

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 103

# Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern

Von

Andreas Gätsch



Duncker & Humblot · Berlin

**ANDREAS GÄTSCH**

**Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern**

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

**Band 103**

# **Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern**

**Von**

**Andreas Gätsch**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Gätsch, Andreas:**  
Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern /  
von Andreas Gätsch. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997  
(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 103)  
Zugl.: Marburg, Univ., Diss., 1996  
ISBN 3-428-08987-1 brosch.

Alle Rechte vorbehalten  
© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany  
ISSN 0582-026X  
ISBN 3-428-08987-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ∞

*Für Juliana*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1996 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen. Das im Sommer 1995 abgeschlossene Manuskript habe ich zum Zwecke der Veröffentlichung nochmals überarbeitet und auf den Stand November 1996 gebracht.

Mein besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Volker Beuthien. Er hat es mir ermöglicht, wesentliche Teile der Arbeit während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem von ihm geleiteten Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Philipps-Universität Marburg anzufertigen.

Weiterhin möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Erich Schanze für die rasche Anfertigung des Zweitgutachtens bedanken.

Hamburg, im November 1996

Andreas Gätsch



# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit .....	21
II. Fragestellung .....	22
III. Gang der Arbeit .....	23
IV. Thesen .....	25

## Erster Teil

### Rechtsprechung und Lehre zum Gläubigerschutz in faktischen GmbH-Konzernen

I. Gläubigerschutz im einfachen faktischen GmbH-Konzern .....	27
1. Das Haftungskonzept des Bundesgerichtshofs .....	27
2. Stellungnahmen des Schrifttums zum Haftungskonzept des Bundesgerichtshofs .....	28
a) Keine Anwendung der §§ 311 ff. AktG auf den faktischen GmbH-Konzern .....	28
b) Mittelbarer Gläubigerschutz durch gesellschaftlerliche Treuepflicht .....	29
c) Die Organhaftung .....	30
d) Stellungnahme .....	30
II. Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern .....	32
1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	32
a) Die "Autokran"-Entscheidung .....	32
b) Die "Tiefbau"-Entscheidung .....	35
c) Die "Video"-Entscheidung .....	37
d) Die "TBB"-Entscheidung .....	39
e) Die "EDV"-Entscheidung .....	40
f) Die "Fertighaus II"-Entscheidung .....	41
g) Die "Architekten"-Entscheidung .....	43
h) Die "Betriebsfortführung"-Entscheidung .....	44

2. Stellungnahmen des Schrifttums zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	45
a) Der Tatbestand des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns .....	45
aa) Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff .....	45
(1) Schrifttum .....	47
(2) Stellungnahme .....	48
bb) Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung .....	49
(1) Schrifttum .....	50
(2) Stellungnahme .....	51
(3) Verzicht auf das Merkmal der einheitlichen Leitung .....	52
cc) Faktischer Konzern .....	53
dd) Qualifizierter faktischer Konzern: Konzernzustandshaftung oder Konzernverhaltenshaftung? .....	54
(1) Konzernstrukturhaftung .....	54
(2) Konzernverhaltenshaftung .....	55
(3) Nebeneinander von Konzernstrukturhaftung und Verhaltenshaftung .....	56
(4) Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	57
(5) Stellungnahme .....	58
b) Die Rechtsfolgen des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns .....	60
aa) Keine Anwendung der §§ 311 ff. AktG .....	60
bb) Die Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen GmbH entsprechend § 302 AktG .....	60
cc) Ausfallhaftung des herrschenden Unternehmens gegenüber den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft analog § 303 AktG .....	61
dd) Forderungen des Schrifttums nach Haftungsbeschränkung .....	61
(1) Beschränkung der Verlustausgleichspflicht auf den zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Betrag .....	61
(2) Beschränkung der Haftung auf das Unternehmensvermögen ....	62
c) Im Schrifttum vorgeschlagene Wege zur Haftungsvermeidung .....	63
aa) Zusammenfassung sämtlicher unternehmerischer Aktivitäten in nur einer GmbH .....	63
bb) Zwischenschalten einer Holding .....	63
d) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	64
III. Zusammenfassung des Ersten Teils .....	65

1. Einfacher faktischer GmbH-Konzern .....	65
2. Qualifizierter faktischer GmbH-Konzern .....	65
3. Offene Fragen .....	66

*Zweiter Teil*

**Die erste Analogievoraussetzung:  
Das Bestehen einer Regelungslücke im GmbH-Gesetz in bezug auf den  
qualifizierten faktischen GmbH-Konzern**

I. Das Fehlen konzernrechtlicher Regelungen im GmbH-Gesetz .....	69
II. Das System des Gläubigerschutzes im GmbH-Gesetz .....	71
1. Die Aufbringung des Stammkapitals .....	71
a) Funktionsweise der Kapitalaufbringung .....	71
b) Zweck der Kapitalaufbringungs Vorschriften .....	73
2. Die Erhaltung des Stammkapitals .....	73
a) Funktionsweise der Kapitalerhaltung .....	74
aa) Ansichten im Schrifttum .....	74
bb) Stammkapital als Verlustdeckungskapital .....	74
b) Ansatz und Bewertung .....	78
aa) Bewertung .....	78
bb) Stille Reserven .....	79
c) Verdeckte Gewinnausschüttungen .....	80
aa) Grundsätzliches .....	80
bb) Bilanziell nicht erfaßte Vermögensverschiebungen .....	81
d) Weitere Einzelprobleme .....	83
aa) "Kapitalerhaltung oberhalb des Stammkapitals" .....	83
bb) Anwendung der §§ 30 f. GmbHG bei bestehender Überschuldung ..	83
e) Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen .....	86
aa) Rechtsprechungsgrundsätze .....	86
bb) Die Novellenregelung der §§ 32a, 32b GmbHG .....	87
cc) Verhältnis der Novellenregelungen zu den Rechtsprechungsgrund- sätzen .....	87
f) Zusammenfassung .....	87
3. Gläubigerschutz durch Pflicht zu rechtzeitiger Konkurs- oder Vergleichs- anmeldung (§ 64 GmbHG) .....	88

a) Die vom Bundesgerichtshof entschiedenen Sachverhalte als Insolvenzsachverhalte .....	89
b) Die Insolvenzgründe .....	90
c) Der Insolvenzgrund der Überschuldung .....	91
aa) Die Entwicklung des Überschuldungsbegriffs .....	92
bb) Die heute herrschende Meinung .....	92
cc) Gegenansichten .....	94
dd) Eigene Stellungnahme .....	94
(1) Ansatz von Liquidationswerten .....	95
(2) Keine teleologische Reduktion des § 64 Abs. 1 GmbHG durch eine negative Fortbestehensprognose .....	96
(a) Der Interessenkonflikt .....	96
(b) Die angemessene Risikoverteilung .....	96
(c) Gründe gegen die Fortbestehensprognose .....	98
(3) Möglichkeiten zur Beseitigung der rechnerischen Überschuldung .....	101
ee) Ansatz eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus? .....	103
d) Rechtsfolgen verspäteter Konkursantragstellung .....	105
aa) Ersatzpflichten der Geschäftsführer .....	105
bb) Haftung des faktischen Geschäftsführers .....	106
cc) Umfang des Schadensersatzes ("Quotenschaden") .....	107
dd) Ersatzpflichten der Gesellschafter .....	107
e) Die neue Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 .....	108
4. Zusammenfassung .....	109
III. Lückenhaftigkeit des gesetzlichen Gläubigerschutzsystems durch Außerkraftsetzung der Kapitalsicherungsvorschriften im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern? .....	110
1. Keine Außerkraftsetzung durch gesetzliche Anordnung entsprechend § 291 Abs. 3 AktG .....	111
2. Faktische Außerkraftsetzung des Kapitalsicherungsrechts bei qualifizierter Konzernabhängigkeit einer GmbH? .....	112
a) Bilanzielle Funktionsweise der §§ 30 ff. GmbHG .....	112
b) Rechtsprechung zu den §§ 30 ff. GmbHG im Unternehmensverbund ...	114
IV. Lückenhaftigkeit des gesetzlichen Gläubigerschutzsystems aufgrund des Konzernproblems bei der abhängigen GmbH? .....	115

1. Das allgemeine Konzernproblem .....	115
2. Das allgemeine Konzernproblem im GmbH-Recht .....	116
3. Stellungnahme .....	116
a) Regelungszuständigkeit des Gesetzgebers .....	116
b) Vermischung insolvenzrechtlicher und konzernrechtlicher Probleme ...	117
c) Erhöhung des Insolvenzrisikos im faktischen GmbH-Konzern? .....	117
d) Behandlung des Konzernproblems im Ausland .....	118
4. Besondere Konzernprobleme .....	119
V. Ergebnis des Zweiten Teils .....	120
1. Keine Regelungslücke im GmbH-Gesetz .....	120
2. § 64 Abs. 2 GmbHG und § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 64 Abs. 1 GmbHG als richtige Anspruchsgrundlagen .....	121

*Dritter Teil*

**Die zweite Analogievoraussetzung:  
Vergleichbarkeit des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns  
mit dem beherrschungsvertraglichen Aktienkonzern**

I. Vergleich zwischen der selbständigen Aktiengesellschaft und der selbständi- gen GmbH .....	124
1. Die Organisationsverfassungen: Satzungsstrenge bei der Aktiengesell- schaft - Gesellschaftsvertragsfreiheit bei der GmbH .....	124
a) Zuständigkeitsverteilung bei der Aktiengesellschaft .....	124
b) Zuständigkeitsverteilung bei der GmbH .....	125
c) Vergleich von Aktiengesellschaft und GmbH .....	126
2. Treuepflichten bei GmbH und Aktiengesellschaft .....	127
a) Rechtsprechung und Schrifttum .....	127
b) Stellungnahme .....	129
3. Gläubigerschutz .....	129
a) Kapitalaufbringung im Aktienrecht .....	130
b) Kapitalerhaltung im Aktienrecht .....	132
aa) Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 Abs. 1 AktG) .....	132
bb) Pflicht zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage (§ 150 AktG) .....	133
cc) Rechtsfolgen verbotswidriger Auszahlungen .....	134
c) Vorstandspflichten bei Verlust und Überschuldung nach § 92 AktG ....	134
d) Vergleich des Gläubigerschutzes bei Aktiengesellschaft und GmbH ....	135
aa) Kapitalaufbringung .....	135

bb) Kapitalsicherung .....	135
cc) Einberufungs- und Konkursantragspflicht bei Überschuldung .....	136
II. Gläubigerschutz bei konzernierten Aktiengesellschaften .....	137
1. Gläubigerschutz bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages (§§ 311-318 AktG) .....	137
a) Abhängigkeit .....	138
aa) Mehrheitsbeteiligung .....	138
bb) Minderheitsbeteiligung .....	139
cc) Wirtschaftliche Abhängigkeit .....	140
b) Das Regelungssystem der §§ 311 bis 318 AktG .....	141
aa) Verbot der negativen Einflußnahme und Nachteilsausgleich .....	141
bb) Abhängigkeitsbericht .....	142
cc) Schadensersatzpflichten nach §§ 317, 318 AktG .....	143
c) Funktionsfähigkeit der §§ 311 ff. AktG .....	143
aa) Kritik am Regelungssystem der §§ 311 ff. AktG .....	143
bb) Wandelung der Einschätzung aufgrund rechtstatsächlicher Erhebungen .....	144
d) Fortgeltung der allgemeinen Gläubigerschutzvorschriften .....	146
aa) Kapitalsicherung nach §§ 57 ff. AktG .....	146
bb) Verlustanzeige- und Konkursantragspflicht (§ 92 AktG) .....	148
2. Gläubigerschutz im aktienrechtlichen Vertragskonzern .....	148
a) Die Unternehmensverträge des Aktiengesetzes, insbesondere der Beherrschungsvertrag .....	148
aa) Inhalt von Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag .....	148
bb) Rechtsnatur der Unternehmensverträge .....	150
(1) Schrifttum .....	150
(2) Stellungnahme .....	151
(a) Die Satzungsüberlagerung: Ein unbekannter Rechtsbegriff .....	151
(b) § 76 AktG als Norm des Gesellschaftsinnenrechts .....	152
(c) Beseitigung der Kapitalbindung .....	154
(d) Zwischenergebnis .....	154
b) Gläubigerschutz im Vertragskonzern .....	154
aa) Die Verlustausgleichspflicht des § 302 AktG .....	155
(1) Gesetzliche Haftung bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages .....	155

(2) Während der Vertragsdauer sonst entstehender Jahresfehlbetrag .....	157
(3) Auflösung anderer Gewinnrücklagen .....	158
(4) Rechtsfolge des § 302 AktG .....	159
(5) Regelungszweck des § 302 AktG .....	159
(a) Meinungsstand in Schrifttum und Rechtsprechung .....	159
(b) Stellungnahme .....	161
(aa) Übergang der Leitungsmacht .....	161
(bb) Interessenumbruch .....	161
(cc) Konzernspezifische Kapitalerhaltung .....	162
(dd) Zusammenfassung .....	163
bb) Pflicht zur Sicherheitsleistung nach § 303 AktG .....	163
(1) Voraussetzungen .....	164
(2) Direkter Zahlungsanspruch .....	164
c) Geltung der allgemeinen aktienrechtlichen Regelungen im Vertragskonzern .....	166
aa) Außerkraftsetzung der Kapitalsicherungsregeln durch § 291 Abs. 3 AktG .....	166
(1) Zweck des § 291 Abs. 3 AktG .....	166
(2) Umfang der Aufhebung der Kapitalerhaltungsvorschriften .....	168
bb) Fortgeltung des § 92 AktG .....	168
III. Vergleich zwischen dem beherrschungsvertraglichen Aktienkonzern und dem qualifizierten faktischen GmbH-Konzern .....	169
1. Entstehung .....	169
2. Innere Ausgestaltung .....	169
a) Grundlage des Weisungsrechts .....	170
b) Umfang und Grenzen des Weisungsrechts .....	171
aa) Im beherrschungsvertraglichen Aktienkonzern .....	171
bb) Im faktischen GmbH-Konzern .....	171
(1) Bindung des herrschenden Gesellschafters an Treuepflicht und zwingendes GmbH-Recht .....	172
(2) Bindung des Alleingesellschafters an ein Eigeninteresse der GmbH .....	173
(a) Rechtsprechung .....	173
(b) Schrifttum .....	174
(c) Stellungnahme .....	175

c) Kapitalbindung im faktischen GmbH-Konzern - Finanzierungsfreiheit im Aktienvertragskonzern .....	177
IV. Unangemessenheit des § 302 AktG - Schadensersatz statt Verlustausgleich ...	178
1. Mehrpersonen-GmbH-Konzern .....	179
2. Einmann-GmbH-Konzern .....	179
V. Ergebnis des Dritten Teils .....	180
VI. Exkurs: Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen Aktienkonzern .....	181
1. Die Voraussetzungen des qualifizierten faktischen Aktienkonzerns .....	181
a) Dauernde und umfassende Einflußnahme des herrschenden Unternehmens .....	181
b) Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen Gesellschaft nicht erforderlich .....	182
c) Stellungnahme .....	182
2. Rechtsfolgen .....	183
a) Schrifttum .....	183
b) Stellungnahme .....	183
3. Ergebnis .....	184

### *Schluß*

#### **Zusammenfassung und Bewertung der im Zweiten und Dritten Teil gefundenen Ergebnisse**

I. Zusammenfassung der Ergebnisse .....	185
1. Keine Regelungslücke im GmbH-Gesetz .....	185
a) Fehlen konzernrechtlicher Vorschriften im GmbH-Gesetz .....	185
b) Außerkraftsetzung der §§ 30, 31 GmbHG .....	186
c) Ersatzansprüche wegen verspäteter Konkursanmeldung .....	187
aa) Die den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zugrundeliegenden Sachverhalte als Insolvenzsachverhalte .....	187
bb) Konkursantragspflicht wegen Überschuldung (§ 64 GmbHG) .....	187
cc) Rechtsfolgen verspäteter Konkursanmeldung .....	189
dd) Insolvenz kein typisches Problem konzernabhängiger Gesellschaften mbH .....	189
2. Unangemessenheit der Anwendung der §§ 302, 303 AktG auf den qualifizierten faktischen GmbH-Konzern .....	190
a) Fehlende Vergleichbarkeit des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns mit dem beherrschungsvertraglichen Aktienkonzern .....	190

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	17
aa) Aktiengesellschaft .....	190
bb) Gesellschaft mbH .....	191
cc) Vergleich .....	192
b) Schadensersatz statt Verlustausgleich .....	193
II. Folgen der Konzernrechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	193
1. Fehlende Rechtssicherheit .....	193
2. Strukturdiskussion .....	195
III. Ausblick .....	196
<b>Schrifttumsverzeichnis</b> .....	197
<b>Sachregister</b> .....	211

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 6.9.1965, BGBl. I 1089
Alt.	Alternative
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Begr., begr.	Begründer, begründet
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972, BGBl. I 13
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896, RGBl. 195, BGBl. III 4 Nr. 400-2
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
ders., dies.	derselbe, dieselbe, dieselben
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht
eG	eingetragene Genossenschaft
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz vom 6.9.1965, BGBl. I 1185

EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung vom 5.10.1994, BGBl. I 2911
eV	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Aktuelle Rechtsprechung mit Kurzkomentaren für die Praxis)
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1.5.1889, RGBl. 55, idF vom 20.5.1898, RGBl. 369, 810, BGBI III 4 Nr. 4125-1
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, BGBl. I 1
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892, RGBl. 477, BGBI. III 4 Nr. 4123-1
GmbHR	GmbH-Rundschau mit Sonderfragen der GmbH & Co.
GroßKomm	Großkommentar
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF. vom 24.9.1980, BGBI. I 1761
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897, RGBl. 219, BGBI. III 4 Nr. 4100-1
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
idF.	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung vom 5.10.1994, BGBl. I 2866
iVm.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung idF. vom 20.5.1898, RGBl. 612, BGBI. III 3 Nr. 311-4
KölnKomm	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, begründet von Lindenmaier und Möhring, neu hrsg. von Nirk u.a.

LöschG	Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9.10.1934, RGBl. I, S. 914
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MitbestErgG	Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz) vom 7.8.1956, BGBl. I 707
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4.5.1976, BGBl. I 1153
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz) vom 21.5.1951, BGBl. I 347
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mwN.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
RWS	Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Köln
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft
VerglO	Vergleichsordnung vom 26.2.1935, RGBl. I 321, BGBl. III 3 Nr. 311-1
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen, Teil IV
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung idF. vom 12.9.1950, BGBl. I 535, BGBl. III 3 Nr. 310-4

# Einleitung

## I. Gegenstand der Arbeit

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum qualifizierten faktischen GmbH-Konzern.<sup>1</sup> In den Entscheidungen "Autokran"<sup>2</sup>, "Tiefbau"<sup>3</sup>, "Video"<sup>4</sup>, "TBB"<sup>5</sup>, "EDV"<sup>6</sup>, "Fertighaus II"<sup>7</sup>, "Architekten"<sup>8</sup> und "Betriebsfortführung"<sup>9</sup> hatten die Gläubiger von Gesellschaften mbH, nachdem sie mit der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der jeweiligen Gesellschaft ausgefallen waren, deren Gesellschafter persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen.

Nach Ansicht des für das Gesellschaftsrecht zuständigen Zweiten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs seien die im aktienrechtlichen Vertragskonzern für das herrschende Unternehmen bestehenden Pflichten, die während des Konzernverhältnisses bei der abhängigen Gesellschaft entstehenden Verluste auszugleichen (§ 302 AktG) und nach Beendigung des Konzernverhältnisses gegenüber den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft Sicherheit zu leisten (§ 303 AktG), auf die GmbH entsprechend anzuwenden, wenn der herrschende Unternehmensge-

---

<sup>1</sup> Zwar haben auch andere Bundesgerichte, insbesondere das Bundesarbeitsgericht, Urteile zum qualifizierten faktischen GmbH-Konzern erlassen (BAG, AG 1991, 434; NJW 1994, 3244; zuletzt BAG, AG 1996, 222). Dabei wurden jedoch die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze übernommen, so daß sich aus diesen Entscheidungen für die hier interessierende Frage der Fortbildung des GmbH-Konzernrechts nichts entnehmen läßt.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 16.09.1985, BGHZ 95, 330-349.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 20.02.1989, BGHZ 107, 7-23.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 23.09.1991, BGHZ 115, 187-203.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 29.03.1993, BGHZ 122, 123-136.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 13.12.1993, WM 1994, S. 203-204 = NJW 1994, S. 446 (m. Anm. K. Schmidt).

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 19.09.1994, NJW 1994, S. 3288-3291.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 16.02.1995, BB 1995, S. 997-999.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 12.02.1996, NJW 1996, S. 1283-1284.

sellschafter und die von ihm abhängige Gesellschaft einen qualifizierten faktischen GmbH-Konzern bildeten.

Der Bundesgerichtshof ging in den ersten Entscheidungen davon aus, daß ein qualifizierter faktischer GmbH-Konzern vorliege, wenn der herrschende Gesellschafter dauernd und umfassend Einfluß auf die Geschäftsführung der von ihm abhängigen GmbH nehme, indem er dieser in weitem Umfang Weisungen erteile. Folge des dann vorliegenden qualifizierten faktischen Konzerns sei die entsprechende Anwendung der §§ 302, 303 AktG, wobei die Pflicht zur Sicherheitsleistung sich in eine direkte Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger wandle, wenn die Gesellschaft vermögenslos und eine Sicherheitsleistung daher zwecklos sei. In der "TBB"-Entscheidung änderte der Bundesgerichtshof seine Auffassung. Nunmehr sollte die dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaft weder die Konzernhaftung des herrschenden Unternehmens auslösen noch eine Vermutung für das Vorliegen eines qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns begründen. Erforderlich sei vielmehr ein objektiver Mißbrauch der beherrschenden Gesellschafterstellung, der vorliege, wenn der Unternehmensgesellschafter die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübe, die keine angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft nehme. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof in den folgenden Entscheidungen bestätigt.

## II. Fragestellung

Der methodische Ansatz der Arbeit besteht in der Frage, ob die für die entsprechende Anwendung der §§ 302, 303 AktG auf den qualifizierten faktischen GmbH-Konzern erforderlichen Analogievoraussetzungen vorliegen. Zu prüfen ist somit, ob das GmbH-Gesetz im Hinblick auf die Sachverhalte des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns eine Regelungslücke aufweist und ob dieser Konzern mit dem auf einem Unternehmensvertrag, insbesondere einem Beherrschungsvertrag, beruhenden Aktienkonzern derart vergleichbar ist, daß die entsprechende Anwendung der §§ 302, 303 AktG angemessen ist. Über diesen methodischen Ansatz gelangt man zu Antworten auf die Fragen, ob für die entsprechende Anwendung der vertragskonzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes auf den qualifizierten faktischen GmbH-Konzern ein tatsächliches Bedürfnis besteht, ob sie dogmatisch haltbar und ob sie im Ergebnis praktikabel ist.

Hingegen bleiben andere Fragestellungen, insbesondere die Einbindung der Konzernhaftung in ein allgemeines Konzept der Durchgriffshaftung,<sup>10</sup> aus Gründen der thematischen Beschränkung außer Betracht.

### III. Gang der Arbeit

Die Arbeit besteht aus drei Teilen. Im ersten Teil werden die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum qualifizierten faktischen GmbH-Konzern und die sie vorbereitenden und begleitenden Stellungnahmen des Schrifttums dargestellt. Während die "Autokran"- und die "Tiefbau"-Entscheidung von der Lehre positiv aufgenommen wurden, traf das "Video"-Urteil auf heftige Kritik, die bis zum Vorwurf der Verfassungswidrigkeit reichte. Der Bundesgerichtshof sah sich daraufhin in der "TBB"-Entscheidung zu einer "Klarstellung" seiner Rechtsprechung veranlaßt.<sup>11</sup> Er forderte für die Konzernhaftung des herrschenden Unternehmensgesellschafters nunmehr, daß dieser seine Gesellschafterstellung objektiv mißbrauche, indem er keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nehme.

Im zweiten Teil wird geprüft, ob das GmbH-Gesetz die für eine analoge Anwendung der vertragskonzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes erforderliche Regelungslücke in bezug auf die Sachverhalte des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns aufweist. Rechtsprechung und Schrifttum folgern das Vorliegen einer Regelungslücke für die Sachverhalte des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns aus dem Umstand, daß das GmbH-Gesetz keine konzernrechtlichen Vorschriften enthält. Dieser Schluß ist indes nicht zwingend. Vielmehr ist zu prüfen, ob die vorhandenen Vorschriften des GmbH-Gesetzes einen ausreichenden Schutz für die Gläubiger einer im Unternehmensverbund stehenden GmbH gewährleisten. Erst wenn diese Frage zu verneinen ist, weist das GmbH-Gesetz eine Regelungslücke auf. Erforderlich ist somit eine Untersuchung der Gläubigerschutzvorschriften des GmbH-Gesetzes.

Nach § 13 Abs. 2 GmbHG haftet den Gläubigern der Gesellschaft für ihre Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber die Gesellschafter persönlich. Den Gläubigerschutz übernehmen die Kapitalsicherungsvorschriften der §§ 30 ff. GmbHG. Diese seien - so wird in Schrifttum und Rechtsprechung

---

<sup>10</sup> Dazu *Stimpel*, in: FS Goerdeler, S. 601 ff.

<sup>11</sup> BGHZ 122, 123 Leitsatz a).