| bbb) Vergleich zur Vermögensvermischung.....   | 87 |
| ccc) Übertragbarkeit wegen der Rechtsnatur der Existenzvernichtungshaftung.....              | 87 |
| (1) Vereinbarkeit mit den AG-Vorschriften.....   | 88 |
| (2) Planwidrigkeit der Regelungslücke .....  | 89 |
| (α) Ziel des Haftungsprivilegs in der AG und dennoch gewährter<br>Gläubigerschutz.....       | 89 |

|   |           |
|---|-----------|
| (β) Intention des Gesetzgebers bzgl. der aktienrechtlichen Vorschriften ..... | 90        |
| (δ) Bewertung .....   | 91        |
| ddd) Ergebnis .....   | 92        |
| cc) Ausschluß der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung                 |           |
| wegen Besonderheiten der Gesellschaftsform .....                              | 92        |
| aaa) Unterlaufen des Haftungsprivilegs des § 1 I 2 AktG.....                  | 92        |
| bbb) Einschränkung wegen Eigenschaften der Publikumsgesellschaft .....        | 93        |
| ccc) Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs.....                     | 94        |
| ddd) Allgemeine Bewertung .....   | 95        |
| eee) Einwand der/des Durchgriffsschuldner(s).....                             | 96        |
| dd) Ergebnis für die unabhängige AG.....                                      | 96        |
| <b>b) Die einfach faktisch konzernierte AG iSd §§ 311 ff. AktG .....</b>      | <b>98</b> |
| aa) Zulässigkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung .....        | 98        |
| aaa) Einwirkungsmöglichkeiten .....   | 98        |
| bbb) Gesetzliche Konzeption des Vermögensschutzes .....                       | 99        |
| (1) Nachteilszufügungsverbot nach § 311 I AktG .....                          | 100       |
| (2) Nachteilsausgleichsanspruch nach § 311 II AktG.....                       | 103       |
| (3) Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG.....                               | 103       |
| ccc) Schwächen der gesetzlichen Konzeption des Vermögensschutzes .....        | 104       |
| (1) Nachteilszufügungsverbot nach § 311 I AktG .....                          | 105       |
| (2) Nachteilsausgleichsanspruch nach § 311 II AktG.....                       | 105       |
| (3) Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG.....                               | 105       |
| ddd) Ergebnis .....   | 107       |
| bb) Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung.....          | 107       |
| Planwidrigkeit der Regelungslücke.....  | 108       |
| (1) Abschließende Regelung durch die §§ 311 ff. AktG.....                     | 108       |
| (2) Ergebnis .....  | 109       |
| cc) Ausschluß der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung                 |           |
| wegen Besonderheiten der Gesellschaftsform .....                              | 109       |
| dd) Ergebnis für die einfach faktisch konzernierte AG.....                    | 110       |
| c) Endergebnis für die AG .....   | 110       |

|   |                |
|---|----------------|
| <b>B) Der rechtsfähige Verein .....</b>   | <b>111</b>     |
| aa) Definition des rechtsfähigen Vereins .....  | 111            |
| bb) Zulässigkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung .....  | 111            |
| aaa) Einwirkungsmöglichkeiten .....   | 111            |
| bbb) Gesetzliche Konzeption des Vermögensschutzes .....   | 112            |
| (1) Insolvenzantragspflicht nach § 42 II BGB .....  | 113            |
| (2) Die Haftung der Liquidatoren nach § 53 BGB .....  | 113            |
| (3) Zivilrechtliche Haftungstatbestände .....   | 114            |
| ccc) Schwächen der gesetzlichen Konzeption des<br>Vermögensschutzes .....   | 114            |
| ddd) Ergebnis .....   | 115            |
| cc) Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung .....   | 115            |
| aaa) „Kleingarten“ = BGHZ 54, S. 222 .....  | 115            |
| bbb) Planwidrigkeit der Regelungslücke .....  | 116            |
| ccc) Ergebnis .....   | 117            |
| dd) Ausschluß der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung<br>wegen Besonderheiten der Gesellschaftsform ..... | 117            |
| aaa) Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs .....  | 117            |
| bbb) Allgemeine Bewertung .....   | 118            |
| (1) Abgrenzung wirtschaftlicher/nichtwirtschaftlicher Verein .....  | 120            |
| (α) Die Vereinstypen .....  | 121            |
| (β) Der Verein als Gesellschafter .....   | 122            |
| „ADAC“ = BGHZ 85, S. 84 .....   | 122            |
| (δ) Ergebnis .....  | 125            |
| (2) Zwischenergebnis .....  | 126            |
| (3) Sonderfälle .....   | 126            |
| ee) Ergebnis für den rechtsfähigen Verein .....   | 128            |
| <br><b>IV. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE .....</b>   | <br><b>130</b> |

## I. Einleitung

### A) Problemdarstellung

Das Problem des Mißbrauchs von Gesellschaften durch ihre Gesellschafter ist nahezu so alt wie das Gesellschaftsrecht selbst. Häufigstes Opfer war und ist die GmbH. Denn nicht nur sind die Einwirkungsmöglichkeiten der Gesellschafter von erheblichem Gewicht, sondern das GmbHG kennt auch keine umfassenden Schutzvorschriften betreffend die nachteiligen Einwirkungen der Gesellschafter auf die GmbH zum einseitigen eigenen Vorteil.<sup>1</sup>

Der Grund für die Gesetzeslücke liegt darin, daß der Gesetzgeber, der ohnehin auf eine knapp gehaltene Kodifikation bedacht war, von einem Gleichlauf von Gesellschafts- und Gesellschafterinteresse ausging – oder einfach ausgedrückt: „Was gut ist für die Gesellschaft, ist auch gut für die Gesellschafter.“<sup>2</sup> Hinsichtlich etwaiger atypischer Verhaltensweisen vertraute der Gesetzgeber auf eine Lösung durch die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung. Die Realität zeigte jedoch rasch, daß der angenommene Gleichlauf nicht der Wirklichkeit entsprach.

So kam es, daß bereits das Reichsgericht im Jahr 1920 eine Formel aufstellen mußte, wonach bei Mißbrauch der juristischen Person auf die Gesellschafter durchzugreifen sei. Diese „Urformel“ besagt:

„Der Richter hat ... vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeiten des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen...“<sup>3</sup>

Diese Urformel ist mittlerweile längst überholt. In den beinahe 100 Jahren seit ihrer Begründung sind viele Rechtsfiguren als Reaktion auf mißbräuchliche Einwirkungen auf die GmbH entwickelt worden. Es wurden auch unterschiedliche an die Art des mißbräuchlichen Verhaltens anknüpfende Durchgriffstatbestände entwickelt, so daß die Frage nach einer möglichen Durchgriffshaftung immer facettenreicher wurde. Die vorerst letzte Entwicklungsstufe nahm der BGH mit der Begründung der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs,<sup>4</sup> der die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns im Rahmen der GmbH ablöste.

Der oder die Gesellschafter müssen hiernach die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens achten, ansonsten gehen sie des Haftungsprivilegs des § 13 II GmbHG verlustig und haften den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar persönlich analog §§ 105, 128 HGB.<sup>5</sup> Es geht im Kern um eine verschuldensunabhängige persönliche Haftung der Gesellschafter, die darauf basiert, daß die Gesellschafter die Gesellschaft nicht entgegen einer im Gesetz vorgesehenen Weise beenden dürfen – sog. kalte Liquidation –, um sich hierdurch zum Nachteil der Gläubiger zu bereichern.<sup>6</sup> Anders als der qualifiziert faktische Konzern setzt die Existenzvernichtungshaftung kein Konzernverhältnis mehr voraus, es handelt sich somit um eine einheitliche Haftungsfigur für unabhängige und konzernierte Gesellschaften.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Die §§ 30 ff. GmbHG reichen für einen Gläubigerschutz nicht aus, denn sie schützen nur den Erhalt des Stammkapitals, aber nicht das übrige Vermögen, noch führen sie zum Ersatz von durch eine Insolvenz der Gesellschaft verursachten Folgeschäden, vgl. Wahl, S. 36.

<sup>2</sup> Röhrich, FS-BGH, S. 83 (102).

<sup>3</sup> RGZ 99, S. 232 (234).

<sup>4</sup> Erstmals angewandt in BGHZ 149, S. 10.

<sup>5</sup> BGHZ 151, S. 181.

<sup>6</sup> BGHZ 151, S. 181 (186); Bitter, WM 01, S. 2133 (2139 f.); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (100); im Ergebnis zustimmend, wenn auch mit abweichender Begründung, Grunewald, FS-Raiser, S. 97 (105); Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht, S. 202 ff.; Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3578); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2022); Altmeyden, NJW 02, S. 321 (323).

<sup>7</sup> Wahl, S. 1.

Auch wenn einige Stimmen in der Literatur die Existenzvernichtungshaftung als einen Rückfall der Durchgriffslehre auf Stand Mitte des 19. Jahrhunderts betiteln,<sup>8</sup> oder gar als „Floskeln, die nicht weiterhelfen“,<sup>9</sup> sieht diese Arbeit in Einklang mit der mittlerweile wohl herrschenden Ansicht im Schrifttum dies anders. Der Rechtsprechung ist es gelungen, eine Rechtsfigur zu schaffen, deren Tatbestandsmerkmale bestimmbar sind und die auch praktisch angewandt zu billigen Ergebnissen kommt.<sup>10</sup>

Aufgrund dessen wurde das Schutzniveau in der GmbH, welche die juristische Person ist, die am häufigsten Opfer eines Mißbrauchs durch ihre Gesellschafter wird, durch die Begründung der Existenzvernichtungshaftung erhöht.

Das Problem des Mißbrauchs von Gesellschaften ist aber nicht ein allein auf die GmbH bezogenes. Vielmehr ist der Mißbrauch der Gesellschaft ein Problem, das in Verbindung mit Haftungsbeschränkungen auftritt. Daher besteht es nicht nur bei den juristischen Personen der Aktiengesellschaft und des Vereins, sondern auch bei der Kommanditgesellschaft. Letztere soll im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden. Zu untersuchen ist aber die Rechtslage in Bezug auf Aktiengesellschaft und Verein. Auch diese Gesellschaftsformen können wegen des dort gegebenen Haftungsprivilegs durch die Gesellschafter zum Nachteil der Gläubiger mißbraucht werden. Insbesondere die Aktiengesellschaft ist mit der GmbH vergleichbar, da sie auch Kapitalgesellschaft ist, mithin wurzeln in ihr ähnliche Gläubigergefahren wie in der GmbH.

Aufgrund dessen gibt es bereits Stimmen, die eine Übertragung der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs auf die AG begrüßen.<sup>11</sup> Ob eine solche Übertragung möglich ist, hängt entscheidend davon ab, ob auch im AktG eine planwidrige Regelungslücke hinsichtlich existenzvernichtender Verhaltensweisen gegeben ist. Denn die Rechtsfigur der existenzvernichtenden Eingriffs ist als „Rechtsfindung praeter legem“ nur anwendbar, wenn eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz besteht.<sup>12</sup> Selbst wenn eine solche Regelungslücke vorhanden sein sollte, kann die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung aber wegen Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaftsform ausgeschlossen sein.

## B) Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel, die Frage der Übertragbarkeit der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs auf andere Gesellschaftsformen – die unabhängige sowie faktisch konzernierte Aktiengesellschaft und den eingetragenen Verein – zu untersuchen. Hierzu ist es zunächst erforderlich, Entwicklung, Grundlagen nach Rechtsprechung und Literatur sowie Tatbestand, Rechtsfolgen und Fallgruppen des existenzvernichtenden Eingriffs herauszuarbeiten. Denn ohne eine eindeutige Definition der Rechtsfigur können auch keine Anknüpfungspunkte für eine Übertragbarkeit gefunden werden.

Anschließend wird dann der Frage der Übertragbarkeit nachgegangen, wobei der Schwerpunkt auf der AG liegt. Dabei wird stets zunächst zu fragen sein, ob eine Übertragbarkeit überhaupt zulässig ist, d.h., ob auch das AktG hinsichtlich existenzvernichtender Eingriffe eine Regelungslücke enthält. Hieran wird sich die Untersuchung der Möglichkeit der Übertragung anschließen. Es wird untersucht, ob die etwaige Regelungslücke auch planwidrig ist. Schließlich wird diskutiert werden, ob eine etwaige Möglichkeit der Übertragung der Exi-

<sup>8</sup> Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1842).

<sup>9</sup> Wilhelm, NJW 03, S. 175 (178).

<sup>10</sup> S.u. II C 1; Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3578); Bitter, WM 01, S. 2133 (2337 ff.); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2022); Wahl, S. 82; Baumbach/Hueck/II-Hueck/Fastrich, § 13 Rdn 17.

<sup>11</sup> Henze, AG 04, S. 405 (415).

<sup>12</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 385 ff.; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 16 ff..

stanzvernichtungshaftung wegen Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaftsform ausgeschlossen ist.

Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefaßt.

## II. Historische Entwicklung und „dogmatische“ Grundlage der Existenzvernichtungshaftung

### A) Die Rechtsprechung

#### 1) Rechtslage vor „Bremer Vulkan“ = BGHZ 149, S. 10

##### a) Die „ITT-Entscheidung“ = BGHZ 65, S. 15

Die Entwicklung der Rechtsprechung hin zum existenzvernichtenden Eingriff „begann“ mit der „ITT“-Entscheidung.<sup>13</sup> Der BGH entschied, daß in einer GmbH die Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht durch einen Gesellschafter zur Schadenersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft, gegebenenfalls auch gegenüber dem/den Mitgesellschafter(n) bei zusätzlichem individuellen Schaden führt.<sup>14</sup>

Der BGH begründete diese Haftung damit, daß die gesellschaftliche Treuepflicht nicht nur im Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern gilt, sondern darüber hinaus auch zwischen den GmbH-Gesellschaftern.<sup>15</sup> Zur Begründung wird ausgeführt:

*„Das hat seinen Grund darin, daß bei der GmbH unbeschadet ihrer körperschaftlichen Verfassung die nähere Ausgestaltung ihrer Organisation und ihre wirtschaftliche Betätigung oft in erheblichem Maß dem unmittelbaren Einfluß ihrer Gesellschafter unterliegen und die inneren Verhältnisse der GmbH daher auf eine deutliche Nähe zu den Personengesellschaften angelegt sein können. Zudem verlangt auch hier insbesondere die für eine Gesellschaftermehrheit bestehende Möglichkeit, durch Einflußnahme auf die Geschäftsführung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen.“<sup>16</sup>*

Falls aus der Verletzung der Treuepflicht ein Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen den GmbH-Gesellschafter resultiert und die GmbH ihren Anspruch nicht geltend macht, so kann der Anspruch der Gesellschaft von dem/den Gesellschafter(n) im Wege der actio pro socio geltend gemacht werden.<sup>17</sup> Darüber hinaus soll der Schadenersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft analog §§ 317 IV, 309 IV S. 3 AktG geltend gemacht werden können.<sup>18</sup>

Insgesamt läßt sich festhalten, daß wenn in der GmbH zwei Gesellschafter vorhanden sind, der sich aus der Treuepflicht ergebende Schutz reflexartig auch die Gesellschaftsgläubiger schützt.<sup>19</sup> Beim Fehlen von mehreren Gesellschaftern oder bei einvernehmlichem Handeln aller Gesellschafter vermag die Treuepflicht aber keinen effektiven Gläubigerschutz zu gewähren.<sup>20</sup> In einem solchen Fall sind die Gläubiger auf den Schutz aus den Kapitalerhaltungsvorschriften nach §§ 30, 31 GmbHG verwiesen.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> BGHZ 65, S. 15.

<sup>14</sup> BGHZ 65, S. 15 (19); so auch die h.M. Hachenburg-Raiser, § 14 Rdn. 61; Lutter/Hommelhoff-Lutter Hommelhoff, § 14 Rdn. 18, 28 ff.; Scholz-Emmerich, § 13 Rdn. 36 ff.; Michalski-Michalski, § 13 Rdn. 25 f.; Schmidt, GesR, S. 590; Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 30-1; Baumbach/Hueck/I-Hueck/Fastrich, § 13 Rdn. 31.

<sup>15</sup> BGHZ 65, S. 15 (18).

<sup>16</sup> BGHZ 65, S. 15 (18-19).

<sup>17</sup> Grunewald, Gesellschafterklage, S. 72 ff.; Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 24.

<sup>18</sup> Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 32; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 77 Rdn. 91; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, Anh. § 52 Rdn. 79; BGHZ 95, S. 330 (340) „spricht viel dafür“.

<sup>19</sup> Wahl, S. 47; Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 33; Henze, NZG 03, S. 649 (654).

<sup>20</sup> BGHZ 122, S. 333 (336); Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 33; Baumbach/Hueck/I-Zöllner, GmbH-KonzernR Rdn. 81 ff.; Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, Anh. § 13 Rdn. 17; Henze, NZG 03, S. 649 (656).

<sup>21</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, Anh. § 52 Rdn. 78; Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 33.

## b) Der qualifiziert faktische Konzern

Ausgangspunkt für die Begründung dieses Haftungsmodells war, daß nicht nur die AG sondern auch die GmbH eines Konzernrechts bedurfte. Der Grund hierfür ist folgender:

Verfolgt ein die GmbH beherrschender Gesellschafter oder ein Gesellschafter mit starkem Einfluß neben dem Eigeninteresse der Gesellschaft auch anderweitige unternehmerische Interessen, besteht die Gefahr, daß diese anderweitigen Interessen diejenigen der Gesellschaft überlagern und damit der Gleichlauf von Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen gestört wird.<sup>22</sup> Diese sog. „Konzerngefahr“ besteht bei der GmbH im Vergleich zur AG in besonders starkem Maße. Der Grund hierfür liegt in der Organisationsstruktur der GmbH. Die GmbH verfügt über eine flexible, durch die Satzung weitgehend frei gestaltbare Organisationsverfassung. Eine dem § 23 V AktG vergleichbare Vorschrift der Satzungsstrenge, wonach die Satzung nur dann von den gesetzlichen Vorschriften des AktG abweichen kann, wenn es ausdrücklich zugelassen wird, gibt es nicht. Zudem sind die Geschäftsführer weisungsgebunden, § 37 GmbHG.<sup>23</sup> Folglich können ein oder mehrere Gesellschafter ohne weiteres über die Mitgliederversammlung per Beschluß die Geschäftspolitik bestimmen, meist wird sogar hierauf verzichtet und unmittelbar eine Weisung erteilt.<sup>24</sup> Insgesamt ist die GmbH nahezu „prädestiniert“ für die Einbindung in einen Unternehmensverbund.

Diese Einflußnahmemöglichkeit kann nicht nur zum Nachteil der abhängigen GmbH, sondern auch zum Schaden ihrer Gläubiger führen. Denn lassen sich wegen der Dichte der Einflußmaßnahmen einzelne Eingriffe nicht mehr isolieren, führt dies zur Wirkungslosigkeit der Haftungstatbestände des GmbHG und des allgemeinen Zivilrechts.<sup>25</sup> Aufgrund dieser Haftungslücke wies der Gesetzgeber selbst darauf hin, daß es eines besonderen GmbH-Konzernrechts bedurfte.<sup>26</sup> Da der Gesetzgeber aber untätig blieb, weil zunächst für dringlicher erachtete Problemfelder kodifiziert werden sollten,<sup>27</sup> oblag es Rechtsprechung und Literatur, eine Rechtsfigur herauszuarbeiten. Der BGH kam dieser „Verpflichtung“ nach durch Schöpfung der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns.<sup>28</sup>

### aa) „Autokran“ = BGHZ 95, S. 330

*Der Beklagte war wirtschaftlicher Alleingesellschafter von sieben GmbH's und übte die Leitungsmacht über diese Gesellschaften aus. Die Klägerin schloß mit diesen GmbH's Leasingverträge ab, mit denen sie ihnen 39 Autokräne überließ. Die Klägerin erwirkte gegen die Gesellschaften in der Folgezeit wegen rückständiger Leasingraten rechtskräftige Urteile über eine Forderung von 700.000 DM. Da die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaften mangels Vermögens keinen Erfolg hatte, verlangte die Klägerin vom Beklagten als Gesellschafter der Gesellschaften im Wege der Durchgriffshaftung Erfüllung der bestehenden Ansprüche. Der BGH verwies den Rechtsstreit zurück an das OLG, stellte aber auch fest, daß eine unmittelbare Haftung des GmbH-Gesellschafters nach den §§ 303, 322 AktG analog besteht, da dieser die Geschäftsführung der sieben Gesellschaften „dauernd“ und „umfassend“ ausgeübt und keine Rücksicht auf die Belange der einzelnen Gesellschaften genommen habe. Die Verweisung an das OLG erfolgte nur deswegen, weil der Sachverhalt noch nicht unter dem Gesichtspunkt der §§ 303, 322 AktG erörtert worden war und den Parteien Gelegenheit gegeben werden mußte, ihren Sachvortrag zu ergänzen.*

<sup>22</sup> Vgl. Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 4; BGHZ 95, S. 330 (334-5).

<sup>23</sup> Baumbach/Hueck/II-Zöllner/Noack, § 37 Rdn. 18; OLG Düsseldorf, ZIP 84, S. 1476.

<sup>24</sup> Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 4.

<sup>25</sup> BGHZ 122, S. 123 (127); BGHZ 107, S. 7 (18); BGHZ 122, S. 123 (127); Wahl, S. 47.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 6/3008 und 7/253; so auch Emmerich, Der GmbH-Konzern, S. 3 (6); Schilling, FS-Hefermehl, S. 383 (397).

<sup>27</sup> Roth/Altmeppen, § 43 Rdn. 62; Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2027).

<sup>28</sup> Erstmals BGHZ 95, S. 330.



Dies ist der Sachverhalt, der der Begründung der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns zugrunde lag. Die Haftung aus qualifiziert faktischem Konzern begründete einen unmittelbaren Anspruch des Gesellschaftsgläubigers gegen das herrschende Unternehmen analog §§ 303, 322 AktG.<sup>29</sup> Die Voraussetzungen der Haftung waren nach dem BGH folgende: Zunächst bedarf es eines Konzernverhältnisses zwischen der abhängigen geschädigten Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen.<sup>30</sup> Ein solches Verhältnis ist gegeben, wenn der beherrschende Teil ein herrschendes Unternehmen iSd § 17 I AktG ist, wobei auch eine Einzelperson herrschendes Unternehmen sein kann.<sup>31</sup> Erforderlich ist die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluß ausüben zu können, z.B. wegen Stimmenmehrheit.

Ferner muß das herrschende Unternehmen die Leitungsmacht über die abhängige Gesellschaft „dauernd und umfassend“ ausgeübt haben. Dann besteht die Vermutung, daß auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft keine Rücksicht genommen worden ist.<sup>32</sup> Diese Vermutung könnte das herrschende Unternehmen „ähnlich“ § 317 II AktG und damit auch seine Haftung ausräumen, wenn es darlegt, daß ein pflichtgemäß handelnder Geschäftsführer einer selbständigen GmbH unter den gegebenen Umständen die Geschäfte nicht anders geführt hätte.<sup>33</sup>

Der BGH begründete seine Rechtsfigur mit der ähnlichen Sach- und Interessenlage im faktischen GmbH-Konzern und im aktienrechtlichen Vertragskonzern. Beim aktienrechtlichen Vertragskonzern würde die abhängige Gesellschaft der Leitung des herrschenden Unternehmens unterstellt und dessen Weisungen unterworfen. Wird im GmbH-Konzern ein vergleichbar für Gesellschaft und ihre Gläubiger gefährlicher Zustand begründet, was bei der GmbH bereits durch Stimmenmehrheit erfolgen kann, so bedürfe es auch, insbesondere aus Gläubigerschutzgründen, eines vergleichbaren Schutzes.<sup>34</sup> Zwar begründe § 303 AktG nur eine Sicherheitsleistungspflicht des herrschenden Unternehmens, machten die Sicherheiten aber keinen Sinn, weil die abhängige Gesellschaft vermögenslos ist, so hafte das herrschende Unternehmen unmittelbar den Gesellschaftsgläubigern auf Zahlung. Eine Berufung darauf, daß die Gläubiger zunächst die GmbH in Anspruch nehmen müßten, sei aufgrund § 242 BGB unzulässig.<sup>35</sup>

#### **bb) „Tiefbau“ = BGHZ 107, S. 7**

*Die Beklagte war Hausbank eines Tiefbauunternehmens, welches in der Rechtsform der GmbH betrieben wurde. Diese erlangte über die Einbindung von Treuhändern die Stellung eines gegenüber der GmbH herrschenden Unternehmens. Bis zum Konkurs der GmbH wurden auf Weisung der Beklagten verschiedene, für die GmbH nachteilige Maßnahmen durchgeführt. Der Konkursverwalter der GmbH nahm aufgrund der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft die Hausbank analog § 302 AktG in Anspruch. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Der BGH verwies zurück.*

Bedeutende Neuerungen brachte dieses Urteil nicht mit sich, es führte lediglich die „Autokran“-Rechtsprechung fort. Der BGH verwies für die Begründung und Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über den Vertragskonzern auf das vorangegangene Urteil BGHZ 95, S. 330.<sup>36</sup> Die in BGHZ 95, S. 330 noch offen gelassene Frage, ob neben § 303 AktG auch eine Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen

<sup>29</sup> BGHZ 95, S. 330 (346).

<sup>30</sup> BGHZ 95, S. 330 (335).

<sup>31</sup> BGHZ 95, S. 330 (337).

<sup>32</sup> BGHZ 95, S. 330 (344).

<sup>33</sup> BGHZ 95, S. 330 (344).

<sup>34</sup> BGHZ 95, S. 330 (343).

<sup>35</sup> BGHZ 95, S. 330 (347).

<sup>36</sup> BGHZ 107, S. 7 (15).

GmbH nach § 302 AktG bestehen könne, bejahte der BGH, denn § 302 AktG und § 303 AktG seien Teil einer zusammengehörigen Regelung und ließen sich nicht trennen.<sup>37</sup>

Allein die Widerlegung der Vermutung unzureichender Rücksichtnahme auf die Belange der abhängigen Gesellschaft wurde vom BGH neu definiert und zugleich erschwert. Genügte nach BGHZ 95, S. 330 noch der Beweis durch das herrschende Unternehmen, daß ein pflichtgemäß handelnder Geschäftsführer einer selbständigen GmbH die Geschäfte nicht anders geführt hätte, mußte das herrschende Unternehmen fortan beweisen, daß die Verluste auf Umständen beruhten, die mit der Ausübung von Leitungsmacht nichts zu tun haben.<sup>38</sup> Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, daß die Verlustausgleichspflicht zumindest die Außerkräftsetzung der Kapitalsicherungsvorschriften ausgleichen soll. Kapitalerhaltungsgrundsätze und ordnungsgemäße Geschäftsführung haben aber grundsätzlich nichts miteinander zu tun.<sup>39</sup>

### cc), „Video“ = BGHZ 115, S. 187

*Die Klägerin, die eine Vervielfältigung von Videofilmen betrieb, nahm den Beklagten, der zunächst Mehrheitsgesellschafter und in der Folgezeit Alleingesellschafter einer GmbH war, aus § 303 AktG analog auf Verlustausgleich in Anspruch, nachdem die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der besagten GmbH mangels Masse erfolglos blieb. Der Beklagte war außer an der besagten GmbH, wo er auch alleiniger Geschäftsführer war, auch an anderen GmbH's maßgebend beteiligt. Aufgrund des beherrschenden Einflusses des Beklagten auf die GmbH sowie die mangelnde Rücksichtnahme auf deren Belange bestätigte der BGH das Urteil des Berufungsgerichts und damit den Anspruch der Klägerin nach § 303 AktG analog.*

Das Urteil weitete die Anwendungsmöglichkeit des qualifiziert faktischen Konzerns beträchtlich aus. Zunächst beschränkte sich das Gericht für die Begründung der Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften und dem Vorliegen eines Konzernverhältnisses auf die vorangegangenen Urteile.<sup>40</sup>

Das Merkmal der dauernden und umfassenden Geschäftsführung durch das herrschende Unternehmen, das den Anknüpfungspunkt für die Vermutung der mangelnden Rücksichtnahme auf die Belange der abhängigen GmbH bildete, erfuhr hingegen eine bedeutende Neuerung. Ist der Mehrheits- oder Alleingesellschafter zugleich alleiniger Geschäftsführer, dann ergäbe sich bereits hieraus „eine Art der Ausübung der Leitungsmacht, wie sie intensiver kaum vorstellbar ist.“<sup>41</sup> Dies habe zur Folge, daß der zumindest mehrheitlich beteiligte Gesellschafter einer GmbH, der zugleich alleiniger Geschäftsführer ist, bereits dann persönlich für die Verluste der Gesellschaft analog § 303 AktG einzustehen habe, wenn er sich noch anderweitig unternehmerisch betätige. Dies folge daraus, daß wenn ein solcher „Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer“ noch anderweitige Unternehmen betreibe, dies die typischen Gefahren für Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger begründe, denen das Konzernrecht entgegenzutreten wolle.<sup>42</sup>

Es bestünde zwar dann nach wie vor die Möglichkeit, die Vermutung der mangelnden Rücksichtnahme zu widerlegen, mit dem Beweis, daß die Verluste auf Umständen beruhten, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben.<sup>43</sup> Bei Forderungsausfällen sei der Beweis aber erst dann geführt, wenn sie in außergewöhnlichem Ausmaß infolge eines plötzli-

<sup>37</sup> BGHZ 107, S. 7 (16).

<sup>38</sup> BGHZ 107, S. 7 (18); der BGH schloß sich der wohl h.M. im Schrifttum an, die die bisherige Definition als zu weit ansah: Ulmer, AG 86, S. 123 (128); ders. NJW 86, S. 1579 (1585); Rehbinder, AG 86, S. 85 (96); Schmidt, BB 85, S. 2074 (2078).

<sup>39</sup> BGHZ 107, S. 7 (18).

<sup>40</sup> BGHZ 115, S. 187 (189 ff.).

<sup>41</sup> BGHZ 115, S. 187 (195).

<sup>42</sup> BGHZ 115, S. 187 (195).

<sup>43</sup> BGHZ 115, S. 187 (194).

chen Vermögensverfalls der betroffenen Schuldner eintreten würden. Forderungsausfälle, die sich in dem in der jeweiligen Branche und Kundenkreis üblichen Rahmen halten, stünden einer Haftung nicht entgegen.<sup>44</sup>

Das Video-Urteil wurde von vielen Vertretern des Schrifttums auf das heftigste kritisiert.<sup>45</sup> Einen Kernpunkt der Kritik bildete die Befürchtung, daß die aufgestellte „Vermutungskaskade“ zu einer Aufhebung des Prinzips der beschränkten Haftung nach § 13 II GmbHG zumindest für den „Mehrheitsgesellschaft-Geschäftsführer“ führe.<sup>46</sup> Denn nach dem Urteil des BGH genügte es, wenn der Kläger die anderweitige unternehmerische Beteiligung des „Mehrheitsgesellschaftler-Geschäftsführers“ nachwies, um die Vermutung zu begründen, der Gesellschafter habe seine Leitungsmacht ohne Rücksicht auf die eigenen Belange der Gesellschaft ausgeübt, woran wiederum die Vermutung anknüpfte, daß die entstandenen Verluste auf der Ausübung der Leitungsmacht beruhten. Die Widerlegung der Vermutung wurde teilweise als „praktisch nicht zu führen“ angesehen.<sup>47</sup> Auch wenn dies übertrieben sein mag, so war die Widerlegung der Vermutung doch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Daher bedeutete das Urteil für den Alleingesellschafter-Geschäftsführer eine Einschränkung des Haftungsprivilegs aus § 13 II GmbHG.<sup>48</sup>

#### **dd) Das „TBB“-Urteil = BGHZ 122, S. 123**

*Der Beklagte war Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Firma T. Wirtschafts- und Finanzberatung und war zudem an mehreren GmbH's beteiligt. Ferner war er Geschäftsführer der T. Baubetreuungs-GmbH, TBB-GmbH, deren Alleingesellschafterin seine Frau war. Allerdings sprach einiges dafür, daß die Ehefrau des Beklagten die Anteile nur als „Strohfrau“ treuhänderisch für ihren Ehemann hielt und dieser als wirtschaftlicher Alleingesellschafter anzusehen war. Die Klägerin hatte gegen die TBB-GmbH Forderungen aus mit ihr geschlossenen Bauverträgen. Da sowohl die TBB-GmbH als auch die GmbH's, an denen der Beklagte beteiligt war, vermögenslos geworden waren, nahm die Klägerin den Beklagten persönlich auf Zahlung in Anspruch. Der BGH verwies den Rechtsstreit zurück an das Berufungsgericht, das der Klage stattgeben hatte.*

Wohl durch die starke Kritik am Video-Urteil<sup>49</sup> veranlaßt, änderte der BGH die Haftungsvoraussetzungen des qualifiziert faktischen Konzerns, obwohl er die Änderung nur als „Klarstellung“<sup>50</sup> bezeichnete.

Während in den drei vorangegangenen Urteilen zum qualifiziert faktischen Konzern noch die dauernde und umfassende Ausübung von Leitungsmacht Haftungsvoraussetzung war, kam es nun auf eine Behandlung der abhängigen Gesellschaft an, die einen objektiven Mißbrauch der beherrschenden Gesellschafterstellung darstellt.<sup>51</sup> Dieser objektive Mißbrauch liege vor, wenn „der die GmbH beherrschende Unternehmensgesellschafter die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren läßt. Im Fall einer Einpersonengesellschaft fehlt es an

<sup>44</sup> BGHZ 115, S. 187 (196).

<sup>45</sup> Schmidt, ZIP 91, S. 1325 ff.; Altmeppen, DB 91, S. 2225 (2225 ff.); ders. ZIP 92, S. 1668 (1669); ders. Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S. 90 f.; Flume, DB 92, S. 25; Mertens, AG 91, S. 434; Hommelhoff, Heidelberger Konzernrechtstage, S. 245, 265 ff.; Gäbelein, GmbHR 92, S. 273 ff..

<sup>46</sup> Altmeppen, DB 91, S. 2225 (2229); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (84); Hachenburg-Ulmer, Anh. § 77 Rdn. 106.

<sup>47</sup> Michalski-Zeidler, Syst. Darst. 4 Rdn. 260.

<sup>48</sup> Wahl, S. 51.

<sup>49</sup> BGHZ 115, S. 187.

<sup>50</sup> BGHZ 122, S. 123 (131).

<sup>51</sup> BGHZ 122, S. 123 (130).

einer solchen angemessenen Rücksichtnahme, wenn die Gesellschaft infolge der im Konzerninteresse ausgeübten Einwirkungen ihren Verbindlichkeiten nicht nachkommen kann.“<sup>52</sup>

Der Grund für diese Änderung lag darin, daß der BGH die aus der Ausübung von Leitungsmacht folgende Vermutung der Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen, insbesondere für den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer, aufgeben wollte. Ansonsten könnte der geschäftsführende beherrschende Gesellschafter haften, obwohl er die Gesellschaft nicht geschädigt hat, weil ihm der schwer zu führende Gegenbeweis nicht gelingt. Daher müßte der Kläger den Beweis führen, daß durch die Unternehmensführung die eigenen Belange der abhängigen GmbH beeinträchtigt worden seien.<sup>53</sup>

Jedoch räumte der BGH ein, daß dieser Beweis für den außenstehenden Gläubiger außerordentlich schwierig sein könne, da er keinen Einblick in die inneren Angelegenheiten des Unternehmens habe. Deswegen könnten dem Kläger Erleichterungen hinsichtlich seiner Substantiierungslast in der Weise gewährt werden, daß der Beklagte nähere Angaben zu machen habe, wenn er im Gegensatz zum Kläger die maßgebenden Tatsachen kenne und ihm die Darlegung des Sachverhalts zumutbar sei.<sup>54</sup>

Insgesamt wurde die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns durch den BGH praktisch hinsichtlich seiner Voraussetzungen neu definiert. Die „Vermutungskaskade“ fiel weg; das Erfordernis eines Konzernverhältnisses wurde nicht mehr erwähnt. Dies führte zu einer breiten Diskussion, ob es sich hierbei noch um eine Konzernhaftungstatbestand oder bereits um eine reine Mißbrauchshaftung handelte.<sup>55</sup> Auch wenn die Haftungsvoraussetzung des „objektiven Mißbrauchs“ auf einen reinen Mißbrauchstatbestand schließen läßt, wurden als Anspruchsgrundlage doch noch die aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 302 ff. AktG analog herangezogen. Deswegen handelte es sich insgesamt noch um einen Konzernhaftungstatbestand.

### c) Beurteilung der Judikatur

Die durch die ITT-Entscheidung<sup>56</sup> begründete Haftung wegen Verletzung der gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern bestehenden Treuepflicht versagt zum einen in Einmann-Gesellschaften und zum anderen bei einvernehmlich handelnden Gesellschaftern. In der Einmann-Gesellschaft ist eine Treuepflicht nach überwiegender Ansicht bis heute nicht anerkannt.<sup>57</sup> Außerdem entfällt die Treuepflicht, wenn die Gesellschafter einvernehmlich handeln.<sup>58</sup> In diesen Fällen vermag der Ansatz der Treuepflicht den Gesellschaftsgläubigern somit keinen Schutz zu gewähren.

Auch die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns vermag nicht zu überzeugen. Ausgangspunkt für die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über den Vertragskonzern war die ähnliche Sachlage im aktienrechtlichen Vertragskonzern und in der beherrschten GmbH. Es ist richtig, daß rein faktisch das herrschende Unternehmen an die abhängige GmbH auch für sie nachteilige Weisungen erteilen kann und somit der Fall dem des aktienrechtlichen Beherrschungsvertrags entsprechen kann, jedoch knüpfen an die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften „dogmatische“ Einwände an.

<sup>52</sup> BGHZ 122, S. 123 (130).

<sup>53</sup> BGHZ 122, S. 123 (131).

<sup>54</sup> BGHZ 122, S. 123 (133).

<sup>55</sup> Nach h.M. wohl Konzernhaftung: BAG ZIP 94, S. 1378 (1379); Altmeppen, ZIP 01, S. 1837; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 77 Rdn. 126; Drygala, GmbHR 93, S. 317 (322); Kohl, MDR 93, S. 715 (717); Michalski-Zeidler, NJW 96, S. 224 (226); a.A. Schmidt, NJW 94, S. 447; ders. AG 94, S. 189 (195); Bitter/Bitter, BB 96, S. 2153 (2156); Kübler, NJW 93, S. 1204 (1205); Versteegen, DB 93, S. 1225 (1226).

<sup>56</sup> BGHZ 65, S. 15.

<sup>57</sup> BGHZ 122, S. 333 (336); BGH ZIP 99, S. 1352; Baumbach/Hueck/I-Zöllner, GmbH-KonzernR Rdn. 83; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 13 Rdn. 88; a.A. Ulmer, ZHR 148, S. 391 (418).

<sup>58</sup> BGHZ 122, S. 333 (336), Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1842); Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, Anh. § 13 Rdn. 17.

Das Aktienrecht ist dadurch gekennzeichnet, daß das Leitungsorgan, der Vorstand, selbständig die Geschäftsführung wahrnimmt und weisungsunabhängig ist, § 76 AktG. Außerdem herrscht im Aktienrecht ein „absolutes Kapitalbindungssystem“ nach den §§ 57 ff. AktG, das jede Kapitalentnahme, die nicht Ausschüttung von Bilanzgewinn ist, verbietet.<sup>59</sup> Im Vertragskonzern werden diese Prinzipien aufgehoben, denn das herrschende Unternehmen kann auch für die abhängige AG nachteilige Weisungen erteilen. Als Ausgleich für den Verlust der „Eigenständigkeit“ begründen die §§ 302 ff. AktG eine Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens.<sup>60</sup> Denn „wer die Geschicke der Gesellschaft bestimmt, der muß auch für Verluste einstehen.“<sup>61</sup> Die Normen gehen daher von einem Gleichlauf von Herrschaft und Haftung aus.<sup>62</sup>

Doch gilt dies auch für die GmbH? Den Gesellschaftern einer GmbH steht bereits qua Gesetz ein Weisungsrecht an den Geschäftsführer zu; noch stärker ist die Einwirkungsmöglichkeit, wenn der Mehrheitsgesellschafter zugleich Geschäftsführer ist. Dennoch besteht das Haftungsprivileg nach § 13 II GmbHG. Einen Gleichlauf von Herrschaft und Haftung gibt es in der GmbH daher nicht. Da anders als im Aktienrecht den GmbH-Gesellschaftern bereits qua Gesetz die Leitungsmacht zusteht, kann grundsätzlich nicht hieran in analoger Anwendung der §§ 302 ff. AktG eine Haftung der Gesellschafter anknüpfen, die zu § 13 II GmbHG in Widerspruch steht.<sup>63</sup>

Ferner wollen die §§ 302 ff. AktG auch die Außerkraftsetzung der strengen aktienrechtlichen Kapitalbindung ausgleichen. Eine solche Kapitalbindung existiert aber in der GmbH nicht, nur das Stammkapital ist nach §§ 30 ff. GmbHG gebunden. Folglich sind Entnahmen durch die Gesellschafter in der GmbH oberhalb des Stammkapitals nach dem Gesetz sanktionslos. Eine Haftung der GmbH-Gesellschafter für solche Entnahmen analog §§ 302 AktG ist aus diesem Grund abzulehnen.<sup>64</sup>

Aufgrund dieser „Wesensverschiedenheit“ von AG und GmbH mangelt es an der für die Analogie erforderlichen vergleichbaren Interessenlage. Somit ist die Analogie zum Vertragskonzernrecht der AG nicht haltbar, die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns ist bereits aus diesem Grund abzulehnen.

Hinzu kommt, daß, da es sich um einen Konzerntatbestand handelt, ein Konzernverhältnis erforderlich ist. Es ist aber nicht ersichtlich, wieso eine Haftung der oder des Gesellschafter(s) nur dann gegeben sein soll, wenn ein Konzernverhältnis vorliegt, hingegen eine Haftung der Gesellschafter mit einer bloßen Beteiligung ausscheiden soll.<sup>65</sup> Die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns ist somit sowohl aus „dogmatischen“ als auch aus praktischen Gründen abzulehnen.

Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten, daß sowohl der Ansatz über die Treuepflicht der Gesellschafter als auch der qualifiziert faktische Konzern eine für die abhängige GmbH weder aus Aspekten des Gläubigerschutzes noch aus „dogmatischen“ Gesichtspunkten haltbare Lösung darstellen.

<sup>59</sup> Siehe unten, III A a aa bbb (1).

<sup>60</sup> BGHZ 103, S. 1 (10); Emmerich/Habersack-Emmerich, § 302 Rdn. 17; Hüffer, § 302 Rdn. 3; Ulmer, AG 86, S. 123 (126); Mülbert, DStR 01, S. 1937 (1946); Bitter, ZIP 01, S. 265 (270).

<sup>61</sup> Kropff, Aktiengesetz, S. 391.

<sup>62</sup> BGHZ 116, S. 37 (41); MüKo/AktG-Altmeppen, § 302 Rdn. 10 f.; Emmerich/Habersack-Emmerich, § 302 Rdn. 16; Bitter, ZIP 01, S. 265 (270).

<sup>63</sup> Bitter, ZIP 01, S. 265 (270).

<sup>64</sup> Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1840); Altmeppen, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S. 121.

<sup>65</sup> Bitter, ZIP 01, S. 265 (272); Röhricht, FS-BGH, S. 83 (118ff.); Schmidt, ZIP 93, S. 549 (553); ders., AG 94, S. 189 (193); Versteegen, DB 93, S. 1225 (1226); Schanze, AG 93, S. 376 (378).

## 2) Die neue Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs

### a) „Bremer Vulkan“ = BGHZ 149, S. 10

Dem ersten Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

*Auf Veranlassung der Bremer Vulkan Verbund AG (BVV) waren 590 Mio. DM der Tochtergesellschaft MTW Schiffswerft GmbH, die diese von der Treuhandanstalt erhalten hatte, in das zentrale Cash-Management-System des BVV-Konzerns geflossen. Diese Mittel waren unter der Voraussetzung eingebracht worden, daß sie zu Gunsten der MTW verwendet werden würden. Bereits zu diesem Zeitpunkt befand sich der Konzern in der Krise – und brach später zusammen. Nachfolgerin der Treuhandanstalt war die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BVS). Sie verklagte vier Vorstandsmitglieder der nunmehr insolventen AG aus eigenem Recht unter den Aspekten der Untreue und des Betruges iVm § 823 II BGB sowie aus von der MTW-GmbH abgetretenem Recht unter den Gesichtspunkten der fehlerhafter Konzernführung, der Untreue und des Betrugs iVm § 823 II BGB auf Schadensersatz. Der BGH hob die Abweisung der Klage durch das Land- und Oberlandesgericht auf und verwies zurück.*

### aa) Wichtigste Neuerungen

Der wichtigste Aspekt des Urteils ist die Auseinandersetzung des BGH mit der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns. Der BGH nahm ausdrücklich in den 1. Leitsatz auf, daß „der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingeschafters nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts folgt, sondern auf die Erhaltung des Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandschutzes beschränkt ist, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Belange der GmbH erfordert.“<sup>66</sup> Wie festgestellt,<sup>67</sup> mangelt es an den Voraussetzungen für eine Analogie zum Aktienkonzernrecht. In diesem Fall kam hinzu, daß es sich bei den Beklagten um „Fremdgeschäftsführer“ und noch dazu Manager auf höherer Konzernstufe bei der Muttergesellschaft handelte, eine Haftung somit analog §§ 309 II, 317 III AktG in Betracht kam. Für solche Geschäftsleiter hatte sowieso zuvor niemand die Anwendung der Regeln des qualifiziert faktischen Konzerns erwogen, da es an einer ausreichenden Analogiebasis mangelt.<sup>68</sup> Der BGH hätte demnach die Haftung aus dieser Rechtsfigur kurz ablehnen können.<sup>69</sup> Statt dessen stellte er ausdrücklich fest, daß der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe des beherrschenden Unternehmens nicht dem Aktienkonzernrecht folgt. Durch die Aufnahme dieser Aussage in den Leitsatz sowie der folgenden Begründung bedeutete dieses Urteil nach ganz herrschender Ansicht die Aufgabe der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns.<sup>70</sup>

Noch ließ der BGH offen, um was für eine Haftung es sich bei dem existenzvernichtenden Eingriff handelt. Für die Einstufung der Existenzvernichtungshaftung als einer Schadensersatzhaftung des Geschafters gegenüber seiner Gesellschaft sprach die Formulierung „Anspruch der Gesellschaft wegen eines bestandsvernichtenden Eingriffs in ihr Vermögen“.<sup>71</sup> Es ist aber auch von „einer Haftung des Alleingeschafters für die Verbindlichkeiten der GmbH“ die Rede<sup>72</sup>, was eher auf eine Durchgriffshaftung der Geschafters gegenüber den

<sup>66</sup> BGHZ 149, S. 10 (1. Leitsatz).

<sup>67</sup> Siehe oben, II A 1 c.

<sup>68</sup> Altmeppen, Die Haftung des Managers im Konzern, S. 70 f., 103 f.; Baumbach/Hueck/I-Zöllner, GmbH-KonzernR Rdn. 82; Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3578); Hachenburg-Ulmer, Anh. § 77 Rdn. 55 f..

<sup>69</sup> Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1839).

<sup>70</sup> Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1838); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2024); Goette, Die GmbH, § 9 Rdn. 22; Bitter, WM 01, S. 2133 (2135); Hoffman, NZG 02, S. 68 (74); Keßler, GmbHR 01, S. 1095 (1097); Römermann/Schröder, GmbHR 01, S. 1015.

<sup>71</sup> BGHZ 149 S. 10 (16).

<sup>72</sup> BGHZ 149 S. 10 (16).

Gesellschaftsgläubigern hindeutet. Röhricht selbst ließ in einer Stellungnahme zu diesem Urteil die Art der Haftung offen.<sup>73</sup>

### **bb) Voraussetzungen**

Der BGH stellte insbesondere klar, was unter einem bestands- oder existenzvernichtenden Eingriff zu subsumieren ist. Neben einem Eingriff in das Vermögen ist ausdrücklich der Eingriff in die Geschäftschancen der Gesellschaft erwähnt.<sup>74</sup> Somit ist ein Eingriff nicht nur in Form von Entzug von (Stamm-)kapital denkbar.

Dieser Eingriff muß dazu führen, daß die Gesellschaft ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. Hiermit wurde aufgrund des Verweises das Merkmal der TBB-Formel übernommen.<sup>75</sup>

Ob der Eingriff – wie der Name der Rechtsfigur annehmen läßt – die Existenzvernichtung der GmbH zur Folge haben muß, wird nicht gesondert erwähnt. In diesem Fall „lebte“ die MTW weiter – allerdings nur aufgrund weiterer Fördergelder.<sup>76</sup> Dies kann dafür sprechen, daß der BGH die tatsächliche Beendigung der Gesellschaft nicht als Haftungsvoraussetzung ansieht.

Bereits damals war Voraussetzung, daß sich die Fähigkeit zur Befriedigung der Gläubiger nicht schon durch die Rückführung entzogenen Stammkapitals gemäß § 31 GmbHG wiederherstellen läßt.<sup>77</sup> Folglich wurde bereits damals der bis heute geltende Subsidiaritätsgrundsatz eingefügt, wonach die Kapitalerhaltungsvorschriften nach §§ 30 ff. GmbHG gegenüber der Existenzvernichtungshaftung Vorrang haben.

### **b) „L-Kosmetik“ = BGHZ 150, S. 61**

Dem zweiten Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

*Herr G war Alleingesellschafter der L. Kosmetik Vertriebs GmbH. Er übertrug einen Geschäftsanteil von 20 % an Herrn M und einen von 60 % an Herrn S, der Treuhänder des Beklagten zu 2 war. In der Folgezeit verpfändeten Herr G und M ihre Anteile der Beklagten zu 1 im Gegenzug für ein von ihr an die L-GmbH gewährtes Darlehen und übertrugen ihr zudem für die Dauer des Darlehensvertrages ihr Gewinnbezugsrecht und erteilten ihr unwiderrufliche Vollmacht, das Stimmrecht auszuüben und sie als Gesellschafter in allen Gesellschafterfunktionen zu vertreten. Ferner wurde vereinbart, daß Herr G mit dem Darlehensbetrag Rechnungen für ein vom ihm durchgeführtes Bauvorhaben begleichen durfte. Schließlich übertrug Herr S seinen Anteil auf Herrn E, der neben den Herren G und M als Geschäftsführer bestellt worden war und ebenfalls den Anteil als Treuhänder des Beklagten zu 2 hielt. In der Folgezeit wurden zu Lasten der GmbH Verbindlichkeiten des Herrn G in Höhe von ca. 1,8 Mio. DM getilgt. Der Kläger nimmt als Konkursverwalter der L-GmbH die Beklagten auf Ersatz dieser 1,8 Mio. DM in Anspruch und beruft sich unter anderem auf die Existenzvernichtungshaftung. Der BGH lehnte eine Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff ab, denn es sei nicht ausreichend dargelegt worden, daß die Beklagten durch ihr Verhalten die Existenz der Gesellschaft vernichtet hätten.*

### **aa) Wichtigste Neuerungen**

Die wichtigste Neuerung ist die Erstreckung der Haftung auf die Gesellschafter, die, ohne selbst etwas empfangen zu haben, durch ihr Einverständnis mit dem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft teilgenommen haben.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Röhricht, VGR Band 5, S. 3 (14 f.).

<sup>74</sup> BGHZ 149, S. 10 (16).

<sup>75</sup> BGHZ 149, S. 10 (16).

<sup>76</sup> BGHZ 149, S. 10 (18).

<sup>77</sup> BGHZ 149, S. 10 (16).

<sup>78</sup> BGHZ 150, S. 61 (67).

Neben dieser Haftungserweiterung sind einige weitere Aspekte des Urteils zu nennen. Der BGH stellt bezugnehmend auf das Bremer Vulkan-Urteil noch einmal klar, daß er die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns aufgegeben hat und daß an ihre Stelle die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff getreten ist.<sup>79</sup> Die Grundsätze der Haftung aus Treuepflichtverletzung<sup>80</sup> blieben aber unberührt.<sup>81</sup> Schließlich wird der existenzvernichtende Eingriff als „Ausfallhaftung der Gesellschafter“ bezeichnet,<sup>82</sup> was auf eine Außenhaftung hindeutet, denn ein Ausfall mit Forderungen kann nur seitens der Gläubiger in Betracht kommen.<sup>83</sup>

## **bb) Voraussetzungen**

Was genau unter Eingriff zu verstehen war, lies das Urteil offen. Einerseits ist die Rede von „Abzug von Vermögen der Gesellschaft“ und nicht mehr von Eingriff in das Vermögen,<sup>84</sup> andererseits von „Vereinnahmung des Beraterstamms“.<sup>85</sup> Offen blieb somit, ob durch Verwendung des Begriffs „Abzug“ eine Haftungsverengung bezweckt wurde, da rein nach dem Wortlaut bloße Risikogeschäfte, die außer Verhältnis zu den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft stehen, nicht hierunter fallen.<sup>86</sup>

Außerdem blieb offen, ob sich aus der Formulierung „darin kann schon deswegen kein bestandsvernichtender Eingriff gesehen werden, weil es nach dem Vortrag des Klägers beim Versuch der Abwerbung geblieben ist“<sup>87</sup> entnehmen ließ, daß auch der Eingriff in Geschäftschancen nicht mehr erfaßt war. Die Verwendung von „schon deswegen“ legt einen Versagungsgrund und damit eine Herausnahme des Eingriffs in die Geschäftschancen aus der Haftung nahe.

In Bezug auf die Haftungsvoraussetzung der Existenzvernichtung der Gesellschaft wird eine klare Aussage getroffen. Aus den Formulierungen „Existenz der Gesellschaft vernichtet hätten“<sup>88</sup> sowie „Existenz nicht mehr gewährleistet war“<sup>89</sup> ergibt sich, daß eine Bestandsgefährdung nicht ausreicht, sondern die Insolvenz Folge des Eingriffs sein muß.

Der Subsidiaritätsgrundsatz, wonach die Existenzvernichtungshaftung hinter im Gesetz geregelten Ausgleichsansprüchen zurücktritt, blieb unverändert, auch wenn auf den ersten Blick eine Veränderung stattgefunden hatte. Dies zeigt sich daran, daß der BGH zunächst einen Anspruch aus § 31 GmbHG prüft und annimmt.<sup>90</sup> Auch wenn dies wie ein Bruch mit dem Subsidiaritätsgrundsatz erscheint, so ist die Prüfung konsequent. Konsequent deswegen, weil nach § 31 III GmbHG nur ein Teil der Forderungen ersatzfähig waren, ca. 100.000 DM, die Existenzvernichtungshaftung aber sämtliche Forderungen umfassen kann. Somit bestand in Bezug auf die von § 31 III GmbHG nicht erfaßten Forderungen erst gar nicht die Möglichkeit des Eingreifens des Subsidiaritätsgrundsatzes. Der Subsidiaritätsgrundsatz galt somit in seiner ursprünglichen Form fort.

Erstmals wurde im Zusammenhang mit diesem Urteil die Frage nach einer subjektiven Haftungsvoraussetzung aufgeworfen. Diese Frage knüpfte an die Formulierung „die abschließende Regelung dieser Vorschrift schließt eine weitergehende Haftung auch bei schuldhafter

<sup>79</sup> BGHZ 150, S. 61 (68).

<sup>80</sup> BGHZ 65, S. 15.

<sup>81</sup> BGHZ 150, S. 61 (68).

<sup>82</sup> BGHZ 150, S. 61 (67).

<sup>83</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 404 (405); Bitter, WuB II C. § 13 GmbHG 2.02, S. 793 (795).

<sup>84</sup> BGHZ 150, S. 61 (67).

<sup>85</sup> BGHZ 150, S. 61 (68).

<sup>86</sup> Dies bejahend: Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 404 (405).

<sup>87</sup> BGHZ 150, S. 61 (68).

<sup>88</sup> BGHZ 150, S. 61 (67).

<sup>89</sup> BGHZ 150, S. 61 (68).

<sup>90</sup> BGHZ 150, S. 61 (63-66).



Mitwirkung der anderen Gesellschafter an dem Vermögensentzug grundsätzlich aus<sup>91</sup> an. Zum Teil wurde deswegen ein subjektives Merkmal verlangt.<sup>92</sup> Dem soll nicht gefolgt werden. Der BGH traf diese Aussage nicht im Zusammenhang mit der Existenzvernichtungshaftung. Es erscheint möglich, daß der BGH hiermit nur ausdrücklich eine Haftung nach allgemeinen Regeln bei schuldhaften Auszahlungen zu Gunsten eines Mitgesellschafters<sup>93</sup> ausschließen wollte. Da in der Passage zur Existenzvernichtungshaftung keinerlei Andeutungen hinsichtlich eines Verschuldenserfordernisses vorhanden sind, ist ein Verschulden keine Haftungsvoraussetzung der Existenzvernichtungshaftung.

### c) „KBV“ = BGHZ 151, S. 181

Dem dritten Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

*Die Klägerin erwirkte gegen die Kindl Backwaren Vertriebs GmbH (KBV) ein Versäumnisurteil für eine ihr zustehende Werklohnforderung in Höhe von 82.000 DM. Die Gesellschafter der KBV, der Schwiegervater mit einer 40 %igen Beteiligung (Beklagte zu 2), der Schwiegersohn mit einer 60 %igen Beteiligung (Beklagte zu 3), gingen in der Folgezeit wie folgt vor: Sie beschlossen den Geschäftsbetrieb ohne ordnungsgemäßes Liquidationsverfahren einzustellen. Ferner gründeten sie eine Auffanggesellschaft auf die der gesamte Warenbestand sowie alle Aktiva der KBV übertragen wurden. Diese Auffanggesellschaft übernahm im Gegenzug Verbindlichkeiten der KBV in Höhe von 822.000 DM, die Forderung der Klägerin war nicht hierunter. Nach einem Vermögensstatus der KBV ergab sich, daß die Gesellschafter der KBV ein Vermögen von 380.000 DM entzogen hatten, indem sie der Auffanggesellschaft sowohl Waren als auch Forderungen der KBV übertrugen. Ferner erwarb der Schwiegervater Anlagegüter der KBV und verrechnete den Kaufpreis mit aufgelaufenen Rechnungen, so daß auch hierdurch den Gläubigern Vermögen entzogen wurde. Beide Gesellschaften wurden vermögenslos, die Eröffnung des Konkursverfahrens wurde aber jeweils mangels Masse abgelehnt. Der BGH hob die Abweisung der Klage durch Land- und Berufungsgericht auf und verwies zurück. Ferner stellte er fest, daß nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt die Beklagten 2 und 3 einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs unterliegen.*

### aa) Wichtigste Neuerungen

Der wichtigste Aspekt des Urteils ist die Einstufung der Haftungsart des existenzvernichtenden Eingriffs als Durchgriffshaftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern sowie deren ausführliche Begründung. Die Einstufung als Durchgriffshaftung läßt sich daraus herleiten, daß der BGH bei einem existenzvernichtenden Eingriff den Gesellschaftern die Berufung auf das Haftungsprivileg versagt.<sup>94</sup> Die Aufhebung des Haftungsprivilegs hat nämlich zur Folge, daß eine Inanspruchnahme der Gesellschafter durch die Gläubiger möglich wird. Es bedarf dann nur noch einer Norm, die die Haftungserstreckung auf die Gesellschafter ermöglicht. Als solche kommen §§ 105, 128 HGB analog in Betracht, die der BGH selbst im Autokran-Urteil hinsichtlich eines abgelehnten Durchgriffs nannte.<sup>95</sup> Durch die Einstufung der Existenzvernichtungshaftung als Durchgriffshaftung schloß sich der BGH insoweit der Ansicht von Bitter<sup>96</sup> an.

Der BGH begründete die Einstufung der Existenzvernichtungshaftung ausführlich. In der Begründung heißt es:

<sup>91</sup> BGHZ 150, S. 61 (67).

<sup>92</sup> Burgard, NZG 02, S. 606 (607); Bitter, WuB II C. § 13 GmbHG 2.02, S. 793, 795.

<sup>93</sup> Eine solche Haftung wurde in BGHZ 93, S. 146 angenommen, aber darauf in BGHZ 142, S. 92 wieder aufgegeben.

<sup>94</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>95</sup> BGHZ 95, S. 330 (332); auch §§ 105, 128 HGB analog annehmend Bitter, WM 01, S. 2133 (2139).

<sup>96</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2139).

„Das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruht auf der unausgesprochenen, für das Recht der Kapitalgesellschaften jedoch grundlegenden Voraussetzung, daß das Gesellschaftsvermögen, das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird, in der Gesellschaft zum Zweck der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben muß und damit der – im Recht der GmbH im übrigen sehr weitgehenden – Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist. Die GmbH hat zwar keinen Anspruch gegen ihre Gesellschafter auf Gewährleistung ihres Bestandes. Sie können die Existenz der Gesellschaft im Grundsatz jederzeit – sei es im Rahmen einer freiwilligen Liquidation, sei es im Rahmen eines Insolvenzverfahrens – beenden. In jedem Fall hat ihre Beendigung jedoch in einem geordneten Verfahren zu erfolgen, in dem die Vermögenswerte der Gesellschaft zunächst zur Befriedigung ihrer Gläubiger zu verwenden sind. Auf keinen Fall kann es ihnen erlaubt sein, der Gesellschaft ihr Vermögen ohne Rücksichtnahme auf ihre gesetzliche Funktion, anstelle ihrer Gesellschafter als Haftungsträger zu dienen, zu entziehen und ihr dadurch die Möglichkeit zu nehmen, ihre Verbindlichkeiten – ganz oder wenigstens teilweise – zu erfüllen. Den Gesellschaftern steht innerhalb wie außerhalb der Liquidation nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschafterverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuß zu. Die Notwendigkeit der Trennung des Vermögens der Gesellschaft von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter und die strikte Bindung des ersteren zur – vorrangigen – Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger besteht während der gesamten Lebensdauer der GmbH. Beide – Absonderung und Zweckbindung – sind unabdingbare Voraussetzung dafür, daß die Gesellschafter die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen können. Allein dieses Zusammenspiel von Vermögenstrennung und Vermögensbindung einerseits sowie die Haftungsbeschränkung andererseits vermag das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG zu rechtfertigen. Entziehen die Gesellschafter unter Außerachtlassung der gebotenen Rücksichtnahme auf diese Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen Vermögenswerte und beeinträchtigen sie dadurch in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten, so liegt darin, wie der Senat schon früher ausgesprochen hat,<sup>97</sup> ein Mißbrauch der Rechtsform der GmbH, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führen muß, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff zugefügte Nachteil schon nach §§ 30, 31 GmbHG vollständig ausgeglichen werden kann oder kein ausreichender Ausgleich in das Gesellschaftsvermögen erfolgt. Das gilt auch und erst recht bei Vorliegen einer Unterbilanz.“<sup>98</sup>

Durch diese detaillierte Begründung wird nicht nur der existenzvernichtende Eingriff als Durchgriffshaftung eingestuft, sondern es wird auch die Grundlage der Haftung festgesetzt. Diese liegt in dem Mißbrauch der Rechtsform der GmbH und dem daraus resultierenden Verlust des Haftungsprivilegs des § 13 II GmbHG.<sup>99</sup> Ab dieser Entscheidung versteht der BGH somit den existenzvernichtenden Eingriff als eine persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wegen Mißbrauchs der Rechtsform der GmbH. Letztlich wird wieder darauf hingewiesen, daß auch der Mitgesellschafter haftet, der dem Eingriff nur zugestimmt hat, ohne selbst zu profitieren.<sup>100</sup>

## bb) Voraussetzungen

Wie bereits bei „L-Kosmetik“ ist nicht mehr von Eingriff in das Vermögen, sondern von Entzug von Vermögen die Rede, das die GmbH zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.<sup>101</sup> Insoweit bestätigt der BGH die Haftungsverengung, die bereits aus dem vorangegangenen Urteil sich herauslesen ließ. Die in BGHZ 149, S. 10 noch genannten Geschäftschancen wer-

<sup>97</sup> BGHZ 122, S.123.

<sup>98</sup> BGHZ 151, S. 181 (186-187).

<sup>99</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>100</sup> BGHZ 151, S. 181 (188).

<sup>101</sup> BGHZ 151, S. 181 (181, 186).

den nicht mehr erwähnt. Auch ist nicht mehr von „Eingriff in das Vermögen“, sondern von „Entzug von Vermögen“ die Rede.<sup>102</sup> Denn Entzug bedeutet bereits begriffsnotwendig eine Überführung von Vermögen von der GmbH auf einen Dritten, lediglich für die GmbH schädliche Handlungen genügen hierfür nicht.<sup>103</sup> Folglich fallen Maßnahmen wie Betriebsstillegungen, Mitarbeiterabwerben oder auch die Eingehung von Risikogeschäften nicht unter den Begriff des Entzugs von Vermögen.

Einem solchen Verständnis der Tathandlung steht aber das Merkmal des Mißbrauchs der Rechtsform der GmbH, durch Vereiteln der Fähigkeit ihre Verbindlichkeiten erfüllen zu können, gegenüber. Diese Fähigkeit kann außer durch Entzug von Vermögen auch durch Eingehung von Risikogeschäften oder Übertragung des Kundenstamms vereitelt werden. Auch spricht für ein weites Verständnis des Merkmals „Entzug“, daß es in dem vom BGH zu entscheidenden Fall gerade um Entzug von Kapital ging und deshalb der BGH, vielleicht nur um einen engeren Bezug zu dem Sachverhalt herzustellen, von Entzug sprach, anstatt eine weite Definition zu verwenden.

Allerdings darf das Merkmal des Entzugs auch nicht zu weit verstanden werden. Der BGH stellt unmißverständlich fest, daß die Gesellschafter die GmbH jederzeit in einem geordnetem Verfahren beenden können und es somit keinen Bestandsschutz gibt. Erforderlich sei aber, daß die Beendigung in einem hierfür im Gesetz vorgeschriebenem Verfahren erfolge und das Vermögen zunächst zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehe.<sup>104</sup> Hieraus ist zu folgern, daß nur das vorhandene Vermögen den Gläubigern zur Verfügung zu stehen hat, nicht hingegen das zukünftige, wie etwaige Gewinnerwartungen. Somit sind Verhaltensweisen, die lediglich zukünftige Gewinnerwartungen oder bloße ungewisse Geschäftschancen der GmbH betreffen ohne eine tatsächliche Vermögensminderung zur Folge zu haben, im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung irrelevant.<sup>105</sup>

Schließlich muß der Eingriff unter „Außerachtlassung der gebotenen angemessenen Rücksichtnahme auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens“<sup>106</sup> erfolgen. Ob hierin ein Abgrenzungskriterium für eine unzulässige von einer schlechten aber zulässigen Geschäftsführung liegt,<sup>107</sup> oder eine Art Haftungsbeschränkung auf besonders schwere Fälle,<sup>108</sup> ist unklar.

Der BGH legte die Eingriffsfolge noch nicht fest. Angegeben wird, daß die Gesellschafter durch den Eingriff die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß beeinträchtigen müssen.<sup>109</sup> Bei einer Insolvenz der Gesellschaft ist diese Voraussetzung erfüllt, doch genügt auch eine bloße Begründung oder Steigerung einer Insolvenzgefahr?

Bei einer bloßen Insolvenzgefahr ist die Gesellschaft grundsätzlich noch in der Lage ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen, denn sobald sie dies nicht mehr kann, greift der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 II InsO, es sei denn, es liegt eine Zahlungsstokkung/Zahlungsunfähigkeit hinsichtlich eines unwesentlichen Teils der Gesellschaftsverbindlichkeiten vor.<sup>110</sup> Folglich genügt eine Insolvenzgefahr grundsätzlich als Eingriffsfolge nicht. An anderer Stelle spricht der BGH aber von der Fähigkeit der Gesellschaft „ihre Verbindlich-

<sup>102</sup> BGHZ 151, S. 181 (186-7).

<sup>103</sup> Wahl, S. 61.

<sup>104</sup> BGHZ 151, S. 181 (186).

<sup>105</sup> Genaus: Wahl, S. 61; a.A. Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (414 ff.).

<sup>106</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>107</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (415); Benecke, BB 03; S. 1190 (1194).

<sup>108</sup> Ulmer, JZ 02, S. 1047 (1051).

<sup>109</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>110</sup> Braun-Kind, § 17 Rdn. 7 ff., es ist umstritten, ab wann eine wesentliche Zahlungsunfähigkeit vorliegt, die Ansichten gehen von unter 5 % der Verbindlichkeiten bis hin zu 20 %.

keiten ganz oder wenigstens teilweise zu erfüllen“.<sup>111</sup> Diese Formulierung läßt auch die Auslegung zu, eine Insolvenzgefahr genüge. Dem ist aber entgegen zu halten, daß, da der BGH die Formulierung „ganz oder teilweise“ verwendet, dies eher für eine Auslegung von „teilweise“ spricht, die „ganz“ ähnelt. Hierfür spricht auch die Forderung des BGH, es müsse eine Beeinträchtigung in einem ins Gewicht fallenden Maße erfolgen. Dies läßt auf eine schwere Beeinträchtigung schließen, bei der der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 II InsO mangels Unwesentlichkeit der Zahlungsunfähigkeit erfüllt ist. Diese Sichtweise wird untermauert durch die Aussage des BGH, daß die Gesellschaft nur in einem im Gesetz vorgesehenen Verfahren beendet werden darf und ihr Vermögen dann zunächst den Gesellschaftsgläubigern zusteht. Denn eine bloße Gefährdung der Existenz begründet eben gerade keine Notwendigkeit, die Gesellschaft zu beenden. Somit spricht im Ergebnis vieles für das Erfordernis der Insolvenz als Eingriffsfolge.<sup>112</sup>

Hinzu kommt das Merkmal der Kausalität, wonach der Eingriff für die Insolvenz der Gesellschaft kausal gewesen sein muß.<sup>113</sup>

Der BGH äußerte sich auch zum Subsidiaritätsgrundsatz. Dieser soll nunmehr nur eingreifen, „soweit der der GmbH durch den Eingriff zugefügte Nachteil schon nach §§ 30, 31 GmbHG vollständig ausgeglichen werden kann oder kein ausreichender Ausgleich in das Gesellschaftsvermögen erfolgt“.<sup>114</sup> Lutter und Banerjea leiten hieraus ab, daß es für die Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung nicht mehr ausreicht, daß ein Anspruch nach § 31 GmbHG gegeben ist, sondern es muß dessen Erfüllung hinzukommen.<sup>115</sup> Die Gegenansicht bleibt hingegen dabei, daß soweit der Nachteil nach den §§ 30, 31 GmbHG ersatzfähig ist, die Existenzvernichtungshaftung hierzu subsidiär ist.<sup>116</sup> Für die erste Ansicht wird angeführt, daß, da die Ansprüche aus §§ 30, 31 GmbHG erst nach einem Prozeß erfüllt werden und daher im gleichen Verfahren auch häufig die Voraussetzungen für eine Verurteilung wegen Existenzvernichtungshaftung gegeben wären, der Gesellschafter durch Verweis auf den Erstattungsanspruch eine Abweisung der Gläubiger-Klage erreichen könne.<sup>117</sup> Dieses Argument überzeugt aber deshalb nicht, weil der Erstattungsanspruch meist nicht alle entstandenen Nachteile zu beseitigen vermag. Hinzu kommt, daß die Ansprüche der Gläubiger in der Regel vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden, so daß das Klagerisiko der Gläubiger gering ist. Entscheidend für die letzte Ansicht spricht die Rechtsnatur der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs. Diese soll gerade Lücken im gesetzlichen Kapitalschutzsystem der GmbH schließen. Genügen die Kapitalschutzvorschriften bereits, um einen Ausgleich der entstandenen Nachteile zu gewähren, kann daneben kein Raum für die ungeschriebene Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs sein.

Insgesamt blieb es somit dabei, daß soweit §§ 30, 31 GmbHG einschlägig sind, kein Raum mehr für die Existenzvernichtungshaftung besteht. Dies ist zwingend, da für eine nicht normierte Haftung kein Bedürfnis besteht, soweit die haftungsauslösenden Verhaltensweisen bereits durch gesetzliche Regelungen sanktioniert werden.<sup>118</sup>

<sup>111</sup> BGHZ 151, S. 181 (186).

<sup>112</sup> Ausführlich hierzu unter II D 3.

<sup>113</sup> BGHZ 151, S. 181 (186).

<sup>114</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>115</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (406).

<sup>116</sup> Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn. 19; Wahl, S. 129; Benecke, BB 03, S. 1190 (1194); Keßer, GmbHR 02, S. 945 (950); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2028).

<sup>117</sup> Röhrich, VGR Band 5, S. 3 (29).

<sup>118</sup> Röhrich, FS-BGH, S. 83 (113 ff.); Ulmer, JZ 02, S. 1049 (1051); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (423 f.).

Den Anspruch wegen Existenzvernichtung können nach dem BGH die Gläubiger selbst gegen die Gesellschafter geltend machen, allerdings nur außerhalb des Insolvenzverfahrens.<sup>119</sup> Nach überwiegender Ansicht in der Literatur soll bei Durchführung eines Insolvenzverfahrens nur der Insolvenzverwalter die Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschafter geltend machen können.<sup>120</sup> Der Grund hierfür liegt in dem Ziel, durch den Insolvenzverwalter eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung zu erreichen. Dieses Ziel wäre gefährdet, wenn die Gläubiger ihre Ansprüche daneben selbst geltend machen würden.<sup>121</sup> Die Vertreter der Literatur ziehen zur Begründung § 93 InsO analog heran.<sup>122</sup> Sie begründen dies damit, daß dem Haftungskonzept des BGH die persönliche Haftung der Gesellschafter zu Grunde liegt und daher ein Rückgriff auf § 93 InsO, der die Personengesellschaften betrifft, möglich sei.

#### d) „FZ“ = II ZR 206/02

Dem vierten Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

*Der Beklagte hielt 50 % an der Autohaus E. GmbH (E), die übrigen Anteile hielten zu 24 % seine Tochter und zu 26 % seine Ehefrau. Die Kläger sind Gläubiger der F.Z. GmbH (FZ). Beide Gesellschaften waren Vertragshändler der B. AG. und betreuten dasselbe Gebiet. In der Folgezeit erwarb die E sämtliche Anteile der FZ. Der Beklagte, der bereits Alleingeschäftsführer der E war, wurde auch zum Alleingeschäftsführer der FZ bestellt. Nach Behauptung der Kläger erwarb er in der Folgezeit die Geschäftsanteile der FZ.*

*Der Vertragshändlervertrag zwischen der FZ und der B. AG wurde vorzeitig einvernehmlich beendet, so daß die FZ nicht mehr in der Lage war, Neufahrzeuge zu verkaufen sowie Originalersatzteile zu erhalten. Ihr Bestand an Fahrzeugen sowie ihre Mitarbeiter gingen auf die E über. Kurz darauf wurde die FZ insolvent, das Insolvenzverfahren wurde mangels Masse nicht eröffnet. Der BGH hob das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies zurück. Das Berufungsgericht hatte den Klägern einen Anspruch wegen Existenzvernichtung zugesprochen.*

#### aa) Wichtigste Neuerungen

Wichtigste Neuerung ist, daß nunmehr nicht nur die Gesellschafter einer GmbH wegen existenzvernichtenden Eingriffs haften können, sondern auch diejenigen Gesellschafter, die Gesellschafter einer Gesellschaft sind, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist, jedenfalls dann, wenn sie einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschafterin ausüben können, sog. Gesellschafter-Gesellschafter.<sup>123</sup>

Der BGH, davon ausgehend daß der Beklagte nicht Gesellschafter der FZ war, begründet dies mit einer Parallele zum Kapitalaufbringungs- und erhaltungsrecht. Dort ist anerkannt, daß „derjenige, der nur über einen Mittels- oder Strohmann an einer Gesellschaft beteiligt ist, genauso wie der unmittelbare Gesellschafter für die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals einzustehen hat. Nur so kann das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Schaffung und Wahrung des Haftungsfonds der Gesellschaft wirksam und praktikabel geschützt werden. Nicht ausreichend wäre es dagegen, die Gläubiger darauf zu verweisen, mögliche Befreiungsansprüche des Vordermanns gegen den Hintermann geltend zu machen. Das Gleiche gilt für den Gesellschafter-Gesellschafter, also denjenigen, der an einer Gesellschafterin der Gesellschaft beteiligt ist. Er wird jedenfalls dann einem Gesellschafter gleichgestellt, wenn er einen

<sup>119</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>120</sup> Altmeyen, ZIP 02, S. 1553 (1660); Westermann, NZG 02, S. 1129 (1137); Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (295); Benecke, BB 03, S. 1190 (1194); Henze, NZG 03, S. 649 (657).

<sup>121</sup> Wahl, S. 65; vgl. LAG Köln ZIP 03, S. 1893 (1896).

<sup>122</sup> Altmeyen, ZIP 02, S. 1553 (1660); Westermann, NZG 02, S. 1129 (1137); Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (295); Benecke, BB 03, S. 1190 (1194); Henze, NZG 03, S. 649 (657).

<sup>123</sup> II ZR 206/02, S. 1 (5-6).

beherrschenden Einfluß auf die Gesellschafterin ausüben kann, etwa aufgrund einer qualifizierten Anteilsmehrheit“.<sup>124</sup>

Diese Grundsätze sind nach dem BGH auch auf die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs anzuwenden, jedenfalls dann, wenn der Gesellschafter über eine zwischengeschaltete Holding einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschaft ausüben kann.<sup>125</sup> Begründet wird dies damit, daß es unbillig wäre, denjenigen, der letztlich die Entscheidungsbefugnis inne hat, mit dem Argument der nur mittelbaren Beteiligung der Haftung zu entziehen. Wer wie ein Gesellschafter handle, müsse sich auch wie ein Gesellschafter behandeln lassen.<sup>126</sup>

Ansonsten gibt es keine nennenswerten Neuerungen. Der BGH geht noch einmal auf die Einstufung der Existenzvernichtungshaftung als Mißbrauchshaftung sowie die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens ein und bestätigt unter Hinweis auf die einschlägige Entscheidung BGHZ 151, S. 181 seine bisherige Ansicht.<sup>127</sup> Folglich hat sich der BGH nachhaltig für das „Mißbrauchsmodell“ entschieden.

### bb) Voraussetzungen

Wie bereits in den beiden vorangegangenen Urteilen<sup>128</sup> stellt der BGH beim Eingriff auf Entzug von Vermögenswerten durch offene oder verdeckte Entnahmen ab. Neu ist aber, daß der Entzug von Geschäftschancen wieder explizit als Eingriffsmodalität erwähnt wird.<sup>129</sup> Durch das ausdrückliche Erwähnen der Geschäftschancen und den Hinweis an das Berufungsgericht, in die erneute Prüfung insbesondere die Übernahme des Kundenstamms ohne etwaigen Ausgleich<sup>130</sup> sowie das Unterlassen der Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs aus § 89 b HGB der FZ gegenüber der B. AG<sup>131</sup> einzubeziehen, ist davon auszugehen, daß der BGH in Zukunft auch andere Verhaltensweisen als den Entzug von Gesellschaftskapital als „Eingriff“ werten wird.<sup>132</sup>

In Bezug auf die Eingriffsfolge spricht der BGH nicht mehr davon „Verbindlichkeiten nicht mehr oder wenigstens teilweise begleichen zu können“, sondern „nicht mehr oder in geringerem Maße erfüllen zu können“.<sup>133</sup> Der Insolvenzgrund des § 17 II 1 InsO ist aber bereits erfüllt, wenn die GmbH nicht in der Lage ist, ihre fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Aus den bereits bei dem KBV-Urteil dargestellten Gründen ist somit von einer Insolvenz als Eingriffsfolge auszugehen.

Der Subsidiaritätsgrundsatz blieb unverändert. Eingefügt worden ist aber eine Haftungsbegrenzung. Diese greift ein, wenn der Gesellschafter nachweist, daß der Gesellschaft im Vergleich zu der Vermögenslage bei einem redlichen Verhalten nur ein begrenzter – und dann in diesem Umfang auszugleichender – Nachteil entstanden ist. Der bloße Umstand, daß die Gesellschaft in eine masselose Insolvenz geraten ist, schließt den Nachweis nicht aus.<sup>134</sup>

### e) „T-BV“ = II ZR 256/02

Dem vorerst letzten Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

*Der Kläger war als Handelsvertreter für die G. GmbH (G) tätig. Der Geschäftsführer der G und ihr mittelbarer Gesellschafter war der Beklagte. Er hielt 94 % der Anteile an der T. BV,*

<sup>124</sup> II ZR 206/02, S. 1 (6).

<sup>125</sup> II ZR 206/02, S. 1 (6).

<sup>126</sup> II ZR 206/02, S. 1 (6).

<sup>127</sup> II ZR 206/02, S. 1 (5, 7).

<sup>128</sup> BGHZ 150, S. 61; BGHZ 151, S. 181.

<sup>129</sup> II ZR 206/02, S. 1 (5).

<sup>130</sup> II ZR 206/02, S. 1 (9).

<sup>131</sup> II ZR 206/02, S. 1 (10).

<sup>132</sup> Vgl. Gehrlein, BB 05, S. 613 ff.

<sup>133</sup> II ZR 206/02, S. 1 (5).

<sup>134</sup> II ZR 206/02, S. 1, 2. Leitsatz.

die wiederum Alleingesellschafterin der T. GmbH (T) war, diese wiederum hielt 53,44 % der G. Die G hatte gegen ihre ausländischen Vertriebstöchter offene Forderungen, die auf 3,8 Mio. DM angewachsen waren. Die G veräußerte in der Folgezeit, vertreten durch den Beklagten, ihren gesamten – bereits vorher an ihre Hausbank zur Sicherung übereigneten – Fertigwarenbestand zum Preis von ca. 3,6 Mio. DM und kurz darauf ihre ebenfalls sicherungsübereigneten Rohmaterialien zum Preis von ca. 1,6 Mio. DM an die H. GmbH, welche nicht zahlte und kurz darauf am 1.12.1995 in Konkurs ging. Vorher war bereits die G am 14.7.1994 in Konkurs gegangen, das Verfahren wurde mangels Masse eingestellt. Der Kläger verlangte offenstehende Provisionsforderungen gegen die G in Höhe von 128.000 DM. Der BGH hob das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies zurück. Das Berufungsgericht hatte eine Haftung des Beklagten nach den Grundsätzen des qualifiziert faktischen Konzerns angenommen.

### aa) Wichtigste Neuerungen

Das Urteil brachte selbst keine Neuerungen mit sich, sondern verwies lediglich auf die bisher ergangenen Entscheidungen, insbesondere auf das FZ-Urteil.

### bb) Voraussetzungen

Durch dieses Urteil präzisiert der BGH den Eingriff. Ausdrücklich nimmt er reine Managementfehler aus dem Eingriff heraus. Es sei ein gezielter, betriebsfremden Zwecken dienender Eingriff in das Gesellschaftsvermögen erforderlich.<sup>135</sup> Ferner genüge es nicht, daß der Eingriff nur gegenüber einem Gläubiger „wirkt“, wie im Fall des Entzugs des Sicherungsgutes, sondern er müsse in den der Befriedigung aller Gläubiger dienenden Haftungsfonds erfolgen.<sup>136</sup> Allerdings stellt der BGH klar, daß ein Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung sich auch erst aus der Gesamtheit von mehreren nachteiligen Maßnahmen ergeben könne. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der Gesellschaft Geschäftschancen und Ressourcen derart entzogen würden, daß ihr Zusammenbruch vorprogrammiert sei. Dies gelte aber nur, solange noch wirtschaftlich verwertbare Chancen bestünden.<sup>137</sup>

Bezüglich der Voraussetzungen der Existenzvernichtung, der Subsidiarität sowie der Haftungsbegrenzung verwies der BGH auf das Urteil II ZR 206/02.<sup>138</sup>

## B) Die Ansichten in der Literatur

### 1) Lehre von der Treuepflichtverletzung

Die Lehre von der Treuepflichtverletzung geht ursprünglich auf Ulmer zurück,<sup>139</sup> ihr schlossen sich viele Vertreter der Literatur an.<sup>140</sup> Diese Lehre versteht die Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung in Form eines Schadenersatzanspruchs der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter, die darauf basiert, daß der oder die Gesellschafter die gegenüber seiner/ihrer Gesellschaft bestehende Treuepflicht verletzt(en).

Diese Treuepflicht wird wie folgt begründet: Zu den Interessen der Gesellschaft zähle es auch, ihre Verbindlichkeiten beglichen zu können.<sup>141</sup> Diesem Interesse stehe eine Treue-

<sup>135</sup> II ZR 256/02, S. 1, 1. Leitsatz.

<sup>136</sup> II ZR 256/02, S. 1, 2. Leitsatz.

<sup>137</sup> II ZR 256/02, S. 1 (10).

<sup>138</sup> II ZR 256/02, S. 1 (10).

<sup>139</sup> Ulmer, ZHR 148, S. 391 (416 ff.).

<sup>140</sup> Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3580); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2026); Priester, ZGR 93, S. 512 (521 ff.); Winter, ZGR 94, S. 570 (585); ders. Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 202 ff..

<sup>141</sup> Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2026).

pflicht der Gesellschafter, dieses Interesse zu achten, gegenüber.<sup>142</sup> Dabei gibt es zwei unterschiedliche Richtungen innerhalb dieser Lehre, welche sich aber nicht inhaltlich, sondern nur terminologisch voneinander unterscheiden. Die einen sprechen von Haftung wegen Treuepflichtverletzung,<sup>143</sup> die anderen von Verletzung des mitgliedschaftlichen Sonderrechtsverhältnisses.<sup>144</sup>

Entgegen der Ansicht des BGH, der bei der Einmann-GmbH bzw. einverständlich handelnden Gesellschaftern keine Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft annimmt,<sup>145</sup> ist nach dieser Lehre auch in diesen Fällen eine Treuepflicht gegeben. Begründet wird dies damit, daß die GmbH ein „Eigeninteresse“ daran habe, ihre Verbindlichkeiten begleichen zu können. Da dieses Interesse der GmbH zustehe, bestehe es unabhängig vom Willen der Gesellschafter. Aufgrund der Treuepflicht seien die Gesellschafter verpflichtet, dieses „Eigeninteresse“ ihrer Gesellschaft zu achten.<sup>146</sup>

Nach Winter wurzelt das Verbot der „kalten Liquidation“ in diesem „Eigeninteresse“. Das Verbot besagt, daß die Gesellschafter die Gesellschaft zwar liquidieren könnten, aber nur unter Beachtung der gesetzlichen Liquidationsvorschriften. Um eine Umgehung dieser Liquidationsvorschriften zu verhindern, bestehe die Pflicht der Gesellschafter, alle Maßnahmen, die die Liquidation der Gesellschaft auf andere als im Gesetz vorgesehene Weise herbeiführten, zu unterlassen.<sup>147</sup>

Insgesamt ist nach den Vertretern der Lehre von der Treuepflichtverletzung auch bei der Einmann-GmbH oder bei einverständlich zusammenwirkenden Gesellschaftern eine Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft gegeben.

Nicht einig sind sich die Vertreter dieser Lehre darüber, was unter „Verletzung der Treuepflicht“ zu subsumieren sei, insbesondere ob auch andere Verhalten als die Entnahme von Vermögen, beispielsweise Risikogeschäfte, tatbestandsmäßig seien. So sieht Fleck, ausgehend von einem aus Sinn und Zweck der Kapitalschutzvorschriften der §§ 30 ff. GmbHG abgeleiteten Verbot der Kapitalentnahme, nur die Entnahme von Kapital als tatbestandsmäßig an.<sup>148</sup>

Etwas anderes gelte nur dann, wenn nach der besonderen Lage des Einzelfalls eine andere Disposition einer Auszahlung an Gesellschafter iSd § 30 GmbHG gleichkomme.<sup>149</sup> Die übrigen Vertreter sehen auch in anderen Verhaltensweisen ein tatbestandsmäßiges Verhalten.<sup>150</sup>

Auch ist nicht abschließend geklärt, ob die Insolvenz der Gesellschaft Folge der tatbestandsmäßigen Handlung sein muß. Mülbart läßt bereits existenzbedrohende Maßnahmen ausreichen,<sup>151</sup> hingegen verlangt Ulmer die Insolvenz.<sup>152</sup>

Da es sich um eine Schadensersatzhaftung handelt, ist ein Verschulden erforderlich, wobei der allgemeine Maßstab des § 276 I 1 BGB gilt.<sup>153</sup>

Letztlich sind sich auch die Vertreter der Lehre der Treuepflichtverletzung wohl darüber einig, daß die Haftung subsidiär zu §§ 30, 31 GmbHG ist.<sup>154</sup>

Rechtsfolge der Lehre von der Treuepflichtverletzung ist keine unbeschränkt persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern eine Schadensersatz-

<sup>142</sup> vgl. Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (408).

<sup>143</sup> Winter, ZGR 94, S. 570 (592); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2027).

<sup>144</sup> Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3580); ders. GesR, S. 1145; Priester, ZGR 93, S. 512 (521 ff.).

<sup>145</sup> BGHZ 122, S. 333 (336).

<sup>146</sup> Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2026).

<sup>147</sup> Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 205 (214 f.).

<sup>148</sup> Fleck, ZGR 90, S. 31 (42).

<sup>149</sup> Fleck, ZGR 90, S. 31 (42).

<sup>150</sup> Ulmer, FS-Pfeiffer, S. 853 (868); Winter, ZGR 94, S. 570 (591), der die weite Auslegung damit begründet, daß das Verbot der existenzvernichtenden Maßnahme nicht auf einer extensiven Auslegung des § 30 GmbHG beruht, sondern auf dem Verbot der „kalten Liquidation“.

<sup>151</sup> Mülbart, DStR 01, S.1937 (1942).

<sup>152</sup> Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2028).

<sup>153</sup> Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2028).

<sup>154</sup> Vgl. Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2028); Röhrich, FS-BGH, S. 114f.; Winter, ZGR 94, S. 570 (592).



satzpflicht der Gesellschafter gegenüber ihrer Gesellschaft, den durch den existenzvernichtenden Eingriff entstandenen Schaden zu ersetzen.<sup>155</sup> Falls die GmbH ihren Anspruch wegen Insolvenz nicht mehr geltend machen kann, übernimmt dies im Insolvenzverfahren der Insolvenzverwalter.<sup>156</sup> Ist die Gesellschaft masselos, steht den geschädigten Gläubigern gegen den/die Gesellschafter ein eigenes Verfolgungsrecht analog den aktienrechtlichen Vorschriften nach §§ 62 II, 93 V, 116, 117 V, 309 IV 3, 310 IV, 317 IV, 318 IV AktG zu, so daß sie nicht auf eine Pfändung und Überweisung des Anspruchs der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter angewiesen sind.<sup>157</sup>

## 2) Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung

### und/oder Unterkapitalisierung

Bitters Ansicht ist der des BGH sehr ähnlich. Er nimmt eine Durchgriffshaftung durch teleologische Reduktion des § 13 II GmbHG an, die zu einer persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten analog §§ 105, 128 HGB führt.<sup>158</sup>

Allerdings war er der erste, der sich für eine Durchgriffshaftung aussprach, in dem er bereits das „TBB“-Urteil als solche deutete.<sup>159</sup> Nach Bitter ist Haftungsgrund die objektiv-zweckwidrige Verwendung der Haftungsbeschränkung nach § 13 II GmbHG durch die Gesellschafter. Eine haftungsbeschränkende Norm könne nur auf die Fälle angewandt werden, die innerhalb ihres Zwecks liegen.<sup>160</sup> Wird der Geltungsbereich der Norm, der durch ihren Zweck definiert wird, überschritten, sei die Norm im Wege teleologischer Reduktion nicht zu berücksichtigen.<sup>161</sup> Bitter begründet den Durchgriff aber nicht wie der BGH mit einem Mißbrauch der GmbH und einem damit gegebenen Verstoß gegen § 242 BGB, sondern mit der Normzwecklehre.<sup>162</sup> Die Normzwecklehre ist zwar nur ein Unterfall des allgemeinen Mißbrauchstatbestandes,<sup>163</sup> dennoch ist sie nach Bitter als Begründungsansatz besser geeignet, da sie die objektive Anknüpfung stärker verdeutliche als der Mißbrauchstatbestand, der sowohl objektiv als auch subjektiv verstanden werden kann.<sup>164</sup>

Voraussetzung für eine Haftung sei stets eine Untersuchung des konkreten Einzelfalls, aus der sich ergeben muß, daß die Fallkonstellation nicht mit dem Zweck der haftungsbeschränkenden Norm vereinbar sei. Eine anerkannte Fallgruppe ist die Vermögensvermischung.<sup>165</sup> Bitter sieht aber noch eine weitere Fallgruppe. Davon ausgehend, daß die Haftungsbeschränkung des GmbH-Rechts auf einer angemessenen Risikoteilung zwischen Gesellschaftern und Gläubigern beruhe und daß es den Gesellschaftern deshalb nicht erlaubt sei, einseitig auf Kosten der Gläubiger zu spekulieren, könne, wenn den Gläubigern durch eine Unterkapitalisierung oder auf andere Weise ein übermäßiges nicht mehr mit Sinn und Zweck der Haftungsbeschränkung zu vereinbarendes Insolvenzrisiko aufgebürdet wird, eine Haftung der Gesellschafter durch teleologische Reduktion des § 13 II GmbHG erfolgen.<sup>166</sup>

Folge der Gesellschafterhandlung muß eine Insolvenzwahrscheinlichkeit sein. Diese bemesse sich wie folgt: Grundsätzlich seien die Gläubiger bereit, ein Ausfallrisiko von 5 –10 % zu

<sup>155</sup> Priester, ZGR 93, S. 512 (533); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2028).

<sup>156</sup> Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2027).

<sup>157</sup> Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2029); Schmidt, GesR, S. 245; Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1563).

<sup>158</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2139).

<sup>159</sup> Bitter/Bitter, BB 96, S. 2153 (2159); Bitter, ZIP 01, S. 265 (272).

<sup>160</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2139).

<sup>161</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2139).

<sup>162</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 90 ff. und 100 ff..

<sup>163</sup> Ulmer, FS-Duden, S. 661 (678).

<sup>164</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2139).

<sup>165</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 103 ff..

<sup>166</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2140).

tragen.<sup>167</sup> Sobald dieser Wert deutlich überschritten würde, liege ein Spekulieren zu Lasten der Gläubiger und damit eine Insolvenzwahrscheinlichkeit vor.<sup>168</sup>

Rechtsfolge ist eine persönliche Haftung der Gesellschafter nach §§ 128, 105 HGB analog. Auch wenn Bitter eine teleologische Reduktion des § 13 II GmbHG anwendet, soll dennoch strikt zwischen Verbindlichkeiten der Gesellschaft und solchen der Gesellschafter unterschieden werden. Um die Gesellschafter haftbar zu machen, bedarf es somit der Haftungserstreckungsnormen §§ 128, 105 HGB.<sup>169</sup>

Der Durchgriffsanspruch steht aber nach Bitter nicht jedem zu. Vielmehr unterscheidet er nach Gläubigergruppen. Bitters Durchgriffsmodell ermöglicht zum einen die Differenzierung nach der Schutzwürdigkeit der Gläubigergruppe, zum anderen reduziert es die Haftung der vom Durchgriff betroffenen Gesellschafter, da diese nur einzelnen Gläubigern gegenüber verantwortlich sind und nicht den gesamten Ausfall tragen müssen. Bitter unterteilt dabei in freiwillige und unfreiwillige Gläubiger. Freiwillige Gläubiger seien Gläubiger, die vor dem Schadensfall in geschäftlichem Kontakt zur GmbH standen.<sup>170</sup> Ihnen sei der Durchgriff dann versagt, wenn sie das Risiko bei Geschäftsabschluß übernommen haben oder eine Eigensicherung, etwa durch Kreditsicherheiten, unterlassen haben, da ansonsten jeder Anreiz zur Eigensicherung verloren ginge.<sup>171</sup> Etwas anderes gelte bei Dienstleistungsgläubigern, da diese keine effiziente Möglichkeit der Eigensicherung hätten, ihnen stehe daher der Durchgriffsanspruch zu. Ebenfalls stünde den unfreiwilligen Gläubigern, etwa Deliktsgläubigern, wegen fehlenden Versicherungsschutzes ein Durchgriffsanspruch zu.<sup>172</sup> Diese bei der Innenhaftung nicht mögliche Unterteilung sei aus ökonomischer Sicht wünschenswert.<sup>173</sup>

### 3) Organhaftung

Nach Wilhelm handelt es sich beim existenzvernichtenden Eingriff um eine Schadensersatzhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft aus Sorgfaltspflichtverletzung, die auf dem Gedanken basiert, daß die GmbH ein eigenständiges, gegenüber den Gesellschaftern fremdes Rechtssubjekt ist, dessen Rechte die Gesellschafter zu achten haben.<sup>174</sup>

Wilhelm geht davon aus, daß das GmbH-Recht defizitär ist. Folge der defizitären Rechtslage sei die Möglichkeit der Gesellschafter, einerseits unbeschränkt durch die GmbH hindurch und mit ihrer Hilfe zum eigenen Vorteil zu handeln, andererseits sich bezüglich der Risiken aber hinter der GmbH „verstecken“ zu können.<sup>175</sup> Dies könne zu einer Haftung aus § 826 BGB führen, welche aufgrund der dort gegebenen Beweisschwierigkeiten keine Lösung darstelle.<sup>176</sup> Da Wilhelm davon ausgeht, daß in diesem Rechtszustand selbst der Mißbrauch der GmbH geradezu angelegt sei, müsse dem Mißbrauch die Grundlage entzogen werden.<sup>177</sup> Erforderlich sei dies, weil durch den Mißbrauch nicht nur die Gesellschaft getroffen würde, sondern insbesondere die außenstehenden Gläubiger.<sup>178</sup> Dabei will Wilhelm nur diejenigen Gesellschafter einem Willkürverbot unterstellen, die als Einzelpersonen über die Geschicke der Gesellschaft entscheiden, insbesondere die Einmann-Gesellschafter, weil diese „in Person aber nicht allein für ihre Person entscheiden“. Solche Gesellschafter müßten die Sorgfalt eines

<sup>167</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 197 ff..

<sup>168</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2141).

<sup>169</sup> Vgl. Ulmer, JZ 02, S. 1049 (1050).

<sup>170</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2140).

<sup>171</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2140); Kübler, FS-Heinsius, S-397 (403).

<sup>172</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2141).

<sup>173</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2141).

<sup>174</sup> Wilhelm, NJW 03, S. 175 (179); ders. Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 285 ff..

<sup>175</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 334.

<sup>176</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 334; vgl. BGHZ 31, S. 258 (278-9).

<sup>177</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 334-335.

<sup>178</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 335.

ordentlichen Kaufmanns iSv § 43 GmbHG bei ihren Entscheidungen anwenden und für die Verletzung dieser Sorgfalt einstehen.<sup>179</sup>

Die Sorgfaltspflicht begründet Wilhelm mit dem Grundsatz, daß jede fremdbezogene Machtausübung pflichtgebunden sei.<sup>180</sup> Dabei geht Wilhelm davon aus, daß jede Geschäftsführung für andere pflichtgebunden ist, auch das Handeln eines Organs für die juristische Person. Nehmen daher die Personen, insbesondere die Gesellschafter Organmacht für sich in Anspruch, dann müsse sie nach dem Rechtsgrundsatz der Pflichtengebundenheit fremdbezogener Machtausübung die Vertreter- oder Organverantwortlichkeit treffen. Diese Pflicht gelte für alle Personen, die innerhalb der GmbH Organmacht ausüben.<sup>181</sup>

Diese Sorgfaltspflicht folge aus dem materiellen Inhalt der GmbH-Regelungen, wonach das Vermögensbindungssystem gesetzlicher Ausdruck der Fremdheit des Vermögens juristischer Personen sei.<sup>182</sup> Es bestehe somit eine klare Trennung zwischen dem Vermögen der GmbH und dem der Gesellschafter. Die Gesellschafter seien in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen bloße „Verwalter“.<sup>183</sup> Zwar bestehe somit eine Sorgfaltspflicht der Gesellschafter in Bezug auf Entscheidungen über das Vermögen der Gesellschaft, doch sei diese noch nicht präzise genug.

Um die Reichweite der Pflicht sowie deren Inhalt zu präzisieren, bemüht Wilhelm den Gedanken der *negotiorum gestio*, der Verantwortlichkeit für die Verwaltung fremden Vermögens.<sup>184</sup>

Es heißt: „Für die Gesellschafter ist das Vermögen der Gesellschaft im Rahmen der §§ 30 ff. GmbHG und der Vorschriften über eine geordnete Liquidation fremdes Vermögen. Greifen sie in dieses Vermögen ein, ist ihnen ihr Verhalten im Sinne der Verantwortlichkeit für die Verwaltung fremden Vermögens zuzurechnen.“<sup>185</sup> Zu den Verwaltungspflichten gehöre auch die Pflicht zur Rechenschaftsablegung, §§ 666, 675, 713 BGB. Soweit die Gesellschafter das Vermögen verloren hätten, müßten sie mittels der gesetzlichen Rechnungslegung hierüber Rechenschaft ablegen. Falls sie nicht beweisen könnten, daß sie kein Verschulden am Verlust des Vermögens treffe, hafteten sie der Gesellschaft.<sup>186</sup> Die Sorgfaltspflicht wird somit in eine Rechenschaftspflicht präzisiert bezüglich des Verbleibs des Vermögens.

Haftungsvoraussetzung ist daher der willkürliche Eingriff in das Vermögen der Gesellschaft. Dieser ist dann gegeben, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns iSv § 43 GmbHG angewandt wurde und die Gesellschafter somit keine Rechenschaft über den Verbleib des Vermögens ablegen können. Ferner ist ein Verschulden erforderlich. Rechtsfolge ist ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter. Dieser folgt für nach der Schuldrechtsreform angesiedelte Sachverhalte aus §§ 280, 311 II, 241 II BGB.<sup>187</sup> Für davor liegende Sachverhalte wird auf die pVV abzustellen sein. Anspruchsinhaber ist die Gesellschaft, kann sie ihren Anspruch im Insolvenzverfahren nicht mehr geltend machen, nimmt dies der Insolvenzverwalter für sie vor. Allerdings können die Gläubiger den Anspruch analog aktienrechtlicher Regelungen außerhalb des Insolvenzverfahrens selbst geltend machen.<sup>188</sup>

<sup>179</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 335 a.E..

<sup>180</sup> Flume, Rechtsgeschäft, S. 9, 786; Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 337.

<sup>181</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 337.

<sup>182</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 338.

<sup>183</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 338.

<sup>184</sup> Wilhelm, NJW 03, S. 175 (179).

<sup>185</sup> Wilhelm, NJW 03, S. 175 (179).

<sup>186</sup> Wilhelm, NJW 03, S. 175 (179-180).

<sup>187</sup> Wilhelm, NJW 03, S. 175 (179).

<sup>188</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 361.

#### 4) Vermögensvermischung und gröblicher Sorgfaltspflichtverstoß

Altmeppen hat ein zweigleisiges Haftungsmodell entwickelt. Im Fall von Vermögensvermischung nimmt Altmeppen genauso wie die h.M. eine Durchgriffshaftung an. Altmeppen begründet die Durchgriffshaftung aber mit einer Beweislastumkehr zu Lasten der Gesellschafter über Art und Umfang des Erstattungsanspruchs.<sup>189</sup> Bei sorgfaltswidrigen Eingriffen greift Altmeppen Wilhelm's Gedanken von der Sorgfaltshaftung auf und nimmt eine Innenhaftung aufgrund § 43 GmbHG, §§ 93 V2, 3 AktG analog an.<sup>190</sup>

##### a) Vermögensvermischung

Im Falle der Vermögensvermischung nimmt Altmeppen eine unbegrenzte persönliche Gesellschafterhaftung an.<sup>191</sup> Vermögensvermischung liege aber nicht bereits dann vor, wenn die Gesellschafter gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz verstoßen, indem sie Vermögen der Gesellschaft entnehmen. Erforderlich sei, daß durch Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen, die mangels Isolierbarkeit dem Einzelausgleich nicht zugänglich seien, eine Undurchsichtigkeit und Unübersichtlichkeit der Vermögensverhältnisse geschaffen werde, die das Eingreifen der Kapitalschutzvorschriften nach §§ 30 ff. GmbHG vereiteln.<sup>192</sup>

Eine Vermögensvermischung könne vorliegen, wenn die Gesellschafter der Gesellschaft Vermögen in nennenswertem Umfang entzögen und die Gesellschaft dadurch in die Insolvenz „getrieben“ werde. Der durch die Insolvenz entstehende Folgeschaden gehe weit über den entzogenen Betrag hinaus und sei im einzelnen nicht feststellbar.<sup>193</sup>

Da die Gesellschafter das Eingreifen der Kapitalschutzvorschriften selbst durch ihren rechtswidrigen Eingriff verletzt hätten, sei es gerechtfertigt, ihnen die Entlastungsbeweislast bezüglich Art und Umfang des Erstattungsanspruchs der GmbH aufzuerlegen. Diesen Entlastungsbeweis könnten sie aber nicht führen, weil ihr Eingriff die „Kontrolle“ über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft vereitelt habe. Dies sei letztlich der Grund für ihre persönliche unbeschränkte Haftung. Die gleiche Beweislastumkehr treffe die Gesellschafter hinsichtlich eines Verschuldens.

Insgesamt sei die „Durchgriffshaftung“ wegen Vermögensvermischung daher nur eine Beweislastumkehr zu Lasten der Gesellschafter.<sup>194</sup> Die Direkthaftung der Gesellschafter folge aus §§ 128, 129 HGB analog.<sup>195</sup> Der Anspruch sei im Insolvenzverfahren in Anlehnung an § 93 InsO nur vom Insolvenzverwalter geltend zu machen, weil die Situation der von Gesellschaftern einer insolventen Personengesellschaft vergleichbar sei. Außerhalb des Insolvenzverfahrens seien die Gesellschaftsgläubiger direkt zur Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen die Gesellschafter berechtigt.<sup>196</sup>

##### b) Gröbliche Sorgfaltspflichtverletzung

Bei dem anderen Haftungsmodell Altmeppens handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter wegen pflichtwidriger Fremdgeschäftsführung.<sup>197</sup> Dabei greift Altmeppen die Lehre von Wilhelm wieder auf.

Ihr „dogmatischer“ Anknüpfungspunkt, wonach derjenige, der fremde Geschäfte führt, nach dem jeweils vereinbarten oder gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab für Pflichtverletzungen hafte,

<sup>189</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1558-9).

<sup>190</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1562), ders. ZIP 02, S. 961 (966).

<sup>191</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1558).

<sup>192</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1558).

<sup>193</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1559).

<sup>194</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1563).

<sup>195</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1559).

<sup>196</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1563).

<sup>197</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1562); ders. ZIP 02, S. 961 (966); ders. ZIP 01, S. 1837 (1844-5); ders. DB 00, S. 657 (659).

sei zwar richtig, jedoch nicht ausreichend.<sup>198</sup> Zutreffend herausgearbeitet habe Wilhelm den Umstand, daß auch der Einmann-Gesellschafter-Geschäftsführer sowie die einverständlich handelnden Gesellschafter stets ein fremdes Geschäft bei der Vornahme von Geschäften ihrer Gesellschaft führten.<sup>199</sup> Wilhelms Lehre gehe aber fehl, weil sie allein an § 43 GmbHG anknüpfe. Sie übersehe dabei, daß die Geschäftsführerhaftung aus § 43 II GmbHG disponibel, also verzichtbar, sei.<sup>200</sup> Denn es entspreche der h.M., daß der Geschäftsführer dann der Gesellschaft nicht nach § 43 II GmbHG haftet, wenn an ihn aufgrund eines wirksamen Gesellschafterbeschlusses eine Weisung erfolgt ist.<sup>201</sup> Der BGH hat sogar entschieden, daß sich der Geschäftsführer selbst dann von einer Haftung gegenüber der Gesellschaft freizeichnen kann, wenn das Stammkapital nicht gedeckt ist.<sup>202</sup> Eine Ausnahme bildet nur die Einlagenrückgewähr, diese ist nach überwiegender Meinung indisponibel.<sup>203</sup> Somit sei die Lehre Wilhelms vom Ansatz her zutreffend, in der Praxis aber nicht von Nutzen aufgrund der Möglichkeit, sich von einer Haftung freizuzeichnen. Beispielsweise könnten der Einmann-Gesellschafter-Geschäftsführer, der auf Weisung handelnde Geschäftsführer und die einverständlich handelnden Gesellschafter sich von einer Haftung durch einen vorangegangenen Gesellschafterbeschuß befreien.

Um dieses Problem zu lösen, geht Altmeyen von einer Indisponibilität der Sorgfaltshaftung der Geschäftsführer nach § 43 II GmbHG aus. Eine generelle Indisponibilität der Sorgfaltshaftung, indem § 43 Abs. 3 S. 2 u. 3 wie ein Abs. 5 GmbHG gelesen werden, lehnt Altmeyen ab.<sup>204</sup> Ein solcher Weg verstoße zum einen gegen den Gesetzeswortlaut des § 43 GmbHG,<sup>205</sup> zum anderen führe er zu einem Wertungswiderspruch, da sie den Geschäftsführer einer GmbH strenger haften ließe als den Vorstand einer AG, dessen Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen nach § 93 AktG durch einen wirksamen Hauptversammlungsbeschuß ausgeschlossen werden kann.<sup>206</sup>

Vielmehr sieht Altmeyen die Lösung in einer Indisponibilität der Sorgfaltshaftung „für besondere Sorgfaltspflichtverletzungen“. Dies erreicht Altmeyen, indem er sowohl auf den Geschäftsführer als auch auf den herrschenden Gesellschafter § 93 V 2 u. 3 AktG analog anwendet und unter den dort genannten Voraussetzungen eine Indisponibilität der Haftung annimmt.<sup>207</sup> Erforderlich seien zwei Kriterien, die kumulativ vorliegen müßten:

Zum einen müsse es sich um einen sog. „gröblichen“ Sorgfaltsverstoß im Sinne der Verletzung des Mindeststandards ordnungsgemäßen unternehmerischen Verhaltens handeln, zum anderen müsse die Geschäftsleiterhaftung zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sein. Gewöhnliche Verstöße würden hingegen nicht erfaßt.<sup>208</sup> Dies stelle keine ungerechtfertigte Durchbrechung der Haftungsbeschränkung in der GmbH dar, denn auch der Einmann-Gesellschafter müsse die Gläubigerinteressen insoweit achten, als er den Mindeststandard ordnungsgemäßen unternehmerischen Verhaltens nicht zu Lasten der Gläubiger ignorieren dürfe.<sup>209</sup> Vielmehr dürften die Gläubiger darauf vertrauen, daß das für ihre Befriedigung erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht durch einen solchen gröblichen Verstoß vernichtet werde.

<sup>198</sup> Altmeyen, ZIP 01, S. 1837 (1843-4).

<sup>199</sup> Altmeyen, ZIP 01, S. 1837 (1843).

<sup>200</sup> Altmeyen, DB 00, S. 657 (659); ders. ZIP 01, S. 1837 (1844).

<sup>201</sup> Baumbach/Hueck/I-Zöllner, § 43 Rdn. 28; Lutter/Hommelhoff-Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rdn. 22; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 43 Rdn. 28; Hachenburg-Mertens, § 43 Rdn. 69.

<sup>202</sup> BGH NJW 00, S. 1571.

<sup>203</sup> BGH NJW 00, S. 1571; Scholz-Schneider, GmbHG, § 43 Rdn. 187; Fleck, GmbHR 74, S. 224 (227).

<sup>204</sup> Altmeyen, ZIP 01, S. 1837 (1844).

<sup>205</sup> Altmeyen, ZIP 01, S. 1837 (1844).

<sup>206</sup> Siehe unten, III A a a ccc (3).

<sup>207</sup> Altmeyen, DB 00, S. 657 (661); ders. ZIP 01, S. 1837 (1845); vgl. auch Burgard, ZIP 02, S. 827 (839).

<sup>208</sup> Altmeyen, DB 00, S. 657 (661); ders. ZIP 01, S. 1837 (1845).

<sup>209</sup> Altmeyen, ZIP 01, S. 1837 (1845).

Haftungsvoraussetzung ist demnach zunächst ein gröblicher Sorgfaltsverstoß durch den Geschäftsführer oder herrschenden Gesellschafter, begehen beide den Verstoß, sind sie Gesamtschuldner.<sup>210</sup> Aufgrund des sorgfaltswidrigen Verhaltens muß Gesellschaftskapital, das zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich war, vernichtet worden sein.

In Bezug auf die Beweislast genüge es, wenn man dem „eingreifenden“ Geschäftsführer oder beherrschenden Gesellschafter eine irgendwie geartete Beteiligung an einer gröblich sorgfaltswidrigen Geschäftsführung iS eines Verstoßes gegen den Mindeststandard unternehmerischen Verhaltens beweisen könne, dann gelte die zu diesem Zeitpunkt noch solvente Gesellschaft als in die Insolvenz geführt.<sup>211</sup> Rechtsfolge ist ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter. Anspruchsgrundlage ist die Organhaftung analog § 43 GmbHG, § 93 V 2 u. 3 AktG. Der Anspruch ist im Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter geltend zu machen. Falls dies mangels Masse abgelehnt wird, haben die Gläubiger analog § 62 II, § 93 V, §§ 116, 117 V, § 309 V 3, § 310 IV, § 317 IV, § 318 IV AktG die Möglichkeit den Anspruch selbst gegen den Geschäftsführer oder beherrschenden Gesellschafter geltend zu machen.<sup>212</sup>

## 5) Haftung nach Deliktsrecht

Anknüpfend an die Urteilsbegründung des BGH im KBV-Urteil, in dem der BGH das Außerkraftsetzen des Grundsatzes der Vermögenstrennung oder des Grundsatzes der Vermögensbindung als Grundlage für die Existenzvernichtungshaftung nannte,<sup>213</sup> teilt Haas die Existenzvernichtungshaftung in eben die zwei Mißbrauchsalternativen der Verletzung der Vermögenstrennung oder der Vermögensbindung ein. Ausgehend von dieser Einteilung spricht sich Haas für eine deliktische Begründung der Existenzvernichtungshaftung aus. Er begründet seine Ansicht damit, daß sich eine solche Haftung vergleichsweise „frikionsfrei“ in das gesellschaftsrechtliche Haftungsmodell integrieren ließe und die deliktische Haftung auch das Rechtsfolgensystem der Existenzvernichtungshaftung ohne weiteres aufnehme.<sup>214</sup> Als Anspruchsgrundlage komme neben § 826 BGB insbesondere § 823 II BGB iVm einem Schutzgesetz in Betracht.<sup>215</sup>

In der Mißbrauchsalternative der Vermögenstrennung würden sich als Schutzgesetz die §§ 283 I Nr.5-7, 283 b StGB geradezu „aufdrängen“, da die Vorschriften einen unmittelbaren Bezug zur Rechnungslegung und damit zur Vermögenstrennung aufwiesen.<sup>216</sup> Außerdem würde durch Anwendung der StGB Vorschriften kein gesellschaftsrechtliches Problem auf die deliktische Generalklausel des § 826 BGB verlagert. Letztlich bringe dieser Ansatz den Vorteil mit sich, daß Geschäftsführer sowie Gesellschafter nach den gleichen Vorschriften haften, denn auch wenn sich die StGB Normen über § 14 StGB an den Geschäftsführer richteten, so hafte der Gesellschafter über § 830 BGB als Mittäter mit. Dies folge daraus, daß der Gesellschafter in den Fällen der Existenzvernichtungshaftung mit dem Geschäftsführer zusammenwirken müsse.<sup>217</sup>

Die Mißbrauchsalternative der Vermögensbindung löst Haas über § 823 II BGB iVm § 73 I GmbHG. Der Einwand, daß § 73 GmbHG sich nur an Liquidatoren wende, greife nicht, weil § 73 GmbHG eine Rückerstattungspflicht des Gesellschafters begründe. Diese Rückerstattungspflicht des Gesellschafters bestehe nicht erst mit beschlossenen Liquidationsverfahren,

<sup>210</sup> Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1845).

<sup>211</sup> Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1846).

<sup>212</sup> Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1846).

<sup>213</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>214</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1940).

<sup>215</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1940).

<sup>216</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1940).

<sup>217</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1940).

sondern bereits vorher. Denn wenn das Gesetz bestimmte Verfahren zur Beendigung der Gesellschaft zur Verfügung stelle, dann könne sich der Gesellschafter diesen gesetzlichen Regelungen über die Beendigung der Gesellschaft nicht durch eine „kalte Liquidation“ entziehen.<sup>218</sup>

### C) Bewertung der verschiedenen Ansichten

Im folgenden sollen die unter A und B dargestellten Ansichten bewertet, sowie dargestellt werden, welchem Ansatz für die Begründung der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff der Vorzug zu geben ist.

#### 1) Das Durchgriffsmodell des BGH

Der BGH versteht den existenzvernichtenden Eingriff als Durchgriffshaftung.<sup>219</sup> Diese begründet er mit dem Mißbrauch der juristischen Person und dem daraus resultierenden Verlust des Haftungsprivilegs des § 13 II GmbHG. Tathandlung ist ein Zugriff der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen unter Mißachtung der angemessenen Rücksichtnahme auf die Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Rechtsfolge ist eine unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, die allerdings subsidiär ist, sofern der der Gesellschaft entstandene Nachteil bereits nach den §§ 30 ff. GmbHG beseitigt werden kann. Da strikt zwischen Verbindlichkeiten der Gesellschafter und Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu trennen ist, bedarf es noch einer Haftungserstreckungsnorm, um die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu begründen. Diese sieht der BGH in §§ 128, 105 HGB analog.<sup>220</sup>

An den Ansatz der BGH knüpfen zwei Fragen an. Erstens, ob dieser Ansatz überhaupt zu begründen ist und zweitens, ob er auch „dogmatisch“ haltbar ist.

#### a) Begründbarkeit der Haftung

Die Begründbarkeit des BGH-Ansatzes hängt primär davon ab, daß Gesellschafter einer GmbH unter bestimmten Voraussetzungen persönlich den Gesellschaftsgläubigern für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft haften können. Damit ist zunächst zu fragen, ob bereits die Ausgestaltung der GmbH als juristische Person per se zwingend zu einem Haftungsausschluß ihrer Gesellschafter führt. Die juristischen Personen der Genossenschaft und der KGaA kennen durchaus eine Haftung ihrer Mitglieder für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Allein aus der Eigenschaft der GmbH als juristische Person läßt sich somit ein Haftungsausschluß betreffend ihrer Gesellschafter nicht begründen.<sup>221</sup>

Vielmehr hängt der Haftungsausschluß der GmbH-Gesellschafter allein von § 13 II GmbHG ab. Hieraus folgt, daß, wenn es sich begründen ließe, daß diese Norm keine Anwendung findet, deswegen eine persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter möglich wäre. Für die Begründbarkeit des BGH-Ansatzes ist daher zu untersuchen, ob § 13 II GmbHG in bestimmten Konstellationen keine Anwendung findet.

<sup>218</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1940).

<sup>219</sup> S.o., II A 2.

<sup>220</sup> BGHZ 95, S. 330 (332).

<sup>221</sup> Müller-Freienfels, AcP 156, S. 522 (528); Rehbinder, FS-Fischer, S. 579; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 403-4; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 30 Rdn. 52; Raiser, FS-Lutter, S. 637 (640).

### aa) Mißbrauch- oder Normzwecktheorie

Es stehen sich maßgeblich zwei Ansätze gegenüber, die das Nichteingreifen des § 13 II GmbHG zu begründen suchen: Die auf Serick<sup>222</sup> zurückgehende Mißbrauchstheorie und die unter anderem von Bitter<sup>223</sup> vertretene Normzwecktheorie.

Serick sieht in der gesetzlichen Ausgestaltung einer juristischen Person das grundsätzliche Gebot, die juristische Person in ihrer gesetzlich ausgestalteten Selbständigkeit zu beachten.<sup>224</sup>

Es sei strikt zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern zu trennen, was zur beschränkten Haftung der Mitglieder führe. Dies gelte aber nur solange die Rechtsform der juristischen Person nicht mißbraucht werde. Bei einem Mißbrauch könnten die Gesellschafts-gläubiger direkt die Gesellschafter in Anspruch nehmen.<sup>225</sup> Grundsätzlich dürfe aber nur ein absichtlicher Mißbrauch zur Mißachtung der Selbständigkeit der Gesellschaft und dem daraus folgenden Haftungsdurchgriff führen, dies gebiete das sonst strikt einzuhaltende Trennungsprinzip.<sup>226</sup> Folglich ist nach Serick der Durchgriff durch die juristische Person auf ihre Gesellschafter geboten, wenn die Gesellschafter die Rechtsfigur der juristischen Person zum Zweck der Umgehung oder Verletzung von Gesetzen oder Rechten Dritter absichtlich mißbrauchen.

Neben dieser „subjektiven“ Mißbrauchstheorie gibt es noch eine „objektive“. Diese stellt allein auf die objektiv-zweckwidrige Verwendung der juristischen Person ab.<sup>227</sup> Diesem objektiven Ansatz hat sich der BGH wohl angeschlossen.<sup>228</sup> Abschließend ist festzuhalten, daß bei der Mißbrauchslehre die „Verwendung“ der GmbH insgesamt Gegenstand der Betrachtung ist.

Die auf Müller-Freienfels<sup>229</sup> zurückzuführende Normzwecktheorie knüpft, wie der Name schon sagt, an den Zweck von einzelnen Normen an – nicht an die „Verwendung“ der GmbH als solcher.<sup>230</sup> Hiernach ist die betreffende Norm nach ihrem Sinn und Zweck zu prüfen, um festzustellen, welche Mindestanforderungen für ihre Anwendung erfüllt sein müßten. Würden diese Anforderungen nicht erfüllt, dann sei die Norm teleologisch zu reduzieren.<sup>231</sup> Dies bedeute nicht, daß die Norm nicht anwendbar sei, sondern sie sei nur eingeschränkt anzuwenden. Im Fall des § 13 II GmbHG führe dies zu einem Wegfall der Haftungsbeschränkung. Abschließend bedeutet dies für den existenzvernichtenden Eingriff, daß bei der Normzwecktheorie nur auf das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG abgestellt wird.

Zu untersuchen bleibt, welcher dieser Ansätze zur Begründung der Außerkraftsetzung von § 13 II GmbHG überzeugend ist. Die subjektive Mißbrauchstheorie ist nach überwiegender Ansicht abzulehnen.<sup>232</sup> Begründet wird dies mit dem subjektiven Merkmal. Falls der Eingriff absichtlich erfolge, greife bereits § 826 BGB, was zu einem geringen praktischem Bedarf an einer weiteren Haftung wegen Existenzvernichtung führe. Hinzu kommen die im Rahmen des § 826 BGB gegebenen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des subjektiven Merkmals, welche entsprechend bei Anwendung der subjektiven Mißbrauchstheorie bestünden, und somit die

<sup>222</sup> Serick, Rechtsform und Haftung der juristischen Person.

<sup>223</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 100 ff..

<sup>224</sup> Serick, Rechtsform und Haftung der juristischen Person, S. 24 ff..

<sup>225</sup> Serick, Rechtsform und Haftung der juristischen Person, S. 204.

<sup>226</sup> Serick, Rechtsform und Haftung der juristischen Person, S. 24 ff., 204.

<sup>227</sup> MüKo/BGB-Reuter, vor § 21 Rdn. 19; Kuhn, Strohmangründung bei Kapitalgesellschaften, S. 208 ff..

<sup>228</sup> BGHZ 151, S. 181; II ZR 206/02.

<sup>229</sup> Müller-Freienfels, AcP 156, S. 522 ff.; es handelt sich um eine Kritik zu Sericks Theorie, aus welcher sich dann die Normzwecktheorie entwickelt hat.

<sup>230</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 100 ff.; Ulmer, FS-Duden, S. 661 (678).

<sup>231</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 100 ff..

<sup>232</sup> Hachenburg-Ulmer, Anh. § 30 Rdn. 52; MüKo/BGB-Reuter, Vor § 21 Rdn. 19; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 100-1.



Situation der Gesellschaftsgläubiger bezüglich Geltendmachung ihrer Ansprüche erheblich erschweren.

In Bezug auf die anderen beiden Theorien ist vorweg festzuhalten, daß sie zum gleichen Ergebnis kommen und es somit praktisch unbedeutend ist, welcher gefolgt wird. Dennoch soll hier der Normzwecklehre gefolgt werden.<sup>233</sup> Sie hat gegenüber der Mißbrauchstheorie den Vorteil, daß sie an den Zweck einzelner Normen anknüpft und somit einen bestimmteren Tatbestand hat. Bestimmtheit ist allein aufgrund des im Grundgesetz verankerten Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 GG ein wichtiger Aspekt. Außerdem führt höhere Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit zu einer präziseren Anwendung der Norm und damit zu mehr Rechtssicherheit.

### **bb) Verstoß gegen den Zweck des § 13 II GmbHG**

Voraussetzung für eine Begründbarkeit des Haftungsmodells des BGH ist mit der hier vertretenen Normzwecktheorie, daß bei einem existenzvernichtenden Eingriff der Zweck des § 13 II GmbHG mißachtet wird. Der BGH nennt selbst als Voraussetzung für die Berufung auf § 13 II GmbHG die Wahrung des Grundsatzes der Vermögenstrennung sowie der Vermögensbindung.<sup>234</sup> Unter Vermögenstrennung ist die Fallgruppe der Vermögensvermischung zu verstehen, die ein anerkannter Fall der Durchgriffshaftung ist.<sup>235</sup> Folglich bleibt für die „neue“ Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs bloß der Grundsatz der Vermögensbindung. Im folgendem muß daher zunächst festgestellt werden, ob der Grundsatz der Vermögensbindung überhaupt zu Sinn und Zweck des § 13 II GmbHG gehört. Der Wortlaut der Norm gibt hierüber keine Anhaltspunkte. Wäre der Grundsatz der Vermögensbindung aber im Gesetz verankert und ginge § 13 II GmbHG davon aus, daß die Haftungsbeschränkung nur bei Beachtung der Vermögensbindung greift, wäre die persönliche Haftung der Gesellschafter Folge eines Verstoßes gegen die Regeln der Vermögensbindung.

Daher muß zunächst festgelegt werden, ob der Grundsatz der Vermögensbindung im GmbHG verankert ist. Daraufhin wird zu untersuchen sein, ob § 13 II GmbHG von dessen Beachtung ausgeht. Letztlich ist darzulegen, daß bei einem existenzvernichtenden Eingriff gegen den Zweck des § 13 II GmbHG verstoßen wird und damit gegen dessen „Anwendungsvoraussetzungen“.

### **aaa) Vermögensbindung im GmbHG**

Die Vermögensbindung kann sich im GmbH Recht aus zwei Regelungskomplexen ergeben: den Kapitalerhaltungs- und ersatzvorschriften und den Liquidationsvorschriften.

#### **aaaa) Kapitalerhaltungs- und Ersatzvorschriften**

Die Kapitalerhaltungsvorschriften dienen dem Schutz des Stammkapitals und bestimmen, daß an die Gesellschafter abgeführtes Stammkapital an die Gesellschaft zurückzuführen ist, § 31 GmbHG. Dies gilt nach § 31 II GmbHG für den Fall, daß der Empfänger im guten Glauben war, nur dann, wenn die Erstattung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich war.

Die Kapitalersatzvorschriften, welche ebenfalls dem Schutz des Stammkapitals dienen, stellen fest, daß, wenn die Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise ein Darlehen gewährt haben, sie bei Insolvenz der Gesellschaft den Anspruch auf Darlehensrückgewähr nur als letztrangige Gläubiger geltend machen können. Zudem sind von der Gesellschaft erhaltene Darlehensrückzahlungen zu erstatten, §§ 32 a, b GmbHG. Die Kapitalersatzvorschriften sollen die Ka-

<sup>233</sup> so auch: Bitter, WM 01, S. 2133 (2139); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (411).

<sup>234</sup> BGHZ 151, S. 181 (186-7).

<sup>235</sup> BGHZ 22, S. 226 (230); BGHZ 125, S. 366; Flume, Juristische Person, S. 86; Scholz-Emmerich, § 13, Rdn. 86; Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1557).

pitalerhaltungsvorschriften ergänzen und deren Umgehung durch Abzug von Krediten, die der GmbH in der Krise gegeben wurden, verhindern. Sie dienen daher dem gleichen Zweck wie die Kapitalerhaltungsvorschriften.<sup>236</sup> Somit kommt es in erster Linie auf die Intention der Kapitalerhaltungsvorschriften an. Dienen sie der Vermögensbindung?

Haas tritt dem entschieden entgegen.<sup>237</sup> Nach Haas treffen die Kapitalerhaltungsregeln keine Aussage darüber, ob das Gesellschaftsvermögen als Haftungsgrundlage oder als Betriebsmittelreserve zu halten sei.<sup>238</sup> Gegen die Annahme, daß sich aus den Kapitalerhaltungsvorschriften eine Vermögensbindung ergibt, spreche zum einen, daß die geleisteten Einlagen nicht thesauriert werden,<sup>239</sup> zum anderen, daß die §§ 30 ff. GmbHG nach h.M. nicht drittschützend iSd § 823 II BGB sind.<sup>240</sup>

Hingegen vertritt Wahl, daß sich aus den Vorschriften eine Vermögensbindung ergibt.<sup>241</sup> Er geht davon aus, daß der Grund dafür, daß in der GmbH ein Kapitalstock erforderlich sei, in der Personengesellschaft aber nicht, nur im Schutz der Gläubiger liegen könne. Ferner schmälere das Stammkapital die Insolvenzgefahr und erhöhe somit die Befriedigungschance der Gläubiger – mithin sei es zur Befriedigung der Gläubiger gebunden.

Beide Ansichten haben gewichtige Argumente auf ihrer Seite, Haas insbesondere den Wortlaut, Wahl insbesondere Sinn und Zweck. Insgesamt ist Wahl's Ansicht überzeugend. Er stellt richtigerweise darauf ab, daß auch in den Personengesellschaften eine Betriebsmittelreserve sinnvoll wäre, nicht aber ein aus dem Vermögen der Gläubiger aufgebracht Haftungs fonds, da die Gesellschafter einer Personengesellschaft ohnehin den Gesellschaftsgläubigern persönlich haften. Aufgrund dessen überzeugt es nicht, das Stammkapital der GmbH als Betriebsmittelreserve anzusehen.

Auch der Einwand, daß die Kapitalschutzvorschriften kein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB sind, überzeugt nicht. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Gläubiger nach der gesetzlichen Konzeption allein mit der Gesellschaft in Kontakt treten<sup>242</sup> und § 31 GmbHG für Verstöße gegen § 30 GmbHG eine abschließende Regelung darstellt.<sup>243</sup> Vielmehr ist es richtig, daß das Stammkapital im Falle von Verlusten zunächst aufgebraucht wird und somit die Verluste nicht sofort zu Lasten der Gläubiger gehen. Somit schützt es die Befriedigungschance der Gläubiger und ist daher auch zu diesem Zweck gebunden.

Insgesamt ist der Grundsatz der Kapitalbindung sowohl in den Kapitalschutzvorschriften, als auch in den die Kapitalerhaltungsvorschriften ergänzenden Kapitalersatzvorschriften verankert. Allerdings begründen die Kapitalerhaltungsvorschriften nur eine Bindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger in Höhe des Stammkapitals, eine darüber hinausgehende Bindung ist aus ihnen nicht zu entnehmen.<sup>244</sup>

#### **bbbb) Liquidationsvorschriften**

Eine Bindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger des über die Stammkapitalziffer hinausgehenden Vermögens kann sich aus den Liquidationsvorschriften nach den §§ 60 ff. GmbHG ergeben.

Aus dem zwingenden § 73 I GmbHG folgt, daß mit Beginn des Liquidationsverfahrens das Gesellschaftsvermögen seine Betriebsmittelfunktion verloren hat und das Gläubigerbefriedi-

<sup>236</sup> Hachenburg-Ulmer, § 32 a, b Rdn. 8; Baumbach/Hueck/I-Hueck/Fastrich, § 32 a Rdn. 1; Michalski-Heidinger, §§ 32 a, b Rdn. 13 ff.

<sup>237</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1932); vgl. Röhrich, FS-BGH, S. 83 (95).

<sup>238</sup> Vgl. auch: Goette, DStR 97, S. 1495; Scholz-Westermann, § 30 Rdn. 1.

<sup>239</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1932); Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rdn. 614.

<sup>240</sup> BGH WM 90, S. 548 (555); Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 30 Rdn.1; Groß, ZGR 98, S. 551 (554); Scholz-Werstermann, § 30 Rdn. 10.

<sup>241</sup> Wahl, S. 87.

<sup>242</sup> Hachenburg-Goerdeler/Müller, § 30 Rdn. 16.

<sup>243</sup> BGHZ 110, S. 342 (360); Baumbach/Hueck/I-Hueck/Fastrich, § 30 Rdn. 1.

<sup>244</sup> Wahl, S. 87, 88.

ungsinteresse im Vordergrund steht.<sup>245</sup> Die Vorschrift begründet nach h.M. eine zwar zeitlich befristete, aber „totale Ausschüttungssperre“ von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter, solange die Gesellschaftsschulden nicht getilgt oder gesichert worden sind.<sup>246</sup> Ferner wird durch die Liquidationsvorschriften nicht nur das Stammkapital, sondern das gesamte Gesellschaftsvermögen zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger gebunden.<sup>247</sup> Insgesamt ist der Grundsatz der Kapitalbindung auch in den Liquidationsvorschriften verankert.<sup>248</sup>

#### **cccc) Zwischenergebnis**

Der Grundsatz der Kapitalbindung ist im GmbHG sowohl in den Kapitalschutzvorschriften nach §§ 30 ff. GmbHG als auch den Liquidationsvorschriften nach §§ 60 ff. GmbHG, davon insbesondere § 73 I GmbHG, verankert. Während die Kapitalschutzvorschriften nur das Gesellschaftskapital bis zur Höhe des Stammkapitals zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung binden, binden die Liquidationsvorschriften das gesamte Gesellschaftsvermögen.

#### **bbb) Vermögensbindung als Sinn und Zweck des Haftungsprivilegs**

Zu untersuchen bleibt, ob § 13 II GmbHG von einer Achtung des Grundsatzes der Vermögensbindung ausgeht. Falls dem so ist, wäre die Achtung der Vermögensbindung durch die Gesellschafter Voraussetzung für eine Berufung auf das Haftungsprivileg. Da der Grundsatz der Vermögensbindung sowohl in den Kapitalschutzvorschriften der §§ 30 ff. GmbHG als auch den Liquidationsvorschriften nach §§ 60 ff. GmbHG verankert ist, sind beide Normkomplexe hinsichtlich ihrer „Stellung“ zu § 13 II GmbHG zu untersuchen.

In Bezug auf die Kapitalaufbringungs- und –erhaltungsvorschriften ist es ganz h.M., daß erst deren Achtung die Haftungsbeschränkung der GmbH-Gesellschafter rechtfertigt.<sup>249</sup> Begründet wird dies damit, daß das Haftungsprivileg für die Gesellschaftsgläubiger einen Nachteil bedeute, da sie außer der GmbH keinen weiteren Schuldner haben. Dieser Nachteil könne nur gerechtfertigt werden, wenn andere Mechanismen den Ausschluß des Zugriffs auf die Gesellschafter ausgleichen würden. Diesen Ausgleich stellten die Kapitalaufbringungs- und –erhaltungsvorschriften dar. Folglich gehört die Achtung des Stammkapitals zu den Voraussetzungen, unter denen sich die Gesellschafter auf das Haftungsprivileg berufen können.

Dies bedeutet jedoch nur eine Bindung des im Vergleich zum gesamten Gesellschaftsvermögen meist relativ geringen Stammkapitals, welches im Zweifel nicht für eine totale Gläubigerbefriedigung genügt. Zu prüfen ist somit, ob auch eine Bindung des über die Stammkapitalziffer hinausgehenden Vermögens der Gesellschaft zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger Voraussetzung für ein Eingreifen des § 13 II GmbHG ist. Eine solche umfassende Bindung des Gesellschaftsvermögens statuiert § 73 I GmbHG. Falls auch die Achtung dieser Norm von § 13 II GmbHG vorausgesetzt wäre, dann bestünde eine umfassende Vermögensbindung zu Gunsten der Gläubiger als Voraussetzung für ein Eingreifen von § 13 II GmbHG.

Die Haftung der Gesellschafter einer GmbH ist beschränkt. Der Gesetzgeber wollte mit dem Haftungsprivileg aber primär den Gesellschaftern die Risikoaversität nehmen, nicht die Ge-

<sup>245</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 73 Rdn. 1; Hachenburg-Hohner, § 73 Rdn. 3; Lutter/Hommerlhoff-Lutter/Kleindiek, § 73 Rdn. 1; Baumbach/Hueck/II-Schulze-Osterloh, § 73 Rdn. 2; Michalski-Nerlich, § 73 Rdn. 2.

<sup>246</sup> Baumbach/Hueck/II-Schulze-Osterloh, § 73 Rdn. 2; Michalski-Nerlich, § 73 Rdn. 2-3.

<sup>247</sup> Scholz-Schmidt, § 73 Rdn. 2; Hachenburg-Hohner, § 73 Rdn. 2; Michalski-Nerlich, § 73 Rdn. 3.

<sup>248</sup> So auch Haas, WM 03, S. 1929 (1933); Wahl, S. 89.

<sup>249</sup> RGZ 168; S. 292 (297-8); Schmidt, GesR, S. 1111; Michalski-Heidinger, § 30 Rdn. 1; Hachenburg-Goerdeler/Müller, § 30 Rdn. 1; Goette, DStR 97, S. 1495; Wiedemann, GS I, S. 557; Scholz-Westermann, § 30 Rdn. 1; Wilhelm, FS-Flume II, S. 337 (363); Stimpel, FS-Goerdeler, S. 601 (605).

sellschaftsgläubiger schutzlos stellen.<sup>250</sup> Vielmehr gibt es gerade wegen des Haftungsprivilegs Normen, die den Gläubigerschutz trotz Haftungsprivilegs erhalten sollen. Diesem Gedanken des Gläubigerschutzes trägt § 73 I GmbHG Rechnung, indem er sicher stellt, daß in der Insolvenz das vorhandene Gesellschaftsvermögen primär der Gläubigerbefriedigung dient und nur der übrigbleibende Gewinn unter den Gesellschaftern verteilt wird. Diese „totale Ausschüttungssperre“ ist auch zwingend, da nur das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern als Haftungsfonds zur Verfügung steht. Dieser Haftungsfonds würde unterlaufen werden, wenn die Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen unter sich aufteilen und die Gläubiger auf das Stammkapital verweisen könnten, welches nur einen Bruchteil des gesamten Gesellschaftsvermögens ausmacht und eine Gläubigerbefriedigung mithin nicht gewährleisten kann. Um auch in der GmbH einen angemessenen Gläubigerschutz zu gewähren, setzt daher § 13 II GmbHG auch die Einhaltung von § 73 I GmbHG voraus. Folglich wird die Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung von § 13 II GmbHG vorausgesetzt.

Diesem Ergebnis steht nicht der Einwand entgegen, § 73 I GmbHG greife erst bei beschlossener Liquidation und nicht bereits im Moment der Existenzgefährdung. Falls dem so wäre, könnten die Gesellschafter ihre Gesellschaft durch einen existenzvernichtenden Eingriff „kalt liquidieren“ und somit die Wertungen des § 73 I GmbHG umgehen. Da diese Umgehung nicht gestattet ist, ist der Grundgedanke von § 73 I GmbHG auch im Fall der Existenzbeendigung außerhalb eines Liquidationsverfahrens anwendbar.<sup>251</sup>

Das hier vertretene Ergebnis untermauern die Vorschriften über den Kapitalersatz. Danach haben die Gesellschafter die Wahl, ihre Gesellschaft zu liquidieren oder ihr Kapital zuzuführen. Indem sie keine der Alternativen ergreifen, umgehen sie sowohl die Liquidationsvorschriften als auch die Kapitalersatzvorschriften, denn zugeführtes Eigenkapital unterfiele den von den §§ 30, 31 GmbHG gesetzten Grenzen.<sup>252</sup> Die Kapitalersatzvorschriften zählen daher als zusätzliche Absicherung zu den Normen, die das Haftungsprivileg von § 13 II GmbHG vorausgesetzt.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß § 13 II GmbHG sowohl die Beachtung der Kapitalerschutzvorschriften als auch der Liquidationsvorschrift des § 73 GmbHG voraussetzt. Die hieraus sich ergebende Bindung des Gesellschaftsvermögens zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger ist daher umfassend und nicht auf den Betrag des Stammkapitals beschränkt.<sup>253</sup>

### **ccc) Verstoß**

Abschließend ist darzulegen, ob bei einem existenzvernichtenden Eingriff gegen die von § 13 II GmbHG vorausgesetzten Wertungen verstoßen wird. Durch die Vernichtung der Gesellschaft bei einem existenzvernichtenden Eingriff steht das Gesellschaftsvermögen nicht mehr zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung, sondern wird von den Gesellschaftern zur eigenen Bereicherung vereinnahmt. Hierdurch kommt es in aller Regel zu einem Ausfall der Gläubiger. Ein solches Verhalten ist mit dem Vermögensbindungsgrundsatz und damit mit § 13 II GmbHG nicht vereinbar. Somit ist ein Verstoß gegen die von § 13 II GmbHG vorausgesetzten Wertungen gegeben.

### **cc) Haftungserstreckung auf die Gesellschafter**

Nachdem der eigentlichen Frage nachgegangen wurde, ob bei einem existenzvernichtenden Eingriff gegen den Zweck des § 13 II GmbHG verstoßen wird, muß noch untersucht werden,

<sup>250</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 180; Ulmer, FS-Duden, S. 661 (663).

<sup>251</sup> So auch Wahl, S. 91.

<sup>252</sup> Wahl, S. 91.

<sup>253</sup> Röhricht, VGR Band 5, S. 3 (27).

ob die vom BGH vorgenommene Haftungserstreckung auf die Gesellschafter sachgerecht ist. Wie bereits dargestellt, ist zwischen Gesellschaft- und Gesellschafterverbindlichkeiten strikt zu trennen. Deshalb bedarf es, um die Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftbar zu machen, einer Haftungserstreckungsnorm. Der BGH wendet §§ 128, 105 HGB analog an. Er beruft sich dabei auf einen von ihm aufgestellten Grundsatz, wonach bei unternehmerischer Betätigung jeder mit seinem persönlichen Vermögen haftet, sofern er sich nicht auf eine vertraglich vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Haftungsbeschränkung berufen kann.<sup>254</sup> Die dahinter stehende Überlegung ist, daß derjenige, der selbst wirtschaftet, auch selbst haften soll. Bei der GmbH ist aber nach dem Trennungsprinzip strikt zwischen GmbH und Gesellschaftern zu trennen. Wird jedoch durch die Reduktion des § 13 II GmbHG die Haftungsbeschränkung aufgehoben und damit das Trennungsprinzip durchbrochen, ist die Situation zumindest mit der in Personengesellschaften vergleichbar. Folglich ist die analoge Anwendung der §§ 128, 105 HGB als Haftungserstreckungsnormen überzeugend.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß das Haftungsmodell des BGH anhand der gesetzlichen Wertungen begründbar ist.

#### **b) Kritik von Altmeyen und Wilhelm**

Das Haftungsmodell des BGH ist somit anhand des Gesetzes begründbar. Damit ist aber noch nicht festgestellt, ob es auch "dogmatischen" Einwänden standhält. Gegen die Ansicht des BGH gibt es aus "dogmatischer" Sicht zum Teil massive Kritik. Diese zielt hauptsächlich darauf ab, daß die Voraussetzungen der Durchgriffshaftung zu generalklauselartig festgelegt und damit zu unbestimmt seien.<sup>255</sup>

Nach Altmeyen ist die Durchgriffshaftung "dogmatisch" gesehen auf dem Stand der Mitte des vorherigen Jahrhunderts.<sup>256</sup> Wilhelm geht noch einen Schritt weiter, indem er die Durchgriffshaftung als „Floskeln, die nicht weiterhelfen“ bezeichnet.<sup>257</sup> Wilhelm ist der Ansicht, daß es an einem klaren Tatbestand mangle, diesen zu schaffen wolle sich die Rechtsprechung durch die Anwendung von Mißbrauchs-floskeln ersparen. Diese könne sie dann je nach Bedarf „verwenden“, wenn das Verhalten der Gesellschafter zu weit zu gehen scheint. Letztlich führt Wilhelm an, daß die Durchgriffshaftung zur Aufhebung der Selbständigkeit der juristischen Person führe. Die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger bestünden nur gegen die Gesellschaft, eine Verpflichtung der Gesellschafter ließe sich nur mit dem Argument begründen, die GmbH selbst sei nicht maßgeblich.<sup>258</sup>

Diesen Einwänden ist nicht Folge zu leisten. Es ist den Kritikern zwar zuzugeben, daß die Voraussetzungen der Durchgriffshaftung noch nicht exakt definiert sind. Allerdings ist allgemein anerkannt, daß ein Haftungsmodell nicht bestimmt sein muß – es genügt die Bestimmbarkeit. Hierzu reicht es aus, wenn anhand von gesetzlichen Wertungen die ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale klar definiert werden können. Die tatsächliche Definition der Tatbestandsmerkmale ist dann Rechtsprechung und Lehre vorbehalten. Die Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs knüpft an § 13 II GmbHG und dessen Wertungen an und ist daher bestimmbar. Hinzu kommt, daß abgesehen von dem Merkmal des Eingriffs, die übrigen Haftungsvoraussetzungen teilweise bereits durch Rechtsprechung und Literatur genauer bestimmt worden sind. Letztlich gibt es mittlerweile auch bezüglich der Frage, was unter einem

<sup>254</sup> BGHZ 142, S. 315 (319).

<sup>255</sup> Altmeyen, ZIP 01, S. 1837 (1842); Wilhelm, NJW 03, S. 175 (178).

<sup>256</sup> Altmeyen, ZIP 01, S. 1837 (1842).

<sup>257</sup> Wilhelm, NJW 03, S. 175 (178).

<sup>258</sup> Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 332.

Eingriff zu verstehen ist, zahlreiche Abhandlungen in der Literatur, so daß der Prozeß des Bestimmens auch diesbezüglich bereits begonnen hat.

Abschließend ist Wilhelm's Einwand, die Selbständigkeit der juristischen Person ginge verloren, nicht zuzustimmen. Der BGH greift nicht direkt auf die Gesellschafter zu – dann wäre Wilhelm zuzustimmen – sondern er bedient sich Haftungserstreckungsnormen in Form von §§ 128, 105 HGB analog. Wie bereits dargelegt, ist gegen diese Haftungserstreckung nichts einzuwenden. Folglich wird die Selbständigkeit der juristischen Person nicht angetastet.

Abschließend ist daher festzuhalten, daß die "dogmatischen" Kritikpunkte zwar ihre Berechtigung haben, aber nicht durchgreifen. Das Haftungsmodell des BGH hält auch diesen Einwänden stand.

### c) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß sich das Haftungskonzept des BGH nicht nur anhand des Gesetzes begründen läßt, sondern auch Einwänden stand hält. Haftungsgrund ist mit der hier vertretenen Normzwecktheorie die Mißachtung des Kapitalbindungsgrundsatzes, welcher zu einer teleologischen Reduktion des § 13 II GmbHG führt. Rechtsfolge ist eine unbeschränkt persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wobei die Haftungserstreckung auf die Gesellschafter durch eine analoge Anwendung der §§ 128, 105 HGB ermöglicht wird.

## 2) Organhaftung

Nach der von Wilhelm entwickelten Ansicht handelt es sich beim existenzvernichtenden Eingriff um einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter wegen pflichtwidriger (Fremd-)Geschäftsführung.<sup>259</sup> Diese Ansicht ist auf verbreitete Ablehnung gestoßen.<sup>260</sup>

Gleich an Wilhelm's Ansatz, es läge eine Fremdgeschäftsführung vor, wird grundlegende Kritik geübt. Die Gesellschafter einer GmbH führten keine fremden Geschäfte, wenn sie von ihrem ihnen vom Gesetz zugewiesenen Recht, die Geschicke ihrer GmbH zu bestimmen, Gebrauch machten.<sup>261</sup> Dieser Einwand ist richtig. Zwar sind Gesellschafter und Gesellschaft voneinander unabhängige Rechtssubjekte, doch sind die Gesellschafter keine „Treuhänder“ ihrer Gesellschaft, sondern deren Inhaber. Bei der Einwirkung auf ihre GmbH durch Ausübung ihrer mitgliedschaftlichen Befugnisse führen die Gesellschafter somit kein fremdes Geschäft, sondern ein eigenes.<sup>262</sup>

Der andere Hauptkritikpunkt ist, daß es einen schwer begreiflichen Umweg darstelle, wollte man einen Gesellschafter wegen eines Verhaltens, das ihm untersagt sei, nicht als solchen, sondern über seine Organstellung nach § 43 GmbHG haftbar machen.<sup>263</sup> Voraussetzung wäre, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer oder beherrschende Gesellschafter bei Einwirkung auf seine GmbH fremde und nicht eigene Geschäfte führe. Dies ist aber, wie soeben dargelegt, nicht der Fall.

Zudem steht diese Ansicht, die den eingreifenden Gesellschafter als (Quasi-) Geschäftsführer behandelt, mit der Rechtsfigur des „faktischen Geschäftsführers“ in Widerspruch. Hiernach ist ein Dritter, etwa ein Gesellschafter, nur dann wie ein Geschäftsführer zu behandeln, wenn er die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich in die Hand genommen hat und ein eigenes,

<sup>259</sup> S.o., II B 3.

<sup>260</sup> BGHZ 95, S. 330 (340); Scholz-Schneider, § 43 Rdn. 16; Hüffer, NJW 82, S. 428; Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, Anh. § 13 Rdn. 18; Priester, ZGR 93, S. 512 (518); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2025); Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1843).

<sup>261</sup> Ulmer, ZHR 148, S. 391 (414); Hüffer, NJW 82, S. 428; Wahl, S. 92.

<sup>262</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1939); Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3580); Burgard, ZIP 02, S. 827 (831); Drygala GmbH 03, S. 729 (730).

<sup>263</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1939); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2025).

nach außen hervortretendes üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Handeln gegeben ist.<sup>264</sup> Wilhelms Ansatz bedeutet für die Praxis, daß auch derjenige, der sich auf interne Weisungen an den (gebundenen) Geschäftsführer beschränkt, ohne nach außen aufzutreten, wie ein faktischer Geschäftsführer haftet. Nicht zuletzt wegen dieses Widerspruchs ist die Ansicht Wilhelm's abzulehnen.

### 3) Vermögensvermischung und gröblicher Sorgfaltspflichtverstoß

#### a) Vermögensvermischung

Im Fall der Vermögensvermischung wird durch rechtswidrige Eingriffe der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen das Eingreifen der Kapitalschutzvorschriften vereitelt. Es entspricht allgemeiner Ansicht, daß, wenn die Gesellschafter für das Außerkraftsetzen der Kapitalschutzvorschriften verantwortlich sind, sie den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt persönlich haften.<sup>265</sup>

Fraglich ist allein, wie die persönliche Inanspruchnahme zu begründen ist. Nach Altmeyen sollen die Gesellschafter im Fall der Vermögensvermischung unbeschränkt persönlich haften, weil eine Beweislastumkehr zu ihren Lasten greife. Diese sei damit zu rechtfertigen, daß die Gesellschafter die Außerkraftsetzung der Kapitalschutzvorschriften verschuldet hätten.<sup>266</sup> Da Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG aber nur ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter aus § 31 GmbHG ist und kein Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschaft begründet wird, wendet Altmeyen §§ 128, 129 HGB analog an, um die Haftung auf die Gesellschafter zu erstrecken.

Altmeyen verkennt aber das Anwendungsfeld der §§ 128, 129 HGB. Diese finden bei den Personengesellschaften auf Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschaft Anwendung und führen zu einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft. Hingegen finden diese Vorschriften auf Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter keine Anwendung. Da Altmeyens Fall der Durchgriffshaftung aber gerade auf der Geltendmachung des der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter nach § 31 GmbH zustehenden Anspruchs basiert, ist die Anwendung der §§ 128, 129 HGB analog nicht möglich. Folglich kann der Anspruch der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter nicht in einen Außenhaftungsanspruch „umgewandelt“ werden.<sup>267</sup>

Dies wird durch eine andere Überlegung untermauert. Die §§ 128, 129 HGB entstammen dem Recht der Personengesellschaften, welches das Prinzip der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nicht kennt. Somit ist dort die akzessorische Gesellschafterhaftung folgerichtig. Im GmbH-Recht statuiert aber § 13 II GmbHG gerade eine solche Haftungsbeschränkung. Um mit ihr nicht in Widerspruch zu treten, können die §§ 128, 129 HGB nur dann angewandt werden, wenn die Haftungsbeschränkung aus besonderem Grund nicht eingreift. Genau diesen Weg geht das Durchgriffsmodell des BGH, weshalb es auch zulässig ist.

Da über das Haftungsprivileg aber ohne triftigen Grund nicht durch Anwendung der §§ 128, 129 HGB analog hinweggegangen werden kann, ist die Vermögensvermischung keine bloße Beweislastumkehr, sondern ein eigenständiges Haftungsinstitut.<sup>268</sup>

Altmeyen's Ansatz bezüglich der Vermögensvermischung ist somit abzulehnen.

<sup>264</sup> BGHZ 104, S. 44 (48); Haas, WM 03, S. 1929 (1939).

<sup>265</sup> BGHZ 95, S. 330 (333); BGHZ 125, S. 366 (368); Schmidt, BB 85, S. 2074 (2075); Baumbach/Hueck/I-Hueck/Fastrich, § 13 Rdn. 15; Lutter/Banerjea, ZGR 402 (426).

<sup>266</sup> S.o., II B 4 a.

<sup>267</sup> So auch Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (410); Wahl, S. 94.

<sup>268</sup> Wahl, S. 95.

## b) Gröblicher Sorgfaltspflichtverstoß

Im Fall von Vernichtung von Gesellschaftsvermögen infolge sorgfaltswidriger Eingriffe greift Altmeyers Wilhelm's Ansatz wieder auf. Da aber nach Wilhelm's Ansatz die Haftung noch disponibel sei, wendet Altmeyers § 93 V 2 und III AktG analog an. Liegt demnach ein besonders gröblicher Sorgfaltspflichtverstoß vor, so sei die Haftung indisponibel.<sup>269</sup> Da dieser Ansatz Wilhelm's Lehre weiterführt, sprechen gegen ihn die bereits gegen Wilhelm aufgeführten Argumente.<sup>270</sup> Insbesondere ist ihm entgegen zu halten, daß die Gesellschafter bei Einwirkungen auf ihre GmbH keine fremden, sondern eigene Geschäfte führen und somit keine Geschäftsführung im fremden Interesse vorliegt. Hinzu kommt, daß § 93 V AktG nicht die Indisponibilität der Haftung, sondern die Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs durch die Gläubiger regelt. Folglich ist die Heranziehung dieser Norm zur Begründung der Indisponibilität der Haftung fern liegend. Insgesamt ist auch dieser Ansatz Altmeyers abzulehnen.

## 4) Haftung nach Deliktsrecht

Haas will den existenzvernichtenden Eingriff als deliktische Haftung einordnen.<sup>271</sup> Dabei unterscheidet er zwischen den Mißbrauchsalternativen Vermögensstrennung und Vermögensbindung. Die erste will er über § 823 II BGB iVm §§ 283 I NR. 5-7; 283 b StGB lösen. Diese Schutzgesetze haben nur die Verletzung von Buchführungspflichten zum Inhalt, welche eine Existenzvernichtung nicht begründen kann.<sup>272</sup> Folglich ist diese Alternative für den existenzvernichtenden Eingriff irrelevant.

Im Fall der Vermögensbindung soll § 73 I GmbHG das entscheidende Schutzgesetz sein. Dabei greife die Norm bereits vor der Liquidation ein, denn der Gesellschafter könne sich nicht durch eine „kalte Liquidation“ der Haftung entziehen.<sup>273</sup> Hiergegen sind zwei Einwände zu erheben. Zunächst ist an der Anwendung der Vorschrift vor beschlossener Liquidationsverfahren anzusetzen. Insoweit spricht der klare Wortlaut der Vorschrift gegen eine Anwendung vor dem Beschluß des Liquidationsverfahrens. Somit kann vor beschlossener Liquidationsverfahren, obwohl die Anwendung wünschenswert ist, wegen des Wortlauts keine direkte oder analoge Anwendung des § 73 I GmbHG stattfinden.<sup>274</sup>

Hinzu kommt, daß die Schutzgesetzeigenschaft des § 73 GmbHG kontrovers diskutiert wird.<sup>275</sup> Für eine Einstufung als Schutzgesetz wird vorgebracht, daß § 73 GmbHG als zentrale Gläubigerschutzvorschrift genauso wie § 64 GmbHG auch Schutzgesetz iSd § 823 II BGB ist. Hiergegen wird angeführt, die Vorschrift sei genauso wie §§ 30, 31 GmbHG eine Kapitalerhaltungsregel zugunsten der Gesellschaft. Aufgrund dessen bewirke sie nur mittelbar den Gläubigerschutz und sei somit nicht als Schutzgesetz anzusehen. Außerdem führe eine Einstufung des § 73 GmbHG als Schutzgesetz zu Ungereimtheiten hinsichtlich der abweichenden Verjährungsfrist des § 195 BGB.<sup>276</sup> Diese Einwände sind überzeugend. Die Norm des § 73 GmbHG will primär der Gesellschaft ihr Kapital erhalten, sie begründet eine Vermögensbindung.<sup>277</sup> Außerdem spricht gegen ein Verständnis von § 73 GmbHG als Schutzgesetz, daß

<sup>269</sup> S.o., II B 4 b.

<sup>270</sup> S.o., II C 2.

<sup>271</sup> S.o., II B 5.

<sup>272</sup> Wahl, S. 98.

<sup>273</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1940).

<sup>274</sup> Die Heranziehung dieser Vorschrift zur Begründung der Vermögensbindung wird hiervon nicht berührt. Jedoch muß eine Anwendung vor beschlossener Liquidationsverfahren aufgrund des Wortlauts unterbleiben.

<sup>275</sup> Bejahend Lutter/Hommelhoff-Lutter/Kleindiek, § 73 Rdn. 14; Scholz-Schmidt, § 73 Rdn. 32; a. A.Hachenburg-Hohner, § 73 Rdn. 40; Vomhof, S. 163 ff.; Baumbach/Hueck/II-Schulze-Osterloh/Noack, § 73 Rdn. 22.

<sup>276</sup> Nach altem Recht § 852 BGB, der speziell die Verjährung von deliktischen Ansprüchen regelte.

<sup>277</sup> Siehe zu der sich aus § 73 GmbHG ergebenden Vermögensbindung II C 1 a bb.



hiernach eine Kanalisierung von Gesellschaftsansprüchen auf die Gläubiger erfolgen würde. Folglich ist § 73 GmbHG kein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB. Aus den genannten Gründen ist auch diese Ansicht abzulehnen.

### 5) Lehre von der Treuepflichtverletzung

Die Lehre von der Treuepflichtverletzung nimmt einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter aus Verletzung einer im Innenverhältnis bestehenden Treuepflicht an.<sup>278</sup> Diese Lehre erkennt auch in der Einmann-GmbH oder bei einverständlich handelnden Gesellschaftern eine Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber ihrer Gesellschaft an, denn die Gesellschaft habe ein der Disposition der Gesellschafter entzogenes „Eigeninteresse“ daran, ihre Verbindlichkeiten begleichen zu können. Schuldhaftige Verletzungen dieser Treuepflicht durch die Gesellschafter führten zum besagten Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter.

Gegen diese Ansicht werden insbesondere zwei Einwände erhoben. Zunächst wird das Bestehen einer Treuepflicht bei der Einmann-GmbH oder bei einvernehmlich handelnden Gesellschaftern bestritten, diese basiere nur auf einem fiktiven Eigeninteresse der Gesellschaft.<sup>279</sup> Begründet wird dies damit, daß der Alleingesellschafter oder die einvernehmlich handelnden Gesellschafter nicht Treuhänder, sondern Inhaber der Gesellschaft sind und sein/ihr Wille somit mit dem der Gesellschaft identisch sei. Hinzu käme, daß die Gesellschafter mit Ausnahme des Anwendungsfeldes des § 43 III GmbHG auch den Gesellschaftszweck grundlegend verändern könnten.<sup>280</sup> Ein „Eigeninteresse“ der Gesellschaft könne es daher nicht geben. Dieser Einwand ist aber nicht einschlägig, denn auch wenn die Gesellschafter auf ihre Gesellschaft einwirken können, ist es ihnen doch nicht erlaubt, die Gesellschaft außer mit den gesetzlich vorgesehenen Verfahren zu beenden – im Fall des existenzvernichtenden Eingriffs zu vernichten. Aus dem Verbot der „kalten Liquidation“ läßt sich daher zumindest eine Treuepflicht der Gesellschafter begründen, die Existenz ihrer Gesellschaft nicht zu gefährden.<sup>281</sup>

Der andere Kritikpunkt ist der Zusammenhang zwischen Treuepflichtverletzung und Rechtsfolge. Die Haftung wegen Treuepflichtverletzung ist grundsätzlich auf Ersatz des Gesellschaftsschadens ausgerichtet,<sup>282</sup> im Fall der Existenzvernichtungshaftung soll aber das Befriedigungsinteresse der Gläubiger geschützt werden.<sup>283</sup> Auch wird der Einwand geltend gemacht, daß die Treuepflicht primär gegenüber der Gesellschaft bestünde und die Gläubiger, wenn überhaupt, nur sekundär geschützt seien; daher sei es gekünstelt, den Gläubigerschutz durch Interessen der Gesellschaft bewirken zu wollen.<sup>284</sup> Folglich sei die Lehre von der Treuepflichtverletzung bereits vom Ansatz her ungeeignet. Doch auch diese Einwände vermögen nicht zu überzeugen. Der Einwand, daß die Treuepflicht primär die Gesellschaftsinteressen schützen soll, ist zwar richtig, aber nicht geeignet, einen durchschlagenden Einwand gegen die Lehre von der Treuepflicht darzustellen. Denn wenn man mit dem BGH davon ausgeht, daß der GmbH die Fähigkeit erhalten bleiben muß, ihre Verbindlichkeiten begleichen zu können,<sup>285</sup> so folgt aus diesem Gesellschafts-Interesse zumindest mittelbar der Gläubigerschutz. Die Gesellschaftsverbindlichkeiten bestehen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern,

<sup>278</sup> S.o., II B 1.

<sup>279</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (412); Burgard, ZIP 02, S. 827 (829); BGHZ 122, S. 333 (336).

<sup>280</sup> Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 34; Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, Anh. § 13 Rdn. 17.

<sup>281</sup> Vgl. BGHZ 142, S. 92 (95); Burgard, ZIP 02, S. 827 (829); Priester, ZGR 93, S. 512 (521).

<sup>282</sup> Vgl. BGHZ 65, S. 15.

<sup>283</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1939); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (412); den Schutz des Befriedigungsinteresses der Gläubiger im Fall von existenzbedrohenden Maßnahmen erkennen auch die Vertreter der Lehre von der Treuepflichtverletzung an: Ulmer, ZHR 148, S. 391 (422); Priester, ZGR 93, S. 512 (520).

<sup>284</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (412).

<sup>285</sup> BGHZ 149, S. 10 (2. Leitsatz).

die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten begleichen zu können, dient daher auch dem Befriedigungsinteresse der Gläubiger.

Auch der Einwand, wonach die Treuepflichtverletzung einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft begründet, im Falle der Existenzvernichtung aber das Gläubigerbefriedigungsinteresse geschützt werden soll, greift nicht durch. Zum einen wird das Befriedigungsinteresse der Gläubiger mittelbar durch den Schadenersatzanspruch geschützt. Denn bei dessen Erfüllung steht der Gesellschaft wieder Kapital zur Verfügung, welches der Gläubigerbefriedigung dient. Außerdem ist ein Schutz der Gläubiger über Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter im GmbH-Recht nichts Ungewöhnliches. Im Fall der Kapitalschutzvorschriften nach §§ 30 ff. GmbHG oder der sorgfaltswidrigen Geschäftsführung nach § 43 GmbHG besteht auch nur ein mittelbarer Gläubigerschutz über Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter. Außerdem gibt es für die Gläubiger auch die Möglichkeit, falls das Insolvenzverfahren nicht eröffnet wird, selbst gegen die Gesellschafter analog den aktienrechtlichen Vorschriften vorzugehen.<sup>286</sup>

Insgesamt ist es daher verfehlt, an den Zusammenhang zwischen Treuepflichtverletzung und Rechtsfolge anzuknüpfen, denn über die Ansprüche der Gesellschaft wird das Befriedigungsinteresse der Gläubiger zumindest mittelbar mitgeschützt. Vielmehr macht es Sinn, der Gesellschaft den Anspruch zuzusprechen, denn die GmbH ist die am meisten Geschädigte, sie ist ihrer Existenz beraubt.

Die Lehre von der Treuepflichtverletzung hält somit den aufgeführten Einwänden stand.

## 6) Stellungnahme

Wie soeben gezeigt, halten die Modelle des BGH sowie der Treuepflichtslehre allen vorgebrachten Einwänden stand. Folglich muß eine Entscheidung für eine Ansicht getroffen werden. Dabei müssen auch – oder gerade – die praktischen Auswirkungen der jeweiligen Ansicht berücksichtigt werden, denn beide sind vertretbar.

Für die Treuepflichtslehre ist zunächst anzuführen, daß sie sich „reibungslos“ in das Haftungssystem des GmbHG einfügt, denn bei den Haftungstatbeständen der §§ 30 ff, 43, 64 GmbHG handelt es sich ebenfalls um Innenhaftungstatbestände. Außerdem wird für diese Ansicht vorgebracht, daß über das Erfordernis des Verschuldens bestimmte Gesellschafter vor einer Haftung geschützt werden könnten.<sup>287</sup> Ferner wäre die unbeschränkte Durchgriffshaftung eine unbillige Härte für die Gesellschafter, da sie deswegen auch für diejenigen Forderungen haften würden, die bereits vor dem Eingriff nicht mehr gänzlich werthaltig waren. Letztlich sei die einheitliche Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter durch den Insolvenzverwalter zu begrüßen, da hierdurch ein „Wettlauf der Gläubiger“ verhindert würde.

Trotz dieser Argumente sprechen die besseren Gründe für die Durchgriffshaftung. Die Durchgriffshaftung knüpft direkt am eigentlichen Zweck der Existenzvernichtungshaftung, dem Gläubigerschutz, an und ist daher auf einen Umweg über die Treuepflicht nicht angewiesen. Auch die Vertreter der Treuepflichtslehre gestehen ein, daß die Existenzvernichtungshaftung nicht dem Gesellschaftsschutz, sondern dem Gläubigerschutz dienen will, der lediglich über die Treuepflicht auf die Gesellschaft kanalisiert wird.<sup>288</sup> Dieser Gedanke ist richtig. Auch wenn festgestellt worden ist, daß bei der Existenzvernichtungshaftung die Gesellschaft die am meisten Geschädigte ist, so ist zu bedenken, daß sie ihren Gesellschaftern gehört. „Vernichten“ die Gesellschafter ihre Gesellschaft mittels eines existenzvernichtenden Eingriffs, dann ist es zwar richtig, daß hierdurch auch verselbständigte Interessen der Gesell-

<sup>286</sup> Siehe oben, II B 1.

<sup>287</sup> Westermann, NZG 02, S. 1129 (1137); Benecke, BB 03, S. 1190 (1194).

<sup>288</sup> Für den Fall von existenzbedrohenden Maßnahmen: Ulmer, ZHR 148, S. 391 (422); Priester, ZGR 93, S. 512 (520-1); Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 635; Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3580).

schaft verletzt werden, doch ist zu fragen, wer in einem solchen Fall primär schutzwürdig ist: die Gesellschaft oder die Gesellschaftsgläubiger?

Die Gesellschafter sind letztlich Inhaber ihrer Gesellschaft, wird sie „vernichtet“, schädigen die Gesellschafter auch ihr Vermögen. Daneben verletzen sie aber auch das „Eigeninteresse“ der Gesellschaft. Der Grund, warum ein „Eigeninteresse“ der Gesellschaft anerkannt ist, liegt darin, daß es den Gesellschaftern nicht erlaubt sein kann, zum Schaden der Gesellschaftsgläubiger zu handeln, indem sie sich hinter der juristischen Person „verstecken“ und diese rechtsmißbräuchlich verwenden. Die Beendigung der Gesellschaft entgegen den gesetzlichen Liquidationsvorschriften stellt eine „kalte Liquidation“ dar, welche mit den gesetzlichen Liquidationsvorschriften nicht vereinbar ist. Da die Liquidationsvorschriften aber dem Gläubigerschutz dienen, so dient auch das Verbot der „kalten Liquidation“ und letztlich auch die Annahme eines „Eigeninteresses“ der Gesellschaft dem Gläubigerschutz.<sup>289</sup> Da aber somit das „Eigeninteresse“ der Gesellschaft primär dem Gläubigerschutz dienen soll, ist bewiesen, daß die Existenzvernichtungshaftung auch diesem zu dienen bestimmt ist.

Wir kehren zur Ausgangsüberlegung des Umwegs über die Treuepflicht zurück. Als Ergebnis dieser Überlegung ist festzuhalten, daß die Durchgriffshaftung tatsächlich gegenüber der Treuepflicht vorteilhaft ist, da sie einen solchen Umweg nicht benötigt. Sie kann anhand des Gesetzes belegt werden, § 13 II GmbHG, und muß ein „Eigeninteresse“ der Gesellschaft, welches in der Einmann-GmbH oder bei einvernehmlich handelnden Gesellschaftern nicht allgemein anerkannt ist,<sup>290</sup> nicht „fingieren“.<sup>291</sup>

Entscheidend für die Durchgriffshaftung sprechen aber die praktischen Vorteile einer persönlichen Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Bereits die zum qualifiziert faktischen Konzern ergangenen Urteile haben gezeigt, wie schwer es in der Praxis sein kann, den einzelnen Eingriff isoliert nachzuweisen; gleiches gilt für die haftungsauslösende sowie haftungsbegründende Kausalität. Dies bedeutet für einen Schadenersatzanspruch, daß es fast unmöglich ist, den Umfang des Ersatzes auch nur annähernd präzise festzustellen. Um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, bestehen auf der Basis der Treuepflichtslehre nur zwei Möglichkeiten: Entweder werden die aktienrechtlichen Vorschriften über den Globalausgleich in Form der §§ 302, 303 AktG analog angewandt, was eine Rückkehr zur Rechtsfolge des qualifiziert faktischen Konzerns bedeuten würde, oder es wird eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO vorgenommen.<sup>292</sup> Erstere Möglichkeit ist inkonsequent, da es sich um einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft aus Verletzung der Treuepflicht in der GmbH handelt und ein Rückgriff auf das Aktienrecht in diesem Zusammenhang nie ange-dacht worden ist.<sup>293</sup> Blicke die Schadensschätzung nach § 287 ZPO. Dies würde aber eine dem Grunde nach willkürliche Schadensschätzung darstellen und zu einer nicht vorhersehbaren Rechtsfolge führen. Diese mangelnde Vorhersehbarkeit führt aber zu weniger Rechtsklarheit und damit zu weniger Rechtssicherheit als die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter bei der Durchgriffshaftung.

Zwar ist es richtig, daß die Durchgriffshaftung in Ausnahmefällen eine besondere Härte für die Gesellschafter darstellen kann, wenn die Forderungen der Gläubiger bereits vor dem Eingriff nicht mehr gänzlich werthaltig waren. Doch ist zu bedenken, daß die Gesellschafter durch den existenzvernichtenden Eingriff praktisch jede Chance auf eine Sanierung der Gesellschaft zunichte gemacht haben und damit auch die Möglichkeit einer späteren Gläubiger-

<sup>289</sup> Hierdurch entsteht kein Widerspruch dazu, daß § 73 GmbHG kein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB ist. Die gläubigerschützende Funktion des Verbots der kalten Liquidation wird hierdurch nicht berührt. Verhindert werden soll allein, daß die Gläubiger einen Umweg über die Gesellschaftsansprüche gehen, indem sie nach §§ 823 II BGB iVm 73 GmbHG vorgehen.

<sup>290</sup> BGHZ 122, S. 333 (336); Baumbach/Hueck/I-Zöllner, GmbH-KonzernR, Rdn. 83.

<sup>291</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (412).

<sup>292</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (412-3).

<sup>293</sup> Vgl. BGHZ 65, S. 15.

befriedigung.<sup>294</sup> Insoweit sind die Gesellschafter „selbst schuld“ und verdienen keinen Schutz vor Zugriffen auf ihr Vermögen.

Auch ist der Einwand zu entkräften, wonach das bei der Treuepflichtlehre erforderliche Verschulden Vorteile mit sich brächte, da hierdurch nur bestimmte Gesellschafter einer Haftung unterworfen wären. Vergegenwärtigt man sich, daß eine Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff grundsätzlich nur bei einvernehmlich handelnden Gesellschaftern in Betracht kommt,<sup>295</sup> so ist davon auszugehen, daß die eingreifenden Gesellschafter von den Auswirkungen ihres Verhaltens wissen. Außerdem werden an das Verschulden ohnehin keine hohen Anforderungen gestellt, so daß es insgesamt nur eingeschränkt geeignet ist, einzelne Gesellschafter vor einer Haftung zu bewahren.

Letztlich überzeugt auch der Einwand des Verhinderns eines „Wettlaufs der Gläubiger“ nicht. Das gleiche Ergebnis kann man bei Anwendung der Durchgriffshaftung durch analoge Heranziehung von § 93 InsO erreichen.<sup>296</sup>

Insgesamt ist daher der Durchgriffshaftung zu folgen. Entscheidend dafür sind die praktischen Vorteile einer persönlichen Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Hier hat die Durchgriffshaftung entscheidende Vorteile, da sie gerade nicht auf eine dem Grunde nach willkürliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO angewiesen ist.

## 7) Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß dem Modell des BGH der Vorzug zu geben ist. Die Gefahr erheblicher Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Höhe des Schadensersatzanspruchs macht den Treuepflichtansatz für die Praxis wenig brauchbar. Somit ist der existenzvernichtende Eingriff dem BGH sowie Bitter folgend eine Durchgriffshaftung. Gemäß der Normzwecktheorie ist § 13 II GmbHG teleologisch zu reduzieren. Rechtsfolge ist eine unbeschränkt persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Die Haftungserstreckung erfolgt analog §§ 128, 105 HGB.

## D) Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs

Dem Haftungsmodell des BGH folgend sollen im folgenden die Tatbestandsmerkmale der Existenzvernichtungshaftung dargelegt werden. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Definition des Eingriffs.

### 1) „Täter“

Zunächst ist zu untersuchen, wer „Täter“ des existenzvernichtenden Eingriffs sein kann. In Betracht kommen neben dem den Eingriff vornehmenden Gesellschafter auch die Gesellschafter, die mit dem Eingriff bloß einverstanden waren.

#### a) Gesellschafter

Täter eines existenzvernichtenden Eingriffs kann der Gesellschafter sein, der den Eingriff selbst vornimmt oder diesen veranlaßt hat. Gleiches gilt für die Gesellschafter, die einvernehmlich die Existenzvernichtung bewirken.<sup>297</sup> Der oder die Gesellschafter mißachten durch ihr Verhalten die Vermögensbindung in ihrer Gesellschaft und können sich deshalb nicht mehr auf das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG berufen.

<sup>294</sup> In diese Richtung auch Henze, NZG 03, S. 649 (657).

<sup>295</sup> Wahl, S. 97.

<sup>296</sup> Vgl. oben, II B 4 a.

<sup>297</sup> Vgl. BGHZ 149, S. 10; BGHZ 150, S. 61; BGHZ 151, S. 181.

Es stellt sich die Frage, ob Gesellschafter-Gesellschafter oder Teilnehmer an dem Eingriff haftbar gemacht werden können.

### aa) Gesellschafter-Gesellschafter

Früher konnte „Täter“ eines existenzvernichtenden Eingriffs nur ein Gesellschafter der geschädigten GmbH sein, denn nur ein Gesellschafter kann durch eine Nichtanwendung des § 13 II GmbHG gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haften. Dies hat sich durch ein Urteil aus neuester Zeit<sup>298</sup> geändert. In Anlehnung an die Strohmännfälle, in denen jemand mittels eines Strohmanns an einer Gesellschaft beteiligt ist,<sup>299</sup> haftet auch derjenige, der zwar nicht an der „vernichteten GmbH“ selbst, wohl aber an einer Gesellschaft beteiligt ist, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist, sog. Gesellschafter-Gesellschafter. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschafterin ausüben kann, etwa aufgrund qualifizierter Anteilsmehrheit.<sup>300</sup> Demnach haftet der Gesellschafter-Gesellschafter wie ein unmittelbarer Gesellschafter, wenn er beispielsweise über eine zwischengeschaltete Holding einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Es kommt somit nicht auf die formal-juristische Konstruktion, sondern auf die tatsächliche Lage an.<sup>301</sup>

Insgesamt ist im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung unter „Gesellschafter“ nicht nur der unmittelbare Gesellschafter zu verstehen, sondern auch der sog. Gesellschafter-Gesellschafter.

### bb) Teilnahme

Neben den unmittelbar handelnden Gesellschaftern kommt auch eine Haftung der bloß teilnehmenden Gesellschafter in Betracht. Seit dem L-Kosmetik Urteil haften auch die Gesellschafter, die ohne selbst einen Vorteil zu erlangen, durch ihr Einverständnis mit dem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft mitgewirkt haben.<sup>302</sup> Fraglich ist, wie die Teilnahmehandlung im Sinne des existenzvernichtenden Eingriffs zu definieren ist.

### aaa) Teilnahmehandlung

Einigkeit besteht dahingehend, daß das Einverständnis, also die vorherige ausdrückliche Zustimmung zu dem Eingriff, eine taugliche Teilnahmehandlung darstellt.<sup>303</sup> Derjenige, der sein Einverständnis erteilt, verhindert nicht nur den existenzvernichtenden Eingriff nicht, sondern bestärkt den Täter sogar noch in seinem Entschluß. Strafrechtlich würde somit zumindest psychische Beihilfe vorliegen, was für eine Teilnahme genügt. Aufgrund der Förderung der Haupttat ist eine Haftung der Mitgesellschafter geboten.

Lutter und Banerjea plädieren darüber hinaus auch für die Einbeziehung der Gesellschafter in die Haftung, die den Eingriff nur geduldet haben. Sie wollen sich für die Auslegung des Einverständnis an die Wertung des § 183 BGB halten.<sup>304</sup> Erforderlich sei, daß der Gesellschafter Kenntnis vom Eingriff gehabt habe. Dann sei ihm ein Widerspruch zumutbar und dürfte ihm auch im Interesse der Gläubiger obliegen.<sup>305</sup> Soweit der Gesellschafter sowohl vom Eingriff als auch von der Gefahr weiß, daß dieser Eingriff höchstwahrscheinlich zur Insolvenz führen wird, ist dem zu folgen. Denn Schweigen des Gesellschafters wirkt gegenüber dem Eingreifenden wie ein Einverständnis. Außerdem ist es sachgerecht, dem Gesellschafter bei Kenntnis

<sup>298</sup> II ZR 206/02, S. 1 (5-6).

<sup>299</sup> BGHZ 31, S. 258; BGH Urteil v. 3.11.1976 – I ZR 156/74.

<sup>300</sup> BGH Urteil vom 13.12.2004 – II ZR 206/02.

<sup>301</sup> BGH BB 05, S. 232 (233).

<sup>302</sup> BGHZ 150, S. 61.

<sup>303</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (437); Henze, NZG 03, S. 649 (658).

<sup>304</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (437).

<sup>305</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (437).

des bevorstehenden Eingriffs aus Gläubigerschutzgesichtspunkten eine Widerspruchspflicht aufzuerlegen. Hierdurch entsteht kein Widerspruch dazu, daß im Prinzip ein Unterlassen keinen existenzvernichtenden Eingriff begründen kann.<sup>306</sup> Es besteht zwar keine Pflicht der Gesellschafter, die Geschäfte der GmbH zu führen, so daß ein Unterlassen nicht tatbestandsmäßig sein kann. Weiß der Gesellschafter aber um den bevorstehenden Eingriff und dessen Folgen, kann er sich nicht auf die fehlende Pflicht zum Tätigwerden berufen. Denn bei Duldung des Eingriffs weiß der Gesellschafter von der kalten Liquidation und der besonderen Gefahr für Gesellschaft und Gesellschaftsgläubiger. Daher ist dem Gesellschafter eine Widerspruchspflicht aufzuerlegen. Somit ist bei Kenntnis des Eingriffs und seiner Folgen auch die bloße Duldung eine taugliche Teilnahmehandlung.

Letztlich ist die Genehmigung, die nachträgliche Zustimmung, zu untersuchen. Diese stellt keine taugliche Teilnahmehandlung dar, denn da sie nachträglich erfolgt, ist der Eingriff ohne sie vorgenommen worden. Es mangelt deswegen an der erforderlichen Kausalität zwischen Teilnahmehandlung und Eingriff.<sup>307</sup>

### **bbb) Kausalität der Teilnahmehandlung**

Das Vorliegen der Teilnahmehandlung allein genügt zur Begründung der Haftung nicht. Hinzukommen muß ein Kausalzusammenhang zwischen Teilnahmehandlung und Eingriff. Dies ergibt sich aus der Formulierung des BGH „an der Schädigung mitwirken“.<sup>308</sup>

Die Kausalität der Teilnahmehandlung wird unterschiedlich verstanden. Teilweise wird angeführt, es komme auf die Erforderlichkeit der Handlung für die Begehung des Eingriffs an. Könne der Eingriff auch gegen den Willen des Teilnehmers aufgrund fehlender Einflußnahmemöglichkeit durchgesetzt werden, dann komme eine Haftung des Teilnehmers mangels Kausalität nicht in Betracht.<sup>309</sup> In Zweifelsfällen soll die Wertung des § 32 a III 2 GmbHG herangezogen werden. Hiernach würde ein Minderheitsgesellschafter mit einer Beteiligung von maximal zehn Prozent grundsätzlich mangels Einflußnahmemöglichkeit auf die Gesellschaft nicht haften.<sup>310</sup> Die Gegenansicht läßt hingegen jede Art von Förderung des Eingriffs genügen.<sup>311</sup> Die Möglichkeit des Mehrheitsgesellschafter, etwas gegen den Willen des Minderheitsgesellschafter durchzusetzen, habe als hypothetische Kausalität außer Betracht zu bleiben.<sup>312</sup> Ansonsten würde der zustimmende Minderheitsgesellschafter grundsätzlich keiner Haftung unterliegen. Dies widerspräche aber dem Telos der Existenzvernichtungshaftung, die alle Gesellschafter einer Haftung unterwerfen will, die gegen die Wertungen des § 13 II GmbHG verstoßen haben. Gegen die Wertung des § 13 II GmbHG verstoße aber auch derjenige, der dem Eingriff bloß zustimme. Dieser Ansicht ist Recht zu geben. Es ist überzeugend, mit dem Telos der Existenzvernichtungshaftung eine Haftung aller Gesellschafter anzunehmen, die gegen die Wertungen des § 13 II GmbHG verstoßen haben. Gegen die Wertungen des § 13 II GmbHG verstoßen aber nicht nur die unmittelbar Eingreifenden, sondern auch die Teilnehmer, da sie die Handlung des Eingreifenden zumindest psychisch unterstützen. Dies folgt, falls alle Gesellschafter zustimmen, auch aus folgender Überlegung:

Seit der ITT-Entscheidung ist anerkannt, daß der Gesellschaft bei Verletzung der Treuepflicht durch ihre Gesellschafter gegen diese ein Schadenersatzanspruch zusteht. Dieser kann auch von den Minderheitsgesellschaftern im Wege der actio pro socio geltend gemacht werden.<sup>313</sup>

<sup>306</sup> Siehe unten, II D 2 e.

<sup>307</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (437).

<sup>308</sup> BGHZ 150, S. 61.

<sup>309</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (437).

<sup>310</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (437-8).

<sup>311</sup> Henze, NZG 03, S. 649 (658); Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (291); Wahl, S. 143; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 13 Rdn. 141.

<sup>312</sup> Wahl, S. 143.

<sup>313</sup> BGHZ 65, S. 15 (21); Grunewald, Gesellschafterklage, S. 72 ff.; Michalski-Michalski, § 13 Rdn. 26.

Dies geht aber nur dann, wenn nicht alle Gesellschafter einvernehmlich handeln, denn bei einvernehmlich handelnden Gesellschaftern wird eine Treuepflicht nicht anerkannt. Falls der oder die Minderheitsgesellschafter dem Eingriff zustimmen, „schalten“ sie hierdurch den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft aus. Das Fehlen des Schadenersatzanspruchs, der nach § 249 BGB auf Naturalrestitution gerichtet ist, also Wiederherstellung des Zustands vor dem Eingriff, hat für die GmbH schwere Folgen. Denn wird durch den Eingriff die Insolvenz verursacht, so wäre Rechtsfolge des Schadenersatzanspruchs die „Wiederbelebung“ der Gesellschaft. Da dieser Schadenersatzanspruch aber nicht besteht, bleibt die Gesellschaft insolvent und verliert dadurch die Fähigkeit, ihre Verbindlichkeiten begleichen zu können. Daher tragen die Gesellschafter durch ihr Einverständnis dazu bei, daß die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann.

Aber auch in den Fällen, in denen nicht alle Gesellschafter dem Eingriff zustimmen, muß eine Haftung der Minderheitsgesellschafter aus existenzvernichtendem Eingriff möglich sein. Denn falls man die Kausalität von der Einflußnahmemöglichkeit des Gesellschafters abhängig macht, so würde dies bedeuten, daß der Gesellschafter mit einer 49 %igen Beteiligung der Haftung nur deswegen nicht unterliegt, weil der andere Gesellschafter eine 51 %ige Beteiligung hat. Eine solche „Haftungsbefreiung“ erscheint aber nicht angemessen. Ferner würde ein solches Kausalitätsverständnis in Fällen mit vielen geringen Beteiligungen zu großen Schwierigkeiten führen. Jeder Minderheitsgesellschafter könnte versuchen, mit der Behauptung, der Eingriff wäre auch gegen seinen Willen durchgesetzt worden, der Durchgriffshaftung zu entkommen. Da Haftungsgrund der Existenzvernichtungshaftung aber die Mißachtung der Wertungen des § 13 II GmbHG ist, ist sie keine Strukturhaftung, die eine unternehmerische Einflußnahmemöglichkeit sanktioniert. Auf Mehrheitsbeteiligungen kommt es daher bei der Existenzvernichtungshaftung nicht an.

Kausalität ist somit als jede Art von Förderung zu verstehen, so daß auch Gesellschafter mit Minderheitsbeteiligungen der Existenzvernichtungshaftung unterliegen können.

## **b) Ergebnis**

Täter des existenzvernichtenden Eingriffs sind zunächst der oder die Gesellschafter, die den Eingriff selbst vorgenommen oder diesen veranlaßt haben. Unter Gesellschafter ist dabei auch der sog. Gesellschafter-Gesellschafter zu verstehen. Ferner haften auch die Teilnehmer, die mit dem Eingriff einverstanden waren oder diesen bewußt duldeten.

## **2) Eingriff**

Der BGH betont in den Leitsätzen der relevanten Entscheidungen immer wieder, daß Haftungsgrund der Existenzvernichtungshaftung der Entzug von Gesellschaftsvermögen durch die Gesellschafter ist, so daß die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann. Die Außerachtlassung der gebotenen Rücksichtnahme auf die Belange der Gesellschaft führt nach Ansicht des BGH dazu, daß die Gesellschafter sich nicht auf das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG berufen können und somit einer persönlichen unbeschränkten Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern unterliegen.

Eine exakte Definition davon, was unter Eingriff zu verstehen ist, blieb der BGH bislang schuldig. Es steht nur fest, daß es sich um Verhaltensweisen handeln muß, die gegen Sinn und Zweck des § 13 II GmbHG verstoßen. Im folgenden ist somit zu untersuchen, welche Verhaltensweisen gegen Sinn und Zweck des § 13 II GmbHG verstoßen.

### **a) Entzug von Gesellschaftsvermögen ohne Kompensation**

Einigkeit besteht dahingehend, daß der Entzug von Gesellschaftsvermögen durch die Gesellschafter ohne oder mit unzureichender Kompensation ein Verhalten darstellt, das als Eingriff

im Sinne der Existenzvernichtungshaftung zu werten ist.<sup>314</sup> Das der Gesellschaft entzogene Vermögen steht der Gesellschaft nicht mehr zur Verfügung. Aufgrund dessen liegt ein Verhalten vor, welches die erforderliche Rücksichtnahme auf die Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten begleichen zu können, vermissen läßt. Der Entzug von Gesellschaftsvermögen ohne Kompensation ist somit der „Prototyp“<sup>315</sup> des Eingriffs im Sinne der Existenzvernichtungshaftung. Hierzu zählen alle Maßnahmen, die ohne einen Bezug zu der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zu haben, von vorne herein lediglich auf die Minderung des Gesellschaftsvermögens gerichtet sind.<sup>316</sup> Der Hauptfall ist die Überführung von Gesellschaftsvermögen in das Privatvermögen der Gesellschafter.

Durch den Begriff des Entzugs von Gesellschaftsvermögen, das die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt,<sup>317</sup> hat der BGH festgestellt, daß sämtliches Gesellschaftsvermögen, welches zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, gebunden ist; den Gesellschaftern steht nur der Zugriff auf den „zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuß“ offen.<sup>318</sup> Ein Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung liegt daher auch bei Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen vor, welches nicht zur Abdeckung des Stammkapitals erforderlich ist.

Darzulegen ist, was unter Gesellschaftsvermögen zu verstehen ist. Hierzu zählen alle Aktiva wie Barmittel oder Betriebsgegenstände, darüber hinaus aber auch Forderungen der Gesellschaft, so daß ein Einzug von Gesellschaftsforderungen durch die Gesellschafter ebenfalls einen existenzvernichtenden Eingriff darstellen kann.<sup>319</sup> Problematisch ist die Frage, ob zu dem Gesellschaftsvermögen auch Nutzungsbefugnisse, Informationen und Steuervorteile zählen.

Wiedemann nimmt dies an.<sup>320</sup> Die Einbeziehung dieser Positionen in das Gesellschaftsvermögen setzt voraus, daß diese Güter nicht nur einen wirtschaftlichen Wert für die GmbH haben, sondern auch zur Befriedigung der Gläubiger eingesetzt werden können. Folglich müssen sie im Bedarfsfall derart verwertbar seien, daß mit ihnen Vermögen erwirtschaftet werden kann. Dies kann gegen eine Einbeziehung dieser Positionen in das Gesellschaftsvermögen sprechen, denn sie müßten erst „verflüssigt“ werden, was im Einzelfall äußerst schwierig sein mag. Es kommt aber nicht auf Schwierigkeiten in Zusammenhang mit der Verwertung solcher Positionen an, denn Schwierigkeiten können auch bei der Verwertung anderer Gesellschaftsgegenstände auftreten. Entscheidend ist allein die Möglichkeit der Verwertung.<sup>321</sup> Daher ist Wiedemann in der Weise eingeschränkt zu folgen, daß auch solche Positionen zu dem Gesellschaftsvermögen zu zählen sind, soweit sie im Bedarfsfall verwertet werden können.

Insgesamt ist daher jeder Entzug von Gesellschaftsvermögen durch die Gesellschafter ohne Kompensation ein Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung. Ein solches Verhalten stellt den „Prototyp“ des Eingriffs dar, denn die Bindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger kann nicht in einem stärkeren Maß mißachtet werden, als durch kompensationslose Entzüge des Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter. Dabei ist Gesellschaftsvermögen jede Position, die entweder selbst Vermögen ist oder durch Verwertung hierzu gemacht werden kann.

---

<sup>314</sup> Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3580); Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1563); Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (292); Drygala, GmbHR 03, S. 729 (733); Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn. 16; Röhrich, FS-BGH, S. 83 (110); Ulmer, JZ 02, S. 1049 (1052); Winter, ZGR 94, S. 570 (591).

<sup>315</sup> So genannt nach Drygala, GmbHR 03, S. 729 (733).

<sup>316</sup> Wahl, S. 102.

<sup>317</sup> BGHZ 151, S. 181 (186).

<sup>318</sup> BGHZ 151, S. 181 (186).

<sup>319</sup> LAG Köln, ZIP 03, S. 1893 (1896).

<sup>320</sup> Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (292).

<sup>321</sup> Wahl, S. 103.



## b) Bilanzneutrale Maßnahmen

Die kompensationslose Entnahme von Gesellschaftsvermögen stellt oftmals eine bilanzwirksame Maßnahme dar. Eine solche unterfällt dem Merkmal des Eingriffs im Sinne der Existenzvernichtungshaftung. Die Gesellschafter können aber auch durch sog. bilanzneutrale Maßnahmen, also Maßnahmen, die keine Änderung der bilanziellen Vermögenslage der Gesellschaft bewirken, die Gesellschaft schädigen. Solche Handlungen sind für die Gesellschaft besonders gefährlich, weil sie nach h.M. nicht einmal von den §§ 30 ff. GmbHG erfaßt sind, da diese nur bilanzwirksame Maßnahmen erfassen.<sup>322</sup> Im folgendem soll untersucht werden, ob auch diese Maßnahmen einen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung begründen können.

### aa) Vergabe von Darlehen an Gesellschafter durch die Gesellschaft

Ein Fall von bilanzneutralen Maßnahmen ist die Vergabe von Darlehen durch die Gesellschaft an ihre Gesellschafter. Bei Solvenz des Gesellschafters ist dies ein bilanzneutraler Aktivtausch aufgrund des schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruchs der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter.<sup>323</sup> Etwas anderes gilt, wenn der Gesellschafter das Darlehen von Anfang an nicht zurückzahlen kann, dann wird der Rückzahlungsanspruch als nicht vorhanden betrachtet, so daß eine Vermögenshingabe ohne Gegenleistung vorliegt und die Darlehensvergabe bilanzwirksam ist.<sup>324</sup> In einem solchen Fall finden die Grundsätze über die Entnahme von Gesellschaftskapital uneingeschränkt Anwendung.

Doch auch wenn der Gesellschafter bei der Darlehensvergabe solvent ist, kann er im Laufe der Zeit insolvent werden, so daß die Gesellschaft mangels Rückzahlung des Darlehens selbst insolvent werden kann. Es ist auch denkbar, daß es der Gesellschaft aufgrund der Darlehensvergabe an Liquidität fehlt und sie deshalb insolvent wird. Daher ist auch die bilanzneutrale Darlehensvergabe geeignet, die Gesellschaft in die Insolvenz zu treiben. Falls die Darlehensvergabe auch eine Maßnahme ist, die die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger mißachtet, würde sie ebenfalls einen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung darstellen. Die Vermögensbindung ist gesetzlich konkretisiert in den §§ 30 ff. und § 73 GmbHG.<sup>325</sup> Inwieweit eine Darlehensvergabe die Vermögensbindung mißachtet, kann daher anhand dieser Vorschriften untersucht werden.<sup>326</sup>

### aaa) Verstoß gegen §§ 30 ff. GmbHG und § 73 GmbHG

Da die §§ 30 ff. GmbHG nur bilanzwirksame Maßnahmen erfassen, ist die Darlehensvergabe der Gesellschaft an Gesellschafter, soweit der Rückzahlungsanspruch gesichert ist, als bilanzneutrale Maßnahme grundsätzlich hiervon nicht erfaßt. Eine Ausnahme kann dann gelten, wenn im Moment der Darlehensvergabe sich die GmbH im Stadium einer Unterbilanz befindet. Es entsprach der bislang h.M., daß ein Darlehen der Gesellschaft an ihren Gesellschafter auch bei Bestehen einer Unterbilanz dann nicht nach §§ 30 ff. GmbHG unzulässig ist, wenn es einem Drittvergleich bezüglich des Zinses standhielt und die Rückzahlung gesichert war.<sup>327</sup> Nunmehr hat sich der BGH der Gegenansicht angeschlossen, wonach eine Darlehensvergabe aus dem gebundenen Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter – von extremen Sonderfällen abgesehen – unzulässig sei.<sup>328</sup> Der BGH begründet seine Ansicht mit der Ver-

<sup>322</sup> BGHZ 109, S. 334 (337); Hachenburg-Goerdeler/Müller, § 30 Rdn. 29; Baumbach/Hueck/I-Hueck/Fastrich, § 30 Rdn. 5; Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 30 Rdn. 30; Schmidt, GesR, S. 1135; Scholz-Westermann, § 30 Rdn. 13 ff..

<sup>323</sup> BGH NJW 04, S. 1111; Schmidt, GesR, S. 1134; Michalski-Heidinger, § 30 Rdn. 47 ff..

<sup>324</sup> Schmidt, GesR, S. 1134; Sotiropoulos, GmbHR 96, S. 653 (654).

<sup>325</sup> Siehe oben, II C 1 a bb.

<sup>326</sup> So hinsichtlich der Kapitalerhaltungsvorschriften auch Diem, ZIP 03, S. 1283 (1286).

<sup>327</sup> Baumbach/Hueck/I-Hueck/Fastrich, § 30 Rdn. 16; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 30 Rdn. 76.

<sup>328</sup> BGHZ 157, S. 72 (75 ff.); Schön, ZHR 159, S. 351 (361).

schlechterung der Zugriffsmöglichkeit der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen sowie der Gefahr der Aushöhlung von § 30 GmbHG durch Umbuchung verbotener Auszahlungen in Darlehen.<sup>329</sup> Die letztgenannte Ansicht ist überzeugend. Der schuldrechtliche Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter ist aus Gläubigersicht kein Äquivalent zur Liquidität. Sie werden gezwungen, sich den Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter überweisen zu lassen. Dies bedeutet eine Erschwerung der Durchsetzbarkeit und bei schlechten Vermögensverhältnissen des Gesellschafters auch eine Verschlechterung der Befriedigungsaussicht der Gläubiger. Insbesondere in den Fällen des sog. zentralen Cash-Managements<sup>330</sup> ist aus Gläubigersicht eine Einbeziehung der Darlehensvergabe in § 30 GmbHG erforderlich. Daher verstößt eine Darlehensvergabe der Gesellschaft an einen Gesellschafter bei Bestehen einer Unterbilanz gegen § 30 GmbHG.

Im Rahmen des § 73 I GmbHG ist es sogar h.M., daß eine Kreditgewährung, die eine „Vorfinanzierung der Schlußverteilung“ durch kurzfristig nicht kündbare Kredite an Gesellschafter darstellt, verboten ist.<sup>331</sup> Eine Vergabe von Darlehen durch die Gesellschaft an Gesellschafter, die zur Existenzvernichtung führt, ist ein Fall der Vorfinanzierung der Schlußverteilung. Ein solches Verhalten verstößt daher gegen § 73 I GmbHG.

### **bbb) Ergebnis**

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Darlehensvergabe der Gesellschaft an die Gesellschafter u.U. sowohl gegen § 30 GmbHG als auch § 73 GmbHG verstößt. Da die Vermögensbindung in diesen Vorschriften gesetzlich konkretisiert ist,<sup>332</sup> stellt ein Verstoß gegen diese Vorschriften zwingend auch einen Verstoß gegen die Vermögensbindung dar. Somit kommt als Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung auch die Vergabe von Darlehen in Betracht. Dabei kommt es wegen § 73 GmbHG nicht auf das Bestehen einer Unterbilanz der Gesellschaft bei der Darlehensvergabe an. Denn § 73 GmbHG verbietet die Herbeiführung der Insolvenz der Gesellschaft im Wege der „kalten Liquidation“.<sup>333</sup> Führen die Gesellschafter die Insolvenz der Gesellschaft durch Kreditvergabe herbei, so liegt ein Fall der gesetzesfremden Gesellschaftsbeendigung im Wege der „kalten Liquidation“ vor. Auch wenn das Bestehen einer Unterbilanz bei der Darlehensvergabe kein Tatbestandsmerkmal ist, um die Vergabe von Darlehen als Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung zu werten, so wird sie in der Regel faktisch vorliegen, denn der existenzvernichtende Eingriff erfolgt meist in eine Gesellschaft, die sich bereits in der Krise befindet.<sup>334</sup>

Erforderlich ist aber, daß durch die Darlehensvergabe die Gesellschaft insolvent wird. Tritt die Insolvenz nur ein, weil sich die Zahlungsfähigkeit des Gesellschafters zu einem späteren Zeitpunkt verschlechtert hat und es deswegen zum Insolvenzgrund der Überschuldung nach § 19 InsO kommt, stellt dies keinen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung dar. Denn da im Rahmen des § 19 InsO allein eine bilanzielle Betrachtung maßgebend ist, kann Überschuldung nur eintreten, wenn sich die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs geändert hat, mithin auch die Solvenz des Darlehensnehmers. Die Insolvenz des Darlehensnehmers stellt jedoch keine Außerachtlassung der Vermögensbindung dar. Denn die Gläubiger tragen stets das Risiko, daß die Gesellschaft aufgrund Schuldnerausfalls insolvent wird. Auch wenn es sich bei dem Schuldner um einen Gesellschafter handelt, ändert dies nichts daran, daß die Gläubiger das allgemeine Geschäftsrisiko zu tragen haben.<sup>335</sup>

<sup>329</sup> BGHZ 157, S. 72 (76).

<sup>330</sup> Siehe unten, II E 3.

<sup>331</sup> Scholz-Schmidt, § 73 Rdn. 2a; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 73 Rdn. 2.

<sup>332</sup> Siehe oben II C 1a bb.

<sup>333</sup> S.o. II C 1 a bb bbb.

<sup>334</sup> Bitter, WuB II C. § 13 2.02, S. 793 (796); Vetter, ZIP 03, S. 601 (604).

<sup>335</sup> So auch Wahl, S. 105, 187.

### **bb) Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft zu Gunsten der Gesellschafter**

Die gleiche Problematik wie bei der Vergabe von Darlehen durch die Gesellschaft an ihre Gesellschafter besteht bei der Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft zu Gunsten der Gesellschafter. Wirtschaftlich gesehen sind diese Fälle identisch.<sup>336</sup> Die Bestellung einer Sicherheit wirkt sich genauso nachteilig für die Gläubiger aus wie die Vergabe von Darlehen. Denn der betreffende Gegenstand kann von der Gesellschaft nicht mehr verwertet werden, sondern steht den Sicherheitsgläubigern zu. Im Falle der Insolvenz der Gesellschaft steht diesen ein Aussonderungsrecht zu. Hierdurch wären die Gläubiger wiederum auf Überweisung des im Falle der Verwertung der Sicherheit entstehenden Regreßanspruchs der Gesellschaft gegen den Gesellschafter angewiesen, was kein Äquivalent für den Verlust des Sicherungsobjektes ist.

Daher verstößt die Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft zugunsten von Gesellschaftern im Falle des Bestehens einer Unterbilanz gegen § 30 GmbHG. Wird durch die Sicherheitsbestellung die Gesellschaft insolvent, liegt auch ein Verstoß gegen § 73 I GmbHG vor.

Insgesamt ist die Bestellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft zu Gunsten der Gesellschafter genauso einzuordnen wie die Darlehensvergabe. Wird die Gesellschaft infolge der Sicherheitsbestellung insolvent, liegt ein Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung vor. Tritt hingegen erst zu einem späteren Zeitpunkt Insolvenzreife ein, weil sich die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters, zu dessen Gunsten die Sicherheit bestellt worden ist, verschlechtert haben, so ist dies ein Risiko, das die Gesellschaftsgläubiger zu tragen haben. Ein Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung liegt hierin nicht.

### **c) Sonderfälle**

Neben dem unmittelbaren Vermögensentzug kann die GmbH auch durch anderweitige Verhaltensweisen geschädigt werden. Insbesondere die viel diskutierten Risikogeschäfte, die Übertragung des Kundenstamms oder verlustbringende Geschäfte sowie der Entzug von Geschäftschancen können die Gesellschaft genauso in die Insolvenz treiben wie der Entzug von Vermögen selbst. Diese Maßnahmen tangieren nicht unmittelbar das Vermögen der GmbH, jedoch haben sie ebenfalls den Verlust von Ressourcen der Gesellschaft zur Folge. Daher ist zu untersuchen, ob auch solche Verhaltensweisen einen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung begründen können.

#### **aa) Risikogeschäfte**

Risikogeschäfte sind Geschäfte, die entweder mit einem mit der Vernunft eines ordentlichen Kaufmanns nicht mehr zu vereinbarenden Risiko verbunden sind oder aber außer Verhältnis zu den finanziellen Möglichkeiten der GmbH stehen.<sup>337</sup> Die GmbH bietet sich für derartige Geschäfte geradezu an, denn wenn das Geschäft erfolgreich ist, fällt der oftmals verhältnismäßig hohe Gewinn bei der Gesellschaft und damit bei den Gesellschaftern an, hingegen haftet im Fall eines Totalverlustes nur die Gesellschaft. Ein Beispiel für Risikogeschäfte ist u.U. der Handel mit Derivaten. Ob die Risikogeschäfte auch einen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung darstellen können, ist heftig umstritten. Das der Diskussion zugrundeliegende Problem ist, inwiefern ein Wirtschaften mit dem Gesellschaftsvermögen einzuschränken ist – bzw. ob eine Einschränkung überhaupt zulässig ist.

Ulmer sieht in den Risikogeschäften keinen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung.<sup>338</sup> Die GmbH stehe als Rechtsform gerade deswegen zur Verfügung, um unerprobte wirtschaftliche Konzepte und Geschäftsideen ohne Gefahr eigener Haftung in den Markt ein-

<sup>336</sup> Wessels, ZIP 04, S. 793 (797).

<sup>337</sup> Drygala, GmbHHR 03, S. 729 (736); Wahl S. 108.

<sup>338</sup> Ulmer, JZ 02, S. 1049 (1052).

führen zu können.<sup>339</sup> Eine Beschränkung der Entscheidungsbefugnis der Gesellschafter hinsichtlich der Geschäftspolitik sei daher unzulässig. Dem treten verschiedene Vertreter des Schrifttums entgegen.<sup>340</sup> Sie geben Ulmer insoweit Recht, daß die GmbH gerade dazu entwickelt worden ist, um unerprobte, auch riskante Geschäftsideen zu verwirklichen. Hieraus folge, daß die Insolvenzgefahr aufgrund geschäftlicher Risiken der GmbH geradezu inhärent sei, und folglich Risikogeschäfte als eine Form solchen Risikos nicht als Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung zu zählen seien. Außerdem wüßten die Gesellschaftsgläubiger einer GmbH, wenn sie Geschäfte mit der GmbH eingingen, daß im Falle einer Insolvenz ihnen nur das Stammkapital zur Verfügung steht. Folglich würden sie dieses Risiko wissentlich übernehmen und verdienten diesbezüglich keinen besonderen Schutz. Ulmer verkenne jedoch, daß die Gläubiger von einem „normalen“ Geschäftsrisiko ausgehen, nicht von Geschäften entgegen jeglicher kaufmännischer Vernunft. Bei einem solchen Verhalten würde das Geschäftsrisiko auf die Gläubiger verlagert, da sie im Fall einer Insolvenz der Gesellschaft mit allen Forderungen ausfielen, hingegen die Gesellschafter nur das Stammkapital „aufs Spiel“ setzten. Eine solche „Spekulation zu Lasten der Gläubiger“<sup>341</sup> sei aber unzulässig. Daher seien die Risikogeschäfte als Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung einzustufen.

Diese Ansicht ist richtig. Es ist Ulmer zwar darin Recht zu geben, daß ein gewisses Insolvenzrisiko der GmbH inhärent ist und die Gläubiger sich auf dieses Risiko einlassen. Jedoch gehen die Gläubiger bei Bemessung des Risikos von unternehmerisch vertretbarem Verhalten aus. Sie nehmen, wie einst der Gesetzgeber, an, daß das was gut für die Gesellschaft, auch gut für die Gesellschafter ist. Sie gehen nicht davon aus, daß die Gesellschafter, um einen überproportionalen Profit zu erlangen, die Existenz der Gesellschaft „aufs Spiel“ setzen, indem sie Spekulationen vornehmen, die entweder zu einer Vervielfachung des eingesetzten Kapitals oder zur Insolvenz der Gesellschaft führen. Solche Spekulationen weisen das Risiko einseitig den Gläubigern zu. Denn diese müssen im Fall einer Insolvenz der Gesellschaft den Ausfall ihrer Forderungen hinnehmen, profitieren aber nicht von einem möglichen überproportionalen Gewinn. Ein solches Verhalten kann somit durchaus geeignet sein, die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger zu mißachten.

Erforderlich für eine Einstufung der Risikogeschäfte als Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung ist aber, daß eine klare Grenze zwischen riskanten aber zulässigen unternehmerischen Entscheidungen und unzulässigen Spekulationen zu Lasten der Gläubiger gezogen werden kann. Dies gilt um so mehr aufgrund der scharfen Rechtsfolge der Existenzvernichtungshaftung, die einen bestimmten Tatbestand zwingend erforderlich macht. Diese Grenze ist dort überschritten, wo das Fehlschlagen des Geschäfts und die nachfolgende Insolvenz bei objektiver Betrachtung im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.<sup>342</sup> Der BGH spricht in seinem ARAG-Urteil von der „Überschreitung der Grenzen verantwortlicher Unternehmensführung.“<sup>343</sup> Auch wenn es hier um die Entscheidungsgrenzen des AG-Vorstandes geht, so muß man doch auch dem GmbH-Gesellschafter diesen Spielraum zugestehen. Ein Spekulieren zu Lasten der Gläubiger liegt somit erst dann vor, wenn durch das Geschäft eine hinreichend konkrete und objektiv erkennbare Existenzgefährdung begründet wird, so daß mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit der Insolvenz der Gesellschaft zu rechnen ist. Dies stellt auch ein für die Gesellschafter hinreichend bestimmtes Tatbestandsmerkmal dar, so daß sie mit hinreichender Sicherheit wissen, mit welchen Verhaltensweisen sie sich haftbar machen.

<sup>339</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 318f, 538 ff.

<sup>340</sup> Drygala, GmbHR 03, S. 729 (736); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (110-1); Winter, ZGR 94, S. 570 (591); Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn. 16; Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (415).

<sup>341</sup> Dieses Schlagwort wurde bereits unter dem Gesichtspunkt einer Haftung aus qualifiziert faktischen Konzerns entwickelt, BGH GmbHR 94, S. 171; BAG GmbHR 98, S. 1221 (1224).

<sup>342</sup> Drygala, GmbHR 03, S. 729 (736).

<sup>343</sup> BGHZ 135, S. 244 (253).

Insgesamt stellen die Risikogeschäfte daher einen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung dar. Ein solches Risikogeschäft liegt aber erst dann vor, wenn die Grenze der verantwortlichen Unternehmensführung überschritten ist. Dies ist der Fall, wenn eine hinreichend konkrete und objektiv erkennbare Existenzgefährdung durch das Geschäft begründet wird.

### **bb) Eingriff in Geschäftschancen**

Ein weiteres Streitthema ist, ob der Eingriff in die Geschäftschancen einer GmbH einen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung begründen kann.<sup>344</sup> Die Befürworter stellen darauf ab, daß dies genauso wie der unmittelbare Vermögensentzug eine „Strategie zum Tode“ ist, welche zu einer Haftung der verantwortlichen Gesellschafter führen müsse. Denn letztlich sei dies auch ein Fall der Spekulation zu Lasten der Gläubiger.<sup>345</sup> Dem wird von den Vertretern der Gegenansicht entgegengehalten, daß Geschäftschancen noch kein Vermögen sind, somit würde bei deren Entzug der Gesellschaft kein Vermögen entzogen, vielmehr sei die Lage mit der der schlechten Geschäftsführung identisch, wo eine Haftung der Gesellschafter nicht in Betracht komme.<sup>346</sup> Der BGH verhält sich zu dieser Frage uneinheitlich. Während er im Bremer Vulkan-Urteil noch den Eingriff in Geschäftschancen nannte,<sup>347</sup> wurden diese in den beiden Folgeurteilen nicht mehr erwähnt. In den beiden zuletzt zum existenzvernichtenden Eingriff ergangenen Urteilen<sup>348</sup> spricht der BGH aber wieder von Eingriff in die Geschäftschancen. Da er diese in zwei aufeinanderfolgenden Urteilen erwähnte, liegt hierin eine gewisse Beständigkeit der BGH-Rechtsprechung, den Eingriff in Geschäftschancen als Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung zu verstehen. Somit hat sich der BGH wohl der ersten Ansicht angeschlossen.

Die Schwierigkeit bei der Beantwortung dieser Frage hängt hauptsächlich mit dem Begriff der Geschäftschance zusammen. Wie der Name schon sagt, ist eine Geschäftschance kein Vermögen. Daher liegt bei einem Entzug einer Geschäftschance auch grundsätzlich kein Entzug von Gesellschaftsvermögen vor; insoweit kann der Gegenansicht nur zugestimmt werden. Doch muß etwas anderes gelten, wenn die Geschäftschance höchst wahrscheinlich zu einem Gewinn führt und sie zum Überleben der Gesellschaft erforderlich ist.<sup>349</sup> Falls die Gesellschafter der Gesellschaft dann die Geschäftschance entziehen, um sie selbst zu nutzen oder wenn sie im Konzern einer anderen Gesellschaft „übertragen“ wird, so liegt hierin eine Gläubigerbenachteiligung. Den Gesellschaftern ist es wegen ihrer Treuepflicht untersagt, die Kenntnis von für ihre Gesellschaft sich bietenden Geschäftschancen zu ihrem eigenen Vorteil zu nutzen.<sup>350</sup> Ansonsten wäre es den Gesellschaftern möglich, alle lukrativen Geschäfte für sich selbst zu nutzen und der Gesellschaft nur die übrigen weniger einträglichen Geschäfte zu lassen. Falls noch hinzu kommt, daß das Überleben der Gesellschaft von der Geschäftschance abhängt, darf es den Gesellschaftern erst recht nicht gestattet sein, diese Chance für sich zu nutzen. Ansonsten könnten sie die ohnehin marode Gesellschaft „sterben“ lassen und die Geschäftschance zur eigenen Bereicherung nutzen. Da eine höchst wahrscheinlich zu einem Gewinn führende Geschäftschance mit einer bestehenden Forderung vergleichbar ist, ist der Entzug der Geschäftschance in einem solchen Fall nahezu dasselbe wie der Entzug der wichtigsten Gesellschaftsforderung. Die Gesellschaftsgläubiger ständen dann in der Insolvenz einer

<sup>344</sup> Bejahend, Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (415); Bruns, WM 03, S. 815 (819); Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn. 16; wohl auch der BGH, II ZR 206/02, S. 1 (5); ablehnend: Henze, NZG 03, S. 649 (658); Wahl, S. 111.

<sup>345</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (415).

<sup>346</sup> Wahl, S. 110.

<sup>347</sup> BGHZ 149, S. 10 (17).

<sup>348</sup> II ZR 206/02; II ZR 256/02.

<sup>349</sup> So auch BGH NZG 05, S. 214 (215).

<sup>350</sup> Bruns, WM 03, S. 815 (819); Polley, Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre, S. 84 ff..

vermögenslosen Gesellschaft gegenüber, und die Gesellschafter hätten dies nicht nur zu verantworten, sondern sie wären genauso wie beim Entzug einer bedeutenden Gesellschaftsforderung bereichert. Denn, anstatt daß das aus der realisierten Geschäftschance gewonnene Vermögen zur Sanierung der Gesellschaft und damit zur Befriedigung der Gläubiger verwendet wird, verleiben sich die Gesellschafter dieses Vermögen ein. Daher liegt bei dem Eingriff in eine höchst wahrscheinlich zu einem Gewinn führende Geschäftschance, die zum Überleben der Gesellschaft erforderlich ist, eine Gläubigerbenachteiligung in Form der Spekulation zu Lasten der Gläubiger vor.

Insgesamt ist daher der Eingriff in eine Geschäftschance der Gesellschaft, sofern sie höchst wahrscheinlich zu einem Gewinn führt und zum Überleben der Gesellschaft erforderlich ist, auch ein Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung.

### **cc) Übertragung des Kundenstamms**

Die Übertragung des Kundenstamms der Gesellschaft auf ein anderes Unternehmen ist ebenfalls ein Verhalten, welches einen existenzvernichtenden Eingriff begründen kann. Der BGH hat in seinem neuesten Urteil dargelegt, daß die Übernahme des Kundenstamms jedenfalls dann einen existenzvernichtenden Eingriff begründen kann, wenn er erfolgreich verwertet worden ist und keine Gegenleistung erbracht wurde.<sup>351</sup> Dem ist zuzustimmen. Der Kundenstamm ist nicht nur für das Wirtschaften der Gesellschaft von Bedeutung, sondern auch für ihren Marktwert. Beispielsweise spielt bei der Bewertung eines Unternehmens die Beschaffenheit des Kundenstamms eine entscheidende Rolle, bei manchen Gesellschaften ist er sogar der größte Wert, etwa bei Ärzte- und Rechtsanwaltsgesellschaften. Somit ist der Kundenstamm, wenn er auch nicht zu den Aktiva der Gesellschaft zu zählen ist, Gesellschaftsvermögen, denn die Gesellschaft kann durch den Verkauf Vermögen erwirtschaften. Die Übertragung des Kundenstamms ohne Gegenleistung bedeutet folglich einen Abzug von Vermögen. Die Übertragung des Kundenstamms zählt daher auch zu dem Merkmal des Eingriffs im Sinne der Existenzvernichtungshaftung.

### **dd) Verwertung von zuvor sicherungshalber übereigneter Waren und Verzicht auf Anspruch nach § 89 b HGB**

In den beiden letzten Urteilen II ZR 206/02 und II ZR 256/02 wurden auch zwei völlig neue Fälle diskutiert. Zum einen, ob auch die Verwertung von Waren, die zuvor an eine Bank sicherungsübereignet worden sind, einen existenzvernichtenden Eingriff begründen könne,<sup>352</sup> zum anderen, ob die Nichtgeltendmachung eines Anspruchs aus § 89 b HGB dies vermag.<sup>353</sup> Im ersten Fall geht der BGH davon aus, daß zwar eine Unterschlagung gegenüber der Bank begangen wird, nicht aber ein Eingriff in den Haftungsfonds der Gläubiger, da die Sache der GmbH nicht mehr gehört.<sup>354</sup> Das ist zwar richtig, aber es ist zu bedenken, daß das Sicherungsgut den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruch, zumeist ein Darlehen, sichert. Fällt das Sicherungsgut aus, so kann die Bank nicht nur auf ihren schuldrechtlichen Anspruch zurückgreifen und diesen durchsetzen, sondern es kommt auch noch hinzu, daß die GmbH nicht mehr ihre Sicherheit für eine etwaige Begleichung zur Verfügung hat. Somit liegt auch hier ein Abzug von Kapital zum Nachteil der Gesellschaft vor. Es ist letztlich nichts anderes, als wenn Gegenstände der Gesellschaft, die diese zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt, fortgeschafft würden. Entgegen der Ansicht des BGH ist daher auch ein solches Verhalten als Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung anzusehen.<sup>355</sup>

<sup>351</sup> II ZR 206/02, S. 9; so auch Gehrlein, BB 05, S. 613 (615).

<sup>352</sup> II ZR 256/02, S. 8-9.

<sup>353</sup> II ZR 206/02, S. 10.

<sup>354</sup> II ZR 256/02, S. 9.

<sup>355</sup> So auch Gehrlein, BB 05, S. 613 (615).

In Bezug auf den zweiten Fall, ließ der BGH nicht erkennen, ob die Nichtgeltendmachung des Anspruchs als Eingriff iSd Existenzvernichtungshaftung anzusehen ist. Hiergegen sprechen zwei Gesichtspunkte. Zum einen reicht bis heute für einen existenzvernichtenden Eingriff ein Unterlassen nicht aus,<sup>356</sup> zum anderen wird der GmbH bei einer Nichtgeltendmachung kein Vermögen entzogen, somit wird auch der Haftungsfonds der Gläubiger nicht tangiert. Aufgrund dessen kann ein solches Verhalten keine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs begründen.

### ee) Übertragung von verlustbringenden Geschäften

Schließlich soll untersucht werden, ob die Übertragung eines verlustbringenden Geschäfts auf die GmbH einen existenzvernichtenden Eingriff begründen kann. Werden auf eine GmbH verlustbringende Geschäfte übertragen, so ist dies mit der Übertragung von Schulden auf die GmbH gleichzusetzen. Die Übertragung von Schulden führt zu einer unmittelbaren Minderung des Gesellschaftsvermögens, da die Schulden als Passiva zu berücksichtigen sind. Die Übertragung von Schulden ohne Gegenleistung ist in einem vom OLG Thüringen entschiedenen Fall bereits als existenzvernichtender Eingriff gewertet worden.<sup>357</sup> Da die Übertragung eines verlustbringenden Geschäfts auf die GmbH der Übertragung von Schulden gleichsteht, ist sie ebenfalls als ein Fall des existenzvernichtenden Eingriffs zu werten. Ansonsten würde insbesondere im Konzern die Möglichkeit bestehen, auf eine lediglich mit dem Mindeststammkapital ausgestattete GmbH alle verlustbringenden Geschäfte zu übertragen und sich somit dieser unprofitablen Geschäfte mittels der GmbH zu „entledigen“. Durch ein solches Verhalten wäre es möglich, den Zweck des Haftungsfonds der belasteten GmbH zu mißbrauchen, denn dieser stünde nicht mehr dem Befriedigungsinteresse der bisherigen Gläubiger zur Verfügung. Vielmehr würde er dem Konzerninteresse geopfert.

Daher ist auch die Übertragung eines verlustbringenden Geschäfts auf die GmbH als Eingriff iSd Existenzvernichtungshaftung zu verstehen.

### ff) Aschenputtel-Gesellschaft

Letztlich soll noch der Fall der sog. Aschenputtel-Gesellschaft untersucht werden. Als Aschenputtel-Gesellschaft wird eine GmbH bezeichnet, der durch Satzungsgestaltung Geschäftsrisiken zugewiesen werden, während der aus den Geschäften fließende Gewinn anderen Gesellschaften zugute kommt.<sup>358</sup> Es handelt sich um eine in Konzernatbeständen vorkommende Konstellation.

Eine solche Gesellschaft ist letztlich von vorne herein zum Scheitern verurteilt. Zum einen trägt sie nicht nur ihr eigenes geschäftliches Risiko, sondern auch das von anderen Gesellschaften im Konzern. Ferner werden ihr keine Gewinne zugesprochen, so daß sie anfallende Verluste nicht ausgleichen kann. Man kann daher sagen, daß ihr durch die Zuweisung des erhöhten Risikos verlustbringende Geschäfte übertragen werden und durch den Abzug des Gewinns Gesellschaftskapital entzogen wird. Es liegt somit eine „Kombination“ der Verhaltensweisen des Entzugs von Gesellschaftskapital und der Übertragung von verlustbringenden Geschäften vor, die beide als Eingriff iSd Existenzvernichtungshaftung verstanden werden.<sup>359</sup>

Wenn aber bereits sowohl der Entzug von Gesellschaftskapital als auch die Übertragung von verlustbringenden Geschäften für sich ausreichen, um einen Eingriff iSd Existenzvernichtungshaftung darzustellen, dann muß eine „Kombination“ dieser Verhaltensweisen erst recht einen Eingriff darstellen.

<sup>356</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1936); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (105).

<sup>357</sup> OLG Thüringen GmbHR 02, S. 112 (115).

<sup>358</sup> Röhrich, FS-BGH, S. 83 (92).

<sup>359</sup> S.o. II D 2 a, II D 2 c cc.

Auch die Ausgestaltung einer GmbH als sog. Aschenputtel-Gesellschaft vermag daher einen Eingriff iSd Existenzvernichtungshaftung darzustellen.

#### **d) Abgrenzung des existenzvernichtenden Eingriffs von der schlechten Einflußnahme**

Nachdem festgestellt worden ist, welche Verhaltensweisen einen existenzvernichtenden Eingriff begründen können, muß noch dargelegt werden, wann ein Verhalten einen existenzvernichtenden Eingriff begründet und wann eine bloße schlechte Einflußnahme vorliegt.

Einigkeit herrscht darüber, daß reine Managementfehler keinen existenzvernichtenden Eingriff begründen können. Es ist ein gezielter, betriebsfremden Zwecken dienender Entzug von Vermögenswerten erforderlich.<sup>360</sup> Allerdings haben wegen der harten Rechtsfolge marginale Eingriffe auszuschneiden.<sup>361</sup> Um diese marginalen Eingriffe festzustellen, wird als Kriterium herangezogen, ob der Eingriff über das operative Tagesgeschäft hinausgeht.<sup>362</sup> Hinzukommen muß, daß das Insolvenzrisiko ex ante objektiv erkennbar war, wobei ein überwiegendes Risiko zu fordern ist.<sup>363</sup> Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Abgrenzung des Eingriffs iSd Existenzvernichtungshaftung von der schlechten Einflußnahme nicht. Denn, da durch den Eingriff oder die Eingriffe die Insolvenz der Gesellschaft verursacht werden muß,<sup>364</sup> fallen alle Verhaltensweisen, die nur eine Schädigung der Gesellschaft bewirken, ohnehin aus der Haftung raus. Von Relevanz kann diese Abgrenzung dann sein, wenn die Gesellschaft sich bereits derart in der Krise befindet, daß auch ein Vermögensentzug, der geringer als das operative Tagesgeschäft ist, zur Insolvenz der Gesellschaft führt. In der Regel greift dann aber bereits der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit.

#### **e) Unterlassen**

Letztlich bleibt zu erörtern, ob auch ein Unterlassen ein existenzvernichtender Eingriff sein kann. Wie bereits erwähnt, lehnt die überwiegende Ansicht dies ab.<sup>365</sup> Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Ein Befürworten würde bedeuten, daß das Unterlassen einen Entzug von Vermögen aus dem Haftungsfonds darstellt. Nichtstun kann aber keinen Vermögensentzug in tatsächlicher Hinsicht begründen. Dies ginge nur dann, wenn das Unterlassen dem aktiven Tun gleichzusetzen wäre. Dies wäre dann der Fall, wenn eine Garantienpflicht der Gesellschafter bestünde, bestimmte Geschäfte der GmbH vorzunehmen.<sup>366</sup> Eine solche Verhaltenspflicht trifft die Gesellschafter einer GmbH aber gerade nicht. Vielmehr steht es ihnen frei, anstatt Geschäfte abzuschließen, die die Gesellschaft sanieren würden, die GmbH zu liquidieren. Auch wird durch Nichtstun nicht gegen die Vermögensbindung im Interesse der Gläubiger verstoßen, denn diese bindet nur das vorhandene Vermögen zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger, begründet aber gerade keine Nachschußpflicht.<sup>367</sup>

Ein Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung kann daher nicht durch ein Unterlassen erfolgen.

#### **f) Ergebnis**

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß eine schlechte Geschäftsführung noch keine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs zu begründen vermag. Erforderlich ist ein gezielter, betriebsfremden Zwecken dienender Eingriff. Ein solcher liegt dann vor, wenn der Eingriff über das

<sup>360</sup> BGH BB 05, S. 286 (287); Gehrlein, BB 05, S. 613 (614).

<sup>361</sup> Ulmer, JZ 02, S. 1051; Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13 Rdn 16.

<sup>362</sup> Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3580); Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13 Rdn 16.

<sup>363</sup> Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn 17.

<sup>364</sup> Siehe unten, II D 3.

<sup>365</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1936); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (105).

<sup>366</sup> Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 249 BGB Rdn. 84.

<sup>367</sup> Wahl, S. 116.



operative Tagesgeschäft hinausgeht und die Insolvenzwahrscheinlichkeit in Folge des Eingriffs objektiv erkennbar ist. Unter den untersuchten Verhaltensweisen können folgende einen Eingriff im Sinne der Existenzvernichtungshaftung begründen:

Der unmittelbare Entzug von Gesellschaftsvermögen; die bilanzneutralen Maßnahmen der Vergabe von Darlehen durch die Gesellschaft an ihre Gesellschafter sowie die Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft zugunsten der Gesellschafter; die Risikogeschäfte; der Eingriff in Geschäftschancen, die hinreichend konkret zu einem Gewinn führen und deren Erhalt für das Überleben der Gesellschaft erforderlich sind; die Übertragung des Kundenstamms ohne Gegenleistung; die Verwertung von zuvor sicherheitshalber übereigneter Waren; die Übertragung verlustbringender Geschäfte auf die GmbH und die sog. Aschenputtel-Fälle. Hingegen ist ein existenzvernichtender Eingriff nicht durch Unterlassen begehbar.

### 3) Eingriffsfolge

Als Eingriffsfolge wird verlangt, daß die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr oder nur in geringerem Maße erfüllen kann und deswegen ein Ausfall der Gläubiger eintritt.<sup>368</sup> Denn erst wenn die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht mehr erfüllen kann, liegt eine Mißachtung der Vermögensbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger vor. Zu untersuchen ist, wann diese Voraussetzung erfüllt ist.

#### a) Insolvenz oder Insolvenzgefahr

Teilweise wird vertreten, daß bereits eine Insolvenzgefahr als Eingriffsfolge ausreicht.<sup>369</sup> Diese von Wiedemann vertretene Ansicht geht davon aus, daß der existenzvernichtende Eingriff eine vorgezogene Ausschüttungssperre sei. Den Gesellschaftern sei daher nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuß erlaubt.<sup>370</sup> Einen Vergleich zu England, Österreich und Frankreich ziehend, will Wiedemann nur den Bilanzgewinn als Ausschüttung zulassen und damit das Schutzniveau in der GmbH auf die Höhe des Aktienrechts anheben.<sup>371</sup> Bitter will hingegen den Eintritt einer Insolvenzwahrscheinlichkeit genügen lassen, die das normalerweise von den Gläubigern zu tragende Maß übersteigt.<sup>372</sup>

Die Gegenansicht verlangt hingegen den Eintritt der Insolvenz als Eingriffsfolge.<sup>373</sup> Die Vertreter dieser Ansicht führen an, daß die schwere Rechtsfolge der Existenzvernichtungshaftung nicht bereits dann greifen könne, wenn die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten noch bezahlen könne.

Dem ist zuzustimmen. Zwar ist der ersten Ansicht zuzubilligen, daß man in der Tat annehmen sein kann, daß die Haftung wegen Existenzvernichtung nicht davon abhängen sollte, ob die Insolvenz eintritt oder zufällig, etwa durch externe Maßnahmen, abgewendet wird, da der Mißbrauch der Rechtsform auch dann nicht weggefallen ist. Doch ist dies mit dem GmbHG nicht zu vereinbaren. Aus §§ 31 II, IV, 43 III 2 u. 3 GmbHG folgt, daß eine Gesellschafterhaftung nur dann existieren kann, wenn sie zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.<sup>374</sup> Außerdem hat die erste Ansicht eine weitreichende Einschränkung der Verfügungsmacht der GmbH-Gesellschafter zur Folge, da sie nur noch den Bilanzgewinn als unter den Gesell-

<sup>368</sup> BGHZ 151, S. 181 (186).

<sup>369</sup> Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (293); Bitter, WM 01, S. 2133 (2141).

<sup>370</sup> Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (293).

<sup>371</sup> Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (294).

<sup>372</sup> S.o., II B 2.

<sup>373</sup> Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn. 18; Ulmer, JZ 02, S. 1049 (1051); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (113); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (417); OLG Thüringen GmbHR 02, S. 112 (115); Bruns, WM 03, S. 815 (820).

<sup>374</sup> Altmeppen, ZIP 02, S. 1553 (1558).

schaftern verteilungsfähig anerkennt.<sup>375</sup> Eine solche Einschränkung der Verfügungsmacht der GmbH-Gesellschafter ist aber mit dem GmbHG nicht in Einklang zu bringen. Anders als im Aktienrecht ist nach dem GmbHG gerade nicht nur der Bilanzgewinn ausschüttbar.<sup>376</sup> Vielmehr können die Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen nach Belieben verfahren, solange es nicht zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger benötigt wird. Aus diesen Gründen folgt, daß, solange die Gesellschaft noch ihre Verbindlichkeiten begleichen kann, es keinen Raum für eine Durchgriffshaftung geben kann. Denn da über die juristische Person nach h.M. nicht „leichtfertig hinweggegangen“ werden kann, bedarf es für die Durchgriffshaftung eines wichtigen Grundes, welcher nur der Ausfall der Gläubiger wegen Existenzvernichtung der Gesellschaft sein kann.

Daher genügt eine bloße Existenzgefährdung als Eingriffsfolge nicht, es muß eine Existenzvernichtung der Gesellschaft eintreten. Der hier vertretenen Ansicht hat sich wohl auch der BGH angeschlossen. Während er im „Bremer-Vulkan“-Urteil noch von einem existenzvernichtenden Eingriff sprach, obwohl dem Sachverhalt keine Existenzvernichtung zugrunde lag,<sup>377</sup> lassen die Formulierungen in den Folgeurteilen auf das Erfordernis einer Existenzvernichtung schließen.<sup>378</sup>

Darzulegen ist noch, was Existenzvernichtung bedeutet. Hierunter ist der Ausfall der Gläubiger zu verstehen, der durch die Beeinträchtigung der Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten zu begleichen, verursacht wird. Dies ist dann der Fall, wenn die Gesellschaft insolvent wird, also der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO oder Überschuldung nach § 19 InsO eingreift.<sup>379</sup> Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, so wird die Gesellschaft aufgelöst, § 60 I Nr. 4 GmbHG. Durch die anschließende Liquidation werden die Betriebsstrukturen aufgelöst.<sup>380</sup> In einem solchen Fall ist nicht davon auszugehen, daß eine insolvente Gesellschaft die Fähigkeit zur Gläubigerbefriedigung wiedererlangen kann. Somit ist die Insolvenz der Gesellschaft eine taugliche Eingriffsfolge im Sinne der Existenzvernichtungshaftung. Auch falls die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wird, wird die Gesellschaft aufgelöst nach § 60 I Nr. 5 GmbHG. Daher ist auch in einem solchen Fall nicht mit einer „Wiederbelebung“ der Gesellschaft zu rechnen. Die Verursachung der Insolvenz der Gesellschaft ist somit unter Existenzvernichtung zu verstehen. Voraussetzung ist daher das Herbeiführen einer Lage, in dem die Insolvenzgründe §§ 17, 19 InsO verwirklicht sind.

## **b) Insolvenzvertiefung**

Möglicherweise sind die Voraussetzungen des existenzvernichtenden Eingriffs auch gegeben, wenn die Gesellschaft bereits zum Zeitpunkt des Eingriffs insolvent war und die Gläubiger durch den Eingriff eine geringere Quote erhalten.<sup>381</sup> Nach h.M. ist die Insolvenzvertiefung der Insolvenzverursachung gleichzustellen.<sup>382</sup> Begründet wird dies mit der Außerachtlassung der Rücksichtnahme auf die Fähigkeit der Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten bedienen zu können. Der Argumentation ist Folge zu leisten. Wenn schon der Eingriff zu einem Zeitpunkt, zu dem die Gesellschaft noch solvent war, nicht gestattet ist, dann kann dies nicht anders sein, wenn die Gesellschaft bereits insolvent ist. Wird im ersten Fall eine Mißachtung der Vermö-

<sup>375</sup> Dies gibt sogar Wiedemann als Begründer dieser Ansicht zu, ZGR 03, S. 283 (294).

<sup>376</sup> Scholz-Westermann, § 30 Rdn. 5; Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 30 Rdn. 3.

<sup>377</sup> BGHZ 149, S. 10.

<sup>378</sup> S.o., II A 2 b-e.

<sup>379</sup> Röhrich, FS-BGH, S. 83 (106); Baumbach/Hueck/II-Hueck/Fastrich, § 13 Rdn. 19; Wiedemann, ZGR 03, S. 283 (293); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (417).

<sup>380</sup> Hachenburg-Ulmer, § 60 Rdn. 6; Scholz-Schmidt, § 60 Rdn. 6; Michalski-Nerlich, § 60 Rdn. 7.

<sup>381</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (418).

<sup>382</sup> BGHZ 151, S. 181 (187); Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn. 18; Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (418); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (106).

gensbindung zu Lasten der Gläubiger vorgenommen, so gilt dies um so mehr, wenn bereits nicht mehr genug Kapital zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung steht. Ist die Gesellschaft bereits insolvent, muß das verbleibende Vermögen den Gläubigern zur Verfügung stehen. Wird hierin eingegriffen, liegt erst recht ein existenzvernichtender Eingriff vor, da die Insolvenzmasse den Gläubigern zusteht. Eine schwerere Mißachtung der Vermögensbindung ist kaum vorstellbar.<sup>383</sup>

Somit ist auch die Insolvenzvertiefung eine Eingriffsfolge im Sinne der Existenzvernichtungshaftung.

### c) Ergebnis

Als Folge des Eingriffs ist somit die Existenzvernichtung der Gesellschaft zu verlangen. Existenzvernichtung ist dann gegeben, wenn durch den Eingriff ein Insolvenzgrund nach §§ 17, 19 InsO verwirklicht worden ist und die Gesellschaft mithin insolvent wurde. Neben der Insolvenz der Gesellschaft ist auch die Insolvenzvertiefung taugliche Eingriffsfolge im Sinne der Existenzvernichtungshaftung.

## 4) Kausalität

Eine Haftung kommt ferner nur dann in Betracht, wenn die Gesellschafter für die Insolvenz der Gesellschaft verantwortlich sind, mithin der Eingriff für die Insolvenz oder Insolvenzvertiefung kausal war.<sup>384</sup> Fraglich ist aber, was für eine Art von Kausalität zu fordern ist. Lutter/Banerjea plädieren für eine unmittelbare Kausalität. Nach ihrer Ansicht ist der Eingriff für die Insolvenz oder –vertiefung dann nicht mehr kausal, wenn andere Faktoren dazwischentreten oder wenn zwischen Eingriff und Insolvenz (-vertiefung) eine geraume Zeit verstrichen ist, in der die Gesellschaft weitergeführt wurde.<sup>385</sup> In diesem Fall bedürfe es auch nicht der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs, sondern es läge u.U. eine Haftung wegen Unterkapitalisierung vor.<sup>386</sup> Hiernach wäre der Eingriff in Geschäftschancen mangels Kausalität nicht von der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs umfaßt, denn die Insolvenz der Gesellschaft wird nicht durch den Entzug der Geschäftschance, sondern erst durch die Weiterführung der Geschäfte verursacht.<sup>387</sup> Gleiches kann für Risikogeschäfte gelten, wenn zwischen Eingehung des Geschäfts und Eintreten der Verluste ein geraumer Zeitraum liegt.

Dieser Ansicht ist zwar insoweit zuzustimmen, als daß grundsätzlich die harte Durchgriffshaftung die Gesellschafter nur dann treffen sollte, wenn die Gesellschafter unmittelbar den Ausfall der Gläubiger verursacht haben. Sie führt aber deswegen zu unbilligen Ergebnissen, weil sie die Gesellschafter wegen jeglicher hinzutretenden Faktoren zwischen Eingriff und Eingriffsfolge von einer Haftung wegen Existenzvernichtung befreit. Allerdings muß für ein weites Verständnis der Kausalität im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung klar bestimmt werden, welche Faktoren die Kausalität nicht aufheben können.

Hier hilft ein Vergleich zum Strafrecht weiter. Grundsätzlich wird dort für eine unmittelbare Kausalität ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang verlangt, sowie die Verwirklichung gerade der geschaffenen Gefahr.<sup>388</sup> Dies sei aufgrund der bei Tatbeständen mit einer unmittelbaren Kausalität gegebenen scharfen Rechtsfolge erforderlich. Allerdings ist auch anerkannt, daß alle Ursachen, die sich noch im Rahmen der allgemeinen Lebenserfahrung halten und für den Täter vorhersehbar sind, diesen nicht privilegieren können und somit die

<sup>383</sup> Wahl, S. 120.

<sup>384</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (418).

<sup>385</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (418).

<sup>386</sup> So auch: Hachenburg-Ulmer, Anh. § 30 Rdn. 9ff.; Scholz-Emmerich, GmbHG, § 13 Rdn. 93; Banerjea, ZIP 99, S. 1153 (1161).

<sup>387</sup> Wahl, S. 122.

<sup>388</sup> Vgl. Sch/Sch-Stree, § 227 Rdn. 3; Sch/Sch-Eser, § 251, Rdn. 5.

Kausalität nicht ausschließen.<sup>389</sup> Der Grund hierfür ist, daß derjenige, der eine Gefahrensituation schafft, auch für die sich in einem gewissen Rahmen haltenden Risiken verantwortlich sein müsse.<sup>390</sup>

Keine andere Wertung kann für den existenzvernichtenden Eingriff gelten. Auch hier knüpft an die tatbestandliche Handlung eine besonders harte Rechtsfolge an, die grundsätzlich eine unmittelbare Kausalität erforderlich macht. Die Unmittelbarkeit der Kausalität ergibt sich zudem aus dem Gesichtspunkt der unternehmerischen Freiheit, welche auch ein Grund dafür ist, daß eine persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter nur unter engen Voraussetzungen erfolgen darf. Dennoch darf dies nicht zu einem Ausschluß der Gesellschafterhaftung aufgrund von jeglichen hinzutretenden Faktoren führen. Vielmehr können alle Ursachen, die im Zeitpunkt des Eingriffs für die Gesellschafter objektiv vorhersehbar waren oder gar bereits feststanden, die Kausalität nicht ausschließen. War es somit für die Gesellschafter vorhersehbar, daß der Eingriff zu einem späteren Zeitpunkt zur Insolvenz der Gesellschaft führen würde, ist im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung dieses Verhalten als kausal zu werten.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß grundsätzlich eine unmittelbare Kausalität zwischen Eingriff und Eingriffsfolge zu verlangen ist. Dies ergibt sich aus der scharfen Rechtsfolge der Existenzvernichtungshaftung sowie der Tatsache, daß die persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter als Ausnahme zum gesetzlichen System nur unter engen Voraussetzungen stattfinden kann. Jedoch können solche Ursachen, die im Zeitpunkt des Eingriffs für die Gesellschafter objektiv vorhersehbar waren oder gar bereits feststanden, die Kausalität nicht ausschließen.<sup>391</sup>

## 5) Subsidiaritätsgrundsatz

Die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs ist nicht gesetzlich normiert. Eine Rechtsfigur ist stets subsidiär zu den gesetzlichen Regelungen. Ihre Anwendung ist daher nur dann möglich, wenn keine gesetzlichen Regelungen den betreffenden Fall bereits abschließend regeln. Im folgenden ist zu untersuchen, welche gesetzlichen Regelungen die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs verdrängen können.

### a) Kapitalerhaltungsrecht

Einigkeit besteht dahingehend, daß, soweit der der Gesellschaft zugefügte Nachteil bereits vollständig nach den §§ 30, 31 GmbHG ersetzt werden kann, es daneben keinen Raum für die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs gibt.<sup>392</sup> Hierin steckt der Gedanke des TBB-Urteils<sup>393</sup>, wonach eine Haftung nur dann in Betracht kommt, wenn ein Einzelausgleich nicht zu erlangen ist.<sup>394</sup> In diesen Fällen besteht auch gar kein Bedürfnis für eine ungeschriebene Haftungsgrundlage, denn der entstandene Nachteil ist bereits vollständig über die gesetzlichen Vorschriften der Kapitalerhaltung ausgleichsfähig. Allerdings umfassen die §§ 30 ff. GmbHG nur den Ersatz des entzogenen Stammkapitals. Bei dem hier in Frage stehenden existenzvernichtenden Eingriff wird aber die Gesellschaft in die Insolvenz getrieben. In diesen Fällen entstehen der Gesellschaft durch die Insolvenz üblicherweise beträchtliche Folgeschäden.<sup>395</sup> Unter diese Schäden fallen zumindest die Kosten des Insolvenzverfahrens, aber auch Nutzungsausfälle durch den Entzug von Gegenständen sowie die Unterbrechung der Produkti-

<sup>389</sup> Vgl. Sch/Sch-Stree, § 227, Rdn. 3; Sch/Sch-Eser, § 251, Rdn. 5.

<sup>390</sup> Vgl. Sch/Sch-Stree, § 227, Rdn. 3, Sch/Sch-Eser, § 251, Rdn. 5.

<sup>391</sup> Im Ergebnis so auch Wahl, S. 124-5.

<sup>392</sup> II ZR 256/02, S. 6; BGHZ 151, S. 181 (187); Röhricht, FS-BGH, S. 83 (114); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (423-4); Ulmer, JZ 02, S. 1049 (1051); Benecke, BB 03, S. 1190 (1194); Bruns, WM 03, S. 815 (821).

<sup>393</sup> BGHZ 122, S. 123.

<sup>394</sup> Henze, AG 04, S. 405 (411).

<sup>395</sup> Fleck, ZHR 149, S. 387 (395); Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 204.

on.<sup>396</sup> Solche Schäden sind aber nicht nach §§ 30 ff. GmbHG ersatzfähig. Somit ist die praktische Bedeutung der Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung zu den Kapitalschutzvorschriften beschränkt, da diese die meisten durch die Insolvenz auftretenden Folgeschäden der Gesellschaft nicht mit umfassen.<sup>397</sup>

Allein von Bedeutung ist die Subsidiarität zu den §§ 30 ff. GmbHG im Falle der Insolvenzvertiefung. Wird einer insolventen GmbH Vermögen durch ihre Gesellschafter entzogen, so gibt es nicht die Problematik der Folgeschäden. Vielmehr deckt sich die Höhe des entnommenen Vermögens mit dem Nachteil der Gesellschaft. Das entnommene Vermögen ist aber wegen der Überschuldung der Gesellschaft, dieser nach §§ 30, 31 GmbHG komplett zu ersetzen.<sup>398</sup> Eine Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung hat daher im Fall der Insolvenzvertiefung aufgrund Subsidiarität zu den §§ 30 ff. GmbHG auszuscheiden.<sup>399</sup>

### **b) Ausgleich des Nachteils**

Ferner greift der Subsidiaritätsgrundsatz nach Ansicht des BGH dann ein, wenn der Nachteil durch die Gesellschafter vollständig ersetzt wird.<sup>400</sup> Hiermit stellt der BGH aber nur klar, daß wenn die Gesellschaftsgläubiger keinen Nachteil erleiden, eine Durchgriffshaftung auszuscheiden hat. In der Regel wird es in einem solchen Fall bereits an der Insolvenz der Gesellschaft fehlen. Denn erforderlich ist, daß der Ausgleich vor Eröffnung bzw. Ablehnung des Insolvenzverfahrens erfolgt, ein späterer Ausgleich kann den Anspruch wegen Existenzvernichtung nicht ausschließen, denn die Mißachtung der Vermögensbindung wird hierdurch nicht aufgehoben. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Durchgriffshaftung gerade kein Schadenersatzanspruch ist, der durch Beseitigung des Schadens wegfällt.<sup>401</sup> Gleichen die Gesellschafter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Nachteile aus, so bleibt der Anspruch wegen Existenzvernichtung bestehen. Da dann aber aufgrund des Ausgleichs kein Nachteil der Gläubiger mehr besteht, können diese den Nachteil auch nicht als Rechtsfolge des Anspruchs wegen Existenzvernichtung geltend machen.

Eine Subsidiarität wegen vollständigen Ausgleichs des Nachteils kommt daher nur dann in Betracht, wenn der Ausgleich vor Eröffnung bzw. Ablehnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist.

### **c) Geschäftsführerhaftung nach § 43 GmbHG**

Der Schadensersatzanspruch aus § 43 GmbHG gegen den Geschäftsführer steht der Gesellschaft zu. Hieraus ließe sich ableiten, daß bei Werthaltigkeit dieses Anspruchs der existenzvernichtende Eingriff insoweit subsidiär ist. Denn die Gläubiger müssen sich primär an die Gesellschaft halten, welche durch Erfüllung des Anspruchs aus § 43 GmbHG wiederum in der Lage wäre, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen.<sup>402</sup>

Begründen könnte man diese Überlegung damit, daß nur der Geschäftsführer nach § 43 I GmbHG der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns unterliege, hingegen die Gesellschafter nicht.<sup>403</sup> Dies ist aber nicht überzeugend. Die Norm des § 43 I GmbHG ist nur dann relevant, wenn es sich um eine Geschäftsleiterentscheidung handelt, im Rahmen des existenzvernicht-

<sup>396</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (422).

<sup>397</sup> So auch Bitter, WM 01, S. 2133 (2136); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (89, 114); Drygala, GmbHR 93, S. 317 (321); Keßler, GmbHR 02, S. 945 (950).

<sup>398</sup> Wahl, S. 128.

<sup>399</sup> Bitter, WuB II C. § 13 GmbHG 2.02, S. 793, 796.

<sup>400</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>401</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (427), die bei vollständigem Ersatz aber von diesem Grundsatz abrücken wollen; Wahl, S. 130.

<sup>402</sup> Lutter/Banerjea, ZIP 03, S. 2177 (2178).

<sup>403</sup> Lutter/Banerjea, ZIP 03, S. 2177 (2179).

tenden Eingriffs liegt aber eine Maßnahme außerhalb unternehmerischen Verhaltens vor.<sup>404</sup> Außerdem ist hiergegen folgendes anzuführen: Die Existenzvernichtungshaftung ist nach der hier vertretenen Ansicht eine Durchgriffshaftung, die den GmbH-Gesellschafter durch analoge Anwendung des § 128 HGB dem Haftungsregime der OHG unterstellt. Bei der OHG haften die Gesellschafter aber unabhängig davon, ob den an der Geschäftsführung beteiligten Personen ein Verschulden zur Last fällt.<sup>405</sup> Somit ist die Haftung der GmbH-Gesellschafter unabhängig von der der Geschäftsführer. Dies gilt letztlich auch deswegen, weil die Entscheidung über die Vornahme eines existenzvernichtenden Eingriffs in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung fällt. Das entscheidungsfällende Organ darf aber nicht von der Verantwortlichkeit ausgenommen werden.

Vielmehr haften sowohl die Gesellschafter als auch die Geschäftsführer im Fall eines existenzvernichtenden Eingriffs unabhängig voneinander. Der Geschäftsführer haftet der Gesellschaft nach § 43 GmbHG und die Gesellschafter den Gläubigern nach den Regeln des existenzvernichtenden Eingriffs. Da sie zum einen nicht dasselbe schulden (Geschäftsführer Schadensersatz nach § 43 GmbHG und Gesellschafter Durchgriffshaftung), zum anderen sie auch noch unterschiedlichen Gläubigern haften (Geschäftsführer der GmbH und Gesellschafter unmittelbar den Gläubigern) sind Gesellschafter und Geschäftsführer keine Gesamtschuldner. Dennoch stellt sich die Frage nach der Regreßmöglichkeit des Geschäftsführers, falls er den Anspruch aus § 43 GmbHG begleicht. Erfüllt der Geschäftsführer den Anspruch aus § 43 GmbHG, so kann er im Innenverhältnis von den Gesellschaftern Regreß verlangen, denn ansonsten könnten die Gesellschafter sich durch den Eingriff bereichern und den Geschäftsführer haften lassen.<sup>406</sup> Der Regreßanspruch folgt entweder aus § 242 BGB oder aus § 812 I 1. Alt. BGB.

Insgesamt kann eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft nach § 43 I GmbHG keine Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung begründen.

#### **d) Delikt**

Schließlich ist das Verhältnis von Delikt und Existenzvernichtungshaftung zu untersuchen. Wie die einschlägigen Urteile zeigen, in denen auch eine Haftung aus Delikt neben dem existenzvernichtenden Eingriff geprüft wurde, besteht hier eine Anspruchskonkurrenz. Dies sieht auch die überwiegende Meinung im Schrifttum so.<sup>407</sup> Folglich besteht keine Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung zu den deliktischen Ansprüchen. Dies ist auch richtig, da nach dem allgemeinen Grundsatz eine Haftung aus Sonderbeziehung nicht durch gleichzeitig verwirklichte deliktische Haftungstatbestände verdrängt werden kann. Die Existenzvernichtungshaftung ist eine Haftung aufgrund Sonderbeziehung, denn sie trifft die Gesellschafter aufgrund ihrer besonderen Einflußnahmemöglichkeiten auf die Gesellschaft, welche sie aufgrund ihrer Mitgliedschaft innehaben.

#### **e) Ergebnis**

Die Existenzvernichtungshaftung ist nur zu den Kapitalschutzvorschriften der §§ 30 ff. GmbHG und zu einem vollständigen vor Eröffnung bzw. Ablehnung des Insolvenzverfahrens erfolgten Ausgleich subsidiär. Die Subsidiarität tritt dann ein, wenn der der Gesellschaft entstandene Nachteil vollständig über die Kapitalschutzvorschriften ausgeglichen werden kann. Rechtlich zu begründen ist der Subsidiaritätsgrundsatz damit, daß eine persönliche Haftung

<sup>404</sup> Lutter/Banerjea, ZIP 03, S. 2177 (2179).

<sup>405</sup> Lutter/Banerjea, ZIP 03, S. 2177 (2179).

<sup>406</sup> Lutter/Banerjea, ZIP 03, S. 2177 (2179).

<sup>407</sup> BGHZ 149, S. 10 (17); BGHZ 151, S. 181 (186); Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 46; Henze, NZG 03, S. 649 (658); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (115); Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1842); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (429 f.); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2028).

der Gesellschafter nur ausnahmsweise zulässig ist. Das kann nur dann der Fall sein, wenn von der Gesellschaft keine Befriedigung zu erlangen ist. Eine Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung zu der Geschäftsführerhaftung nach § 43 GmbHG oder zu den deliktischen Vorschriften kommt nicht in Betracht.

Praktische Bedeutung hat der Subsidiaritätsgrundsatz allerdings nur in den Fällen der Insolvenzvertiefung, weil die im Falle der Verursachung einer Insolvenz anfallenden Folgeschäden meist nicht nach den §§ 30 ff. GmbHG ersetzbar sind.

## 6) Subjektiver Tatbestand

Eine Ansicht in der Literatur verlangt neben dem objektiven auch einen subjektiven Tatbestand.<sup>408</sup> Nur bei Vorliegen eines schuldhaften Verstoßes sei die schwere Rechtsfolge zu billigen. Weiter wird hierfür angeführt, daß ein Verschulden erforderlich sei, damit die Mitgesellschafter nicht in die Haftung einbezogen würden, da sonst allein das Einverständnis haftungsbegründend wirke. Die Gegenansicht stellt keine subjektiven Anforderungen.<sup>409</sup> Hierfür wird angeführt, daß die Haftungsvoraussetzungen und der daraus resultierende Mißbrauch rein objektive Kriterien seien. Folglich könne es nicht auf ein Verschulden ankommen. Dem ist zuzustimmen. Der existenzvernichtende Eingriff ist eine Rechtsfigur, die ergänzend zu den §§ 30 ff. GmbHG die Gläubiger schützen soll. Ein Verschulden ist bei den §§ 30 ff. GmbHG aber nicht erforderlich, wieso soll es dann bei einem noch schwereren Mißbrauch erforderlich sein. Außerdem knüpft die Existenzvernichtungshaftung an eine Nichtbeachtung der Wertungen des § 13 II GmbHG an. Um die Wertungen des § 13 II GmbHG zu mißachten, genügt aber bereits ein rein objektiver Verstoß, denn entweder werden die Voraussetzungen für die Anwendung einer Norm eingehalten oder nicht. Somit ist ein subjektiver Tatbestand bei der Existenzvernichtungshaftung nicht erforderlich.

## 7) Rechtsfolge

Abschließend bleibt die Rechtsfolge des existenzvernichtenden Eingriffs darzustellen. Besonderes Augenmerk gilt dabei dem Haftungsumfang, ob es vorrangig eines erfolglosen Vollstreckungsversuchs gegen die Gesellschaft bedarf, sowie der Frage, ob alle Gläubiger gleich zu behandeln sind, oder mit Bitter<sup>410</sup> eine Einstufung nach Gläubigergruppen stattzufinden hat.

### a) Umfang der Haftung

Von besonderer praktischer Relevanz ist der Umfang der Haftung, also der Betrag, den die Gesellschafter den Gläubigern schulden. Hierbei ist zu bedenken, daß ein Gesellschafter wohl nicht seine hohe Gewinne abwerfende GmbH vernichten wird, sondern eher seine Verluste einbringende Gesellschaft.<sup>411</sup> In einem solchen Fall werden aber bereits einige Gläubigerforderungen vor dem existenzvernichtenden Eingriff nicht mehr voll werthaltig sein. Die sich stellende Frage lautet somit, ob die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs der Höhe nach zu begrenzen ist, wenn die Gläubigerforderungen bereits vor dem Eingriff nicht mehr vollständig werthaltig waren.

<sup>408</sup> Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3579); Benecke, BB 03, S. 1190 (1194-5); Westermann, NZG 02, S. 1129 (1137).

<sup>409</sup> Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn. 25a; wohl auch der BGH, denn da er ein Verschulden nicht als Voraussetzung nennt, ist davon auszugehen, daß der BGH es nicht für erforderlich hält.

<sup>410</sup> S.o., II B 2.

<sup>411</sup> Bitter, WuB II C. § 13 2.02, S. 793 (796); Vetter, ZIP 03, S. 601 (604).

### aa) Umfang der Haftung aufgrund der Dogmatik der Existenzvernichtungshaftung

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Existenzvernichtungshaftung eine Mißbrauchshaftung, die zu einer persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft über eine analoge Anwendung der §§ 128, 105 HGB führt.<sup>412</sup> Da § 128 HGB nicht von einer Begrenzung der Gesellschafterhaftung ausgeht, ist anzunehmen, daß auch die Existenzvernichtungshaftung nicht der Haftungshöhe nach einschränkbar ist. Somit haften die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern in voller Höhe, unabhängig von der Werthaltigkeit der Gläubigerforderungen.<sup>413</sup> Diese unbegrenzte Haftung nimmt wohl auch der BGH an, denn nach dem BGH können die Gläubiger außerhalb des Insolvenzverfahrens ihre Forderungen unmittelbar gegen die Gesellschafter geltend machen.<sup>414</sup> Eine Beschränkung der Haftungssumme nennt der BGH nicht.

Demgemäß weist die Analogie zu § 128 HGB darauf hin, daß die Existenzvernichtungshaftung unbegrenzt in Höhe der ausgefallenen Gläubigerforderungen besteht.

### bb) Einschränkung des Haftungsumfangs aufgrund der Systematik des GmbHG

Möglicherweise ist der Haftungsumfang aber einzuschränken aufgrund der Systematik des GmbHG. Bruns macht den Einwand geltend, daß eine unbeschränkte persönliche Haftung den Gesellschaftern eine Nachschußpflicht aufbürden würde, die das GmbH-Gesetz nicht kennt.<sup>415</sup> Im GmbH-Recht reiche die Haftung des Gesellschafters nicht weiter als seine Finanzierungsverantwortung. Bruns Ansicht geht fehl. Aus der Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter folgt die Pflicht, im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung sicherzustellen, daß die GmbH über ihr Stammkapital verfügt. Insofern müssen die Gesellschafter das Stammkapital erbringen und erhalten, zwischenzeitliche Vermögensabgänge durch Auffüllung des Stammkapitals ausgleichen.<sup>416</sup> Ab dem Zeitpunkt der Eintragung besteht aber keine Pflicht der Gesellschafter, das Stammkapital wieder aufzufüllen, sondern allenfalls im Falle einer Unterbilanz Insolvenzantrag zu stellen. Diese Pflicht ist verhaltensunabhängig, sie hängt nur vom Bestand des Stammkapitals ab. Im Gegensatz dazu knüpft die Existenzvernichtungshaftung an ein Verhalten der Gesellschafter an. Somit ist der Grund für eine Haftung im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung ein völlig anderer als bei der Finanzierungsverantwortung. Außerdem steht der Anspruch wegen der Finanzierungsverantwortung der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zu, der Anspruch wegen existenzvernichtenden Eingriffs aber steht den Gesellschaftsgläubigern zu. Daher ist die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff weder hinsichtlich des Haftungsgrundes noch bezüglich des Anspruchinhabers mit den Ansprüchen aus der Finanzierungsverantwortung vergleichbar. Mithin besteht aus diesem Gesichtspunkt keine Einschränkung des Haftungsumfangs.

Vetter macht geltend, daß die unbeschränkt persönliche Haftung aufgrund eines für die Gesellschaft nachteiligen Einzeleingriffs einen „Fremdkörper“ im Kapitalgesellschaftsrecht darstelle. Sogar das umfassender kodifizierte Aktienrecht sähe für solche Einzeleingriffe nur eine Schadensersatzpflicht nach §§ 117, 317 AktG vor.<sup>417</sup> Eine unbeschränkte Haftung existiere nur nach §§ 302, 322 AktG, welche auf die GmbH allerdings keine Anwendung finden.<sup>418</sup> Auch dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Wesensmerkmal der Kapitalgesellschaften ist gerade die beschränkte Haftung der Gesellschafter. Dem entspricht, daß die Gesellschafter bei schadenverursachenden Handlungen nur den entstandenen Schaden zu ersetzen haben, nicht aber persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften müssen.

<sup>412</sup> S.o., II C 7.

<sup>413</sup> So auch Bruns, WM 03, S. 815 (822).

<sup>414</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>415</sup> Bruns, WM 03, S. 815 (822).

<sup>416</sup> BGHZ 80, S. 129 (141), so auch Bruns WM 03, S. 815 (822).

<sup>417</sup> Vetter, ZIP 03, S. 601 (604).

<sup>418</sup> Siehe oben, II A 1 c.



Die Existenzvernichtungshaftung ist aber eine ungeschriebene Rechtsfigur, die gerade zur Nichtanwendung des Haftungsprivilegs und damit zu einer persönlichen Haftung der Gesellschafter in Analogie zu § 128 HGB führt. Weil die Existenzvernichtungshaftung aber mit dem GmbHG vereinbar ist,<sup>419</sup> kann nicht aus ihrem Ausnahmecharakter auf ihre Systemwidrigkeit geschlossen werden.

Insgesamt ist der Umfang der Haftung daher nicht aufgrund der Systematik des GmbHG zu beschränken.

### **cc) Einschränkung des Haftungsumfangs wegen des Telos der Existenzvernichtungshaftung**

Der Umfang der Haftung kann letztlich aufgrund des Telos der Existenzvernichtungshaftung eingeschränkt sein. Diesen Punkt greift Haas auf. Er geht davon aus, daß das Telos der Existenzvernichtungshaftung die Erhaltung der Befriedigungsaussicht der Gläubiger sei, jedoch nur bis zu der Höhe, in der die Gläubigerforderungen vor dem Eingriff noch werthaltig waren.<sup>420</sup> Als Grund wird insbesondere aufgeführt, daß bei vollem Haftungsumfang die Gläubiger durch die Existenzvernichtungshaftung mehr bekämen als ohne den Eingriff, soweit ihre Forderungen nicht mehr ganz werthaltig seien.<sup>421</sup> Dies sei eine unbillige Belastung der Gesellschafter, die die bereits „entstandenen Verluste“ der Gläubiger ersetzen müßten. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Gesellschafter den existenzvernichtenden Eingriff selbst begangen haben, sie somit einen Zustand herbeigeführt haben, in dem der GmbH die letzte Sanierungschance genommen wird.<sup>422</sup> Da die Gesellschafter selbst den Zustand herbeigeführt haben und sich zudem rechtsmißbräuchlich verhalten haben, sind sie nicht schutzwürdig. Sie haben daher grundsätzlich den vollen Haftungsumfang zu tragen. Haas schränkt den Umfang der Existenzvernichtungshaftung mithin zu unrecht ein.

Somit ist aufgrund des Telos der Existenzvernichtungshaftung ebenfalls keine Einschränkung geboten.

### **dd) Einschränkungsmöglichkeit des Haftungsumfangs**

Eine Einschränkungsmöglichkeit hat der BGH in einem neueren Urteil aufgestellt. Kann der Gesellschafter nachweisen, daß der Gesellschaft im Vergleich zu der Vermögenslage bei einem redlichen Verhalten nur ein begrenzter Nachteil entstanden ist, sei nur dieser Nachteil zu ersetzen.<sup>423</sup> Der bloße Umstand, daß die Gesellschaft in die Insolvenz getrieben wurde, schließe den Nachweis nicht aus. Dies setzt voraus, daß die Gesellschaft auch bei einem redlichen Verhalten insolvent geworden wäre und durch den Eingriff nur ein zusätzlicher Nachteil entstanden ist. Wäre die Gesellschaft aber auch bei einem redlichen Verhalten insolvent geworden, ist fraglich, ob die dann zur „schnelleren“ Beendigung der Gesellschaft führende Maßnahme überhaupt als Eingriff zu werten ist.<sup>424</sup> Falls dennoch ein Eingriff vorliegt, ist es sachgerecht, die Haftung auf den zusätzlich entstandenen Nachteil zu beschränken, da die Gesellschaft sowieso insolvent geworden wäre und die Gläubiger auch bei einem redlichen Verhalten mit einem Ausfall zu rechnen hätten. Ist die Insolvenz der Gesellschaft aber nicht abwendbar, soll die Gesellschafter auch nicht die harte Durchgriffshaftung in vollem Umfang treffen, sondern nur in Höhe des zusätzlich entstandenen Nachteils.

---

<sup>419</sup> Siehe oben, II C 1 a.

<sup>420</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1937).

<sup>421</sup> Vgl. Haas, WM 03, S. 1929 (1937).

<sup>422</sup> So auch Henze, NZG 03, S. 649 (657).

<sup>423</sup> II ZR 206/02, S. 1 (8); ZR II 256/02, S. 1 (10).

<sup>424</sup> Vgl. II D 2 d.

### ee) Ergebnis

Die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs ist der Höhe nach grundsätzlich unbegrenzt. Dies ergibt sich aus der Dogmatik der Existenzvernichtungshaftung.<sup>425</sup> Nur wenn der Gesellschafter nachweisen kann, daß die Gesellschaft auch bei einem redlichen Verhalten insolvent geworden wäre und durch den Eingriff nur ein zusätzlicher Nachteil entstanden ist, ist die Existenzvernichtungshaftung auf diesen zusätzlichen Nachteil beschränkt.

### b) Vorrangige Geltendmachung des Anspruchs gegen die Gesellschaft

Zur klären ist, ob die Gläubiger, bevor sie gegen die Gesellschafter vorgehen, einen erfolgreichen Vollstreckungsversuch gegen die Gesellschaft unternehmen müssen. Der BGH gab vor, daß eine Haftung der Gesellschafter nur insoweit in Betracht kommt, als von der Gesellschaft keine Befriedigung zu erlangen ist.<sup>426</sup> Dem folgen einige Vertreter der Literatur.<sup>427</sup> Doch ist dies eigentlich ein systemwidriges Merkmal. Nach Ansicht des BGH haften die Gesellschafter analog §§ 128, 105 HGB. Diese Haftung ist zu der der Gesellschaft akzessorisch.<sup>428</sup> Falls die Gesellschafter aber nach § 128 HGB analog haften sollen, ist der Umweg des vorrangigen Befriedigungsversuchs gegen die Gesellschaft nicht sachgerecht. Gerade weil bereits im Tatbestand dargetan ist, daß die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann. Somit ist es sachgerechter mit Altmeyers<sup>429</sup> eine unmittelbare Gesellschafterhaftung anzunehmen.

### c) Differenzierung nach Gläubigergruppen

Dargelegt ist, daß die Schuldner, also die Gesellschafter, unmittelbar und in voller Höhe haften. Zu klären ist noch, ob es eine Einschränkung auf Gläubigerseite dergestalt geben kann, daß bestimmte Gläubiger keinen Durchgriff auf die Gesellschafter verlangen können. Zu unterscheiden ist dabei zwischen einer allgemeinen Einschränkung des Durchgriffs und der Einschränkung wegen besonderer Umstände.

Einer allgemeinen Einschränkung der Durchgriffshaftung unterliegen die Gläubiger, bei denen eine Risikoübernahme vorliegt, oder die in einer Weise an der Existenzvernichtung mitgewirkt haben, daß ihnen das Verbot des venire contra factum proprium entgegenzuhalten ist. Eine solche Risikoübernahme ist gegeben, wenn der Gläubiger genau weiß, welches Risiko er eingeht, weil er beim Vertragsschluß mit der GmbH Kenntnis davon hat, daß der Gesellschafter einen existenzvernichtenden Eingriff vornehmen will. Im Fall einer solchen Risikoübernahme bleibt zwar die Forderung gegen die GmbH bestehen, der Durchgriff ist jedoch verwehrt.<sup>430</sup> Erforderlich ist eine freiwillige Übernahme in Kenntnis der relevanten Umstände, insbesondere der Insolvenzgefahr. Eine erzwungene Risikoübernahme ist unwirksam.<sup>431</sup>

Die Einschränkung der Durchgriffshaftung aufgrund besonderer Umstände wurde von Bitter<sup>432</sup> begründet. Davon ausgehend, daß nur derjenige schützenswert sei, der sich nicht selbst schützen könne, unterteilt er wie oben dargestellt in freiwillige und unfreiwillige Gläubiger.<sup>433</sup>

Freiwillige Gläubiger sind danach solche, die willentlich mit der Gesellschaft in rechtsgeschäftlichen Kontakt getreten sind; hingegen haben die unfreiwilligen zufällig einen Anspruch gegen die Gesellschaft erhalten, meist aufgrund deliktischer Tatbestände. Voll schutzwürdig seien nur die unfreiwilligen Gläubiger, da diese ihren Anspruch nicht absichern können. Die freiwilligen seien hingegen grundsätzlich nicht schutzwürdig, vielmehr müßten sie für eine

<sup>425</sup> So auch Wahl, S. 150; Lutter/Hommelhoff-Lutter/Hommelhoff, § 13 Rdn. 20.

<sup>426</sup> BGHZ 151, S. 181 (187).

<sup>427</sup> Haas, WM 03, S. 1929 (1937); Henze, NZG 03, S. 649 (657).

<sup>428</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 128 Rdn. 1.

<sup>429</sup> Altmeyers, ZIP 02, S. 1553 (1560).

<sup>430</sup> Banerjea, ZIP 99, S. 1153 (1160); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (432).

<sup>431</sup> Timm, NJW 92, S. 2185 (2194); Hachenburg-Ulmer, Anh. § 30 Rdn. 65.

<sup>432</sup> S.o., II B 2.

<sup>433</sup> S.o., II B 2.

Sicherung ihrer Ansprüche gegen die Gesellschaft Sorge tragen.<sup>434</sup> Eine Ausnahme gelte nur für die Dienstleistungsgläubiger, die, obwohl sie zu den freiwilligen Gläubigern zählen, voll schützenswert seien, da eine Sicherung ihrer Ansprüche für sie praktisch nicht in Betracht komme.<sup>435</sup> Bitter begründet seine Ansicht damit, daß der Anspruch der unfreiwilligen Gläubiger als Haftung der Gesellschafter wegen fehlenden Versicherungsschutzes als Unterfall der Durchgriffshaftung der Unterkapitalisierung einzustufen sei.<sup>436</sup> Denn eine Versicherung der Gesellschaft wirke wie eine Mindestkapitalisierung, wird diese nicht abgeschlossen, könne dies als Unterkapitalisierung gewertet werden. Die Überleitung der Haftung auf die Gesellschafter sei damit zu rechtfertigen, daß die Gesellschafter einen höheren Gewinn dadurch erzielten, daß sie den Abschluß der Versicherung unterließen.<sup>437</sup> Den Anspruch der Dienstleistungsgläubiger rechtfertigt Bitter durch einen Mißbrauch der Haftungsbeschränkung. Dieser sei gegeben, wenn die Insolvenzwahrscheinlichkeit 10 % deutlich übersteige.<sup>438</sup> Dann läge ein Spekulieren zu Lasten der Gläubiger vor, das die Durchgriffshaftung rechtfertige. Die Ablehnung der Durchgriffshaftung betreffend die freiwilligen Gläubiger begründet Bitter damit, daß ansonsten der Anreiz zur Eigensicherung verloren ginge.<sup>439</sup>

Bitter ist insoweit zuzustimmen, daß grundsätzlich derjenige keinen Schutz verdient, der sich nicht vor wirtschaftlichen Gefahren schützt, obwohl ihm dies möglich wäre. Auch ist es richtig, diejenigen, die sich nicht selbst schützen können, gegenüber den anderen zu privilegieren. Dennoch ist Bitters Ansicht letzten Endes abzulehnen, weil er eine unzulässige Risikoverteilung vornimmt. Auch ein Gläubiger, der sich selbst schützen könnte, ist im Verhältnis zu demjenigen, der sich rechtsmißbräuchlich verhält, schutzwürdig. Daher kann es die Gesellschafter, die die gesetzlichen Wertungen des § 13 II GmbHG mißachten, nicht privilegieren, daß ihre Gläubiger die ihnen gegen die Gesellschaft zustehenden Ansprüche nicht gesichert haben. Außerdem dürfen sich die Gläubiger zumindest darauf verlassen, daß die Gesellschafter die gesetzlichen Wertungen einhalten. Folglich müssen die Gläubiger erst gar nicht mit einem existenzvernichtenden Eingriff rechnen. Dann kann es den Gläubigern aber auch nicht vorgeworfen werden, daß sie keine Sicherungsmaßnahmen gegen den Eingriff vorgenommen haben. Vielmehr ergibt sich aus den Wertungen des GmbHG, daß die Gesellschafter nur solange einem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger nicht ausgesetzt sind, als sie die Vermögensbindung zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung achten.<sup>440</sup> Verstoßen die Gesellschafter gegen die Vermögensbindung, sind sie im Verhältnis zu den Gläubigern nicht mehr schutzwürdig, unabhängig davon, ob die Gläubiger ihre Ansprüche sichern können oder nicht. Bereits aus diesen Gründen ist Bitters Ansicht abzulehnen.

Es kommt aber noch ein weiterer triftiger Grund hinzu. Bitters Ansicht führt dazu, daß die Vertragsgläubiger der Gesellschafter schlechter stehen als die „zufälligen“ Gläubiger, denn ihnen steht die Durchgriffshaftung auf die Gesellschafter grundsätzlich nicht zu. Hiernach werden die Vertragsgläubiger der Gesellschaft, die die Existenzvernichtungshaftung eigentlich schützen will, teilweise von diesem Schutz ausgenommen. Es ist aber nicht einzusehen, wieso die Vertragsgläubiger weniger schutzwürdig sein sollen als etwa die Deliktsgläubiger. Hinzu kommt, daß durch die Herausnahme der vertraglichen Gläubiger die Mehrheit der Gesellschafts-Gläubiger ohne Schutz bliebe.

Nicht zuletzt wegen dieses für die Praxis wenig brauchbaren Ergebnisses sowie insbesondere der Unstimmigkeiten hinsichtlich der Risikoverteilung ist Bitters Ansicht abzulehnen.

---

<sup>434</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2140).

<sup>435</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2140).

<sup>436</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2140).

<sup>437</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 200.

<sup>438</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2141).

<sup>439</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2140).

<sup>440</sup> Siehe oben, II C 1 a bb.

Insgesamt findet somit mit Ausnahme der allgemeinen Einschränkung der Durchgriffshaftung keine weitere Einschränkung hinsichtlich der zum Durchgriff berechtigten Gläubiger statt.<sup>441</sup>

#### **d) Ergebnis**

Rechtsfolge der Existenzvernichtungshaftung ist somit eine unbeschränkt persönliche Haftung der Gesellschafter über eine analoge Anwendung von §§ 128, 105 HGB. Die Haftung trifft aber nur die Gesellschafter, die den Eingriff selbst vorgenommen oder ihr Einverständnis zu dem Eingriff erteilt haben. Dabei ist unter Gesellschafter auch der mittelbare Gesellschafter zu verstehen, der über eine von ihm beherrschte Gesellschaft entsprechend Einfluß auf die vernichtete GmbH ausübt, sog. Gesellschafter-Gesellschafter. Der Haftungsumfang ist grundsätzlich unbegrenzt, die Gesellschafter haften somit für sämtliche Gläubigerforderungen. Nur wenn der Gesellschafter nachweisen kann, daß die Gesellschaft auch bei einem redlichen Verhalten insolvent geworden wäre und durch den Eingriff nur ein zusätzlicher Nachteil entstanden ist, ist die Existenzvernichtungshaftung auf diesen Nachteil beschränkt. Ein vorrangiger Befriedigungsversuch der Gläubiger gegen die Gesellschaft ist nicht erforderlich. Auch eine Einstufung nach Gläubigergruppen ist grundsätzlich nicht vorzunehmen. Eine Ausnahme bilden nur die Gläubiger, die am Eingriff mitgewirkt und/oder die eine Risikoübernahme vorgenommen haben. Ihnen steht die Durchgriffshaftung nicht zu.

#### **E) Fallgruppen des existenzvernichtenden Eingriffs**

Nachdem sowohl Herleitung des existenzvernichtenden Eingriffs als auch dessen Tatbestand dargelegt sind, sollen einige Fallgruppen des existenzvernichtenden Eingriffs noch einmal in Erinnerung gerufen und kurz dargestellt werden. Diese Konstellationen werden zwar in der Literatur als typisch für die GmbH aufgezählt,<sup>442</sup> doch ist es durchaus denkbar, daß einige auch in anderen Gesellschaftsformen vorkommen können. Somit können sie beim weiteren Gang der Arbeit, der Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf andere Gesellschaftsformen, höchst wahrscheinlich von Nutzen sein.

##### **1) Entzug von Gesellschaftsvermögen**

Die Fallgruppe des Entzugs von Gesellschaftsvermögen umfaßt den Abzug sowohl von Kapital als auch von Produktionsmitteln und sonstigen Vermögenswerten.<sup>443</sup> Es handelt sich um den „Grundfall“ des existenzvernichtenden Eingriffs. Wird der Gesellschaft Vermögen entzogen und wird sie infolgedessen insolvent, folgt hieraus in aller Regel ein Ausfall der Gläubiger. Hiermit mißachten die Gesellschafter die Vermögensbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger. Folglich liegen die Tatbestandsvoraussetzungen der Existenzvernichtungshaftung vor. Der Subsidiaritätsgrundsatz betrifft nur die Entnahmen des Stammkapitals.<sup>444</sup> Wird oberhalb der Stammkapitalziffer Vermögen entnommen oder entstehen infolge der Insolvenz Folgeschäden, können diese nicht nach den Kapitalerhaltungsvorschriften ersetzt werden. Folglich kann der Entzug von Ressourcen der Gesellschaft zu einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs führen.

##### **2) Risikogeschäfte**

Ferner stellen die bereits oben diskutierten Risikogeschäfte eine Fallgruppe der Existenzvernichtungshaftung dar. Wird durch ein Risikogeschäft die Gesellschaft in die Insolvenz getrie-

<sup>441</sup> So auch Wahl, S. 159.

<sup>442</sup> Henze, NZG 03, S. 649 (658); Emmerich/Habersack-Habersack, Anh § 318 Rdn. 37; Vetter, ZIP 03, S. 601.

<sup>443</sup> S.o., II D 2 a.

<sup>444</sup> S.o., II D 5.

ben, liegt eine Spekulation zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger vor.<sup>445</sup> Dies kann zur Existenzvernichtungshaftung führen.

### 3) Cash-Management

Ein Fall des sog. Cash-Managements lag dem ersten Urteil zum existenzvernichtenden Eingriff zugrunde. Von einem Cash-Management oder Cash-Pool wird dann gesprochen, wenn die (abhängige) GmbH ihr Vermögen in einen Liquiditätsverbund einzahlt, auf den unmittelbaren Zugriff auf die eigene Liquidität verzichtet und sich der Liquiditätssteuerung durch die Konzernleitung unterwirft.<sup>446</sup> Die Gesellschaft erhält zwar im Gegenzug auch Kapital, doch dies nur in gewissen Abständen. Für noch offen stehende Zahlungen erhält die Gesellschaft einen Anspruch.<sup>447</sup> Profitabel ist das Ganze nur für bestimmte Konzerngesellschaften, denn sie können sich zinslos Geld verschaffen. Hingegen sind die anderen Gesellschaften auf ihren Anspruch verwiesen. Wird die „Obergesellschaft“ insolvent oder war die Forderung von Anfang an nicht werthaltig, sind die Gesellschaften ihrer Existenz beraubt, denn ihr Vermögen ist in der Insolvenzmasse der „Obergesellschaft“ gebunden. Dies wird von dem Bremer Vulkan Urteil verdeutlicht.<sup>448</sup> Es handelt sich insgesamt um einen Fall der Darlehensvergabe. Die Existenzvernichtungshaftung greift bei Vorliegen eines Cash-Managements somit dann, wenn die Gesellschaft aufgrund der Abführung ihres Kapitals in den zentralen Vermögensverbund illiquide und deshalb insolvent wird oder der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft von vorne herein nicht werthaltig ist. Eine Haftung kommt desweiteren dann in Betracht, wenn die Gesellschaft für die Kreditgewährung keinen Rückzahlungsanspruch erhält. Dann liegt ein Fall von unmittelbarem Vermögensentzug vor.

### 4) GmbH-Stafette

Die GmbH-Stafette ist dadurch gekennzeichnet, daß der abhängigen GmbH Liquidität entzogen wird und auf eine andere GmbH übertragen wird.<sup>449</sup> Übertragen werden können dabei sowohl Aktiva wie Vermögen, Forderungen und sonstige Mittel, als auch Personal, Aufträge und auch immaterielle Güter wie Patente oder der Kundenstamm. Soweit der GmbH Vermögen entzogen wird, sind die Voraussetzungen der Existenzvernichtungshaftung erfüllt, denn es kommt nicht darauf an, ob die Gesellschafter Gesellschaftsvermögen entziehen, um sich selbst zu bereichern oder sie das Vermögen entziehen, um eine andere Gesellschaft zu bereichern. Auch der Entzug des Kundenstamms sowie von vorher sicherungsübereigneter Waren führt zur Existenzvernichtungshaftung.

Die GmbH-Stafette ist letztlich ein Sonderfall zum allgemeinen Vermögensentzug, da das Vermögen nicht nur entzogen, sondern auf eine andere Gesellschaft übertragen wird. Ein solches Verhalten kann zu einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs führen.

### 5) Aschenputtel-Gesellschaft

Als Aschenputtel-Gesellschaften werden solche GmbH's bezeichnet, denen durch Satzungs-gestaltung alle Risiken zugewiesen werden, während alle Chancen einer anderen Gesellschaft übertragen werden.<sup>450</sup> Dieser Fall ist ähnlich dem der Übertragung eines verlustbringenden Geschäftszweiges. Werden einer GmbH alle Verbindlichkeiten aufgebürdet und ihr gleichzeitig alle Chancen entzogen, ist ihre Insolvenz vorprogrammiert. Folglich kann auch ein solches Verhalten zur Existenzvernichtungshaftung führen.

<sup>445</sup> S.o., II D 2 c aa.

<sup>446</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 184 f..

<sup>447</sup> Lutter/Scheffler/Schneider-Hommelhoff/Kleindiek, S. 696.

<sup>448</sup> BGHZ 149, S. 10.

<sup>449</sup> Bruns, WM 03, S. 815 (819); das „KBV“-Urteil = BGHZ 151, S. 181 war ein solcher Fall.

<sup>450</sup> Henze, NZG 03, S. 649 (658); BGH ZIP 94, S. 207 (209).

### III. Übertragung auf andere Gesellschaften

Nachdem historische Entwicklung, Grundlagen sowie Tatbestandsmerkmale des existenzvernichtenden Eingriffs erläutert worden sind, soll im folgenden der Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf andere Gesellschaften nachgegangen werden. Dabei soll die Übertragbarkeit auf juristische Personen Gegenstand der Untersuchung sein. Der Schwerpunkt liegt in diesem Zusammenhang auf der Aktiengesellschaft, mit ihr soll die Untersuchung beginnen und zwar mit der unabhängigen AG. Danach wird auf die einfach faktisch konzernierte AG eingegangen.

#### A) Die Aktiengesellschaft

##### a) Die unabhängige Aktiengesellschaft

###### aa) Zulässigkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung

Der existenzvernichtende Eingriff ist nicht gesetzlich geregelt. Eine Rechtsfigur, die nicht gesetzlich normiert ist, bedarf sowohl zu ihrer Begründung in Form der sog. „Rechtsfindung praeter legem“ als auch zu ihrer Anwendung einer planwidrigen Regelungslücke des Gesetzes.<sup>451</sup> Eine solche Gesetzeslücke liegt vor, wenn das Gesetz hinsichtlich der in Frage stehenden Sachverhalte unvollständig ist, also keine Regelung enthält. Das Kriterium zur Feststellung der Planwidrigkeit ist das Telos des Gesetzes. Fordert das Gesetz keine Regelung, so liegt keine Lücke, sondern allenfalls ein rechtspolitischer Fehler vor.<sup>452</sup> In Bezug auf die GmbH liegt die für die Begründung der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs erforderliche planwidrige Regelungslücke in dem unzureichenden gesetzlichen für die GmbH geltenden Haftungskonzept im Fall von Entzug von Gesellschaftskapital durch die Gesellschafter, der entgegen der Intention des Gesetzes weder von den §§ 30 ff. GmbHG noch von anderen Schutzvorschriften erfaßt ist.<sup>453</sup>

Für die Beantwortung der Frage der Zulässigkeit der Übertragung dieser Rechtsfigur auf die Aktiengesellschaft ist es daher entscheidend, ob auch eine Regelungslücke im gesetzlichen für die AG geltenden Haftungskonzept in Bezug auf den Entzug von Gesellschaftskapital durch die Gesellschafter gegeben ist, jedoch nach dem Telos des AktG eine Regelung vorhanden sein müßte, die Lücke mithin planwidrig ist. Nur in diesem Fall ist eine Übertragung überhaupt zulässig, da ansonsten entweder bereits die Regelungen des AktG einen umfassenden Schutz vor Einwirkungen auf die Gesellschaft gewähren – somit schon keine Lücke des Gesetzes bestünde – oder aber die bestehende Lücke nicht der Intention des Gesetzes widerspricht.

Ziel der Untersuchung ist es daher zunächst, die Lücke im Gesetz festzustellen. Hierzu muß auf einer ersten Stufe untersucht werden, inwieweit die Aktionäre auf die unabhängige AG eine Einwirkungsmöglichkeit innehaben. Falls eine solche gegeben ist, dann ist auf der zweiten Stufe das aktienrechtliche und zivilrechtliche Haftungssystem bei Einwirkungen auf die Gesellschaft darzustellen. Auf einer dritten und letzten Stufe wird dann zu fragen sein, ob das Haftungssystem zur Regelung von Einwirkungen auf die Gesellschaft geeignet ist.

Die Feststellung der Planwidrigkeit der Gesetzeslücke soll dabei erst Gegenstand der Frage der Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die AG sein. Für die Zulässigkeit der Übertragung wird die Planwidrigkeit vorweg als gegeben angesehen.<sup>454</sup>

<sup>451</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 385 ff.; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 16 ff.

<sup>452</sup> Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 197.

<sup>453</sup> vgl. die Diskussion bei Wahl, S. 3-37.

<sup>454</sup> S. die Ausführungen zur Planwidrigkeit der Regelungslücke unter III 1 a bb ccc (2).

### aaa) Einwirkungsmöglichkeiten der Aktionäre auf die AG

Eine unmittelbare Möglichkeit auf die Geschäftsführung einzuwirken, besteht für die Aktionäre nur dann, wenn der Vorstand es nach § 119 II AktG von der Hauptversammlung verlangt. Die Führung der Geschäfte ist Sache des Vorstandes.<sup>455</sup> Dabei handelt der Vorstand im Gegensatz zu den Geschäftsführern einer GmbH selbstverantwortlich nach § 76 I AktG, deswegen kann auch nicht die Satzung der AG Geschäftsführungshandlungen von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig machen.<sup>456</sup> Der Streit um eine Pflicht des Vorstandes, die Hauptversammlung zumindest bei schwerwiegenden Maßnahmen zu befragen, gipfelte zunächst in der Holz Müller-Entscheidung.<sup>457</sup>

#### „Holzmüller“ = BGHZ 83, S. 122

*In dem vom BGH entschiedenen Fall wurde von der Muttergesellschaft, der M-AG, ein wesentlicher Unternehmensbereich, der florierende Seehafenbetrieb, auf die Tochtergesellschaft, die T-KGaA übertragen. Ein Aktionär klagte daraufhin unter anderem darauf festzustellen, daß der Vorstand die Hauptversammlung hätte befragen müssen. Der BGH entschied, daß bei schwerwiegenden Entscheidungen der Vorstand verpflichtet sein kann, die Hauptversammlung zu befragen.*<sup>458</sup>

Allerdings betonte der BGH auch, daß es nicht bloß um die Folgen einer bedeutenden Geschäftsführungsmaßnahme ging, sondern auch um einen Eingriff in die Rechte der Aktionäre, welcher auf dem strukturändernden Charakter der vom Vorstand durchgeführten Maßnahme beruhte. Es ging um Konzernbildungskontrolle, genauer: um die Frage, ob die Aktionäre der Obergesellschaft gegen ausgliederungsgleiche Maßnahmen geschützt sind.<sup>459</sup>

#### „Gelatine“ = BGHZ 159, S. 30

In seinem jüngst ergangenen „Gelatine-Urteil“<sup>460</sup> hat der BGH bzgl. der Frage, inwieweit eine Vorstandspflicht besteht, bei schwerwiegenden Entscheidungen die Hauptversammlung zu befragen, die „Holzmüller“-Rechtsprechung beibehalten und klargestellt. Der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

*Die beklagte Aktiengesellschaft, deren Geschäftsfeld die Herstellung und der Vertrieb von Gelatine und deren Nebenprodukten ist, verfolgte ihr Unternehmensziel auch über verschiedene andere Gesellschaften, an denen sie beteiligt ist. Unter anderem hält sie 100 % der G. mbH (G), der schwedischen E. AB sowie der englischen D. Holdings Ltd.. Von diesen Gesellschaften ist die schwedische diejenige, die für die Geschäfte der Beklagten von nicht unerheblicher Bedeutung ist. Der Vorstand der Beklagten brachte ohne Mitwirkung der Hauptversammlung die Beteiligung an der schwedischen und englischen Gesellschaft in die G ein. Die Kläger sind der Ansicht, daß dies eine Maßnahme ist, die zu einer grundlegenden Umstrukturierung des Konzerns führte. Dies erfordere die Anwendung der Grundsätze der Holz Müller-Entscheidung. Der BGH wies die Revision als unbegründet ab.*

<sup>455</sup> Schmidt, GesR, S. 837.

<sup>456</sup> KK-Mertens, § 82 Rdn. 31; Schmidt, GesR, S. 870.

<sup>457</sup> BGHZ 83, S. 122.

<sup>458</sup> BGHZ 83, 1. Leitsatz.

<sup>459</sup> Beck'sches Handbuch der AG-Liebscher, § 14 Rdn. 45 f..

<sup>460</sup> BGHZ 159, S. 30.

Der Grund für die Abweisung war, daß nach Ansicht des BGH die Anwendung der Grundsätze der Holz Müller-Entscheidung, hierunter die Zustimmungspflicht der Hauptversammlung, nunmehr auf ganz eng umgrenzte Ausnahmefälle beschränkt werden soll.<sup>461</sup> Erforderlich sei nach wie vor, daß die Maßnahme einen grundlegenden Eingriff in die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre darstelle. Dies genüge allein aber nicht, sondern die Maßnahme müsse einen Schwellenwert von weit über 50 % des Vermögens der Gesellschaft betreffen.<sup>462</sup> Aus den Formulierungen „weit über 50 %“ und „wenn der Bereich, auf den sich die Maßnahme erstreckt, in seiner Bedeutung für die Gesellschaft die Ausmaße der Ausgliederung in dem vom Senat entschiedenen Holz Müller-Fall erreicht“ wird gefolgert, daß eine Zustimmungspflicht der Hauptversammlung erst dann besteht, wenn die Maßnahme zumindest 75 % des Wertes der Gesellschaft betrifft.<sup>463</sup> Ein derart hoher Schwellenwert ist auch erforderlich, um den Ausnahmecharakter der Zustimmungspflicht der Hauptversammlung zu garantieren und den gesetzlichen „Normalfall“, wonach der Vorstand in Geschäftsführungsangelegenheiten selbständig entscheidet, nicht zu beeinträchtigen. Insgesamt hat somit das „Gelatine“-Urteil die durch das Holz Müller-Urteil begründete Zustimmungspflicht der Hauptversammlung nicht nur als absolute Ausnahme bestätigt, sondern ihr noch engere Grenzen gesetzt.

Somit bleibt es grundsätzlich dabei, daß die Hauptversammlung keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäftsführung innehat, sondern ihr nur die in § 119 I AktG normierten Rechte zustehen. Nach der gesetzlichen Konzeption haben die Gesellschafter einer unabhängigen AG daher grundsätzlich nicht die Möglichkeit, die Geschäftsführung zu existenzvernichtenden Eingriffen zu veranlassen.

Faktisch gesehen können die Aktionäre aber durchaus auf die Geschäftsführung Einfluß nehmen. Am ehesten möglich ist dies bei Aktiengesellschaften mit sehr wenig Mitgliedern, wie Familien-AGs und Einpersonen-AGs. In einem solchen Fall kann der Alleinaktionär zugleich Alleinvorstand sein und mit den von ihm gewählten Aufsichtsratsmitgliedern zusammenwirken.<sup>464</sup>

Möglich ist auch, daß der Alleinaktionär seinen tatsächlichen Einfluß auf die von ihm gewählten Aufsichtsratsmitglieder und den durch diese ins Amt gelangten Vorstand in einer Weise geltend macht, daß die unabhängige Leitungsbefugnis des Vorstandes und die Bindung an den festgestellten Jahresabschluß faktisch außer Kraft gesetzt werden. Vorstand und Aufsichtsrat stellen den Jahresabschluß dann nach den Wünschen des Alleinaktionärs auf oder gehen nach § 173 I AktG vor.<sup>465</sup>

Aber auch in unabhängigen AGs mit vielen Mitgliedern besteht eine Einwirkungsmöglichkeit der Aktionäre. Einverständnis handelnden Aktionäre können nach § 173 I AktG vorgehen, wenn entweder ein entsprechender Beschluß von Vorstand und Aufsichtsrat vorliegt oder der Aufsichtsrat den Jahresabschluß nicht gebilligt hat. In diesen Fällen stellt die Hauptversammlung den Jahresabschluß fest.<sup>466</sup> Durch Feststellung des Jahresabschlusses<sup>467</sup> ist es möglich, an die freiwilligen Rücklagen der unabhängigen AG zu gelangen, denn diese Rücklagen können den verteilungsfähigen Bilanzgewinn auffüllen.<sup>468</sup> Wer die Bilanz aufstellt, der entscheidet nach freiem Ermessen darüber, wieviel Vermögen in die freiwilligen Rücklagen fließt und wieviel in den Bilanzgewinn.<sup>469</sup> Das Recht und die Pflicht, den Jahresabschluß auf-

<sup>461</sup> BGHZ 159, S. 30 (1. Leitsatz).

<sup>462</sup> BGH AG 04, S. 384 (388).

<sup>463</sup> Fuhrmann, AG 04, S. 339 (341); Hüffer, § 119 Rdn. 18 b; Arnold, ZIP 05, S. 1573 (1575).

<sup>464</sup> Henze, AG 04, S. 405 (415).

<sup>465</sup> Henze, AG 04, S. 405 (415).

<sup>466</sup> Henze, AG 04, S. 405 (415).

<sup>467</sup> Siehe hierzu Henn, S. 553; grundsätzlich muß der Vorstand den Jahresabschluß aufstellen.

<sup>468</sup> Bechlivanis, S. 97.

<sup>469</sup> Bechlivanis, S. 97; Döllerer, FS-Geßler, S. 101.



zustellen, liegt nach § 242 I u II HGB iVm § 264 I HGB beim Vorstand.<sup>470</sup> Zwar steht in diesen Vorschriften nur die Vorstandspflicht zur Bilanzaufstellung und Gewinn- und Verlustrechnungsaufstellung, doch bilden diese zwei nach der Legaldefinition des § 242 III HGB den Jahresabschluß. Diese Aufstellung ist im Rechtssinn mangels Festsetzung aber nur ein Entwurf.<sup>471</sup> Falls die Hauptversammlung aus o.g. Gründen den Jahresabschluß und damit auch die Bilanz festsetzen kann, ist sie nicht an die Vorlage des Vorstandes gebunden.<sup>472</sup> Die Hauptversammlung ist dann allein an die für die Aufstellung des Jahresabschlusses geltenden Vorschriften gebunden, also §§ 242-256 HGB und 264-288 HGB.<sup>473</sup> Falls die Hauptversammlung eine Änderung des Jahresabschlusses vornimmt, bedarf es einer erneuten Prüfung und eines erneuten Bestätigungsvermerks.<sup>474</sup> Diese Prüfungspflicht findet aber nach § 316 I 1 HGB nicht auf kleine Kapitalgesellschaften gemäß § 267 HGB Anwendung.<sup>475</sup>

Falls es einer erneuten Prüfung bedarf, wird diese hinsichtlich Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit durchgeführt.<sup>476</sup> In Bezug auf eine etwaige Auflösung von Rücklagen, die weder zu den gesetzlichen noch den satzungsmäßigen zählen, gilt, daß solche Maßnahmen nach §§ 58, 150 AktG zulässig und damit rechtmäßig sind. Jedoch folgt hieraus noch nicht ihre Zweckmäßigkeit. Da sich die Zweckmäßigkeit anhand des Unternehmensinteresses bestimmt, aber auch das Gewinninteresse der Aktionäre eine entscheidende Rolle spielt,<sup>477</sup> welches in der Regel für eine Auszahlung spricht, ist die Zweckmäßigkeitsprüfung für die Entnahme von Rücklagen eine überwindbare Hürde.

Mit Festsetzung des Jahresabschlusses werden die bilanzpolitischen Maßnahmen, auch etwaige Auflösungen von Rücklagen, wirksam und verbindlich für die Zukunft.<sup>478</sup>

Faktisch haben die Gesellschafter einer unabhängigen AG somit in diesem Fall doch die Möglichkeit, nachteilig auf die unabhängige AG einzuwirken.

### **bbb) Gesetzliche Konzeption des Vermögensschutzes**

Auf der zweiten Stufe wird im folgenden die gesetzliche Konzeption des Vermögensschutzes in der Aktiengesellschaft untersucht. Dabei sind nicht nur die aktienrechtlichen Vorschriften, sondern auch die zivilrechtlichen Haftungstatbestände von Bedeutung.

Genauso wie bei der GmbH ist die Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt. Es haftet gegenüber den Gläubigern nur die Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen und nicht die Gesellschafter persönlich. Gerade aus diesem Grund ist es für die Gläubiger wichtig, daß der Gesellschaft ausreichend Kapital zur Verfügung steht und dieses auch vor einem Entzug durch die Gesellschafter ausreichend gesichert ist. Nach der gesetzlichen Konzeption muß jede AG bei ihrer Gründung über ein Grundkapital von mindestens 50.000 Euro verfügen, § 7 AktG. Hauptinstrumente des Vermögensschutzes sind die Regeln über die Kapitalaufbringung, welche für die Gründung relevant sind, und die Kapitalerhaltung. Beide Prinzipien sind aufgrund der fehlenden persönlichen Haftung der Gesellschafter nach europäischer Rechtstradition unverzichtbar.<sup>479</sup> Die Regeln über die Kapitalaufbringung sind an dieser Stelle ohne Belang, da es um die Frage der Erforderlichkeit einer Übertragung der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs geht. Somit werden Eingriffe in bestehende Gesellschaften und nicht Eingriffe in der Gründungsphase untersucht.

<sup>470</sup> Henn, S. 553-4; Baumbach/Hopt-Merkel, § 242, Rdn. 1, 9, 10; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 304.

<sup>471</sup> Henn, S. 580.

<sup>472</sup> Hüffer, § 173 Rdn. 4.

<sup>473</sup> Hüffer, § 173 Rdn. 4; MüKo/AktG-Kropff, § 173 Rdn. 25.

<sup>474</sup> Henn, S. 587.

<sup>475</sup> Henn, S. 587.

<sup>476</sup> Hüffer, § 171 Rdn. 3.

<sup>477</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 171 Rdn. 35.

<sup>478</sup> Hüffer, § 172 Rdn. 5; MüKo/AktG-Kropff, § 172 Rdn. 39.

<sup>479</sup> KK-Lutter, § 57 Rdn. 2; Hüffer, § 57 Rdn. 1; Kübler, WM 90, S. 1853 ff.; MüKo/AktG-Bayer, § 57 Rdn. 1.

Die für den Gläubigerschutz relevanten Instrumente sind insbesondere die Kapitalerhaltungsvorschriften. Aber auch die Vorstandshaftung nach § 93 II AktG sowie die unmittelbare deliktische Haftung aus §§ 823 II, 826 BGB sind hier zu nennen.

### **(1) Kapitalerhaltung, insb. Vermögensbindung nach § 57 AktG**

Die zentrale aktienrechtliche Vorschrift der Kapitalerhaltung ist § 57 AktG. Hierin heißt es in Absatz I, daß den Aktionären die Einlagen nicht zurückgeführt werden dürfen. Die Norm ist dabei unglücklich und mißverständlich formuliert.<sup>480</sup> Indem die Norm die Rückgewähr von Einlagen für verboten erklärt, erweckt sie den Eindruck, als ob es darauf ankäme, daß die Auszahlungsgegenstände mit den Gegenständen der Einlagen identisch seien.<sup>481</sup> Nach allgemeiner Ansicht ist die Norm aber so zu verstehen, daß jede Leistung an einen Aktionär aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft unzulässig ist, wenn sie außerhalb der ordnungsgemäßen Ausschüttung des Bilanzgewinns erfolgt und nicht aufgrund einer speziellen gesetzlichen Regelung ausnahmsweise zugelassen ist.<sup>482</sup> Es handelt sich daher um ein sog. „totales Verbot“. Da das Aktienrecht auch Auszahlungen jenseits einer Grundkapitalziffer erfaßt, wird eher von einer Vermögensbindung als von einer Kapitalerhaltung gesprochen.<sup>483</sup>

Der Begriff der Rückgewähr umfaßt dabei Zuwendungen an den Aktionär aller Art, die nicht als Gewinn festgestellt sind und aufgrund eines wirksamen Beschlusses der Hauptversammlung ausgeschüttet werden.<sup>484</sup> Somit unterfallen sowohl offene als auch verdeckte Zuwendungen dem Begriff der Rückgewähr. Von einer verdeckten oder „verschleierte“ Rückgewähr wird gesprochen, wenn die Zuwendung an den Aktionär unter dem Deckmantel eines grundsätzlich zulässigen Drittgeschäfts erbracht wird.<sup>485</sup> Erforderlich ist, daß die Konditionen des Drittgeschäfts in einem objektiven Mißverhältnis stehen, die Gesellschaft sich auf Konditionen einläßt, die sie einem Dritten nicht gewährt hätte, sie mithin *causa societatis*, aufgrund des Mitgliedschaftsverhältnis erfolgen, sog. Aktionärsgeschäft.<sup>486</sup>

Von einer Minderansicht wird darüber hinaus verlangt, daß das Geschäft auch subjektiv *causa societatis* erfolgt, d.h., die Leistung soll in dem Bewußtsein erbracht werden, die Vermögenszuwendung erfolgt nur wegen der Aktionärsenschaft.<sup>487</sup> Dies wird von der h.M.<sup>488</sup> zu Recht nicht verlangt. Zwar ist es richtig, daß die Minderansicht den Standardfall treffen mag, jedoch ist ein subjektives Element mit Rücksicht auf die objektiven Zwecke der Vermögensbindung nicht erforderlich. Es bleibt somit bei dem objektiven Kriterium des objektiven Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung.

Der Grund dafür, daß die Gesellschaft mit Dritten nachteilige Rechtsgeschäfte abschließen darf, mit den Aktionären aber nicht, liegt darin, daß bei Geschäften mit den Aktionären stets die Gefahr der verdeckten Rückgewähr gegeben ist.<sup>489</sup>

Unter § 57 AktG fallen aber nicht bloß Zuwendungen der Gesellschaft an Aktionäre, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch Leistungen durch und an Dritte.<sup>490</sup> Unter einer Lei-

<sup>480</sup> Bechlivanis, S: 39; MüKo/AktG-Bayer, § 57 Rdn. 8.

<sup>481</sup> Bechlivanis, S. 39.

<sup>482</sup> Schmidt, GesR, S. 890; KK-Lutter, § 57 Rdn. 5; Münchner Handbuch/GesR-Wiesner, § 16 Rdn. 1, 42; BGHZ 90, S. 381 (386); BGH ZIP 92, S. 1081; OLG Frankfurt/M AG 1996, S. 324 (325); Henze, AG 04, S. 405.

<sup>483</sup> Bechlivanis, S. 94; Ebenroth, FS-Trinker, S. 119; Wiedemann, GS I, S. 561-2; Hüffer, § 57 Rdn. 3; MüKo/AktG-Bayer, § 57 Rdn. 9.

<sup>484</sup> Nirk/Reuter/Bächle-Nirk, S. 223; BGH NJW 92, S. 2821; Scholz-Westermann, § 30 Rdn. 5f..

<sup>485</sup> MüKo/AktG-Bayer, § 57 Rdn. 25; BGH ZIP 97, S. 927; KK-Lutter, § 57 Rdn. 14 ff..

<sup>486</sup> Nirk/Reuter/Bächle-Nirk, S. 223-4; Hüffer, § 57 Rdn. 8.

<sup>487</sup> Großkommentar-Barz, § 57 Rdn. 3; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bunge-roth § 57 Rdn. 13; Willhelm, FS-Flume II, S. 377 (380 ff.).

<sup>488</sup> BGH NJW 96, S. 589 (590); Großkomm.-Henze, § 57 Rdn. 47; Hüffer, § 57 Rdn. 10; MüKo/AktG-Bayer, § 57 Rdn. 39 f..

<sup>489</sup> MüKo/AktG-Bayer, § 57 Rdn. 31.

<sup>490</sup> Hüffer, § 57 Rdn 13; Nirk/Reuter/Bächle-Nirk, S. 226-227.

stung durch Dritte fallen alle Leistungen der AG, die zwar durch Dritte, aber für Rechnung der AG erbracht werden.<sup>491</sup> Verhindert werden soll hiermit eine Schmälerung des AG-Vermögens durch die formale Einschaltung einer mittelbaren Stellvertretung, die sog. Strohmännfälle.<sup>492</sup>

Eine Leistung an Dritte ist hingegen eine Leistung an Nichtaktionäre.<sup>493</sup> Verhindert werden soll hiermit, daß die Leistung über den Umweg des Dritten an den Aktionär gelangt oder die Leistung dem Dritten auf Geheiß des Aktionärs zugute kommt.<sup>494</sup>

Schließlich gibt es noch einige Einzelfälle, die ebenfalls § 57 I AktG unterfallen können und wegen ihrer besonderen Bedeutung kurz dargestellt werden. Hierzu zählen die Vergabe von Darlehen und die Bestellung von Sicherheiten durch die AG an/für den Aktionär.

Die Vergabe eines Darlehens an einen Aktionär bedeutet den Abfluß von liquiden Mitteln und darf deshalb nur dann gewährt werden, wenn es zu gleichen Konditionen auch an einen Dritten vergeben worden wäre. In Anlehnung an die Rechtsprechung zur GmbH galt auch im Aktienrecht, daß ein Darlehen nur zulässig ist, wenn der Zins marktgerecht ist, das Darlehen angemessen abgesichert und die Liquidität der AG garantiert ist.<sup>495</sup> Möglicherweise hat sich dies aufgrund der neuen Rechtsprechung des BGH bezüglich der Darlehensvergabe einer GmbH an ihre Gesellschafter geändert. Der BGH entschied, daß eine Darlehensvergabe aus dem gebundenen Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nahezu stets unzulässig sei, unabhängig davon, ob der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter vollwertig ist.<sup>496</sup> Der BGH gab als Begründung Sinn und Zweck des Auszahlungsverbots nach § 30 GmbHG an, daß das Stammkapital nicht nur in seinem Wert, sondern vor jeglichem Zugriff der Gesellschafter geschützt werden müsse. Ferner führte der BGH die Verschlechterung der Zugriffsmöglichkeit der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen an sowie die Gefahr der Aushöhlung von § 30 GmbHG durch Umbuchung verbotener Auszahlungen in Darlehen.<sup>497</sup>

Zu klären ist, ob diese neue Rechtsprechung auch für die AG gilt. Wessels nimmt dies an.<sup>498</sup>

Zur Begründung führt er an, daß es aufgrund des strengen Kapitalbindungsgrundsatzes des § 57 AktG in der AG kein „freies“ Vermögen gebe. Die Beschränkung des Kapitalschutzes auf das Grundkapital und die gesetzliche Rücklage hinsichtlich der Darlehensvergabe lehnt Wessels ab. Dies vertrage sich nicht mit § 311 AktG, der ebenfalls eine umfassende Vermögensbindung voraussetze und faktische Konzernierungen nur gegen Ausgleich jedes Vermögensnachteils erlaube. Nach Wessels sind somit sämtliche Darlehen der AG an einen Aktionär nach § 57 AktG unzulässig, es sei denn, der Gesellschafter könne nachweisen, daß seine Kreditwürdigkeit selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe zweifelsfrei oder die Darlehensrückzahlung durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet sei.<sup>499</sup>

Wessels Ansicht geht aber fehl. Sinn und Zweck von § 57 AktG ist es nicht, der AG generell zu verbieten, Darlehen an ihre Aktionäre zu vergeben. Verhindert werden soll, daß die Aktionäre wegen ihrer Aktionärsseigenschaft besondere Konditionen erhalten, die ein Dritter nicht bekommen würde. Diese besonderen Konditionen stellen den Nachteil der AG dar, denn sie

<sup>491</sup> OLG Hamburg AG 1980, S. 275 (278); Großkomm.-Henze, § 57 Rdn. 75.

<sup>492</sup> KK-Lutter, § 57 Rdn. 37; Hüffer, § 57 Rdn. 13.

<sup>493</sup> Hierzu haben sich folgende Fallgruppen entwickelt: Leistung an einen ehemaligen oder künftigen Aktionär, Leistung an einen Treugeber (Hintermann) eines Aktionärs, Leistung an einen gesellschaftsfremden Dritten für Rechnung eines Aktionärs, Leistung an einen nahen Verwandten eines Aktionärs oder eine einem Aktionär nahestehende Person, Leistung an ein einem Aktionär nahestehendes Unternehmen sowie Leistung an einen Dritten auf Veranlassung eines Aktionärs; vgl die Aufstellung und Bewertung bei Bechlivanis, S. 64-83.

<sup>494</sup> MüKo/AktG-Bayer, § 57 Rdn. 49 ff.; Nirk/Reuter/Bächle-Nirk, S. 226.

<sup>495</sup> OLG Hamm ZIP 95, S. 1263 (1270); Lutter/Scheffler/Schneider-Hommelhoff/Kleindiek, S. 703; KK-Lutter, § 57 Rdn. 15 ff., 84 ff.

<sup>496</sup> BGHZ 157, S. 72 (75 ff.); Schön, ZHR 159, S. 351 (361).

<sup>497</sup> BGHZ 157, S. 72 (76).

<sup>498</sup> Wessels, ZIP 04, S. 793 (796).

<sup>499</sup> Wessels, ZIP 04, S. 793 (794).

erhält für ihr Kapital keine angemessene Vergütung und verliert es möglicherweise sogar, weil der Aktionär nicht über ausreichend Liquidität und Sicherheiten verfügt. Gerade solche Nachteile sollen aber durch § 57 AktG verhindert werden. Ist der Zins des Aktionärsdarlehens marktgerecht, ist es angemessen abgesichert und wird durch die Darlehensvergabe die Liquidität der AG nicht beeinträchtigt, dann muß das Darlehen zulässig sein, denn unter diesen Voraussetzungen würde die AG das Darlehen auch einem Dritten gewähren. Auch ein Dritter kann aber zahlungsunfähig werden, dies gehört zum allgemeinen Geschäftsrisiko und kann nicht § 57 AktG unterfallen.

Daher ist die neue BGH Rechtsprechung dergestalt auf die AG zu übertragen, daß nur Darlehen, die das Grundkapital und die gesetzliche Rücklage betreffen, generell unzulässig sind. Ansonsten ist bei der AG die alte Rechtsprechung beizubehalten. Hierdurch entsteht auch kein Widerspruch zu § 311 AktG, denn dieser greift nur ein, wenn der AG ein Nachteil entstanden ist. Ein solcher liegt aber grundsätzlich nicht vor, wenn das Darlehen einem Drittvergleich standhält. Außerdem ist § 311 AktG auch nicht gänzlich mit § 57 AktG zu vergleichen, denn § 311 AktG will insbesondere vor den besonderen Gefahren schützen, die sich aus einer faktischen Konzernierung ergeben. Daher sind an Darlehen im Unternehmensverbund im Rahmen des § 311 AktG wegen der besonderen Gefahren auch höhere Anforderungen zu stellen als bei § 57 AktG.<sup>500</sup>

Insgesamt ist ein Darlehen im Rahmen des § 57 AktG dann zulässig, wenn der Zins marktgerecht ist, es angemessen abgesichert ist und die Liquidität der AG durch die Darlehensvergabe nicht beeinträchtigt wird. In der Konzernpraxis werden diese Voraussetzungen, insbesondere wenn ein zentrales Cash-Management gegeben ist, häufig nicht beachtet; es mangelt meist an einer Absicherung der beispielsweise von der Tochter an die Mutter abgeführten Mittel.<sup>501</sup>

Im Falle der Bestellung von Sicherheiten ohne Entgelt durch die AG für ein von einem Aktionär aufgenommenes (Fremd-)Darlehen stellt bereits die Sicherheitsbestellung und nicht erst die spätere Verwertung der Sicherheit eine nach § 57 I AktG unzulässige Leistung der AG dar.<sup>502</sup> Das Risiko der Insolvenz des Aktionärs wird von der AG ohne Gegenleistung übernommen, was sie im Falle eines Dritten sich niemals aufbürden würde. Wird hingegen ein angemessenes Entgelt vereinbart, die Bonität des Aktionärs objektiv geprüft und durch die Sicherheitsbestellung die Liquidität der AG nicht beeinträchtigt, so ist die Sicherheitsbestellung zulässig.<sup>503</sup> Dies folgt daraus, daß Darlehen und Sicherheitsbestellung wirtschaftlich für die AG das gleiche sind. Die AG verschafft in beiden Fällen ihrem Aktionär Kredit. Das darf sie aber nur dann, wenn die Kreditvergabe die soeben dargestellten Voraussetzungen erfüllt. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 57 AktG ist nach § 62 AktG, daß der Aktionär die erhaltenen Leistungen der Gesellschaft rückerstatten muß.

## (2) Gesetzliche Rücklage

Die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 57 ff. AktG werden ergänzt durch die Verpflichtung, eine gesetzliche Rücklage zu bilden, § 150 AktG. Diese zusätzliche Vermögensbildung wird auch als „zusätzlicher Sicherungsring des Grundkapitals“ bezeichnet.<sup>504</sup> Der gesetzlichen Rücklage sind jährlich 5 % des Jahresüberschusses zuzuführen, allerdings endet diese Pflicht, sobald die gesetzliche Rücklage zusammen mit den Kapitalrücklagen nach § 272 II Nr. 1-3

<sup>500</sup> Vgl. insbesondere die Problematik des zentralen Cash-Managements, III 1 b aa bbb 1.

<sup>501</sup> MüKo/AktG-Bayer, § 57 Rdn. 82; Lutter/Scheffler/Schneider-Scheider, S. 820 ff.; vgl. hierzu auch die Ausführungen zur einfach faktisch konzernierten AG, III 1 b aa bbb 1.

<sup>502</sup> OLG Hamburg AG 80, S. 275 (278); Hüffer, § 57 Rdn. 12; Bayer, FS-Lutter, S. 1011 (1023 ff.).

<sup>503</sup> Beck'sches Handbuch der AG-Müller, § 8 Rdn. 45; KK-Lutter, § 57 Rdn. 75; Großkomm.-Henze, § 57 Rdn. 51.

<sup>504</sup> Wilhelm, FS-Flume II, S. 359; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Kropff, § 150 Rdn. 3; Bechlivanis, S. 98.

HGB ihrem Wert nach 10 % des Grundkapitals entsprechen.<sup>505</sup> Durch die Satzung kann zwar eine höhere Grenze festgesetzt werden, jedoch muß es sich stets um einen Teil des Grundkapitals handeln, die gesetzliche Rücklage darf den Wert des Grundkapitals nicht erreichen.<sup>506</sup> Neben der gesetzlichen Rücklage gibt es auch Rücklagen, zu deren Bildung keine Pflicht besteht. Diese sind die Rücklagen für eigene Anteile, satzungsmäßige Rücklagen, andere Gewinnrücklagen sowie Gewinnvortrag.<sup>507</sup>

### (3) Organpflichten in der insolventen AG

Der Vorstand muß nach § 92 II AktG im Falle von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, aber spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen. Die Norm dient nach einhelliger Ansicht dem Schutz der Gläubiger an einer Aufrechterhaltung der Haftungsmasse.<sup>508</sup> Die Vorschrift ist nach h.M. anders als § 92 I AktG auch Schutzgesetz gegenüber den Gläubigern iSd § 823 II BGB.<sup>509</sup> Im Fall eines Verstoßes haben die Gläubiger daher die Möglichkeit, nach § 823 II BGB iVm § 92 II AktG unmittelbar gegen die Vorstandsmitglieder vorzugehen.

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 II 1 InsO legal definiert. Demnach ist derjenige Schuldner zahlungsunfähig, der nicht in der Lage ist, seine fälligen, auf Geld gerichteten Verbindlichkeiten im großen und ganzen zu erfüllen. Das ist nach § 17 II 2 InsO dann der Fall, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Der Begriff der Überschuldung ist in § 19 II InsO legal definiert. Danach liegt Überschuldung vor, wenn sich aufgrund einer Überschuldungsbilanz ergibt, daß die Passiva nicht mehr durch die Aktiva gedeckt sind.

Rechtsfolge eines Verstoßes ist eine Schadensersatzhaftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der AG nach § 93 II AktG. Ferner können die Gläubiger gegen den Vorstand aus §§ 823 II BGB iVm 92 II AktG vorgehen.

### (4) Vorstands- und Aufsichtsratshaftung nach § 93 II AktG

Nach § 93 II AktG haften die Vorstandsmitglieder – und wegen der Verweisungsnorm des § 116 AktG auch die Aufsichtsratsmitglieder –, die ihre Sorgfaltspflichten verletzen, der Gesellschaft auf den daraus entstandenen Schaden. Der Inhalt der Sorgfaltspflicht ergibt sich aus §§ 276 II BGB, 347 I HGB, danach ist maßgeblich, wie ein pflichtbewußter, selbständig tätiger Leiter eines Unternehmens der konkreten Art, der nicht mit eigenen Mitteln wirtschaftet, sondern fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist, zu handeln hat.<sup>510</sup>

Allerdings kann die Haftung der Vorstands-/Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft nach § 93 IV 1 AktG ausgeschlossen werden, wenn die jeweils schädigende Maßnahme auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht. Es kommen die Beschlüsse in Betracht, in denen die Hauptversammlung zuständig ist,<sup>511</sup> wie beispielsweise § 173 II AktG, die Festsetzung des Jahresabschlusses, oder §§ 174, 182, 293 AktG. Allerdings ist zu bedenken, daß in Fragen der Geschäftsführung der Vorstand die Hauptversammlung nach § 119 II AktG befragen kann und sie somit zuständig wird. Ferner ist erforderlich, daß der Beschluß gesetzmäßig ist. Dies ist nicht der Fall, wenn der Beschluß nichtig iSd § 241 AktG oder anfechtbar iSd

<sup>505</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 150 Rdn. 1.

<sup>506</sup> Hüffer, § 150 Rdn. 7; KK-Claussen/Korth, § 150 Rdn. 11; Großkomm.-Brönner, § 150 Rdn. 25.

<sup>507</sup> Bechlivanis, S. 97.

<sup>508</sup> Hüffer, § 92 Rdn. 1; Geßler, AktG, § 92 Rdn. 5; Egner/Wolff, AG 78, S. 99.

<sup>509</sup> Geßler, AktG, § 92 Rdn. 5; Nirk/Reuter/Bächler-Nirk, S. 482; zu den Ansprüchen wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht gegen GmbH-Geschäftsführer: BGHZ 146, S. 264 (278 ff.); Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 687.

<sup>510</sup> OLG Hamm AG 95, S. 512 (513); Hüffer, § 92 Rdn. 16.

<sup>511</sup> Nirk/Reuter/Bächle-Nirk, S. 467.

§ 243 AktG ist.<sup>512</sup> Ein nichtiger Beschluß kann aber nach § 242 AktG geheilt und damit gesetzmäßig iSd § 93 IV AktG werden.<sup>513</sup> Auch anfechtbare Beschlüsse werden gesetzmäßig nach § 93 IV AktG, wenn sie wegen Fristablaufs nach § 246 AktG nicht mehr anfechtbar sind.<sup>514</sup>

### **(5) Schadensersatzpflicht des § 117 AktG bei vorsätzlicher schädlicher Einflußnahme**

§ 117 AktG bestimmt, daß derjenige, der vorsätzlich und rechtswidrig unter Benutzung seines Einflusses ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, der Gesellschaft zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet ist. Die Norm bezweckt die Integrität des Verwaltungshandels sowie den Schutz des Gesellschaftsvermögens.<sup>515</sup> Im faktischen Konzern tritt die Regelung hinter die des § 311 AktG zurück.<sup>516</sup> Die Haftung ist nach § 117 VII AktG ausgeschlossen, wenn die Bestimmung des Vorstandes oder Aufsichtsrats durch Ausübung der Leitungsmacht aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder der Leitungsmacht einer Hauptgesellschaft, in die die Gesellschaft eingegliedert ist, erfolgte.

### **(6) Anfechtungsregeln**

Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind Rechtshandlungen, die die Gesellschaft benachteiligen, bei Kenntnis des anderen Teils von der Benachteiligungsabsicht nach § 3 AnfG anfechtbar; im Insolvenzverfahren greift § 133 InsO. Anderer Teil im Sinne der Vorschriften ist der Anfechtungsgegner, also derjenige, der durch die anzufechtende Rechtshandlung begünstigt worden ist. Bestand die anzufechtende Rechtshandlung in der Aufgabe einer Geschäftschance, dann ist Anfechtungsgegner derjenige, dem diese Geschäftschance vom Schuldner zugespielt worden ist.<sup>517</sup> Rechtsfolge ist nach § 143 I 1 InsO die Verpflichtung, das Erlangte zur Insolvenzmasse zurückzuführen, bzw. nach § 11 I 1 AnfG das Weggegebene dem Gläubiger wieder zur Verfügung zu stellen. Über den Verweis in das Bereicherungsrecht nach Satz 2 der jeweiligen Vorschrift sind auch Surrogate und über §§ 819, 818 IV BGB mit dem Verweis auf §§ 992, 987 BGB die gezogenen und schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen zu ersetzen.

### **(7) Haftung nach Deliktsrecht**

Handlungen der Aktionäre gegenüber den Gläubigern der AG sind auch nach dem allgemeinen Deliktsrecht zu beurteilen. Insbesondere § 823 BGB und § 826 BGB sind hier zu nennen. Im Rahmen des § 823 BGB wird eine Haftung aus Absatz I wohl ausscheiden, da den Gläubigern meist ein Ausfall ihrer Forderungen droht, Vermögensschäden aber nicht § 823 I BGB unterfallen. Möglich bleibt aber eine Haftung aus § 823 II iVm mit einem Schutzgesetz sowie eine Haftung aus § 826 BGB.<sup>518</sup> Als Schutzgesetze kommen neben § 92 II AktG insbesondere die Strafvorschriften §§ 263, 266 StGB in Betracht. Die deliktischen Ansprüche stehen den Gläubigern unmittelbar gegen die Aktionäre zu.

<sup>512</sup> Hüffer, § 93 Rdn. 25; Nirk/Reuter/Bächle-Nirk, S. 468.

<sup>513</sup> BGHZ 33, S. 175 (176ff.); Großkomm.-Schmidt, § 242 Rdn. 13; MüKo/AktG-Hüffer, § 242 Rdn. 22.

<sup>514</sup> MüKo/AktG-Hüffer, § 243 Rdn. 123; Hüffer, § 93 Rdn. 25.

<sup>515</sup> Hüffer, § 117 Rdn. 1.

<sup>516</sup> Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Kropff, § 117 Rdn. 49-50.

<sup>517</sup> Nasall, ZIP 03, S. 969 (975).

<sup>518</sup> vgl. BGHZ 151, S. 181 (183 ff.).

### ccc) Schwächen der gesetzlichen Konzeption des Vermögensschutzes

Zur Feststellung einer Regelungslücke ist der relevante Normkomplex dahingehend zu untersuchen, ob bestimmte Sachverhalte von ihm nicht erfaßt werden. Folglich sind die oben dargestellten Regelungen darauf zu untersuchen, ob sie einen ausreichenden Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen bewirken.

#### (1) Kapitalerhaltung

Den Kern des Vermögensschutzes bilden die Kapitalerhaltungsvorschriften. Diese begründen, wie oben dargestellt, ein absolutes Verbot von Leistungen der Gesellschaft an die Aktionäre. Der Hauptschwachpunkt liegt darin, daß das qua Gesetz stets vorhandene und unantastbare Kapital sich neben dem Grundkapital auf die gesetzliche Rücklage, welche nur 10 % des Grundkapitals ausmachen muß, beschränkt.<sup>519</sup> Das Kapitalgesellschaftsrecht kennt kein flexibles Haftkapital, das sich dem Kapitalbedarf des jeweiligen Unternehmens und damit dem konkreten Insolvenzrisiko anpaßt.<sup>520</sup> Es schreibt nur ein rechtsformabhängiges Mindestkapital vor, dessen Funktion eher in der Begründung einer Seriositätsschwelle<sup>521</sup> liegt. Dieses Mindestkapital soll gewährleisten, Gründungen zu vermeiden, die unabhängig vom Geschäftsumfang offensichtlich unseriös sind.<sup>522</sup>

Zwar dürfen nach § 57 AktG keine Leistungen an die Aktionäre erbracht werden, dies gilt jedoch nur dann, wenn es außerhalb der Bilanzgewinnverteilung erfolgt oder nicht ausdrücklich erlaubt ist. Wie oben<sup>523</sup> dargestellt, können die Aktionäre, insbesondere in einer kleinen Gesellschaft, faktisch auf die Geschäftsführung Einfluß nehmen. In der Einmann-AG kann der Alleinaktionär sogar Alleinvorstand und damit Geschäftsführungsorgan sein. Außerdem wurde bereits erörtert, daß die anderen Rücklagen aufgelöst werden können und dem Bilanzgewinn zufließen. Dies vorangestellt wird die Schwäche des Vermögensbindungssystems deutlich. Man stelle sich eine AG vor mit einem Umsatz von ca. 50 Millionen €. Davon sind bloß 50.000 Euro Grundkapital + 10 % davon gesetzliche Rücklage; macht zusammen 55.000 Euro. Dies ist gerade mal 1 % ! des Umsatzes. Auch wenn 20 oder sogar 25 Millionen in anderen Rücklagen gebunden sind, ist es möglich, dieses Vermögen über die Festsetzung des Jahresabschlusses abzuführen.

Somit reichen die Vorschriften der Kapitalerhaltung nach § 57 AktG, die durch die gesetzliche Rücklage ergänzt werden, bereits aus diesen Gründen nicht aus. Darüber hinaus schützen die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht vor den Risikogeschäften.

Auch auf der Rechtsfolgenseite ist der Schutzzumfang unzureichend. Nach § 62 AktG sind erlangte Leistungen der Gesellschaft zu erstatten. Die herrschende Ansicht verlangt eine gegenständliche Rückgewähr, d.h. Geldleistungen sind zurückzuzahlen, Gegenstände zurückzugeben.<sup>524</sup> Dies bedeutet, daß etwaige Folgeschäden, die mit der Erbringung der Leistung und dem daraus folgenden Fehlen des Kapitals bei der AG entstanden sind, nicht beglichen werden. Daneben gibt es noch das Problem des Schuldnerkreises von § 62 AktG. Alleiniger Schuldner von § 62 AktG kann ein Aktionär sein.<sup>525</sup> Falls nun die Leistung nicht an den Aktionär, sondern an einen Nichtaktionär erfolgte, haftet dieser nicht nach § 62 AktG. Zwar haftet in einem solchen Fall dennoch der Aktionär nach § 62 AktG, wenn ihm die Leistung wie ein eigener Empfang zuzurechnen ist.<sup>526</sup> Doch nützt der Gesellschaft dies wenig, wenn der Aktionär vermögenslos ist. Eine Ausnahme von dem Grundsatz gilt nur dann, wenn der

<sup>519</sup> Henze, AG 04, S. 405 (415).

<sup>520</sup> Schmidt, JZ 85, S. 301 (305); Lutter, FS-Riesenfeld, S. 169.

<sup>521</sup> Ballerstedt, ZHR 135, S. 383 (385); Wiedemann, GS I, S. 565.

<sup>522</sup> Bechlivanis, S. 33.

<sup>523</sup> Siehe oben, III A a aa aaa.

<sup>524</sup> KK-Lutter, § 62 Rdn. 27; Großkomm.-Henze, § 62 Rdn. 39 ff.; MüKo/AktG-Bayer, § 62 Rdn. 42.

<sup>525</sup> Hüffer, § 62 Rdn. 4; Geßler, AktG, § 62 Rdn. 3.

<sup>526</sup> MüKo/AktG-Bayer, § 62 Rdn. 14; KK-Lutter, § 62 Rdn. 11f..

Dritte dem Aktionär gleichzusetzen ist, beispielsweise der Treugeber des Aktionärs, der die Aktien nur als Strohhalm besitzt. Dann haftet der Dritte direkt aus § 62 AktG, ansonsten kommt nur eine Haftung des Dritten gegenüber der Gesellschaft aus §§ 985, 812 ff. BGB in Betracht.<sup>527</sup>

Somit gewähren die §§ 57 I, 150 AktG keinen ausreichenden Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen. Zum einen können sie durch Festsetzung des Jahresabschlusses umgangen werden, zum anderen gewähren sie, auch wenn sie eingreifen, keinen umfassenden Schutz, da mit dem Vermögensabzug eingetretene Folgeschäden nicht erfaßt sind.

## **(2) Insolvenzantragspflicht nach § 92 II AktG**

Die Insolvenzantragspflicht dient dazu, den Gläubigern im Falle der Insolvenz der Gesellschaft eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung zu sichern.<sup>528</sup> Sie soll verhindern, daß die ohnehin bereits bestehenden Verluste und damit auch die Gefahr für die Gläubiger, gar kein Geld zu erlangen, noch vergrößert werden.<sup>529</sup> Voraussetzung für einen effektiven Gläubigerschutz durch die Insolvenzantragspflicht ist somit, daß hierdurch tatsächlich eine für die Gläubigerbefriedigung ausreichende Haftungsmasse gesichert wird.

### **(α) Insolvenzantragsgrund: Zahlungsunfähigkeit**

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit hat der Vorstand ohne schuldhaftes Zögern, aber spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag zu stellen. Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 II 1 InsO legal definiert und liegt vor, wenn der Schuldner seine auf Geld gerichteten Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann. Dabei ist allgemein anerkannt, daß eine nur „geringfügige Liquiditätslücke“, sog. Zahlungsstockung, die Zahlungsunfähigkeit nicht zu begründen vermag.<sup>530</sup> Unklarheit herrschte hinsichtlich der Abgrenzung der Zahlungsstockung von der Zahlungsunfähigkeit. Es wurde sowohl der Zeitraum der Illiquidität als auch der Umfang der Liquiditätslücke kontrovers diskutiert.<sup>531</sup> Der BGH hat jüngst zu dieser Abgrenzung Stellung genommen.<sup>532</sup>

Eine Zahlungsstockung sei dann anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Diesen Zeitraum setzt der BGH auf drei Wochen fest.<sup>533</sup> Allerdings gelte dies nur, soweit der Umfang der Liquiditätslücke weniger als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten betrage. Könne der Schuldner innerhalb von drei Wochen eine solche Liquiditätslücke nicht beseitigen, sei regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen.<sup>534</sup> Beträgt die Zahlungslücke des Schuldners hingegen mehr als 10 %, liege regelmäßig ohne eine Frist Zahlungsunfähigkeit vor, falls nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß die Liquiditätslücke demnächst beseitigt wird.<sup>535</sup>

<sup>527</sup> Hüffer, § 62 Rdn. 5.

<sup>528</sup> Hüffer, § 92, Rdn. 1.

<sup>529</sup> Für die GmbH vgl. Michalski-Nerlich, § 64 Rdn. 9; BGHZ 100, S. 19 (23 f.).

<sup>530</sup> BGH ZIP 05, S. 1426 (1428); Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 17 Rdn. 9; Kübler/Prütting-Pape, § 17 Rdn. 8; Braun-Kind, § 17 Rdn. 7.

<sup>531</sup> Hinsichtlich des Zeitraums wurde eine Frist von einer Woche bis zu einem Monat vertreten, hinsichtlich der Höhe der Liquiditätsunterdeckung gingen die Ansichten von 0 % bis 20 % aus; vgl. Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 1 Rdn. 86; LG Bonn ZIP 01, S. 342 (346); Kübler/Prütting-Pape, § 17 Rdn. 11; Braun-Kind, § 17 Rdn. 7 ff..

<sup>532</sup> BGH ZIP 05, S. 1426.

<sup>533</sup> BGH ZIP 05, S. 1426 (1. Leitsatz).

<sup>534</sup> BGH ZIP 05, S. 1426 (2. Leitsatz).

<sup>535</sup> BGH ZIP 05, S. 1426 (3. Leitsatz).



Der BGH trägt mit seiner restriktiven Auslegung des Begriffs der Zahlungsstockung dem Willen des Gesetzgebers Rechnung, denn dieser gab die Begriffe der Dauerhaftigkeit und Wesentlichkeit in § 17 InsO auf.<sup>536</sup> Dies spricht nicht zuletzt dafür, daß die Definition des BGH auch von Vertretern der Literatur übernommen werden wird.

Insgesamt ist eine Zahlungsunfähigkeit iSd § 17 InsO gegeben, wenn die Liquiditätslücke des Schuldners größer als 10 % ist. Ist sie geringer, liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner die Lücke nicht binnen von drei Wochen zu beseitigen vermag.

Einen effektiven Gläubigerschutz gewährt die Vorschrift nicht, da der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nichts über die verbleibende Haftungsmasse aussagt. Im Regelfall wird die Haftungsmasse bereits sehr gering sein, denn eine Gesellschaft mit ausreichender Haftungsmasse kann durch Verkauf von Gegenständen aus der Haftungsmasse oder durch Verpfändung dergleichen Kapital erlangen, um der Zahlungsunfähigkeit zu entgehen. Im Falle der Insolvenz lassen sich die verbleibenden Gegenstände oft nicht zu ihrem tatsächlichen Preis, sondern einem weit darunter liegenden verkaufen.<sup>537</sup> Die sich hieraus ergebenden Abschreibungen führen dazu, daß das Stammkapital aufgebraucht wird und eine zumeist erhebliche Überschuldung entsteht.<sup>538</sup> Abschließend bleibt somit festzuhalten, daß der Insolvenzantragsgrund der Zahlungsunfähigkeit keine ausreichende Haftungsmasse zu sichern vermag. Folglich ist er für Zwecke des Gläubigerschutzes unzureichend.

### **(β) Insolvenzantragsgrund: Überschuldung**

Auch im Fall der Überschuldung hat der Vorstand ohne schuldhaftes Zögern, spätestens nach drei Wochen Insolvenzantrag zu stellen, § 92 II 2 AktG.

Überschuldung liegt nach § 19 II InsO dann vor, wenn nach Aufstellung einer Überschuldungsbilanz die Passiva nicht mehr von den Aktiva gedeckt sind. Nach dem Willen des Gesetzgebers reicht heute die rein rechnerische Überschuldung aus,<sup>539</sup> die früher nach h.M. erforderliche Fortführungsprognose zur Feststellung der Überschuldung<sup>540</sup> ist somit hinfällig.<sup>541</sup> Allerdings ist bei der Bewertung des Vermögens der Gesellschaft die Fortführung mit einzu beziehen, so daß dennoch eine Fortführungsprognose über das Weiterleben des Unternehmens vorzunehmen ist.<sup>542</sup> Eine sachgerechte Ausgestaltung der Fortführungsprognose führt zu dem Ergebnis, daß mit dieser Prognose nichts anderes als die zukünftige Zahlungsunfähigkeit überprüft wird.<sup>543</sup> Diese Prognose ist aber nur äußerst schwierig zu treffen, da zukünftige ungewisse Faktoren eine entscheidende Rolle spielen. Folglich ist die Prognose mit Ungewißheit bezüglich ihrer Richtigkeit behaftet. Aufgrund dieser Ungewißheit gibt es Stimmen, die wegen der Rechtssicherheit für eine Abschaffung des Überschuldungstatbestandes plädieren.<sup>544</sup> Auch wenn diese Bedenken den Tatbestand der Überschuldung nicht haben aufheben können, ist auch er betreffend den Gläubigerschutz ungeeignet. Die Ungewißheit bezüglich der Fortführung des Unternehmens kann zu einer sehr späten Stellung des Insolvenzantrags führen, mit der Konsequenz einer nur gering verbleibenden Haftungsmasse.<sup>545</sup>

<sup>536</sup> Begr. zu § 20 und § 21 RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 114.

<sup>537</sup> Für die GmbH vgl. Hachenburg-Ulmer, § 63 Rdn. 32; Mülberr, DStR 01, S: 1937 (1939).

<sup>538</sup> Wahl, S. 21.

<sup>539</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/7302 S. 157.

<sup>540</sup> BGHZ 119, S. 201 (214); KK-Mertens, § 92 Rdn. 29 ff..

<sup>541</sup> Großkomm.-Habersack, § 92 Rdn. 45; Höffner, BB 99, S. 198 (205); Hüffer, § 92 Rdn. 10.

<sup>542</sup> MüKo/AktG-Hefermehl/Spindler, § 92 Rdn. 24.

<sup>543</sup> Fenske, AG 97, S. 554 (558-9).

<sup>544</sup> Egner/Wolf, AG 78, S. 99 (106); Fenske, AG 97, S. 554 (559).

<sup>545</sup> Für die GmbH, vgl. Wahl, S. 22.

### **(δ) Bewertung**

Der Hauptschwachpunkt für einen effektiven Gläubigerschutz bei Vorliegen eines existenzvernichtenden Eingriffs durch die Insolvenzgründe wurzelt in der gesetzlichen Intention der Insolvenzgründe selbst. Diese sollen die Insolvenzmasse für die Gläubiger erhalten, gehen aber davon aus, daß die Insolvenz durch eine schlechte Ertragslage, also nach und nach verursacht wird. In einer solchen Situation sind die Insolvenzgründe durchaus geeignet, die Haftungsmasse zu erhalten, da rechtzeitig die Insolvenz beantragt werden kann und somit genügend Haftungsmasse übrig bleibt. Bei einem existenzvernichtenden Eingriff wird der Gesellschaft aber zumeist das Vermögen auf „einen Schlag“ entzogen, so daß eine nachfolgende Antragstellung zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die Gesellschaft bereits eines Großteils ihres Vermögens beraubt ist. Aber auch wegen anderer Gründe ist die Insolvenzantragspflicht nicht ausreichend für einen effektiven Gläubigerschutz. Die Drei-Wochen-Frist für die Antragstellung ist ein Zeitraum, in dem die Haftungsmasse durch Fortführung der Geschäfte weiter geschmälert werden kann. Dies gilt um so mehr, als die Frist im Fall des Insolvenzgrundes der Überschuldung erst dann zu laufen beginnt, wenn der Vorstand positive Kenntnis oder böswillige Unkenntnis von der Überschuldung hat.<sup>546</sup>

Die Ineffizienz der Insolvenzantragspflicht, eine ausreichende Haftungsmasse zu erhalten, wird durch die Statistik bestätigt. Im Jahr 2004 wurden von 415 AG-Insolvenzfällen nur in 250 Fällen das Verfahren eröffnet.<sup>547</sup> Dies zeigt, daß ca. in der Hälfte aller Fälle die Insolvenzantragspflicht nicht einmal dazu taugte, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu gewähren. Das dann noch für die Gläubiger in einem Liquidationsverfahren zur Verfügung stehende Vermögen ist derart gering, daß nicht von einer Befriedigung der Gläubiger die Rede sein kann.

Ein weiterer Schwachpunkt liegt darin, daß Anspruchsgegner der Gläubiger nach §§ 823 II BGB iVm 92 II AktG nur der Vorstand sein kann. Die Aktionäre haften, soweit sie nicht selbst Vorstandsmitglied sind, allenfalls als Anstifter oder Gehilfen nach § 830 I BGB, falls sie den Vorstand zur verspäteten Antragsstellung veranlaßt haben. Der Vorstand allein wird aber in den seltensten Fällen ausreichend Kapital haben, um den entstandenen Schaden zu ersetzen. Die meist finanziell besser gestellten Aktionäre können aber grundsätzlich nicht Anspruchsgegner sein.

### **(ε) Ergebnis**

Die Insolvenzantragspflicht ist somit wegen der ihr immanenten Schwäche, Fälle des existenzvernichtenden Eingriffs überhaupt zu erfassen, sowie wegen der Probleme mit den Massequoten in der Praxis und der Schwäche mit dem Anspruchsgegner, nicht geeignet, einen effektiven Gläubigerschutz zu gewährleisten.

### **(3) Vorstands- und Aufsichtsratshaftung**

Die Haftung des Vorstands-/Aufsichtsrats vermag ebenfalls nicht vor existenzvernichtenden Eingriffen zu schützen. Die Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ist nach § 93 IV AktG dann ausgeschlossen, wenn die schädigende Maßnahme auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht. Dieser Beschluß muß zwar gesetzmäßig sein, doch können sowohl nichtige als auch anfechtbare Beschlüsse geheilt werden.<sup>548</sup> Im Falle des existenzvernichtenden Eingriffs liegt es nahe, daß der Beschluß wegen Verstoßes gegen die guten Sitten

<sup>546</sup> BGHZ 75, S. 96 (110); KK-Mertens, § 92 Rdn. 33; Münchener Handbuch/GesR-Wiesner, § 25 Rdn. 66; Schulze-Osterloh, AG 84, S. 141 (142); Hüffer, § 92 Rdn. 9; Henze, Aktienrecht, S. 126.

<sup>547</sup> Statistisches Jahrbuch 2005, S. 493.

<sup>548</sup> Siehe oben, III A aa bbb 4.

nach § 241 Nr. 4 AktG nichtig ist.<sup>549</sup> Dies ist aber aus zwei Gründen nicht zwingend. Zum einen muß sich im Rahmen des § 241 AktG die Nichtigkeit aus dem Inhalt des Beschlusses selbst ergeben, eine Sittenwidrigkeit wegen der Beweggründe oder des Zweckes des Beschlusses führt nur zur Anfechtbarkeit.<sup>550</sup> Allerdings hat die Rechtsprechung diese enge Anwendung im Fall der Gläubigerschädigung gelockert, so daß ein nichtssagender Wortlaut des Beschlusses seiner Nichtigkeit nicht entgegensteht.<sup>551</sup> Diese Lockerung legt eine Sittenwidrigkeit des Beschlusses bei einem existenzvernichtenden Eingriff nahe. Doch wenn mehrere Eingriffe vorgenommen werden, die für sich allein zwar schädlich, aber in keiner Weise existenzvernichtend sind, ist es denkbar, daß diesbezüglich jeweils ein Beschluß der Hauptversammlung vorgenommen werden kann. Diese separaten Eingriffe haben aber im Ergebnis die gleiche Wirkung wie ein einzelner Eingriff, der auf ein Mal der Gesellschaft das Vermögen entzieht. In einem solchen Fall gewährt § 93 II AktG keinen Schutz.

Außerdem krankt die Vorstandshaftung genauso wie die Insolvenzverschleppung daran, daß Anspruchsgegner nur der Vorstand oder der Aufsichtsrat sein kann, nicht aber die finanziell meist besser gestellten Aktionäre.

#### **(4) Schadensersatzpflicht nach § 117 AktG**

Die Norm soll sicherstellen, daß Großaktionäre nicht den Vorstand dazu bestimmen können, zum Schaden der Gesellschaft zu handeln. Anspruchsgegner des § 117 AktG kann auch ein Aktionär sein. Doch auch diese Vorschrift bewirkt keinen ausreichenden Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen. Dies liegt darin begründet, daß es schwer nachzuweisen ist, ob der Vorstand von sich aus gehandelt hat oder von dem Aktionär zu dem Eingriff bestimmt worden ist. Hinzu kommt, daß im Rahmen des § 117 AktG Vorsatz beim Täter erforderlich ist, welcher vom Aktionär zu beweisen ist.<sup>552</sup> Hinsichtlich des Vorsatzes bestehen aber die gleichen Beweisschwierigkeiten wie an anderer Stelle<sup>553</sup> im Rahmen der deliktischen Haftungsstatbestände erörtert.

Außerdem kann der Großaktionär, falls er entgegen § 117 AktG gehandelt hat, den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft ausräumen, in dem er sie zwingt, diesen zu erlassen.<sup>554</sup>

#### **(5) Anfechtungsregeln**

Nach Nasalls Ansicht genügen die Anfechtungsregeln zur Bewältigung der existenzvernichtenden Eingriffe.<sup>555</sup> Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sei ohne weiteres aufgrund der Beweiserleichterungen beweisbar.<sup>556</sup> Eine inkongruente Leistung, also eine Leistung, die der Anfechtungsgegner nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, gilt nach Ansicht des BGH als Indiz sowohl für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz als auch für die Kenntnis des Anfechtungsgegners.<sup>557</sup> Durch die Rechtsfolge, die neben Herausgabe des Anfechtungsgegenstands selbst auch Surrogate und Nutzungen erfaßt, ist nach Na-

<sup>549</sup> Für die GmbH ist dies anerkannt Lutter/Hommelhoff-Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rdn. 23; Hachenburg-Mertens, § 43 Rdn. 75 ff.; bloße Suspendierung von der Pflicht der Weisungsbefolgung nehmen an: Scholz-Schneider, § 43 Rdn. 98; Fleck ZHR 149, S. 387 (408).

<sup>550</sup> RGZ 131, S. 141 (145); LG Hamburg AG 96, S. 233 (234).

<sup>551</sup> OLG Dresden NZG 99, S. 1109; zustimmend: Hüffer, § 241 Rdn. 24; KK-Zöllner, § 241 Rdn. 124.

<sup>552</sup> Hüffer, § 117 Rdn. 1, 3; KK-Mertens, § 117 Rdn. 24.

<sup>553</sup> Siehe oben, III A a a ccc 6.

<sup>554</sup> Hinsichtlich der Aufhebung der Ersatzpflicht, verweist § 117 IV auf § 93 IV 3, 4 AktG, in dem die Voraussetzungen geregelt sind, unter denen die Gesellschaft auf ihre Ersatzansprüche verzichten kann. Der Verzicht der Gesellschaft schließt aber nach § 117 V das Recht der Gläubiger nicht aus, diesen Anspruch geltend zu machen und Leistung an die Gesellschaft zu verlangen, sofern sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Daher ist der Verzicht aus Gläubigersicht unschädlich.

<sup>555</sup> Nasall, ZIP 03, S. 969 (974-5).

<sup>556</sup> Nasall, ZIP 03, S. 969 (975).

<sup>557</sup> BGH ZIP 02, S. 85 (86); BGH ZIP 00, S. 82 (83).

sall ein weitergehender Schaden der Gesellschaft meist ausgeschlossen.<sup>558</sup> Dem ist aber entgegenzuhalten, daß bei Entzug von Liquidität eben diese mit Nutzungen zurückzuführen ist, die durch die Insolvenz entstandenen Folgeschäden aber nicht ausgleichspflichtig sind.<sup>559</sup> Insbesondere die im Falle der Insolvenz sich sozusagen „auftürmenden Verbindlichkeiten“, die mangels Masse nicht beglichen werden können und somit auch noch Verzugszinsen begründen können, sind ein Problem. Insofern vermögen die Anfechtungsregeln auch keinen umfassenden Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen zu begründen.

## **(6) Deliktsrecht**

Neben den speziellen aktienrechtlichen Vorschriften kommt bei existenzvernichtenden Eingriffen auch eine Haftung der Organe der Gesellschaft sowie der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nach dem allgemeinen Deliktsrecht in Betracht.

### **(α) § 823 II BGB**

Bedeutendstes Schutzgesetz für die Sanktionierung existenzvernichtender Eingriffe ist § 266 StGB, der die Untreue zum Nachteil der Gesellschaft erfaßt. Dies zeigen die bisher zum existenzvernichtenden Eingriff ergangenen Urteile, in denen der BGH auch eine Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wegen §§ 823 II BGB iVm 266 StGB untersuchte.<sup>560</sup> Allerdings ging es stets um Eingriffe in das Vermögen einer GmbH. Es sollen nun zunächst die für die GmbH entwickelten Grundsätzen dargestellt und dann nach deren Geltung für die AG gefragt werden.

Falls entweder der Geschäftsführer oder ein Gesellschafter einer GmbH nachteilige Eingriffe in das GmbH-Vermögen vornimmt, kann er sich nach §§ 823 II BGB iVm 266 StGB schadenersatzpflichtig machen.<sup>561</sup> Voraussetzung einer Haftung nach §§ 823 II BGB iVm 266 StGB ist die Schädigung fremden Vermögens.<sup>562</sup> Täter des § 266 StGB kann aber nur derjenige sein, der bezüglich des fremden Vermögens eine besondere Vermögensbetreuungspflicht innehat. Diese liegt dann vor, wenn der Täter eine Pflicht von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung innehat, fremde Vermögensinteressen zu betreuen und dabei selbständig handeln kann.<sup>563</sup> Tathandlung kann entweder der Mißbrauch der rechtlichen Befugnis, über fremdes Vermögen verfügen zu können, § 266 I 1. Alt. StGB oder jede faktische Einwirkung auf fremdes Vermögen sein, § 266 I 2. Alt. StGB. Bei der ersten Tathandlung ist die rechtsgeschäftliche Ausübung der Befugnis erforderlich.<sup>564</sup> Folge der Tathandlung muß der Eintritt eines Vermögensschadens sein. Schließlich muß im Rahmen des subjektiven Tatbestandes bedingter Vorsatz bezüglich der Merkmale des objektiven Tatbestandes vorliegen.<sup>565</sup>

Für die GmbH bedeutet dies folgendes. Entziehen die Gesellschafter ihrer Gesellschaft durch einen existenzvernichtenden Eingriff Kapital und haben sie eine Vermögensbetreuungspflicht, schädigen sie fremdes Vermögen und erfüllen den Tatbestand des § 266 StGB. Dies gilt auch im Fall der Einmann-GmbH, in der der alleinige Gesellschafter auch Geschäftsführer ist, da er zwar das Vermögen in die Gesellschaft einbringt, dieses Vermögen aber wegen der Selbständigkeit der Gesellschaft ihm gegenüber fremd ist.<sup>566</sup> Denn der alleinige Gesellschafter kann sich nicht auf die Vorteile der Vermögenstrennung durch die GmbH berufen, wenn es um

<sup>558</sup> Nasall, ZIP 03, S. 969 (976).

<sup>559</sup> Vgl. in Bezug auf die GmbH: Wahl, S. 27, der zum gleichen Ergebnis in Bezug auf die GmbH kommt.

<sup>560</sup> BGHZ 150, S. 61 (63, 68); BGHZ 149, S. 10 (2. Leitsatz, 17 ff.).

<sup>561</sup> BGHSt 34, S. 379; 35, S. 333 (337); Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 21.

<sup>562</sup> SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 2; NK-Kindhäuser, § 266 Rdn. 42.

<sup>563</sup> Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 29; Sk-Samson/Günther, § 266 Rdn. 25 ff.; BGHSt 1, S. 186 (189); 6, S. 314 (318); Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 23.

<sup>564</sup> OLG HAMM NStZ 86, S. 119; OLG Düsseldorf Wistra 92, S. 354 (355).

<sup>565</sup> NK-Kindhäuser, § 266 Rdn. 43; SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 49.

<sup>566</sup> BGHSt 3, S. 32 (39f.); Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 11.

seine Haftung geht, andererseits aber Vermögenseinheit geltend machen, wenn er der GmbH willkürlich wirtschaftliche Werte zum eigenen Vorteil entzieht.<sup>567</sup>

Heftig umstritten ist aber, ob das Einverständnis der Gesellschafter im Fall existenzvernichtender Eingriffe tatbestandsausschließend wirken kann, denn das GmbH-Vermögen ist für die Gesellschafter zwar fremd, jedoch steht ihnen die Entscheidung über die Verwendung des Vermögens zu.<sup>568</sup> Eine Ansicht vertritt, daß sogar bei einem existenzvernichtenden Eingriff ein tatbestandsausschließendes Einverständnis durch die Gesellschafter möglich ist,<sup>569</sup> während die Gegenansicht ein Einverständnis in existenzvernichtende Eingriffe ablehnt.<sup>570</sup> Letzte Ansicht stellt richtigerweise auf die Unabhängigkeit der Gesellschaft von ihren Gesellschaftern und damit ihre Verselbständigung ab. Aus den Wertungen des GmbH-Rechts ergibt sich, daß die Gesellschafter die Gesellschaft nicht auf andere Weise als durch die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten liquidieren dürfen. Sie können somit nicht über die Art und Weise der Liquidation frei disponieren.<sup>571</sup> Existenzvernichtende Eingriffe verletzen diese gesetzliche Wertung. Zwar ist es richtig, daß Schutzzweck von § 266 StGB nicht der Gläubigerschutz, sondern allein das Vermögen ist und das Vermögen uneingeschränkt der Disposition seines Inhabers unterliegt.<sup>572</sup> Aus den gesetzlichen Wertungen der Liquidationsvorschriften folgt aber, daß die Gesellschaft selbst Inhaber ihres Vermögens ist, welches sie zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. Dies wird durch das KBV-Urteil bestätigt, in dem der BGH entschied, daß das zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten erforderliche Vermögen der Disposition der Gesellschafter entzogen ist und ein „Bestandsschutz“ dahingehend besteht, daß die Gesellschaft nur in einem gesetzlich geregelten Verfahren beendet werden darf.<sup>573</sup> Hierdurch wird die eigene rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern auch in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen hervorgehoben. Aufgrund der Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern ist ein Einverständnis der Gesellschafter nicht zulässig. Es kann die Haftung aus §§ 823 II BGB iVm 266 StGB nicht beseitigen.

Zu untersuchen ist, ob diese für die GmbH gefundenen Grundsätze auch für die AG Geltung beanspruchen. Auch bei der AG bringen die Gesellschafter das Grundkapital auf und es ist genauso wie für die GmbH-Gesellschafter für sie fremdes Vermögen. Fraglich ist aber, ob auch die Aktionäre kein tatbestandsausschließendes Einverständnis in den Eingriff erteilen können.

Im Gegensatz zur GmbH haben die Aktionäre bereits grundsätzlich nur eine „geringe Möglichkeit“, auf die Geschäftsführung Einfluß zu nehmen.<sup>574</sup> Ein Weisungsrecht an den Vorstand gibt es im Aktienrecht nicht. Folglich haben die Gesellschafter auch grundsätzlich nicht die Möglichkeit, über das Gesellschaftsvermögen autonom zu bestimmen. Falls den Gesellschaftern aber keine Möglichkeit zusteht, über das Gesellschaftsvermögen zu disponieren, dann können sie kein Einverständnis in die Untreue zum Nachteil der Gesellschaft erteilen, da Anknüpfungspunkt für das Einverständnis gerade die Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen ist. Eine Ausnahme hiervon kann die Einmann-AG bilden, in der der Alleinaktionär zugleich Alleinvorstand ist und somit eine ähnliche Position innehat wie der Einmann-Gesellschafter-Geschäftsführer.<sup>575</sup> Aber auch in einem solchen Fall kann sich kein Un-

<sup>567</sup> BGHSt 34, S. 379 (385); Ulmer, FS-Pfeiffer, S. 853 (860 ff.); Brammsen, DB 89, S. 1609 (1610).

<sup>568</sup> BGHSt 34, S. 379 (386 f.); BGHSt ZIP 04, S. 1200 (1205); SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 46 f.; Lackner/Kühl, § 266 Rdn. 20; Scholz-Tiedemann, Vor §§ 82 ff. Rdn. 15; NK-Kindhäuser, § 266 Rdn. 100 ff..

<sup>569</sup> SK-Samson/Günther, § 266 Rdn. 48; Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 21; Tröndle/Fischer, § 266 Rdn. 53.

<sup>570</sup> BGHSt 35, S. 333 (337); Scholz-Tiedemann, Vor §§ 82 ff. Rdn. 15.

<sup>571</sup> Priester, ZGR 93, S. 512 (520-1); Scholz-Westermann, § 30 Rdn. 16.

<sup>572</sup> Sk-Samson/Günther, § 266 Rdn. 2; Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 266 Rdn. 21b.

<sup>573</sup> BGHZ 151, S. 181 (186).

<sup>574</sup> Siehe oben, III A a aa aaa.

<sup>575</sup> Henze, AG 04, S. 405 (415).

terschied zu den für die GmbH entwickelten Grundsätzen ergeben. Die AG ist genauso wie die GmbH eine gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigte juristische Person. Außer durch die gesetzlichen Liquidationsverfahren steht es den Gesellschaften folglich nicht zu, die Existenz der Gesellschaft zu beenden. Somit steht auch im Aktienrecht ein Einverständnis der Gesellschafter einer Haftung nach §§ 823 II BGB iVm 266 StGB nicht entgegen.

Entziehen die Aktionäre der AG Kapital durch einen existenzvernichtenden Eingriff und haben sie eine Vermögensbetreuungspflicht inne, haften sie nach §§ 823 II BGB iVm 266 StGB. Anspruchsinhaber sind die Gläubiger selbst. Rechtsfolge ist Ersatz des entstandenen Schadens.

### **(αα) Bewertung des sich aus §§ 823 II BGB iVm 266 StGB ergebenden Schutzes**

Eine Haftung der Gesellschafter aus §§ 823 II BGB iVm 266 StGB erfordert entweder die Besorgung von Geschäftsführungsmaßnahmen durch die Gesellschafter, sog. Mißbrauchstatbestand nach § 266 I 1. Alt. StGB, oder rein faktische Einflußnahmen der Gesellschafter auf die Gesellschaft, sog. Treubruchtatbestand nach § 266 I 2. Alt. StGB. Da für den Mißbrauchstatbestand der Mißbrauch der rechtlichen Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, erforderlich ist, kann er nur von Vorstandsmitgliedern begangen werden. Er ist demnach insbesondere in der Einmann-AG relevant, in der der Alleinaktionär zugleich Alleinvorstand ist. Für die Aktionäre kommt eine Haftung aus § 266 I 2. Alt. StGB, der „faktischen Nachteilszufügung“, in Betracht. Doch da die Aktionäre von der Geschäftsführung gänzlich ausgeschlossen sind, mangelt es bei ihnen an der erforderlichen Vermögensbetreuungspflicht.<sup>576</sup> Somit kann Täter von § 266 StGB sowohl nach der 1. als auch der 2. Alternative nur ein Vorstandsmitglied sein.

Dies bedeutet aber nicht, daß die Aktionäre gänzlich aus der Haftung ausgenommen sind, wenn sie nicht zugleich Vorstandsmitglieder sind. Falls die Gesellschafter den Vorstand zu existenzvernichtenden Eingriffen veranlassen, bleibt eine Haftung wegen Teilnahme an der Untreue des Vorstands möglich.<sup>577</sup>

Eine mögliche Schwäche der Haftung aus §§ 823 II BGB iVm 266 StGB kann der Nachweis des Vorsatzes sein. Dieser muß sich auf die objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen und muß nach h.M. sehr sorgfältig geprüft werden, um insbesondere den Treubruchtatbestand nicht uferlos werden zu lassen.<sup>578</sup>

Ansonsten ist diese Haftung geeignet, viele Fälle des existenzvernichtenden Eingriffs zu sanktionieren.<sup>579</sup>

### **(ββ) Ausschluß der Regelungslücke**

Aufgrund der Haftung aus §§ 823 II BGB iVm 266 StGB, die viele Fälle des existenzvernichtenden Eingriffs erfaßt, könnte man folgern, daß eine Regelungslücke gar nicht besteht und eine Übertragung der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs nicht zulässig ist. Der BGH wendet auf die GmbH-Gesellschafter ohne Begründung die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und die Haftung nach §§ 823 II BGB iVm 266 StGB nebenein-

<sup>576</sup> LK-Hübner, § 266 Rdn. 40.

<sup>577</sup> Für die GmbH, vgl. Ziemons, Die Haftung der Gesellschafter für Einflußnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH, S. 188 ff..

<sup>578</sup> Sk-Samson/Günther, § 266 Rdn. 50; BGHSt 3, S. 23 (25); Lackner/Kühl, § 266 Rdn. 19.

<sup>579</sup> In der Alternative des Treubruchtatbestandes soll der Anwendungsbereich der Untreue auch den Entzug von Geschäftschancen umfassen. Die Pflichtverletzung des Geschäftsführers liege hier in dem Unterlassen der Mehrung des Gesellschaftsvermögens, die Garantienpflicht in der Treuepflicht begründet, vgl. Polley, Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre, S. 169.

ander an.<sup>580</sup> Dem BGH kann nur Folge geleistet werden. Dies folgt aus dem Grundsatz, daß das Strafrecht ultima ratio ist, folglich eine strafrechtlich tatbestandsmäßige Handlung auch zivilrechtlich sanktionierbar sein muß. Ferner ist das Gesellschaftsrecht für die Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Vorfälle im Strafrecht maßgeblich.<sup>581</sup> Da es sich bei dem ultima-ratio-Gedanken um einen allgemeinen Grundsatz handelt, gilt dieser auch für die AG. Hieraus folgt, daß die Dispositionsbefugnis der Aktionäre über das Vermögen der AG auch im Strafrecht nach den gesellschaftsrechtlichen Normen zu entscheiden ist. Dann muß ein Verhalten aber erst gesellschaftsrechtlich verboten sein, damit es auch strafrechtlich relevant sein kann. Die Haftung aus Untreue wegen existenzvernichtenden Eingriffs setzt folglich eine gesellschaftsrechtliche Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs voraus. Im Ergebnis bedeutet dies, daß eine Haftung aus §§ 823 II BGB iVm 266 StGB zwar den gleichen Anwendungsbereich wie eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs haben,<sup>582</sup> diese aber nicht verdrängen kann. Vielmehr besteht zwischen der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und den Haftungstatbeständen des Deliktsrechts Anspruchskonkurrenz. Hierdurch folgt der BGH auch dem allgemeinen Grundsatz, wonach die Haftung aus Vertrag oder Sonderbeziehung nicht durch die mitverwirklichte deliktische Haftung verdrängt wird. Die Haftung aus §§ 823 II BGB iVm 266 StGB schließt somit die Regelungslücke nicht aus.<sup>583</sup>

### **(β) § 826 BGB**

§ 826 BGB ist neben §§ 823 II BGB iVm 266 StGB die wichtigste Norm des Deliktsrechts zur Sanktionierung von existenzvernichtenden Eingriffen. Im KBV-Urteil bejahte der BGH eine Haftung aus § 826 BGB neben der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs.<sup>584</sup> Folglich ist § 826 BGB neben dem existenzvernichtenden Eingriff anwendbar und geht diesem nicht vor.

Für den Gläubigerschutz ist die Norm nicht so geeignet, wie es auf den ersten Blick erscheint. Dies folgt aus zwei Aspekten: der Beweis des Vorsatzes und der Beweis der Sittenwidrigkeit. Ersterer wird von einigen Stimmen in der Literatur als äußerst schwierig angesehen.<sup>585</sup> Erforderlich ist bedingter Vorsatz des Täters und er muß die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden anderer auswirken kann, sowie die Art des Schadens voraussehen.<sup>586</sup> Von anderen Stimmen in der Literatur wird hingegen das Merkmal der Sittenwidrigkeit als das schwer nachweisbare genannt.<sup>587</sup> Zur Begründung der Sittenwidrigkeit genügt nicht ein bloßer Gesetzesverstoß. Hinzutreten muß eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eintretenden Folgen ergeben kann.<sup>588</sup> Dies ist der Fall, wenn der Täter seine Interessen rücksichtslos vor die Interessen der Gläubiger stellt. Grundsätzlich ist bezogen auf jeden Einzelfall eine

<sup>580</sup> BGHZ 149, S. 10 (17 f.); BGHZ 150, S. 61 (68); der Umstand, daß in BGHZ 149, S. 10 die Haftung wegen Untreue bejaht, die aus existenzvernichtendem Eingriff aber verneint wird, spricht nicht dagegen, da im Bremer Vulkan Fall die Voraussetzungen des existenzvernichtenden Eingriffs nicht gegeben waren.

<sup>581</sup> BGHSt ZIP 04, S. 1200 (1205).

<sup>582</sup> Ulmer, Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern, S. 41 (59 f.); Röhrich, FS-BGH, S. 83 (115 f.); vgl. Altmeppen, ZIP 01, S. 1837 (1842).

<sup>583</sup> BGHZ 151, S. 181 (183 ff.); Decher, Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern, S. 25, 32; Emmerich/Habersack-Habersack, Anh. § 318 Rdn. 46; Henze, NZG 03, S. 649 (658); Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, S. 35.

<sup>584</sup> BGHZ 151, S. 181 (185).

<sup>585</sup> Röhrich, FS-BGH, S. 83 (97); Benecke, BB 03, S. 1190; Henze, NZG 03, S. 649 (658); Hölzle, ZIP 03, S. 1376 (1379).

<sup>586</sup> MüKo/BGB-Mertens, § 826 Rdn. 62; Palandt-Sprau, § 826 Rdn. 10.

<sup>587</sup> Henze, NZG 03, S. 649 (658).

<sup>588</sup> BGH DB 88, S. 226 (228).

Abwägung aller relevanter Umstände vorzunehmen.<sup>589</sup> Bei der Abwägung spielt die Gewichtung der einzelnen Umstände eine bedeutende Rolle, so daß keine Verhaltensweise generell § 826 BGB unterfällt oder von der Haftung freigestellt ist.

Wegen der Beweisschwierigkeiten bezüglich Vorsatz und Sittenwidrigkeit ist § 826 BGB nicht geeignet, einen umfassenden Gläubigerschutz zu gewährleisten.<sup>590</sup> Die Norm ist aber, da hiernach der gesamte entstandene Schaden zu ersetzen ist,<sup>591</sup> eine starke Ergänzung zur Existenzvernichtungshaftung.

### **(7) Umfassender Vermögensschutz durch die dargestellten Normen**

Der Vermögens- und damit auch der Gläubigerschutz in der unabhängigen Aktiengesellschaft wird primär durch die Kapitalerhaltungsvorschriften gewährleistet. Allerdings ist auch das Vermögensbindungssystem der AG, wenn auch enger ausgestaltet als das der GmbH, lückenhaft. Insbesondere durch die Möglichkeit der Umschichtung von Rücklagen in Bilanzgewinn kann das Kapital aus der Gesellschaft abgezogen werden. Die Organpflichten in der AG vermögen diese Lücke nicht zu schließen. Sie sind darauf ausgerichtet, das vorhandene Vermögen im Fall einer Insolvenz zu erhalten, bei einem existenzvernichtenden Eingriff verbleibt der Gesellschaft aber kein Vermögen. Die Organpflichten in der AG sind somit bereits vom Ansatz her nicht geeignet, vor existenzvernichtenden Eingriffen zu schützen.

Die übrigen aktienrechtlichen Schutzvorschriften gewähren einen noch geringeren Schutz, da sie zum Teil per Hauptversammlungsbeschluß ausgeschaltet werden können, zum Teil mit Beweisschwierigkeiten behaftet sind und grundsätzlich keinen Zugriff auf die Aktionäre zulassen. Auch die Anfechtungsregeln sind kein Instrument für einen umfassenden Gläubigerschutz, da sie die durch die Insolvenz auftretenden Folgeschäden nicht erfassen. Allein die Haftung aus §§ 823 II BGB iVm 266 StGB vermag einen gewissen Schutz zu bieten, doch ist sie von der gesellschaftsrechtlichen Haftung abhängig.<sup>592</sup> Auch der Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB vermag wegen der dort gegebenen Beweisproblemen keinen ausreichenden Schutz zu gewähren.

Somit bleibt festzuhalten, daß die Gesamtzahl der Vermögens- und Gläubigerschutzvorschriften nicht genügt, um einen effektiven Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen für die unabhängige AG zu bieten.

### **ddd) Ergebnis**

Als Ergebnis der Untersuchung über die Zulässigkeit der Übertragung der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auf die unabhängige AG bleibt festzuhalten, daß aufgrund des unzureichenden gesetzlichen Schutzes eine Regelungslücke im AktG besteht, die eine Übertragung zulässig macht. Die Erforderlichkeit der Übertragung ergibt sich aus dem sich ansonsten ergebenden unterschiedlichen Schutzniveau in GmbH und AG. Der Gläubigerschutz in der AG kann aber nicht hinter dem in der GmbH zurückbleiben.<sup>593</sup> Aufgrund dessen ist eine Übertragung der Grundsätze zum existenzvernichtenden Eingriff auf die unabhängige AG zulässig. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke wird an dieser Stelle vorweg angenommen.<sup>594</sup>

<sup>589</sup> BGH WM 95, S. 882 (894).

<sup>590</sup> Henze, NZG 03, S. 649 (658).

<sup>591</sup> Palandt-Sprau, § 826 Rdn. 14; BGH NJW 95, S. 1284 (1285).

<sup>592</sup> Siehe oben, III A a aa ccc 6.

<sup>593</sup> Hüffer, § 1 Rdn. 25.

<sup>594</sup> S. die Ausführungen zur Planwidrigkeit der Regelungslücke unter III a bb ccc (2).



## **bb) Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung**

Nachdem wir die Zulässigkeit der Übertragung der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs festgestellt haben, wenden wir uns nun der Frage der generellen Möglichkeit der Übertragung der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auf die unabhängige AG zu. Dies soll zunächst anhand von Vergleichen zur Übertragbarkeit auf die AG von anderen für die GmbH entwickelten Durchgriffstatbeständen, nämlich der Unterkapitalisierung und der Vermögensvermischung untersucht werden. Zur sog. formellen/nominellen Unterkapitalisierung ist im Aktienrecht bereits ein Urteil ergangen, so daß hieraus Rückschlüsse für die Geltung der GmbH-Grundsätze im Aktienrecht geschlossen werden können.

Daraufhin werden wir uns mit der Übertragbarkeit aufgrund der besonderen Rechtsnatur des existenzvernichtenden Eingriffs beschäftigen.

### **aaa) Vergleich zur materiellen und formellen/nominellen Unterkapitalisierung**

Unterkapitalisierung liegt vor, wenn das Eigenkapital und vor allem das Stammkapital nicht in angemessenem Verhältnis zu Geschäftsart und –umfang der GmbH stehen. Es gibt zwei Formen der Unterkapitalisierung, die sog. materielle und die formelle/nominelle Unterkapitalisierung. Unter der materiellen Unterkapitalisierung ist zu verstehen, daß die Gesellschaft im Verhältnis zu dem geplanten und realisierten Geschäftsumfang eindeutig und für Insider klar erkennbar unzureichend mit Eigenkapital ausgestattet wird und demzufolge bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einem Mißerfolg zu Lasten der Gläubiger zu rechnen ist.<sup>595</sup> Die materielle Unterkapitalisierung stellt einen Durchgriffhaftungstatbestand dar.<sup>596</sup>

Hingegen spricht man von formeller/nomineller Unterkapitalisierung, wenn zwar ausreichend Kapital vorhanden ist, es sich hierbei aber um Fremdkapital, insbesondere in Form von Gesellschafterdarlehen handelt.<sup>597</sup> Hierbei geht es daher „nur“ um die Problematik der eigenkapitalersetzenden Darlehen und eben keine Durchgriffshaftung.<sup>598</sup> Der BGH hat bereits vor 25 Jahren diesbezüglich entschieden, daß die Regeln über die Kapital ersetzenden Darlehen bei einer „unternehmerischen Beteiligung“ anzuwenden seien. Von einer solchen Beteiligung ist ab einem Aktienbesitz von 25 % des Grundkapitals auszugehen.<sup>599</sup> Das Darlehen ist dann wie Eigenkapital zu behandeln und kann entsprechend §§ 57, 58 IV sowie 62 I AktG in der Krise nicht zurückgeführt werden. Da es sich hierbei aber um keinen Durchgriffstatbestand handelt, kann eine weitere Untersuchung unterbleiben.

Die materielle Unterkapitalisierung ist hingegen geeignet, um Rückschlüsse über eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die AG zu gewinnen, weil eine Nähe der Sachverhalte der materiellen Unterkapitalisierung und der Existenzvernichtungshaftung gegeben ist.<sup>600</sup> Eine solche Nähe besteht insbesondere zu den Risikogeschäften, welche eine Fallgruppe des existenzvernichtenden Eingriffs sind.<sup>601</sup> In diesen Fällen übersteigt das von der Gesellschaft zu tragende Risiko meist das Gesellschaftskapital dermaßen, daß man, obwohl für den normalen Geschäftsbetrieb ausreichend Kapital vorhanden ist, von einer materiellen Unterkapitalisierung sprechen kann.

<sup>595</sup> Hachenburg-Ulmer, Anh. § 30 Rdn. 55; KK-Koppensteiner, § 61 Rdn. 35; Roth, ZGR 93, S. 170 (177 ff.); Baumbach/Hueck/II-Hueck/Fastrich, § 5 Rdn. 5; Schmidt, GesR, S. 240, 1150; Michalski-Zeidler, § 5 Rdn. 28 ff.; Banerjea, ZIP 99, S. 1152.

<sup>596</sup> Schmidt, GesR, S. 243; Münchener Handbuch/GesR-Wiesner, § 11 Rdn. 4; Baumbach/Hueck/II-Hueck/Fastrich, § 5 Rdn. 6.

<sup>597</sup> Roth/Altmeppen, § 5 Rdn. 12; Michalski-Zeidler, § 5 Rdn. 27.

<sup>598</sup> Michalski-Zeidler, § 5 Rdn. 27.

<sup>599</sup> BGHZ 90, S. 381 (391); BGH ZIP 05, S. 1316.

<sup>600</sup> OLG Dresden NZG 00, S. 598 (599 ff.); KK-Koppensteiner, Anh. § 318 Rdn. 95.

<sup>601</sup> Siehe oben, II D 2 c aa.

Allerdings hat die Rechtsprechung bis heute bei der AG einen Durchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung nicht angenommen.<sup>602</sup> Es wird die Möglichkeit der Durchgriffshaftung zwar diskutiert, doch genüge wegen des weiten unternehmerischen Ermessensspielraums der Aktionäre die unzureichende Kapitalausstattung der AG hierfür nicht. Vielmehr müsse die AG mit einem Eigenkapital ausgestattet werden, das in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Risiko steht und die Krise der Gesellschaft daher vorprogrammiert ist.<sup>603</sup>

Selbst wenn man die Anwendung des Durchgriffstatbestandes der materiellen Unterkapitalisierung auf die AG bejahen würde, ließen sich hieraus nur bedingt Rückschlüsse auf die Übertragbarkeit des existenzvernichtenden Eingriffs ziehen. Denn auch wenn manche Sachverhalte des existenzvernichtenden Eingriffs denen der materiellen Unterkapitalisierung ähneln, ist diese Ähnlichkeit eher die Ausnahme. Bei der Unterkapitalisierung wird eine Gesellschaft nicht mit ausreichend Kapital für ihren Geschäftsumfang ausgestattet, hingegen wird ihr beim existenzvernichtenden Eingriff das vorhandene Kapital entzogen. Der Haftungsgrund ist somit grundverschieden.

Insgesamt hilft daher der Vergleich zur Unterkapitalisierung für die Untersuchung der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die AG nicht weiter.

### **bbb) Vergleich zur Vermögensvermischung**

Möglicherweise bringt uns ein Vergleich zum Durchgriffstatbestand der Vermögensvermischung der Beantwortung der Frage der Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG ein Stück näher. Vermögensvermischung ist dann gegeben, wenn die Vermögensabgrenzung zwischen Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögen durch fehlende oder undurchsichtige Buchführung<sup>604</sup> oder auf sonstige Weise derart verschleiert wird, daß die Kapitalerhaltungsvorschriften außer Funktion gesetzt werden.<sup>605</sup> Dieser Tatbestand ist für die Aktiengesellschaft selten.<sup>606</sup> Im Rahmen der unabhängigen AG genügen bereits die §§ 57, 62 AktG, da jede Entnahme, die nicht Bilanzgewinn ist, verboten ist.<sup>607</sup> Allein im Rahmen von abhängigen AGs ist der Tatbestand von Bedeutung, insbesondere wenn ein Fall des zentralen Cash-Managements vorliegt. Dies wird aber später, bei der einfach faktisch konzernierten AG, behandelt.

Für die unabhängige AG ist bis heute kein Fall entschieden worden. Dies liegt letzten Endes daran, daß im Unterschied zur GmbH der Aktionär keinen Einfluß auf die Geschäftsleitung hat und auch nicht die Buchführung betreibt. Aufgrund dieser Umstände ist es aber schwer vorstellbar, daß ein Aktionär durch undurchsichtige Buchführung die Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen verschleiert. Somit hilft der Vergleich zum Tatbestand der Vermögensvermischung bei der unabhängigen AG für die Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung nicht weiter.

### **ccc) Übertragbarkeit wegen der Rechtsnatur der Existenzvernichtungshaftung**

Da die Vergleiche zu anderen Durchgriffstatbeständen keinen hinreichenden Aufschluß über die Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG gewährt haben, kann die Frage der Übertragbarkeit nur anhand der Rechtsnatur und Eigenschaften der Existenzvernichtungshaftung beantwortet werden.

<sup>602</sup> Beck'sches Handbuch der AG-Müller, § 8 Rdn. 4.

<sup>603</sup> Beck'sches Handbuch der AG-Müller, § 8 Rdn. 4.

<sup>604</sup> „Waschkorbblage“ dazu: BGHZ 95, S. 330 (333); BGHZ 125, S. 366 (368); Münchner Handbuch/GesR-Krieger, § 69 Rdn. 117; Raiser, FS-Lutter, S. 637 (644).

<sup>605</sup> KK-Koppensteiner, Anh. § 318 Rdn. 94; Hüffer, § 1 Rdn. 20; AG Brühl NZG 02, S. 584.

<sup>606</sup> KK-Koppensteiner, Anh. § 318 Rdn. 94.

<sup>607</sup> Hüffer, § 1 Rdn. 20.

Anknüpfungspunkt soll dabei zunächst die Begründung des existenzvernichtenden Eingriffs durch den BGH im KBV-Urteil sein. Der BGH stützte seine Begründung auf die für das Recht der Kapitalgesellschaften grundlegende Voraussetzung, daß das Gesellschaftsvermögen in der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger verbleiben muß.<sup>608</sup> Das spricht dafür, daß das Gericht von der Verallgemeinerungsfähigkeit seiner Judikatur ausgeht.<sup>609</sup> Dennoch muß gefragt werden, ob die Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs mit den Regeln über die unabhängige AG vereinbar ist. Denn wenn sie gegen die Anordnungen und Wertungen des AktG verstößt, so läge eine unzulässige Anwendung einer Rechtsfigur „contra legem“ vor.<sup>610</sup> Dies folgt letztlich aus Art. 20 III GG, wonach der Richter nur dann zu Rechtsfindung „praeter legem“ befugt ist, wenn sie nicht gegen das Telos des einschlägigen Gesetzes verstößt.<sup>611</sup>

Selbst wenn die Existenzvernichtungshaftung mit den Wertungen des AktG vereinbar ist, muß für die Möglichkeit der Übertragung noch hinzukommen, daß die im Aktienrecht festgestellte Regelungslücke auch planwidrig – also nicht gewollt – ist.

### (1) Vereinbarkeit mit den AG-Vorschriften

Die Existenzvernichtungshaftung führt zu einer unbeschränkt persönlichen Haftung der Gesellschafter wegen Mißbrauchs der juristischen Person durch Entzug von Gesellschaftsvermögen ohne Rücksicht auf die Gläubigerinteressen.<sup>612</sup> Eine Haftung der Gesellschafter ist mit Haftungsprivileg des § 1 I 2 AktG nicht zu vereinbaren. Das Haftungsprivileg enthält eine Risikoverteilungsregel.<sup>613</sup> Ihr Sinn besteht darin, die Risikoaversion von Unternehmern/Kapitalgebern zu überwinden. Funktionsfähigkeit und Gerechtigkeitsgehalt des Prinzips setzen aber umgekehrt voraus, daß das der Gesellschaft gewidmete Vermögen noch als ernsthafte „Risikobeteiligungsquote“ der Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt. Damit ist der Entzug des Gesellschaftsvermögens durch die Aktionäre oder das Spekulieren auf Kosten der Gläubiger nicht vereinbar.<sup>614</sup>

Der Anknüpfungspunkt der einseitigen Risikoverteilung gilt, wie sich bereits aus dem KBV-Urteil entnehmen ließ, nicht nur für die GmbH, sondern für die Kapitalgesellschaften allgemein. Er gilt auch für die Aktiengesellschaft. Das Haftungsprivileg der AG nach § 1 I 2 AktG unterscheidet sich nicht von dem in der GmbH nach § 13 II GmbHG. Beide führen zu einem Haftungsausschluß der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, haben aber umgekehrt zur Voraussetzung, daß das der Gesellschaft gewidmete Vermögen auch in der Gesellschaft verbleibt.<sup>615</sup> Werden die Voraussetzungen des Haftungsprivilegs nicht erfüllt, ist es nach der Normzwecklehre nicht anzuwenden. Es bestehen keine überzeugenden Argumente gegen die Einschränkung des § 1 I 2 AktG durch die Normzwecklehre, welche ein Unterfall der allgemeinen Mißbrauchslehre ist. Diese allgemeinen Mißbrauchsverbote wurzeln letztlich in Treu und Glauben nach § 242 BGB. Die sich aus Treu und Glauben ergebenden Ge- und Verbote gelten für alle Rechtsbereiche. Dies zeigt sich bereits an der Existenzvernichtungshaftung, wo die Nichtanwendung des § 13 II GmbHG durch einen Unterfall von § 242 BGB, also einer dem GmbHG fremden Norm, begründet worden ist.

Auch kann der Einwand entkräftet werden, wonach aufgrund der Selbständigkeit der juristischen Person strikt zwischen Verbindlichkeiten der Gesellschaft und der Gesellschafter zu

<sup>608</sup> BGHZ 151 S. 181 (186).

<sup>609</sup> KK-Koppensteiner, Anh. § 318 Rdn. 73; Schmidt, GesR, S. 959.

<sup>610</sup> Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 33.

<sup>611</sup> Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 33 ff..

<sup>612</sup> BGHZ 151, S. 181 ff..

<sup>613</sup> KK-Koppensteiner, Anh. § 318 Rdn. 78.

<sup>614</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 168 ff, 181 ff., 540 ff.; ders. WM 01, S. 2133 (2136); Kübler, FS-Heinsius, S. 397 (405); Keßler, GmbHR 02, S. 945 (949).

<sup>615</sup> Henze, AG 04, S. 405 (411).

trennen ist, folglich die Gesellschafter nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft analog §§ 105, 128 HGB haftbar gemacht werden können. Wie bereits im Rahmen der GmbH dargestellt,<sup>616</sup> ist, wenn das Haftungsprivileg aufgehoben wird, die Lage derart mit der in Personengesellschaften vergleichbar, daß eine Haftungserstreckung analog §§ 105, 128 HGB möglich ist. Aus den gleichen Gründen ist auch eine Haftungserstreckung auf die Aktionäre möglich. Da auch das aktienrechtliche Haftungsprivileg u.U. teleologisch zu reduzieren ist und eine Haftungserstreckung auf die Aktionäre analog §§ 105, 128 HGB ebenfalls zulässig ist, verstößt die Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs nicht gegen Wertungen des AktG. Eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG ist daher möglich.

## **(2) Planwidrigkeit der Regelungslücke**

Für die Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung ist schließlich zwingend die Planwidrigkeit der oben festgestellten Regelungslücke<sup>617</sup> erforderlich. Ob eine Regelungslücke planwidrig ist, ist anhand einer Gesamtschau der das betreffende Rechtsgebiet regelnden Normen und ihrer Intention zu ermitteln.<sup>618</sup> Planwidrigkeit liegt nur dann vor, wenn das Telos des Gesetzes eine Regelung fordert.<sup>619</sup>

Es ist somit zunächst die Intention des Haftungsprivilegs als auch der Vermögens- und Gläubigerschutzvorschriften darzutun. Dann ist zu fragen, ob der ungenügende Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen der Intention des Gesetzgebers zuwiderläuft. Somit ist eine Regelungslücke dann planwidrig, wenn die Untersuchung die Absicht des Gesetzgebers erkennbar macht, die Aktionäre im Fall des existenzvernichtenden Eingriffs gegenüber den Gläubigern haften zu lassen.<sup>620</sup>

## **(α) Ziel des Haftungsprivilegs in der AG und dennoch gewährter Gläubigerschutz**

Das Ziel des Haftungsprivilegs in der AG liegt darin, Unternehmern und Kapitalgebern die Risikoaversion zu nehmen.<sup>621</sup> Es ist dem Grunde nach mit dem der GmbH identisch. Der Unterschied liegt darin, daß bei der GmbH die Gesellschafter auch auf die Geschäftsleitung einwirken können, wodurch sie selbst einen unternehmerischen Spielraum haben, bei der AG geht dies wegen der Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes grundsätzlich nicht. Dennoch ändert dies nichts daran, daß beide Haftungsprivilegien einen unternehmerischen Spielraum schaffen wollen, in dem Kapital ohne persönliches Verlustrisiko der Gesellschafter dem Wirtschaftsleben zugeführt wird, um Gewinne zu erzielen. Wie effektiv dieser Ansatz ist, zeigt sich in der Praxis. Deutsche Unternehmen sind zu 0,8 % AG's, zu 76,9 % GmbH's und zu 10,7 % GmbH & Co. KG.<sup>622</sup> Die deutschen Unternehmen sind somit zu ca. 78 % als Kapitalgesellschaften ausgestaltet.

Um Gläubigerschutz trotz des Haftungsprivilegs effektiv zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber die AG mit einem sehr strengen Vermögensbindungssystem [Vermögensaufbringung und Erhaltung] ausgestattet. Nur der Bilanzgewinn kann unter die Aktionäre verteilt werden. Die Vermögensbindungsvorschriften werden durch die Pflicht des Vorstandes zur Insolvenzanmeldung ergänzt. Hierdurch soll im Fall von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eine möglichst große Haftungsmasse für die Gläubiger erhalten bleiben.

<sup>616</sup> S.o. II C 1 a cc.

<sup>617</sup> S. o. III a bb ccc.

<sup>618</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 385 ff.; Wilhelmi, DZWIR 03, S. 45 (54).

<sup>619</sup> Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 197.

<sup>620</sup> Vgl. Haas, WM 03, S. 1929 (1930).

<sup>621</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 180; Ericke, AcP 199, S. 257 (302).

<sup>622</sup> Nirk/Reuter/Bächle-Ziemons, S. 3.

### **(β) Intention des Gesetzgebers bzgl. der aktienrechtlichen Vorschriften**

Die aktienrechtlichen Vorschriften versuchen einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Gesellschafter/Kapitalgeber und denen der Gläubiger festzusetzen. Der Vermögens- und Gläubigerschutz in der AG reicht aufgrund des strengen Vermögensbindungssystems weiter als der der GmbH.<sup>623</sup> Zu untersuchen ist, ob gerade aufgrund des derart ausgeprägten Vermögens- und Gläubigerschutzes ein weitergehender Schutz vom Gesetzgeber nicht gewollt ist – somit auch kein Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen.

Voraussetzung für eine planwidrige Regelungslücke ist, daß es den Gesellschaftern nach dem Willen des Gesetzgebers nicht frei steht, auf welche Art und Weise sie die AG beenden. Nur falls dies der Fall ist, kann ein entgegengesetztes Verhalten Grund für eine Haftung sein. Da es an einer gesetzlich geregelten Haftung diesbezüglich mangelt, wäre die festgestellte Regelungslücke planwidrig. Weil diesbezüglich für die AG noch kein breiter Diskussionsstand existiert, sollen wegen der Gesellschaftsähnlichkeit zunächst die hierzu für die GmbH entwickelten Anknüpfungspunkte untersucht werden.<sup>624</sup> Unter den vielen für die GmbH existierenden Ansätze sollen hier die einschlägigen untersucht werden.

Nach einem von Ulmer<sup>625</sup> erstmals angesprochenen Ansatz soll das Verbot, die GmbH nach Maßgabe der Gesellschafter zu zerstören, aus einem Eigeninteresse der GmbH an ihrem Bestand folgen.<sup>626</sup> Dieses Interesse wird dabei durch einen auf § 43 GmbHG basierenden Schutz von Gläubigern oder Dritten begründet, welcher einen indisponiblen Kernbereich pflichtgemäßer Sorge für die Gesellschaft erfordere.<sup>627</sup> Dieser Ansatz konnte bereits für die GmbH nicht überzeugen. Es leuchtet nicht ein, wieso aus dem Schutze Dritter ein Eigeninteresse der Gesellschaft auf ihren Bestand erwachsen soll, denn der Bestand der Gesellschaft steht zur Disposition der Gesellschafter.<sup>628</sup> Für die AG hat Entsprechendes zu gelten. Zwar steht der Bestand der AG nicht direkt zur Disposition der Aktionäre, da diese kein Kündigungsrecht haben und ein Aktionär allein nicht die Beendigung der Gesellschaft herbeiführen kann.<sup>629</sup> Jedoch kann nach § 262 I Nr. 2 AktG durch Hauptversammlungsbeschluß mit drei Viertel Mehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals die AG aufgelöst werden. Ein eigenständiges Interesse der AG auf Erhaltung ihres Bestandes kann es folglich nicht geben.

Der zweite Ansatzpunkt ist das bereits unter II B 1 dargestellte Verbot der kalten Liquidation, das auf Winter zurückzuführen ist.<sup>630</sup> Dieses Verbot besagt, daß die Gesellschafter die Gesellschaft zwar liquidieren dürfen, sich aber der gesetzlich normierten Liquidationsverfahren bedienen müssen. Im Umkehrschluß folgt hieraus, daß eine nicht gesetzlich geregelte Liquidation unterlassen werden muß.<sup>631</sup> Röhricht hat diesen Ansatz aufgegriffen und stimmt ihm zu.<sup>632</sup> Er geht davon aus, daß der Gesetzgeber von einem Interesse der Gesellschafter am Erhalt der Gesellschaft ausging und somit detaillierte Schutzvorschriften für eine Existenzvernichtung für nicht notwendig hielt. Sofern es doch einmal zu einer der schwer zu typisierenden systemwidrigen Verhaltensweisen kommen sollte, sei auf eine Lösung durch die Rechtsprechung vertraut worden.<sup>633</sup> Die Lücke im GmbH-Recht ist daher planwidrig. Für die GmbH ist

<sup>623</sup> Henze, AG 04, S. 405 (415).

<sup>624</sup> Ausführliche Darstellung bei Wahl, S. 39 ff..

<sup>625</sup> Ulmer, ZHR 148, S. 391 (418 ff.).

<sup>626</sup> Fleck, ZHR 149, S. 387 (394 ff.); Hommelhoff, Die Konzernleitungsmacht, S. 256.

<sup>627</sup> Ulmer, ZHR 148, S. 391 (418 ff.).

<sup>628</sup> Wahl, S. 40.

<sup>629</sup> Münchener Handbuch/GesR-Hoffmann-Becking, § 66 Rdn. 3; Hüffer, § 262 Rdn. 7.

<sup>630</sup> Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht, S. 202 ff..

<sup>631</sup> Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht, S. 204-5 (214); Ziemons, Die Haftung der Gesellschafter für Einflußnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH, S. 129.

<sup>632</sup> Röhricht, FS-BGH, S. 83 (99).

<sup>633</sup> Röhricht, FS-BGH, S. 83 (102).

dieser Ansatz überzeugend.<sup>634</sup> Die Liquidationsvorschriften sind zwingende Vorschriften, die dem Gläubigerschutz dienen. Falls man existenzvernichtende Eingriffe sanktionslos ließe, würden die Liquidationsvorschriften unterlaufen. Damit würde aber auch die gesetzliche Vorgabe und Intention des Gläubigerschutzes im Falle der Beendigung der Gesellschaft unterlaufen. Für die GmbH ist dies der Beweis dafür, daß der Gesetzgeber existenzvernichtende Eingriffe nicht aus der Haftung herausnehmen wollte.

Diese Überlegungen können nicht nur für die AG gelten, sondern sie müssen es auch. Dies folgt bereits daraus, daß die Vermögens- und Gläubigerschutzvorschriften in der AG stärker ausgestaltet sind als in der GmbH, sie daher erst recht nicht unterlaufen werden dürfen. Falls somit für die GmbH gilt, daß sie nur im gesetzlich geregelten Liquidationsverfahren beendet werden darf, dann muß für die AG gelten, daß sie nur im gesetzlich geregelten Auflösungsverfahren nach §§ 262 ff. AktG beendet werden darf. Dies folgt aus den auch für die GmbH geltenden Gläubigerschutzaspekten sowie dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers, in der AG einen möglichst umfassenden Gläubigerschutz zu garantieren – mithin gläubigerschädigende Verhaltensweisen wie existenzvernichtende Eingriffe zu untersagen. Es gibt deshalb gerade keinen erkennbaren Grund dafür, den Gläubigerschutz in der AG auf geringerem Niveau anzusiedeln als bei der GmbH. Auch bei der AG gilt somit das Verbot der kalten Liquidation. Daher besteht eine planwidrige Regelungslücke.

Hierfür spricht am Rande noch die Eigenschaft der AG als Kapitalgesellschaft, die börsennotiert sein kann. Die Kapitalmarktfähigkeit kann aber nur dann anerkannt werden, wenn eine besonders strenge Organisationsstruktur auch hinsichtlich der Beendigungsmöglichkeiten gegeben ist.<sup>635</sup> Dies ist wegen der sich sonst stellenden Gefahren für die Anleger zwingend geboten.

Im Rahmen der GmbH wird von Bitter der Einwand erhoben, die Existenzvernichtungshaftung sei mit dem Haftungsprivileg nicht zu vereinbaren.<sup>636</sup> Die Gefahr der Insolvenz sei der GmbH systemimmanent und entspreche dem Sinn jeder ökonomischen Aktivität in haftungsbeschränkter Form.<sup>637</sup> Ein Verbot der kalten Liquidation gebe es folglich nicht.<sup>638</sup> Dieser Ansatz ist bereits für die GmbH nicht überzeugend. Es ist zwar richtig, daß sich Gläubiger und Gesellschafter das Unternehmensrisiko bei einer beschränkten Haftung teilen, und dies dazu führen soll, auch riskante Geschäfte mit der Möglichkeit eines Totalverlustes abzuschließen. Hieraus kann und darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die Gesellschafter mit der Gesellschaft nach Belieben verfahren dürfen. Aus dem Grundsatz der beschränkten Haftung resultiert auch die Pflicht, der Gesellschaft ausreichend Kapital zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten zu belassen. Ansonsten gäbe es keine Risikoteilung, sondern eine einseitige Verteilung zu Lasten der Gläubiger. Eine hierdurch mögliche Schädigung von Gesellschaft und Gläubigern durch das Haftungsprivileg soll nicht gefördert werden. Somit ist Bitters Ansatz für die GmbH nicht überzeugend.

Für die AG kann nicht anders entschieden werden. Auch ihr haftet zwar stets ein gewisses Risiko der Insolvenz an, doch ergibt sich hieraus keine Befugnis zu existenzvernichtenden Eingriffen. Dies ergibt sich für die AG ebenfalls aus den für die GmbH dargestellten Gläubigerschutzaspekten sowie den Gefahren für die Kapitalmarktteilnehmer.

## **(8) Bewertung**

Aus dem Verbot der kalten Liquidation folgt, daß der Gesetzgeber existenzvernichtende Eingriffe nicht ohne Sanktion lassen wollte. Die von Bitter aufgeführten Argumente, wonach die

<sup>634</sup> S.o II C 1.

<sup>635</sup> Beck'sches Handbuch der AG-Müller, § 1 Rdn. 1.

<sup>636</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2136).

<sup>637</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 318 u 538.

<sup>638</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2136).

Insolvenz der Gesellschaft systemimmanent sei und es daher kein Verbot einer kalten Liquidation gebe, können nicht überzeugen. Vielmehr ergibt sich aus dem Telos des AktG, daß gesetzesfremde Gesellschaftsbeendigungen, die zum Schaden der Gläubiger reichen, nicht gewollt sind. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die im Aktienrecht vorhandene Regelungslücke planwidrig ist.

### **ddd) Ergebnis**

Das Aktienrecht gewährt einen unzureichenden Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen. Bereits aus der Begründung des BGH im KBV-Urteil zum existenzvernichtenden Eingriff ergab sich, daß es sich hierbei um einen Haftungstatbestand handelt, der allgemein für Kapitalgesellschaften gelten kann. Eine Untersuchung der Rechtsnatur des existenzvernichtenden Eingriffs ergab, daß diese Haftung nicht gegen Wertungen des AktG verstößt. Ferner ist die festgestellte Regelungslücke vom Gesetzgeber nicht gewollt, mithin planwidrig, da auch im Aktienrecht das Verbot der kalten Liquidation gilt. Die Möglichkeit der Übertragung der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs ist aus diesen Gründen gegeben.

### **cc) Ausschluß der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung wegen Besonderheiten der Gesellschaftsform**

Auch wenn die Möglichkeit einer Übertragung des existenzvernichtenden Eingriffs auf die AG besteht, darf hieraus nicht der Schluß auf eine generelle Übertragbarkeit geschlossen werden. Denn nach der Rechtsprechung darf über die juristische Person nicht leichtfertig hinweggegangen werden. Durchzugreifen sei dann, wenn „die Wirklichkeiten des Lebens und die Macht der Tatsachen“ dies erforderten.<sup>639</sup> Dies bedeutet, daß lebensnah untersucht werden muß, ob eine Übertragung möglich ist, oder ob besondere Umstände dem entgegenstehen.

### **aaa) Unterlaufen des Haftungsprivilegs des § 1 I 2 AktG**

Der erste Grund, der einer Übertragung entgegenstehen kann, ist die Aufhebung des Haftungsprivilegs des § 1 I 2 AktG durch die Existenzvernichtungshaftung. Die Aufhebung wird damit gerechtfertigt, daß jeder für seine Verpflichtungen haften muß. Wird diese Haftung auf ein in einer Gesellschaft eingebrachtes Vermögen begrenzt, dann setzt dies zwingend voraus, daß dieses Vermögen auch zur Verfügung steht.<sup>640</sup> Während oben<sup>641</sup> nur festgestellt wurde, daß das Haftungsprivileg des § 1 I 2 AktG überhaupt eingeschränkt werden kann, soll diese Frage nun genauer untersucht werden.

Bereits im Rahmen der GmbH war und ist dies ein Streitpunkt, denn das Haftungsprivileg verfolgt auch einen wichtigen ökonomischen Zweck, da es den Gesellschaftern die Risikoaversion nehmen will. Gerade dieses beschränkte Risiko ist der Grund für die besondere Beliebtheit, der sich die Kapitalgesellschaften bei Unternehmern erfreuen.<sup>642</sup> Wie Bitter zutreffend sagt, besteht die ökonomische Funktion der Haftungsbeschränkung darin, auch riskante effiziente Projekte durchzuführen.<sup>643</sup> Falls die Unternehmer nicht mehr auf die Haftungsbeschränkung vertrauen können, werden sie von riskanten Projekten Abstand nehmen, was letztlich zu fallenden Umsätzen in der Volkswirtschaft führt. Für die GmbH wurde die Aufhebung der Haftungsbeschränkung damit gerechtfertigt, daß die Gesellschafter, die sich selbst rechtsmißbräuchlich verhalten, in dem sie die Geschäftsführung zur Existenzvernichtung veranlassen oder selbst einen existenzvernichtenden Eingriff vornehmen,

<sup>639</sup> BGHZ 20, S. 4 (11); BGHZ 54, S. 222 (224); BGHZ 78, S. 318 (334); Arnim, NZG 00, S. 1001 (1002).

<sup>640</sup> Henze, AG 04, S. 405 (411); KK-Koppensteiner, Anh. § 318 Rdn. 78.

<sup>641</sup> Siehe oben, III A a bb ccc 1.

<sup>642</sup> ~ 78 % der deutschen Unternehmen sind Körperschaften, Nirk/Reuter/Bächle-Ziemons, S. 3.

<sup>643</sup> Bitter, WM 01, S. 2133 (2136).

keinen Schutz verdienen.<sup>644</sup> Ferner trifft die Haftung nur die Gesellschafter, die mit dem Eingriff einverstanden waren oder diesen trotz Kenntnis duldeten.<sup>645</sup> Durch diese Regelung wurde das Haftungsprivileg nicht in einer Weise angetastet, daß sich die Gesellschafter nicht mehr auf das Eingreifen des Haftungsprivilegs verlassen können. Nur wer die Gesellschaft rechtsmißbräuchlich, also nicht im normalen Geschäftsgang, beendet, hat die Durchgriffshaftung zu erwarten.

Doch ist dies auch für die unabhängige AG richtig? Bei der AG haben die Gesellschafter nach dem Gesetz grundsätzlich keinen Einfluß auf die Geschäftsleitung. Insofern ist es für sie ungleich schwerer, die Geschäftsleitung zu existenzvernichtenden Maßnahmen zu veranlassen. Doch kann sich eine solche Einflußnahmemöglichkeit faktisch ergeben. Ein Verhalten wird aber keineswegs deswegen nicht verwerflich, weil keine rechtliche Befugnis, sondern eine tatsächliche Einflußnahmemöglichkeit mißbraucht wird.

Zudem ist zu bedenken, daß eine Weisung eines GmbH-Gesellschafters an den Geschäftsführer, die einen existenzvernichtenden Eingriff zum Inhalt hat, nichtig ist und nicht befolgt werden muß.<sup>646</sup> Somit muß sowohl in der GmbH als auch in der AG die Einwirkung auf die Geschäftsführung faktisch vorgenommen werden. Wenn aber im Rahmen der GmbH eine faktische Einwirkung auf die Geschäftsführung zu einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs führen kann und damit zu einer Aufhebung des Haftungsprivilegs, dann muß dies auch für die AG gelten.

Selbstverständlich gilt dies erst recht, wenn die Aktionäre den Eingriff unmittelbar selbst vornehmen, denn dann besteht kein Unterschied zu dem GmbH-Gesellschafter, der den existenzvernichtenden Eingriff selbst vornimmt.

Aus der mangelnden rechtlichen Einflußnahmemöglichkeit der Aktionäre auf die Geschäftsführung der unabhängigen AG ergibt sich daher kein Grund, der gegen eine Aufhebung des Prinzips der beschränkten Haftung spricht.

Somit vermag § 1 I 2 AktG keinen Grund zu liefern, der zwingend gegen eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG spricht.

### **bbb) Einschränkung wegen Eigenschaften der Publikumsgesellschaft**

Ein Problem kann aber deswegen bestehen, weil die Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft einem breiten Publikum offensteht. Insbesondere die börsennotierte Publikumsgesellschaft hat einen breiten Anlegerkreis. Sollen auch die Aktionäre der Publikumsgesellschaft der Gefahr einer Haftung ausgesetzt sein, obwohl sie meist so geringe Anteile an der AG halten, daß sie überhaupt keinen Einfluß auf die Geschäftsführung haben und obwohl sie meist von den Geschäftsleitungsmaßnahmen keine Kenntnis haben, da sie die Aktien nur als Kapitalanlage halten? Doch diese Gefahr besteht erst gar nicht. Auch im Aktienrecht muß gemäß den GmbH-Regeln gelten, daß eine Haftung nur für diejenige Aktionäre in Betracht kommt, die an dem Eingriff und sei es nur durch ihr Einverständnis oder ihre Duldung trotz Kenntnis mitgewirkt haben.<sup>647</sup> Daher steht der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die AG die Tatsache nicht entgegen, daß die AG eine börsennotierte Gesellschaft sein kann.

---

<sup>644</sup> BGHZ 151, S. 181 (186).

<sup>645</sup> BGHZ 150, S. 61.

<sup>646</sup> Wahl, S. 3; Lutter/Hommelhoff-Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rdn. 23; Hachenburg-Mertens, § 43 Rdn. 92; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 43 Rdn. 32, 40.

<sup>647</sup> KK-Koppensteiner, Anh. § 318 Rdn. 86; vgl. BGH WM 02, S. 960 (962) unter Bezugnahme auf BGHZ 142, S. 92 (95); Raiser, FS-Ulmer, S. 493 (501); Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (436 ff.).



### ccc) Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs

Ein weiteres Hindernis kann der Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs sein. Dieser liegt in dem Gläubigerschutz, da der existenzvernichtende Eingriff Kapitalentnahmen der Gesellschafter aus der Gesellschaft verhindern will, die von den §§ 30 ff. GmbHG nicht erfaßt sind. Die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts sind durch den Gedanken des Gläubigerschutzes geprägt.<sup>648</sup> Der gläubigerschützende Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs folgt somit nicht zuletzt daraus, daß er die gläubigerschützenden Vorschriften der Kapitalerhaltung ergänzen soll.<sup>649</sup>

Auch im Aktienrecht könnte der existenzvernichtende Eingriff die Kapitalschutzvorschriften der §§ 57 ff. AktG ergänzen. Falls diese aber einen anderen Schutzzweck hätten als die Existenzvernichtungshaftung, könnte dies ein Problem für die Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die AG begründen.

Folglich müssen die §§ 57 ff. AktG genauer untersucht werden. Im Aktienrecht ist der Gläubigerschutz nicht der vorrangige Schutzzweck der umfassenden Vermögensbindung. Das Vermögensbindungssystem des AktG wird als multifunktional begriffen.<sup>650</sup> Nach h.M. liegt der Schutzzweck der strengen Vermögensbindung des Aktienrechts darin, die gesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Hauptversammlung und Verwaltung innerhalb der Gesellschaft zu bewahren, die gleichmäßige Behandlung der Aktionäre im Bereich der vermögensrechtlichen Beziehungen zu optimieren [Minderheitenschutz] und letztlich als lediglich nachrangiger Punkt zu gewährleisten, daß der erwirtschaftete Gewinn unverkürzt ausgewiesen wird.<sup>651</sup> Aus der Wahrung der gesetzlichen Kompetenzverteilung zwischen Hauptversammlung und Verwaltung wird zudem das Gebot entnommen, daß der festgestellte Bilanzgewinn nur aufgrund eines Gewinnausschüttungsbeschlusses verteilt werden darf.<sup>652</sup>

Zu untersuchen ist, welche Auswirkungen das soeben herausgearbeitete Ergebnis auf die Übertragbarkeit des existenzvernichtenden Eingriffs auf die AG hat.

Auch wenn der primäre Schutzzweck der Vermögensbindung im Aktienrecht anders als im GmbH-Recht bei der Wahrung der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung liegt, folgt hieraus zumindest reflexartig auch der Gläubigerschutz. Denn durch die Wahrung der Kompetenzverteilung wird letzten Endes nichts anderes sichergestellt, als daß abgesehen von dem ausgewiesenen Bilanzgewinn sämtliches Kapital in der Gesellschaft zu verbleiben hat. Hierdurch bleibt es zwangsläufig auch den Gläubigern als Befriedigungsmasse für ihre bestehenden Forderungen gegen die Gesellschaft erhalten. Hinzu kommt, daß das Ausschüttungsverbot des § 57 AktG an sich unzweifelhaft dem Gläubigerschutz dient.<sup>653</sup> Der Gläubigerschutz kann nur nicht die besondere Strenge des „totalen Ausschüttungsverbots“ begründen.

Für die Übertragung des existenzvernichtenden Eingriffs kann es aber nicht schädlich sein, wenn das Ausschüttungsverbot der AG, genauso wie das der GmbH, primär dem Gläubigerschutz dient und allein die besondere Strenge der Vermögensbindung auf der Wahrung der Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Hauptversammlung beruht. Dies gilt um so mehr, als die Wahrung der Kompetenzverteilung zumindest reflexartig ebenfalls dem Gläubigerschutz dient.

Folglich kann der existenzvernichtende Eingriff das Ausschüttungsverbot der AG wegen des gleichen Schutzzwecks genauso gut ergänzen wie das der GmbH. Eine Einschränkung der Übertragbarkeit des existenzvernichtenden Eingriffs auf die unabhängige AG läßt sich somit

<sup>648</sup> Bechlivanis, S. 108.

<sup>649</sup> Die Ergänzungsfunktion ergibt sich aus der Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung zu den §§ 30 ff. GmbHG, s. o. II D 5.

<sup>650</sup> Bechlivanis, S. 108, 110.

<sup>651</sup> Ballerstedt, Kapital, S. 132 f.; Lutter, FS-Stiefel, S. 505 (527); KK-Lutter, § 57 Rdn. 2; Kropff, DB 67, S. 2147 (2148-9); Großkommentar-Barz, § 57 Rdn. 3; Schön, FS-Kropff, S. 285 (293).

<sup>652</sup> KK-Lutter, § 57 Rdn. 2; Hüffer, § 57 Rdn. 3; Schön, FS-Kropff, S. 285 (293); Kropff, DB 67, S. 2147 (2149).

<sup>653</sup> Hüffer, § 57 Rdn. 1; KK-Lutter, § 57 Rdn. 2; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth, § 57 Rdn. 2; Ballerstedt, Kapital, S. 132.

mit dem besonderen Schutzzweck des aktienrechtlichen Vermögensbindungssystems nicht begründen.

### **ddd) Allgemeine Bewertung**

Anhand des Gesetzes lassen sich mithin keine Anhaltspunkte finden, die gegen eine Übertragung des existenzvernichtenden Eingriffs auf die unabhängige AG sprechen.<sup>654</sup> Es finden sich aber auch keine Gründe, die zwingend dafür sprechen. Folglich ist die Frage anhand einer allgemeinen Bewertung zu beurteilen.

Gegen eine Übertragung mag sprechen, daß die Aktionäre eine geringere Einwirkungsmöglichkeit auf die Gesellschaft haben als die Gesellschafter einer GmbH. Doch sind auch im Rahmen der GmbH Weisungen an den Geschäftsführer, die existenzvernichtende Eingriffe zum Inhalt haben, unwirksam.<sup>655</sup> Somit muß die Einwirkung auf die Geschäftsleitung letztlich in beiden Gesellschaften auf faktische Art und Weise geschehen, falls die Gesellschafter den Eingriff nicht selbst vornehmen. Die geringere Einflußnahmemöglichkeit der Aktionäre auf die Gesellschaft ist folglich nicht entscheidend.

Für eine Übertragung spricht zunächst, daß nicht einzusehen ist, wieso das Schutzniveau in der AG hinter dem in der GmbH zurückbleiben soll.<sup>656</sup>

Auch schützen die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht vor den für die Gläubiger gefährlichen Risikogeschäften. Diese sind nach aktienrechtlichen Regelungen nur schwer zu sanktionieren, da dem Vorstand im Rahmen der Vorstandshaftung nach § 93 II AktG ein breiter Ermessensspielraum zur Verfügung steht.<sup>657</sup> Schon allein zum Schutz der Gläubiger, der auch in der AG von großer Bedeutung ist, empfiehlt sich zur Schließung derartiger Haftungslücken eine Übertragung der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auf die unabhängige AG. Aber auch aus systematischen Gesichtspunkten ist eine Übertragung zu begrüßen,<sup>658</sup> da dann für die Kapitalgesellschaftsformen, denen sich Unternehmen in Deutschland am meisten bedienen, eine einheitliche Haftung bzgl. existenzvernichtender Eingriffe bestünde. Dies führt zu einer erhöhten Rechtssicherheit, da es Haftungslücken, die insbesondere auch dann entstehen können, wenn ein Unternehmensverbund sowohl aus GmbHs als auch AGs besteht, vgl. das Bremer Vulkan Urteil,<sup>659</sup> nicht mehr gegeben sind.

Die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung ist letztlich auch von besonderer praktischer Relevanz wegen der stetig zunehmenden Zahl der Aktiengesellschaften, wobei immer mehr sog. Einmann-AGs gegründet werden. Nachdem die Zahl der AGs lange konstant blieb, ist sie im letzten Jahrzehnt sprunghaft gestiegen. Seit 1986 hat sie sich mehr als versiebenfacht und seit 1994 mehr als vervierfacht.<sup>660</sup> Hierunter befinden sich zunehmend die Einmann-AGs, die seit Mitte der neunziger Jahre auch als solche gegründet werden können. Die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die Einmann-AG ist deshalb von besonderer praktischer Relevanz, weil diese Gesellschaftsform derjenigen der GmbH sehr ähnelt. Es gibt nur einen Aktionär, der zugleich Alleinvorstand sein kann. Aufgrund dessen ist die Einwirkungsmöglichkeit des alleinigen Aktionärs auf die Gesellschaft von einem derartigen Gewicht, daß sich das Gefahrenpotential für die Gesellschaftsgläubiger hinsichtlich eines Mißbrauchs der Gesellschaft mehr auf GmbH-Niveau als auf AG-Niveau befindet. Denn durch die Einwirkungsmöglichkeiten des alleinigen Aktionärs kann von einem bei der AG im Vergleich zu GmbH grundsätzlich bestehenden erhöhten Gläubigerschutz, der aus der Strenge der

<sup>654</sup> Siehe oben, III A a cc.

<sup>655</sup> Wahl, S. 3; Lutter/Hommelhoff-Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rdn. 23.

<sup>656</sup> So auch Hüffer, § 1 Rdn. 25.

<sup>657</sup> BGHZ 135, S. 244 (253); BT-Drucks. 13/9712, S. 21; Hüffer, § 93 Rdn. 13a.

<sup>658</sup> Beck'sches Handbuch der AG-Liebscher, § 14 Rdn. 97.

<sup>659</sup> BGHZ 149, S. 10 ff.

<sup>660</sup> Nirk/Reuter/Bächle-Ziemons, S. 3.

Vermögensbindung und der Organisationsstruktur resultiert,<sup>661</sup> nicht mehr gesprochen werden. Denn wie bereits dargestellt, kann insbesondere in der Einmann-AG das aktienrechtliche Vermögensbindungssystem umgangen werden.<sup>662</sup>

Somit ist die Existenzvernichtungshaftung, um auch in der unabhängigen AG ein gesteigertes und umfassenderes Schutzniveau der Gläubiger zu garantieren, auch auf diese Gesellschaftsform anwendbar.

### eee) Einwand der/des Durchgriffsschuldner(s)

Nachdem die Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG bejaht worden ist, stellt sich die Frage nach Verteidigungsmöglichkeiten der Durchgriffsschuldner. Ein Einwand der Durchgriffsschuldner könnte sich aus der Subsidiarität der Durchgriffshaftung ergeben. Da die Haftung aus § 62 AktG der Existenzvernichtung vorgeht, könnte der in Anspruch genommene Aktionär behaupten, es bestünde noch eine Verbindlichkeit gegenüber der AG aus § 62 AktG.<sup>663</sup> Im Unterschied zum GmbH-Recht kann der Gläubiger der AG nach § 62 II AktG den Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter selbst geltend machen, wenn er von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Das nützt ihm allerdings wenig, da allein Leistung an die Gesellschaft verlangt werden kann.<sup>664</sup> Praktisch würde dies bedeuten, daß der Durchgriffsgläubiger zunächst im Interesse all derjenigen agieren muß, die Ansprüche gegen die AG haben. Hierdurch würde aber die eigentlich gewollte Durchgriffshaftung verhindert, es bestünde allein ein Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den Aktionär aus § 62 AktG. Koppenteiner sieht hierin ein für den Durchgriffsgläubiger unzumutbares Verhalten und gesteht dem Durchgriffsschuldner den Einwand nicht zu, weil er ein rechtsmißbräuchliches Verhalten darstelle.<sup>665</sup> Koppenteiner ist Recht zu geben. Ansonsten wäre der Durchgriffsgläubiger dazu gezwungen, um seine Interessen verfolgen zu können, die Interessen der anderen Gläubiger mit wahrzunehmen. Diese Art von „aufgezwungener Prozeßstandschaft“ ist in der Tat unzumutbar. Außerdem könnte der Durchgriffsschuldner sonst sein vorangegangenes rechtsmißbräuchliches Verhalten auch noch mit einem weiteren Rechtsmißbrauch verteidigen und somit verstärken. Wer sich aber rechtsmißbräuchlich verhalten hat, der verdient ohnehin nur eingeschränkten Schutz,<sup>666</sup> ein zusätzliches rechtsmißbräuchliches Verhalten ist ihm in jedem Falle nicht erlaubt. Daher steht der soeben dargestellte Einwand dem oder den Durchgriffsschuldner(n) nicht zu.

### dd) Ergebnis für die unabhängige AG

Als Ergebnis für die unabhängige AG bleibt festzuhalten, daß ihr Vermögensbindungssystem einen höheren Grad an Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen begründet, als es das der GmbH vermag. Nichtsdestotrotz vermag das AktG keinen umfassenden Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen zu gewähren, es besteht somit eine Regelungslücke des Gesetzes.<sup>667</sup> Bereits in dem KBV-Urteil<sup>668</sup> deutete der BGH an, daß der existenzvernichtende Eingriff eine Rechtsfigur ist, die allgemein für Kapitalgesellschaften gelten kann. Dies war Anknüpfungspunkt unserer Überlegungen für die Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG. Im folgenden wurde festgestellt, daß zum einen einer Übertragung keine Wertungen des AktG entgegenstehen und zum anderen die Lücke im Vermögensbindungssystem der unabhängigen AG planwidrig ist, da die Gesellschafter die AG nur im gesetzlich

<sup>661</sup> Beck'sches Handbuch der AG-Liebscher, § 14 Rdn. 97.

<sup>662</sup> S.o. III A a aa aaa.

<sup>663</sup> KK-Koppenteiner, Anh. § 318 Rdn. 80.

<sup>664</sup> Hüffer, § 62 Rdn. 14; KK-Koppenteiner, Anh. § 318 Rdn. 80.

<sup>665</sup> KK-Koppenteiner, Anh. § 318 Rdn. 80; Hoffmann NZG 02, S. 68 (70).

<sup>666</sup> Palandt-Heinrichs, § 242 Rdn. 38 ff, 50.

<sup>667</sup> Siehe oben, III A a aa ccc.

<sup>668</sup> BGHZ 151, S. 181.

geregelten Verfahren beenden dürfen. Dies macht eine Übertragung möglich. Die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG ist mit dem einheitlichen Schutzniveau in AG und GmbH sowie dem systematischen Argument der einheitlichen rechtlichen Lösung für AG und GmbH zu begründen. Den Durchgriffsschuldern steht der Einwand aus § 62 AktG nicht zu.

## **b) Die einfach faktisch konzernierte AG iSd §§ 311 ff. AktG**

Im folgenden wollen wir uns der Frage zuwenden, ob das für die unabhängige AG herausgearbeitete Ergebnis auch für die einfach faktisch konzernierte AG gilt. Von einer einfach faktisch konzernierten AG iSd §§ 311 ff. AktG spricht man dann, wenn eine AG zu einem herrschenden Unternehmen in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Der Gesetzgeber ist dabei den Stimmen im Schrifttum, die eine Einbeziehung aller herrschenden Personen in den Unternehmensbegriff forderten,<sup>669</sup> nicht gefolgt. In § 15 AktG wird der Begriff des Unternehmens ohne Definition genannt. Grund für diese Beschränkung war der Gedanke, daß nur von einem Unternehmen die Gefahr der Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft ausgehe bzw. größer sei als bei Herrschaft einer natürlichen Person.<sup>670</sup> Jedoch ist ein Verständnis des Unternehmensbegriffs, der natürliche Personen nicht miteinschließt, zu eng, um für die Praxis ausreichend zu sein. Daher ist er teleologisch auszulegen. Nach der VEBA/Gelsenberg-Entscheidung<sup>671</sup> des BGH ist man sich einig, daß es für die Unternehmenseigenschaft nicht auf die Höhe der Beteiligung an der AG ankommt.<sup>672</sup> Nach heute herrschender Ansicht ist Unternehmer jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf seine Rechtsform, wenn er neben einer Beteiligung an der AG anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen aufweist, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, er könne wegen dieser Bindungen seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluß auf die AG nachteilig ausüben.<sup>673</sup>

Abhängiges Unternehmen ist in unserer Untersuchung eine AG, per Definition fällt hierunter jede rechtlich verselbständigte Organisationseinheit.<sup>674</sup> Schließlich muß ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Unternehmen bestehen. Kennzeichnend für die einfach faktisch konzernierte AG ist, daß kein Beherrschungsvertrag iSd § 291 I 1 AktG besteht, sondern die Abhängigkeit faktischer Natur ist.

### **aa) Zulässigkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung**

Auch für die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die einfach faktisch konzernierte AG bedarf es zunächst einer Regelungslücke im Gesetz. Folglich ist unsere Untersuchung für den Anfang darauf beschränkt, die etwaige Regelungslücke festzustellen.

#### **aaa) Einwirkungsmöglichkeiten**

Eine Regelungslücke im Vermögensbindungssystem des AktG setzt voraus, daß es die Möglichkeit nachteiliger Einflußnahme auf die einfach faktisch konzernierte AG und es diesbezüglich keinen ausreichenden gesetzlich normierten Schutz gibt.

Im Vertragskonzern besteht durch den Beherrschungsvertrag eine rechtliche Grundlage, die die Leitungsmacht des herrschenden Vertragspartners legalisiert.<sup>675</sup> Beim faktischen Konzern besteht kein Beherrschungsvertrag. Somit mangelt es an einer die Leitungsmacht legalisierenden Grundlage. Diese ist beim faktischen Konzern daher nur de facto vorhanden.<sup>676</sup> Deswegen besteht auch kein gesetzliches Weisungsrecht und somit auch keine Pflicht des abhängi-

<sup>669</sup> KK-Koppensteiner, § 15 Rdn. 22.

<sup>670</sup> Kropff, Aktiengesetz, S. 41; BGHZ 69; S. 334 (337).

<sup>671</sup> BGHZ 69, S. 334; hier ging es darum, ob eine maßgebliche Beteiligung eines Aktionärs diesem Unternehmenseigenschaft zukommen läßt. Der BGH entschied sich dagegen.

<sup>672</sup> Zu den früher entwickelten institutionellen und funktionalen Theorien siehe KK-Koppensteiner, § 15 Rdn. 17 ff..

<sup>673</sup> BGHZ 135, S. 107 (113); OLG Düsseldorf AG 95, S. 85 (86); Hüffer, § 15 Rdn. 8; Emmerich/Habersack-Emmerich, § 15 Rdn. 10; KK-Koppensteiner, § 15 Rdn. 19.

<sup>674</sup> Hüffer, § 15 Rdn. 14; Münchener Handbuch/GesR-Krieger, § 68 Rdn. 13; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 814.

<sup>675</sup> Kropff, Aktiengesetz, S. 374 f.; Schmidt, GesR, S. 953; Geßler, FS-Westermann, S. 145 (150); ders. DB 65, S. 1691 (1692).

<sup>676</sup> Kropff, Aktiengesetz, S. 374; Geßler, FS-Westermann, S. 145 (150); Hüffer, § 18 Rdn. 3; Möhring, NJW 67, S. 1 (7); Emmerich/Habersack-Emmerich, § 18 Rdn. 3; Bechlvianis, S. 190.

gen Unternehmens, den Weisungen des herrschenden Folge zu leisten. Der Vorstand der einfach faktisch konzernierten AG ist entsprechend § 76 AktG unabhängig in seiner Führungsrolle, er ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen.<sup>677</sup> Der einzige Unterschied zur unabhängigen AG besteht darin, daß der Vorstand der faktisch konzernierten AG nachteilige Weisungen befolgen darf, ohne daß ihn die Schadensersatzpflicht des § 93 II AktG trifft.<sup>678</sup> Voraussetzung hierzu ist allerdings, daß der entstandene Nachteil isolierbar und ausgleichbar ist und daß die herrschende Gesellschaft das Versprechen gibt, den Nachteil nach Maßgabe des § 311 II AktG innerhalb eines Jahres auszugleichen.<sup>679</sup>

Insgesamt kann daher das herrschende Unternehmen faktisch Einfluß auf die faktisch konzernierte AG nehmen. Dies ergibt sich auch aus der Systematik des Gesetzes, denn wenn das herrschende Unternehmen nicht nachteilig auf das abhängige einwirken könnte, wären die Ersatzregeln der §§ 311 II, 317 AktG überflüssig. Da eine Einwirkungsmöglichkeit des herrschenden Unternehmens auf die einfach faktisch konzernierte AG besteht, muß nun geprüft werden, ob das gesetzliche System ausreicht, um Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen zu gewähren.

### **bbb) Gesetzliche Konzeption des Vermögensschutzes**

Die allgemeinen Vorschriften und ihre Schwächen wurden bereits bei der unabhängigen AG erläutert.<sup>680</sup> Zu klären ist, ob die allgemeinen Vorschriften auch für die einfach faktisch konzernierte AG gelten. Insbesondere besteht Streit über die Anwendbarkeit der §§ 57, 62 AktG neben § 311 AktG.

Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß diese im Vertragskonzern keine Anwendung finden.<sup>681</sup> Uneinig ist man sich, ob dies auch für die faktisch konzernierte AG gilt. Nach überwiegender Auffassung ist § 311 zu den §§ 57, 62 AktG *lex specialis* und verdrängt diese somit.<sup>682</sup> Allerdings greift die Verdrängungswirkung nur dann ein, wenn es innerhalb des Geschäftsjahres zum Ausgleich des Nachteils der abhängigen Gesellschaft kommt. Begründet wird dies mit dem ansonsten bestehenden Widerspruch zwischen §§ 57, 62 und 311 AktG. Denn erstens erlaubt § 311 AktG diejenige Handlung, die § 57 AktG verbietet, nämlich die Vorteilsgewährung an Aktionäre außerhalb der ordnungsgemäßen Gewinnverteilung. Zweitens ermöglicht § 311 II AktG eine Hinausschiebung des Nachteilsausgleichs, während § 62 AktG der AG einen sofort einklagbaren Rückforderungsanspruch gewährt. Der h.M. soll wegen der sich sonst ergebenden Widersprüche zwischen den §§ 57, 62 AktG und § 311 AktG gefolgt werden.

Auch ist § 311 AktG *lex specialis* zu § 93 AktG, da § 311 AktG ein Verwaltungshandeln erlaubt, das für die Gesellschaft nachteilig ist.<sup>683</sup> Ferner verdrängt § 311 AktG auch § 117 AktG, da ansonsten, Vorsatz des herrschenden Unternehmers vorausgesetzt, jede nachteilige Einflußnahme mit einer sofort fälligen Schadensersatzpflicht verbunden wäre und § 311 II AktG nahezu bedeutungslos würde.<sup>684</sup>

<sup>677</sup> Altmeppen, ZIP 96, S. 693 (696-7); Bechlivanis, S. 190.

<sup>678</sup> Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Kropff, § 311 Rdn. 59; Emmerich/Habersack-Habersack, § 311 Rdn. 78; Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, S. 30.

<sup>679</sup> Bechlivanis, S. 191; Emmerich/Habersack-Habersack, § 311 Rdn. 78.

<sup>680</sup> Siehe oben, III A a aa ccc.

<sup>681</sup> Hüffer, § 57 Rdn. 6; Bechlivanis, S. 189.

<sup>682</sup> KK-Lutter, § 57 Rdn. 80; MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 106; Hüffer, § 311 Rdn. 49; Münchner Handbuch/GesR-Krieger, § 69 Rdn. 47, 61, 110; Henn, S. 145 Fn. 221; Döllerer, BB 67, S. 1437 (1445); Wiedemann/Strohn, AG 79, S. 113 (120); Sonnenhol/Groß, ZHR 159, S. 388 (410); Horn, ZIP 87, S. 1225 (1229).

<sup>683</sup> Hüffer, § 311 Rdn. 48; Kropff, DB 67, S. 2147 (2151).

<sup>684</sup> Geßer/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Kropff, § 117 Rdn. 51; Hüffer, § 117 Rdn. 14; Großkomm.-Würdinger, § 317 Rdn. 19.

Demgegenüber gelten neben § 317 AktG uneingeschränkt die allgemeinen Vorschriften.<sup>685</sup> Begründet wird die Spezialität von § 311 AktG gegenüber den allgemeinen Regeln damit, daß nur auf diese Weise die Möglichkeit der Ausgleichsgewährung innerhalb des Geschäftsjahres gewahrt werden kann. Sobald die Voraussetzungen von § 317 AktG vorliegen, spielt dieser Gesichtspunkt keine Rolle mehr.<sup>686</sup> Von großer Bedeutung ist dies allerdings nicht, da die speziellen Vorschriften für die einfach faktisch konzernierte AG, wie sich im folgenden zeigen wird, einen weiteren Haftungsumfang als die allgemeinen Vorschriften haben. Um die obige These vom weitreichenden Schutz der §§ 311 ff. AktG zu beweisen, wenden wir uns nun diesen zu. Unter den speziellen Vorschriften sind das Nachteilzufügungsverbot nach § 311 I AktG, der Nachteilsausgleichsanspruch nach § 311 II AktG sowie der Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG zu nennen.

### **(1) Nachteilzufügungsverbot nach § 311 I AktG**

Erste Voraussetzung ist das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses. Dieses Abhängigkeitsverhältnis setzt ein herrschendes und ein abhängiges Unternehmen voraus. Unter herrschendes Unternehmen ist jedes Unternehmen iSd § 15 AktG zu verstehen. Abhängiges Unternehmen kann entweder eine AG oder eine KGaA sein. Schließlich darf das Abhängigkeitsverhältnis nicht auf einem Beherrschungsvertrag beruhen. Andere Unternehmensverträge, wie beispielsweise ein Gewinnabführungsvertrag, stehen der Anwendung von § 311 I AktG nicht entgegen.<sup>687</sup>

Falls ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, ist die Veranlassung des abhängigen durch das herrschende Unternehmen weitere Voraussetzung. Die Veranlassung kann durch das für die Geschäftsführung zuständige Organ des herrschenden Unternehmens, aber auch durch dessen Angestellte erfolgen.<sup>688</sup> Als Veranlassung läßt sich jede Form der Einflußnahme des herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft definieren, die zu dem Zweck erfolgt, die abhängige Gesellschaft zu einem nachteiligen Verhalten – d.h. zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Durchführung oder Unterlassung einer Maßnahme – zu lenken.<sup>689</sup> Ein Veranlassungsbewußtsein wird nicht verlangt.<sup>690</sup> Erforderlich ist aber ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des herrschenden und der Reaktion des abhängigen Unternehmens. Dabei besteht eine Vermutung, wonach nachteilige Handlungen der abhängigen Gesellschaft auf eine Veranlassung der herrschenden zurückzuführen sind.<sup>691</sup> Grund für diese Vermutung ist die sich sonst ergebende schwierige Beweislage. Denn auch wenn § 312 AktG festlegt, daß der Vorstand des abhängigen Unternehmens jedes Jahr einen Abhängigkeitsbericht anfertigen muß, in dem alle rechtlichen Beziehungen zum herrschenden Unternehmen anzugeben sind, hat die Praxis gezeigt, daß nicht alle Veranlassungen iSd § 311 I AktG in den Abhängigkeitsbericht aufgenommen werden.<sup>692</sup> Folglich läge es bei den Organen und Aktionären der abhängigen Gesellschaft die Veranlassung zu beweisen.

In der Praxis hat der Vorstand als Organ der abhängigen Gesellschaft aber nicht unbedingt ein Interesse an einer Haftung des herrschenden Unternehmens nach §§ 311, 317 AktG. Dies liegt daran, daß die Vertreter des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens sind und somit den Vorstand des abhängigen Unternehmens wählen. Da der Vorstand des abhängigen Unternehmens wiedergewählt werden will, liegt es nahe, daß er die

<sup>685</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 107.

<sup>686</sup> KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 51; OLG Frankfurt AG 96, S. 324 (327).

<sup>687</sup> Hüffer, § 311 Rdn. 14; MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 71.

<sup>688</sup> KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 17; Lenz AG 97, S. 448 (451).

<sup>689</sup> Emmerich/ Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 401; MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 72 ff..

<sup>690</sup> KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 5; Hüffer, § 311 Rdn. 16.

<sup>691</sup> Hüffer, § 311 Rdn. 21; Münchener Handbuch/GesR-Krieger, § 69 Rdn. 66.

<sup>692</sup> Bechlvianis, S. 220; Hommelhoff, ZHR 156, S. 298 f..

herrschende Gesellschaft nicht auf Schadensersatz nach § 317 AktG verklagt.<sup>693</sup> Zwar könnten die Minderheitsaktionäre nach § 317 IV AktG selbst die Rechte der abhängigen Gesellschaft einklagen, doch wie sollen sie die Veranlassung beweisen, wenn die rechtliche Beziehung nicht im Abhängigkeitsbericht steht? Daher ist die Beweiserleichterung der h.M. unerlässlich, um sowohl den Minderheitenschutz effektiv zu gewähren als auch der Gefahr des Leerlaufens der §§ 311, 317 AktG entgegenzutreten.

Folge der Veranlassung muß entweder ein Rechtsgeschäft oder eine Maßnahme der abhängigen Gesellschaft sein. Die Einteilung in Rechtsgeschäft und Maßnahme soll verdeutlichen, daß von § 311 AktG jegliche Form von (verdeckten) Ausschüttungen erfaßt sind, nämlich solche auf rechtsgeschäftlicher Grundlage sowie auch rein faktische.<sup>694</sup> Darüber hinaus ist diese Einteilung auch von praktischer Bedeutung. Die Auswirkungen einer Maßnahme auf die Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft lassen sich oft nicht berechnen, so daß ein Einzelausgleich nach § 311 II AktG auszuschneiden hat.<sup>695</sup>

Schließlich muß bei der abhängigen Gesellschaft ein Nachteil entstanden sein. Ein Nachteil ist jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit, soweit sie als Abhängigkeitsfolge eintritt.<sup>696</sup> Die alleinige Beeinträchtigung der Vermögenslage der abhängigen Gesellschaft genügt zur Nachteilsfeststellung aber nicht. Schutzzweck von § 311 AktG ist, diejenigen Nachteile zu erfassen, die in Folge von Weisungen der herrschenden Gesellschaft entstanden sind. Maßgebend ist somit, wie ein gewissenhafter und ordentlicher Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft entschieden hätte.<sup>697</sup> Ein Rechtsgeschäft oder eine Maßnahme ist daher nicht nachteilig, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft dieses Rechtsgeschäft oder diese Maßnahme vorgenommen hätte.<sup>698</sup> Anknüpfungspunkt hierfür ist § 317 II AktG, der – trotz seiner falschen Stellung im Gesetz – die Haftung nach § 311 AktG präzisiert.<sup>699</sup>

Lange Zeit war umstritten, auf welchen Zeitpunkt es für die Nachteilsfeststellung ankam. Nach Ansicht von Kellmann kam es auf eine ex post Betrachtung an.<sup>700</sup> Hiernach unterfallen auch Maßnahmen, die zunächst nach pflichtgemäßem Ermessen vorgenommen werden und dann später sich zufällig nachteilig für die Gesellschaft auswirken, dem Nachteilsbegriff. Diese Ansicht ist heute überholt. Es gilt eine ex ante Prognose.<sup>701</sup> Dies ist richtig, denn auch ein sorgfältiger Leiter kann nur diejenigen Informationen berücksichtigen, die ihm zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zur Verfügung stehen.

Grundsätzlich dient bei der Feststellung eines durch Rechtsgeschäft entstandenen Nachteils eine unabhängige Gesellschaft als Vergleichsmaßstab. Erforderlich ist im Kern ein objektives Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das durch Vergleich mit einem hypothetischen Drittgeschäft zu ermitteln ist.<sup>702</sup> Falls Marktpreise bestehen, sind sie ein wesentlicher Maßstab, ansonsten sind Hilfsrechnungen erforderlich, die sich möglichst eng an andere Marktpreise anschließen sollen. Bei sonstigen Maßnahmen, wie Aufgabe eines Teilmarkts

<sup>693</sup> Hommelhoff, ZHR 156, S. 301; Bechlivanis, S. 218.

<sup>694</sup> Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerungen, S. 168.

<sup>695</sup> Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 412 f.; Emmerich/Habersack-Habersack, § 311 Rdn. 57.

<sup>696</sup> BGH WM 99, S. 850 (851); KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 34 ff.; Münchener Handbuch/GesR-Krieger, § 69 Rdn. 70; MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 138.

<sup>697</sup> Bechlivanis, S. 203; KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 36.

<sup>698</sup> BGH NZG 99, S. 658 (660); OLG Stuttgart DB 00, S. 709 (711); KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 36; Hüffer, § 311 Rdn. 27; Münchener Handbuch/GesR-Krieger, § 69 Rdn. 68; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 118.

<sup>699</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 139 f.; ders. FS-Kastner, S. 287; Bechlivanis, S. 204.

<sup>700</sup> Kellman, ZGR 74, S. 220 (221 f.).

<sup>701</sup> Hüffer, § 311 Rdn 28; Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der jur. Person, S. 236 ff.; Luchterhandt, ZHR 133, S. 1 (15 ff.); Großkomm.-Würdinger, § 311 Rdn. 6.

<sup>702</sup> Hüffer, § 311 Rdn. 30.



oder Bereitstellung von Vermögensgegenständen, ist darauf abzustellen, ob der Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft unter Beachtung des Pflichtenstandards des § 93 AktG vergleichbar entschieden hätte.<sup>703</sup> Da sich die rechnerischen Auswirkungen von Maßnahmen anders als Rechtsgeschäfte kaum präzisieren lassen, besteht ein breites Feld nicht sorgfaltswidriger Verhaltensweisen. Bei einer Maßnahme liegt ein Nachteil erst dann vor, wenn sie kaufmännisch unvertretbar ist. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Übernahme eines Risikos, das zum Bankrott führen kann, oder bei Maßnahmen, die mit unübersehbaren Risiken ohne die Chance auf entsprechend hohe Gewinne verbunden sind.<sup>704</sup>

An dieser Stelle sollen noch ein paar Einzelfälle dargestellt werden, die von besonderer Relevanz sind. Zum einen die konzerninternen Darlehen. Hierunter sind Kredite zu verstehen, die zentral durch die Muttergesellschaft aufgenommen und an die Untergesellschaften weitergeleitet werden. Hier können sich Vorteile für den Kreditgeber bei der Kreditprüfung, Kreditverwaltung und Kreditbesicherung ergeben. Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft muß in diesem Fall auf eine angemessene Verzinsung achten. Als Darlehensgeber wird er zudem in Fällen nicht ganz eindeutiger Bonität auf Sicherungen bestehen müssen.<sup>705</sup>

Noch wichtiger ist der Fall des sog. Cash Managements.<sup>706</sup> Es zielt darauf ab, die Liquidität der Konzerngesellschaften zentral zu steuern mit dem Ziel, Soll- und Habenpositionen der einzelnen Konzerngesellschaften innerhalb des Konzerns auszugleichen und auf diese Weise die Fremdverbindlichkeiten zu reduzieren. Das Problem dabei liegt darin, daß die Tochter auf den unmittelbaren Zugriff auf die eigene Liquidität verzichtet und sich der Liquiditätssteuerung durch die Konzernleitung unterwirft.<sup>707</sup> Die Gefahr liegt darin, daß, wenn die Muttergesellschaft in die Krise gerät, die abhängigen Gesellschaften ihr gesamtes Kapital verlieren können. Aufgrund dieser immensen Gefahr ist das Cash Management nur dann zulässig, wenn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft genau die sich hieraus für seine Gesellschaft ergebenden Risiken prüft. Sind diese nicht zu entschärfen – beispielsweise durch Bestellung von Sicherheiten – ist das Cash Management unzulässig.<sup>708</sup> Ferner muß der Vorstand prüfen, ob der Verbund auch im Interesse seiner Gesellschaft liegt. Dies ist nicht der Fall, wenn die abhängige Gesellschaft über mehr Liquidität verfügt als die herrschende. Auch hat er zu untersuchen, ob seine Geldmittel bei den Konzernunternehmen weniger sicher sind als bei einer Bank. Schließlich muß vertraglich vereinbart werden, daß seine Gesellschaft im Bedarfsfall Anspruch auf die für ihre Entwicklung und jedenfalls zur Sicherung ihrer Existenz notwendige Liquidität erhält.<sup>709</sup>

Letztlich noch die Konzernumlagen. Diese spielen in der Konzernpraxis eine erhebliche Rolle. Ausgangspunkt ist wiederum die Frage, was ein gewissenhafter Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft getan hätte. Außerdem wird zwischen Assistenz-, Management-, und Kontrolleleistungen unterschieden.<sup>710</sup> Für Managementleistungen (Eingriffe der Konzernspitze in den Entscheidungsprozeß der Gesellschaft) und Kontrolleleistungen (Konzernrevision und anderen Überwachungstätigkeiten des herrschenden Unternehmens) dürfen mangels Ausgleich überhaupt keine Umlagen erhoben werden. Anders bei Assistenzleistungen, also Leistungen, die auch von einem konzernfremden Dritten erbracht werden könnten. Meist sind dies Serviceleistungen in Form von Beratung. Grundsätzlich gilt, daß die Höhe der Umlage den von

<sup>703</sup> KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 72.

<sup>704</sup> Emerich/Habersack, § 311 Rdn. 57; KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 73-74; MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 178.

<sup>705</sup> OLG Hamm AG 95, S. 512 (515).

<sup>706</sup> Vgl. hierzu auch das Bremer Vulkan Urteil, BGHZ 149, S. 10 ff..

<sup>707</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 185.

<sup>708</sup> Münchener Handbuch/GesR-Krieger, § 69 Rdn. 53 ff.; Lutter/Scheffler/Schneider-Scheider, S 817 ff..

<sup>709</sup> Vgl. zu alledem MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 186-189.

<sup>710</sup> KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 84.

Dritten in Rechnung gestellten Leistungspreis nicht überschreiten darf.<sup>711</sup> Ein Sonderfall der Umlagen sind die Steuerumlagen. Diese werden erhoben, wenn der Organträger im Rahmen körperschafts- oder gewerbsteuerlicher Organschaft primärer Steuerschuldner ist. Bei Steuerumlagen hat der BGH entschieden, daß Umlagen, die höher liegen als die tatsächlichen steuerlichen Aufwendungen des Organträgers, als verdeckte Einlagenrückgewähr und somit als Nachteil aufzufassen sind.<sup>712</sup>

Rechtsfolge von § 311 I AktG ist, daß das herrschende Unternehmen von dem Nachteilsverbot freigestellt ist, wenn es dem abhängigen Unternehmen die Nachteile ausgleicht.<sup>713</sup> Die Höhe des Ausgleichs richtet sich nach der Höhe des Nachteils.<sup>714</sup>

## **(2) Nachteilsausgleichsanspruch nach § 311 II AktG**

Betrachtet man allein den Wortlaut von § 311 AktG, so könnte man den Schluß ziehen, daß § 311 I AktG bloß das Nachteilszufügungsverbot begründet und der Ausgleichsanspruch allein aus § 311 II AktG folgt. Dieser Schluß wäre falsch. § 311 II AktG ergänzt lediglich § 311 I AktG. Zum einen legt die Norm fest, daß Nachteile nicht sofort ausgeglichen werden müssen, indem auf das Ende des Geschäftsjahres abgestellt wird. Zum anderen regelt sie Art und Weise der Ausgleichsgewährung.

Möglich sind entweder ein tatsächlicher Ausgleich oder ein Ausgleich durch Begründung eines Rechtsanspruches. Die Begründung eines Rechtsanspruches setzt einen Vertrag voraus, einseitige Erklärungen des herrschenden Unternehmens genügen nicht.<sup>715</sup>

## **(3) Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG**

Der Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG knüpft an § 311 AktG an. Voraussetzung ist die volle Verwirklichung des § 311 AktG und noch dazu, daß der Nachteilsausgleich weder tatsächlich noch durch Begründung eines Rechtsanspruches erfolgt ist.<sup>716</sup> Umstritten ist, ob Vorsatz beim Veranlassenden erforderlich ist.<sup>717</sup> Das ist abzulehnen, weil es bereits im Rahmen des § 311 II AktG auf ein Veranlassungsbewußtsein nicht ankommt.<sup>718</sup>

Ferner muß der abhängigen Gesellschaft aufgrund der kompensationslosen Nachteilszufügung ein Schaden entstanden sein. Bei der Schadensfeststellung gilt eine ex post Betrachtung.<sup>719</sup>

Dies bedeutet, daß der Schaden den entstandenen Nachteil übersteigen kann, wenn die ohnehin nachteilige Veranlassung durch spätere Faktoren noch verstärkt worden ist. Fraglich ist, ob ein Schaden gegeben ist, wenn die Vermögenseinbuße aufgrund günstiger Faktoren hinter dem ursprünglich gegebenen Nachteil zurückbleibt. Bechlivanis will in diesem Fall keinen Schaden annehmen.<sup>720</sup> Nach Bechlivanis ist Haftungsgrund von § 317 AktG das Unterlassen des Nachteilsausgleichs. Er begründet dies mit dem Wortlaut der §§ 311, 317 AktG. Falls durch günstige Faktoren der Nachteil völlig ausgeglichen worden ist – z.B. das anfangs über Wert gekaufte Grundstück steigert seinen Wert – steht der abhängigen Gesellschaft kein Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG zu. Dem kann im Einklang mit der herrschenden Meinung nicht gefolgt werden. Diese vertritt, daß, falls der Schaden hinter dem Nachteil zurückbleibt, der Nachteil zwingend den Mindestschaden ausmacht – oder anders ausgedrückt,

<sup>711</sup> KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 85.

<sup>712</sup> BGHZ 141, S. 79 (86); BGHZ 120, S. 50 (59).

<sup>713</sup> Hüffer, § 311 Rdn. 37.

<sup>714</sup> KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 106.

<sup>715</sup> Hüffer, § 311 Rdn. 46.

<sup>716</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 12; KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 9.

<sup>717</sup> Dafür: MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 25; Brüggemeier, AG 88, S. 93 (100); Großkomm.-Würdinger, § 317 Rdn. 5; h.M. dagegen: Hüffer, § 317 Rdn. 5; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, S. 434.

<sup>718</sup> Hüffer, § 317 Rdn. 5.

<sup>719</sup> Vgl. KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 21.

<sup>720</sup> Bechlivanis, S. 271, vgl. aber auch die diesbezügliche Untersuchung S. 256 ff..

der Schaden ist mindestens so hoch wie der entstandene Nachteil.<sup>721</sup> Dies folgt aus dem normativen Schadensbegriff. Hiernach ist der Schädiger nicht aufgrund der bei dem Geschädigten eingetretenen Faktoren zu privilegieren.

Rechtsfolge von § 317 AktG ist Schadensersatz in Form der Naturalrestitution nach den §§ 249 ff. BGB, demnach sind Vermögensschäden in Geld zu ersetzen, sowie nachteilige Verträge rückabzuwickeln.<sup>722</sup> Nach § 317 I 2 AktG sind auch etwaige Schäden der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft ersatzfähig. Neben Ersatz- gewährt § 317 AktG auch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.<sup>723</sup> Danach kann die abhängige Gesellschaft von der herrschenden verlangen, rechtswidrige nachteilige Einflußnahmen zu unterlassen und entsprechende fortdauernde Beeinträchtigung zu beseitigen.

Falls der Anspruch besteht, ist die Möglichkeit des Haftungsausschlusses nach § 317 II AktG gegeben. Hiernach haftet das herrschende Unternehmen nicht, wenn die Maßnahme oder das Rechtsgeschäft auch vom Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft ergriffen oder unterlassen worden wäre.

Gläubiger des Anspruchs ist grundsätzlich die abhängige Gesellschaft. Allerdings kann aus verschiedenen Gründen nicht immer davon ausgegangen werden, daß die Gesellschaft den Anspruch durchsetzt.<sup>724</sup> Zum einen wegen der Einflußnahmemöglichkeiten der herrschenden Gesellschaften im Unternehmensverband<sup>725</sup> und zum anderen, falls der Vorstand selbst ersatzpflichtig ist. Denn durch die Geltendmachung des § 317 AktG würde er die Grundlage für eine eigene Haftung nach §§ 318, 93 AktG liefern. Ferner gilt Entsprechendes für den Aufsichtsrat, der überwachen muß, ob der Vorstand die Ansprüche der abhängigen gegen die herrschende Gesellschaft durchsetzt. Jedoch wird der Aufsichtsrat, abgesehen von den Aufsichtsratsvertretern der Arbeitnehmer, von der herrschenden Gesellschaft besetzt, so daß auch er nichts unternehmen wird. Auch das Klageerzwingungsverfahren nach § 147 AktG vermag dieses Problem nicht zu lösen, denn § 147 AktG ist nicht auf die konzernrechtlichen Ersatzansprüche anwendbar.<sup>726</sup> Begründet wird dies damit, daß § 147 AktG die konzernrechtlichen Ersatzansprüche nicht nennt.

§ 317 IV AktG berechtigt aber neben der Gesellschaft auch die Aktionäre, den Anspruch der abhängigen Gesellschaft geltend zu machen. Die Aktionäre sind daher in Bezug auf den Anspruch der abhängigen Gesellschaft selbst aktiv legitimiert. Es kommt dabei nicht auf den Zeitpunkt des Erwerbs der Aktionärsposition an.<sup>727</sup> Die Aktionäre können selbstverständlich auch ihre eigenen Schäden selbst geltend machen. Schließlich sind nach § 317 IV iVm § 309 IV AktG auch die Gläubiger für den Anspruch der abhängigen Gesellschaft aktiv legitimiert, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können.<sup>728</sup>

### **ccc) Schwächen der gesetzlichen Konzeption des Vermögensschutzes**

Auch für die einfach faktisch konzernierte AG müssen die Vermögensbindungsvorschriften auf Schwächen untersucht werden. Falls es Sachverhalte gibt, die vom Gesetz nicht erfaßt werden, liegt eine Regelungslücke vor.

<sup>721</sup> Hüffer, § 317 Rdn. 7; MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 32; Beuthien, DB 69, S. 1781 (1783).

<sup>722</sup> KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 20; Zöllner, FS-Kropff, S. 333 (345).

<sup>723</sup> Hüffer, § 317 Rdn. 10.

<sup>724</sup> KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 35; MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 46; vgl. zu einer einschlägigen Pflicht der Geltendmachung, BGHZ 135, S. 244 (252).

<sup>725</sup> S.o. III A b aa bbb (1).

<sup>726</sup> Hüffer, § 317 Rdn. 16; KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 35; a.A. MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 61.

<sup>727</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 48; Lutter, FS-Steindorff, S. 125 (149).

<sup>728</sup> Möhring, FS-Schilling, S. 253 (267).

### **(1) Nachteilszufügungsverbot nach § 311 I AktG**

Die Gefahr, die bei verbundenen Unternehmen besteht, ergibt sich aus der Verbundenheit selbst. Es wurde bereits dargestellt, daß die Vertreter des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat des abhängigen sind und der Vorstand der abhängigen Gesellschaft, weil er wiedergewählt werden will, es u.U. unterläßt, Ersatz für den Nachteil oder Schadenersatz von dem herrschenden Unternehmen zu fordern.<sup>729</sup>

Aufgrund dieser Verbundenheit reicht der Schutz von § 311 I AktG nicht aus, um alle Verhaltensweisen, die zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft gelangen, zu erfassen. Bei bundinternen Rechtsgeschäften ist ein Drittvergleich oftmals schwierig. Daher haben die beteiligten Unternehmen einen gewissen Spielraum bei der Entscheidung, was angemessen ist.<sup>730</sup> Dieser Spielraum wird bisweilen zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft genutzt. Bei anderen Maßnahmen der Geschäftsführung ist die Rechtslage noch schwieriger, da ein Vergleich ihrer wirtschaftlichen Auswirkung mit einer Gegenleistung nicht möglich ist.<sup>731</sup> Ein Verstoß besteht nur dann, wenn die Maßnahme kaufmännisch unvertretbar ist.

Ferner kann niemand den Vorstand einer abhängigen Gesellschaft zwingen, die wahren Gründe für eine Maßnahme im Abhängigkeitsbericht anzugeben.

Am schwersten aber wiegt der Umstand, daß § 311 AktG der Gesellschaft keinen gerichtlich durchsetzbaren Ausgleichsanspruch gewährt.<sup>732</sup> Allein gerichtlich durchsetzbar ist der Ersatzanspruch der Gesellschaft aus § 317 AktG. Hierbei handelt es sich jedoch um einen Schadenersatzanspruch und keinen Rückerstattungsanspruch wie z.B. § 62 AktG. Die damit verbundenen Probleme werden gleich im Rahmen des § 317 AktG diskutiert. Da § 311 AktG keinen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch gewährt, kann er auch keinen effektiven Schutz vor nachteiligen Eingriffen begründen.

### **(2) Nachteilsausgleichsanspruch nach § 311 II AktG**

Wie bereits erwähnt, ist der Anspruch aus § 311 AktG nicht gerichtlich durchsetzbar. Hierfür bestehen zwei Gründe. Erstens, nach Ende des Geschäftsjahrs tritt an die Stelle der Ausgleichspflicht die Schadenersatzhaftung nach § 317 AktG. Es mangelt somit an dem praktischen Interesse der abhängigen Gesellschaft, einen Ausgleichsanspruch durchzusetzen, denn der Rechtsstreit wäre höchst wahrscheinlich nicht innerhalb eines Jahres abgeschlossen.<sup>733</sup>

Zweitens, die gerichtliche Durchsetzung eines Ausgleichsanspruchs der abhängigen Gesellschaft scheidet an dem in § 253 II ZPO statuierten Bestimmtheiterfordernis. Dies folgt daraus, daß die Gesellschaft die Art und Höhe der Ausgleichsleistung nicht angeben kann, denn diese ist vor dem Ende des Geschäftsjahres nicht fällig und die Bestimmung der Ausgleichszahlung kann nicht einseitig durch die abhängige Gesellschaft erfolgen.<sup>734</sup>

Der Anspruch aus § 311 II AktG vermag somit keinen Schutz zu gewähren, da er im Ernstfall nicht gerichtlich durchsetzbar ist.

### **(3) Schadenersatzanspruch nach § 317 AktG**

Aus den Darstellungen über den "Widerwillen" des Vorstands des abhängigen Unternehmens, den Anspruch aus § 317 AktG durchzusetzen,<sup>735</sup> sowie den oft unvollständigen Abhängigkeitsberichten<sup>736</sup> ergibt sich, daß bereits die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs nach

<sup>729</sup> Siehe oben III A b aa bbb.

<sup>730</sup> KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 90.

<sup>731</sup> KK-Koppensteiner, § 311 Rdn. 90.

<sup>732</sup> MüKo/AktG-Kropff, § 311 Rdn. 263; Hüffer, § 311 Rdn. 38; Emmerich/Habersack-Habersack, § 311 Rdn. 75; Möhring, FS-Schilling, S. 253 (265); Kellmann, BB 69, S. 1509 (1512).

<sup>733</sup> Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Kropff, § 311 Rdn. 156; Luchterhandt, ZHR 133, S. 38.

<sup>734</sup> Möhring, FS-Schilling, S. 253 (265); Ihde, Der faktische GmbH-Konzern, S. 75.

<sup>735</sup> Siehe oben, III A b aa ccc.

<sup>736</sup> Siehe oben, III A b aa ccc.

§ 317 AktG mit großen Ungewißheiten verbunden ist. Denn falls Vorstand und Aufsichtsrat sich weigern, den Anspruch gerichtlich geltend zu machen, kann die gerichtliche Geltendmachung nur durch die Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger erfolgen. Diese haben dann das Problem, die Nachteilszufügung zu beweisen. Dies ist aber oft schwierig, insbesondere, wenn der Abhängigkeitsbericht unvollständig ist. Denn dieser ist die Hauptinformationsquelle der Gesellschaftsgläubiger und Aktionäre.<sup>737</sup> Das Beweisproblem ist der Hauptschwachpunkt des § 317 AktG und es besteht sowohl auf der Tatbestandsebene als auch innerhalb der Rechtsfolge.

Auf Tatbestandsebene können sich insbesondere dann Beweisprobleme ergeben, wenn das herrschende Unternehmen das abhängige in ein zentrales Cash Management eingliedert, an dessen Zulässigkeit Bedenken bestehen, die der Vorstand der abhängigen Gesellschaft „übersieht“ oder Produktionszweige auf das herrschende Unternehmen übertragen/eingestellt werden,<sup>738</sup> und die Organe der abhängigen Gesellschaft nicht dagegen vorgehen. Kommt noch hinzu, daß der Eingriff erst nach längerer Zeit von den Aktionären/Gläubigern bemerkt wird, dann werden die Gläubiger und Aktionäre wegen der Beweisprobleme kaum Ansprüche durchsetzen können.

Innerhalb der Rechtsfolge stellt sich ebenfalls das Beweisproblem. Es bestehen in bestimmten Fällen solche Schwierigkeiten in der Berechnung der Schadenshöhe, daß in Frage gestellt wird, ob Schadensersatz sowie Unterlassung und Beseitigung überhaupt ihrer Natur nach taugliche Anspruchsziele für die abhängige Gesellschaft und ihre Gläubiger und Aktionäre sind.

Die Berechnung des Schadens knüpft an den Nachteil an, da der entstandene Nachteil den Mindestschaden ausmacht.<sup>739</sup> Wie unter bbb dargestellt, ist die Nachteilsbemessung oft schwierig. Der Nachteil wird festgesetzt, indem gefragt wird, wie die Vermögens- und Ertragslage einer unabhängigen Vergleichsgesellschaft ausgesehen hätte. Eine exakte Bestimmung wird aber dann schwer möglich sein, wenn das schadensbegründende Ereignis weit zurückliegt oder wenn viele einzeln schwer erfaßbare Nachteilszufügungen mit komplexen wechselseitigen Auswirkungen vorliegen.<sup>740</sup>

Wegen dieser Schwierigkeiten wird teilweise vertreten, daß wenn die Gesellschaft vor Eintritt des haftungsbegründenden Tatbestandes Jahresüberschüsse erzielt hat und nicht damit zu rechnen ist, daß bei Erhaltung des status quo sich dies geändert hätte, der Jahresüberschuß als Mindestschaden anzusehen ist.<sup>741</sup> Diese Pauschalierung des Schadens wird von der überwiegenden Ansicht aber zu recht abgelehnt.<sup>742</sup> Es verbietet sich, falls man den Schaden nicht genau berechnen kann, einen pauschalen Betrag als Mindestschaden anzusetzen.

Vielmehr muß dann eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO erfolgen.<sup>743</sup> Dann muß der Kläger dem Richter immer noch Tatsachen liefern, die die Schadensschätzung gestatten.<sup>744</sup> Dies ist zwar der einzig zulässige Weg, aber auch dieser ist mit für den Kläger erheblichen Beweisproblemen verbunden.<sup>745</sup>

<sup>737</sup> Hüffer, § 312 Rdn. 1.

<sup>738</sup> Man kann an dieser Stelle sämtliche Fälle des existenzvernichtenden Eingriffs einsetzen.

<sup>739</sup> Siehe oben, III A b aa bbb.

<sup>740</sup> KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 21; MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 28.

<sup>741</sup> Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerungen, S. 177; Bälz, AG 92, S. 277 (292); Kropff, AG 93, S. 485 (494).

<sup>742</sup> Emmerich/Habersack-Habersack, § 317 Rdn. 16; Hüffer, § 317 Rdn. 9; MüKo/AktG-Kropff, § 317 Rdn. 29 ff.; Seydel, S. 250; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 510 ff.; Stodolwitz, ZIP 92, S. 1517 (1521).

<sup>743</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402 (412-3).

<sup>744</sup> KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 24.

<sup>745</sup> Weigl, S. 40 ff.; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 510 ff..

An die Schadensschätzung knüpfen aber die gleichen nachteiligen Überlegungen an wie an anderer Stelle<sup>746</sup> dargestellt. Die Schadensschätzung ist schwammig, so daß ungeachtet der ohnehin bestehenden Beweisschwierigkeiten bereits deswegen nicht damit zu rechnen ist, daß der komplette tatsächlich der abhängigen Gesellschaft entstandene Schaden ausgeglichen wird. Dies zeigt sich bereits daran, daß eine Minderansicht den Jahresverlust als Mindestschaden ansetzen will und selbst zugeben muß, dies sei zwar wenig für die Gläubiger und Minderheitsgesellschafter, aber besser als nichts.<sup>747</sup> Die Rechtsfolge von § 317 AktG – Schadenersatz – bringt somit viele Schwierigkeiten mit sich.

Hieran knüpft die Frage an, ob eine Schadenersatzhaftung des herrschenden Unternehmens gegenüber der einfach faktisch konzernierten AG aus Gläubigersicht überhaupt die richtige Haftung sein kann. Dies ist bereits deshalb äußerst zweifelhaft, weil, auch wenn der Gläubiger der faktisch konzernierten AG selbst klagen kann, er nur Ersatz an die faktisch konzernierte AG von dem herrschenden Unternehmen verlangen kann, da der Anspruch nach § 317 AktG nur der abhängigen Gesellschaft zusteht. Der Gläubiger muß somit die Lage der Gesellschaft verbessern, um selbst Befriedigung zu erlangen, womit er letztlich seine Position nicht besonders verbessert, weil auf das Gesellschaftsvermögen alle Gläubiger der einfach faktisch konzernierten AG, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem Eingriff Gläubiger der AG waren, Zugriff nehmen können. Hinzutreten die Beweisschwierigkeiten bei Schadenersatzansprüchen und die Schwere der Schadensberechnung.

Insgesamt läßt sich daher festhalten, daß die Schadenersatzhaftung nach § 317 AktG nicht hinreichend vor existenzvernichtenden Eingriffen zu schützen vermag. Insbesondere die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung und die Ungenauigkeit der Rechtsfolge führen dazu, daß die Gefahr für die Gläubiger der Gesellschaft besteht, leer auszugehen oder nur einen geringen Ausgleich zu erhalten.

### **ddd) Ergebnis**

Als Ergebnis der Untersuchung über die Zulässigkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die faktisch konzernierte AG bleibt festzuhalten, daß auch hinsichtlich der faktisch konzernierten AG eine Regelungslücke im AktG besteht, da kein ausreichender gesetzlicher Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen besteht. Die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung ist folglich zulässig. Somit ist im folgendem herauszufinden, ob eine Übertragung auch möglich ist.

### **bb) Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung**

Bereits für die unabhängige AG wurde herausgearbeitet, daß ein Vergleich zu anderen Durchgriffstatbeständen für die Übertragung nicht weiterhilft.<sup>748</sup> Es wurde auch festgestellt, daß die Existenzvernichtungshaftung eine Haftungsfigur ist, die allgemein für Kapitalgesellschaften gelten kann und daß die Haftung mit den Regeln der AG allgemein vereinbar ist.<sup>749</sup> Diese Ergebnisse gelten auch für die einfach faktisch konzernierte AG, da es sich um allgemeine Grundsätze handelt, die für alle AG-Formen gelten. Es ergibt sich aus den §§ 311 ff. AktG auch keine besondere Wertung, die den oben herausgearbeiteten<sup>750</sup> Ergebnissen zuwiderläuft und deren Geltung beeinträchtigen könnte. Somit ist an dieser Stelle allein die Planwidrigkeit der festgestellten Regelungslücke festzustellen.

<sup>746</sup> Siehe oben, II C 5.

<sup>747</sup> KK-Koppensteiner, § 317 Rdn. 23.

<sup>748</sup> Siehe oben, III A a bb bbb.

<sup>749</sup> Siehe oben, III A a bb ccc.

<sup>750</sup> Siehe oben, III A a bb.

### Planwidrigkeit der Regelungslücke

Ob eine Regelungslücke planwidrig ist, ist anhand einer Gesamtschau der das betreffende Rechtsgebiet regelnden Normen und deren Intention zu ermitteln.<sup>751</sup> Es ist somit zu fragen, ob es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, den Gläubigern im Falle eines existenzvernichtenden Eingriffs keinen Anspruch gegen die Aktionäre wegen Existenzvernichtung zuzusprechen.

Bereits oben wurde dargelegt, daß aus dem Verbot der kalten Liquidation folgt, daß es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, existenzvernichtende Eingriffe von einer Haftung herauszunehmen – die festgestellte Regelungslücke deswegen planwidrig ist.<sup>752</sup> Ob dies aber auch für die einfach faktisch konzernierte AG auf diese Weise gelten kann, ist fraglich, da die §§ 311 ff. AktG Regelungen über den Mißbrauch der Leitungsmacht enthalten. Möglicherweise sind diese Normen abschließend.

#### (1) Abschließende Regelung durch die §§ 311 ff. AktG

Es stellt sich die Frage, ob die §§ 311 ff. AktG eine abschließende Regelung darstellen, mithin der Gesetzgeber keinen anderweitigen Schutz gegen Mißbrauch von Leitungsmacht in der einfach faktisch konzernierten AG gewollt hat.

Für eine solche Sichtweise spricht, daß dem Gesetzgeber die hier zur Diskussion stehenden Sachverhalte bekannt waren und er den Mißbrauch von Leitungsmacht in der faktisch konzernierten AG dennoch nur in Form der §§ 311 ff. AktG regelte.<sup>753</sup> Es ist aber zu bedenken, daß das Konzernrecht zum Schutz der Gläubiger und der Minderheiten konzipiert wurde.<sup>754</sup> Wie festgestellt, ist das Konzernrecht aber lückenhaft, es bietet keinen umfassenden Schutz der Gläubiger und Minderheiten vor nachteiligen Eingriffen des herrschenden Unternehmens in das abhängige.<sup>755</sup> Somit steht die tatsächliche Rechtslage zur Intention des Gesetzes in Widerspruch. Dies zeigt, daß die Planwidrigkeit der Lücke nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Es ist vielmehr zu fragen, ob ein aktienrechtlicher Lückenfüller zur Verfügung steht. Dies ist aber für die faktisch konzernierte AG nicht der Fall, da die §§ 302 ff. AktG auf die einfach faktisch konzernierte AG keine Anwendung finden.

Für die Planwidrigkeit der Lücke spricht die verallgemeinerungsfähige Begründung des BGH zur Existenzvernichtungshaftung.<sup>756</sup> Man kann aus der für alle Kapitalgesellschaften geltenden Begründung folgern, daß der BGH die Haftungslücke in anderen Kapitalgesellschaften als der GmbH sah und durch die allgemeine Formulierung bereits den Weg für eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung eröffnen wollte. Dies würde dafür sprechen, daß die etwaigen Lücken in den anderen Gesetzen über die Kapitalgesellschaften – somit auch das AktG – ebenfalls nicht gewollt und damit planwidrig sind. Ferner spricht für die Planwidrigkeit der Lücke, daß die §§ 311 ff. AktG zu anderen Normen des AktG zwar *lex specialis* sind,<sup>757</sup> allgemeine Wertungen aber nicht generell verdrängen. Mit diesen allgemeinen Wertungen ist die Existenzvernichtungshaftung nicht nur vereinbar, sie sind auch der rechtliche Grund für die Übertragbarkeit der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs auf die unabhängige AG.<sup>758</sup> Behält man dies im Hinterkopf und vergegenwärtigt man sich zudem, daß der Nachteil bei den hier zur Diskussion stehenden Sachverhalten von den §§ 311 ff.

<sup>751</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 385 ff.; Wilhelmi, DZWIR 03, S. 45 (54).

<sup>752</sup> Siehe oben, III A a bb ccc.

<sup>753</sup> Siehe oben, III A b aa.

<sup>753</sup> Siehe oben, III A b aa.

<sup>754</sup> KK-Koppensteiner, Vorb. § 311 Rdn. 9 ff.; Hüffer, § 311 Rdn. 1; Kropff, Aktiengesetz, S. 407.

<sup>755</sup> Siehe oben, III A b aa ccc.

<sup>756</sup> BGHZ 151, S. 181.

<sup>757</sup> KK-Koppensteiner, Anh. § 318 Rdn. 74.

<sup>758</sup> Siehe oben, III A a bb, ccc.

AktG nicht kompensiert werden kann, dann kommt man, falls man die Existenzvernichtungshaftung neben den §§ 311 ff. für unanwendbar hält, zu folgendem Ergebnis:

Die Lage der Gläubiger und Minderheiten hätte sich mit Einführung der §§ 311 ff. AktG "verschlechtert", da diese die Existenzvernichtungshaftung verdrängen. Dies widerspricht aber dem eigentlichen Schutzzweck der Vorschriften, die einen höheren Schutz der Gläubiger und Minderheiten bezwecken. Bereits dies spricht entscheidend für eine Planwidrigkeit der Regelungslücke und eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung neben den §§ 311 ff. AktG.

Dieses Verständnis wird dadurch verstärkt, daß ansonsten Abhängigkeit von einem Nichtunternehmer strengere Rechtsfolgen mit sich brächte, als Abhängigkeit von einem Unternehmer. Da die § 311 ff. AktG aber gerade vor Abhängigkeit vom Unternehmer schützen wollen, führt die Nichtanwendung der Existenzvernichtungshaftung zu einer weiteren Ungereimtheit, die nicht mit dem Schutzzweck der Vorschriften vereinbar ist.

Letztlich ist für eine Anwendbarkeit der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs vorzubringen, daß die Regeln der §§ 311 ff. AktG der abhängigen Gesellschaft einen Anspruch gegen das herrschende Unternehmen gewähren, während die Existenzvernichtungshaftung den Gläubigern einen eigenen Anspruch zuspricht. Daher kann man sogar von Spezialität der Existenzvernichtungshaftung zu den §§ 311 ff. AktG sprechen.<sup>759</sup>

Folglich ist aufgrund der Diskrepanz zwischen dem Schutzzweck der §§ 311 ff. AktG und der tatsächlichen Lage sowie der ansonst eintretenden Widersprüche bei Nichtanwendung der Existenzvernichtungshaftung die Regelungslücke planwidrig. Die §§ 311 ff. AktG vermögen die Existenzvernichtungshaftung nicht zu verdrängen.

## **(2) Ergebnis**

Auch bei der einfach faktisch konzernierten AG besteht somit aufgrund der planwidrigen Regelungslücke die Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke folgt aus dem Schutzzweck der §§ 311 ff. AktG. Diese wollen die Gläubiger und Minderheiten schützen. Aufgrund dessen ist die Existenzvernichtungshaftung neben den §§ 311 ff. AktG anwendbar, falls diese keinen Ausgleich ermöglichen.

### **cc) Ausschluß der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung wegen Besonderheiten der Gesellschaftsform**

Schließlich bleibt zu untersuchen, ob Besonderheiten der Gesellschaftsform der einfach faktisch konzernierten AG der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung entgegenstehen. Es ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zur unabhängigen AG.<sup>760</sup>

Auch in der einfach faktisch konzernierten AG reichen die Schutzvorschriften der §§ 311 ff. AktG nicht aus, um Gläubiger und Minderheiten effektiv zu schützen. Gerade bei verbundenen Unternehmen ist aber ein besonderer Gläubigerschutz erforderlich. Bereits in den Materialien zum AktG stand die besondere, von einem herrschenden Unternehmen für das abhängige ausgehende Gefahr im Vordergrund.<sup>761</sup> Als Beispiel für diese besondere Gefahr sei ein zentrales Cash-Management ohne ausreichende Besicherung genannt, wodurch die abhängige AG bei einer Krise des herrschenden Unternehmens ihr gesamtes Kapital verlieren kann. Ein derartiger Sachverhalt lag dem Bremer Vulkan Urteil zugrunde.<sup>762</sup> Auch wenn dort eine GmbH geschädigt worden ist, hätte dies genauso eine AG treffen können. Ein derart unzureichender Schutz ist aber nicht hinnehmbar, auch deshalb nicht, weil durch die Existenzvernichtungshaftung das Schutzniveau in der GmbH erhöht worden ist. Das Schutzniveau in der

<sup>759</sup> Lutter, Holdinghandbuch, S. 307.

<sup>760</sup> Siehe oben, III A a cc.

<sup>761</sup> Kropff, Aktiengesetz, S. 41 f.; Bechlivanis, S. 180.

<sup>762</sup> BGHZ 149, S. 10.



einfach faktisch konzernierten AG darf dem in der GmbH und dem in der unabhängigen AG nicht nachstehen.

#### **dd) Ergebnis für die einfach faktisch konzernierte AG**

Folglich ist die Existenzvernichtungshaftung auch auf die einfach faktisch konzernierte AG übertragbar. Dies folgt aus der ebenfalls vorhandenen Regelungslücke im Gesetz, der Planwidrigkeit der Regelungslücke und der Tatsache, daß keine Gründe einer Übertragung entgegenstehen. Es sprechen aber gute Gründe für eine Übertragung, insbesondere das sich durch eine Übertragung ergebende einheitliche Schutzniveau in AG und GmbH.

#### **c) Endergebnis für die AG**

Als Ergebnis für die Aktiengesellschaft ist festzuhalten, daß die Existenzvernichtungshaftung sowohl auf die unabhängige als auch die einfach faktisch konzernierte AG übertragbar ist. Die gesetzlichen Schutzvorschriften sind für einen ausreichenden Gläubiger- und Minderheitenschutz vor existenzvernichtenden Eingriffen unzureichend, so daß eine Lücke im Gesetz besteht. Da die Existenzvernichtungshaftung nicht gegen Wertungen des AktG verstößt und die Lücke auch planwidrig ist, weil der Gesetzgeber gerade nicht wollte, daß die Aktionäre die Gesellschaft durch existenzvernichtende Eingriffe beenden können, ist die Übertragung auf die AG möglich. Letztlich finden sich auch keine besonderen in der Gesellschaftsform der AG liegenden Umstände, die einer Übertragung entgegenstehen. Aufgrund des wünschenswerten einheitlichen Schutzniveaus in AG und GmbH sowie des systematischen Arguments der einheitlichen rechtlichen Haftung in AG und GmbH ist die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige sowie einfach faktisch konzernierte AG zu begründen.

## **B) Der rechtsfähige Verein**

Nachdem die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige sowie einfach faktisch konzernierte AG untersucht und bejaht worden ist, soll die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf eine weitere Körperschaft, den rechtsfähigen Verein, untersucht werden. Hierzu bedarf es zunächst einer Definition des rechtsfähigen Vereins, dann soll nach dem bereits bei den AG-Formen angewandtem Schema die Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung geprüft werden.

### **aa) Definition des rechtsfähigen Vereins**

Ein Verein ist ein auf Dauer angelegter körperschaftlich organisierter Zusammenschluß von Personen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen.<sup>763</sup> Die körperschaftliche Organisation zeigt sich an einem Gesamtnamen, an der Vertretung durch einen Vorstand und an der Unabhängigkeit des Vereins von der Identität der Mitglieder.<sup>764</sup> Die Definition des Vereins ist aber nur dann von besonderer Bedeutung, wenn es sich nicht um einen eingetragenen Verein handelt. Dann muß anhand dieser Definition der nichtrechtsfähige Verein von der BGB-Gesellschaft abgegrenzt werden. Dies ist mitunter äußerst kompliziert.

Für den von uns zu untersuchenden rechtsfähigen Verein kommt es nicht auf die Definition des Vereins an, da dieser durch die Eintragung ins Vereinsregister zum rechtsfähigen Verein wird.

### **bb) Zulässigkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung**

Nachdem der rechtsfähige e.V. definiert worden ist, wird nun der Frage der Zulässigkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung nachgegangen. Dabei werden wir nach dem bei der AG angewandten Schema vorgehen. Zunächst muß eine Regelungslücke im gesetzlichen Haftungskonzept festgestellt werden. Hierzu müssen die Vereinsmitglieder überhaupt auf den Verein einwirken können. Falls eine solche Einwirkungsmöglichkeit besteht, ist zu untersuchen, ob das Gesetz hierzu ausreichende Haftungstatbestände zur Verfügung stellt.

#### **aaa) Einwirkungsmöglichkeiten**

Der Vereinsvorstand ist zwar kein Arbeitnehmer des Vereins, so daß er nicht aufgrund eines Anstellungsverhältnisses an die Weisungen der Mitgliederversammlung gebunden ist.<sup>765</sup> Jedoch finden auf die Geschäftsführung des Vereinsvorstandes nach § 27 III BGB die Vorschriften über den Auftrag, §§ 664-670 BGB Anwendung. Der Vorstand ist zur eigenverantwortlichen Geschäftsführung bestellt.<sup>766</sup> Er muß ferner die ihm übertragenen Geschäfte persönlich wahrnehmen und im Zweifel nicht einem Dritten übertragen.<sup>767</sup> Allerdings ist der Vorstand nicht wie derjenige einer AG weisungsunabhängig, sondern weisungsabhängig.<sup>768</sup>

Das die Weisungen erteilende Organ ist grundsätzlich die Mitgliederversammlung, die in allen Fragen der Vereinstätigkeit Weisungen erteilen darf, es sei denn, die Vereinssatzung besagt etwas anderes.<sup>769</sup> Somit besteht ähnlich wie bei der GmbH ein Weisungsrecht der Gesellschafter an den Vorstand, eine Einwirkungsmöglichkeit der Mitglieder auf den rechtsfähigen Verein ist daher bereits qua Gesetz vorhanden. Der Unterschied zum GmbH-Recht ist der, daß nicht nur ein einziger Gesellschafter vorhanden sein kann oder daß ein Gesellschafter besonders viele Anteile hält, denn ein Verein besteht aus mindestens sieben Mitgliedern und

<sup>763</sup> Schmidt, GesR, S. 659; MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 1.

<sup>764</sup> RGZ 165, S. 140 (143); MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 1.

<sup>765</sup> BAG NZA 97, S. 674; Reichert, S. 350.

<sup>766</sup> BGHZ 119, S. 379 (381).

<sup>767</sup> Stöber, S. 180.

<sup>768</sup> Stöber, S. 180.

<sup>769</sup> Schmidt, GesR, S. 691.

Anteile gibt es beim Verein nicht. Daher hat jedes Mitglied grundsätzlich ein gegenüber den anderen Mitgliedern gleichgewichtiges Stimmrecht. Zwar ist durch eine atypische Satzung ein Mehrstimmrecht möglich,<sup>770</sup> häufig ist dies aber nicht. Somit kann auch grundsätzlich nicht ein Vereinsmitglied allein Weisungen an den Vorstand erteilen.

Ob unter dieses Weisungsrecht aber auch existenzvernichtende Eingriffe fallen, ist fraglich. Im Rahmen der GmbH gilt, daß Weisungen, die einen existenzvernichtenden Eingriff zum Inhalt haben, unwirksam sind und daher nicht befolgt werden müssen.<sup>771</sup> Auch für den rechtsfähigen Verein gilt, daß der Vorstand Weisungen, die nichtig sind, nicht ausführen darf. Eine solche Weisung liegt insbesondere vor, wenn sie gegen zwingende Vorschriften des Vereinsrechts oder gegen § 134 BGB oder § 138 BGB verstößt.<sup>772</sup> Eine Weisung, die einen existenzvernichtenden Eingriff zum Inhalt hat, ist, da sie auf vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung zielt, unwirksam nach § 138 BGB. Der Vorstand darf sie daher nicht befolgen.

Möglich ist aber, daß ein Vereinsmitglied Vereinsvorstand ist, denn im Vereinsrecht gilt der Grundsatz der Selbst- oder Drittorganschaft. Es können daher sowohl Vereinsmitglieder als auch Fremde Vorstand sein. Falls ein Vereinsmitglied Vorstand ist, kann es einen existenzvernichtenden Eingriff „allein“ begehen, indem es den Eingriff vornimmt, ohne die anderen Mitglieder zu fragen.

Schließlich ist neben der gesetzlichen Weisungsbefugnis auch eine faktische denkbar. Eine solche kann sich daraus ergeben, daß ein Mitglied zugleich der alleinige Sponsor des Vereins ist und es somit die finanzielle Lage der Vereins „bestimmt“. Das hieraus resultierende Machtverhältnis kann stark genug sein, um den Vorstand zu einem existenzvernichtenden Eingriff zu veranlassen. Eine solche faktische Einflußnahmemöglichkeit kann ein Vereinsmitglied allein oder mehrere gemeinsam innehaben.

Insgesamt können die Vereinsmitglieder an den Vorstand bereits qua Gesetz Weisungen erteilen. Diese können auch auf einen existenzvernichtenden Eingriff gerichtet sein. Allerdings ist eine solche Weisung unwirksam nach § 138 BGB und darf vom Vorstand nicht befolgt werden. Es ist aber denkbar, daß der Vorstand ein Vereinsmitglied ist, das den existenzvernichtenden Eingriff ohne Wissen der Vereinsmitglieder vornimmt. Schließlich ist auch eine faktische Einflußnahmemöglichkeit eines oder mehrerer Vereinsmitglieder möglich.

### **bbb) Gesetzliche Konzeption des Vermögensschutzes**

Aufgrund der bestehenden Einwirkungsmöglichkeit der Vereinsmitglieder ist zu untersuchen, wie die gesetzliche Konzeption des Vermögensschutzes ausgestaltet ist. Auch beim rechtsfähigen Verein haftet den Gläubigern nur der Verein mit dem Vereinsvermögen, eine Haftung der Vereinsmitglieder existiert nicht.<sup>773</sup> Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften kennt der rechtsfähige Verein aber kein Stamm- oder Grundkapital.<sup>774</sup> Hieraus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, das Vereinsvermögen stünde allein zur freien Disposition der Vereinsmitglieder. Auch Vereinsvermögen ist zweckgebunden. Zwar gibt es mangels Stammkapital auch keine Kapitalerhaltungsvorschriften, jedoch gibt es die Liquidationsvorschriften der §§ 42, 46 ff. BGB, die bei einer Liquidation das verbleibende Vermögen zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger binden. Hieraus läßt sich ohne weiteres die Zweckbindung des Vereinsvermögens entnehmen. Die für den Vermögens- und Gläubigerschutz relevanten Vorschriften sind somit die Liquidationsvorschriften sowie die bereits im Rahmen der AG untersuchten zivilrechtlichen Haftungsvorschriften, darunter insbesondere die deliktischen Normen.

<sup>770</sup> MüKo/AktG-Bayer, § 16 Rdn. 17; Emmerich/Habersack-Emmerich, § 16 Rdn. 8.

<sup>771</sup> Wahl, S. 3; Lutter/Hommelhoff-Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rdn. 23; Scholz-Schneider, § 43 Rdn. 98.

<sup>772</sup> Reichert, S. 433.

<sup>773</sup> Stöber, S. 233.

<sup>774</sup> MüKo/AktG-Bayer, § 16 Rdn. 17.

### **(1) Insolvenzantragspflicht nach § 42 II BGB**

Der Vorstand des rechtsfähigen Vereins hat nach § 42 II BGB die Pflicht, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Vereins die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Wird die Antragsstellung verzögert, sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich, § 42 II 2 BGB. Die Antragspflicht ist an diejenige im Fall der AG und der GmbH (§§ 92 II AktG, 64 I GmbHG) angeglichen worden. Sie ist nicht mehr auf die Überschuldung des Vereins beschränkt, sondern wurde auf den allgemeinen Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit ausgedehnt.<sup>775</sup> Aufgrund dieser Angleichung ist sie, wie die ihr entsprechenden aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Vorschriften, Schutzgesetz iSd § 823 II BGB.<sup>776</sup> Die Gläubiger können daher im Fall einer Verletzung unmittelbar gegen den Vorstand aus §§ 823 II iVm 42 II BGB vorgehen.

Die Begriffe der Zahlungsunfähigkeit sowie Überschuldung wurden bereits an anderer Stelle<sup>777</sup> erläutert. Voraussetzung für die Vorstandshaftung ist ein Verschulden. Hierzu genügt einfache Fahrlässigkeit, Maßstab ist die Sorgfalt eines ordentlichen, gewissenhaften Sachwalters. Der Vorstand ist gehalten, sich stets einen Überblick über die wirtschaftliche Lage des Vereins zu verschaffen.<sup>778</sup> Er kann sich daher nicht darauf berufen, er habe nichts von der finanziellen Krise gewußt.<sup>779</sup>

Umstritten ist, wer zum Gläubigerkreis des § 42 II BGB zu zählen ist. Früher wurde vertreten, dies sind nur die Gläubiger, die bereits ihre Forderung zu dem Zeitpunkt innehatten, in dem der Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen, sog. Altgläubiger.<sup>780</sup> Hingegen vertritt die heute herrschende Ansicht, daß auch die sog. Neugläubiger, also diejenigen, die ihre Forderung zu einem Zeitpunkt erwarben, in dem der Verein bereits überschuldet oder zahlungsunfähig war, nach § 42 II BGB Ersatz verlangen können.<sup>781</sup>

Rechtsfolge ist, daß die Vorstandsmitglieder unmittelbar den Gläubigern aus § 42 II BGB auf den entstandenen Schaden haften. Die Altgläubiger erhalten den Betrag, um den sich die Insolvenzquote, die sie bei rechtzeitiger Antragsstellung erhalten hätten, verringert.<sup>782</sup> Die Neugläubiger erhalten hingegen einen Anspruch auf Ausgleich des vollen Schadens, der ihnen dadurch entstanden ist oder noch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen mit einem überschuldeten oder zahlungsunfähigen Verein getreten sind.<sup>783</sup> Besteht ein Gesamtvorstand, haften alle Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, als Gesamtschuldner.

### **(2) Die Haftung der Liquidatoren nach § 53 BGB**

Nach § 53 BGB haben Liquidatoren, welche die ihnen nach § 42 II BGB und §§ 50-52 BGB obliegenden Verpflichtungen verletzen oder vor der Befriedigung der Gläubiger Vermögen den Anfallberechtigten aushändigen, bei schuldhaftem Verhalten den Gläubigern den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Wer Liquidator ist, bestimmt § 48 BGB. Hiernach ist der Vorstand der Liquidator, es können aber auch andere Personen bestellt werden. Da § 53 BGB die ungewöhnliche persönliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder bei Verstoß gegen

<sup>775</sup> MüKo/BGB-Reuter, § 42 Rdn. 13.

<sup>776</sup> OLG Köln WM 98, S. 1043 (1045); OLG Hamm OLG-Report 01, S. 265; BGH NJW 98, S. 2667; Reichert, S. 615; MüKo/BGB-Reuter, § 42 Rdn. 13.

<sup>777</sup> Siehe oben III A a aa bbb.

<sup>778</sup> Reichert, S. 616.

<sup>779</sup> Reichert, S. 616.

<sup>780</sup> BGH WM 60, S. 641; BGH WM 61, S. 1103 (1106), BGH WM 62, S. 527.

<sup>781</sup> Vgl. für § 64 GmbHG: BGHZ 126, S. 181 (192 ff.); BGH NJW 95, S. 398 (399); OLG Köln NJW-RR 98, S. 686; Reichert, S. 615.

<sup>782</sup> BGH NJW 94, S. 2220 (2222).

<sup>783</sup> BGHZ 29, S. 100; BGHZ 126, S. 181 (192 ff.); LAG Hessen NZA-RR 01, S. 154.

bestimmte Normen anordnet, wird § 53 BGB als Sonderfall einer Deliktshaftung entsprechend § 823 II BGB verstanden.<sup>784</sup>

Voraussetzung für eine Haftung ist entweder ein Verstoß gegen § 42 II BGB oder gegen §§ 50-52 BGB. Zu den Voraussetzungen des § 42 II BGB wurde soeben Stellung genommen. Ein Verstoß gegen § 50 BGB liegt vor, wenn die Pflicht zur Bekanntmachung der Vereinsauflösung nicht oder nicht richtig befolgt worden ist. Gegen § 51 BGB wird verstoßen, wenn das Sperrjahr nicht beachtet wird. Schließlich ist es nach § 52 BGB verboten, das Vereinsvermögen an die Anfallberechtigten auszukehren, ohne zuvor alle bekannten Gläubiger befriedigt und alle bekannten Forderungen durch Hinterlegung oder Sicherheitsleistung erfüllt bzw. gesichert zu haben.<sup>785</sup>

Subjektiv ist Verschulden erforderlich, wozu bereits leichte Fahrlässigkeit genügt.<sup>786</sup>

Rechtsfolge von § 53 BGB ist eine unmittelbare Außenhaftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern. Bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht nach § 42 II BGB bemißt sich die Höhe des ersatzfähigen Schadens nach den dort dargestellten Grundsätzen.<sup>787</sup>

Ansonsten richtet sich der Ersatzumfang nach dem Betrag der ausgefallenen Forderung infolge der pflichtwidrigen Vermögensübertragung.<sup>788</sup>

Eine Besonderheit besteht dann, wenn der Verein gegen die Anfallberechtigten einen Bereicherungsanspruch hat. Dann muß sich der Gläubiger, da er nach § 254 II 1 BGB zur Schadensminderung verpflichtet ist, vom Verein diesen Anspruch abtreten lassen und falls der Verein sich weigert, den Anspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.<sup>789</sup>

Eine Haftung der Liquidatoren besteht in diesem Fall nicht.

### **(3) Zivilrechtliche Haftungstatbestände**

Auch beim Verein finden die im Rahmen der AG<sup>790</sup> diskutierten Anfechtungstatbestände sowie die deliktischen Vorschriften der §§ 823 II, 826 BGB Anwendung. Zu deren Voraussetzungen wird hier auf die obige Darstellung verwiesen.

#### **ccc) Schwächen der gesetzlichen Konzeption des Vermögensschutzes**

Zur Feststellung der Regelungslücke ist der dargestellte Normkomplex dahingehend zu untersuchen, ob bestimmte Sachverhalte von ihm nicht erfaßt werden.

Die Insolvenzantragspflicht nach § 42 II BGB entspricht der nach § 92 II AktG. Die Schwächen des § 92 II AktG sind bereits dargelegt worden.<sup>791</sup> Aufgrund der Tatsache, daß es sich um einander entsprechende Vorschriften handelt, gelten die im Rahmen des § 92 II AktG festgestellten Schwächen auch für § 42 II BGB. Die Norm vermag somit kein ausreichendes Schutzniveau vor existenzvernichtenden Eingriffen zu gewähren.

Zu untersuchen bleibt § 53 BGB. Die Norm knüpft ebenfalls an Vorschriften an, die die ordnungsgemäße Liquidation, also die Verteilung des Vereinsvermögens, regeln sollen. Hierin liegt aber ein vergleichbares Problem wie bei § 42 II BGB bzw. § 92 II AktG. Die Vorschrift geht davon aus, daß noch ein Vermögen vorhanden ist, wenn der Insolvenzantrag oder Auflösungsbeschluß gestellt wird. Bei einem existenzvernichtenden Eingriff wird der Gesellschaft aber auf einen Schlag sämtliches Vermögen entzogen, so daß Regeln, die die Verteilung einer vorhandenen Vermögensmasse im Fall einer Liquidation regeln, ins Leere greifen. Daher kann auch § 53 BGB keinen Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen gewähren.

<sup>784</sup> Reichert, S. 702; MüKo/BGB-Reuter, § 53 Rdn. 1.

<sup>785</sup> Zu den objektiven Voraussetzungen des § 53 BGB vgl. MüKo/BGB-Reuter, § 53 Rdn. 2; Reichert, S. 702.

<sup>786</sup> Reichert, S. 702.

<sup>787</sup> Siehe oben III B bb bbb (1).

<sup>788</sup> Reichert, S. 702.

<sup>789</sup> Soergel-Hadding, § 53 Rdn. 4; Reichert, S. 703.

<sup>790</sup> Siehe oben III A a aa bbb (6), (7).

<sup>791</sup> Siehe oben III A a aa ccc (2).

Die Schwächen der Anfechtungs- und deliktischen Vorschriften sind bereits im Rahmen der AG dargestellt worden.<sup>792</sup> Auf die dort gefundenen Ergebnisse wird verwiesen.

### **ddd) Ergebnis**

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß auch das Vereinsrecht defizitär hinsichtlich eines Schutzes vor existenzvernichtenden Eingriffen ist. Eine Regelungslücke ist daher vorhanden. Folglich ist die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf den e.V. zulässig.

### **cc) Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung**

Zu untersuchen bleibt die Möglichkeit der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf den rechtsfähigen Verein. Im Vereinsrecht gibt es einen vom BGH entschiedenen Fall, in dem der BGH eine Durchgriffshaftung der Gläubiger auf die Vereinsmitglieder anerkannte.<sup>793</sup> Dieser Fall soll hier als Einstieg für die Untersuchung dienen. Insbesondere soll untersucht werden, ob Rückschlüsse über die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung, die ebenfalls eine Durchgriffshaftung ist,<sup>794</sup> auf den rechtsfähigen Verein gezogen werden können.

### **aaa) „Kleingarten“ = BGHZ 54, S. 222**

Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

*Die Klägerin ist Verpächterin eines ihr gehörenden Grundstücks, das von den Beklagten gepachtet wurde, um dort Kleingärten zu unterhalten. Zur Erleichterung der vertraglichen Beziehungen zu den Beklagten, wurde ein Verein, der M-Koppel e.V., zwischengeschaltet, er war Vertragspartner der Klägerin. Aufgabe des Vereins war es, von den Beklagten die Pacht für ihre Parzelle zu erhalten und diese dann an die Klägerin weiterzuleiten, so daß die Klägerin sich nur an einen Schuldner zu halten hatte. In der Vereinssatzung war bestimmt, daß die Mitgliedsbeiträge nur in der Höhe zu entrichten sind, daß hierdurch der vereinbarte Pachtzins und die Verwaltungskosten des Vereins gedeckt werden konnten.<sup>795</sup> Als die Klägerin den Pachtzins rückwirkend erhöhte und der Verein durch Urteil rechtskräftig zur erhöhten Zahlung verurteilt worden war, verweigerten die Vereinsmitglieder einen Beschluß über die Erhöhung der Mitgliedsbeiträge. Statt dessen stellten sie Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens. Da dieses mangels Masse abgelehnt wurde, lösten die Mitglieder den Verein auf.<sup>796</sup> Die Klägerin beantragte Ersatz von den Vereinsmitgliedern persönlich.*

*Der BGH gab der Klage statt und verurteilte die Vereinsmitglieder zur anteiligen Zahlung der rückständigen Pachtzinsen.<sup>797</sup> Er begründete dies damit, daß der Verein von Anfang an vermögenslos gewesen ist und auch keine Aussicht hatte, jemals Vermögen zu erwerben. Die Beklagten hätten sich, da sie um die Verpflichtung des Vereins, auch höhere Pachtzinsen zahlen zu müssen, wußten, ihn dennoch aber nicht mit genügend Kapital ausstatteten, rechtsmißbräuchlich verhalten. Da ein solches Verhalten Treu und Glauben zuwiderläuft, sei ausnahmsweise ein Durchgriff auf die Vereinsmitglieder zulässig.<sup>798</sup> Außerdem liegt ein weiterer Rechtsmißbrauch darin, daß die Beklagten ansonsten etwas behalten können, was ihnen aufgrund des vorangegangenen Urteils, durch das der Verein zur erhöhten Pachtzinsleistung verurteilt worden ist, nicht zustand. Auch aus diesem Grund ist ein „Verschanzen“ hinter der juristischen Person rechtsmißbräuchlich.<sup>799</sup>*

<sup>792</sup> Siehe oben III A a aa ccc (5), (6).

<sup>793</sup> BGHZ 54, S. 222.

<sup>794</sup> Siehe oben II C 6.

<sup>795</sup> BGHZ 54, S. 222 (223).

<sup>796</sup> BGHZ 54, S. 222 (223).

<sup>797</sup> BGHZ 54, S. 222 (224).

<sup>798</sup> BGHZ 54, S. 222 (1. Leitsatz, 225).

<sup>799</sup> BGHZ 54, S. 222 (226).

Aus diesem Urteil geht hervor, daß auch im Bereich des Vereinsrechts ein Haftungsdurchgriff auf die Vereinsmitglieder nicht von vorne herein ausgeschlossen ist. Allerdings stellt sich die Situation anders als beim existenzvernichtenden Eingriff dar. Hier liegt eher ein Fall der materiellen Unterkapitalisierung vor,<sup>800</sup> da der Verein von vorne herein nicht über ausreichend Kapital verfügte. Der Fall des existenzvernichtenden Eingriffs ist aber derjenige, in dem einer Gesellschaft, die ursprünglich über Vermögen verfügte, (in der Krise) ihr gesamtes Kapital entzogen wird. Insofern steht nach diesem Urteil zwar fest, daß es auch beim Verein eine Durchgriffshaftung geben kann, einen direkten Rückschluß auf die Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung zu ziehen, ist aber nicht möglich.

### **bbb) Planwidrigkeit der Regelungslücke**

Vereinsvorschriften, die einer Übertragung der Existenzvernichtungshaftung generell entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Folglich kommt es für die Möglichkeit der Übertragung allein auf die Planwidrigkeit der festgestellten Regelungslücke an.

Planwidrigkeit bedeutet nach der allgemein gültigen Definition, daß die gefundene Regelungslücke, also der mangelnde Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen, nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht.<sup>801</sup> Folglich ist zu Anfang festzustellen, welcher gesetzliche Schutz lückenhaft ist. Im Fall des existenzvernichtenden Eingriffs geht es um mangelnden Schutz vor Zugriffen der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen unter Außerachtlassung seiner Zweckbindung.<sup>802</sup> Ein Problem kann deswegen bestehen, weil in den einschlägigen Urteilen zum existenzvernichtenden Eingriff immer wieder auf die Kapitalschutzvorschriften hingewiesen wird.<sup>803</sup> Dies läßt darauf schließen, daß die Existenzvernichtungshaftung als Ergänzung zu den Kapitalschutzvorschriften dienen und die bestehende Lücke im Gesetz schließen soll. Ein solcher Schutzzweck liegt nahe, denn ein Haftungsdurchgriff, der die gesetzlichen Sicherungen ergänzen soll, muß die Nähe zur gesetzlichen Regelung halten und daher konzeptionell bei der juristischen Person ansetzen.<sup>804</sup>

Falls sich der Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs aber auf eine Ergänzung der Kapitalerhaltungsvorschriften beschränkt, ist die Planwidrigkeit der Regelungslücke im Vereinsrecht schwer zu begründen, denn dort gibt es kein Stammkapital und auch keine Kapitalschutzvorschriften. Insgesamt läßt sich somit festhalten, daß wenn der existenzvernichtende Eingriff nur als Ergänzung zu den Kapitalschutzvorschriften begriffen wird, die Regelungslücke in Bezug auf existenzvernichtende Eingriffe nicht planwidrig ist.

Beim existenzvernichtenden Eingriff geht es aber nicht allein um Ergänzung der Kapitalerhaltungsvorschriften. Vielmehr soll durch die Begründung des Verbots des Entzugs von Gesellschaftsvermögen Gläubigerschutz in der Weise gewährt werden, daß die Gläubiger „Bestandsschutz“ erhalten.<sup>805</sup> Bestandsschutz deshalb, weil indirekt durch das Verbot der Kapitalentnahme die sog. „Kalte Liquidation“ verhindert wird, nämlich daß die Gesellschaft auf andere als im Gesetz vorgesehene Weise beendet wird. Es geht somit im Ergebnis um einen umfassenden Gläubigerschutz, der auch das Recht der Gläubiger an einer ordnungsgemäßen Liquidation der Gesellschaft und dadurch an Befriedigung erhalten will.

Aspekte des Gläubigerschutzes in Bezug auf eine ordnungsgemäße Auflösung der Gesellschaft sind auch dem Vereinsrecht nicht fremd. Insbesondere aus den Liquidationsvorschriften § 42 II BGB und §§ 50-53 BGB zeigt sich, daß auch Vereinsvermögen zweckgebunden ist und es im Fall der Liquidation primär der Gläubigerbefriedigung dient.<sup>806</sup> Auch ein dahinge-

<sup>800</sup> Das Urteil auch als Fall der Unterkapitalisierung auffassend Reichert, S. 636; Wiedemann GS I, S. 225.

<sup>801</sup> Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 385 ff.; Wilhelmi, DZWIR 03, S. 45 (54).

<sup>802</sup> Lutter/Banerjea, ZGR 03, S. 402; Henze, AG 04, S. 405 (411 f.); Wiedemann, ZGR 03, S. 283.

<sup>803</sup> BGHZ 151, S. 181; BGHZ 149, S. 10.

<sup>804</sup> Reh binder, FS-Fischer, S. 579 (583).

<sup>805</sup> Grunewald, FS-Raiser, S. 97 (106).

<sup>806</sup> Siehe oben III B bb bbb (1), (2).

hender Wille des Gesetzgebers geht aus diesen Vorschriften hervor. Der Gesetzgeber will auch im Fall eines e.V., daß dieser nur nach der gesetzlichen Konzeption beendet wird und das vorhandene Vermögen primär der Gläubigerbefriedigung dient.

Durch einen existenzvernichtenden Eingriff werden aber die gesetzlichen Liquidationsvorschriften und der damit bezweckte Schutz unterlaufen.<sup>807</sup> Daher ist trotz Fehlens eines gesetzlich vorgeschriebenen Grundkapitals und von Kapitalschutzvorschriften die Regelungslücke planwidrig; eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf den rechtsfähigen Verein somit möglich.

Für die Möglichkeit der Übertragung spricht auch das Kleingarten-Urteil<sup>808</sup> des BGH. In der Begründung zur Durchgriffshaftung heißt es, daß dann durchzugreifen sei, wenn die Wirklichkeiten des Lebens und die Macht der Tatsachen dies erforderten.<sup>809</sup> Aus dieser Begründung geht hervor, daß besondere Situationen auch einen Haftungsdurchgriff auf die Vereinsmitglieder beim e.V. erfordern können, ein Haftungsdurchgriff aus Gläubigerschutzgesichtspunkten somit dem Willen des Gesetzgebers nicht generell zuwiderläuft. Wenn dies aufgrund eines Institutsmißbrauchs<sup>810</sup> möglich ist, also Mißbrauch der Rechtsform der juristischen Person, dann erscheint es zumindest möglich, daß dies auch bei einem existenzvernichtenden Eingriff, bei dem rechtsmißbräuchliches Verhalten ebenfalls eine Rolle spielt, erfolgen kann.

### **ccc) Ergebnis**

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß, obwohl beim e.V. kein Stammkapital vorliegt, die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung möglich ist. Die erforderliche planwidrige Regelungslücke folgt aus dem Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs, der auch die „kalte Liquidation“ mitumfaßt und somit mit dem aus den §§ 42 ff. BGB hervortretenden Willen des Gesetzgebers übereinstimmt. Ferner folgt die planwidrige Regelungslücke aus der besonderen Schwere des Rechtsmißbrauchs bei einem existenzvernichtenden Eingriff, denn nach der Begründung des BGH ist ein Durchgriff im Vereinsrecht in den Fällen ausnahmsweise möglich, in denen die besonderen Tatsachen dies erfordern.

### **dd) Ausschluß der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung wegen Besonderheiten der Gesellschaftsform**

Trotz der Möglichkeit der Übertragung ist zu untersuchen, ob Besonderheiten der Gesellschaftsform des e.V. einer Übertragung der Existenzvernichtungshaftung entgegenstehen. Hier ist noch einmal auf den Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs einzugehen, da dieser eine Haftungsfigur ist, die für das Kapitalgesellschaftsrecht entwickelt worden ist. Aber auch allgemeine Aspekte des Vereinsrechts, wie die Struktur des e.V. und dessen Zweck spielen an dieser Stelle eine entscheidende Rolle.

### **aaa) Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs**

Es wurde bereits festgestellt,<sup>811</sup> daß der Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs auch das Verbot der kalten Liquidation mitumfaßt. Folglich stand der Schutzzweck des existenzvernichtenden Eingriffs der Planwidrigkeit der Regelungslücke nicht entgegen.

Es stellt sich aber die Frage, ob der existenzvernichtende Eingriff überhaupt mit dem Wesen des rechtsfähigen Vereins vereinbar ist, da es sich um eine Haftungsfigur handelt, die für das

<sup>807</sup> Siehe oben III B bb ccc.

<sup>808</sup> BGHZ 54, S. 222.

<sup>809</sup> BGHZ 54, S. 222 (224); so auch BGHZ 68; S. 312 (314 f.); BGHZ 78, S. 318 (334); Analyse der Rspr. Armin, NZG 00, S. 1001 (1002); Rehbinder, FS-Fischer, S. 579-580.

<sup>810</sup> Der BGH schwankt in der Begründung zu seinem Kleingarten-Urteil selbst zwischen Institutsmißbrauchs in der Form des individuellen Rechtsmißbrauchs und der materiellen Unterkapitalisierung.

<sup>811</sup> Siehe oben III B cc bbb.



Kapitalgesellschaftsrecht entwickelt worden ist. Im Handelsrecht ist der Gläubigerschutz ein gesetzesimmanentes Rechtsprinzip, das sich induktiv aus vielen einzelnen Bestimmungen ableiten läßt.<sup>812</sup> Im Vereinsrecht kann nicht von einem „gleichwertigen“ Gläubigerschutz im Vergleich zum Kapitalgesellschaftsrecht gesprochen werden. Das kann auch gar nicht gewollt sein, denn die Gesellschaftsformen sind grundverschieden. Kapitalgesellschaften nehmen kontinuierlich am Wirtschaftsleben teil. Die besonderen Bedingungen des Wirtschaftsverkehrs machen einen erhöhten Gläubigerschutz erforderlich, insbesondere weil nur die Kapitalgesellschaft den Gläubigern haftet, nicht die Gesellschafter selbst.

Ein e.V. nimmt meist nur in geringem Maß am Wirtschaftsverkehr teil, seine wirtschaftlichen Aktivitäten sind überschaubar, daher besteht bereits nach dem Gesetz, das kein Stammkapital anordnet, ein im Verhältnis zu den Kapitalgesellschaften geringerer Gläubigerschutz. Doch auch wenn im Vereinsrecht der Gläubigerschutz keine übergeordnete Rolle spielt, ist er dennoch nicht bedeutungslos. Auch wenn der existenzvernichtende Eingriff entwickelt worden ist, um den besonderen Gefahren für die Gläubiger einer GmbH entgegenzutreten, begründet er dennoch ein Verbot, das auch für andere Körperschaften als Kapitalgesellschaften gilt. Dieses Verbot richtet sich gegen die „kalte Liquidation“. Daß die Mitglieder eines Vereins das Vereinsvermögen nicht zu ihren Gunsten abziehen, darauf darf auch ein Vereinsgläubiger vertrauen.<sup>813</sup> Folglich ist der existenzvernichtende Eingriff zwar entwickelt worden, um die besonderen Vorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts zu ergänzen, er begründet aber im Interesse der Gläubiger ein „einfaches“ Verbot der gesetzesfremden Beendigung von juristischen Personen, welches auch für den rechtsfähigen Verein gilt.

Folglich steht der Schutzzweck der Existenzvernichtungshaftung mit den Besonderheiten des e.V. zumindest soweit in Einklang, daß eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf den e.V. nicht ausgeschlossen wird.

### **bbb) Allgemeine Bewertung**

Da gesetzliche Wertungen des Vereinsrechts eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung zwar nicht verbieten aber auch nicht zwingend gebieten, muß die Frage der Übertragbarkeit anhand einer allgemeinen Bewertung erfolgen.

Ein Aspekt, der einer Übertragung der Existenzvernichtungshaftung entgegen stehen kann, ist die strenge Rechtsfolge dieser Haftung, wonach die Gesellschafter unbeschränkt persönlich haften. Für den nichtrechtsfähigen Idealverein wird nach allgemeiner Ansicht vertreten, daß eine Haftung der Vereinsmitglieder nicht gegeben ist.<sup>814</sup> Insofern steht die herrschende Meinung im Widerspruch zu §§ 54, 714 BGB, wonach auf den nichtrechtsfähigen Verein die Regeln über die BGB-Gesellschaft Anwendung finden. Falls diese angewendet würden, hafteten die Vereinsmitglieder für die Vereinsverbindlichkeiten nach § 128 HGB analog.

Begründet wird die Nichtanwendung der Gesellschaftsvorschriften mit der unterschiedlichen Interessenlage in BGB-Gesellschaft und nichtrechtsfähigem Idealverein. Der nichtrechtsfähige Idealverein hat eine körperschaftliche Struktur sowie ein selbständiges vom Mitgliedervermögen getrenntes Vereinsvermögen. Außerdem erfordere das Interesse der Gläubiger bei nicht wirtschaftlichen Vereinen, die in der Regel keine umfangreichen Geschäfte betreiben, die unbeschränkte Haftung aller Mitglieder nicht.<sup>815</sup> Eine persönliche Haftung würde insbesondere dem typischen Zweck eines Idealvereins und dessen Struktur zuwiderlaufen. Wer einem nichtrechtsfähigen Idealverein beitrifft, der hat regelmäßig nicht den Willen, ein finan-

<sup>812</sup> Wiedemann, GS I, S. 518.

<sup>813</sup> Grunewald, FS-Raiser, S. 97 (106).

<sup>814</sup> BGH NJW 57, S. 1186; Erman-Westermann, § 54 Rdn. 12; Soergel-Hadding, § 54 Rdn. 24; Staudinger-Weick, § 54 Rdn. 53; Reichert, S. 823; Stöber, S. 600.

<sup>815</sup> Larenz/Wolf, BGB AT, S. 215.

zielles Risiko außer der Beitragspflicht einzugehen. Dies müssen die Gläubiger wissen und sich daher auch darauf einstellen.<sup>816</sup>

Falls aber bei einem nichtrechtsfähigen Idealverein eine persönliche Haftung der Mitglieder gegenüber den Gläubigern mit Zweck und Struktur nicht zu vereinbaren ist, dann muß dies erst recht für den rechtsfähigen Idealverein gelten, da dieser durch Eintragung zur rechtsfähigen Körperschaft wird. Weil eine persönliche Haftung der Vereinsmitglieder aber mit dem Zweck eines Idealvereins unvereinbar ist, kann auch die Existenzvernichtungshaftung auf den e.V. mit ideeller Zwecksetzung nicht anwendbar sein.

Anders könnte geurteilt werden, wenn man die Existenzvernichtungshaftung entgegen der hier vertretenen Ansicht<sup>817</sup> nicht als persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auffaßt, sondern als Schadenersatzhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft wegen Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht.<sup>818</sup> Denn eine Treuepflicht des Vereinsmitglieds gegenüber dem Verein ist allgemein anerkannt<sup>819</sup> und eine Verletzung der Treuepflicht läge bei einem existenzvernichtenden Eingriff ohne weiteres vor.

Ein weiterer Punkt, der gegen eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf den e.V. spricht, ist die Art seiner Mitglieder. In einem e.V. ist regelmäßig mit der Tätigkeit von Laien zu rechnen, ein qualifiziertes Management gibt es in seltenen Fällen.<sup>820</sup> Einem nicht qualifizierten Management kann ein existenzvernichtender Eingriff aber aus „Versehen“ unterlaufen, beispielsweise weil die Risiken eines Geschäftes nicht richtig eingeschätzt werden. Die Mitglieder, die dem Geschäft zugestimmt haben, dann aber mit einer verschuldensunabhängigen persönlichen Haftung gegenüber den Gläubigern zu konfrontieren, ist nicht sachgerecht. Die Mitglieder sind meistens gerade einem e.V. beigetreten, weil sie nicht einen wirtschaftlichen Zweck fördern wollen, sondern einen ideellen. Folglich wollen sie auch nicht mit den besonderen Gegebenheiten des Wirtschaftsverkehrs in Kontakt treten, ansonsten wären sie einer anderen Gesellschaftsform beigetreten. Sie dann aber der gleichen verschuldensunabhängigen Haftung wie Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zu unterwerfen, kann nicht richtig sein. Somit ist dies der zweite Gesichtspunkt, der entschieden gegen eine Übertragung des existenzvernichtenden Eingriffs auf den e.V. spricht.

Dies soll in keiner Weise bedeuten, daß ein Vereinsmitglied, das einen existenzvernichtenden Eingriff begeht, gänzlich von einer Haftung befreit sein muß. Ein Vereinsmitglied, das dem Verein seine Vermögenswerte entzieht, haftet dem Verein wegen Verletzung der zwischen Verein und Vereinsmitglied bestehenden Treuepflicht. Die Treuepflicht ist auch im Vereinsrecht anerkannt, ihre Intensität hängt von der Größe der Vereins sowie der Stellung des Mitglieds im Verein ab.<sup>821</sup> Als Anspruchsgrundlage bietet sich § 280 BGB an. Die Vorteile dieser Lösung sind zwei. Zum einen handelt es sich um eine Innenhaftung, welche mit den gesetzlichen Wertungen des Vereinsrechts eher vereinbar ist, und zum anderen ist für eine Haftung nach § 280 BGB Verschulden iSd § 276 BGB erforderlich, so daß es sich nicht um eine unsachgerechte verschuldensunabhängige Haftung handelt.

<sup>816</sup> Larenz/Wolf, BGB AT, S. 215; dafür, daß im Rechtsverkehr keiner mit der persönlichen Haftung der Mitglieder rechnet BGH NJW-RR 03, S. 1265; Hübner, AT, Rdn. 262.

<sup>817</sup> Siehe oben II C 6.

<sup>818</sup> Eine Übertragung in diesem Fall bejahend Grunewald, FS-Raiser, S. 97 (106); generell für eine Innenhaftung Schmidt, NJW 01, S. 3577 (3580); Ulmer, ZIP 01, S. 2021 (2026); Priester, ZGR 93, S. 512 (521 ff.); Winter, ZGR 94, S. 570 (585); ders. Mitgliedschaftliche Treuebindungen um GmbH-Recht, 202 ff.

<sup>819</sup> Soergel-Hadding, § 38 Rdn. 23; Grunewald, GS, S. 204; MüKo/BGB-Reuter, § 38 Rdn. 41; Lutter, AcP 180, S. 84 (103); Erman-Westermann, § 38 Rdn. 1.

<sup>820</sup> Grunewald, FS-Raiser, S. 97 (106).

<sup>821</sup> Grunewald, FS-Raiser, S. 97 (103).

### (1) Abgrenzung wirtschaftlicher/nichtwirtschaftlicher Verein

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Existenzvernichtungshaftung nicht auf den rechtsfähigen Verein übertragbar, falls er Idealverein ist. Somit muß untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen ein rechtsfähiger idealer Verein vorliegt. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit eines Vereins hängt mit dessen Wirtschaftlichkeit zusammen. Folglich muß der nichtwirtschaftliche Verein, auch Idealverein genannt, vom wirtschaftlichen Verein abgegrenzt werden.

Die Abgrenzung des wirtschaftlichen vom nichtwirtschaftlichen Verein ist seit jeher ein Kernproblem des Vereinsrechts. Seit Bestehen des BGB wurde versucht, anhand von Theorien diese Abgrenzung vorzunehmen.

Die auf Gebhard<sup>822</sup> zurückzuführende subjektive Theorie knüpft an den Begriff des Idealvereins an.<sup>823</sup> Diese Theorie stellt allein auf den Vereinszweck ab, folglich ist allein die Frage entscheidend, ob der Vereinszweck auf die Erzielung unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtet ist. Hiernach ist ein charitatives Unternehmen eintragungsfähig, ein Wirtschaftsverband hingegen eintragungsunfähig.

Die von Planck und Levis begründete objektive Theorie stellt hingegen allein auf das Vorhandensein eines Geschäftsbetriebs ab und fragt nicht, welchem Endzweck er dient.<sup>824</sup> Sie nimmt keine Rücksicht auf die aus den Materialien belegbare Unbedenklichkeit eines wirtschaftlichen Nebenbetriebes.<sup>825</sup>

Diese beiden „Urtheorien“ scheiterten an der Vielfalt der Rechtspraxis.<sup>826</sup> Ist eine private Konfessionsschule ideell oder wirtschaftlich, wenn sie sich ihre Dienstleistungen bezahlen läßt? Noch komplizierter wäre hiernach die Zuordnung von den großen Sportvereinen, den Gewerkschaften oder den Wirtschaftsverbänden.

Aufgrund dessen wurde ein Kombinationsmodell gebildet, die sog. gemischt subjektiv-objektive Theorie.<sup>827</sup> Sie war bis in die 70er Jahre die herrschende Ansicht. Ein wirtschaftlicher Verein liegt hiernach vor, wenn und weil ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten wird, der auch subjektiv in den Dienst eines wirtschaftlichen Hauptzwecks gestellt ist. Trotz des Geschäftsbetriebes kann der Verein aber Idealverein sein, wenn er damit einen ideellen Hauptzweck verbindet.<sup>828</sup> Unklar bleibt dabei, ob wirklich der Hauptzweck des Vereins i.S. der subjektiven Theorie entscheidend sein soll oder ob es auf eine wirtschaftliche Haupttätigkeit ankommt.<sup>829</sup> Diese Theorie ist derart elastisch, daß vernünftige Ergebnisse sich zwar hiermit stets begründen lassen, sie aber auch keine echten Entscheidungskriterien vorgibt.<sup>830</sup>

Eine Berechenbarkeit der Rechtsprechung ließ sich daher aus ihr nicht ableiten.

Aufgrund der auch bei der gemischt subjektiv-objektiven Theorien bestehenden Ungenauigkeiten, die Entscheidungskriterien für die Einteilung zum wirtschaftlichen Verein betreffend, hat sich eine weitere Ansicht entwickelt, die teleologisch-typologische Abgrenzung, die von Karsten Schmidt herausgearbeitet worden ist.<sup>831</sup> Diese Ansicht geht vom Schutzzweck des § 22 BGB als Flankenschutz für die Normativbestimmungen über Handelsgesellschaften und Genossenschaften aus.<sup>832</sup> Sie fragt danach, welche Vereine nach dem Willen des Gesetzgebers

<sup>822</sup> Vgl. § 80/4 der BGB-Redaktorvorlage von Gebhard.

<sup>823</sup> Matthiaß, BGB, S. 110; Hölder, BGB, S. 131-135; ders. DJZ 1900, S. 412 (413); Samter, DJZ 1900, S. 311 (313).

<sup>824</sup> Planck, BGB, § 21 Rdn. 2; Levis, DJZ 1901, S. 479 (480).

<sup>825</sup> Mugdan I, S. 827.

<sup>826</sup> Schmidt, GesR, S. 668.

<sup>827</sup> RGZ 154, S. 343 (351); BGHZ 15, S. 315 (319); OLG Stuttgart, OLGZ 67, S. 475 (476); OLG Oldenburg, Rpfleger 76, S. 11 (12).

<sup>828</sup> BGHZ 15, S. 315 (319 f.); AG Stuttgart, DB 64, S. 1735.

<sup>829</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 102.

<sup>830</sup> Schmidt, GesR, S. 668.

<sup>831</sup> Schmidt, Rpfleger 72, S. 286 ff., 343 ff.; ders. AcP 182, S. 1 (13 ff.); ders. Verbandszweck, S. 103 ff.

<sup>832</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 104.

nur unter besonderen Voraussetzungen die Rechtsfähigkeit erlangen sollen. Dies sind die Personenverbände, die entweder auf die Rechtsfähigkeit verzichten, oder die Rechtsform einer AG, GmbH oder Genossenschaft annehmen sollen.<sup>833</sup>

Der Grund hierfür liegt in einem klaren Zuordnungstatbestand, denn man kann zwar begrifflich feststellen, ob es sich um eine AG oder GmbH etc. handelt, nicht aber, welche Rechtsform der Verband annehmen sollte. Für die Wahl der Rechtsform kommt es primär auf den Gläubigerschutz an.<sup>834</sup> Ob Gläubigerschutzaspekte den Zugang zur Form des e.V. versperren, hängt wiederum nicht vom Zweck, sondern von Tätigkeitsmerkmalen des Vereins ab. Die Konzessionspflichtigkeit des Erwerbs der Rechtsfähigkeit will im Ergebnis also verhindern, daß sich die Gesellschaften, die entweder die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft annehmen sollten, den für diese Gesellschaftsformen geltenden Regeln bzgl. Struktur und Verhalten durch Wahl der Rechtsform eines e.V. entziehen.<sup>835</sup>

Diese Auffassung hat sich zu Recht durchgesetzt.<sup>836</sup> Die Rechtspraxis hat gezeigt, daß eine Zuordnung anhand des Vereinszwecks nicht möglich ist. Hingegen ist Schmidts's Modell, das auf den Tätigkeitsbereich des Vereins abstellt, überzeugend, da hiernach insbesondere dem Schutzzweck des § 22 BGB Rechnung getragen wird und ein zumindest „etwas klarerer“ Zuordnungstatbestand geschaffen wird.

### (α) Die Vereinstypen

Schmidt selbst hat auf seiner Theorie aufbauend die drei Grundtypen wirtschaftlicher Vereine herausgebildet,<sup>837</sup> die heute allgemein anerkannt sind.<sup>838</sup> Erstens, der unternehmerische Verein, der dadurch gekennzeichnet ist, daß er an einem äußeren Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet.<sup>839</sup> Zweitens, der unternehmerisch an einem inneren Markt tätige Verein, der seine planmäßig entgeltliche Tätigkeit auf einen aus seinen Mitgliedern bestehenden inneren Markt beschränkt, wobei sich das Mitgliedschaftsverhältnis faktisch auf den Austausch von Waren und Dienstleistungen beschränken kann.<sup>840</sup> Drittens, der Vereinstypus der genossenschaftlichen Kooperation. Hierzu zählt der Verein, der ausgelagerte Teilfunktionen der an ihm beteiligten Unternehmen wahrnimmt.<sup>841</sup>

Fällt ein Verein unter eine dieser drei Gruppen, ist er grundsätzlich nicht eintragungsfähig, denn er ist als wirtschaftlicher Verein zu qualifizieren. Doch das würde bedeuten, daß auch Vereine, die planmäßig Eintrittskarten verkaufen oder eine Kantine betreiben, bei denen die wirtschaftliche Tätigkeit der ideellen untergeordnet ist, eintragungsunfähig wären. Somit bedarf es eines Korrektivs, das für den Fall der Betreibung eines Geschäftsbetriebs, der hinter der eigentlichen nichtwirtschaftlichen Tätigkeit des Vereins zurücksteht, die Eintragungsfähigkeit erhält. Diese Rolle erfüllt das sog. Nebenzweckprivileg.

Das Nebenzweckprivileg besagt, daß eine unternehmerische Betätigung ausnahmsweise dann für die Eintragungsfähigkeit des Vereins unbeachtlich ist, wenn sie sich in einer Nebentätigkeit des Vereins erschöpft.<sup>842</sup> Oft ist versucht worden, das Nebenzweckprivileg anhand von

<sup>833</sup> Schmidt, GesR, S. 668-9.

<sup>834</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 92-99, ders. AcP 182, S. 1 (13).

<sup>835</sup> Schmidt, GesR, S. 669.

<sup>836</sup> BayObLG, NJW-RR 99, S. 765; OLG Düsseldorf, NJW-RR 98, S. 683; Staudinger-Weick, § 21 Rdn. 5 ff.; BverwG NJW 79, S. 2261; LG Bonn, Rpfleger 91, S. 423 (424).

<sup>837</sup> Schmidt, Rpfleger 72, S. 286 ff., 343 ff.; ders. AcP 182, S. 1 (16 f).

<sup>838</sup> OLG Hamm NJW-RR 97, S. 1530; OLG Düsseldorf Rpfleger 98, S. 251; OLG Schleswig NJW-RR 01, S. 1478; Reichert, S. 26.

<sup>839</sup> Schmidt, Rpfleger 72, S. 286 (291); ders. AcP 182, S. 1 (16).

<sup>840</sup> Schmidt, Rpfleger 72, S. 343 (347); ders. AcP 182, S. 1 (17).

<sup>841</sup> Schmidt, Rpfleger 72, S. 343 (345-6); ders. AcP 182, S. 1 (17).

<sup>842</sup> BGHZ 15, S. 315 (319); Schmidt, Rpfleger 72, S. 343 (351 ff.); ders. Verbandszweck, S. 109 ff. 184 ff.; Hemmerich, Idealvereine, S. 78; Soergel-Hadding, §§ 21, 22 Rdn. 33; das Nebenzweckprivileg ablehnend Nitschke, S. 123-4.

quantitativen Kriterien zu definieren,<sup>843</sup> jedoch ohne überzeugendes Ergebnis.<sup>844</sup> Entscheidend sind die funktionelle Unterordnung der Nebentätigkeit unter eine nichtwirtschaftliche Haupttätigkeit und die Mittel-Zweck-Relation zwischen beiden.<sup>845</sup>

Auch wenn es für die Praxis unentbehrlich ist, ist die „Methode seiner Anwendung“ oft unklar,<sup>846</sup> Schmidt spricht sogar davon, daß „man aus Gründen des Rechtsgefühls >Fünfe gerade sein< läßt.“<sup>847</sup>

### (β) Der Verein als Gesellschafter

Ein Sonderproblem für die komplizierte Einstufung der Vereinstypen ist die Beteiligung des Vereins an einem Unternehmen. Die sich stellende Frage lautet: Kann ein Verein dem § 22 BGB entgehen, indem er, statt selbst ein Unternehmen zu führen, einer unternehmenstragenden Gesellschaft beitrifft oder seine wirtschaftliche Tätigkeit auf eine vom ihm beherrschte Tochtergesellschaft auslagert?

Grundsätzlich gilt, daß die Beteiligung an einem Unternehmen den Verein noch nicht zum wirtschaftlichen Verein macht.<sup>848</sup> Anders ist die Lage, wenn der Verein aufgrund der Beteiligung an der Gewinnausschüttung teilnimmt und diese Gewinne an seine Mitglieder weiterleitet. Da das Vereinsrecht keine gläubigerschützende Ausschüttungsverbote kennt, ist das Recht des nichtwirtschaftlichen Vereins auf einen solchen Sachverhalt nicht zugeschnitten. Daher muß ein solcher Verband in Form einer Kapitalgesellschaft betrieben werden, denn im Kapitalgesellschaftsrecht gibt es Ausschüttungsverbote.<sup>849</sup> Jeder Verein, der Gewinne ausschüttet, ist daher wirtschaftlicher Verein und eintragungsunfähig iSd § 22 BGB. Eine Gewinnthesaurierung ist hingegen unschädlich, was einen Grund dafür darstellt, daß Fußballvereine ihre Gewinne nicht ausschütten.

Auch kann ein Verein wirtschaftlich sein wegen seines gesellschaftsrechtlichen Status. Ist er z.B. Gesellschafter einer oHG oder Komplementär, ist ihm seine Beteiligung wie eine eigene Unternehmensträgerschaft zuzurechnen.<sup>850</sup> Dies folgt daraus, daß wenn eine eigene Unternehmensträgerschaft des Vereins einen Schutz des Rechtsverkehrs erforderlich macht, dann nichts anderes für solche Vereine gelten kann, die als Gesellschafter wie Alleinunternehmer haften.<sup>851</sup> Wäre dies anders, gäbe es nicht allein die GmbH & Co. KG, sondern auch die e.V. & Co. KG.

Besonders umstritten ist die Frage, ob ein Verein deshalb zum wirtschaftlichen Verein wird, weil er als Gesellschafter an einem Unternehmen beteiligt ist und auf dieses einen beherrschenden Einfluß ausüben kann, sog. „konzernrechtliche Zurechnung“.<sup>852</sup> Zu dieser Frage hat der BGH in seinem ADAC-Urteil<sup>853</sup> Stellung genommen. Der Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

#### **„ADAC“ = BGHZ 85, S. 84**

*Mehrere Rechtsschutzversicherer hatten den ADAC e.V. auf Unterlassung verklagt, weil er durch seine Tochtergesellschaft, die ADAC-Rechtsschutz-Versicherungs-AG, an der er zu 100*

<sup>843</sup> Heckelmann, AcP 179, S. 24 f.; Sack, ZGR 74, S. 179 ff.; Mummenhoff, S. 134 ff..

<sup>844</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 184 ff.; MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 23.

<sup>845</sup> Schmidt, GesR, S. 675; OLG Celle, Rpfleger 92, S. 66 (67), Reichert, S. 33-34; Hemmerich, Idealvereine, S. 101 ff..

<sup>846</sup> Hemmerich, Idealvereine, S. 90-1; Schmidt, GesR, S. 674-5.

<sup>847</sup> Schmidt, GesR, S. 674.

<sup>848</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 123.

<sup>849</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 124.

<sup>850</sup> Schmidt, Rpfleger 72, S. 343 (347), Schmidt, Verbandszweck, S. 125.

<sup>851</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 125.

<sup>852</sup> Benannt nach Schmidt, Verbandszweck, S. 125.

<sup>853</sup> BGHZ 85, S. 84.

*% beteiligt ist, Versicherungsgeschäfte in der unzulässigen Rechtsform des e.V. betreibe.<sup>854</sup> Der BGH wies die Klage ab. Er entschied, daß dem ADAC die wirtschaftliche Betätigung seiner Tochter, auf die er einen beherrschenden Einfluß ausübt, nicht zuzurechnen und er somit kein wirtschaftlicher Verein ist. Er begründete dies damit, daß die sich aus § 317 AktG ergebende Haftung des herrschenden Unternehmens und seiner Organe nach § 317 III AktG die fehlende Kapitalgarantie beim Verein ersetze.<sup>855</sup> Obwohl der BGH die „konzernrechtliche Zurechnung“ verneinte, wandte er trotzdem noch das Nebenzweckprivileg an. So heißt es: „indessen ist es mit Zweck und Tätigkeit eines Idealvereins auch unter Berücksichtigung der Schutzzwecke der §§ 21, 22 BGB nicht unvereinbar, wenn dieser in dem erörterten Umfang einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb führt. Ein Verein kann... ein nichtwirtschaftlicher Verein auch sein, wenn er zur Erreichung seiner idealen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet sind.“<sup>856</sup>*

Kann dies überzeugen? Wir wollen hier Karsten Schmidt folgend diese Frage verneinen.<sup>857</sup> Der Gedanke, daß sich die Kapitalgarantien des Kapitalgesellschaftsrechts allein durch eine Schadenersatzhaftung des herrschenden Unternehmens nach § 317 AktG und dessen Organe nach § 317 III AktG kompensieren lassen, überzeugt nicht. Dies zeigt sich bereits daran, daß auch eine herrschende Kapitalgesellschaft der Haftung des § 317 AktG voll unterliegt, obwohl sie die Kapitalgarantien erfüllt.<sup>858</sup> Außerdem muß Hemmerich selbst zugeben, daß die aus der Abhängigkeit resultierenden Gefahren durch die Haftung des herrschenden Unternehmens nach § 317 I AktG und dessen Organe nach § 317 III AktG nicht voll ausgeglichen werden.<sup>859</sup> Folglich muß selbst eine Vertreterin der Ansicht, die eine Zurechnung wegen des Ausgleichs aus § 317 I und III AktG ablehnt, zugeben, daß § 317 I und III AktG keine vollständige Kompensation darstellen.

Folglich ist der Fall der „konzernrechtlichen Zurechnung“ anders als vom BGH gelöst zu behandeln. Eine Beteiligung, die zu einem beherrschenden Einfluß auf ein Unternehmen führt, macht den Verein erst einmal zu einem wirtschaftlichen Verein. Die Eintragungsfähigkeit kann ihm dann nur noch das Nebenzweckprivileg erhalten.<sup>860</sup>

Dies entspricht der überwiegenden Ansicht im Schrifttum.<sup>861</sup> Unstimmigkeiten bestehen aber hinsichtlich der Art der Beteiligung. Einige Vertreter lassen bereits eine Abhängigkeit nach § 17 AktG genügen,<sup>862</sup> andere verlangen die Ausübung von Leitungsmacht.<sup>863</sup> Schließlich wird für die Zurechnung das Vorliegen eines Vertragskonzerns oder zumindest eines qualifiziert faktischen Konzerns gefordert, weil nur dann eine verschuldensunabhängige Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens bestünde.<sup>864</sup>

Schmidt, der bereits eine Abhängigkeit nach § 17 AktG ausreichen läßt, begründet seine Ansicht damit, daß es mit dem Schutzzweck des § 22 BGB unvereinbar sei, einen unterneh-

<sup>854</sup> BGHZ 85, S. 84 (85-86).

<sup>855</sup> BGHZ 85, S. 84 (91); der BGH beruft sich in seiner Begründung auf ein Privatgutachten von Ulmer, sowie auf Hannelore Hemmerich BB 83, S. 26 (28); dies. BB 83, S. 332 f.; gegen Hemmerich, Flume, Juristische Person, S. 114.

<sup>856</sup> BGHZ 85, S. 84 (93).

<sup>857</sup> Schmidt, GesR, S. 672; so auch MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 11 f..

<sup>858</sup> Schmidt, GesR, S. 672.

<sup>859</sup> Hemmerich, BB 83, S. 332 (333).

<sup>860</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 129; ders., GesR, S. 672; MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 15 f..

<sup>861</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 129; ders., GesR, S. 672; MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 15 f; Soergel-Hadding, §§ 21, 22 Rdn. 41; Staudinger-Weick, § 21 Rdn. 8; Flume, Juristische Person, S. 114; Arnold, DB 04, S. 2143 (2145).

<sup>862</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 127-8; MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 36 ff.; Staudinger-Weick, §§ 21 Rdn. 8.

<sup>863</sup> Soergel-Hadding, §§ 21, 22 Rdn. 42 f..

<sup>864</sup> Steinbeck/Menke, SpuRt 98, S. 226 (229).

mensbeherrschenden Verein als eintragungsfähig einzustufen. Sobald ein Verein ein Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne beherrscht, können aus der Ausübung geschäftsleitender Befugnisse, der Ausübung eines beherrschenden Einflusses sogar die treuwidrige Ausübung der Mehrheits Herrschaft im Tochterunternehmen Schadensersatzpflichten ausgelöst werden, was einen unternehmerischen Gläubigerschutz unentbehrlich macht.<sup>865</sup> Daher setzt nach Schmidt die „konzernrechtliche“ Zurechnung nicht erst bei einer konkret gefährlichen Wahrnehmung von Leitungsaufgaben an, sondern bereits bei der Abhängigkeit nach § 17 AktG und der damit verbundenen Möglichkeit der Einflußnahme des Vereins auf das abhängige Unternehmen.

Die Vertreter der Gegenansicht führen auf, daß zwar bei einer Abhängigkeit nach § 17 AktG eine Vermutung für eine einheitliche Leitung nach § 18 I 3 AktG besteht. Über diese Vermutung hinaus läßt sich aber bei bloßer Mehrheitsbeteiligung kein selbständiger Zurechnungsgrund entnehmen.<sup>866</sup>

Doch können diese Argumente nicht überzeugen. Schmidt weist zutreffend darauf hin, daß dem beherrschenden Verein die wirtschaftliche Tätigkeit seiner Tochtergesellschaft wegen der aus der Beherrschung resultierenden Haftungsrisiken zuzurechnen ist.<sup>867</sup> Außerdem spricht für eine Zurechnung aufgrund § 17 AktG, daß es nicht allein um konzernrechtliches Schutzrecht, sondern um die Qualifizierung des Vereins als Unternehmen geht. Dies kann nur von den objektiven Eigenschaften/Fähigkeiten des Vereins abhängen, nicht davon, ob der Verein davon bereits Gebrauch gemacht hat. Somit stellt diese Ansicht zu enge Voraussetzungen für eine Zurechnung auf und ist daher abzulehnen.

Aus den vorgebrachten Gründen ist auch die Ansicht, die entweder einen qualifiziert faktischen Konzern oder sogar einen Vertragskonzern fordert, abzulehnen, da sie noch engere Anforderungen an eine Zurechnung der Beteiligung stellt als die soeben abgelehnte Ansicht. Zwar ist es richtig, daß nur wenn eine verschuldensunabhängige Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens besteht, vgl. § 302 AktG, die wirtschaftlichen Risiken den Verein wie vor der Ausgliederung treffen.<sup>868</sup> Doch sind solch enge Voraussetzungen einer Zurechnung der Beteiligung vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des § 22 BGB zu eng.

Soweit die letztgenannte Ansicht einen qualifiziert faktischen Konzern als Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung verlangt, wird sie seit dem Bremer Vulkan Urteil<sup>869</sup> auch aus anderem Grund nur noch schwerlich zu halten sein, denn der BGH erklärte die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns für die GmbH für aufgegeben.<sup>870</sup> Die Anwendung des qualifiziert faktischen Konzerns auf den Verein, wie er teilweise in der Diskussion stand,<sup>871</sup> kann auch aus anderen Gründen nicht überzeugen, denn im Verein mangelt es an einem festen Grundkapital, um dessen Schutz es im Aktienkonzern zumindest auch geht.<sup>872</sup> Auch besteht meist nicht die Gefahr der Verlagerung von Gewinnchancen von einem abhängigen Unternehmen auf die Konzernspitze, weil ein Idealverein typischerweise nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Mit der Aufgabe des qualifiziert faktischen Konzerns für die GmbH durch den BGH im Bremer Vulkan-Urteil<sup>873</sup> sollte somit auch die Diskussion der Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur auf den Verein ad acta gelegt werden.

Insgesamt ist daher Schmidt folgend eine Abhängigkeit im Sinne des § 17 AktG für eine Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Tochter auf den Verein ausreichend. Ein solcher

<sup>865</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 127-8.

<sup>866</sup> Soergel-Hadding, §§ 21, 22 Rdn. 42.

<sup>867</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 128; ders. AcP 182, S. 24.

<sup>868</sup> Steinbeck/Menke, SpuRt 98, S. 226 (229).

<sup>869</sup> BGHZ 149, S. 10.

<sup>870</sup> Arnold, DB 04, S. 2143 (2145 Fn. 39).

<sup>871</sup> OLG Köln AG 99, S. 92 (93).

<sup>872</sup> Grunewald, FS-Raiser, S. 97 (102).

<sup>873</sup> BGHZ 149, S. 10.

Verein ist somit als wirtschaftlicher Verein anzusehen und damit eintragungsunfähig, es sei denn, ihm kommt das Nebenzweckprivileg zu Gute.

Das herausgearbeitete Ergebnis der „konzernrechtlichen“ Zurechnung mit der Möglichkeit des Eingreifens des Nebenzweckprivilegs ist insgesamt sachgerecht.

Ansonsten könnte ein Verein sämtliche wirtschaftliche Tätigkeitsfelder auf Tochtergesellschaften auslagern, es könnte sich ein Konzern bilden mit dem Verein an der Spitze.<sup>874</sup> Man bekäme es dann mit einer „Publikumsgesellschaft“ zu tun, die hinsichtlich Mitgliederschutz noch deutlich hinter der Publikums-GmbH & Co. KG zurückbleibt. Es fehlt nicht nur ein Aufsichtsrat, der den Vorstand kontrolliert, eine Abschlußprüfung, die den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht aus der Distanz eines neutralen Fachmanns beurteilt und eine Konzernbilanz, die aus den Einzelbilanzen der Geschäftsbetriebe die bereinigte Summe zieht. Es entfällt sogar die handelspersonengesellschaftsrechtliche Mindestausstattung, bestehend aus Abfindungsanspruch bei Austritt und individuelles Einsichts- und Auskunftsrecht, über die der Publikumskommanditist immerhin noch verfügt.<sup>875</sup> Die tatsächlich mit einem solchen Verein verbundenen Gefahren zeigen sich am Beispiel des ADAC. Dieser hat sich seit dem BGH-Urteil zu einem Wirtschaftskonzern entwickelt, dessen Spitze sich praktisch jeder Kontrolle durch die Mitglieder oder gar der Öffentlichkeit entzieht.<sup>876</sup>

Die fehlende Kontrolle über den Verein als herrschendes Unternehmen kann daraus folgen, daß wenn die einzelnen Tochtergesellschaften unter der Mitbestimmungsgrenze von 2000 Arbeitnehmern bleiben, der gesamte Unternehmensverbund/Konzern mitbestimmungsfrei ist, denn nach § 5 MitbestG muß das herrschende Unternehmen Kapitalgesellschaft, Genossenschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft sein.<sup>877</sup> Der Verein an der Spitze des Konzerns/Unternehmensverbunds kann dann noch, wenn die Tochtergesellschaften GmbHs sind, deren Geschäftsführer frei wählen. Eine derartige Konzernbildung, die praktisch weder einer Kontrolle durch die Arbeitnehmer, weil die besonderen Kontrollvorschriften des MitbestG unterlaufen werden, noch einer sonstigen Kontrolle unterliegt, ist zumindest aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht hinnehmbar.

Aufgrund dieser Gefahren sollte auch das Nebenzweckprivileg, wie einige Stimmen es fordern,<sup>878</sup> eingeschränkt angewandt werden, um solche „Konzernvereine“ nicht über den Umweg des Nebenzweckprivilegs zuzulassen. Insofern sollte es nur dann angewandt werden, wenn die wirtschaftliche Betätigung relativ stark der ideellen Aktivität untergeordnet ist und Gläubigerinteressen seiner Anwendung nicht entgegenstehen.<sup>879</sup>

### **(δ) Ergebnis**

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß nur ein Verein, der entweder nicht wirtschaftlich im Sinne der hier dargestellten Theorie oder dem trotz wirtschaftlicher Betätigung das Nebenzweckprivileg zugute kommt, ein eintragungsfähiger Verein ist. Durch die Eintragung ins Vereinsregister wird der Verein zum rechtsfähigen e.V..

<sup>874</sup> Schmidt, Verbandszweck, S. 127.

<sup>875</sup> MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 15.

<sup>876</sup> MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 21.

<sup>877</sup> Hanau/Ulmer-Ulmer, MitbestG, § 1 Rdn. 31.

<sup>878</sup> MüKo/ BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 19 ff.; auch Schmidt, GesR, S. 674-5; der auf die Unterordnung der Nebentätigkeit abstellt; das Nebenzweckprivileg gänzlich ablehnend Nitschke, S. 123-4.

<sup>879</sup> Reichert, S. 34; Schmidt, GesR, S. 675; MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 19.



## (2) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß die Existenzvernichtungshaftung auf Vereine, die rechtsfähige Vereine nach der hier vertretenen Definition sind, nicht anwendbar ist.

## (3) Sonderfälle

Allerdings gibt es rechtsfähige Vereine, bei denen die soeben dargestellte Lösung nicht paßt. Solche Vereine sind z.B. das „Paradebeispiel“ ADAC oder die Profisportvereine der verschiedenen Bundesligen. Bei beiden handelt es sich um unternehmerische Großvereine mit Jahreshaushalten in Millionenhöhe. Die Eintragung liegt dabei lange Zeit zurück, sie erfolgte zu einem Zeitpunkt, in dem insbesondere bei den Sportvereinen noch der Amateursport vorherrschte, der Jahreshaushalt entsprechend bescheiden war.<sup>880</sup> Doch sind dies Extremfälle, auf die eine Übertragung möglich wäre, da diese Vereine nach ihrer Tätigkeit sowie ihres qualifizierten Managements mehr Kapitalgesellschaft sind als e.V., sie unterscheiden sich nur in ihrer Rechtsform. Man könnte argumentieren, daß sie sich nicht dadurch, daß sie die Rechtsform des e.V. erlangt haben, den Regeln der Kapitalgesellschaften entziehen können. Insbesondere deshalb nicht, weil sie ihrer Tätigkeit nach nur schwerlich noch als rechtsfähiger Idealverein eingestuft werden können.

Da man aus Gründen der Rechtsklarheit nicht eine Übertragung auf einen „besonderen“ Verein zulassen, aber auf einen „normalen“ ablehnen sollte, kommt nur eine generelle Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf den Verein in Betracht. Allerdings würden dann diese wenigen Extremfälle zu Lasten der Normalvereine eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung zulassen, die für den durchschnittlichen Idealverein unsachgerecht ist. Somit soll die Lösung für diese Extremfälle anders gefunden werden:

Nicht an einer Übertragung der Existenzvernichtungshaftung soll angesetzt werden, sondern an der Eintragungsfähigkeit.

Insbesondere bei der Beherrschung von Tochterunternehmen wie im ADAC-Fall,<sup>881</sup> sollte zum einen eine Zurechnung der wirtschaftlichen Aktivität bejaht werden, so daß der Verein auch als wirtschaftlicher Verein einzustufen ist. Zudem sollte dann das Nebenzweckprivileg eingeschränkt angewandt werden, so daß derartige Konzernvereine gar nicht erst entstehen können. Die eingetragenen Vereine, die entgegen ihrer Satzung einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, sollten gezwungen werden, ihre wirtschaftliche Tätigkeit auszugliedern, anderenfalls ist ihnen die erfolgte Eintragung abzuerkennen. Im Fall der Profisportvereine, sollte wie folgt vorgegangen werden. Profisport sollte in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften betrieben werden und nur der Amateursport sollte weiterhin als e.V. bestehen.<sup>882</sup> Für diese Lösung sind bereits Ansätze vorhanden.<sup>883</sup>

Darüberhinaus spricht für diese Lösung auch der Gesetzesentwurf zum Vereinsrecht,<sup>884</sup> der seit Mitte 2004 in der Diskussion steht. Dessen Hauptänderungen sind folgende:

Gestrichen werden soll § 22 BGB, wirtschaftliche Vereine sollen nur noch aufgrund spezialgesetzlicher Bestimmungen zulässig sein.<sup>885</sup> Hingegen soll das Nebenzweckprivileg in das

<sup>880</sup> Reichert, S. 34.

<sup>881</sup> BGHZ 54, S. 222.

<sup>882</sup> Reichert, S. 34.

<sup>883</sup> Mitglied des Deutschen Fußball-Bundes e.V. ist u.a. der Liga-Fußballverband e.V., der ein Zusammenschluß der lizenzierten Vereine und Kapitalgesellschaften der Fußball-Lizenzligen Bundesliga und 2. Bundesliga ist. Die Deutsche Eishockey Betriebsgesellschaft mbH, die oberste Liga im Eishockey, hat als Mitglieder 14 GmbHs, Reichert, S. 34 Fn. 169.; für diese Lösung auch MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 25.

<sup>884</sup> Abzurufen unter: <http://www.bssb-ev.de/home/upload/VereinsRRefE.pdf>.

<sup>885</sup> RegEntwurf, Art. 1, S. 2-3.

Gesetz aufgenommen werden und zwar in § 21 BGB.<sup>886</sup> Darüber hinaus soll § 54 BGB dahingehend geändert werden, daß er nicht mehr auf die Vorschriften der Gesellschaft verweist, sondern auf die Vorschriften über rechtsfähige Vereine.<sup>887</sup> Schließlich soll die Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 43 BGB derart geändert werden, daß der Verein aufgelöst wird, wenn er entgegen seiner Satzung einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt.<sup>888</sup>

Der Entwurf verfolgt das Ziel, das Vereinsrecht zu vereinfachen und es den heutigen Gegebenheiten anzupassen, da das heutige Vereinsrecht ohne große Änderungen in der Fassung vom Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 besteht.<sup>889</sup> Mithin soll insbesondere die wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen und deren Zulässigkeit im Mittelpunkt stehen. Insofern greift der Entwurf ein Kernproblem des „modernen“ Vereinsrecht auf, aber vermag er es zu lösen?

Gelungen ist die Aufnahme des Nebenzweckprivilegs in § 21 BGB sowie dessen Begründung. Schmidt folgend, kommt es nicht auf quantitative sondern qualitative Kriterien an.<sup>890</sup>

Dies wird durch die Verwendung der Formulierung „... eigener Geschäftsbetrieb..., soweit dieser Hilfsmittel zur Erreichung des nichtwirtschaftlichen Vereinszwecks ist...“ deutlich. Außerdem soll die wirtschaftliche Tätigkeit verhältnismäßig geringfügig sein, was eine engere Auslegung des Nebenzweckprivilegs nahe legt.<sup>891</sup> Diese „engere Sicht“ des Nebenzweckprivilegs ist aus an anderer Stelle dargestellten Gründen<sup>892</sup> zu begrüßen. Hierdurch wird die Abgrenzung wirtschaftlicher/nichtwirtschaftlicher Verein erleichtert, dies gilt gerade auch, weil der Entwurf in seiner Begründung Stellung zu den „Grenzfällen“ wie der Unternehmensbeteiligung von Vereinen nimmt.

Nach dem Entwurf ist die Ausgliederung von wirtschaftlichen Aktivitäten auf Tochtergesellschaften zulässig,<sup>893</sup> insoweit steht er mit der soeben aufgestellten Lösung für Großvereine in Einklang. Allerdings ist nach dem Entwurf die wirtschaftliche Tätigkeit einer Tochtergesellschaft in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung zum ADAC-Urteil<sup>894</sup> nicht zurechenbar.<sup>895</sup>

Dies vermag aber, wie an anderer Stelle diskutiert,<sup>896</sup> nicht zu überzeugen.

Auch Arnold<sup>897</sup> erhebt hiergegen Kritik, wobei er sich auch auf einen Bericht von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts stützt. In diesem Bericht heißt es mitunter:

„Es besteht die Sorge, daß sie (Stiftungen, Vereine, Gegenseitigkeitsgesellschaften oder andere Rechtsformen) zur Führung börsennotierter Gesellschaften benutzt werden, um die Anwendung der Transparenzvorschriften auf Mehrheitsaktionäre zu umgehen. Wenn Stiftungen, Vereine, Gegenseitigkeitsgesellschaften oder andere Rechtsformen als Mehrheitsaktionäre fungieren, muß sichergestellt sein, daß sich die Offenlegungserfordernisse, insbesondere für die Führungsstrukturen, auch auf sie erstrecken.“<sup>898</sup>

Als Bewertung des Regierungsentwurfs läßt sich somit festhalten, daß er zwar insoweit eine richtige Richtung vorgibt, als daß er die Ausgliederung von wirtschaftlicher Tätigkeit auf Tochtergesellschaften zuläßt, jedoch ist die dann nicht erfolgende Zurechnung der wirtschaft-

<sup>886</sup> RegEntwurf, Art. 1, S. 3.

<sup>887</sup> RegEntwurf, Art. 1, S. 5.

<sup>888</sup> RegEntwurf, Art. 1, S. 4.

<sup>889</sup> RegEntwurf, Begründung, S. 11.

<sup>890</sup> RegEntwurf, Begründung, S. 15.

<sup>891</sup> Arnold, DB 04, S. 2143 (2145).

<sup>892</sup> Siehe oben III B dd bbb.

<sup>893</sup> Arnold, DB 04, S. 2143 (2145).

<sup>894</sup> BGHZ 85, S. 84.

<sup>895</sup> RegEntwurf, Begründung, S. 17.

<sup>896</sup> Siehe oben, III B dd bbb (1).

<sup>897</sup> Arnold, DB 04, S. 2143 (2145).

<sup>898</sup> Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4.11.2002, S. 133 f., abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/internal/\\_market/en/company/company/modern/consult/report\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal/_market/en/company/company/modern/consult/report_de.pdf).

lichen Tätigkeit bei Beherrschung des Tochterunternehmens verfehlt. Insoweit sollte der Gesetzgeber sich nicht darauf beschränken, sich auf die Rechtsprechung des ADAC-Urteils zu beziehen, die mittlerweile schon über 20 Jahre alt ist, sondern auch die hierzu ergangenen Kritiken mit einbeziehen. Denn es entspricht wohl mittlerweile der herrschenden Ansicht in der Literatur, daß eine Zurechnung zu erfolgen hat.<sup>899</sup>

Insgesamt bleibt es bei dem herausgearbeiteten Ergebnis, wonach die Existenzvernichtungshaftung nicht auf den rechtsfähigen Verein Anwendung findet.

#### **ee) Ergebnis für den rechtsfähigen Verein**

Als Ergebnis für den rechtsfähigen Verein läßt sich abschließend festhalten, daß eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung insgesamt auszuschließen hat. Dies ergibt sich aus der hier vertretenen Rechtsfolge der Existenzvernichtungshaftung, der persönlichen Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, welche mit dem typischen Zweck sowie der Struktur eines Idealvereins unvereinbar ist. Dieser Ausschluß der Übertragbarkeit gilt aufgrund der Rechtsklarheit für alle rechtsfähigen Vereine. Die besonderen Vereinsformen sollten durch Zurechnung der wirtschaftlichen Aktivität der von ihnen beherrschten Tochterunternehmen sowie restriktiver Anwendung des Nebenzweckprivilegs dazu gebracht werden, ihre wirtschaftliche Betätigung auf ein nicht beherrschtes Unternehmen auszugliedern oder selbst eine andere Rechtsform zu wählen.

---

<sup>899</sup> Schmidt, GesR, S. 672; so auch MüKo/BGB-Reuter, §§ 21, 22 Rdn. 11 f..



#### IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Problem der Durchgriffshaftung im GmbH-Recht ist aufgrund der bestehenden Lücken im Gesetz bzgl. eines Mißbrauchs der Gesellschaft beinahe so alt wie das GmbHG selbst. Rechtsprechung und Literatur waren von Anbeginn an bemüht, eine Rechtsfigur zur Schließung der bestehenden Lücken zu schaffen. Die vorerst letzte Entwicklungsstufe nahm der BGH mit der Begründung der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs. Sie hat sich im GmbH-Recht durchgesetzt, doch wird über ihre Rechtsnatur immer noch kontrovers diskutiert.

Entgegen Stimmen in der Literatur, die die Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung in Form von einem Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter begreifen, versteht die hier dargestellte Lösung die Existenzvernichtungshaftung als Durchgriffshaftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Die Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs hat ihre rechtliche Grundlage in der Mißachtung der im GmbHG verankerten Vermögensbindung durch die Gesellschafter, was dazu führt, daß sie sich aufgrund von einer teleologischen Reduktion von § 13 II GmbHG nicht mehr auf das Haftungsprivileg berufen können. Diese teleologische Reduktion hat wiederum ihre rechtliche Grundlage in der Normzwecklehre, wonach Normen dann nicht anzuwenden sind, wenn die von ihnen gestellten Voraussetzungen nicht eingehalten werden. Schließlich wird die Haftungserstreckung auf die Gesellschafter durch §§ 105, 128 HGB analog begründet, da die Situation in der GmbH ohne § 13 II GmbHG mit der in einer OHG vergleichbar ist. Der Vorzug dieser Lösung gegenüber einer Innenhaftung liegt nicht in der überzeugenden rechtlichen Grundlage, sondern in den Vorteilen, die die Durchgriffshaftung in der praktischen Anwendung gegenüber der Innenhaftung bietet.

Die Tatbestandsvoraussetzungen werden nach der hier vertretenen Ansicht insgesamt weit verstanden. Als Täter kommen nicht nur die den Eingriff selbst vornehmenden Gesellschafter und die Gesellschafter-Gesellschafter in Betracht, sondern auch die teilnehmenden Gesellschafter, die zu dem Eingriff ihr Einverständnis erteilt haben oder diesen trotz Kenntnis duldeten. Unter Eingriff iSd Existenzvernichtungshaftung wird nicht nur der unmittelbare Entzug von Vermögen verstanden. Vielmehr fallen hierunter alle Verhaltensweisen, die der Gesellschaft hinreichend konkrete Vermögenspositionen entziehen, wie beispielsweise der Entzug von Geschäftschancen oder des Kundenstamms sowie die Risikogeschäfte. Als Eingriffsfolge muß Insolvenz der Gesellschaft eintreten. Als ungeschriebene Rechtsfigur ist die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs zu den §§ 30, 31 GmbHG subsidiär. Praktische Bedeutung kommt dem Subsidiaritätsgrundsatz aber nur im Falle der Insolvenzvertiefung zu, da die ansonst durch die Insolvenz entstehenden Folgeschäden von den §§ 30, 31 GmbHG nicht erfaßt sind. Da die Haftungserstreckung auf die Gesellschafter über §§ 105, 128 HGB analog begründet wird, haften sie unbeschränkt persönlich. Eine Haftungsbeschränkung läßt sich weder aus systematischen noch teleologischen Gründen überzeugend herleiten. Allerdings besteht eine Haftungsbeschränkung ausnahmsweise dann, wenn der Gesellschafter nachweisen kann, daß die Gesellschaft auch bei einem redlichen Verhalten insolvent geworden wäre und ihr durch den existenzvernichtenden Eingriff nur ein zusätzlicher Nachteil entstanden ist. Dann ist nur dieser Nachteil zu ersetzen.

Nach dem hier vertretenen Ergebnis ist die Existenzvernichtungshaftung auch auf die unabhängige AG anwendbar. Als Grund ist zunächst die auch im Aktienrecht bestehende Regelungslücke im Vermögensschutzsystem zu nennen. Zwar sind die aktienrechtlichen Vermögensschutzvorschriften strenger ausgestaltet als die GmbH-rechtlichen, doch bieten auch sie keinen umfassenden Schutz vor existenzvernichtenden Eingriffen. Die Möglichkeit der Übertragung deutete sich bereits im „KBV“-Urteil der BGH an, aus dem sich eine Allgemeingültigkeit der Existenzvernichtungshaftung für die Kapitalgesellschaften herauslesen ließ. Die zur Übertragung erforderliche Planwidrigkeit der Regelungslücke ist mit dem auch im Aktienrecht geltendem Verbot der „kalten Liquidation“ zu begründen, wonach Gesellschafter ihre

Gesellschaft durch gesetzlich vorgesehene Verfahren beenden dürfen. Mithin ist ihnen eine andersartige Gesellschaftsbeendigung untersagt. Es stehen der Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG auch keine Wertungen des AktG entgegen, insbesondere ist auch das aktienrechtliche Haftungsprivileg über die Normzwecklehre teleologisch zu reduzieren und die Haftungserstreckung auf die Aktionäre analog §§ 105, 128 HGB möglich.

Zwar finden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte, die zwingend für eine Übertragung der Existenzvernichtungshaftung auf die AG sprechen. Doch ist nicht einzusehen, wieso das Schutzniveau in der AG dem der GmbH nachstehen sollte. Außerdem bringt die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung eine einheitliche rechtliche Lösung für die Gesellschaftsformen mit sich, so daß Haftungslücken durch Einbindung einer GmbH in eine AG oder umgekehrt geschlossen werden. Somit ist es überzeugend, die Existenzvernichtungshaftung auf die unabhängige AG anzuwenden.

Diese Arbeit kommt betreffend die faktisch konzernierten AG zu dem gleichen Ergebnis. Fraglich ist allein, ob auch im Rahmen der faktisch konzernierten AG die Regelungslücke planwidrig ist. Der Planwidrigkeit könnten die §§ 311 ff. AktG entgegenstehen. Doch auch die §§ 311 ff. AktG schließen die Planwidrigkeit der Lücke nicht aus. Ansonsten würde man zu dem Ergebnis kommen, daß ohne die §§ 311 ff. AktG die Gesellschaftsgläubiger besser stünden und die §§ 311 ff. AktG zu ihrem Schutzzweck – Gläubigerschutz – durch Verdrängung der Existenzvernichtungshaftung in Widerspruch träten.

Die Gründe für die Übertragung der Existenzvernichtungshaftung sind die gleichen wie bei der unabhängigen AG, einheitliches Schutzniveau sowie einheitliche rechtliche Lösung.

Schließlich kommt die hiesige Lösung zu dem Ergebnis, daß die Existenzvernichtungshaftung nicht auf den eingetragenen Verein übertragbar ist. Zwar ist auch Vereinsvermögen zweckgebunden, so daß auch im Vereinsrecht die Regelungslücke aufgrund des Verbots der kalten Liquidation planwidrig ist, doch sprechen einschlägige Gründe gegen eine Übertragung. Zum einen spricht gegen eine Übertragung das Wesen des e.V., der eine persönliche Haftung seiner Mitglieder ausschließt, zum anderen die Art seiner Mitglieder. In einem Verein ist regelmäßig mit der Tätigkeit von Laien zu rechnen, es ist aber nicht sachgerecht, sie mit einer verschuldensunabhängigen unbeschränkten persönlichen Haftung zu konfrontieren. Dieses Ergebnis gilt aufgrund der Rechtsklarheit für alle eingetragenen Vereine. Die „besonderen Vereine“, die aufgrund ihrer Tätigkeit mehr Kapitalgesellschaft als Verein sind, beispielsweise die Sportvereine, sollten durch Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Tochtergesellschaften sowie eingeschränkter Anwendung des Nebenzweckprivilegs dazu gebracht werden, entweder ihre Tätigkeit auf ein von ihnen nicht beherrschtes Unternehmen auszulagern oder ihre Rechtsform zu ändern.

## Literaturverzeichnis

- Aktiengesetz  
 Geßler, Ernst – Hefermehl, Wolfgang – Eckardt, Ulrich – Kropff, Bruno  
 Zitiert: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Bearbeiter
- Band I  
 §§ 1-75 AktG  
 München 1984
- Band II  
 §§ 76-147 AktG
- Band III  
 §§ 148-178 AktG  
 München 1973
- Band VI  
 §§ 291-410 AktG
- Altmeyen, Holger  
 Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern  
 Verflechtungen im faktischen Unternehmensverbund und ihre Auswirkungen  
 Heidelberg 1991  
 Zitiert: Altmeyen, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern
- derselbe  
 Anmerkung zu Verfassungsbeschwerde „Video-Urteil“  
 Stellungnahme der Bundesregierung vom 26. Oktober 1992  
 ZIP 92, S. 1668-1669  
 Zitiert: Altmeyen, ZIP 92
- derselbe  
 Ausfall- und Verhaltenshaftung des Mitgesellschafters in der GmbH  
 Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 25.2.2002 – II ZR 196/00, ZIP 2002, 848  
 ZIP 02, S. 961-968  
 Zitiert: Altmeyen, ZIP 02
- derselbe  
 Die Haftung des Managers im Konzern  
 München 1998  
 Zitiert: Altmeyen, Die Haftung des Managers im Konzern

- derselbe  
Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH  
NJW 02, S. 321-324  
Zitiert: Altmeppen, NJW 02
- derselbe  
Grenzenlose Vermutungen im Recht der GmbH – Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur konzernierten GmbH nach dem Urteil vom 23.9.1991 – II ZR 135/90  
DB 91, S. 2225-2230  
Zitiert: Altmeppen, DB 91
- derselbe  
Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH  
Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 17.9.2001 – II ZR 178/99 „Bremer Vulkan“  
ZIP 01, S. 1837-1847  
Zitiert: Altmeppen, ZIP 01
- derselbe  
Zur Disponibilität der Geschäftsführerhaftung in der GmbH  
– Zugleich Besprechung von BGH-Urteil vom 31.1.2000 – II ZR 189/99 –  
DB 00, S. 657-661  
Zitiert: Altmeppen, DB 00
- derselbe  
Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH  
ZIP 02, S. 1553-1563  
Zitiert: Altmeppen, ZIP 02
- derselbe  
Zur Vermögensbindung in der Faktisch abhängigen AG  
ZIP 96, S. 693-698  
Zitiert: Altmeppen, ZIP 96
- Arnim, Christoph  
U.S. Corporation und Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich  
Haftungsdurchgriff im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht und Piercing the Corporate Veil im Recht der U.S.-amerikanischen Corporation  
NZG 00, S. 1001-1008  
Zitiert: Arnim, NZG 00



- Arnold, Arnd  
Die geplante Vereinsrechtsreform – Fortschritt oder Irrweg?  
DB 04, S. 2143-2146  
Zitiert: Arnold, DB 04
- Arnold, Michael  
Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre nach Gelatine und Macrotron  
ZIP 05, S. 1573-1579  
Zitiert: Arnold, ZIP 05
- Ballerstedt, Kurt  
Gesellschaftsrechtliche Probleme der Reform des GmbH-Rechts  
ZHR Band 135 (1972), S. 383-409  
Zitiert: Ballerstedt, ZHR 135
- derselbe  
Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften  
Tübingen 1949  
Zitiert: Ballerstedt, Kapital
- Banerjea, Nirmal Robert  
Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifiziert faktischen Konzern  
Zugleich Besprechung des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 3. September 1999, ZIP 1999, 24  
ZIP 99, S. 1153-1162  
Zitiert: Banerjea, ZIP 99
- Bälz, Ulrich  
Verbundene Unternehmen  
AG 92, S. 277-311  
Zitiert: Bälz, AG 92
- Baumbach, Adolf  
Hopt, Klaus  
Handelsgesetzbuch  
32. Auflage  
München 2006  
Zitiert: Baumbach/Hopt-Bearbeiter
- Baumbach, Adolf  
Hueck, Alfred  
GmbH-Gesetz  
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
17. Auflage  
München 2000  
Zitiert: Baumbach/Hueck/I-Bearbeiter  
18. Auflage

München 2006  
 Zitiert: Baumbach/Hueck/II-Bearbeiter

- Bayer, Walter  
 Zentrale Konzernfinanzierung, Cash Management  
 und Kapitalerhaltung  
 Festschrift für Marcus Lutter, S. 1011-1032  
 Köln 2000  
 Zitiert: Bayer, FS-Lutter
- Bechlivanis, Achilleys  
 Vermögensbindung bei der unabhängigen und der  
 einfach faktisch konzernierten Aktiengesellschaft  
 Bonn 2004  
 Zitiert: Bechlivanis
- Beck'sches Handbuch der AG  
 Beck'sches Handbuch der AG  
 – mit KgaA –  
 Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang  
 Hrsg. Müller, Welf; Rödder, Thomas  
 München 2004  
 Zitiert: Beck'sches Handbuch der AG-Bearbeiter
- Benecke, Martina  
 Existenzvernichtender Eingriff statt qualifiziert  
 faktischer Konzern: Die neue Rechtsprechung des  
 BGH zur Haftung von GmbH-Gesellschaftern  
 BB 03, S. 1190-1195  
 Zitiert: Benecke, BB 03
- Beuthien, Volker  
 Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung  
 herrschender Unternehmen für Leitungsmaßnah-  
 men  
 DB 69, S. 1781-1785  
 Zitiert: Beuthien, DB 69
- Bitter, Georg  
 Anmerkung zu BGH  
 Urteil vom 25.3.2002  
 WuB II C.§ 13 GmbHG 2.02, S. 793-796  
 Zitiert: Bitter, WuB C.§ 13 GmbHG 2.02
- derselbe  
 Das „TBB“-Urteil und das immer noch vergesse-  
 ne GmbH-Vertragskonzernrecht  
 ZIP 01, S. 265-278  
 Zitiert: Bitter, ZIP 01
- derselbe  
 Der Anfang vom Ende des „qualifiziert fakti-  
 schen GmbH-Konzerns“

– Ansätze einer allgemeinen Mißbrauchshaftung  
in der Rechtsprechung des BGH –  
WM 01, S. 2133-2141  
Zitiert: Bitter, WM 01

derselbe

Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften  
Köln – Berlin – Bonn – München 2000  
Zitiert: Bitter, Konzernrechtliche  
Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften

Bitter, Georg  
Bitter, Walter

Alles klar im qualifiziert faktischen Konzern?  
Oder: Die Ausweitung der BGH-Rechtsprechung  
durch das BAG  
Anmerkungen zum Konzernhaftungsrecht aus  
Anlaß der Entscheidung des BAG vom 1.8.1995  
BB 96, S. 2153-2160  
Zitiert: Bitter/Bitter, BB 96

Bommert, Rainer

Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht  
Köln – Berlin – Bonn – München 1989  
Zitiert: Bommert, Verdeckte  
Vermögensverlagerungen

Brammsen, Joerg

Strafbare Untreue des Geschäftsführers bei einverständlicher Schmälerung des GmbH-Vermögens?  
DB 89, S. 1609-1615  
Zitiert: Brammsen, DB 89

Braun, Eberhard

Insolvenzordnung  
Kommentar  
München 2002  
Zitiert: Braun-Bearbeiter

Brüggemeier, Gert

Die Einflußnahme auf die Verwaltung einer Aktiengesellschaft  
Zur Struktur und zum Verhältnis der §§ 117 und 317 AktG  
AG 88, S. 93-102  
Zitiert: Brüggemeier, AG 88

Bruns, Patrick

Existenz- und Gläubigerschutz in der GmbH –  
das Vulkan-Konzept

WM 03, S. 815-823  
Zitiert: Bruns, WM 03

- Burgard, Ulrich  
Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH  
Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH  
ZIP 02, S. 827-839  
Zitiert: Burgard, ZIP 02
- derselbe  
Garantie- und Verschuldenshaftung von Mitgesellschaftern einer GmbH  
NZG 02, S. 606-608  
Zitiert: Burgard, NZG 02
- Canaris, Claus-Wilhelm  
Die Feststellung von Lücken im Gesetz  
Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem  
2. Auflage  
Berlin 1983  
Zitiert: Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz
- Decher, Christian  
Bemerkungen aus der Sicht der Praxis  
Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern – verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil?  
Heidelberg 2001  
Zitiert: Decher, Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern
- Diem, Andreas  
Besicherung von Gesellschafterverbindlichkeiten als existenzvernichtender Eingriff des Gesellschafters?  
ZIP 03, S. 1283-1289  
Zitiert: Diem, ZIP 03
- Döllerer, Georg  
Fragen der verdeckten Gewinnausschüttung der Aktiengesellschaft  
BB 67, S. 1437-1446  
Zitiert: Döllerer, BB 67
- derselbe  
Zum Gewinnbegriff des neuen Aktiengesetzes  
Festschrift für Ernst Geßler

S. 93-110  
München 1970  
Zitiert: Döllerer, FS-Geßler

Drygala, Tim

Abschied vom qualifiziert faktischen Konzern –  
oder Konzernrecht für alle?  
GmbHHR 03, S.729-740  
Zitiert: Drygala, GmbHHR 03

derselbe

Verhaltenshaftung im faktischen GmbH-Konzern  
GmbHHR 93, S. 317-329  
Zitiert: Drygala, GmbHHR 93

Ebenroth, Carsten Thomas

Die Vermögensbindung im Kapitalgesellschafts-  
recht  
Festschrift für Reinhold Trinkner, S. 119-134  
Heidelberg 1995  
Zitiert: Ebenroth, FS-Trinkner

Egner, Henning  
Wolff, Gerhardt

Zur Unbrauchbarkeit des  
Überschuldungstatbestands als gläubigerschüt-  
zendes Instrument  
AG 78, S. 99-106  
Zitiert: Egner/Wolff, AG 79

Emmerich, Volker

Das GmbH-Konzernrecht  
Der GmbH-Konzern  
Köln 1976  
Zitiert: Emmerich, Der GmbH-Konzern

Emmerich, Volker  
Habersack, Mathias

Aktien- und GmbH-Konzernrecht  
4. Auflage  
München 2005  
Zitiert: Emmerich/Habersack-Bearbeiter

Emmerich, Volker  
Sonnenschein, Jürgen  
Habersack, Mathias

Konzernrecht  
7. Auflage  
München 2001  
Zitiert: Emmerich/Sonnenschein/Habersack,  
Konzernrecht

Ehricke, Ulrich

Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der  
GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht

AcP Band 1999 (1999), S. 257-304  
 Zitiert: Ericke, AcP 199

- |                     |  |
|---------------------|--|
| Erman               | Bürgerliches Gesetzbuch<br>11. Auflage<br>Köln 2004<br>Zitiert: Erman-Bearbeiter   |
| Fleck, Hans-Joachim | Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers<br>ZHR Band 149 (1985), S. 387-418<br>Zitiert: Fleck, ZHR 149  |
| derselbe            | Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers<br>GmbHHR 74, S. 224-235<br>Zitiert: Fleck, GmbHHR 74  |
| derselbe            | Mißbrauch der Vertretungsmacht oder Treubruch<br>des mit Einverständnis aller Gesellschafter han-<br>delnden GmbH-Geschäftsführers aus zivilrechtli-<br>cher Sicht<br>ZGR 1990, S. 31-49<br>Zitiert: Fleck, ZGR 90 |
| Flume, Werner       | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<br>Erster Band<br>Zweiter Teil<br>Die juristische Person<br>Berlin - Heiderlberg 1983<br>Zitiert: Flume, Juristische Person   |
|                     | Zweiter Band<br>Das Rechtsgeschäft<br>3. Auflage<br>Berlin – Heidelberg - New York 1979<br>Zitiert: Flume, Rechtsgeschäft  |
| derselbe            | Das Video-Urteil und das GmbH-Recht<br>DB 92, S. 25-29<br>Zitiert: Flume, DB 92  |
| Fuhrmann, Lambertus | „Gelatine“ und die Holz Müller-Doktrin:<br>Ende einer juristischen Irrfahrt?   |

Zugleich Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 26.4.2004 – II ZR 155/02, AG 2004, 384 AG 04, S. 339-342  
Zitiert: Fuhrmann, AG 04

Gäbelein, Wolfgang

Ende der Haftungsgrenzen im Konzern? Video-Urteil des BGH vom 23.9.1991 – II ZR 135/90 GmbHR 92, S. 273-275  
Zitiert: Gäbelein, GmbHR 92

Gehrlein, Markus

Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs in Einzelfall  
Besprechung der BGH-Urteile v. 13.12.2004 – II ZR 206/02, BB 2005, 232 und II ZR 256/02, BB 2005, 286  
BB 05, S. 613-615  
Zitiert: Gehrlein, BB 05

Geßler, Ernst

Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern  
Festschrift für Harry Westermann, S. 145-166  
Karlsruhe 1974  
Zitiert: Geßler, FS-Westermann

derselbe

Probleme des neuen Konzernrechts  
DB 65, S. 1691-1696  
Zitiert: Geßler, DB 65

Geßler, Jörg

Geßler  
Aktiengesetz  
Kommentar  
Zitiert: Geßler, AktG

Band I  
§§1-191 AktG  
Stand: Mai 2006

Goette, Wulf

Der Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung und zum Rückgewährverbot im GmbH-Recht  
DStR 97, S. 1495-1500  
Zitiert: Goette, DStR 97

derselbe

Die GmbH

Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH  
 2. Auflage  
 München 2002  
 Zitiert: Goette, Die GmbH

Groß, Werner

Deliktische Außenhaftung des GmbH-  
 Geschäftsführers  
 ZGR 98, S. 551-569  
 Zitiert: Groß, ZGR 98

Großkommentar zum  
 Aktiengesetz

3. Auflage  
 Zitiert: Großkommentar-Bearbeiter  
  
 Erster Band, 1. Halbband §§ 1-75  
 Berlin – New York 1970-1

Großkommentar zum  
 Aktiengesetz

Hopt, Klaus – Wiedemann, Herbert  
 4. Auflage  
 Zitiert: Großkomm.-Bearbeiter

15. Lieferung: §§ 54-66 AktG  
 Berlin – New York 2001

11. Lieferung: §§ 92-94 AktG  
 Berlin – New York 1999

3. Lieferung: §§ 148-178 AktG  
 Berlin – New York 1993

6. Lieferung: §§ 241-255 AktG  
 Berlin – New York 1996

Vierter Band  
 §§ 291-410 AktG, Einführungsgesetze zum Akti-  
 engesetz  
 3. Auflage  
 Berlin – New York 1975

Grunewald, Barbara

Die Gesellschafterklage in der Personengesell-  
 schaft und der GmbH  
 Tübingen 1990  
 Zitiert: Grunewald, Gesellschafterklage

dieselbe

Die Haftung der Mitglieder bei Einflußnahmen  
 auf abhängige eingetragene Vereine  
 Festschrift für Thomas Raiser



Berlin 2005  
Zitiert: Grunewald, FS-Raiser

dieselbe

Gesellschaftsrecht  
5. Auflage  
Tübingen 2002  
Zitiert: Grunewald, GS

Haarmeyer, Hans  
Wutzke, Wolfgang  
Förster, Karsten

Handbuch zur Insolvenzordnung  
InsO/EGInsO  
3. Auflage  
München 2001  
Zitiert: Haarmeyer/Wutzke/Förster

Haas, Ulrich

Die Gesellschafterhaftung wegen „Existenzvernichtung“  
WM 2003, S. 1929 – 1941  
Zitiert: Haas, WM 03

Hachenburg

Ulmer, Peter  
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)  
Großkommentar  
Zitiert: Hachenburg-Bearbeiter

Erster Band  
Allgemeine Einleitung, §§ 1-34 GmbHG  
8. Auflage  
Berlin – New York 1992

Zweiter Band  
§§ 35-52 GmbHG  
8. Auflage  
Berlin – New York 1997

Dritter Band  
§§ 53-85 GmbHG, Register  
8. Auflage  
Berlin – New York 1997

Hanau, Peter  
Ulmer, Peter

Mitbestimmungsgesetz  
München 1981  
Zitiert: Hanau/Ulmer-Bearbeiter  
Der Idealverein als Unternehmer?

Heckelmann, Dieter

- Ein Beitrag zur Abgrenzung des Wirtschaftlichen vom Idealverein, dargestellt am Beispiel der Fußballbundesligen -  
AcP Band 179 (1979), S. 1-56  
Zitiert: Heckelmann, AcP 179

Hemmerich, Hannelore

Anmerkung zu BGH Urteil vom 7.10.1982 – I ZR 93/80  
BB 83, S. 332-333  
Zitiert: Hemmerich, BB 83

dieselbe

Die Ausgliederung bei Idealvereinen  
BB 83, S. 26-31  
Zitiert: Hemmerich, BB 83

dieselbe

Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen  
Vereinsinterne und vereinsexterne Organisation ihrer Geschäftsbetriebe  
Heidelberg 1982  
Zitiert: Hemmerich, Idealvereine

Henn, Günter

Handbuch des Aktienrechts  
7. Auflage  
Heidelberg 2002  
Zitiert: Henn

Henze, Hartwig

Aktienrecht  
Höchstrichterliche Rechtsprechung  
5. Auflage  
Köln 2002  
Zitiert: Henze, Aktienrecht

derselbe

Gesichtspunkte des Kapitalerhaltungsgebotes und seiner Ergänzung im Kapitalgesellschaftsrecht in der Rechtsprechung des BGH  
NZG 2003, S. 649 – 659  
Zitiert: Henze, NZG 03

- derselbe Reichweite und Grenzen des aktienrechtlichen Grundsatzes der Vermögensbindung – Ergänzung durch die Rechtsprechung zum Existenz vernichtenden Eingriff?  
AG 04, S. 405-415  
Zitiert: Henze, AG 04
- Hirte, Heribert Kapitalgesellschaftsrecht  
2. Auflage  
Köln 1999  
Zitiert: Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht
- Höffner, Dietmar Überschuldung: Ein Tatbestandsmerkmal im Schnittpunkt von Bilanz-, Insolvenz- und Strafrecht (Teil I)  
BB 99, S. 198-205  
Zitiert: Höffner, BB 99
- Hoffmann, Jochen Das GmbH-Konzernrecht nach dem „Bremer Vulkan“ – Urteil  
NZG 02, S. 68-74  
Zitiert: Hoffman, NZG 02
- Hölder, Eduard Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs  
Nebst Einleitung  
München 1900  
Zitiert: Hölder, BGB
- derselbe Über das Wesen des eintragungsfähigen Vereins  
DJZ 1900, S. 412-413  
Zitiert: Hölder, DJZ 1900
- Hölzle, Gerrit Existenzvernichtungshaftung, „Klimapflege“ und Insolvenzanfechtung  
Zur Insolvenzanfechtung nach Befreiung aus der Haftung für Existenzvernichtung durch Zahlung der Gesellschaft  
ZIP 2003, S.1376-1383  
Zitiert: Hölzle, ZIP 03
- Hommelhoff, Peter Die Konzernleitungspflicht  
Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts  
Köln – Berlin – Bonn – München 1982

- derselbe  
 Zitiert: Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht  
 Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeits-  
 bericht  
 - Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Umfrage -  
 ZHR Band 156 (1992), S. 295-313  
 Zitiert: Hommelhoff, ZHR 156
- derselbe  
 Vorkehr gegen qualifizierte Abhängigkeits- und  
 Konzernumlagen  
 Heidelberger Konzernrechtstage  
 Köln 1992  
 Zitiert: Hommelhoff, Heidelberger Konzern-  
 rechtstage
- Horn, Norbert  
 Aktien- und konzernrechtlicher Vermögensschutz  
 der Aktiengesellschaft und der Gang an die Börse  
 ZIP 87, S. 1225-1234  
 Zitiert: Horn, ZIP 87
- Hübner, Heinz  
 Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gezezbuches  
 2. Auflage  
 Berlin – New York 1996  
 Zitiert: Hübner, AT
- Hüffer, Uwe  
 Aktiengesetz  
 6. Auflage  
 München 2004  
 Zitiert: Hüffer
- derselbe  
 Buchbesprechungen  
 Rechtsform und Haftung bei der juristischen Per-  
 son. Von Jan Wilhelm  
 NJW 82, S. 428-429  
 Zitiert: Hüffer, NJW 82
- Ihde, Jens  
 Der faktische GmbH-Konzern  
 Leitungsbefugnis und Verantwortlichkeit gegen-  
 über der abhängigen GmbH und im faktischen  
 GmbH-Konzern  
 Darstellung und Kritik des Entwurfs eines  
 GmbHG von 1973,  
 Heidelberg 1973  
 Zitiert: Ihde, Der faktische GmbH-Konzern

- Immenga, Ulrich  
Die personalistische Kapitalgesellschaft  
Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach d  
deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Cor-  
porations in den Vereinigten Staaten  
Bad Homburg 1970  
Zitiert: Immenga, Die personalistische  
Kapitalgesellschaft
- InsO  
Kommentar zur Insolvenzordnung  
Kübler, Bruno – Prütting, Hanns  
zitiert: Kübler/Prütting-Bearbeiter  
Band I, §§ 1-128 InsO  
Köln 2006
- Insolvenzordnung  
Kommentar  
Uhlenbruck, Wilhelm  
12. Auflage  
München 2003  
Zitiert: Uhlenbruck-Bearbeiter
- Kellmann, Christof  
Schadenersatz und Ausgleich im Faktischen Kon-  
zern  
BB 69, S. 1509-1518  
Zitiert: Kellmann, BB 69
- derselbe  
Zum „faktischen Konzern“  
Auslegungsfragen und Reformüberlegungen  
ZGR 74, S. 220-229  
Zitiert: Kellmann, ZGR 74
- Keßler, Jürgen  
Die Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter  
wegen „existenzvernichtender“ Eingriffe – Zur  
dogmatischen Konzeption des Gläubigerschutzes  
in der GmbH  
Besprechung der Entscheidung BGH v. 24.6.2002  
– II ZR 300/00 – „KBV“, GmbHR 2002, 902 mit  
Komm. Schröder  
GmbHR 02, S. 945-951  
Zitiert: Keßler, GmbHR 02

- derselbe  
Kapitalerhaltung und normativer Gläubigerschutz  
in der Einpersonen GmbH – zum „beiläufigen“  
Ende des „qualifizierten faktischen“ GmbH-  
Konzerns  
Besprechung der Entscheidung BGH v. 17.9.2001  
– II ZR 178/99, GmbHR 2001, 1026 – „Bremer  
Vulkan“  
GmbHR 01, S. 1095-1100  
Zitiert: Keßler, GmbHR 01
- Kohl, Reinhard  
Die „TBB“-Entscheidung – Entwarnung im fakti-  
schen GmbH-Konzern?  
MDR 93, S. 715-718  
Zitiert: Kohl, MDR 93
- Kölner Kommentar  
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz  
Hrsg. Zöllner, Wolfgang; Noack, Ulrich  
  
Zitiert: KK-Bearbeiter  
  
Band 1  
§§ 1-75 AktG  
2. Auflage  
Köln – Berlin – Bonn – München 1988  
  
Band 2  
§§ 76-117 AktG  
2. Auflage  
Köln – Berlin – Bonn – München 1988  
  
Band 4  
§§ 150-176 Aktg  
§§ 238-340 HGB  
2. Auflage  
Köln – Berlin – Bonn – München 1991  
  
Band 6  
§§ 15-22 AktG  
§§ 291-328 AktG  
3. Auflage  
Köln 2004
- Kropff, Bruno  
Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich  
im faktischen Konzern  
Festschrift für Walther Kastner, S. 279-299  
Wien 1992  
Zitiert: Kropff, FS-Kastner

- derselbe  
Das TBB-Urteil und das Aktienkonzernrecht  
AG 93, S. 485-495  
Zitiert: Kropff, AG 93
- derselbe  
Der „faktische Konzern“ als Rechtsverhältnis  
(Teil I)  
DB 67, S. 2147-2153  
Zitiert: Kropff, DB 67
- derselbe  
Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965  
und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz  
vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs,  
Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundetags,  
Verweisungen und Sachverzeichnis  
Düsseldorf 1965  
Zitiert: Kropff, Aktiengesetz
- Kübler, Friedrich  
Anmerkung zu „TBB“  
NJW 93, S. 1204-1205  
Zitiert: Kübler, NJW 93
- derselbe  
Haftungstrennung und Gläubigerschutz im Recht  
der Kapitalgesellschaften  
- Zur Kritik der „Autokran“-Doktrin des Bundesgerichtshofs -  
Festschrift für Theodor Heinsius, S. 397-424  
Berlin - New York 1991  
Zitiert: Kübler, FS-Heinsius
- derselbe  
Kapitalmarktgerechte Aktien?  
WM 90, S. 1853-1858  
Zitiert: Kübler, WM 90
- Kuhn, Ottmar  
Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften  
Tübingen 1964  
Zitiert: Kuhn, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften
- Lackner, Karl  
Kühl, Kristian  
Strafgesetzbuch  
Kommentar  
25. Auflage  
München 2004

- Larenz, Karl  
Zitiert: Lackner/Kühl  
Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
5. Auflage  
Berlin – Heidelberg – New York – Tokyo 1983  
Zitiert: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft
- Larenz, Karl  
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts  
Wolf, Manfred 9. Auflage  
München 2004  
Zitiert: Larenz/Wolf, BGB AT
- Lenz, Tobias  
Zustimmungsvorbehalte im Konzern  
AG 97, S. 448-454  
Zitiert: Lenz, AG 97
- Levis  
Welcher Verein kann durch Eintrag ins Register  
Rechtsfähigkeit gewinnen?  
DJZ 1901, S. 479-480  
Zitiert: Levis, DJZ 1901
- Luchterhandt, Hans Friedrich  
Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern  
ZHR Band 133 (1970), S. 1-60  
Zitiert: Luchterhandt, ZHR 133
- Lutter, Marcus  
Holdingshandbuch  
4. Auflage  
Köln 2004  
Zitiert: Lutter, Holdingshandbuch
- derselbe  
Vom formellen Mindestkapital zu materiellen  
Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften  
Festschrift für Stefan Riesenfeld, S. 165-185  
Heidelberg 1983  
Zitiert: Lutter, FS-Riesenfeld
- derselbe  
Theorie der Mitgliedschaft  
- Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des  
Korporationsrechts -  
AcP Band 180 (1980), S. 84-159  
Zitiert: Lutter, AcP 180



- derselbe  
Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz  
Festschrift für Ernst Stiefel, S. 505-533  
München 1987  
Zitiert: Lutter, FS-Stiefel
- derselbe  
Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft  
Festschrift für Ernst Steindorff, S. 125-150  
Berlin – New York 1990  
Zitiert: Lutter, FS-Steindorff
- Lutter, Marcus  
Banerjea, Nirmal Robert  
Die Haftung wegen Existenzvernichtung  
ZGR 2003, S. 402-440  
Zitiert: Lutter/Banerjea, ZGR 03
- dieselben  
Die Haftung des Geschäftsführers für existenzvernichtende Eingriffe  
ZIP 03, S. 2177-2180  
Zitiert: Lutter/Banerjea, ZIP 03
- Lutter, Marcus  
Hommelhoff, Peter  
GmbH-Gesetz  
Kommentar  
16. Auflage  
Köln 2004  
Zitiert: Lutter/Hommelhoff-Bearbeiter
- Lutter, Marcus  
Scheffler, Eberhard  
Schneider, Uwe  
Handbuch der Konzernfinanzierung  
Köln 1998  
Zitiert: Lutter/Scheffler/Schneider-Bearbeiter
- Matthiaß, Bernhard  
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts  
Erster Band:  
Die allgemeinen Lehren und das Recht der Schuldverhältnisse  
3. Auflage  
Berlin 1900  
Zitiert: Matthiaß, BGB
- Mertens, Hans-Joachim  
Anmerkung zu BGH Urteil vom 23.9.1991 – II  
ZR 135/90  
AG 91, S. 434  
Zitiert: Mertens, AG 91

- Michalski, Lutz  
Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)  
Zitiert: Michalski-Bearbeiter  
  
Band I, §§ 1-34 GmbHG  
München 2002  
  
Band II, §§ 35-86 GmbHG  
München 2002
- Michalski, Lutz  
Zeidler, Finn  
Die Ausgleichshaftung im qualifiziert faktischen Konzern – eine Analyse für die Praxis  
NJW 96, S. 224-229  
Zitiert: Michalski/Zeidler, NJW 96
- Möhring, Philipp  
Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz  
NJW 67, S. 1-10  
Zitiert: Möhring, NJW 67
- derselbe  
Zur Systematik der §§ 311, 317 AktG  
Festschrift für Wolfgang Schilling, S. 253-269  
Berlin – New York 1973  
Zitiert: Möhring, FS-Schilling
- Mugdan, Benno  
Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich  
I. Band  
Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil  
Berlin 1899  
Zitiert: Mugdan I
- Mülbert, Peter  
Abschied von der „TBB“-Haftungsregel für den qualifiziert faktischen GmbH-Konzern  
DStR 01, S. 1937- 1947  
Zitiert: Mülbert, DStR 01
- Müller-Freienfels, Wolfram  
Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht  
AcP Band 156 (1957), S. 522-543  
Zitiert: Müller-Freienfels, AcP 156

Münchener Handbuch  
des Gesellschaftsrechts

Hoffman-Becking, Micheal  
Band 4. Aktiengesellschaft  
München 1999  
Zitiert: Münchener Handbuch/GesR-Bearbeiter

Münchener Kommentar  
zum Aktiengesetz

Kropff, Bruno – Semler, Johannes  
zitiert: MüKo/AktG-Bearbeiter

Band 1  
§§ 1-53 AktG  
2. Auflage  
München 2000

Band 2  
§§ 53a-75 AktG  
2. Auflage  
München 2003

Band 3  
§§ 76-117 AktG  
MitbestG - § 76 BetrVG 1952  
2. Auflage  
München 2004

Band 5/1  
§§ 148-151, 161-178 AktG  
§§ 238-264 c, 342, 342a HGB  
2. Auflage  
München 2003

Band 7  
§§ 222-277 AktG  
2. Auflage  
München 2001

Band 8  
§§ 278-328  
2. Auflage  
München 2000

Münchener Kommentar  
zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Rebmann, Kurt – Säcker, Franz Jürgen –  
Rixecker, Roland  
zitiert: MüKo/BGB-Bearbeiter

Band 1 Allgemeiner Teil  
§§ 1-241 BGB  
AGB-Gesetz  
4. Auflage  
München 2001

Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil  
 §§ 705-853 BGB  
 3. Auflage  
 München 1997

Mummenhoff, Winfried

Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit  
 Die staatliche Mitwirkung bei der Verselbständi-  
 gung des bürgerlichrechtlichen Vereins  
 Köln-Berlin-Bonn-München 1979  
 Zitiert: Mummenhoff

Nasall, Wendt

Der existenzvernichtende Eingriff in die GmbH:  
 Einwendungen aus verfassungs- und insolvenz-  
 rechtlicher Sicht  
 ZIP 03, S. 969-977  
 Zitiert: Nasall, ZIP 03

Nirk, Rudolf  
 Reuter, Hans-Peter  
 Bächle, Hans-Ulrich

Handbuch der Aktiengesellschaft  
 Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Arbeitsrecht  
 Band I – Texte Gesellschaftsrecht  
 Köln 2005  
 Zitiert: Nirk/Reuter/Bächle-Bearbeiter

Nitschke, Manfred

Die körperschaftlich strukturierte Personengesell-  
 schaft  
 Bielefeld 1970  
 Zitiert: Nitschke

Nomos Kommentar  
 Zum Strafgesetzbuch

Neumann, Ulfrid – Puppe, Ingeborg – Schild,  
 Wolfgang  
 Zitiert: NK-Bearbeiter

Band 5  
 §§ 263-358 StGB  
 1. Auflage  
 Baden-Baden 2003

Palandt

Bürgerliches Gesetzbuch  
 65. Auflage  
 München 2006  
 Zitiert: Palandt-Bearbeiter

Planck, Gottlieb

Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz

Band I.  
Einleitung und Allgemeiner Teil  
3. Auflage  
Berlin 1903  
Zitiert: Planck, BGB

Polley, Notker

Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre  
Eine Untersuchung am Beispiel der Geschäfts-  
leitung von US-Corporation und deutscher GmbH  
Baden-Baden 1992  
Zitiert: Polley, Wettbewerbsverbot und Geschäft-  
schancenlehre

Priester, Hans-Joachim

Die eigene GmbH als fremder Dritter  
Eigensphäre der Gesellschaft und Verhal-  
tenspflichten ihrer Gesellschafter  
ZGR 93, S. 512-533  
Zitiert: Priester, ZGR 93

Raiser, Thomas

Die Haftung einer Schwestergesellschaft für die  
Schulden einer anderen Schwester nach dem Ur-  
teil „Bremer Vulkan“ des BGH  
Festschrift für Peter Ulmer, S. 493-509  
Berlin 2003  
Zitiert: Raiser, FS-Ulmer

derselbe

Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesens-  
merkmal der juristischen Person  
Festschrift für Marcus Lutter, S. 637-650  
Köln 2000  
Zitiert: Raiser, FS-Lutter

derselbe

Recht der Kapitalgesellschaften  
Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft  
3. Auflage  
München 2001  
Zitiert: Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften

Rehbinder, Eckard

Minderheiten- und Gläubigerschutz im faktischen  
GmbH-Konzern  
AG 86, S. 85-99  
Zitiert: Rehbinder, AG 86

derselbe

Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im  
Gesellschaftsrecht

- Festschrift für Robert Fischer  
Berlin – New York – 1979  
S. 579-603  
Zitiert: Rehbinder, FS-Fischer
- Reichert, Bernhard  
Handbuch  
Vereins- und Verbandsrecht  
10. Auflage  
München 2005  
Zitiert: Reichert
- Röhricht, Volker  
Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz  
Festschrift zum 50jährigen Bestehen des BGH  
S. 83 – 122  
Zitiert: Röhricht, FS-BGH
- derselbe  
Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001  
VGR Band 5 (2002)  
Zitiert: Röhricht, VGR Band 5
- Römermann, Volker  
Henning, Schröder  
Aufgabe des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns  
Das „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17.9.2001  
GmbHR 01, S. 1015-1020  
Zitiert: Römermann/Schröder, GmbHR 01
- Roth, Günter  
Unterkapitalisierung und persönliche Haftung  
ZGR 93, S. 170-209  
Zitiert: Roth, ZGR 93
- Roth, Günter  
Altmeyen, Holger  
GmbH-Gesetz Kommentar  
4. Auflage  
München 2003  
Zitiert: Roth/Altmeyen-Bearbeiter
- Rowedder, Heinz  
Schmidt-Leithoff, Christian  
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)

Kommentar

4. Auflage

München 2002

Zitiert: Rowedder/Schmidt-Leithoff-Bearbeiter

Sack, Rolf

Der „vollkaufmännische Idealverein“

ZGR 74, S. 179-207

Zitiert: Sack, ZGR 74

Samter

Das Wesen der eintragungsfähigen Vereine

DJZ 1900, S. 311-313

Zitiert: Samter, DJZ 1900

Schanze, Erich

Anmerkung zu BGH Urteil vom 29.3.1993 – II

ZR 265/91

AG 93, S. 376-380

Zitiert: Schanze, AG 93

Schilling, Wolfgang

Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts

Festschrift für Wolfgang Hefermehl, S. 383-403

München 1976

Zitiert: Schilling, FS-Hefermehl

Schmidt, Karsten

Anmerkung zu „TBB“

NJW 94, S. 447

Zitiert: Schmidt, NJW 94

derselbe

Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit

AcP 182, S. 1-59

Zitiert: Schmidt, AcP 182

derselbe

Die Abgrenzung der beiden Vereinsklassen – Bestandsaufnahme, Kritik und Neuorientierung  
Rpfleger 72

Teil I, S. 286-294; Teil II, S. 343-353

Zitiert: Schmidt, Rpfleger 72

derselbe

Die wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs im Reich der Konzernhaftung, Überlegun-

gen über Rechtsfortbildung und Begriffsjurisprudenz

AG 94, S. 189-195

Zitiert: Schmidt, AG 94

derselbe

Gesellschaftsrecht

4. Auflage

Köln – Berlin – Bonn – München 2002

Zitiert: Schmidt, GesR

derselbe

Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH

NJW 01, S. 3577-3581

Zitiert: Schmidt, NJW 01

derselbe

Insolvenzrisiko und gesellschaftsrechtliche Haftung

JZ 85, S. 301-308

Zitiert: Schmidt, JZ 85

derselbe

„Konzernhaftung“ nach dem TBB-Urteil – Versuch einer Orientierung

ZIP 93, S. 549-554

Zitiert: Schmidt, ZIP 93

derselbe

Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht

Eine Studie über Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Vereine

Heidelberg 1984

Zitiert: Schmidt, Verbandszweck

derselbe

Zum Haftungsdurchgriff wegen Sphärenvermischung und zur Haftungsverfassung im GmbH-Konzern

Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 16.9.1985

BB 85, S. 2074-2079

Zitiert: Schmidt, BB 85

derselbe

Zum Stand des Konzernhaftungsrechts bei der GmbH



Bemerkungen zum „Video“-Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23.9.91  
ZIP 91, S. 1325-1330  
Zitiert: Schmidt, ZIP 91

Scholz, Frank

Kommentar zum GmbH-Gesetz  
mit Anhang Konzernrecht  
Zitiert: Scholz-Bearbeiter

I. Band  
§§ 1-44 GmbHG, Anh. Konzernrecht  
9. Auflage  
Köln 2000

II. Band  
§§ 45-87 GmbHG  
9. Auflage  
Köln 2002

Schön, Wolfgang

Deutsches Konzernprivileg und europäischer Kapitalschutz – ein Widerspruch?  
Festschrift für Bruno Kropff, S. 285-300  
Düsseldorf 1997  
Zitiert: Schön, FS-Kropff

derselbe

Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften  
ZHR Band 159 (1995), S. 351-374  
Zitiert: Schön, ZHR 159

Schönke, Adolf  
Schröder, Horst

Strafgesetzbuch  
27. Auflage  
München 2006  
Zitiert: Sch/Sch-Bearbeiter

Schulze-Osterloh, Joachim

Grenzen des Gläubigerschutzes bei fahrlässiger Konkursverschleppung  
AG 84, S. 141-147  
Zitiert: Schulze-Osterloh, AG 84

Serick, Rolf

Rechtsform und Realität juristischer Personen  
2. Auflage  
Tübingen 1981  
Zitiert: Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen

- Seydel, Eberhard  
Konzernbildungskontrolle bei der Aktiengesellschaft  
Baden-Baden 1995  
Zitiert: Seydel
- Soergel  
Bürgerliches Gesetzbuch  
Mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen  
Herausgeber: W. Siebert  
Zitiert: Soergel-Bearbeiter  
  
Band 1, §§ 1-103 BGB  
13. Auflage  
Stuttgart 2000
- Sonnenhol, Jürgen  
Groß, Wolfgang  
Besicherung von Krediten Dritter an Konzernunternehmen  
ZHR Band 159 (1995), S. 388-417  
Zitiert: Sonnenhol/Groß, ZHR 159
- Sotiropoulos, Georgios  
Fragen der Darlehensgewährung der GmbH an ihre Gesellschafter, insbesondere im Gründungs- und Liquidationsstadium  
GmbHHR 96, S. 653-658  
Zitiert: Sotiropoulos, GmbHHR 96
- Statistisches Bundesamt  
Statistisches Jahrbuch 2005 für die Bundesrepublik Deutschland  
Wiesbaden 2004  
Zitiert: Statistisches Jahrbuch 2005
- Staudinger  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen  
Zitiert: Staudinger-Bearbeiter  
  
Erstes Buch, §§ 21-103 BGB  
13. Auflage  
Berlin 1995
- Steinbeck, Anja Verena  
Menke, Thomas  
Die Aktiengesellschaft im Profifußball  
– Zur Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe aus nichtwirtschaftlichen Vereinen –  
SpuRt 98, S. 226-230  
Zitiert: Steinbeck/Menke, SpuRt 98

- Stimpel, Walter  
 „Durchgriffshaftung“ bei der GmbH:  
 Tatbestände, Verlustausgleich, Ausfallhaftung  
 Festschrift für Reinhard Goerdeler, S. 601-621  
 Düsseldorf 1987  
 Zitiert: Stimpel, FS-Goerdeler
- Stöber, Kurt  
 Handbuch zum Vereinsrecht  
 8. Auflage  
 Köln 2000  
 Zitiert: Stöber
- Stodolkowitz, Dieter  
 Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-  
 Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesge-  
 richtshofs  
 ZIP 92, S. 1517-1528  
 Zitiert: Stodolkowitz, ZIP 92
- Strafgesetzbuch  
 Leipziger Kommentar  
 Großkommentar  
 Jeschek, Hans-Heinrich – Ruß, Wolfgang –  
 Willms, Günther  
 Sechster Band  
 §§ 263 bis 302 a StGB  
 10. Auflage  
 Berlin – New York 1988  
 Zitiert: LK-Bearbeiter
- Strohn, Lutz  
 Die Verfassung der Aktiengesellschaft im fakti-  
 schen Konzern  
 Köln – Berlin – Bonn – München 1977  
 Zitiert: Strohn, Die Verfassung der  
 Aktiengesellschaft im faktischen Konzern
- Systematischer Kommentar  
 zum Strafgesetzbuch  
 Rudolphi, Hans-Joachim – Horn, Eckhard –  
 Günther, Hans-Ludwig – Samson, Erich  
 Zitiert: SK-Bearbeiter
- Timm, Wolfram  
 Band 2  
 §§ 201-266b StGB  
 München 2003  
 Das Recht der faktischen Unternehmensverbin-  
 dungen im Umbruch  
 NJW 92, S. 2185-2195  
 Zitiert: Timm, NJW 92

Tröndle, Herbert  
Fischer, Thomas

Strafgesetzbuch  
und Nebengesetze  
53. Auflage  
München 2006  
Zitiert: Tröndle/Fischer

Ulmer, Peter

Anmerkung zu BGH Urteil vom 24.6.02 – II ZR  
300/00  
JZ 02, S.1049-1052  
Zitiert: Ulmer, JZ 02

derselbe

Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-  
Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesell-  
schaftern  
ZHR Band 148 (1984), S. 391-427  
Zitiert: Ulmer, ZHR 148

derselbe

Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung  
bei der GmbH und GmbH & Co KG  
Festschrift für Konrad Duden, S. 661-683  
München 1977  
Zitiert: Ulmer, FS-Duden

derselbe

Gesellschafterhaftung im faktischen Einmann-  
Konzern („Konzernhaftung“)  
Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-  
Konzern – Verbleibende Relevanz nach dem  
TBB-Urteil?  
Heidelberg 2001  
Zitiert: Ulmer, Haftung im qualifizierten  
faktischen GmbH-Konzern

derselbe

Gläubigerschutz im „qualifiziert“ faktischen  
GmbH-Konzern  
NJW 86, S. 1579-1586  
Zitiert: Ulmer, NJW 86

derselbe

Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten  
ihrer Gesellschafter?  
- Zur Relevanz der Rechtsprechung zu § 266  
StGB für das Gesellschaftsrecht -  
Festschrift für Gerd Pfeiffer, S. 853-871  
München 1988  
Zitiert: Ulmer, FS-Pfeiffer

- derselbe  
Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz  
Zur analogen Anwendung der §§ 302, 303 AktG im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern  
AG 86, S. 123-130  
Zitiert: Ulmer, AG 86
- derselbe  
Von „TBB“ zu „Bremer Vulkan“ – Revolution oder Evolution?  
ZIP 01, S. 2021-2029  
Zitiert: Ulmer, ZIP 01
- Versteegen, Peter  
Das TBB-Urteil als Wegbereiter einer allgemeinen Intransparenzhaftung in der GmbH? – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.3.1993  
DB 93, S. 1225-1231  
Zitiert: Versteegen, DB 93
- Vetter, Jochen  
Rechtsfolgen existenzvernichtender Eingriffe  
ZIP 03, S. 601-612  
Zitiert: Vetter, ZIP 03
- Vomhof, Martina  
Die Haftung des Liquidators der GmbH  
Köln – Berlin – Bonn – München 1988  
Zitiert: Vomhof
- Wahl, Axel  
Die Haftung der GmbH-Gesellschafter wegen Existenzvernichtung  
Köln 2004  
Zitiert: Wahl
- Weigl, Gerald  
Die Haftung im (qualifizierten) faktischen Konzern  
Heidelberg 1996  
Zitiert: Weigl
- Wessels, Peter  
Aufsteigende Finanzierungshilfen in GmbH und AG  
Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. vom 24.11.2203 – II ZR 171/01  
ZIP 04, S. 793-797  
Zitiert: Wessels, ZIP 04

- Westermann, Harm Peter  
Haftungsrisiken eines „beherrschenden“ GmbH-Gesellschafters  
NZG 2002, S. 1129-1138  
Zitiert: Westermann, NZG 02
- Wiedemann, Herbert  
Die Unternehmensgruppe im Privatrecht  
Methodische und sachliche Probleme des Konzernrechts  
Tübingen 1988  
Zitiert: Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht
- derselbe  
Gesellschaftsrecht  
Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts  
Band I  
Grundlagen  
München 1980  
Zitiert: Wiedemann, GS I
- derselbe  
Reflexionen zur Durchgriffshaftung  
Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2002, 1804 - KBV  
ZGR 2003, S. 283-297  
Zitiert: Wiedemann, ZGR 03
- Wiedemann, Herbert  
Strohn, Lutz  
Die Zulässigkeit einer Konzernumlage im Aktienrecht  
AG 79, S. 113-120  
Zitiert: Wiedemann/Strohn, AG 79
- Wilhelm, Jan  
Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung  
Festschrift für Werner Flume S. 337-397  
Band II  
Köln 1978  
Zitiert: Wilhelm, FS-Flume II
- derselbe  
Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person  
Köln – Berlin – Bonn – München  
1981

Zitiert: Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person

derselbe

Zurück zur Durchgriffshaftung – das „KBV“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24.6.2002  
NJW 03, S. 175-180  
Zitiert: Wilhelm, NJW 03

Wilhelmi, Rüdiger

Die >>neue<< Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter der GmbH  
DZWIR 03, S. 57  
Zitiert: Wilhelmi, DZWIR 03

Winter, Martin

Eigeninteresse und Treuepflicht bei der Einmann-GmbH in der neueren BGH-Rechtsprechung  
ZGR 1994, S. 570-594  
Zitiert: Winter, ZGR 94

derselbe

Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht  
Rechtsformspezifische Aspekte eines allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzips  
München 1988  
Zitiert: Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht

Ziemons, Hildegard

Die Haftung der Gesellschafter für Einflußmaßnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH  
Köln-Berlin-Bonn-München 1996  
Zitiert: Ziemons, Die Haftung der Gesellschafter für Einflußnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH

Zöllner, Wolfgang

Schutz der Aktionärsminorität bei einfacher Konzernierung  
Festschrift für Bruno Kropff, S. 333-346  
Düsseldorf 1997  
Zitiert: Zöllner, FS-Kropff

**Lebenslauf**

**Name:** Calise, Francesco Luca Mario

**Geboren am:** 14.10.1980 in Köln

**Wohnhaft in:** St. Vitherstr. 4  
50933 Köln

**Familienstand:** ledig

**Staatsangehörigkeit:** deutsch

**Schulbildung:** Grundschule Geilenkirchenerstr. ( Köln ) 1987 – 1991  
Gymnasium Liebfrauenschule ( Köln ) 1991 – 2000  
Abschluß: Abitur

**Studium:** Jura Studium seit dem WS 2000/2001 an der Universität  
zu Köln  
Erstes juristisches Staatsexamen am 18.3.2005 in Köln mit der  
Note 10,6 Punkte bestanden

**Referendariat:** Die Aufnahme in den Referendariatsdienst erfolgt voraussichtlich  
zum 1.12.2006