

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 152

**Entwicklungen zur
Durchgriffs- und Konzernhaftung**

**Herausgegeben von
Wolfgang Theobald**



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG THEOBALD (Hrsg.)

Entwicklungen zur Durchgriffs- und Konzernhaftung

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 152

Entwicklungen zur Durchgriffs- und Konzernhaftung

Tagungsbeiträge eines Symposiums des Vereins für
Wirtschaftsrecht und Rechtssoziologie Berlin und Gießen e.V.,
veranstaltet am 5. Mai 2000 in Gießen

Herausgegeben von

Wolfgang Theobald

mit Beiträgen von

Peter W. Heermann, Georg Wiesner und Rüdiger Veil



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-10764-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Der vorliegende Band „Entwicklungen zur Durchgriffs- und Konzernhaftung“ fasst die Beiträge der gleichnamigen Tagung zusammen, die der Verein für Wirtschaftsrecht und Rechtssoziologie Berlin und Gießen e.V. am 5.5.2000 in Gießen durchgeführt hat. Diese Tagung war Herrn Prof. Dr. Thomas Raiser zu dessen 65. Geburtstag gewidmet. Seine Schüler, die durchweg Mitglieder des genannten Vereins sind, haben sich bei dieser Tagung mit einem Fragenkreis auseinandergesetzt, der traditionell nicht nur in Rechtsprechung und Literatur im Fluss ist, sondern der auch ihren akademischen Lehrer Thomas Raiser wissenschaftlich stets beschäftigt hat. Davon zeugen nicht nur seine Veröffentlichungen; auch in ungezählten Seminaren und Diskussionen mit seinen Mitarbeitern hat er das Interesse an diesen Fragen geweckt und – wie der Band belegt – auch erhalten. Über diese fachliche Seite hinaus war aber gerade die persönliche Verbundenheit mit Herrn Prof. Dr. Raiser Anlass der Tagung. Diese persönliche Verbundenheit, die bis in die Studien- und Assistentenzeit der Tagungsteilnehmer und damit über viele Jahre, teils sogar über Jahrzehnte zurückreicht, ist unverändert geblieben. Sie ist Beleg für die menschliche Kraft von Herrn Prof. Dr. Raiser. Als Herausgeber freue ich mich deshalb, diesen Band im Namen aller Tagungsteilnehmer unserem verehrten Lehrer zu widmen.

Frankfurt am Main, im Januar 2002

Wolfgang Theobald

Inhaltsverzeichnis

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M., Bayreuth: Materielle Unterkapitalisierung und sog. Haftungsdurchgriff. Überlegungen zum Anwendungsbereich, zu den dogmatischen Grundlagen und zu den Tatbestandsvoraussetzungen	11
I. Einleitung	11
II. Ausgangsüberlegungen	14
1. Grundsatz: Eigenverantwortliches Handeln	15
2. Thesen	16
3. Folgerung der h.M.: Einstandspflicht der Gesellschafter für eine Unterkapitalisierung	17
4. Vorläufige Stellungnahme	18
III. Haftung der Gesellschafter einer GmbH	19
1. Allgemeine Haftungstatbestände	19
a) Vertragliche Mithaftung	19
b) Verschulden bei Vertragsabschluss (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB n.F.)	19
c) Positive Forderungsverletzung (§ 280 BGB n.F.)	20
d) Rechtsscheinhaftung	21
e) Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)	21
2. Spezielle Haftungstatbestände	21
a) Insolvenzverschleppungshaftung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG)	21
b) Eigenkapitalersatzrecht (§§ 30 ff. GmbHG)	23
c) Haftung nach den Grundsätzen des qualifiziert faktischen Konzerns ..	23
3. Teilnehmerhaftung	25
4. Zwischenergebnis	25
IV. Haftung der Gesellschafter aufgrund materieller Unterkapitalisierung	26
1. Vorbemerkung	26
2. Organhaftung; Treuepflicht	27
3. Normzwecklehre	28
a) Meinungsstand	28
b) Normzweck der Kapitalausstattungs Vorschriften	29
c) Stellungnahme	30
4. Theorie des institutionellen Rechtsmissbrauchs	34
a) Meinungsstand	34

b) Würdigung der argumentativen Ansätze	35
c) Fazit	36
5. Ökonomische Analyse des Haftungsdurchgriffs im Gesellschaftsrecht...	37
6. Ansatz der Rechtsprechung	38
a) Meinungsstand	38
b) Vorsatz i. S. d. § 826 BGB	41
c) Fazit	42
7. Zwischenergebnis und abschließende Bewertung	43
V. Folgeprobleme	44
1. Bestimmung einer Unterkapitalisierung	44
2. Maßgeblicher Zeitpunkt (anfängliche/nachträgliche Unterkapitalisierung)	46
3. Kausalität und Zurechenbarkeit	47
4. Erfordernis subjektiver Kriterien?	50
5. Außen- oder Innenhaftung?	51
6. Umfang der Haftung	53
7. Kenntnis der Gläubiger von der Unterkapitalisierung	54
VI. Zusammenfassung	56
Dr. Georg Wiesner, Düsseldorf: Materielle Unterkapitalisierung – ein überflüssiges Institut?	59
I. Einleitung	59
II. Stand der Diskussion	60
1. Rechtsprechung	60
a) Ordentliche Gerichte	60
b) Bundesarbeitsgericht	61
c) Bundessozialgericht	62
2. Literatur	62
III. Kritik an der herrschenden Lehre	63
1. Methodische Probleme	63
2. Dogmatische Probleme	65
3. Wertentscheidung der Normzwecklehre	66
4. Rechtspolitische Schutzlücken ohne materielle Unterkapitalisierung? ...	68
a) Gläubigerbenachteiligung (§ 826 BGB)	68
b) Konzernrechtliche Haftung	69
c) Sonstige Anspruchsgrundlagen	72
IV. Zusammenfassung	72

Friedrich Rosenstock, Berlin: Bericht über die Diskussion der Referate Heermann und Wiesner	73
Dr. Rüdiger Veil, Berlin: Haftung in der Betriebsaufspaltung. Thesen zum Haftungsverbund von Konzernschwestern im Unterordnungs- und Gleichordnungskonzern	81
I. Einleitung	81
II. Gefahrenpotentiale für Gläubiger	83
III. Gläubigerschutz durch allgemeines Gesellschaftsrecht	84
1. Die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen	85
a) Eckdaten	85
b) Rechtsfolgen einer eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung... ..	86
aa) Rechtsprechungsgrundsätze	86
bb) Effektivität des Verwertungsrechts	87
c) Fazit	88
2. Schutz der Arbeitnehmer	89
a) Haftung der Anlagegesellschaft bei Aufspaltung des Unternehmens nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes (§ 134 UmwG)	89
b) Haftung der Besitzgesellschaft analog § 134 UmwG bei Betriebsaufspaltungen im Wege der Einzelrechtsnachfolge	90
3. Fazit	92
IV. Gläubigerschutz durch Konzernrecht	92
1. Meinungsstand	92
2. Fokussierung der Konzernrechtsdiskussion auf vertikale Konzernrechtsverhältnisse	94
3. Konzeption der Haftungsverhältnisse in gleichgeordneten Konzernrechtsbeziehungen	98
a) Haftungsmodelle	98
b) Pflichten der Konzernunternehmen bei faktischer Gleichordnung	100
c) Qualifizierte faktische Gleichordnung	102
aa) Legitimation eines durch Globalhaftung begründeten Bestandschutzes	102
bb) Umfang der Haftung	103
(1) Wertungsgrundlagen des beschränkten Verlustausgleichs	104
(2) Verlustausgleich im qualifizierten faktischen Gleichordnungskonzern	105
cc) Zwischenergebnisse	106
4. Neuorientierung bei der Einordnung von Konzernrechtsverhältnissen	107
5. Vertikaler und horizontaler Ausgleich in der Betriebsaufspaltung	109
a) Einordnung der Betriebsaufspaltung als Unterordnungs- und/oder Gleichordnungskonzern	109

aa) Aufspaltung eines Unternehmens in eine Besitz- und Betriebs- gesellschaft	109
bb) Aufspaltung eines Unternehmens in eine Vertriebs- und Produk- tionsgesellschaft.....	110
b) Verhältnis von horizontaler und vertikaler Haftung	111
V. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	111
<i>Tobias Bage, Berlin: Bericht über die Diskussion des Referats Veil</i>	115

Materielle Unterkapitalisierung und sog. Haftungsdurchgriff

Überlegungen zum Anwendungsbereich, zu den dogmatischen Grundlagen und zu den Tatbestandsvoraussetzungen

Von Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M. (Universität Bayreuth)

I. Einleitung

Die besondere Attraktivität der Gesellschaft mit beschränkter Haftung beruht sicherlich auf vielerlei Gründen. Ein für die Gesellschafter wesentliches Motiv für die Wahl gerade dieser Gesellschaftsform lässt sich der Vorschrift des § 13 Abs. 2 GmbHG entnehmen: „Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.“

Diese klar formulierte Norm eröffnet eigentlich keinen Raum für unterschiedliche rechtliche Interpretationen. Daher glaubten sich Gesellschafter einer GmbH im Hinblick auf ihre Haftung auch dann noch in einem sicheren Hafen, als sich die GmbH als die mit Abstand konkursanfälligste Unternehmensform herausstellte.¹ Diese aus der Selbständigkeit der juristischen Person resultierende Erwartung der Gesellschafter ist jedoch vielfach enttäuscht worden, denn das wissenschaftliche Schrifttum und in zunehmendem Maß auch die Judikatur haben seit langem das den Gesellschaftern in § 13 Abs. 2 GmbHG eingeräumte Haftungsprivileg von vielen Seiten zugleich angegriffen. Als eine zentrale Ursache der zahlreichen Insolvenzen wurde die geringe Eigenkapitalausstattung zahlreicher Gesellschaften mit beschränkter Haftung ermittelt, die nur selten über den Mindestbetrag (25.000 Euro, § 5 Abs. 1 GmbHG) hinausgeht.² Wenn sodann das Eigenkapital aus wirtschaftlichen Gründen aufgezehrt ist, sind Kapitalgesellschaften aufgrund ihres Haftungsprivilegs nur noch in geringem Maße motiviert, die Insolvenz zu vermeiden. Sobald die Gesellschafter ihren begrenzten Kapi-

¹ Siehe hierzu stellvertretend *Roth*, ZGR 1993, 170, 170 f. m. w. N.; zu weiteren Nachweisen und Daten siehe auch *Weitbrecht*, Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung der GmbH, 1990, S. 2 m. w. N.

² *Fleck*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 392; *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, 1997, S. 146; *Weitbrecht* (Fußn. 1), S. 16.

taleinsatz verloren haben, liegt die Gefahr eines Missbrauchs des Haftungsprivilegs nicht fern. Vielfach wiederholt sich dieses Schicksal, weil nicht selten alsbald die Gründung der nächsten GmbH mit geringen wirtschaftlichen Überlebenschancen oder gar einer ganzen GmbH-Stafette erfolgt.

Angesichts dieser Entwicklungen kann es nicht verwundern, dass schon lange nach Wegen gesucht worden ist, Durchbrechungen des Haftungsprivilegs, welches die Gesellschafter einer GmbH genießen, zu rechtfertigen. Von den verschiedenen, schon seit Jahren diskutierten Durchgriffslagen – Vermögensvermischung,³ Sphärenvermischung,⁴ Institutsmissbrauch,⁵ Unterkapitalisierung – soll nachfolgend die letztgenannte Konstellation, d.h. die Durchgriffshaftung aufgrund materieller Unterkapitalisierung, im Vordergrund der Erwägungen stehen. Diese Fallgruppe hat im wissenschaftlichen Schrifttum besondere Beachtung gefunden,⁶ was nicht nur auf die herausfordernde rechtliche Problemstellung, sondern auch auf die erhebliche praktische Relevanz zurückzuführen ist. Zuletzt hat man auch unter Hinweis auf die aufsehenerregende „Centros“-Entscheidung des EuGH⁷ gefordert, der Anwendungsbereich der Durchgriffshaftung müsse auf deutsche Zweignie-

³ Siehe zu dieser Konstellation Hueck/Fastrich in: *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 13 Rz. 15; *Boujong*, FS Odersky, 1996, S. 739, 742; *Ehricke*, AcP 199 (1999), 257, 289–299; *Emmerich* in: *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, Band I, 9. Aufl., 2000, § 13 Rz. 77, 91 f.; *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 15. Aufl., 2000, § 13 Rz. 10; *Th. Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., 2001, § 29 Rz. 23; *Roth/Altmeyen*, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl., 1997, § 13 Rz. 19 f.

⁴ Siehe hierzu *Baumbach/Hueck* (Fußn. 3), § 13 Rz. 15; *Ehricke*, AcP 199 (1999), 257, 299–301; *Mertens* in: *Hachenburg*, Kommentar zum GmbHG, 8. Aufl., 1989, Anh. § 13 Rz. 49 ff.; *Lutter/Hommelhoff* (Fußn. 3), § 13 Rz. 11; *Rowedder* in: *Rowedder*, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl., 1997, § 13 Rz. 23.

⁵ Siehe etwa *Ehricke*, AcP 199 (1999), 257, 301–303; *Lutter/Hommelhoff* (Fußn. 3), § 13 Rz. 12; *Stimpel*, FS Goerdeler, 1987, S. 603, 610 ff.

⁶ *Banerjea*, ZIP 1999, 1153 ff.; *Benne*, Haftungsdurchgriff bei der GmbH, 1978, S. 61 ff.; *Boujong*, FS Odersky, 1996, S. 739, 745 ff.; *Ehricke*, AcP 199 (1999), 257, 275 ff.; *Geißler*, GmbHR 1993, 71, 76 ff.; *Hachenburg/Ulmer* (Fußn. 4), Anh. § 30; *Lee*, Gläubigerschutz bei der Unterkapitalisierung der GmbH, Diss. Tübingen, 1983; *Th. Raiser*, ZGR 1995, 156, 162 ff.; *Roth/Altmeyen* (Fußn. 3), § 13 Rz. 22 ff.; *Rowedder* (Fußn. 4), § 13 Rz. 27; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, § 9 IV 4 (S. 247 ff.); *Scholz/Emmerich* (Fußn. 3), § 13 Rz. 93 f.; *Vonnemann*, Haftung der GmbH-Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung, 1991; *ders.*, GmbHR 1992, 77 ff.; *Weitbrecht* (Fußn. 1); *Wortmann*, Durchgriffshaftung im Joint-Venture, 1995, S. 133 ff.

⁷ EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999 – Rs C-212/97 (Højesteret), NJW 1999, 2027 = EuZW 1999, 216 = NZG 1999, 298 m. Anm. *Leible* = RIW 1999, 447 m. Anm. *Cascante* = DB 1999, 625 m. Anm. *Meilicke* = BB 1999, 809 m. Anm. *Sedemund/Hausmann* = EWiR Art. 52 EGV 1/99 (*Neye*) = DNotZ 1999 m. Anm. *Lange* = MittBayNot 1999 m. Anm. *Görk* = MDR 1999, 752 m. Anm. *Risse* = FR 1999, 449 m. Anm. *Dautzenberg*.

derlassungen derjenigen Kapitalgesellschaften ausgedehnt werden, die im EG-Ausland unter Umgehung deutscher Kapitalaufbringungsvorschriften gegründet worden seien.⁸ Deshalb soll die europarechtliche Perspektive der Problematik nachfolgend nicht aus den Augen verloren werden.

Der auf den ersten Blick bestechende Gedanke, die Gesellschafter spätestens im Falle der Insolvenz zu einer – wie auch immer zu bestimmenden – angemessenen Kapitalausstattung anzuhalten oder sogar zu verpflichten, hat indes zwei rechtliche Hürden zu überwinden; denn dadurch wird nicht nur das Haftungsprivileg des § 13 Abs. 2 GmbHG ausgeschaltet, sondern auch die Pflicht der Gesellschafter zur Ausstattung der GmbH mit einem Mindestkapital i. H. v. 25.000 Euro wird darüber hinausgehend je nach den Umständen erheblich verschärft. Trotz – oder: wegen? – der vielen Beiträge scheint die Diskussion zur materiellen Unterkapitalisierung festgefahren.⁹ Hierbei handelt es sich um das „wohl brennendste Gläubigerschutzproblem im Zusammenhang mit dem Durchgriff“.¹⁰ Und wo es in der wissenschaftlichen Diskussion im Kapitalgesellschaftsrecht ein Feuer zu löschen gilt, da kann der Jubilar nicht fern sein.¹¹ Aber die Fackeln lodern weiter, ja sie werden in regelmäßigen Abständen aufs Neue entfacht. Immer wieder wird die Judikatur mit Sachverhalten konfrontiert, die eine Anwendung der im Schrifttum im Grundsatz weithin anerkannten Durchgriffshaftung aufgrund materieller Unterkapitalisierung nahegelegt hätten. Indes hat die Rechtsprechung bislang nicht den Forderungen des wissenschaftlichen Schrifttums nach Etablierung oder allgemeiner Anerkennung einer Finanzierungs(folge-)verantwortung¹² der GmbH-Gesellschafter nachgegeben. Vielmehr hat sie viele dieser Fälle auf der Basis der von ihr entwickelten Grundsätze, die im Schrifttum unter der Bezeichnung der „Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern“ diskutiert werden¹³, gelöst¹⁴ – ein Umstand, auf den nach-

⁸ In diesem Sinne etwa *Ulmer*, JZ 1999, 662, 665.

⁹ *Banerjea*, ZIP 1999, 1153.

¹⁰ *K. Schmidt* (Fußn. 6), § 9 IV 4 a (S. 247).

¹¹ *Th. Raiser* (Fußn. 3), § 29 Rz. 22 ff. insbes. Rz. 29–31; *ders.*, ZGR 1995, 156, 162 ff. Siehe auch *ders.*, FS Lutter, 2000, S. 637 ff. mit grundlegenden Erwägungen: Die Anerkennung des Verbandes als juristische Person mit der Folge der Haftung mit dem Verbandsvermögen bedeute begrifflich gerade nicht die ausschließliche Haftung mit dem Verbandsvermögen, so wenig wie die Haftung einer natürlichen Person die Mithaftung einer anderen für ihre Schulden ausschließt; die juristische Aufgabe laute, die Lösung der Durchgriffsprobleme auf die prinzipiell uneingeschränkte Gleichstellung der juristischen mit den natürlichen Personen bezüglich ihrer Rechtsfähigkeit aufzubauen.

¹² Siehe hierzu nachfolgend Abschnitt IV. 1 m. w. N. in Fußn. 60.

¹³ Siehe zu den Haftungsproblemen, die bislang unter dieser Bezeichnung diskutiert worden sind, *Baumbach/Hueck/Zöllner* (Fußn. 3), Anh. GmbH-Konzernrecht, Rdn. 100 ff.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Aufl., 2001, Anh. II, § 318 Rdn. 3 ff.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht,