

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 1: §§ 1-75

Bearbeitet von

Prof. Dr. Wulf Goette, Prof. Dr. Mathias Habersack, Dr. Susanne Kalss, Prof. Dr. Walter Bayer, Dr. Erhard
Bungeroth, Dr. Karsten Heider, Prof. Dr. Jürgen Oechsler, Dr. Andreas Pentz, Dr. Dr. Thomas Bachner,
MMag. Dr. Peter Csoklich, MMag. Dr. Christoph Diregger, Prof. Dr. Peter Doralt, Mag. Julia Schulz, Priv.-
Doz. MMag. Dr. Martin Winner, Dr. Frank Wamser

4. Auflage 2016. Buch. XLII, 2244 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 63821 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Aktiengesetz](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

soll daher der Versuch unternommen werden, die Durchgriffsfälle durch Einteilung in **Fallgruppen** systematisierend zu erfassen und hierdurch die typischen Rechtsgrundlagen herauszuarbeiten, die eine Durchbrechung des Trennungsprinzips rechtfertigen können. Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, dass die Fallgruppenbildung weder in dem Sinne abschließend sein kann, dass damit alle Durchgriffsfälle abschließend erfasst werden, noch in dem Sinne zwingend, dass bei Vorliegen eines typischen Sachverhalts stets ein Durchgriff erfolgen müsste. Die Fallgruppenbildung¹²⁸ ist vielmehr als eine Orientierungshilfe zu verstehen, die einen Anhaltspunkt dafür bieten soll, in welchen Fällen ein Durchgriff typischerweise in Betracht zu ziehen ist. Die Entscheidung, ob im konkreten Fall ein Durchgriff zu erfolgen hat, ist stets anhand einer Abwägung der jeweils betroffenen Interessen und unter Berücksichtigung des Zwecks der konkret anzuwendenden Norm zu treffen. Besondere Bedeutung kommt hierbei dem Umstand zu, dass der Vorstand als geschäftsführendes Organ der AG im Gegensatz zu den Geschäftsführern einer GmbH nicht den Weisungen der Gesellschafter unterliegt (vgl. § 37 GmbHG), sondern die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leitet (§ 76 Abs. 1). Da die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Grundsätze zur Durchbrechung des Trennungsprinzips ganz überwiegend zum GmbH-Recht entwickelt wurden, bedürfen diese im Hinblick auf die eigenständige Leitungsmacht des Vorstands einer AG einer kritischen Überprüfung und gegebenenfalls einer Modifizierung.

Zur Systematisierung der Durchgriffsfälle im Aktienrecht werden die Fälle des Zurechnungsdurchgriffs (→ Rn. 52 ff.) von denjenigen des Haftungsdurchgriffs (→ Rn. 63 ff.) unterschieden.

b) Zurechnungsdurchgriff. aa) Grundlage des Zurechnungsdurchgriffs. Unter dem Begriff des Zurechnungsdurchgriffs werden nachfolgend diejenigen Fälle verstanden, in denen das Trennungsprinzip insoweit Einschränkungen erfährt, als sich die AG und einzelne Aktionäre gegenseitig¹²⁹ Verhaltensweisen, Kenntnisse oder Eigenschaften des anderen zurechnen lassen müssen¹³⁰ (**Einheitsbetrachtung**). Eines Beherrschungsverhältnisses als Grundlage des Zurechnungsdurchgriffs bedarf es insoweit nicht.¹³¹ Wie nachfolgende Fallgruppen verdeutlichen, kann eine Zurechnung auch ohne Beherrschung geboten sein.

Die Fälle des Zurechnungsdurchgriffs lassen sich auf zwei Grundkonstellationen zurückführen. In der einen wirkt der Allein- oder unternehmerisch beteiligte Aktionär so nachhaltig auf die AG und ihr geschäftsleitendes Organ ein, dass diese sich seinem Willen beugen und seine Sonderinteressen und nicht das Gesellschaftsinteresse wahrnehmen (→ Rn. 54 ff.). In der anderen wirken der Aktionär und der Vorstand kollusiv zusammen, um unter Ausnutzung der Rechtsform der juristischen Person Dritte zu schädigen, Gesetze zu umgehen oder vertragliche Verpflichtungen zu verletzen (→ Rn. 57).¹³²

(1) Einflussnahme auf den Vorstand. Die AG und ihre Aktionäre haben als selbständige Rechtspersönlichkeiten eigenständige Interessen, das Gesellschaftsinteresse einerseits

¹²⁸ Für die Methode der Fallgruppenbildung sprechen sich auch aus Spindler/Stilz/Fock Rn. 51; K. Schmidt/Lutter/Lutter Rn. 15; Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 50; Bürgers/Körper/Westermann Rn. 30.

¹²⁹ Der Zurechnungsdurchgriff kann in beide Richtungen erfolgen, dh. nicht nur die AG muss sich Verhaltensweisen, Kenntnisse oder Eigenschaften einzelner Aktionäre zurechnen lassen, sondern unter Umständen auch die Aktionäre solche der AG. In diesem Sinne Großkomm AktG/Brändel Rn. 69; Spindler/Stilz/Fock Rn. 77; aA Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 43.

¹³⁰ Großkomm AktG/Brändel Rn. 58; Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 34 ff.; Spindler/Stilz/Fock Rn. 65 ff.; K. Schmidt/Lutter/Lutter Rn. 13; Bürgers/Körper/Westermann Rn. 28; Scholz/Emmerich/Bitter GmbHG § 13 Rn. 69 ff., 75 ff.; Raiser/Veil KapGesR § 29 Rn. 1.

¹³¹ Hiervon scheinen aber Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 35 und Bürgers/Körper/Westermann Rn. 28 auszugehen, allerdings unter Einräumung, dass eine Zurechnung auch in anderen Fallgruppen, etwa bei kollusivem Zusammenwirken, geboten sein könne.

¹³² Einen Zurechnungsdurchgriff in der Form, dass die juristische Person von ihren Gesellschaftern nicht gutgläubig Eigentum erwerben kann, lehnt die Rechtsprechung (BGH GmbHR 2003, 39) jedenfalls dann ab, wenn nicht besondere Umstände (zB Einflussnahme oder kollusives Zusammenwirken) hinzutreten.

und eine Vielzahl von Gesellschafterinteressen andererseits. Das Gesellschaftsinteresse und die Gesellschafterinteressen werden zwar häufig übereinstimmen, zwingend ist dies jedoch nicht. So können einzelne Gesellschafter Sonderinteressen verfolgen, die nicht mit denjenigen der übrigen Gesellschafter und schon gar nicht mit dem Gesellschaftsinteresse übereinstimmen. Gelingt es dem die Sonderinteressen verfolgenden Aktionär durch Einflussnahme auf die Willensbildung bei der AG seine Sonderinteressen durchzusetzen, so wird es regelmäßig geboten sein, den Aktionär und die gem. seinen Wünschen handelnde AG als Einheit zu betrachten und eine gegenseitige Zurechnung von Verhaltensweisen, Erkenntnissen oder Eigenschaften vorzunehmen. Missbraucht der Aktionär die AG als Instrument, um seine eigenen wirtschaftlichen Interessen durchzusetzen, so ist ihm eine Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der AG verwehrt. In Betracht kommt dies beispielsweise in den folgenden beiden Fällen:

- 55 Ein Allein- oder unternehmerisch beteiligter Aktionär benutzt seine Machtstellung dazu, der AG, namentlich dem für sie handelnden Vorstand, seinen Willen aufzuzwingen. Der Aktionär hat zwar – anders als die Gesellschafter einer GmbH – rechtlich nicht die Möglichkeit, dem Vorstand unmittelbar Weisungen zu erteilen (vgl. § 76 Abs. 1). Es kann aber nicht verkannt werden, dass ein solcher Aktionär auf Grund seiner starken wirtschaftlichen Stellung und der Möglichkeit, die Gesellschaftsorgane nach seinen Vorstellungen zu besetzen, einen derartigen faktischen Druck auf die Vorstandsmitglieder ausüben kann, dass diese sich letztlich seinem Willen beugen und nach seinen Wünschen verfahren. Diese Gefahr besteht in besonderem Maße in einer personalistisch geprägten AG. Der einflussnehmende Aktionär und die „fremdgesteuerte“ AG sind in solchen Fällen im Außenverhältnis regelmäßig als Einheit anzusehen. Vorstehende Grundsätze gelten auch dann, wenn nicht ein einzelner Aktionär, sondern eine Gruppe von Aktionären, die auf Grund gleichgerichteter Interessen dasselbe Ziel verfolgen, die Möglichkeit besitzen, den Willensbildungsprozess in der AG zu steuern, und hiervon zur Durchsetzung des gemeinsamen Ziels auch Gebrauch machen.¹³³
- 56 Der zweite Fall, in dem wegen Einflussnahme auf den Vorstand eine Einheitsbetrachtung geboten ist, besteht im Einsatz unlauterer Mittel, beispielsweise durch Bestechung oder Erpressung des Vorstands. Gelingt es dem Aktionär durch Anwendung solcher unlauterer Mittel, die Geschicke der Gesellschaft unmittelbar zu lenken, so hat er regelmäßig das Recht verwirkt, sich auf die rechtliche Selbständigkeit der AG zu berufen.¹³⁴
- 57 **(2) Kollusives Zusammenwirken.** Auch bei kollusivem Zusammenwirken einzelner Aktionäre mit dem Vorstand wird in aller Regel ein Zurechnungsdurchgriff geboten sein. Wirken die Aktionäre und der Vorstand kollusiv zusammen, um unter Ausnutzung der Rechtsform der juristischen Person Dritte zu schädigen, Gesetze zu umgehen oder vertragliche Verpflichtungen zu verletzen, so wird die Einwendung der rechtlichen Selbständigkeit der AG nicht verfangen können. Täuscht beispielsweise ein Aktionär nach Rücksprache mit dem Vorstand einen Geschäftspartner arglistig über Umstände, die den Geschäftspartner zur Abgabe einer Willenserklärung veranlassen, so kann sich die AG nicht darauf berufen, dass ein Dritter iSd § 123 Abs. 2 BGB die Täuschung verübt hat.
- 58 **bb) Form des Zurechnungsdurchgriffs.** Die rechtstechnische Umsetzung des Zurechnungsdurchgriffs erfolgt regelmäßig in Form interessengerechter (ergänzender) Gesetzes- und Vertragsauslegung. Die im Einzelfall konkret anzuwendenden gesetzlichen Normen und vertraglichen Bestimmungen, in denen bestimmte Verhaltensweisen, Kenntnisse oder Eigenschaften vorausgesetzt sind, werden dahingehend (ergänzend) ausgelegt, dass die AG und die manipulativ tätigen Aktionäre als Einheit betrachtet werden. Innerhalb dieser Einheit erfolgt eine gegenseitige Zurechnung der vorausgesetzten Verhaltensweisen, Kenntnisse und Eigenschaften. Da der Zurechnungsdurchgriff mithin **im Wege der Geset-**

¹³³ Großkomm AktG/Brändel Rn. 59.

¹³⁴ Großkomm AktG/Brändel Rn. 59.

zes- oder Vertragsauslegung erfolgt, wird gelegentlich angezweifelt, ob es sich in diesen Fällen überhaupt um eine Form des Durchgriffs handelt.¹³⁵ Dabei wird allerdings übersehen, dass die Gesetzes- und Vertragsauslegung lediglich eine besondere rechtstechnische Form der Umsetzung des Durchgriffs darstellt, die nichts an dem Umstand zu ändern vermag, dass das Trennungsprinzip auch in diesen Fällen Einschränkungen erfährt. Als Anwendungsfälle des Zurechnungsdurchgriffs werden in Rechtsprechung und Literatur insbesondere die folgenden erörtert:

(1) Zurechnung von Verhaltensweisen. Nach hM in der Literatur¹³⁶ kann sich eine 59 juristische Person, deren Mehrheitsgesellschafter einen anderen durch arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst hat, nicht darauf berufen, dass die Täuschung durch einen Dritten iSd § 123 Abs. 2 BGB verübt wurde. Die Literaturstimmen befassen sich zwar mit dem Recht der GmbH, welches dadurch geprägt ist, dass der Mehrheitsgesellschafter auf Grund seines Weisungsrechts gegenüber der Geschäftsführung die Geschicke der Gesellschaft ohne weiteres lenken kann. Es kann aber keinem Zweifeln unterliegen, dass die Unanwendbarkeit des § 123 Abs. 2 BGB auch im Aktienrecht jedenfalls dann zu gelten hat, wenn eine Einheitsbetrachtung (→ Rn. 52–57) geboten ist.¹³⁷ Die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs befürwortete Unanwendbarkeit des § 123 Abs. 2 BGB bei Vorliegen einer engen Beziehung zwischen dem Täuschenden und dem Erklärungsempfänger¹³⁸ besteht sicherlich auch dann, wenn ein Aktionär durch Einwirkung auf den Vorstand oder durch kollusives Zusammenwirken mit diesem die AG als Werkzeug für seine eigenen Belange missbraucht.¹³⁹

Ein Zurechnungsdurchgriff kommt ferner in den folgenden, in Literatur und Rechtspre- 60 chung zum GmbH-Recht erörterten Fällen in Betracht, wobei aber stets die Besonderheit zu berücksichtigen ist, dass die Aktionäre dem Vorstand keine Weisungen erteilen können (§ 76 Abs. 1): Eine juristische Person und der die Willensbildung steuernde Aktionär sind regelmäßig als Einheit zu behandeln, wenn der Aktionär wider Treu und Glauben den Eintritt einer Bedingung verhindert, die zum Nachteil der juristischen Person gereichen würde. In einem solchen Fall gilt die Bedingung gem. § 162 BGB als eingetreten.¹⁴⁰ Auch im Maklerrecht kann es geboten sein, die juristische Person und den "steuernden" Aktionär rechtlich als Einheit zu behandeln. Vermittelt beispielsweise der Mehrheitsgesellschafter für einen Auftraggeber den Vertragsschluss mit "seiner" Gesellschaft, so kann ihm hieraus regelmäßig kein Provisionsanspruch gem. § 652 BGB entstehen, da er nicht als Dritter angesehen werden kann.¹⁴¹ Ferner wird ein Versicherer gem. § 81 VVG grundsätzlich auch dann von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn nicht ein Organ oder sonstiger Repräsentant der juristischen Person,¹⁴² sondern der "steuernde" Aktionär den Versicherungsfall vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.¹⁴³ Von einer Aufzählung

¹³⁵ Großkomm AktG/Brändel Rn. 58, 97; Geißler GmbHR 1993, 71, 73; MüKoBGB/Reuter Vor § 21 Rn. 24; Scholz/Emmerich/Bitter GmbHG § 13 Rn. 71; kritisch auch Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 38, die diese „Technik“ des Zurechnungsdurchgriffs als zu „vage“ erachtet.

¹³⁶ Geißler GmbHR 1993, 71, 73.

¹³⁷ Vgl. auch Großkomm AktG/Brändel Rn. 61; zum gleichen Ergebnis gelangt Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 39, allerdings nicht aufgrund einer Einheitsbetrachtung, sondern aufgrund (analoger) Anwendung des § 166 BGB.

¹³⁸ StRspr., vgl. nur BGH NJW 1989, 2879, 2880 sowie zusammenfassend BGH NJW 1990, 1661, 1662.

¹³⁹ So BGH WM 1976, 1257, 1262; vgl. ferner für die GmbH BGH NJW 1990, 1915.

¹⁴⁰ Soergel/Wolf BGB § 162 Rn. 3; ihm folgend Großkomm AktG/Brändel Rn. 63; vgl. auch Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 41, die das treuwidrige Verhalten jeglichen – also nicht nur eines unternehmerisch beteiligten – Aktionärs als für die Anwendung des § 162 BGB ausreichend erachtet.

¹⁴¹ Grundlegend BGH NJW 1971, 1839; ferner BGH NJW 1974, 1130; BGH WM 1975, 1208; BGH NJW 1976, 1228; zusammenfassend BGH NJW 1985, 2473; zu diesem Problem näher Delmer NJW 1991, 3254, 3259 f.; vgl. auch MüKoBGB/Reuter Vor § 21 Rn. 31; UHL/Raiser GmbHG § 13 Rn. 102 ff.

¹⁴² Zur Repräsentantenhaftung im Versicherungsrecht allgemein BGHZ 107, 229, 230 f. mwN; zuletzt BGHZ 122, 250, 252 f.

¹⁴³ Geißler GmbHR 1993, 71, 73; Großkomm AktG/Brändel Rn. 66; Spindler/Stilz/Fock Rn. 69; Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 41; Raiser/Veil KapGesR § 29 Rn. 10.

weiterer Beispielsfälle soll hier aus Platzgründen, insbesondere aber auch deshalb abgesehen werden, weil sie ohnehin nicht abschließend sein könnte.¹⁴⁴

- 61 (2) Zurechnung von Kenntnissen.** Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht beurteilt sich der Umfang der Zurechnung von Kenntnissen zwischen einer Gesellschaft und ihrem Gesellschafter entsprechend § 166 BGB.¹⁴⁵ Aus § 166 BGB ergibt sich zwar der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass derjenige, der einen anderen mit der eigenverantwortlichen Erledigung bestimmter Angelegenheiten betraut, sich dessen Kenntnisse zurechnen lassen muss.¹⁴⁶ Die Heranziehung des Rechtsgedankens des § 166 BGB ist jedoch in den Fällen der Einheitsbetrachtung nicht erforderlich. Sind die AG und der auf ihren Vorstand einwirkende Aktionär als Einheit zu betrachten (→ Rn. 54–56), so sind innerhalb dieser Einheit sämtliche Kenntnisse und auch das Kennenmüssen gewisser Umstände ohne weiteres gegenseitig zurechenbar. So kann sich beispielsweise die AG im Rahmen der §§ 892, 932 BGB, 366 HGB, Art. 16 Abs. 2 WG, Art. 21 ScheckG regelmäßig nicht auf ihre eigene Gutgläubigkeit berufen, wenn ein manipulativ auf den Vorstand einwirkender, bösgläubiger Aktionär auf den Abschluss des Rechtsgeschäfts hingewirkt hat.¹⁴⁷ Dies muss insbesondere auch dann gelten, wenn der Aktionär die gutgläubige AG nur als Zwischenerwerberin vorschiebt, um den Gegenstand hernach von ihr wirksam erwerben zu können.¹⁴⁸ Ein gutgläubiger Erwerb durch die AG ist schließlich stets dann ausgeschlossen, wenn sie den Gegenstand von dem manipulativ einwirkenden, bösgläubigen Aktionär erwerben möchte. Dabei scheitert ein solcher gutgläubiger Erwerb nicht – wie überwiegend in Literatur und Rechtsprechung vertreten wird¹⁴⁹ – daran, dass kein Verkehrsgeschäft vorliegt. Wegen der manipulativen Einwirkung sind die AG und der Aktionär vielmehr dergestalt einheitlich zu behandeln, dass die Kenntnisse des Mehrheitsaktionärs der AG zugerechnet werden.
- 62 (3) Zurechnung von Eigenschaften.** Aus der Vielzahl denkbarer Fälle einer Zurechnung von Eigenschaften soll hier lediglich die Zurechnung verkehrswesentlicher Eigenschaften iSd § 119 Abs. 2 BGB beispielhaft Erwähnung finden.¹⁵⁰ So entspricht es ganz hM, dass sich eine juristische Person verkehrswesentliche Eigenschaften ihres Mehrheitsgesellschafters unter bestimmten Umständen zurechnen lassen muss.¹⁵¹ Eine solche Zurechnung wird im Aktienrecht jedenfalls in den vorstehend geschilderten Fällen der Einheitsbetrachtung (→ Rn. 52–57) in Betracht kommen.
- 63 c) Haftungsdurchgriff.** Bei der Untersuchung des Haftungsdurchgriffs, seiner Grundlagen und seiner Reichweite sieht man sich zunächst mit dem Problem konfrontiert, dass bis heute keine einheitliche Vorstellung darüber existiert, wie der Begriff des Haftungsdurchgriffs zu definieren ist und welche Sachverhaltsvarianten seinem Geltungsbereich unterfallen.¹⁵² Einigkeit besteht zwar noch insoweit, als ein **umgekehrter Haftungsdurchgriff** anders als im Falle des Zurechnungsdurchgriffs (→ Rn. 52) abgelehnt wird.¹⁵³ Das

¹⁴⁴ Weitere Beispielsfälle sind abgedruckt bei *Geißler GmbH* 1993, 71, 73 f.; *Großkomm AktG/Brändel* Rn. 61 ff.; *MüKoBGB/Reuter* Vor § 21 Rn. 23 ff.; *Raiser/Veil KapGesR* § 29 Rn. 6 ff.

¹⁴⁵ *MüKoBGB/Reuter* Vor § 21 Rn. 30; *Scholz/Emmerich/Emmerich GmbHG* § 13 Rn. 77.

¹⁴⁶ *AllgM*, vgl. nur *BGHZ* 83, 293, 296 f.; 117, 104, 106 f., je mwN; vgl. auch *BGH AG* 1996, 220; *Waltermann AcP* 192 (1992), 181 ff., 190, 213.

¹⁴⁷ Ohne ein solches Einwirken ist nach dem Trennungsprinzip der gutgläubige Erwerb jedoch möglich, vgl. *BGH GmbHR* 2003, 39.

¹⁴⁸ Ebenso *Großkomm AktG/Brändel* Rn. 60.

¹⁴⁹ *RGZ* 119, 126, 132; 130, 390, 392; *RG JW* 1929, 1387; *BGHZ* 78, 312, 325 f.; *Soergel/Stürmer BGB* § 892 Rn. 21; *Scholz/Emmerich/Bitter GmbHG* § 13 Rn. 78; *Raiser/Veil KapGesR* § 29 Rn. 12; differenzierend *MüKoBGB/Kohler* § 892 Rn. 38.

¹⁵⁰ Weitere Beispiele bei *Großkomm AktG/Brändel* Rn. 68.

¹⁵¹ *RGZ* 143, 429, 431; *UHL/Raiser GmbHG* § 13 Rn. 97; *MüKoBGB/Reuter* Vor § 21 Rn. 29; *Großkomm AktG/Brändel* Rn. 68.

¹⁵² Grundlegend zur Methodik des Haftungsdurchgriffs in der *GmbH Ehrliche AcP* 199 (1999), 257.

¹⁵³ *BGH WM* 1990, 631, 632 mwN; *Großkomm AktG/Brändel* Rn. 140; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer GmbHG* § 13 Rn. 47; *Scholz/Emmerich/Bitter GmbHG* § 13 Rn. 185 ff.; *Wiedemann GesR* Bd. I, § 4 III 1.

Gesellschaftsvermögen der AG steht als Haftungsmasse ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern und nicht auch den Privatgläubigern einzelner Aktionäre zur Verfügung. Die Uneinigkeit in den Vorstellungen darüber, wie weit der Begriff des Haftungsdurchgriffs reicht, beginnt aber schon bei den Anspruchsgrundlagen. So werden in Rechtsprechung und Literatur teilweise eigenständige Anspruchsgrundlagen gegen den Aktionär – beispielsweise aus Vertrag, vertragsähnlichen Verpflichtungsgründen oder Delikt –,¹⁵⁴ Ansprüche gegen Mitglieder des geschäftsführenden Organs,¹⁵⁵ der in § 62 Abs. 2 geregelte Fall einer Prozessstandschaft,¹⁵⁶ aber auch die von der Rechtsfolgenseite her sehr unterschiedlichen Fälle der Haftung des herrschenden Unternehmens im Vertragskonzern und im faktischen Konzern (vgl. insbesondere §§ 302, 303, 311, 317 und 322)¹⁵⁷ als Durchgriffsfälle angesehen oder doch zumindest unter dieser Überschrift erörtert. Richtigerweise können unter dem Begriff des Haftungsdurchgriffs nur diejenigen Fälle zusammengefasst werden, **in denen ein Aktionär unmittelbar und persönlich neben der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftsgläubigern haftet**. Nur in diesen Fällen haften unter Durchbrechung des Trennungsprinzips die Vermögensmassen zweier unterschiedlicher Rechtsträger unmittelbar und (im Außenverhältnis) aus demselben Rechtsgrund für die Verbindlichkeit des einen Rechtsträgers. Der Haftungsdurchgriff erfasst deshalb von vornherein nicht die Fälle, in denen ein Aktionär auf Grund eines eigenständigen Verpflichtungsgrundes allein (beispielsweise aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung) oder neben der Gesellschaft (beispielsweise wegen Erteilung einer Bürgschaftserklärung, eines Garantievertrages oder einer Schuldmitübernahme) einem Dritten gegenüber haftet. Aber auch die Fälle, in denen ein Gesellschaftsgläubiger im Wege der Prozessstandschaft ein fremdes Recht geltend macht (§ 62 Abs. 2), eine Sicherheitsleistung verlangt (§ 303) oder in denen ein herrschendes Unternehmen zu Ausgleichsleistungen gegenüber einem beherrschten Unternehmen verpflichtet ist (§§ 302, 311 Abs. 2), unterfallen nicht vorgenannter Definition des Haftungsdurchgriffs.

Zum Zwecke der Systematisierung ist die Durchgriffsproblematik nachfolgend in zwei 64 Teile gegliedert, den Haftungsdurchgriff im Konzern (→ Rn. 65 ff.) und den Haftungsdurchgriff als Instrument des Bestands- und Kapitalschutzes (→ Rn. 70 ff.).

aa) Haftungsdurchgriff im Konzern. Das Trennungsprinzip gilt auch für Kapitalge- 65
sellschaften, die in konzernmäßiger Abhängigkeit zu einem herrschenden Unternehmen stehen.¹⁵⁸ Dabei kann aber nicht verkannt werden, dass solchermaßen beherrschte Kapitalgesellschaften besonderen Einflussnahmemöglichkeiten ausgesetzt sind, auf Grund derer die nahe liegende Gefahr besteht, dass die Geschäftstätigkeit der abhängigen Kapitalgesellschaft nicht immer am eigenen Gesellschaftsinteresse orientiert ist, sondern an den möglicherweise gegenläufigen Interessen des herrschenden Unternehmens. Während nämlich bei Gesellschaften ohne Konzerneinbindung grundsätzlich von einem Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft und der Gesellschafter auszugehen ist, kann dies bei einer Gesellschaft, dessen herrschender Gesellschafter noch anderweitige unternehmerische Interessen verfolgt, nicht in gleichem Maße unterstellt werden. So wird ein herrschender Gesellschafter nicht selten geneigt sein, die Belange der abhängigen Gesellschaft hinter seine anderweitigen unternehmerischen Interessen zurückzustellen und ohne Rücksichtnahme auf die Interessen der abhän-

¹⁵⁴ *Raiser/Veil* KapGesR § 29 Rn. 22 f.; wohl auch *Geißler* GmbH R 1993, 71, 74; ebenso wie hier für eine klare Trennung von eigener Haftung und Durchgriffshaftung dagegen BSG NJW 1984, 2117, 2118; BGHZ 31, 258, 271; *Nirk*, FS Stimpel, 1985, 443, 449 ff.; Kölner Komm AktG/*Dauner-Lieb* Rn. 44; Spindler/*Stilz/Fock* Rn. 52.

¹⁵⁵ BGH GmbH R 1996, 55.

¹⁵⁶ Großkomm AktG/*Brändel* Rn. 101.

¹⁵⁷ Großkomm AktG/*Brändel* Rn. 101 bezeichnet die Konzernhaftung explizit als „echte Durchgriffsfälle“; wie hier dagegen *Geißler* GmbH R 1993, 71, 78; *K. Schmidt* GesR § 9 IV 1 b; Kölner Komm AktG/*Dauner-Lieb* Rn. 45; *K. Schmidt/Lutter/Lutter* Rn. 20; Spindler/*Stilz/Fock* Rn. 62; *Bürgers/Körper/Westermann* Rn. 27; vgl. ferner zum sogenannten „Berechnungsdurchgriff“ BAG DB 1995, 528; zum sogenannten „horizontalen Haftungsdurchgriff“ AG Eisenach DB 1995, 1393.

¹⁵⁸ Vgl. zum Haftungsdurchgriff im Konzern *Bork* ZGR 1994, 237, 256 ff.

gigen Gesellschaft seine eigenen Ziele verfolgen. Die sich hieraus ergebende Gefährdungslage, die zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der abhängigen Gesellschaft führen kann, war der Grund für die aktienrechtliche Gesetzgebung zu den verbundenen Unternehmen (§§ 291 ff.) mit Schutzvorschriften zugunsten der abhängigen Gesellschaft, der außenstehenden Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger.¹⁵⁹ Bei den in §§ 291 ff. enthaltenen Schutzvorschriften und Ausgleichsmechanismen handelt es sich allerdings nur in den wenigsten Fällen um gesetzlich geregelte Fälle eines Haftungsdurchgriffs im hier verstandenen Sinne (→ Rn. 63). Im Einzelnen gilt Folgendes:

- 66 (1) Vertragskonzern.** Während des Bestehens eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags (Vertragskonzern) besteht eine Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zur **Verlustübernahme** und bei der Beendigung eines solchen Vertrags eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung (§§ 302 und 303). Entgegen der von *Brändel*¹⁶⁰ vertretenen Meinung handelt es sich bei diesen Verpflichtungen nicht um gesetzlich geregelte Fälle des Haftungsdurchgriffs. Ein solcher würde nämlich voraussetzen, dass die Gläubiger ihre Forderung sowohl gegenüber der abhängigen Gesellschaft als auch unmittelbar gegenüber dem gesamtschuldnerisch haftenden herrschenden Unternehmen geltend machen können. Dies ist aber weder bei dem pauschalen Ausgleichsmechanismus der Verlustübernahme (§ 302) noch bei der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung (§ 303) der Fall. Schließlich handelt es sich auch bei dem Schadensersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger gem. § 309 Abs. 4 S. 3 iVm Abs. 2 nicht um einen Fall des Haftungsdurchgriffs. Der herrschende Aktionär haftet nicht unmittelbar und gesamtschuldnerisch für die Forderung gegenüber der abhängigen Gesellschaft, sondern nur subsidiär und auch nur auf Schadensersatz.
- 67 (2) Faktischer Konzern.** Bei Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses im Sinne des § 17 (einfache faktische Konzernierung) kann das herrschende Unternehmen verpflichtet sein, den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft im Wege des **Einzelausgleichs** Schadensersatz zu leisten (§ 317 Abs. 4 iVm § 309 Abs. 4 S. 3). Auch bei dieser Form von Schadensersatzverpflichtung handelt es sich aus den oben (→ Rn. 66) genannten Gründen allerdings um keinen gesetzlich geregelten Fall des Haftungsdurchgriffs.
- 68 (3) Eingliederung.** Lediglich bei der Eingliederung einer AG iSd §§ 319 ff. kommt ein **Haftungsdurchgriff** auf die Hauptgesellschaft in Betracht. So ist in § 322 Abs. 1 geregelt, dass die Hauptgesellschaft, die alle Aktien der abhängigen Gesellschaft besitzt, von der Eingliederung an für die vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft als Gesamtschuldnerin haftet. Die Hauptgesellschaft haftet unmittelbar, primär und unbeschränkt neben der eingegliederten AG. Die Gläubiger können mithin im Wege des Haftungsdurchgriffs auch auf das Vermögen der Hauptgesellschaft zugreifen.
- 69 (4) Qualifiziert faktischer GmbH-Konzern.** Neben den gesetzlichen Schutz- und Ausgleichsvorschriften der §§ 291 ff. wurde in Rechtsprechung und Schrifttum zum GmbH-Recht ein weiteres Rechtsinstitut zum Schutz abhängiger konzernierter Gesellschaften und deren Gläubiger entwickelt, die Haftung im so genannten qualifizierten faktischen GmbH-Konzern. Da ein GmbH-Konzernrecht fehlt und nicht sämtlichen Sachverhaltskonstellationen durch das Treupflichtkonzept Rechnung getragen werden konnte, wurde zunächst im Schrifttum die Idee entwickelt, dass bei enger und intensiver Geschäftsführung der abhängigen GmbH durch die Konzernmutter eine Verlustübernahmepflicht analog §§ 302, 303 eingreifen soll.¹⁶¹ Auf die im Schrifttum geleistete Vorarbeit aufbauend entwickelte der Bundesgerichtshof beginnend mit der Autokran-Entscheidung¹⁶² ein Haftungskonzept für den qualifiziert faktischen GmbH-Konzern in analoger Anwendung der §§ 302, 303. Wäh-

¹⁵⁹ BGHZ 95, 330, 334 f. unter Hinweis auf die BegrRegE AktG 1965.

¹⁶⁰ Großkomm AktG/*Brändel* Rn. 101.

¹⁶¹ Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. II, 1972, 49 ff.

¹⁶² BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 – Autokran.

rend der Bundesgerichtshof zunächst die Konzeption einer Zustandshaftung verfolgte und eine Inanspruchnahme der Konzernmutter nach den Grundsätzen der qualifiziert faktischen Konzernierung dann befürwortete, wenn die GmbH als Untergesellschaft einer derart verdichteten Leitungsmacht unterworfen worden war, dass sich ausgleichspflichtige Nachteilszufügungen nicht mehr isolieren ließen,¹⁶³ schwenkte die Rechtsprechung mit der TBB-Entscheidung¹⁶⁴ auf das Haftungskonzept der Verhaltenshaftung um, wonach der beherrschende Unternehmensgesellschafter dann analog §§ 302, 303 haften sollte, wenn er die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübte, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nahm, ohne dass sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließ.¹⁶⁵ Die für den qualifiziert faktischen GmbH-Konzern entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze strahlten auf die Auslegung des Aktienrechts zurück. So befürwortete die herrschende Meinung auch nach dem TBB-Urteil des Bundesgerichtshofs die Übertragung der zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern entwickelten Haftungsgrundsätze auf das Aktienrecht.¹⁶⁶ Seit der vom Bundesgerichtshof mit dem Bremer Vulkan-Urteil¹⁶⁷ vollzogenen Kehrtwendung hin zur Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs (→ Rn. 78 ff.) ist die **Haftung wegen qualifiziert faktischer Konzernierung überholt**.¹⁶⁸ Auch im Aktienrecht ist vom Ende der Haftung wegen qualifiziert faktischer Konzernierung auszugehen.¹⁶⁹ Auf eine Darstellung der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen der Haftung im so genannten qualifiziert faktischen Konzern kann deshalb verzichtet werden.

bb) Haftungsdurchgriff als Instrument des Bestands- und Kapitalschutzes. Die **70** Begrenzung der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten auf das Vermögen der AG (§ 1 Abs. 1 S. 2) findet ihre Rechtfertigung, aber auch ihre Grenzen in den Regelungen zur Sicherstellung der vollständigen Aufbringung und möglichst ungeschmälernten Erhaltung eines Mindesthaftkapitals (vgl. zB §§ 9, 26 ff., 46 ff., 54, 57 f., 62, 65, 71–71e AktG). Die Verweisung der Gesellschaftsgläubiger auf eine beschränkte Haftungsmasse unter Verweigerung des Zugriffs auf das Vermögen der hinter der Gesellschaft stehenden Anteilseigner erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Gesellschaftsgläubiger durch Einsicht in das Handelsregister über die Höhe des Haftkapitals informieren können und die Aufbringung sowie weitestmögliche Erhaltung dieses Haftungsfonds sichergestellt sind. Nur unter diesen Voraussetzungen können die Gesellschaftsgläubiger ihr Risiko, mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung zu treten, zutreffend einschätzen. Werden die Schutzvorschriften zur Aufbringung und zur Erhaltung des Haftkapitals hingegen verletzt, ist dem Erfordernis des Gläubigerschutzes nicht mehr Genüge getan. In einem solchen Fall können sich die Gesellschafter nicht mehr ausnahmslos auf ihr Haftungsprivileg berufen.¹⁷⁰ Werden die

¹⁶³ BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 – Autokran; BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800 – Tiefbau; BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142 – Video.

¹⁶⁴ BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 – TBB.

¹⁶⁵ BGH NJW 1993, 1200; NJW 1994, 446; AG 1995, 35; AG 1995, 326; DB 1996, 1028; NJW 1997, 943; GmbHR 1998, 87; vgl. ferner BAG DB 1994, 1780; DB 1995, 1223; DB 1996, 1526; AG 1999, 184; ZIP 1999, 723; OLG Köln BB 1997, 169; NZG 1998, 820; OLG Dresden AG 1997, 330; OLG Bamberg AG 1998, 191; OLG München GmbHR 1998, 285; OLG Oldenburg GmbHR 1998, 286; OLG Rostock NZG 1999, 170.

¹⁶⁶ HM, vgl. nur: OLG Hamm NJW 1987, 1030; MHdB AG/Krieger § 69 Rn. 134; Habersack DSStR 1998, 533, 536; Hommelhoff/Freytag DSStR 1996, 1409, 1416; Stimpel AG 1986, 117; Fleck WM 1986, 1205, 1212 f.; Wiedemann ZGR 1986, 656, 669.

¹⁶⁷ BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 – Bremer Vulkan.

¹⁶⁸ Die allgM geht im GmbH-Recht vom Ende des Haftungsinstituts der qualifiziert faktischen Konzernierung aus; vgl. nur aus der Rechtsprechung: BGH NZG 2005, 886, 889 reSp; BGH DB 2005, 328.

¹⁶⁹ OLG Stuttgart AG 2007, 633, 636 reSp; AG 2007, 873, 875 reSp; Decher ZHR 171 (2007), 126, 137; Hüffer/Koch Rn. 23 und § 302 Rn. 7; Spindler/Stilz/Fock Rn. 64; aA für die Fälle sog. qualifizierter Nachteilszufügung Emmerich/Habersack/Habersack Anh. § 317 Rn. 5, 7; K. Schmidt GesR § 31 IV 4a, Fn. 126; MHdB AG/Krieger § 69 Rn. 134; für analoge Anwendung des § 302 in Einzelfällen Emmerich, FS Hüffer, 2010, 179, 185.

¹⁷⁰ BGHZ 95, 330, 334; BGH NJW 1994, 1801 f.; Stimpel, FS Goerdeler, 1987, 601 ff., 605, 608; Großkomm AktG/Brändel Rn. 100 aE.

Kapitalaufbringung und -erhaltung oder der Bestand der Gesellschaft durch Aktionäre gefährdet, so ist ein Haftungsdurchgriff auf das Vermögen dieser Aktionäre in Betracht zu ziehen. Als typische Sachverhaltskonstellationen werden in Literatur und Rechtsprechung insoweit die Fälle der Vermögensvermischung (→ Rn. 71 ff.), der Unterkapitalisierung¹⁷¹ (→ Rn. 75 ff.) und des existenzvernichtenden Eingriffs (→ Rn. 78 ff.) erörtert.

71 (1) Haftungsdurchgriff wegen Vermögensvermischung. Im GmbH-Recht ist der Haftungsdurchgriff wegen Vermögensvermischung sowohl in der Rechtsprechung¹⁷² als auch in der Literatur¹⁷³ anerkannt. Die deutliche, aus den Geschäftsbüchern zu belegende Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen gehört nach Ansicht der Rechtsprechung¹⁷⁴ zu den unverzichtbaren Voraussetzungen für die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung. Die Garantiefunktion der Kapitalerhaltungsvorschriften beruhe geradezu darauf, dass ein selbständiges Gesellschaftsvermögen gebildet und seinem Umfang nach vom Eigenvermögen der Gesellschafter abgegrenzt feststellbar bleibt. Von einer Vermögensvermischung, die trotz gesellschaftsrechtlich einwandfrei begründeter Haftungsbeschränkung unter Umständen zu einer persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter führen kann, könne allerdings nicht schon dann gesprochen werden, wenn zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter unübersichtliche Übertragungen von Vermögensgegenständen oder umfangreiche Entnahmen stattgefunden haben. Soweit sich die Sphärenvermischung auf Grund der Buchführung der Gesellschaft entwirren lasse – und sei hierzu auch ein größerer Aufwand erforderlich –, seien die Vermögensmassen noch gegeneinander abgrenzbar und es bestehe keine Veranlassung, den Gesellschaftsgläubigern den Haftungsdurchgriff auf die Anteilseigner zu gewähren. Von einer Vermögensvermischung lasse sich deshalb erst dann sprechen, wenn sich nicht ermitteln lässt, welcher Vermögensgegenstand zum Gesellschafts- und welcher zum Privatvermögen der Gesellschafter gehört.¹⁷⁵ Werde die Vermögensabgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert, so dass insbesondere die Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften unkontrollierbar wird,¹⁷⁶ so sei ein Durchgriff auf das Vermögen der hierfür verantwortlichen Gesellschafter in Betracht zu ziehen.

72 Den von der Rechtsprechung zum **Haftungsdurchgriff wegen Vermögensvermischung** im GmbH-Recht entwickelten Grundsätzen ist im Grundsatz **auch im Aktienrecht** zuzustimmen. Das Kapital der Aktiengesellschaft bedarf mindestens gleicher Schutzstandards wie dasjenige der GmbH.¹⁷⁷ Das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger in die ausreichende Kapitalausstattung einer juristischen Person verdient grundsätzlich Schutz. Der Schutz gilt allerdings nur insoweit, als es die Aufbringung und möglichst ungeschmälerte Erhaltung des im Handelsregister ausgewiesenen Mindesthaftkapitals betrifft. Das schützenswerte Vertrauen ist nicht schon dann verletzt, wenn zwischen der Kapitalgesellschaft und einzelnen Gesellschaftern unübersichtliche Übertragungen von Vermögensgegenständen stattfinden.

¹⁷¹ Vgl. Geißler GmbH 1993, 71, 74 ff.; Blaurock, FS Stimpel, 1985, 553, 559 ff.; Roth ZGR 1993, 170, 177 ff.; Ehrlicke AcP 199 (1999), 257, 275, 289; Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 54; Bürgers/Körper/Westermann Rn. 30; Hüffer/Koch Rn. 19.

¹⁷² BGHZ 95, 330, 333 f.; BGH BB 1985, 77 für eine GmbH & Co KG; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; BGH ZIP 2006, 467; OLG Rostock DB 1996, 1818, 1819; OLG Nürnberg WM 1955, 1566, 1567; OLG Karlsruhe DR 1943, 811; BSG GmbHR 1996, 604, 605.

¹⁷³ K. Schmidt BB 1985, 2074, 2075 f.; ders. ZIP 1994, 837, 838 ff.; Großkomm AktG/Brändel Rn. 103 ff.; Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 51 f.; MüKoBGB/Reuter Vor § 21 Rn. 34 ff.; UHL/Raiser GmbHG § 13 Rn. 130 ff.; Wiedemann GesR Bd. I, § 4 III 1 a; kritisch Ehrlicke AcP 199 (1999), 257, 289 ff.

¹⁷⁴ BGH BB 1985, 77; vgl. auch BGHZ 95, 330, 333 f.; 125, 366, 368 ff.; vgl. ferner BSG GmbHR 1995, 46, 47.

¹⁷⁵ BGH ZIP 2006, 467; BGH BB 1985, 77.

¹⁷⁶ BGHZ 95, 330, 334; 125, 366, 368 ff.; BGH NJW 1994, 1801 f.; BGH ZIP 2006, 467; BSG AG 1995, 279, 280; AG Brühl NZG 2002, 584; KG ZIP 2008, 1535 zur Haftung faktischer Gesellschafter wegen Vermögensvermischung; K. Schmidt BB 1985, 2074, 2079; Stimpel, FS Goerdeler, 1987, 606 ff.; Boujong, FS Odersky, 1996, 742; kritisch Ehrlicke AcP 199 (1999), 257, 289 ff.

¹⁷⁷ Kritisch Hüffer/Koch Rn. 20, der den durch §§ 57, 62 gewährten Kapitalschutz als ausreichend erachtet; ähnlich K. Schmidt/Lutter/Lutter Rn. 17.