

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

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Mathias Habersack, Für die Hinweise zur Rechtslage in Österreich unter Mitwirkung von Prof.

Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz), Zur Rechtslage in Österreich: Dr. Marie-Agnes Arlt, LL.M., Die Bearbeiter des ersten Bandes: Prof. Dr. Walter Bayer, Richter am Oberlandesgericht a.D., Dr. Cornelius Götze, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Karsten Heider, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Jürgen Oechsler, Dr. Andreas Pentz, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, und Prof. Dr. Janine Wendt, Zur Rechtslage in Österreich: Prof. Dr. Thomas Bachner, LL.M. Ph.D. (Cambridge), Hon. Prof. Mag. Dr. Peter Csoklich, Rechtsanwalt, MMag. Dr. Christoph Diringger, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Peter Doralt, LL.M., Dr. Julia Schulz, Senior Equity Interest Manager, und Prof. Dr. Martin Winner

5. Auflage 2019. Buch. LX, 2299 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72891 4

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

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

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

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'o' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
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.

§ 17 Abs. 4 OWiG).⁹⁶ Die Vollstreckung der gegen die AG verhängten Geldbuße stellt keine ungerechtfertigte Benachteiligung der Aktionäre dar, da diese über den Aufsichtsrat in der Lage sind, Konsequenzen aus der zu Lasten des Gesellschaftsvermögens begangenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu ziehen. Für die Vollstreckung der Bußgeldentscheidung gelten die §§ 89 ff. OWiG. Gegen die Anordnung von Erziehungshaft gegen einzelne Vorstandsmitglieder (§ 96 OWiG) bestehen jedenfalls dann keine Bedenken, wenn das Vorstandsmitglied auf Grund seines internen (Abstimmungs-)Verhaltens die Bezahlung der Geldbuße verhindert (→ Rn. 38).

b) Handlungsfähigkeit. Die AG selbst ist nicht handlungsfähig. Als künstliches juristisches Gebilde kann sie nicht unmittelbar am Rechtsverkehr teilnehmen. Die Handlungsfähigkeit wird der AG durch ihre Organe und Vertreter vermittelt,⁹⁷ durch die sie Rechte und Pflichten – soweit sie ihr nicht ipso iure zustehen oder kraft Gesetzes zufallen – erwirbt. Als scheinbare Ausnahme von diesem Grundsatz werden in der Literatur⁹⁸ vereinzelt Fälle erörtert, in denen die AG als solche – also ohne Zurechnung des Verhaltens einer für sie handelnden natürlichen Person – unmittelbar auf Grund sie treffender Verkehrssicherungspflichten oder auf Grund von Gefährdungshaftungstatbeständen Dritten gegenüber haften soll. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Gefährdungshaftungstatbestände⁹⁹ und auch die Fälle vermuteten Verschuldens¹⁰⁰ knüpfen an Handlungen, Unterlassungen oder an Zustände an, die von natürlichen Personen veranlasst oder beherrscht werden. Die Haftung der AG beruht mithin auch in diesen Fällen darauf, dass sie sich das Verhalten natürlicher Personen als eigenes zurechnen lassen muss. Dies gilt auch für die Fälle, in denen sich die AG wegen Fehlens genügender Aufsicht oder ausreichender Organisation¹⁰¹ schadensersatzpflichtig macht.

Die AG nimmt durch ihre Organe und Vertreter am Rechtsverkehr teil und muss sich aus diesem Grund deren Verhalten und Kenntnisse sowie in beschränktem Umfang auch deren Eigenschaften zurechnen lassen.¹⁰² Die Grundlagen für diese Zurechnung sind weitestgehend gesetzlich geregelt und wurden im Übrigen von Rechtsprechung und Lehre entwickelt. Hiernach muss sich die AG rechtsgeschäftliche Erklärungen ihrer Organe in vollem Umfang (§ 78 Abs. 1, § 82 Abs. 1, § 112) und ihrer sonstigen Vertreter im Rahmen der Vertretungsmacht zurechnen lassen.¹⁰³ Aus solchen Erklärungen wird die AG selbst berechtigt und verpflichtet. Im Einzelnen kann hierzu und auch zur Zurechnung von Kenntnissen und Willensmängeln auf die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen der §§ 164–181 BGB und die dazu ergangene umfangreiche Rechtsprechung und Literatur¹⁰⁴ verwiesen werden. Lediglich die Zurechnung von zum Schadensersatz verpflichtendem

⁹⁶ Zur Gewinnabschöpfung und dieser Vorschrift im Einzelnen *Demuth/Schneider* BB 1970, 642 (649 ff.); *Bode* NJW 1969, 1286 ff.

⁹⁷ BVerfGE 20, 323 (336); Kölner Komm AktG/*Dauner-Lieb* Rn. 10; Großkomm AktG/*Bachmann* Rn. 55; Hüffer/*Koch/Koch* Rn. 4.

⁹⁸ Kölner Komm AktG/*Kraft*, 2. Aufl. 1988, Rn. 14 (anders Kölner Komm AktG/*Dauner-Lieb* Rn. 10); vgl. auch Großkomm AktG/*Bachmann* Rn. 62.

⁹⁹ § 833 S. 1 BGB für sog Luxustiere; § 7 StVG; §§ 1, 2 UmweltHG; § 1 ProdHaftG; §§ 1–3 Haftpflichtgesetz (HPfG); §§ 25 ff. AtomG.

¹⁰⁰ Vgl. beispielsweise §§ 832, 833 S. 2, §§ 834, 836–838 BGB.

¹⁰¹ AllgM seit RG JW 1930, 2927 (2928); *Soergel/Hadding* BGB § 31 Rn. 6; *MüKoBGB/Arnold* § 31 Rn. 11; *Staudinger/Wieck* (2005) BGB § 31 Rn. 42; *Palandt/Ellenberger* BGB § 31 Rn. 3.

¹⁰² Die Zurechnung von Verhaltensweisen, Kenntnissen oder Eigenschaften eines Aktionärs (sog Zurechnungsdurchgriff) kommt nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht → Rn. 52 ff.

¹⁰³ Bestellt die Hauptversammlung oder das Gericht gemäß § 147 Abs. 2 einen besonderen Vertreter, so ist dieser für die Dauer seiner Tätigkeit gesetzlicher Vertreter der AG und schließt in seinem Aufgabenbereich die anderen Verwaltungsorgane der Gesellschaft aus, allgM, vgl. nur Hüffer/*Koch/Koch* § 147 Rn. 13; *K. Schmidt/Lutter/Spindler* § 147 Rn. 23; *BGH* NJW 1981, 1097 (1098), *LG München* ZIP 2007, 1809 (1812).

¹⁰⁴ Eingehend *Grunewald* FS Beusch, 1993, 301 ff.; vgl. im Übrigen die umfangreichen Schrifttumsnachweise bei *Staudinger/Schilken*, 2014, BGB Vor § 164 vor Rn. 1; *Soergel/Leptien* BGB Vor § 164 vor Rn. 1; vgl. ferner zur Wissenszurechnung innerhalb einer juristischen Person *BGH* AG 1994, 224; *DB* 1996, 1669; *NJW* 1996, 2508.

Verhalten soll hier besondere Erwähnung finden. Insoweit sind zwei Bereiche zu unterscheiden:

- 44 **aa) Zurechnung im Rahmen von Sonderverbindungen.** Innerhalb rechtlicher Sonderverbindungen¹⁰⁵ hat sich die AG das **Verschulden** ihrer Organe und derjenigen Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedient, **gem. § 278 BGB zurechnen zu lassen**. Dies gilt auch, wenn der Vorstand oder ein verfassungsmäßig berufener Vertreter innerhalb einer solchen rechtlichen Sonderbeziehung handelt. Die von der herrschenden Meinung¹⁰⁶ vertretene Gegenansicht, wonach § 31 BGB nicht nur dann anwendbar sein soll, wenn der verfassungsmäßige Vertreter eine unerlaubte Handlung (vgl. insbes. §§ 823 ff. BGB) begangen hat, sondern auch, wenn er eine vertragliche Verpflichtung der juristischen Person verletzt hat (vgl. insbes. §§ 280, 286 BGB), ist abzulehnen.¹⁰⁷ Das Organmitglied selbst haftet aus der Sonderverbindung regelmäßig nicht persönlich, so dass bei ihm auch keine „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ iSd § 31 BGB vorliegen kann.¹⁰⁸ Die Zurechnung schuldhaften Verhaltens innerhalb rechtlicher Sonderbeziehungen hat daher ausnahmslos nach § 278 BGB zu erfolgen.
- 45 **bb) Zurechnung außerhalb von Sonderverbindungen.** Außerhalb rechtlicher Sonderbeziehungen hat sich die AG das zum Schadensersatz verpflichtende **Verhalten** ihrer Organe oder satzungsmäßig berufenen Vertreter **gem. § 31 BGB**¹⁰⁹ und dasjenige ihrer Verrichtungsgehilfen gem. § 831 BGB zurechnen zu lassen (→ Rn. 19). Die haftungszuweisende Norm¹¹⁰ des § 31 BGB ist Ausdruck der **Organtheorie**.¹¹¹ Die AG muss sich die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung ihres Organs als eigene Handlung zurechnen lassen und kann sich nicht entlasten. § 831 BGB beruht hingegen auf der Vermutung eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn bei der Auswahl oder der Leitung der Hilfsperson, weshalb sich die AG durch Widerlegung der Verschuldens- oder Ursächlichkeitsvermutung exkulpieren kann.
- 46 **3. Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten, Durchgriffsproblematik.** Für die Verbindlichkeiten der AG haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber dasjenige der Aktionäre. § 1 Abs. 1 S. 2 ist Ausdruck des im Recht der juristischen Personen verankerten **Trennungsprinzips**, das im AktG eine besonders strikte Ausprägung erfahren hat. Hiernach handelt es sich bei der juristischen Person einerseits und den Gesellschaftern andererseits jeweils um eigenständige Rechtspersönlichkeiten, die hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten, wie auch hinsichtlich ihres Vermögens zurechnungsrechtlich voneinander zu unterscheiden sind. Das Trennungsprinzip hat in einzelnen gesetzlichen Regelungen¹¹² und insbesondere in einer Reihe von Fallgruppen, die in Literatur und Rechtsprechung entwickelt wurden, Einschränkungen erfahren. Die Fallgruppen betreffen nicht nur den Durchgriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Vermögen der Gesellschafter (Haftungsdurchgriff), sondern auch die gegenseitige Zurechnung von Verhaltensweisen, Kenntnissen und Eigen-

¹⁰⁵ Zu den Sonderverbindungen zählen sämtliche vertraglichen, vertragsähnlichen, aber auch gesetzlichen Schuldverhältnisse privatrechtlicher Art, so zB das Verhältnis zwischen dem Massegläubiger und dem Konkursverwalter (BGHZ 93, 278 (284)) und das Verhältnis zwischen einem Pfandgläubiger und einem Drittberechtigten (BGHZ 58, 207 (214 f.)).

¹⁰⁶ Palandt/Ellenberger BGB § 31 Rn. 2; Soergel/Hadding BGB § 31 Rn. 4; K. Schmidt GesR § 10 IV 3; wohl auch MüKoBGB/Arnold § 31 Rn. 6.

¹⁰⁷ Wie hier RGZ 122, 351 (359); Staudinger/Weick, 2005, BGB § 31 Rn. 3; Medicus BGB AT Rn. 1135; Medicus/Petersen BürgerlR, 26. Aufl. 2017, Rn. 779; der Meinungsstreit wird nur relevant für die Anwendbarkeit von § 278 S. 2 BGB, weshalb die Rspr. diese Frage häufig offen lässt: RGZ 110, 145 (147); BGHZ 13, 198 (203); BGH NJW 1977, 2259.

¹⁰⁸ So vor allem Medicus BGB AT Rn. 1135; Medicus/Petersen BürgerlR, 26. Aufl. 2017, Rn. 779.

¹⁰⁹ Vgl. OLG Frankfurt a. M. AG 2005, 401; OLG München AG 2005, 586; BGH AG 2005, 609.

¹¹⁰ BGHZ 99, 302; Staudinger/Weick, 2005, BGB § 31 Rn. 4.

¹¹¹ RGZ 162, 129 (149); BGHZ 98, 148 (151); Soergel/Hadding BGB § 26 Rn. 2; K. Schmidt GesR § 10 I 2.

¹¹² Vgl. im Bereich des Aktienrechts insbesondere § 62 Abs. 2, §§ 302 f., 309 Abs. 4 S. 3, § 317 Abs. 4, § 322.

schaften zwischen der juristischen Person und einzelnen Gesellschaftern (Zurechnungsdurchgriff). Da die Fälle des Zurechnungsdurchgriffs und des Haftungsdurchgriffs auf einer einheitlichen Grundproblematik beruhen, nämlich auf der Frage, unter welchen Umständen und inwieweit das Trennungsprinzip Einschränkungen erfahren kann, werden sie nachfolgend zusammen abgehandelt. Die in der Literatur teilweise vertretene Ansicht, wonach Zurechnungsdurchgriff und Haftungsdurchgriff strikt voneinander abgegrenzt werden müssen und als unterschiedliche Rechtsmaterien keiner gemeinsamen Würdigung zugeführt werden können,¹¹³ kann nicht überzeugen. Diese Ansicht verkennt, dass beide Durchgriffsfällegruppen grundlegende Gemeinsamkeiten aufweisen, die eine zusammenhängende Erörterung geboten erscheinen lassen. Ausgehend von der Reichweite des Trennungsprinzips (→ Rn. 47 ff.) werden daher die Besonderheiten des Zurechnungsdurchgriffs (→ Rn. 52 ff.) und des Haftungsdurchgriffs (→ Rn. 63 ff.) im Kontext dargestellt.

a) Das Trennungsprinzip und seine Reichweite. Das im Recht der juristischen Personen verankerte Trennungsprinzip beruht auf der zurechnungsrechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen im Verhältnis zu ihren Gesellschaftern. Juristische Person und Gesellschafter stehen sich, was die Zuordnung ihrer Rechte und Pflichten wie auch ihres Vermögens anbetrifft, grundsätzlich wie Dritte gegenüber.¹¹⁴ Das Trennungsprinzip hat nicht nur in einzelnen gesetzlichen Regelungen **Einschränkungen** erfahren,¹¹⁵ Rechtsprechung und Lehre haben vielmehr schon früh erkannt, dass eine unreflektierte Anwendung des Trennungsprinzips zu Ergebnissen führen kann, die mit der geltenden Rechtsordnung nicht vereinbar sind.¹¹⁶ So wird in Rechtsprechung und Lehre eine Durchbrechung des Trennungsprinzips insbesondere in den Fällen erwogen, in denen die Rechtsfigur der juristischen Person von den dahinterstehenden Gesellschaftern rechtsmissbräuchlich verwendet wird,¹¹⁷ oder dann, wenn Treu und Glauben¹¹⁸ oder der Zweck der im Einzelfall anzuwendenden Norm¹¹⁹ eine Einschränkung der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person gebieten. Dies gilt insbesondere für personalistisch geprägte juristische Personen, die von den dahinterstehenden Gesellschaftern nicht selten als Objekt eigener Interessenverfolgung benutzt werden.¹²⁰ Eine einheitliche Vorstellung darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Durchbrechung des Trennungsprinzips geboten ist und zu welchen Rechtsfolgen ein solcher Durchgriff führt, hat sich jedoch bis heute nicht durchsetzen können.

aa) Literaturmeinung. Ausgehend von der wegweisenden Arbeit *Sericks*¹²¹ wurden seit 48 Beginn der 50er Jahre in der Literatur und später auch in der Rechtsprechung dogmatische Begründungen zur Rechtfertigung der Durchbrechung des Trennungsprinzips entwickelt. Nach der von *Serick* entwickelten **subjektiven Missbrauchstheorie**, der sich – teilweise

¹¹³ *Wiedemann* GesR Bd. I, § 4 III; *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, 18 ff., 21; *Raiser/Veil* KapGesR § 29 I; *Scholz/Emmerich/Bitter* GmbHG § 13 Rn. 69 ff., 75 ff.; *UHL/Raiser* GmbHG § 13 Rn. 52 f.; wohl auch *Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb* Rn. 33; *Großkomm AktG/Bachmann* Rn. 82 ff.; wie hier dagegen *Spindler/Stilz/Fock* Rn. 40; wohl auch *Windbichler* GesR § 24 V 1.

¹¹⁴ *Windbichler* GesR § 3 IV; vgl. *Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb* Rn. 30 f. und *Spindler/Stilz/Fock* Rn. 35 f.

¹¹⁵ Vgl. im Bereich des Aktienrechts insbesondere § 62 Abs. 2, § 302 f., 309 Abs. 4 S. 3, § 317 Abs. 4, § 322.

¹¹⁶ Grundlegend RGZ 99, 232 (234); stRspr, BGHZ 20, 4 (12); 22, 226 (230); 26, 31 (33 f.); 29, 385 (392 f.); 54, 222 (224); 68, 312 (314 ff.); 78, 318 (333); vgl. aus der unüberschaubaren Literatur *UHL/Raiser* GmbHG § 13 Rn. 51 ff. mwN sowie die Literaturübersicht bei *Nirk* FS Stimpel, 1985, 443 (445).

¹¹⁷ So vor allem die auf *Serick* zurückgehende subjektive Missbrauchstheorie. Der BGH hat diese Formel oft gebraucht, zB BGHZ 29, 385 (392); 54, 222 (224); 78, 318 (333), jedoch nie ausschließlich auf das Element der Missbrauchsabsicht abgestellt.

¹¹⁸ Insbesondere die Rspr., die die Beurteilung stets von den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls abhängig macht, hat zur Rechtfertigung des Durchgriffs das Gebot von Treu und Glauben herangezogen; so RGZ 129, 50 (53 f.); BGHZ 22, 226 (230); 54, 222 (224); 68, 312 (314 ff.); 78, 318 (333); BGH WM 1961, 1103.

¹¹⁹ Die sog Normzwecktheorie wurde erstmals von *Müller-Freienfels* AcP 156 (1957), 522 ff. entwickelt.

¹²⁰ *MüKoBGB/Reuter* Vor § 21 Rn. 19; *G. Kuhn* FS Fischer, 1979, 351 (353 f.).

¹²¹ *Serick*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955, 38, 203 ff.

auch in modifizierter Form – eine Reihe von Literaturstimmen¹²² angeschlossen haben, ist ein Durchgriff grundsätzlich nur dann zulässig, wenn die Rechtsform der juristischen Person bewusst missbraucht wird, um Gesetze zu umgehen, vertragliche Verpflichtungen zu verletzen oder Dritte zu schädigen.¹²³ Werde die Rechtsform der juristischen Person vorgeschoben, um die Identität der an einer Rechtshandlung beteiligten Personen zu verdecken,¹²⁴ so sei ein Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehenden Gesellschafter ernsthaft in Betracht zu ziehen. Der Umstand allein, dass ohne den Durchgriff der objektive Zweck einer Norm nicht erreicht werden kann, soll hingegen nach der von *Serick* vertretenen Meinung den Durchgriff grundsätzlich nicht rechtfertigen können.¹²⁵ Demgegenüber sieht die von *Müller-Freienfels*¹²⁶ begründete sogenannte **Normzwecklehre** den dogmatischen Ansatzpunkt für eine Einschränkung des Trennungsprinzips in einer Analyse der jeweiligen Interessenlage und im Zweck der in Betracht kommenden Einzelnorm.¹²⁷ Einen vermittelnden Ansatz (sogenannte modifizierte oder vermittelnde Normzwecklehre) vertritt *Rehbinder*,¹²⁸ der zwischen der bürgerlich-rechtlichen Frage der Zurechnung und den eigentlichen Durchgriffsproblemen unterscheidet. *Wiedemann*¹²⁹ differenziert hingegen zwischen den Fällen des Haftungsdurchgriffs einerseits und den Fällen des Zurechnungsdurchgriffs andererseits. Während er sich in den Fällen des Haftungsdurchgriffs stärker an der Missbrauchstheorie orientiert und eine Durchbrechung des Trennungsprinzips bei fehlendem Vorhandensein der vermögensmäßigen Selbständigkeit oder bei zweckwidrigem Gebrauch der Haftungsbeschränkung für zulässig erachtet, stellt er in den Fällen des Zurechnungsdurchgriffs auf die Kriterien der Normzwecklehre ab und macht die Durchbrechung des Trennungsprinzips von der jeweiligen Gesetzes- oder Vertrauenslage und den gesellschaftsrechtlichen Zusammenhängen abhängig. In jüngerer Zeit wird vermehrt die Ansicht vertreten, dass es eines Durchgriffs im Sinne eines spezifischen Rechtsinstituts nicht bedarf. So wurde insbesondere von *Wilhelm*¹³⁰ eine konsequente Rückkehr zur rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person gefordert.

- 49 **bb) Rechtsprechung.** Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht den in der Literatur entwickelten dogmatischen Begründungen zur Durchbrechung des Trennungsprinzips zurückhaltend gegenüber.¹³¹ So hat der Bundesgerichtshof nicht den Versuch unternommen, ein auf einer einheitlichen dogmatischen Grundlage beruhendes Rechtsinstitut des Durchgriffs zu entwickeln. Der Bundesgerichtshof betont vielmehr, es müsse in jedem Einzelfall entschieden werden, inwieweit das Trennungsprinzip nach **Treu und Glauben** einzuschränken ist.¹³² Hiernach komme ein Haftungsdurchgriff lediglich dann in

¹²² *Dempewolf* DB 1961, 969 (972); *Stauder* GmbHR 1968, 72 (74); *Bauschke* BB 1975, 1322 (1324 f.); *Kamm*, Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften, 1967, 153 ff.; v. *Godin/Wilhelmi* Anm. 18; ablehnend BGHZ 20, 4 (13); *Müller-Freienfels* AcP 156 (1957), 522 ff.; *Hüffer/Koch/Koch* Rn. 18 unter Hinweis darauf, dass die Missbrauchstheorie im anglo-amerikanischen Gesellschaftsrecht wurzelt und nur dort seine Rechtfertigung findet; *Großkomm* AktG/*Bachmann* Rn. 88 f.

¹²³ *Serick*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955, 203.

¹²⁴ *Serick*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955, 217.

¹²⁵ *Serick*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955, 208.

¹²⁶ *Müller-Freienfels* AcP 156 (1957), 522 ff.

¹²⁷ Der Normzwecktheorie haben sich u. a. angeschlossen: *Ulmer* FS Duden, 1977, 661 (678 f.); *Stimpel* FS Goerdeler, 1987, 601 (605 ff.); *Coing* NJW 1977, 1793 ff.; *Schanze*, Einmann-Gesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftlicher Zurechnung, 1975, 102 ff.; *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, 271 ff.; *O. Kuhn*, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, 1964, 207 ff., 213; *Staudinger/Weick*, 2005, BGB Einl. zu §§ 21 ff. Rn. 43; wohl auch *Hüffer/Koch/Koch* Rn. 18; kritisch hingegen *Rehbinder* FS Fischer, 1979, 579 ff.; *MüKoBGB/Reuter* Vor § 21 Rn. 22.

¹²⁸ *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, 103 ff., 125; *Rehbinder* FS Fischer, 1979, 579 (597 ff.).

¹²⁹ *Wiedemann* GesR Bd. I, § 4 III; vgl. *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, 18, 23 ff., 29 ff.

¹³⁰ *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, 285 ff.; vgl. auch *Fleck* GmbHR 1993, 550 (552).

¹³¹ BGH BB 1985, 77 mit Anm. *Bauschke*; BGHZ 68, 312 (315 f.).

¹³² BGHZ 22, 226 (230); 54, 222 (224); 68, 312 (315); 78, 318 (333).

Betracht, wenn die strikte Wahrung des Trennungsprinzips zu Ergebnissen führt, „die mit Treu und Glauben nicht in Einklang stehen, und wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der juristischen Person und den hinter ihr stehenden natürlichen Personen einen Rechtsmissbrauch bedeutet“. ¹³³ Über die Rechtsfigur der juristischen Person dürfe nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden. ¹³⁴

cc) Eigene Stellungnahme. Trotz der in der Literatur vielfach unternommenen Versuche, ein sowohl nach Tatbestandsvoraussetzungen als auch nach Rechtsfolgen definiertes Rechtsinstitut des Durchgriffs zu entwickeln, ist der von der Rechtsprechung geübten Zurückhaltung zuzustimmen. Wegen der Unterschiedlichkeit der Interessenlagen, die im Einzelfall eine Durchbrechung des Trennungsprinzips als geboten erscheinen lassen können, ist der Versuch, sämtliche Durchgriffsfälle auf einen einheitlichen Rechtsgrund zurückzuführen, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Führt man sich allein die strukturellen Unterschiede zwischen einer personalistisch geprägten AG und einer börsennotierten Publikumsgesellschaft vor Augen, an der eine Vielzahl weitgehend anonymer und ständig wechselnder Aktionäre beteiligt ist, so wird ohne weiteres ersichtlich, dass sich nicht sämtliche Durchgriffsfälle auf eine einheitliche Wertung zurückführen lassen. Erforderlich ist vielmehr eine **differenzierende Betrachtungsweise**, die eine Abwägung der im jeweiligen Einzelfall betroffenen Interessen unter Berücksichtigung des Zwecks der konkret anzuwendenden Norm ermöglicht. Die generalisierende Betrachtungsweise der Missbrauchstheorie und auch der Normzwecklehre ist daher nicht geeignet, die Durchgriffsfälle abschließend zu erfassen und ein nach Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen definiertes Rechtsinstitut des Durchgriffs zu etablieren. Andererseits ist aber nicht zu verkennen, dass die vornehmlich an Treu und Glauben ausgerichtete Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kaum geeignet ist, eine konkrete Orientierungshilfe in der umstrittenen Durchgriffsmaterie zu gewähren und damit das Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu befriedigen. Die pauschale Wertung, über die Rechtsfigur der juristischen Person dürfe nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden, kann jedenfalls keinen verlässlichen Beurteilungsmaßstab dafür bieten, wann die Rechtsprechung im Einzelfall einen Durchgriff zulässt. Der Rechtsunsicherheit sind durch solch undifferenzierte Aussagen Tür und Tor geöffnet. Nachfolgend 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 Fallgruppenbildung ¹³⁵ 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

¹³³ BGHZ 29, 385 (392); 54, 222 (224); 78, 318 (333); zuletzt BGH NZG 2008, 670 zur Durchgriffshaftung der Mitglieder eines eingetragenen Idealvereins; vgl. auch OLG Naumburg DB 2008, 2300.

¹³⁴ BGHZ 20, 4 (11); 26, 31 (37); 54, 222 (224); 78, 318 (333).

¹³⁵ 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. 29 f.; wohl auch Großkomm AktG/Bachmann Rn. 97 ff.

des Vorstands einer AG einer kritischen Überprüfung und gegebenenfalls einer Modifizierung.

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

52 **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 gegenseitig¹³⁶ Verhaltensweisen, Kenntnisse oder Eigenschaften des anderen zurechnen lassen müssen¹³⁷ (**Einheitsbetrachtung**). Eines Beherrschungsverhältnisses als Grundlage des Zurechnungsdurchgriffs bedarf es insoweit nicht.¹³⁸ Wie nachfolgende Fallgruppen verdeutlichen, kann eine Zurechnung auch ohne Beherrschung geboten sein.

53 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).¹³⁹

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

¹³⁶ 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 Spindler/Stilz/*Fock* Rn. 77; aA Kölner Komm AktG/*Dauner-Lieb* Rn. 43.

¹³⁷ Großkomm AktG/*Bachmann* Rn. 63 ff.; 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.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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.

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.¹⁴⁰

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.

(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 der Einwand 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 habe.

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 Gesetzes- oder Vertragsauslegung** erfolgt, wird gelegentlich angezweifelt, ob es sich in diesen Fällen überhaupt um eine Form des Durchgriffs handelt.¹⁴¹ 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 Literatur¹⁴² kann sich eine 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 Zweifel 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.¹⁴³ Die von der

¹⁴⁰ Großkomm AktG/Bachmann Rn. 65.

¹⁴¹ Großkomm AktG/Bachmann Rn. 63; Geißler GmbHHR 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.

¹⁴² Geißler GmbHHR 1993, 71 (73).

¹⁴³ Vgl. auch Großkomm AktG/Bachmann Rn. 66; zum gleichen Ergebnis gelangt Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 39, allerdings nicht aufgrund einer Einheitsbetrachtung, sondern aufgrund (analoger) Anwendung des § 166 BGB.

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs befürwortete Unanwendbarkeit des § 123 Abs. 2 BGB bei Vorliegen einer engen Beziehung zwischen dem Täuschenden und dem Erklärungsempfänger¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵

60 Ein Zurechnungsdurchgriff kommt ferner in den folgenden, in Literatur und Rechtsprechung 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.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ 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,¹⁴⁸ sondern der „steuernde“ Aktionär den Versicherungsfall vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.¹⁴⁹ Von einer Aufzählung weiterer Beispielfälle soll hier aus Platzgründen, insbesondere aber auch deshalb abgesehen werden, weil sie ohnehin nicht abschließend sein könnte.¹⁵⁰

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.¹⁵¹ 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.¹⁵² 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. 52–57), 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.¹⁵³ Dies muss insbesondere auch dann gelten, wenn der Aktionär die gutgläubige AG nur als Zwischenerwerberin

¹⁴⁴ StRspr, vgl. nur BGH NJW 1989, 2879 (2880) sowie zusammenfassend BGH NJW 1990, 1661 (1662).

¹⁴⁵ So BGH WM 1976, 1257 (1262); vgl. ferner für die GmbH BGH NJW 1990, 1915.

¹⁴⁶ Soergel/Wolf BGB § 162 Rn. 3; ihm folgend Großkomm AktG/Bachmann Rn. 67; 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.

¹⁴⁷ 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 *Dehner* NJW 1991, 3254 (3259 f.); vgl. auch MüKoBGB/Reuter Vor § 21 Rn. 31; UHL/Raiser GmbHG § 13 Rn. 102 ff.

¹⁴⁸ Zur Repräsentantenhaftung im Versicherungsrecht allgemein BGHZ 107, 229 (230 f.) mwN; zuletzt BGHZ 122, 250 (252 f.).

¹⁴⁹ *Geißler* GmbHHR 1993, 71 (73); Spindler/Stilz/Fock Rn. 69; Kölner Komm AktG/Dauner-Lieb Rn. 41; ähnlich Großkomm AktG/Bachmann Rn. 67.

¹⁵⁰ Weitere Beispielfälle sind abgedruckt bei *Geißler* GmbHHR 1993, 71 (73 f.); MüKoBGB/Reuter Vor § 21 Rn. 23 ff.; *Raiser/Veil* KapGesR § 39 Rn. 5 f.

¹⁵¹ MüKoBGB/Reuter Vor § 21 Rn. 30; Scholz/Emmerich/Bitter GmbHG § 13 Rn. 77.

¹⁵² 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).

¹⁵³ Ohne ein solches Einwirken ist nach dem Trennungsprinzip der gutgläubige Erwerb jedoch möglich, vgl. BGH GmbHHR 2003, 39.