

**Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen
Analyse des Rechts**

Band 28

**Rechtliche und ökonomische
Aspekte des Schutzes von Gläubigern
konzernverbundener GmbH**

**Von
Stefan Koch**



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN KOCH

**Rechtliche und ökonomische Aspekte des Schutzes
von Gläubigern konzernverbundener GmbH**

Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts

herausgegeben von

Heinz Grossekettler, Münster · Bernhard Großfeld, Münster

Klaus J. Hopt, Hamburg · Christian Kirchner, Berlin

Dieter Rückle, Trier · Reinhard H. Schmidt, Frankfurt/Main

Band 28

Rechtliche und ökonomische Aspekte des Schutzes von Gläubigern konzernverbundener GmbH

**Von
Stefan Koch**



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Koch, Stefan:

Rechtliche und ökonomische Aspekte des Schutzes von
Gläubigern konzernverbundener GmbH / von Stefan Koch. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des
Rechts ; Bd. 28)

Zugl.: Hannover, Univ., Diss., 1989/90

ISBN 3-428-08705-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-5065

ISBN 3-428-08705-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Für Gertrudis und Gabriela

Geleitwort

Die Beschäftigung mit dem “qualifizierten” faktischen GmbH-Konzern ist in den letzten Jahren zum Lieblingstummelfeld des Gesellschaftsrechts geworden. Die - nicht immer rational nachvollziehbare - Entwicklung der Rechtsprechung seit der Autokran-Entscheidung [BGHZ 95, 330 - Autokran; BGHZ 107, 7 - Tiefbau; BGHZ 115, 187 - Video; BGH NJW 1993, 1200 - TBB; BGH NJW 1994, 446 - ETC.] hat zu Kontroversen in der juristischen Literatur geführt, die den Kern des modernen Kapitalgesellschaftsrechts betreffen, nämlich das Spannungsverhältnis zwischen Haftungsprivileg und Gläubigerschutz. Die rechtswissenschaftliche Diskussion dieses Problemfeldes kreist um die *Begründung* einer konzernrechtlichen Haftung und um die Optimierung des Gläubigerschutzes. Die Notwendigkeit des Gläubigerschutzes wird aus der Erhöhung des Risikos für diese Gruppe von Akteuren aus der Tatsache der Konzernbildung und der spezifischen Ausübung der Leitungsmacht im Konzern abgeleitet. Doch läßt sich allein aus einer solchen - sehr wohl feststellbaren - Risikoerhöhung nicht auf den notwendigen Umfang des Gläubigerschutzes schließen, zumal verschiedene Gruppen von Gläubigern über unterschiedliche Möglichkeiten des Risikomanagements verfügen. Dies ist bei der Diskussion um eine richtige Abgrenzung des Schutzes von Gläubigern konzernverbundener GmbH in Rechnung zu stellen. Die vorgelegte Arbeit - die Verzögerungen, die sich in der Drucklegung ergeben haben, sind von Autor und Verlag nicht zu verantworten - geht die Frage einer richtigen Abgrenzung des Gläubigerschutzes im “qualifizierten” faktischen GmbH-Konzern neu an; die Arbeit kann zeigen, daß die Argumentation an Prägnanz und Trennschärfe gewinnt, wenn auf das Instrumentarium der modernen Ökonomik zurückgegriffen wird. Sie leistet eine gelungene Integration von juristischer und ökonomischer Argumentation. Sie verwendet den Ausgangsfall der Rechtsprechung zum “qualifizierten” faktischen GmbH-Konzern, die Autokran-Entscheidung, gleichsam als idealtypisches Modell, um die eigene juristisch-ökonomische Argumentation entfalten zu können. Da es nicht um die später in den Mittelpunkt gerückte Frage einer richtigen *Begründung* einer konzernrechtlichen Haftung im “qualifizierten” faktischen GmbH-Konzern geht, ist dies eine richtige Entscheidung. Die Arbeit ist geeignet, der konzernrechtlichen Diskussion neue Impulse zu geben, indem sie sowohl den Schwerpunkt der Argumentation ändert als auch das verwendete Analyseinstrumentarium erneuert.

Berlin, im Juli 1996

Prof. Dr. Dr. Christian Kirchner, LL.M.

Vorwort

Die Arbeit hat im Wintersemester 1989/90 als Dissertation dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover vorgelegen.

Sie geht zurück auf die "Autokran"- Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. September 1985 (BGHZ 95, 330) und setzt sich unter eng abgegrenzter Anwendung der Ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR) mit diesem Urteil und seiner Kritik auseinander. Mit Hilfe der ÖAR gelingt die Optimierung juristischer Entscheidungen, indem zusätzliche Kriterien für die Auswahl unter rechtlichen Entscheidungsalternativen nutzbar gemacht werden.

Das Manuskript wurde inhaltlich im Sommer 1989 abgeschlossen. Von einer Aktualisierung konnte mangels einer zwischenzeitlichen Änderung der Rechtsprechung und des Diskussionsstands abgesehen werden.

Bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Christian Kirchner, LL.M., bedanke ich mich herzlich für die Anregung des Themas und vor allem für die ständige Gesprächsbereitschaft während der Bearbeitung. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. iur. Wolfgang Kilian für die bereitwillige Förderung der Arbeit.

Stefan Koch

Inhaltsverzeichnis

1. Abschnitt

Einführung

A. Themenstellung	19
B. Gang der Untersuchung	21
C. Das wirtschaftlich-praktische Interesse am GmbH-Konzern	22
I. Besondere Relevanz des GmbH-Konzerns unterhalb der Ebene von Groß- und Größtunternehmen	22
II. Die wesentlichen Vorteile der Organisationsmöglichkeit "Konzern"	24
1. Betriebswirtschaftliche Betrachtung	25
2. Gesamtwirtschaftliche Betrachtung	28
D. Der GmbH-Konzern als Rechtsproblem	30
I. Einheit und Vielheit im Konzern	30
II. GmbH-Konzernrecht	33

2. Abschnitt

Der Gläubigerschutz im GmbH-Konzern

A. Der Gläubigerschutz in der selbständigen GmbH	39
I. Das Spannungsverhältnis zwischen Gläubigerschutz und Haftungsprivileg ..	39
1. Auswirkungen der beschränkten Haftung auf die Bereitschaft zu eigenverantwortlicher unternehmerischer Tätigkeit	40
2. Auswirkungen auf die Innovationsbereitschaft	41
3. Weitere Auswirkungen	42
4. Risikosteigerung für die Gläubiger	42
II. Genereller Gläubigerschutz	43
1. Interessenkonvergenz der GmbH-Akteure	44
2. Gesetzliche Schutzvorschriften	46
3. Durchbrechungen des Haftungsprivilegs	51
4. Insolvenzrecht	55
5. Zusammenfassung	57
III. Individueller Gläubigerschutz	58
1. Kriterien zur Differenzierung der Gläubigerpositionen	58

a) Entstehungsgrund der Forderung	59
b) Kreditsicherungsrechtlicher Status	59
c) Insolvenzzrechtliche Stellung	60
d) Besondere Schutzinstrumente	61
2. Anwendung der Kriterien auf einzelne Gläubigergruppen	62
a) Arbeitnehmer	62
b) Versorgungsempfänger	65
c) Banken und andere Finanzierungsinstitute	65
d) Lieferanten	66
e) Vermieter und Verpächter von Grundstücken	67
f) Werkunternehmer	68
g) Deliktsgläubiger	69
h) Fiskus	70
i) Träger der Sozialversicherung und Arbeitsverwaltung	71
3. Ergebnis	71
IV. Zusammenfassung	73
B. Die Konzernierung der GmbH	73
I. Unterordnungskonzerne	74
1. Keine Eingliederung	74
2. Vertragskonzern	75
3. Beteiligungskonzerne	76
a) Einfacher faktischer Konzern	77
b) Qualifiziert faktischer Konzern	77
II. Gleichordnungskonzerne	79
C. Auswirkungen der Konzernierung auf die Gläubigerposition	80
I. Die konzernbedingte Veränderung der Gläubigerposition	80
1. Gläubigerbegünstigende Effekte	82
a) Vertraglicher Unterordnungskonzern	82
b) Andere Konzernformen	84
2. Gläubigergefährdende Effekte	86
II. Das objektive, konzerninduzierte Gefährdungspotential	87
1. Kriterien	88
a) Der Grad der Unterordnung unter das Konzerninteresse	88
b) Die Qualität der Gläubigerposition	89
2. Anwendung der Kriterien auf die Gläubigergruppen	89
3. Ergebnis: Die objektiv gefährdeten Gläubiger	91
III. Die subjektive Schutzwürdigkeit objektiv gefährdeter Gläubiger	91
1. Unfreiwillige Gläubiger	92
2. Freiwillige Gläubiger	93

3. Ergebnis: Die schutzwürdigen Gläubiger	97
IV. Zusammenfassung	98

3. Abschnitt

Konzernrechtlicher Haftungsdurchgriff?

A. Der konzernrechtliche Haftungsdurchgriff: Die "Autokran"-Entscheidung des Bundesgerichtshofs	99
I. Der Sachverhalt	99
II. Die Lösung des BGH und ihre Vorbereitung in der Rechtsprechung	100
1. Die Gefährdungslage	100
2. Der Konzernatbestand	101
3. Einfach faktisch konzernierte GmbH: Der Treupflichtansatz	103
4. Qualifiziert faktisch konzernierte GmbH: Die Konzernhaftung	105
a) Methode: Analoge Anwendung aktienrechtlichen Vertragskonzernrechts	105
b) Tatbestand: Abgrenzung des qualifiziert faktischen Konzerns	106
c) Rechtsfolgen	107
(1) Mehrgliedrige GmbH: § 302 Abs. 1 und 3 AktG analog	108
(2) Eingliedrige GmbH: §§ 303, 322 Abs. 2 und 3 AktG analog	108
III. Zusammenfassung: Das Haftungskonzept des BGH für den faktischen GmbH-Konzern	110
B. Die Kritik am Haftungsmodell des BGH und alternative Lösungskonzepte	110
I. Methodenkritik	111
1. Bedeutung methodologischer Überlegungen	111
2. Analogie oder freie Rechtsschöpfung	112
a) Regelungslücke	113
b) Ähnlichkeit der Tatbestände	114
II. Vertragskonzern	117
III. Einfach faktischer Konzern	119
1. Treupflichtansatz	120
2. Grenzen des Treupflichtansatzes	120
a) Analogievoraussetzungen	120
b) Einmanngesellschaft	121
IV. Qualifiziert faktischer Konzern	125
1. Einmanngesellschaft	125
2. Begründung der Konzernhaftung	127
a) Konzernzustandshaftung	128
b) Konzernleitungshaftung	131
c) Weitere Lösungen	134

(1) Analoge Anwendung des Aktienkonzernrechts	134
(2) Organhaftung des herrschenden Unternehmens	136
3. Zuordnung des Haftungsanspruchs	138
a) Innenhaftung	138
b) Außenhaftung	141
4. Haftungsinhalt	142
V. Zusammenfassung	146

4. Abschnitt

Die Einbeziehung der Ökonomischen Analyse des Rechts

A. Einführung	149
I. Ökonomische Kriterien in juristischen Entscheidungen	150
1. Die verschiedenen Entscheidungsebenen	150
a) Legislative	150
b) Jurisdiktion und Exekutive	151
c) Kautelarpraxis	153
2. Die verschiedenen Integrationsformen	153
a) Instrumentalisierung	154
b) Interdisziplinäre Kooperation	155
II. Einordnung der Ökonomischen Analyse des Rechts	156
1. Die neue Institutionenökonomie	156
2. Grundzüge der Ökonomischen Analyse des Rechts	158
3. Relevanz der Ökonomischen Analyse des Rechts	161
B. Ökonomische Analyse des Konzernrechts	163
I. Forschungsstand	163
II. Ökonomische Kriterien für die Untersuchung der Gläubigerschutzlösungen ..	167
1. Relevante Akteure	167
2. Regelungsspezifische Positionsverschiebungen	169
C. Die ökonomische Analyse der alternativen Haftungskonzepte	171
I. Begründungsebene	173
1. Konzernzustandshaftung	173
2. Konzernleitungshaftung	175
3. Auswertung	175
II. Zuordnungsebene	177
1. Konzernleitungshaftung als Innenhaftung	178
2. Konzernleitungshaftung als Außenhaftung	178
3. Die Lösung des Bundesgerichtshofs	179
4. Auswertung	180

Inhaltsverzeichnis	15
III. Inhaltsebene	181
1. Volle Konzernleitungs-Außenhaftung	182
2. Begrenzte Konzernleitungs-Außenhaftung	182
3. Auswertung	183
IV. Kompatibilitätsprüfung	184
<i>5. Abschnitt</i>	
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	186
Literaturverzeichnis	188

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AER	American Economic Review
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
aG	auf Gegenseitigkeit
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
ArzneiMG	Arzneimittelgesetz
AtG	Atomgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Bell J.of Econ.	The Bell Journal of Economics
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesminister der Justiz
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DJT	Deutscher Juristentag
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz

Erg.Lfg.	Ergänzungslieferung
EWir	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau
FS	Festschrift
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
HaftPflG	Haftpflichtgesetz
HarvLR	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Entscheidungssammlung)
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
HWB	Handwörterbuch
IRK	Insolvenzrechtskommission
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JbNPÖ	Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie
JLE	Journal of Law and Economics
JLSt	Journal of Legal Studies
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen-Zeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KG	Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KO	Konkursordnung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Zeitschrift)
KWG	Kreditwesengesetz
LebMG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz
LG	Landgericht
lit.	Litera
LM	Lindenmaier/Möhning (Entscheidungssammlung)
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MaschinenenschutzG	Maschinenschutzgesetz
MitbestErgG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz 1976
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer

n.s.	new series
OLG	Oberlandesgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PfIVG	Pflichtversicherungsgesetz
PostG	Postgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RdNr.	Randnummer
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RTh	Rechtstheorie (Zeitschrift)
s.	siehe
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
SozialPIG	Sozialplangesetz
Sp.	Spalte
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
u.a.	und andere
U.Chi.L.R.	University of Chicago Law Review
UStG	Umsatzsteuergesetz
U.Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
vgl.	vergleiche
Vol.	volume
VStG	Vermögenssteuergesetz
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuR	Wirtschaft und Recht (Zeitschrift)
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
zfbf	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfBR	Zeitschrift für Baurecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Ergänzend wird auf Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Auflage Berlin-New York 1983, verwiesen.

1. Abschnitt

Einführung

A. Themenstellung

Die Legaldefinitionen des Aktiengesetzes über verbundene Unternehmen (§§ 15-22 AktG) gelten als Kern eines allgemeinen Unternehmensrechts¹ auch für verbundene Gesellschaften mit beschränkter Haftung.² Die materiellen Vorschriften des Dritten Buches des Aktiengesetzes stellen hingegen allein darauf ab, ob eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als abhängige Unternehmung in eine Unternehmensverbindung einbezogen ist.³ Ein aktienrechtlicher Konzern (auch Aktienkonzern oder AG-Konzern) liegt damit auch dann vor, wenn das herrschende Unternehmen keine AG oder KGaA ist. Entsprechend sollen im folgenden unter dem Begriff des GmbH-Konzerns diejenigen Unternehmensverbindungen verstanden werden, die durch das Vorhandensein wenigstens einer abhängigen GmbH gekennzeichnet sind. Diese terminologische Begrenzung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil dem Gläubigerschutzaspekt in Bezug auf die Gläubiger abhängiger GmbH die größere Bedeutung zukommt.⁴

Der GmbH-Konzern ist keine Schöpfung der Rechtswissenschaft, sondern ein Produkt wirtschaftsrechtlicher Praxis.⁵ Obwohl insoweit keine aktuellen, umfassenden rechtstatsächlichen Untersuchungen vorliegen⁶, läßt die Lektüre des

¹ Begr. RegE AktG zu § 15 (BT-Drucks. IV/171), in: Kropff, AktG, S. 27.

² Hachenburg/Barz, RdNr. 3 zu § 13 Anh. II; Scholz/Emmerich, RdNr. 25 Anh. Bd. I.

³ Vgl. §§ 291, 292, 311 Abs. 1 AktG.

⁴ Hachenburg/Barz, RdNr. 8, 48 ff. zu § 13 Anh. II; vgl. aber auch Heinsius, AG 1986, 106 und Ebenroth, Konzernbildungs- und Konzernleitungskontrolle, S. 52.

⁵ Lutter, FS Stimpel S. 826 und 841; Timm, NJW 1987, 977 und 987.

⁶ An älteren Veröffentlichungen liegen die Untersuchung der Centrale für GmbH (Ergebnisse bei Winter, GmbHR 1969, 119ff. und 145ff.), die Auswertung von Verhoeven, GmbH-Konzern-Innenrecht, RdNr. 10, 15ff. aus dem Jahre 1976 sowie die Untersuchung von Hansen, GmbHR 1980, 99 ff. vor. Danach wiesen im September 1979 von 5597 untersuchten GmbH mit mindestens TDM 500 Stammkapital 40 % einen Unternehmensgesellschafter mit maßgeblicher Beteiligung auf. In mehr als der Hälfte dieser Fälle war das beherrschende Unternehmen zugleich Alleingesellschafter. Die Situation dürfte sich in jüngster Zeit kaum verändert haben, vgl. Scholz/Emmerich, GmbHG, RdNr. 5 Anhang Bd. I. Die jüngste Auswertung der Handelsregisterdaten dreier Amtsgerichtsbezirke von Komblum u.a., GmbHR 1985, 7 ff. und 42 ff. weist ebenso wie die entsprechenden älteren Veröffentlichun-

Geschäftsberichts eines beliebigen deutschen Großunternehmens an der Verbreitung und Bedeutung dieser Organisationsform ebensowenig Zweifel aufkommen wie ein Blick in die einschlägige Publikation "wer gehört zu wem"⁷ der Commerzbank AG. Ungeachtet der Verbreitung des GmbH-Konzerns gibt es jedoch keine geschlossene Kodifikation des GmbH-Konzernrechts. Sie war zwar im Zuge der "großen" GmbH-Reform 1969/1973 in enger Anlehnung an das Konzernrecht des Aktiengesetzes von 1965 vorgesehen⁸, fand aber schließlich keine Mehrheit im Bundestag.

Folglich blieben auftretende Rechtsstreitigkeiten im Bereich des GmbH-Konzerns auch weiterhin dem Richterrecht überlassen. Zu den Feldern, auf denen sich Interessenkollisionen mit nachfolgendem Bedürfnis nach richterlicher Entscheidung überhaupt ereignen können, gehört neben der Frage der Behandlung der Minderheitsgesellschafter in den Ober- und Untergesellschaften der Gläubigerschutz. Damit sind die Kernbereiche jedweden - geschriebenen oder ungeschriebenen - Konzernrechts angesprochen.

Mit der "Autokran"-Entscheidung vom 16.09.1985⁹ hat der II. Senat des Bundesgerichtshofs für den Gläubigerschutz im GmbH-Konzern einen neuen Akzent gesetzt, indem er einen *spezifisch konzernrechtlichen Haftungsdurchgriff* auf den herrschenden Gesellschafter der abhängigen GmbH schuf. Dieses neue Rechtsinstitut ist geeignet, die Organisationsmöglichkeit "GmbH-Konzern" im ganzen zu beeinträchtigen. Mehrheitsgesellschafter abhängiger Unternehmen sind einem neuen Haftungsrisiko ausgesetzt. Dadurch können sie sich veranlaßt sehen, andere, unter Umständen weniger effiziente Organisationsformen zu wählen, oder - angesichts des durch die Rechtsprechung erhöhten Risikos - bestimmte an sich wünschenswerte Aktivitäten zu unterlassen. Mit dem "Autokran"-Urteil hat der BGH die Position der Gläubiger abhängiger GmbH unter bestimmten Voraussetzungen verbessert. Eine Erhöhung der Einstandspflichten herrschender Unternehmen für ihre Tochtergesellschaften kann auf der anderen Seite aber auch zu einer Schmälerung der Haftungsbasis der Gläubiger des herrschenden Unternehmens führen.¹⁰

gen von Kornblum, GmbHR 1983, 29 ff. und 61 ff. sowie 1981, 227 ff. keine spezifisch konzernrelevanten Daten aus. Dasselbe gilt für die jüngsten Zusammenstellungen von Hansen, GmbHR 1985, 209; 1986, 37; 1987, 50 und 1988, 15.

⁷ "Wer gehört zu wem", Mutter- und Tochtergesellschaften von A-Z, hrsg.v. d. Commerzbank AG, 16. Auflage 1988. Die Aufnahme in diese Publikation setzt allerdings die Überschreitung bestimmter und im Laufe der Zeit gestiegener Kapitalbeträge voraus, so daß auch hier die Situation bei "kleinen" GmbH mit Kapitalausstattungen in der Nähe des gesetzlichen Mindeststammkapitals nicht abgebildet wird.

⁸ RefE eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, hrsg.v. BMJ, 2. Auflage, Köln 1969; RegE BT-Drucks. VI/3088 und 7/253.

⁹ BGHZ 95, 330 = AG 1986, 15 = BB 1985, 2065 = DB 1985, 2341 = GmbHR 1986, 78 = JZ 1986, 901 = NJW 1986, 188 = WM 1985, 1263 = ZIP 1985, 1263.

¹⁰ Die Ambivalenz konzernrechtlichen Gläubigerschutzes fand im Schrifttum bisher kaum Beachtung: Nur Heinsius, AG 1986, 106 und - unter Einbeziehung ausländischer Literatur - Posner, 43 U.Chi.L.R.(1976), 517 sowie Druey, ZSR 1980, 229 deuten die Problematik an.

Eine von diesem Gesichtspunkt ausgehende Untersuchung der ökonomischen Konsequenzen der "Autokran"-Entscheidung erscheint zwar lohnend, kann an dieser Stelle aber nicht in Angriff genommen werden. Die Arbeit beschränkt sich deshalb auf die Behandlung des Gläubigerschutzes bezüglich abhängiger GmbH.

Die "Autokran"-Entscheidung ist von der konzernrechtlichen Literatur vielfach aufgegriffen¹¹ und teilweise scharfer Kritik unterzogen worden. Abgesehen von reinen Besprechungen des Urteils liegen auch Beiträge vor, die - teilweise unter Rückgriff auf frühere Veröffentlichungen - geschlossene Regelungsalternativen zur Diskussion stellen. Diese Arbeit will den Umfang der Notwendigkeit konzernbezogenen Gläubigerschutzes zunächst kritisch ausloten, sodann die vom BGH konzipierte Lösung analysieren und zu den Alternativvorschlägen der Literatur in Beziehung setzen.

Für die sich anschließende Bewertung der unterschiedlichen Lösungen und Ansätze soll unter noch genau abzugrenzenden und zu erläuternden Prämissen die *Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR)* herangezogen werden. Dabei geht es nicht etwa darum, rechtliche Zielvorstellungen durch ökonomische zu ersetzen. Ziel der Arbeit ist es vielmehr, ökonomische Kriterien so in die Argumentation einzubeziehen, daß sie bei der Auswahl der schließlich zu realisierenden Gläubigerschutzlösung aus der Menge der unter juristischen Aspekten gegebenen Möglichkeiten eingesetzt werden können.

B. Gang der Untersuchung

Potentielle Beeinträchtigungen einer unternehmerischen Organisationsform durch rechtsfortbildende Entscheidungen der Judikative wären kaum von besonderer Bedeutung, wenn die betreffende organisatorische Gestaltungsmöglichkeit nicht ihrerseits spezifische, schützenswerte Vorteile aufzuweisen hätte. Deshalb ist dieser Untersuchung eine kursorische Beschreibung einzelner Merkmale vorangestellt, die Attraktivität und Bedeutung des GmbH-Konzerns kennzeichnen und zugleich erklären (in diesem Abschnitt C.). Eine Darstellung der rechtlichen Schwierigkeiten, die sich aus dem Konzernatbestand ergeben, nämlich dem Auseinanderfallen von rechtlicher und ökonomischer Einheit, schließt sich unter Zuspitzung auf den Aspekt des Gläubigerschutzes an (unten D.).

Der zweite Abschnitt dieser Arbeit beginnt mit einer Klassifizierung der GmbH-Gläubiger (A.) und der verschiedenen Konzernierungsformen (B.). Die unter dem

¹¹ An *Stellungnahmen* liegen bislang vor: Assmann, JZ 1986, 881 ff. und 928 ff.; Ehlike, DB 1986, 523 ff.; Emmerich, JuS 1986, 236 f., WuB II C. § 13 II GmbHG 1.86 und GmbHR 1987, 213 ff.; Heinsius, AG 1986, 99 ff.; Hommelhoff, EW § 13 GmbHG 3/85, 885 f.; Lutter, ZIP 1985, 1425 ff.; Priester, ZIP 1986, 137 ff.; Reh binder, AG 1986, 85 ff.; K. Schmidt, BB 1985, 2074 ff. und ZIP 1986, 146 ff.; Schwark, JuS 1987, 443; Ulmer, AG 1986, 123 ff., NJW 1986, 1579 ff. und WPg 1986, 685 ff.; Werner, FS Goerdeler, S. 677 ff.; Wiedemann, ZGR 1986, 656 ff.; Wilhelm, DB 1986, 2113 ff.