

Gereon Schuster\*

## **Die Legitimation der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz**

### **Abstract**

Das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip (§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG / § 13 Abs. 2 GmbHG) gilt auch dann, wenn der oder die Gesellschafter juristische Personen sind. Es bildet die Grundlage für die Risiko- und Haftungssegmentierung im Konzern: Die Konzernmutter hat nicht für die Verbindlichkeiten ihrer Töchter einzustehen und umgekehrt keine Konzerntochter für die Verbindlichkeiten ihrer Mutter oder anderer Konzerngesellschaften. Diese Segmentierung ist jedoch in Folge jüngerer Tendenzen konzernspezifischer Haftungsdurchbrechungen in Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung zunehmend unter Beschuss geraten. Diese Tendenzen bedrohen den Konzern als modernste Organisationsform für Binnenmarkt- und weltweite Aktivitäten. Es bedarf deshalb einer Analyse, welche Argumente die Haftungsbeschränkung im Konzern legitimieren können. Sie herauszuarbeiten und zu bewerten ist Gegenstand des vorliegenden Beitrages.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist dort als studentische Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht am Lehrstuhl von Prof. Dr. Stefan J. Geibel, *Maître en droit (Université Aix-Marseille III)* tätig. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Sommersemester 2023 von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff gestellt wurde.

## A. Einleitung

### I. Problemaufriss

Empirische Daten weisen nach, dass der Konzern die wichtigste Organisationsform für große und mittlere Unternehmen ist: Der Anteil der Konzerne an der Bilanzsumme liegt in Deutschland bei über 80 %, ihr Anteil an den Beschäftigten bei über 60 %.<sup>1</sup> Aktuellen Schätzungen zufolge sind in Deutschland zwischen 50 und 75 % aller AG<sup>2</sup> sowie 50 % aller GmbH<sup>3</sup> in Konzerne eingebunden. Es überwiegt hierbei deutlich der faktische Konzern, der auf der Möglichkeit der Beherrschung qua Anteilmehrheit beruht.<sup>4</sup> Das kapitalgesellschaftsrechtliche Prinzip der Haftungstrennung gilt auch im faktischen Konzern. Die Muttergesellschaft hat insbesondere nicht für die Verbindlichkeiten der Töchter und Enkel wie in einem Eingliederungskonzern gesamtschuldnerisch (§ 322 Abs. 1 AktG) einzustehen. Betrachtet man die jüngsten Tendenzen konzernspezifischer Haftungsdurchbrechungen in Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung, so scheint das Prinzip der beschränkten Haftung im faktischen Konzern bedroht zu sein. Infolgedessen stellt sich die Frage nach der Legitimation der Haftungsbeschränkung. Bei der Beantwortung dieser Frage ist es unausweichlich, die konkrete Konzernierungsform zu berücksichtigen. Es ist daher angezeigt, an die Besonderheiten des faktischen AG-Konzerns und des faktischen GmbH-Konzerns mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz anzuknüpfen.

### II. Tendenzen zum Haftungsdurchgriff im Konzern

Insbesondere im deutschen und europäischen Kartellrecht scheint das Prinzip der beschränkten Haftung in seinen Grundfesten erschüttert. Bei einem Verstoß der Tochtergesellschaft gegen Art. 101, 102 AEUV kann die Muttergesellschaft auf Grundlage von Art. 23 VO 1/2003 sowie § 81a Abs. 1 GWB mit einem Bußgeld belegt oder gemäß § 33a Abs. 1 GWB in Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.<sup>5</sup> So können nach der Rechtsprechung des *EuGH* unter den

---

<sup>1</sup> *Bayer*, Aktueller Stand und Entwicklungsperspektiven des Konzernrechts, DK 2023, 1 (1).

<sup>2</sup> *Ebd.*; *Bayer/Hoffmann*, Beherrschung und Unabhängigkeit in der deutschen Börsenlandschaft, AG 2018 R116 (R116 ff.); *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 12. Aufl. 2023, § 1 Rn. 8.

<sup>3</sup> *Bayer* (Fn. 1), S. 1; *Emmerich/Habersack* (Fn. 2), § 1 Rn. 8.

<sup>4</sup> *Bayer* (Fn. 1), S. 1.

<sup>5</sup> *Poelzig*, Das konzernrechtliche Trennungsprinzip und Sanktionsdurchgriffe im (europäischen) Wirtschaftsrecht, AG 2023, 97 (100).

Unternehmensbegriff der Art. 101, 102 AEUV auch wirtschaftliche Einheiten<sup>6</sup> aus mehreren rechtlich unabhängigen natürlichen und juristischen Personen fallen.<sup>7</sup> Hierfür wird vorausgesetzt, dass die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochter ausübt. Dies wird seit der *Akzo*-Rechtsprechung für den Fall widerleglich vermutet, dass die Muttergesellschaft nahezu alle Anteile an der Tochter hält.<sup>8</sup> Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass nach den Ausführungen des *EuGH* in der Rs. *Sumal* auch eine umgekehrte Haftung möglich ist<sup>9</sup>: Die Tochter haftet für einen von der Mutter ausgehenden Kartellverstoß.<sup>10</sup> Weitere Gefahr droht dem Prinzip der Haftungsbeschränkung im Datenschutzrecht. So rekurriert Erwägungsgrund 150 S. 3 der DSGVO für Geldbußen von Unternehmen auf die Begriffsbestimmung der Art. 101, 102 AEUV. Ob ein Verstoß gegen eine Bestimmung der DSGVO zu einer konzernweiten Sanktionierung der Muttergesellschaft für Datenschutzverstöße ihrer Töchter führt, ist im Schrifttum umstritten.<sup>11</sup> In einem aktuellen Urteil betont der *EuGH*, dass für die Berechnung von Geldbußen, die für in Art. 83 Abs. 4 bis Abs. 6 DSGVO genannte Verstöße verhängt werden, auf eine die wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit abzustellen ist.<sup>12</sup> Unechte Sanktionsdurchgriffe finden sich ferner im Bankaufsichtsrecht sowie im Vorschlag für die *Corporate-Sustainability-Due-Diligence*-Richtlinie.<sup>13</sup> Weitere Impulse zur Haftungsdurchbrechung im Konzern sind schließlich im Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz<sup>14</sup> zu finden und werden im Deliktsrecht, insbesondere im Zusammenhang mit Menschenrechtsverstößen, diskutiert<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> Siehe zu der Entwicklung der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit *Bauermeister*, Das Unternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, NZG 2022, 59 (59 ff.).

<sup>7</sup> *Poelzig* (Fn. 5), S. 100.

<sup>8</sup> Grundlegend: *EuGH*, Urt. v. 10.9.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel*, Rn. 60.

<sup>9</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19, *Sumal*, Rn. 43.

<sup>10</sup> Siehe dazu die Kritik bei *Palzer*, Kartellzivil Haftung als "familiäre" Belastungsprobe, EWS 2022, 23 (23 ff.); noch weitergehend hingegen *Kerling*, Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht, ZHR 182 (2018), 8 (8 ff.).

<sup>11</sup> Vgl. etwa *Ambrock*, Mitarbeiterexzess im Datenschutzrecht, ZD 2020, 492 (493); kritisch dazu *Poelzig* (Fn. 5), S. 101.

<sup>12</sup> *EuGH*, Urt. v. 5.12.2023, C-807/21, *Deutsche Wohnen SE*, Rn. 55 f.

<sup>13</sup> *Poelzig* (Fn. 5), S. 101 f.

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Spindler*, Verantwortlichkeit und Haftung in Lieferantenkette – das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz aus nationaler und europäischer Perspektive, ZHR 186 (2022), 67 (67 ff.).

<sup>15</sup> Vgl. *Schall*, Die Mutter-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter, ZGR 2018, 479 (485 ff.).

## B. Die Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft

Um die Legitimation der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ergründen zu können, erweist sich zunächst ein Blick auf die Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft als erforderlich. Auf diese Weise können die Besonderheiten der Haftungsbeschränkung in der jeweiligen Konzernierungsform isoliert betrachtet werden.

### I. Rechtliche Bedeutung der Haftungsbeschränkung

#### 1. Rechtliche Verankerung der Haftungsbeschränkung

Die Haftungsbeschränkung gilt als fundamentaler Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts.<sup>16</sup> Für die Verbindlichkeiten der AG bzw. GmbH hat nach § 1 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. § 13 Abs. 2 GmbHG nur diese selbst mit ihrem Vermögen einzustehen, nicht aber die Aktionäre bzw. Gesellschafter (sog. *owner shielding*<sup>17</sup>). Umgekehrt schützt die Haftungstrennung das Vermögen der Gesellschaft vor dem Zugriff der Privatgläubiger der Gesellschafter (sog. *entity shielding*<sup>18</sup>).<sup>19</sup> Die Haftungsbeschränkung ist damit zunächst auf einfachgesetzlicher Ebene positiv normiert.<sup>20</sup> Im Rahmen der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG) garantiert die Verfassung Formen institutioneller Haftungsbeschränkung durch die Gründung juristischer Personen.<sup>21</sup> Dies gilt selbst dann, wenn man davon ausgeht, dass die Haftungsbeschränkung kein notwendiges Kriterium für die Einstufung als juristische Person ist<sup>22</sup>, da sich jene jedenfalls als prägendes Merkmal juristischer Personen etabliert hat.<sup>23</sup> Auf unionsrechtlicher Ebene ist die Gründung haftungsbeschränkter Gesellschaften durch das Unionsgrundrecht der

<sup>16</sup> Trautmann, Die Legitimation der beschränkten Haftung im Konzern, 2020, S. 62 ff.

<sup>17</sup> Poelzig (Fn. 5), S. 98.

<sup>18</sup> Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, What is Corporate Law?, in: Kraakman, Reinier u. a., The anatomy of corporate law, 2017, S. 1 (6 f.); Hansmann/Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, Yale L. J. 2000, 387 (393 ff.); Hansmann/Kraakman/Squire, Law and the Rise of the Firm, Harv. L. Rev. 2006, 1335 (1337 ff.).

<sup>19</sup> Vgl. BGHZ 179, 344; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 21. Aufl. 2023, § 13 Rn. 47; König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 217 (2017), 611 (618).

<sup>20</sup> König (Fn. 19), S. 615 f.

<sup>21</sup> Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 182.

<sup>22</sup> So etwa Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 249; a. A. Trautmann (Fn. 16), S. 67 ff.

<sup>23</sup> Poelzig (Fn. 5), S. 99.

unternehmerischen Freiheit (Art. 16 EU-GRCh) gewährleistet.<sup>24</sup> Es ist außerdem von einem in den Art. 49, 63 Abs. 1 AEUV angelegten Anspruch des Marktbürgers auf Bereitstellung haftungsbeschränkter Rechtsformen auszugehen.<sup>25</sup> Dem kommt der nationale Gesetzgeber mit der AG und GmbH nach.<sup>26</sup> Da diese Rechtsformen folglich „garantiert“ sind, kommt eine Durchbrechung der Haftungstrennung nur in Betracht, wenn diese durch ein Allgemeininteresse gerechtfertigt ist und das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahrt.<sup>27</sup>

## 2. Rechtshistorische Hintergründe der Haftungsbeschränkung

Das Entstehen der Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung ist auf die Kolonialisierung und Industrialisierung zurückzuführen.<sup>28</sup> Die Schaffung der AG sollte eine Kapitalakkumulation durch eine Vielzahl an Gesellschaftern bewirken, um wirtschaftliche Projekte zu fördern, deren Vermögenssummen der Staat allein nicht aufzubringen vermochte.<sup>29</sup> Als Beispiel hierfür können der Eisenbahnbau des 19. Jahrhunderts sowie die Bildung kapitalkräftiger Unternehmen in Bergbau, Stahlindustrie sowie der Bank- und Versicherungswirtschaft angeführt werden.<sup>30</sup> Es ist daher einleuchtend, dass Leitbild des Aktiengesetzes von 1937 und der ersten beiden Bücher des Aktiengesetzes von 1965 die große Publikumsgesellschaft mit einem weit gestreuten Gesellschafterkreis ist.<sup>31</sup> Während der Entwicklungsprozess der AG bereits im 17. und 18. Jahrhundert begann, finden sich die Ursprünge der GmbH erst im späten 19. Jahrhundert.<sup>32</sup> Mit der Schaffung der GmbH wollte der Gesetzgeber insbesondere weniger kapitalintensive Unternehmungen fördern.<sup>33</sup> Konkret sollte die beschränkte Haftung den Unternehmergeist stärken, um die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen vor allem gegenüber den

---

<sup>24</sup> *Ebd.*

<sup>25</sup> *Schön*, Der Anspruch auf Haftungsbeschränkung im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: FS Hommelhoff, 2012, S. 1037 (1051 ff).

<sup>26</sup> *Ebd.*, S. 1054.

<sup>27</sup> *Ebd.*, S. 1053.

<sup>28</sup> *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 1 Rn. 25; siehe auch ausführlich zur Entstehungsgeschichte der AG und GmbH *Meyer*, Haftungsbeschränkung, 2000, S. 199 ff.

<sup>29</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 74 f.

<sup>30</sup> *König* (Fn. 19), S. 617; *Lehmann*, Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, ZGR 1986, 345 (353).

<sup>31</sup> *Drygala/Staake/Szalai* (Fn. 28), § 18 Rn. 8; *Trautmann* (Fn. 16), S. 75.

<sup>32</sup> *Drygala/Staake/Szalai* (Fn. 28), § 18 Rn. 1.

<sup>33</sup> *Ebd.*, § 1 Rn. 28.

englischen Kolonialgesellschaften zu verbessern.<sup>34</sup> Die Rechtshistorie zeigt folglich, dass es dem historischen Gesetzgeber mit der Schaffung der AG und GmbH nicht um den Schutz der Gesellschafter als solcher ging, sondern volkswirtschaftliche und machtpolitische Interessen im Mittelpunkt standen.<sup>35</sup>

## II. Rechtsökonomische Analyse der Haftungsbeschränkung

Zwar ist der Grundsatz der Haftungsbeschränkung im Recht der Kapitalgesellschaft fest verankert und erscheint rechtsdogmatisch als logische Folge vor dem Hintergrund der Anerkennung der GmbH und AG als eigenständige juristische Person (§ 13 Abs. 1 GmbHG bzw. § 1 Abs. 1 AktG).<sup>36</sup> Aus rechtspolitischer Sicht ist die Haftungsbeschränkung hingegen nicht selbstverständlich: Schließlich ermöglicht sie es den Gesellschaftern, eine ökonomische Aktivität zu entfalten, deren Verlust im Misserfolgsfall ganz oder teilweise die Gläubiger trifft, während sich die Beteiligung der Gesellschafter an diesem Verlust auf das in die Gesellschaft eingebrachte Vermögen beschränkt.<sup>37</sup> Nachdem festgestellt wurde, dass der historische Gesetzgeber vor allem ökonomische Zwecke mit der Haftungsbeschränkung verfolgte, eröffnet sich nun die Frage, wie die Haftungsbeschränkung das ökonomische Telos aus heutiger Sicht verwirklicht.

### 1. Ökonomische Vorteile der Haftungsbeschränkung

#### a) Kapitalsammelfunktion

Ein zentrales Element der AG ist ihre Funktion als Kapitalsammelbecken.<sup>38</sup> Die Haftungsbeschränkung stellt eine Voraussetzung für die Investitionsbereitschaft der Anleger dar, da diese sonst Gefahr liefen, wesentliche Teile ihres Privatvermögens zu verlieren.<sup>39</sup> Dem steht die geringe Wahrscheinlichkeit eines Haftungsausfalls angesichts des immensen Haftungsumfangs nicht entgegen.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> *Fischinger* (Fn. 22), S. 252 f.; *Schubert*, Das GmbH-Gesetz von 1892 – „eine Zierde unserer Reichsgesetzsammlung“. Das historische Geschehen um die GmbH von 1888 bis 1902, in: FS 100 Jahre GmbH, 1992, S. 1 (5).

<sup>35</sup> *Fischinger* (Fn. 22), S. 252.

<sup>36</sup> *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 13 Rn. 55 f.

<sup>37</sup> *Ebd.*, § 13 Rn. 56.

<sup>38</sup> *Fleischer*, Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht, ZIP 2006, 451 (451); *Hommelhoff*, Jetzt die „Kleine“ und dann noch eine „AnlegerAG“, in: Semler/Hommelhoff/Doralt/Druey, Reformbedarf im Aktienrecht, 1994, S. 65 (65 f.); *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 38 Rn. 2; *Temming*, Der vertragsbeherrschende Dritte, 2015, S. 853.

<sup>39</sup> *Escher-Weingart*, Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht, 2001, S. 14; *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2007, S. 424; *Trautmann* (Fn. 16), S. 88.

<sup>40</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 88.

Eine Aufweichung der Haftungsbeschränkung würde zu einer Einschränkung der Kapitalallokation führen, da weniger Anleger bei erhöhtem Risiko zur Investition bereit wären.<sup>41</sup> Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung die Funktion des Kapitalsammelbeckens ermöglicht und unterstützt.

Auch in der GmbH kann die Haftungsbeschränkung eine Kapitalakkumulation zum Gründungszeitpunkt begünstigen.<sup>42</sup> Zwar sind die Anleger aufgrund ihrer im Vergleich zur AG erhöhten Einflussmöglichkeit grundsätzlich weniger risikoavers.<sup>43</sup> Indes wirkt sich dies nur gering aus, da auch hier nicht beeinflussbare Risiken verbleiben, deren Eintritt bei unbeschränkter Haftung den Verlust der gesamten Lebensgrundlage zur Folge hätte.<sup>44</sup> Freilich ist die Kapitalsammelfunktion in der GmbH im Vergleich zur AG von geringerer Bedeutung, dient die GmbH doch typischerweise der Durchführung weniger kapitalintensiver Projekte.<sup>45</sup>

#### *b) Stimulation unternehmerischer Initiative und Risikobereitschaft*

Indem die Haftungsbeschränkung das Risiko jedes Gesellschafters in der GmbH und der AG auf die eigene Einlage beschränkt, erhöht sich auf der einen Seite der Erwartungswert der Rückflüsse und verringert sich auf der anderen Seite die Volatilität der Ergebnisstreueung.<sup>46</sup> Die Haftungsbeschränkung steigert damit die Risikobereitschaft und stimuliert die unternehmerische Initiative.<sup>47</sup> Da Entscheidungsträger typischerweise risikoavers sind,<sup>48</sup> ist der Beitrag, den die Haftungsbeschränkung zur Förderung der unternehmerischen Initiative leistet, besonders groß. Dies zeigt sich auch während der laufenden unternehmerischen Betätigung: Haftungsbeschränkte Gesellschafter geben der Geschäftsleitung ein risikoreicheres Investitionsprogramm vor.<sup>49</sup> Ohne die Haftungsbeschränkung

<sup>41</sup> *Escher-Weingart* (Fn. 39), S. 14 f.

<sup>42</sup> *Bitter*, in: *Scholz* (Fn. 36), § 13 Rn. 65.

<sup>43</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 88.

<sup>44</sup> *Bitter*, in: *Scholz* (Fn. 36), § 13 Rn. 65.

<sup>45</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 94.

<sup>46</sup> Siehe dazu die ausführlichen Ausführungen bei *Trautmann* (Fn. 16), S. 95 ff.

<sup>47</sup> Vgl. *Easterbrook/Fischel*, *Limited Liability and the Corporation*, U. Chi. L. Rev. 1985, 89 (95 f.); *Fischinger* (Fn. 22), S. 253 f.; *Schweitzer/Woeste*, *Die Haftung von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht*, in: *Bergmann u. a.*, *Vom Konzern zum Einheitsunternehmen*, 2020, S. 141 (167).

<sup>48</sup> *Temming* (Fn. 38), S. 855; *Trautmann* (Fn. 16), S. 98.

<sup>49</sup> *König* (Fn. 19), S. 619; *Nacke*, *Die Durchgriffshaftung in der U.S. amerikanischen Corporation unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung des Privilegs der beschränkten Haftung und der neuesten Rechtsprechung von New York und Kalifornien*, 1988, S. 257.

würden Investoren allein deshalb von volkswirtschaftlich sinnvollen Projekten trotz eines positiven Erwartungswertes absehen, weil sie risikoreich sind und die Gefahr eines Totalverlustes droht.<sup>50</sup> Der Haftungsbeschränkung kommt mithin eine wohlfahrtssteigernde Wirkung zu.<sup>51</sup> Ohne das Eingehen von Risiken bleiben gesamtwirtschaftlich vorteilhafte Innovationen aus.<sup>52</sup> Bei der Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft handelt es sich damit um *den* zentralen ökonomischen Vorteil der Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft.

*c) Ermöglichung der Trennung von Kapital und Management*

Ein weiterer Vorzug der Haftungsbeschränkung ist, dass sie Grundvoraussetzung für die Trennung von Anteilseignern und Management ist.<sup>53</sup> Eine derartige Trennung sichert Spezialisierungsvorteile: Kapitalgeber bringen ihre finanzielle Stärke dort ein, wo sie von einer professionellen Geschäftsleitung effizient verwaltet und gesteigert wird.<sup>54</sup> Von dieser Situation profitiert die Volkswirtschaft insgesamt.<sup>55</sup> Auf der anderen Seite entstehen innerhalb der Gesellschaft aufgrund der Trennung von Kapital und Management spezielle Agenturkosten, welche durch die *Principal-Agent*-Theorie modelliert werden.<sup>56</sup> Diese basieren auf Informationsasymmetrien, welche die Gefahr bergen, dass die Geschäftsleiter (*Agents*) nicht die Interessen der Gesellschafter (*Principals*), sondern ihre eigenen Interessen verfolgen.<sup>57</sup> Freilich darf eine derartige Gefahr nicht überbewertet werden, wird die Geschäftsleitung doch bereits durch die Abberufungsgefahr diszipliniert.<sup>58</sup>

<sup>50</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 169; Bitter, in: Scholz (Fn. 36), § 13 Rn. 65; Fleischer, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1 (18); Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2021, S. 801.

<sup>51</sup> Schön, Organisationsfreiheit und Gruppeninteresse im Europäischen Konzernrecht, ZGR 2019, 343 (351 f.).

<sup>52</sup> Vgl. Laperche/Uzunidis, Powerful Finance and Innovation Trends in a High-Risk Economy, 2008, S. 29.

<sup>53</sup> Fleischer (Fn. 50), S. 17.

<sup>54</sup> Temming (Fn. 38), S. 850.

<sup>55</sup> Ebd.

<sup>56</sup> Habersack/Zickgraf, Deliktsrechtliche Verkehrs- und Organisationspflichten im Konzern, ZHR 182 (2018), 252 (260); siehe zur *Principal-Agent*-Theorie Jensen/Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 JFE (1976), 305 (305 ff.) und Steffek, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 2011, S. 24 ff.

<sup>57</sup> Habersack/Zickgraf (Fn. 56), S. 260.

<sup>58</sup> Siehe zu der geringen Bedeutung der Gefahr ausführlich Trautmann (Fn. 16), S. 126 ff.

*d) Reduzierung von Informations- und Überwachungskosten*

## aa) Überwachungskosten der Anteilseigner hinsichtlich des Managements

Je geringer das Risiko ist, das ein Anteilseigner trägt, desto weniger lohnt es sich für ihn, das Verhalten der Fremdgeschäftsleiter zu überwachen.<sup>59</sup> Folglich ist davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung den Anreiz zur Überwachung der Geschäftsleitung und damit die potenziellen Überwachungskosten reduziert.<sup>60</sup> In der AG ermöglicht die Haftungsbeschränkung somit, dass die Aktionäre die Überwachung dem Aufsichtsrat als neutralem Organ anvertrauen.<sup>61</sup> Gleiches gilt für die Gesellschafter in der über einen fakultativen Aufsichtsrat verfügenden GmbH sowie in der mitbestimmten GmbH, in der ein obligatorischer Aufsichtsrat vorgeschrieben ist (§§ 1, 3 Abs. 1 MontanMitbestG, §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG).<sup>62</sup> Verfügt die GmbH dagegen über keinen Aufsichtsrat, ist die Bedeutung der Reduzierung der Überwachungskosten vergleichsweise gering, will der typische GmbH-Gesellschafter doch auch im Falle der beschränkten Haftung die Geschäftsleitung intensiv überwachen.<sup>63</sup> Hinzu kommt, dass die Geschäftsführer der GmbH regelmäßig auch zum Kreis der Gesellschafter gehören.<sup>64</sup> Freilich kann die Reduzierung der Überwachungskosten insbesondere bei dem geringfügig beteiligten Gesellschafter, für den sich die Überwachungskosten nicht rentieren würden, einen Vorteil darstellen.<sup>65</sup> Dies erhöht zwar in der Theorie den Überwachungsaufwand für die Vertragsgläubiger.<sup>66</sup> Allerdings erscheint es vor dem Hintergrund, dass insbesondere Großgläubiger über geeignete Möglichkeiten der Überwachung verfügen<sup>67</sup>, als hinnehmbar.

## bb) Überwachungskosten der Anteilseigner hinsichtlich der Mitgesellschafter

Des Weiteren reduziert die Haftungsbeschränkung die Überwachungskosten der Anteilseigner hinsichtlich der Mitgesellschafter, da eine Kontrolle deren Solvenz

---

<sup>59</sup> *Fleischer* (Fn. 50), S. 17; *Nacke* (Fn. 49), S. 233; *Temming* (Fn. 38), S. 851.

<sup>60</sup> *Steffek* (Fn. 56), S. 773.

<sup>61</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 131 f.

<sup>62</sup> Vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 789.

<sup>63</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 145.

<sup>64</sup> *Halmer*, Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff, 2013, S. 49.

<sup>65</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 142.

<sup>66</sup> *Bitter* (Fn. 50), S. 162.

<sup>67</sup> *Temming* (Fn. 38), S. 852.

entbehrlich ist.<sup>68</sup> Jedoch sollte dieser Vorzug nicht überbewertet werden: So fallen die Kontrollkosten bei einem engen Gesellschafterkreis – wie typischerweise in der GmbH – kaum ins Gewicht.<sup>69</sup> Auf der anderen Seite wäre eine intensive Überwachung der Mitgeschafter für den typischen Kleinaktionär bei einem breit gestreuten Gesellschafterkreis auch bei unbeschränkter Haftung kaum realisierbar.<sup>70</sup> Vielmehr zeigt sich hier erneut die Bedeutung der Haftungsbeschränkung als Förderin der Risikobereitschaft: Den Investor hindert aufgrund der beschränkten Haftung keine für ihn nicht realisierbare Kontrolle der Solvenz der übrigen Gesellschafter an der Investition.

c) Überwachungskosten der Gläubiger hinsichtlich der Gesellschafter

Schließlich ist in der Theorie davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung die Überwachungskosten der Gläubiger hinsichtlich der Vermögensverhältnisse der Gesellschafter reduziert.<sup>71</sup> So sind im Fall der Haftungsbeschränkung die privaten Vermögensverhältnisse für die Bestimmung der Wahrscheinlichkeit eines Forderungsausfalls entbehrlich.<sup>72</sup> Gleichwohl sollte auch dieser Vorteil nicht überschätzt werden, da eine laufende Überwachung der privaten Vermögensverhältnisse der Gesellschafter für die Gläubiger regelmäßig nicht rentabel wäre.<sup>73</sup>

e) Beitrag zur Schaffung eines effizienten Kapitalmarktes

Ein weiterer wichtiger Vorteil der Haftungsbeschränkung ist ihr Beitrag zur Schaffung eines effizienten Kapitalmarktes.<sup>74</sup> Der Gesellschaftsanteil hängt bei beschränkter Haftung nur von Unternehmensparametern und keinen persönlichen Eigenschaften sowie wirtschaftlichen Verhältnissen seines Inhabers ab.<sup>75</sup> Damit wird er zu einem homogenen und handelbaren Gut.<sup>76</sup> Infolgedessen ist davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung die Umlauffähigkeit von

---

<sup>68</sup> *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 42; *Halpern/Trebilcock/Turnbull*, An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law, 30 U. Tor. L. J. (1980), 117 (136).

<sup>69</sup> *Fleischer* (Fn. 50), S. 17.

<sup>70</sup> *Bitter* (Fn. 50), S. 163 f.; *Temming* (Fn. 38), S. 852 f.

<sup>71</sup> *Bainbridge/Henderson*, Limited Liability: A Legal and Economic Analysis, 2016, S. 8; *Kübler*, Haftungstrennung und Gläubigerschutz im Recht der Kapitalgesellschaften – Zur Kritik der „Autokran“-Doktrin des Bundesgerichtshofs –, in: FS Heinsius, 1991, S. 397 (405).

<sup>72</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 135.

<sup>73</sup> *Bitter* (Fn. 50), S. 163 f.; *Temming* (Fn. 38), S. 853.

<sup>74</sup> *Bitter* (Fn. 50), S. 166 ff.

<sup>75</sup> *Ebd.*, S. 166.

<sup>76</sup> *Ebd.*; *Easterbrook/Fischel* (Fn. 47), S. 96; *Halmer* (Fn. 63), S. 24 f.

Gesellschaftsanteilen ermöglicht.<sup>77</sup> Des Weiteren können Kapitalgeber ihre Investitionen durch das beschränkte Risiko diversifizieren.<sup>78</sup> All dies schafft einen allokatoren effizienten Kapitalmarkt. Dies gilt namentlich für die Haftungsbeschränkung in der AG. Demgegenüber ist die Kapitalmarkteffizienz durch die beschränkte Haftung in der GmbH weniger gesteigert, da die Umlauffähigkeit der Gesellschaftsanteile aufgrund des Beurkundungserfordernisses aus § 15 Abs. 3 GmbHG deutlich eingeschränkt ist.<sup>79</sup> Der volkswirtschaftliche Nutzen eines effizienten Kapitalmarktes ist außerordentlich hoch. Als positiver Nebeneffekt sei an dieser Stelle noch die Möglichkeit der Geschäftsleitungsüberwachung über die Preisbildung eines Unternehmens durch den Kapitalmarkt genannt.<sup>80</sup>

#### f) *Entity Shielding*

Sowohl in der AG als auch in der GmbH hat die Haftungsbeschränkung umgekehrt den Schutz der Gesellschaft vor unbegrenzter Haftung für Schulden der Aktionäre oder Gesellschafter zur Folge.<sup>81</sup> Eine derartige „umgekehrte Haftungsbeschränkung“ schützt den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft vor schwer vorhersehbaren Vollstreckungsmaßnahmen der Privatgläubiger der Gesellschafter. Ohne diese Abschirmung wäre ein Unternehmen stets der Gefahr des Scheiterns ausgesetzt, was sich negativ auf den Unternehmenswert auswirken würde.<sup>82</sup> Auch die umgekehrte Haftungsbeschränkung trägt ferner zu einer Reduzierung der Überwachungskosten von Gesellschaftsgläubigern und Mitgesellschaftern bei.<sup>83</sup>

## 2. Gefahr der Risikoexternalisierung als wesentlicher ökonomischer Nachteil?

Ogleich die Haftungsbeschränkung namentlich durch die Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft viele ökonomische Vorteile aufweist, darf dies nicht über den Umstand hinwegtäuschen, dass sie auch Gefahren birgt. Als wesentlicher ökonomischer Nachteil der Haftungsbeschränkung wird angeführt, sie eliminiere die Risiken der

---

<sup>77</sup> So im Ergebnis *Hommelhoff*, Produkthaftung im Konzern, ZIP 1990, 761 (769).

<sup>78</sup> *Steffek* (Fn. 56), S. 775; *Temming* (Fn. 38), S. 853.

<sup>79</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 154.

<sup>80</sup> *Ebd.*, S. 137.

<sup>81</sup> *Poelzig* (Fn. 5), S. 98.

<sup>82</sup> Siehe *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 18), S. 1348 f., die die zentrale Funktion der umgekehrten Haftungsbeschränkung in dem Schutze eines *Going-Concern Value* des Unternehmens sehen.

<sup>83</sup> *Poelzig* (Fn. 5), S. 98.

Unternehmung nicht einfach, sondern externalisiere sie zu Lasten der Gläubiger.<sup>84</sup> Die Haftungsbeschränkung setze einen Anreiz für den Unternehmer auch Vorhaben durchzuführen, deren Erwartungswert aus unternehmerischer Sicht positiv, aus volkswirtschaftlicher Sicht jedoch negativ ist.<sup>85</sup> Dies führe dazu, dass sich der Umfang und die Wahrscheinlichkeit eines kompensationslosen Forderungsausfalls für die Gläubiger erhöht.<sup>86</sup> Um eine derartige Gefahr bewerten zu können, bietet es sich an, zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Gläubigern zu differenzieren.

*a) Freiwillige Gläubiger*

Sind freiwillige Gläubiger ausreichend informiert, so sind sie in der Lage, die mit der Gesellschaft verbundenen Risiken zu bestimmen und bei den Vertragsverhandlungen zu berücksichtigen. Sie haben die Möglichkeit, das Risiko zu vermeiden, indem sie sich gegen einen Vertragsschluss entscheiden oder sich durch Kündigung von diesem lösen.<sup>87</sup> Auch können sie das Risiko durch das Vereinbaren von Sicherheiten – wie beispielsweise Bürgschaften der Gesellschafter – reduzieren oder es nur gegen Zahlung einer Risikoprämie übernehmen.<sup>88</sup> Bei freiwilligen Gläubigern kommt es damit dem Grunde nach nicht zu einer Risikoexternalisierung. Anderes gilt nur dann, wenn die Vertragsgläubiger nicht ausreichend informiert sind oder über eine nur geringe Verhandlungsmacht verfügen.<sup>89</sup> Als besondere Gruppe der freiwilligen Gläubiger sind in diesem Zusammenhang Arbeitnehmer zu nennen, die zusätzlich das Arbeitsplatzrisiko tragen und als verletzbar in Bezug auf das Externalisierungsrisiko gelten.<sup>90</sup>

*b) Unfreiwillige Gläubiger*

Als unfreiwillige Gläubiger werden diejenigen bezeichnet, die keine Möglichkeit haben, ihre Gläubigerposition gegenüber der Gesellschaft zu verhindern.<sup>91</sup> Es

---

<sup>84</sup> Adams, Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung, 1991, S. 53 ff.; Bitter (Fn. 50), S. 183 f.; Easterbrook/Fischel (Fn. 68), S. 49 f.; Hansmann/Kraakman, Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts, Yale L. J. (1991), 1879 (1879 ff.); Lebmann (Fn. 30), S. 350; Schall (Fn. 15), S. 485.

<sup>85</sup> Bitter (Fn. 50), S. 185; Temming (Fn. 38), S. 875; Trautmann (Fn. 16), S. 110.

<sup>86</sup> Temming (Fn. 38), S. 874; Trautmann (Fn. 16), S. 111.

<sup>87</sup> Bitter (Fn. 50), S. 188.

<sup>88</sup> Ebd.; vgl. auch Posner, The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 U. Chi. L. Rev. (1976), 499 (501 ff.).

<sup>89</sup> Adams (Fn. 84), S. 56 f.; Bitter (Fn. 50), S. 188 ff.; Temming (Fn. 38), S. 879.

<sup>90</sup> Temming (Fn. 38), S. 912.

<sup>91</sup> Bitter (Fn. 50), S. 186; Temming (Fn. 38), S. 877.

handelt sich bei ihnen vor allem um Deliktsgläubiger.<sup>92</sup> Sie können weder das Risiko beseitigen, indem sie von dem Vertrag Abstand nehmen, noch können sie es mit einer Risikoprämie ausgleichen.<sup>93</sup> Bezüglich der unfreiwilligen Gläubiger ist folglich grundsätzlich von einer Risikoexternalisierung auszugehen.

*c) Bewertung der Gefahr der Risikoexternalisierung*

Namentlich bezüglich unfreiwilliger Gläubiger sowie sonstiger schutzbedürftiger Gläubiger – wie etwa Arbeitnehmer – kann die Gefahr der Risikoexternalisierung nicht von der Hand gewiesen werden. So liegt es im Rahmen des Möglichen, dass die Durchführung eines Vorhabens für die Gesellschafter einen positiven Erwartungswert aufweist, obwohl das Projekt unter Zugrundelegung der Auswirkungen auf sämtliche *Stakeholder* einen negativen Erwartungswert aufweist und deshalb aus gesamtwirtschaftlicher Sicht nicht unternommen werden sollte.<sup>94</sup> Teilweise wird angeführt, die Externalisierungsgefahr werde durch einen Versicherungsanreiz der Geschäftsleitung begrenzt.<sup>95</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass angesichts der Vielzahl und Komplexität der risikorelevanten Umstände mit übermäßig hohen Versicherungsprämien zu rechnen ist.<sup>96</sup> Die Versicherungskosten sind i. d. R. höher als der finanzielle Vorteil, der sich aus dem Externalisierungsrisiko für die Gesellschaft ergibt.<sup>97</sup> Damit ist zu bezweifeln, dass die Geschäftsleitung einen Anreiz besitzt, derartige Risikoversicherungen abzuschließen.

Dennoch ist davon auszugehen, dass der Bereich, in dem die Erwartungswerte von Projekten aus unternehmerischer sowie aus volkswirtschaftlicher Sicht auseinanderfallen, nur sehr eng ist.<sup>98</sup> Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die vertraglich vereinbarten Risikoprämien bereits den Erwartungswert für die Kapitalgesellschaft als solchen schmälern.<sup>99</sup> Darüber hinaus ist anzunehmen, dass Projekte, die in diesem verengten Grenzbereich liegen, nur selten durchgeführt werden.<sup>100</sup> Es lässt sich daher festhalten, dass die Gefahr der Risikoexternalisierung zwar existent ist, jedoch nicht überbewertet werden sollte. Insbesondere vertragliche Gläubiger sind i. d. R. nicht schutzbedürftig.

---

<sup>92</sup> Adams (Fn. 84), S. 57 f.; Posner (Fn. 88), S. 506.

<sup>93</sup> Bitter (Fn. 50), S. 186.

<sup>94</sup> Habersack/Zickgraf (Fn. 56), S. 257 f.

<sup>95</sup> Easterbrook/Fischel (Fn. 68), S. 52 ff.; Easterbrook/Fischel (Fn. 47), S. 107 ff.

<sup>96</sup> Temming (Fn. 38), S. 877; Trautmann (Fn. 16), S. 116.

<sup>97</sup> Bitter (Fn. 50), S. 187; Temming (Fn. 38), S. 878.

<sup>98</sup> Trautmann (Fn. 16), S. 113.

<sup>99</sup> Ebd.

<sup>100</sup> Siehe dazu die Begründung bei Trautmann (Fn. 16), S. 114.

### 3. Zwischenergebnis

Vergegenwärtigt man sich die zahlreichen Vorzüge der Haftungsbeschränkung in der nicht konzernierten Kapitalgesellschaft, offenbart sich rasch die ihr inhärente wohlfahrtssteigernde Bedeutung. Den zentralen Vorteil stellt hierbei die Steigerung der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft dar. Die Externalisierungsgefahr vermag die wohlfahrtssteigernde Bedeutung der Haftungsbeschränkung nicht wesentlich zu schmälern. Die erhöhte Risiko- und Innovationsbereitschaft der Anleger führt zu positiven *Spill-over-Effekten* für die Gesamtgesellschaft, die die Nachteile namentlich für unfreiwillige Gläubiger überwiegen.<sup>101</sup> Das Prinzip der beschränkten Haftung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft steht folglich auf einem sicheren, Legitimationskraft entfaltenden Grundgerüst. Durchbrechungen kommen vereinzelt in Betracht, bedürfen dann jedoch einer eigenständigen teleologischen Rechtfertigung.

### III. Diskutierte Fallgruppen des Haftungsdurchgriffs

Die dogmatische Begründung und die konkreten Voraussetzungen sog. echter Haftungsdurchgriffe im Kapitalgesellschaftsrecht sind umstritten.<sup>102</sup> Einzelheiten können hier nicht vertieft werden. Nach allgemeiner Ansicht kommen Haftungsdurchgriffe jedenfalls dann in Betracht, wenn die Rechtsform der juristischen Person und die damit einhergehende Haftungsbeschränkung missbraucht werden oder ein dem Zweck des Haftungsprivilegs widersprechendes Verhalten der Gesellschafter vorliegt.<sup>103</sup> In Rechtsprechung und Literatur weitgehend anerkannt ist die Vermögensmischung als Anwendungsfall des Durchgriffs.<sup>104</sup> Dies betrifft die Situation, dass Gesellschafts- und Privatvermögen dergestalt miteinander vermischt werden, dass sie nicht mehr klar voneinander unterschieden werden können.<sup>105</sup> Eine Durchgriffshaftung wird darüber hinaus in Konstellationen erwogen, in denen die Sphären von Gesellschafter und Gesellschaft nicht unterschieden werden können.<sup>106</sup> Dies zeigt, dass Haftungsdurchbrechungen ausnahmsweise in Betracht kommen können, sofern sie teleologisch gerechtfertigt sind. Sie ändern gleichwohl nichts an der grundsätzlichen Legitimation der Haftungsbeschränkung. Zu beachten ist ferner, dass der umgekehrte

---

<sup>101</sup> Vgl. *Schweitzer/Woeste* (Fn. 47), S. 167.

<sup>102</sup> *Grigoleit*, in: *Grigoleit, AktG*, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 92; *Poelzig* (Fn. 5), S. 100.

<sup>103</sup> Siehe statt aller *Poelzig* (Fn. 5), S. 100.

<sup>104</sup> Siehe statt aller *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 19), § 13 Rn. 19.

<sup>105</sup> *Ebd.*; *Poelzig* (Fn. 5), S. 100.

<sup>106</sup> *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 19), § 13 Rn. 24; *Grigoleit*, in: *Grigoleit* (Fn. 102), § 1 Rn. 97.

Haftungsdurchgriff mit der Begründung des ihm entgegenstehenden Kapitalerhaltungsgrundsatzes allgemein abgelehnt wird.<sup>107</sup>

#### IV. Besonderheiten bei Einpersonengesellschaften

Die praktische Bedeutung der Einpersonengesellschaft ist hoch, mehr als die Hälfte aller GmbH stehen in Deutschland im Alleinbesitz.<sup>108</sup> Bezüglich der AG wird angenommen, dass rund 30 % von ihnen Einpersonen-AG sind.<sup>109</sup> Die Zulässigkeit der Einpersonengesellschaft war lange Zeit umstritten, ihr haftete gar der Titel eines „Schmerzenskinds der Rechtswissenschaft“<sup>110</sup> an. Seit der GmbH-Novelle von 1980 ist die Gründung der Einpersonen-GmbH indes gesetzlich ausdrücklich anerkannt.<sup>111</sup> Auf Unionsebene sichert die Einpersonengesellschafts-Richtlinie 2009/102/EG<sup>112</sup> die Zulässigkeit der Einpersonen-Gesellschaften seit 1989 ab. Art. 6 der Richtlinie stellt es den Mitgliedstaaten außerdem frei, die Einpersonengesellschaft auch für die AG zuzulassen. Mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts von 1994 (BGBl. I, 1961) hat der deutsche Gesetzgeber hiervon durch eine Änderung des § 2 AktG Gebrauch gemacht.<sup>113</sup>

Trotz der rechtlichen Verankerung wird die rechtspolitische Legitimation der Haftungsbeschränkung im Rahmen von Einpersonengesellschaften im Schrifttum teilweise noch in Frage gestellt.<sup>114</sup> Es wird angeführt, die rechtsökonomischen Gründe, die die Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften legitimierten, seien bei der Einpersonengesellschaft nicht einschlägig.<sup>115</sup> Darüber hinaus wird an die ältere Kritik angeknüpft, bei der Einpersonengesellschaft handele es sich um eine *contradictio in adiecto*<sup>116</sup>. Dies

---

<sup>107</sup> Poelzig (Fn. 5), S. 100.

<sup>108</sup> Bayer/Hoffmann, Gesellschafterstrukturen deutscher GmbH, GmbHR 2014, 12 (12); Fleischer, Einpersonen-Kapitalgesellschaften: Ein dogmengeschichtlicher Rechtsvergleich, in: FS Windbichler, 2020, S. 623 (624); Schäfer/Ott (Fn. 50), S. 802.

<sup>109</sup> Bayer/Hoffmann, „Einpersonen-Aktiengesellschaften“ i. S. v. § 42 AktG, AG 2016, R79 (R82).

<sup>110</sup> So die treffende Bezeichnung bei Rittner, Die werdende juristische Person, 1973, S. 238.

<sup>111</sup> Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), § 1 Rn. 24.

<sup>112</sup> Vormals RL 89/667/EWG vom 21.12.1989 (ABl. 1989 L 395, 40).

<sup>113</sup> Fleischer (Fn. 108), S. 631.

<sup>114</sup> Siehe etwa die Kritik bei Gröpl, Flucht in die Haftungsbeschränkung – Fluch der Haftungsbeschränkung (Teil 1), jM 2017, 315 (315 ff.).

<sup>115</sup> Ebd., S. 316.

<sup>116</sup> Siehe zu diesem Vorwurf bereits Jordano Barea, La sociedad de un solo socio, RDM 91 (1964), 7 (13): „La sociedad unipersonal, a la luz de la lógica pura [...] es una contradictio in adjecto.“

täusche den durchschnittlichen Vertragspartner, weshalb eine Haftungsbeschränkung nicht legitim sei.<sup>117</sup>

In der Tat können Gesellschaften im Alleinbesitz nicht als Anlageobjekt auf dem Kapitalmarkt dienen. Sie erfüllen somit keine Kapitalsammelfunktion. Auch entfällt damit die Überwachung der Geschäftsleitung durch den Kapitalmarkt. Ferner liegt einer Reduktion der Überwachung der privaten Vermögensverhältnisse der Gesellschafter nicht vor. Freilich stellt dies bereits in der Mehrpersonengesellschaft keinen gewichtigen Vorteil dar. Die Möglichkeit einer ökonomisch sinnvollen Trennung von Human- und Geldkapital besteht in der Einpersonengesellschaft in gleicher Weise, obgleich die Gesellschaft im Alleinbesitz regelmäßig durch ihren Gesellschafter geleitet wird.<sup>118</sup> Deshalb ist die mit der Haftungsbeschränkung erreichte Reduzierung der Überwachungskosten der Anteilseigner nur von geringem Gewicht.

Gleichwohl greift auch bei Einpersonengesellschaften *der* zentrale Vorteil der Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft: Ohne die Haftungsbeschränkung würden zahlreiche aus wohlfahrtsökonomischer Sicht sinnvolle Projekte ausbleiben.<sup>119</sup> Außerdem würde die Gefahr einer persönlichen Haftung potenzielle Einzelunternehmer von einer eigenständigen Tätigkeit abschrecken und in eine abhängige Beschäftigung drängen.<sup>120</sup> Die Haftungsbeschränkung setzt damit einen volkswirtschaftlich vorteilhaften Anreiz zur selbstständigen Tätigkeit, welche die Anbieterzahl erhöht.<sup>121</sup>

Somit entfaltet der ökonomische Vorteil der Stimulation der Risikobereitschaft auch bei der Einpersonengesellschaft legitimatorische Kraft. Dies ist den Stimmen, welche die Haftungsbeschränkung bei Einpersonengesellschaften mehr als Fluch denn als Segen ansehen<sup>122</sup>, entgegenzuhalten. Ausführungen, die in diesem Zusammenhang auf einen vermeintlichen semantischen Widerspruch rekurren, sind trügerisch, vermögen sie die ökonomische Richtigkeit der Haftungsbeschränkung bei Einpersonengesellschaften doch nicht zu eliminieren.

---

<sup>117</sup> *Grüpl* (Fn. 114), S. 318.

<sup>118</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 192.

<sup>119</sup> *Fleischer* (Fn. 50), S. 18; *Trautmann* (Fn. 16), S. 192.

<sup>120</sup> *Beurskens/Mainka*, Ende mit Schrecken oder Schrecken ohne Ende? – Nachhaftung im Vertragskonzern, DK 2017, 425 (427); *Vorse*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 13 GmbHG Rn. 11.

<sup>121</sup> *Beurskens/Mainka* (Fn. 120), S. 427.

<sup>122</sup> In diese Richtung gehend *Grüpl* (Fn. 114), S. 315 ff.

## V. Ergebnis

Es lässt sich festhalten, dass die Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft nicht nur fest im Recht verankert ist, sondern auch aus rechtsökonomischen Gründen gerechtfertigt ist. Haftungsdurchbrüche kommen ausnahmsweise in Betracht, bedürfen jedoch stets einer teleologischen Rechtfertigung. Auch wenn nicht alle ökonomischen Vorzüge auf die Haftungsbeschränkung in der Einpersonengesellschaft zutreffen, so ist sie auch in dieser legitim.

### C. Die divergierenden Konzeptionen des faktischen AG-Konzerns und des faktischen GmbH-Konzerns mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Um die Frage nach der Legitimation der Haftungsbeschränkung in den zu untersuchenden Konzernierungsformen beantworten zu können, erweist es sich zuvor als erforderlich, deren gesetzliche Konzeption und rechtstatsächliches Erscheinungsbild zu durchleuchten.

### I. Die Grundkonzeption des faktischen AG-Konzerns als dezentraler Holdingkonzern

Die Mehrheitsbeteiligung im Rahmen eines faktischen AG-Konzerns ermöglicht es dem herrschenden Unternehmen, im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG das von ihm abhängige Unternehmen zu der Vornahme oder Unterlassung von Rechtsgeschäften und Maßnahmen zu veranlassen. Das Einflusspotenzial der Konzernmutter beruht insbesondere auf der Möglichkeit, die Besetzung des Vorstandes der Tochtergesellschaft über die Repräsentanten der Konzernspitze im Aufsichtsrat der Tochter zu steuern.<sup>123</sup> Nach den §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist der Vorstand der Tochter-AG grundsätzlich zu einer eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft im Tochtereigeninteresse verpflichtet. Gleichwohl gestattet § 311 Abs. 1 AktG dem Tochtervorstand, auf Veranlassung der Mutter ein für die Tochter-AG nachteiliges Rechtsgeschäft oder eine nachteilige Maßnahme vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu unterlassen, sofern der Nachteilsausgleich sichergestellt ist.<sup>124</sup> Es besteht hierbei allerdings keine Weisungsabhängigkeit des Tochtervorstandes, sodass dieser zur Befolgung der nachteiligen Weisungen nicht verpflichtet ist.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> Vgl. BGHZ 69, 334 (347); 135, 107, (114); *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 109.

<sup>124</sup> Die Bestimmungen der §§ 311 ff. AktG privilegieren insoweit sowohl den Tochtervorstand als auch die Konzernspitze. Siehe dazu *Hommelhoff* (Fn. 123), S. 124 f.

<sup>125</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 AktG Rn. 78.

Vielmehr gehen die § 311 ff. AktG von einem Tochtervorstand aus, der auch in den Angelegenheiten des Konzerns seine Entscheidungen im Rahmen eines eigenverantwortlichen Ermessens trifft.<sup>126</sup> Der Tochtervorstand ist „*Inhaber unternehmerischer Entscheidungsautonomie*“<sup>127</sup>, der der Muttergesellschaft auf Augenhöhe gegenübertritt. Die Tochter-AG stellt somit eine autonom agierende Einheit im faktischen AG-Konzern dar, die das herrschende Mutterunternehmen unter einheitlicher Leitung im Sinne des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG zusammengefasst hat. Mit dem Vorstand der Tochter-AG sowie dem Konzernvorstand werden im faktischen AG-Konzern zwei Zentren autonomer Gestaltungsmacht eröffnet.<sup>128</sup> Dies entspricht der Intention des historischen Gesetzgebers des Aktiengesetzes von 1965, mit den §§ 311 ff. AktG einen dezentral organisierten faktischen Konzern zu ermöglichen.<sup>129</sup> Auf diese Weise wurden die praktischen Bedürfnisse der Wirtschaft gesetzlich berücksichtigt.<sup>130</sup> Eine zentrale Unternehmensleitung würde dahingegen den im faktischen AG-Konzern erforderlichen Einzelausgleich unmöglich machen.<sup>131</sup> Jene umfasst eine pauschale Einflussnahme auf das Tagesgeschäft sowie außergewöhnliche und bereichsumfassende, unternehmenspolitische Vorgaben.<sup>132</sup> Die §§ 311 ff. AktG stehen mithin einer zentral organisierten Leitungsstruktur entgegen. Sie konzipieren den faktischen AG-Konzern vielmehr als dezentralen Holding-Konzern. Die Intensität der Konzernleitung kann im Rahmen der Dezentralität variieren, insbesondere ist eine extrem dezentrale Konzernleitung der Tochter-AG nicht aus zwingenden Rechtsgründen erforderlich.<sup>133</sup>

Gleichwohl sollte dies nicht über den Umstand hinwegtäuschen, dass rechtstatsächlich auch im faktischen AG-Konzern Zentralisierungsimpulse der Muttergeschäftsleitung entstehen können. Dies gilt namentlich für die nachgeordnete AG, die der Mitbestimmung unterliegt, deren Aktien aber nicht börsennotiert sind.<sup>134</sup>

---

<sup>126</sup> Hommelhoff (Fn. 123), S. 118.

<sup>127</sup> Ebd., S. 120.

<sup>128</sup> Ebd., S. 131.

<sup>129</sup> Ebd., S. 130 f.; siehe ferner Habersack, Gedanken zur konzernweiten Compliance-Verantwortung des Geschäftsleiters eines herrschenden Unternehmens, in: FS Möschel, 2011, S. 1175 (1188); Lutter, Konzernphilosophie vs. Konzernweite Compliance und konzernweites Risikomanagement, in: FS Goette, 2011, S. 289 (289).

<sup>130</sup> Hommelhoff, Konzernorganisation und Haftungsbeschränkung, ZGR 2019, 379 (386).

<sup>131</sup> Hommelhoff (Fn. 123), S. 146, 442; Trautmann (Fn. 16), S. 293.

<sup>132</sup> Hommelhoff (Fn. 123), S. 142 ff., Trautmann (Fn. 16), S. 293.

<sup>133</sup> Hommelhoff (Fn. 130), S. 396 f.

<sup>134</sup> Hommelhoff, Corporate Governance im faktischen Konzern nach deutschem Recht, in: FS Krieger, 2020, S. 393 (404).

## II. Die Offenheit des faktischen GmbH-Konzerns mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz für eine zentralistische Einheitsstruktur

Im Gegensatz zum faktischen AG-Konzern ist der faktische GmbH-Konzern in keinen gesetzlichen Strukturvorgaben eigens geregelt. Gleichwohl stellt die GmbH in der Unternehmenspraxis einen überaus beliebten Konzernbaustein dar.<sup>135</sup> Die Popularität der GmbH als Konzernbaustein gründet in den Merkmalen des GmbH-Rechts. Die weithin gestaltungsoffene Unternehmensverfassung der GmbH (§§ 37, 45 GmbHG) lässt es zu, Konzerne in ihrem Aufbau individuell zu strukturieren.<sup>136</sup> Als weiterer Vorzug sind die bestimmende Rechtsmacht der Gesellschafter und ihr Weisungsrecht gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsleitung (§ 37 Abs. 1 GmbHG) zu nennen. Schließlich ist im Vergleich zu der AG die Organisationsverfassung der GmbH mit lediglich zwei Organen der Geschäftsleitung und Gesellschafter einfacher, solange kein Fall der Unternehmensmitbestimmung vorliegt.<sup>137</sup>

Die konzernabhängige Tochter- oder Enkel-GmbH steht in der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle im unmittelbaren oder mittelbaren Alleinbesitz ihrer Mutter.<sup>138</sup> Schon von Rechts wegen ist die konzernabhängige GmbH über das Weisungsrecht der Mutter als Alleingesellschafterin (§ 37 Abs. 1 GmbHG) sowie deren Möglichkeit, die Mitglieder der nachgeordneten Geschäftsleitung jederzeit frei abberufen zu können (§ 38 Abs. 1 GmbHG), äußerst stark auf die Interessen und Vorgaben der Mutter ausgerichtet.<sup>139</sup> Dies ermöglicht der Mutter, den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als zentralistischen Einheitskonzern zu führen. Im Rahmen der *Corporate Governance* ist die nachgeordnete GmbH dann so zu behandeln, als wäre sie eine Betriebsabteilung im eigenen Unternehmen.<sup>140</sup> Dies gilt namentlich für den Fall, dass die Tochter-GmbH im Alleinbesitz für die

---

<sup>135</sup> Hommelhoff, Gesellschaftsformen als Organisationselemente im Konzernaufbau, in: Mestmäcker/Behrens, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S. 91 (126 ff.); Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 1; Teichmann, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184 (191); Wiedemann, Aufstieg und Krise des GmbH-Konzernrechts, GmbHR 2011, 1009 (1014); Verse, in: Henssler/Strohn (Fn. 120), Anh. § 13 GmbHG Rn. 1.

<sup>136</sup> Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 1; Liebscher, in: MüKo-GmbHG I, 4. Aufl. 2022, Anh. § 13 Rn. 8.

<sup>137</sup> Hommelhoff, Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern, ZGR 2012, 535 (537).

<sup>138</sup> Ebd.; Wiedemann (Fn. 135), S. 1010.

<sup>139</sup> Hommelhoff (Fn. 134), S. 405.

<sup>140</sup> Ebd.; Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 12.

Mutter aus dieser ausgegliederte Hilfsfunktionen wahrnimmt.<sup>141</sup> Rechtstatsächlich vermag selbst der obligatorische Aufsichtsrat im Falle der Unternehmensmitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungs- oder Mitbestimmungsgesetz an dem Vorliegen eines faktischen Einheitskonzerns nichts zu verändern.<sup>142</sup>

Freilich bedeutet das nicht, dass die Muttergeschäftsleitung im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz von Rechts wegen von dem Weisungsrecht im Sinne des § 37 Abs. 1 GmbHG Gebrauch machen *mus*s. Die Risiken der Tochter schlagen nicht wie im aktienrechtlichen Eingliederungskonzern auf die Mutter im Rahmen einer gesamtschuldnerischen Mithaftung (§ 322 Abs. 1 AktG) durch. Infolgedessen ist die Mutter grundsätzlich nicht zur Erfüllung eigener Sorgfaltspflichten nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, das Weisungsrecht auszuüben. Der Freiraum der Tochtergeschäftsführung steht vielmehr zur veränderbaren Disposition der Muttergeschäftsleitung.

### III. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich der faktische AG-Konzern und der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz in ihrer Grundkonzeption diametral gegenüberstehen: Während die Weisungsfreiheit der Tochtergeschäftsführung im faktischen AG-Konzern grundsätzlich den Weg zu einer dezentralen Holdingstruktur ebnet, ermöglicht das Weisungsrecht der Konzernmutter nach § 37 GmbHG, den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als zentralistischen Einheitskonzern zu führen. Freilich sind von diesen Grundkonzeptionen Abweichungen denkbar.

### D. Die ökonomische Notwendigkeit der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Es eröffnet sich die Frage, ob die Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz aus ökonomischer Sicht erforderlich ist und damit legitimatorische Kraft entfaltet. Dies wäre der Fall, wenn die mit ihr verbundenen Vorteile im Rahmen einer ökonomischen Analyse im Gegensatz zu möglichen Nachteilen als gewichtiger bewertet werden. Um die *originären* Vor- und Nachteile der Haftungsbeschränkung isolieren zu können, bedarf es eines eigenständigen

---

<sup>141</sup> Hommelhoff (Fn. 134), S. 405.

<sup>142</sup> Ebd., S. 406.

Vergleichsmaßstabs. Hierfür muss gefragt werden, wie die jeweilige Konzernverbindung ohne Haftungsbeschränkung aussähe: Ohne die Haftungsbeschränkung stellt die jeweilige Konzernierungsform eine wirtschaftliche Einheit dar, in der die Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft einzustehen hat. Der Wegfall der Haftungsbeschränkung eliminiert jedoch nicht die rechtliche Gliederung. Insofern wäre es nicht zielführend, ein rechtlich nicht untergliedertes Einheitsunternehmen als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.<sup>143</sup> Dieses Ergebnis wird durch den aktienrechtlichen Eingliederungskonzern bestätigt, in dem die Mutter gesamtschuldnerisch im Sinne des § 322 Abs. 1 AktG für die Verbindlichkeiten der Tochter einzutreten hat, der Konzern jedoch weiterhin rechtlich gegliedert ist. Dass die §§ 319 ff. AktG nicht für die GmbH gelten, steht dem nicht entgegen. Es wird sich im Folgenden auf die zentralen, originären Vor- und Nachteile der Haftungstrennung beschränkt.

## I. Ökonomische Vorteile der Haftungsbeschränkung

### 1. Kapitalsammelfunktion

#### a) Faktischer AG-Konzern

Die faktisch konzernierte AG kann sowohl mit Minderheitsgesellschaftern als auch ohne diese auftreten.<sup>144</sup> Eine Minderheitsbeteiligung an der nachgeordneten AG ist jedenfalls aus der Sicht des Anlegerpublikums nicht von vornherein unattraktiv.<sup>145</sup> Des Weiteren kann aus der Sicht der Muttergesellschaft in einer faktisch konzernierten AG eine Kapitalakkumulation durch Minderheitsgesellschafter erforderlich sein, wenn der Kapitalbedarf ihre Finanzkraft übersteigt.<sup>146</sup> In dem Fall, in dem die nachgeordnete AG über eine Minderheitsbeteiligung verfügt, ermöglicht die Haftungsbeschränkung damit die Kapitalsammelfunktion der AG. Dies legt nicht zuletzt der Börsengang der *Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG* aus dem Jahre 2022 nahe.<sup>147</sup> Steht die Tochter-AG hingegen im Alleinbesitz der Mutter, trägt die Haftungsbeschränkung zu keiner Kapitalsammelfunktion bei.<sup>148</sup>

---

<sup>143</sup> So aber Trautmann (Fn. 16), S. 222.

<sup>144</sup> Emmerich/Habersack (Fn. 2), § 24 Rn. 19.

<sup>145</sup> Trautmann (Fn. 16), S. 225.

<sup>146</sup> Ebd.

<sup>147</sup> Vgl. dazu Mohr/Müßgens/Theile, Der sagenhafte Porsche-Börsengang, FAZ v. 29.9.2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/der-sagenhafte-porsche-boersengang-18351888.html> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

<sup>148</sup> Trautmann (Fn. 16), S. 225.

*b) Faktischer GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz*

Da die nachgeordnete GmbH im Alleinbesitz der Mutter steht, kann sie nicht die Funktion einer Kapitalsammelstelle erfüllen. Diese Funktion betraf bereits in der nicht konzernierten Kapitalgesellschaft vornehmlich die AG, sodass sich insoweit nur geringe Unterschiede ergeben.

**2. Stimulation unternehmerischer Initiative und Risikobereitschaft**

Fraglich ist, ob *das* zentrale Argument der Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft auch im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz greift.

*a) Keine weitere Risikostimulation im faktischen Konzern?*

Möglicherweise kann es im faktischen Konzern generell keine weitere Risikostimulation mehr geben. Das Privatvermögen der Gesellschafter der Spitze des Unternehmensverbundes ist einem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger bereits durch die Anordnung der Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der Muttergesellschaft entzogen.<sup>149</sup> Die Haftungsbeschränkung auf der Ebene des konzernabhängigen Unternehmens wird in diesem Zusammenhang als „*second layer of protection*“<sup>150</sup> der natürlichen Person beschrieben. Teilweise wird deshalb vertreten, die Haftungsbeschränkung auf der Ebene der abhängigen Gesellschaft sei kein zusätzlicher Anreiz, risikoreiches und innovatives Unternehmertum zu fördern, da bereits die beschränkte Haftung der Muttergesellschaft die Risikoaversität der Gesellschaft ausschalte.<sup>151</sup> Folgte man dieser Ansicht, könnte das Argument der Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft im faktischen Konzern keine legitimatorische Kraft entfalten, unabhängig davon, ob die Gesellschaft über außenstehende Gesellschafter verfügt oder nicht.

Freilich ist nicht davon auszugehen, dass bereits die Haftungsbeschränkung der Muttergesellschaft die Risikoaversität der Gesellschaft auf ein Maß der Risikoneutralität bringt und damit gänzlich ausschaltet. So wird ein Anteilseigner nicht damit einverstanden sein, dass sein eingebrachtes Kapital für jedes spekulative und risikoreiche Projekt verwendet wird.<sup>152</sup> Darüber hinaus wird die

---

<sup>149</sup> *Blach*, Konzerndeliktsrecht, 2022, S. 176.

<sup>150</sup> *Blumberg*, Limited Liability and Corporate Groups, 11 J. Corp. L. 1986, 573 (607); siehe auch: *Beurskens/Mainka* (Fn. 120), S. 427 „Haftungsbeschränkung in der Haftungsbeschränkung“; *Trautmann* (Fn. 16), S. 226 „doppelte Haftungsbeschränkung“; *Wiedemann*, Spätlese zu Autokran, ZGR 1986, 656 (671) „Mehrfachmantel“.

<sup>151</sup> *Wiedemann* (Fn. 150), S. 671.

<sup>152</sup> *Bitter* (Fn. 50), S. 176.

unternehmerische Entscheidung der juristischen Person letztendlich von einer regelmäßig risikoavers handelnden natürlichen Person im Rahmen der Geschäftsleitung gefällt.<sup>153</sup> Mithin ist grundsätzlich nicht von einem risikoneutralen Investitionsverhalten der Muttergesellschaft im Konzernverbund auszugehen. Vielmehr kann die Haftungsbeschränkung auch im Konzern die Risikoaversität der herrschenden Gesellschaft reduzieren: So wird ein in großem Umfang beteiligtes herrschendes Unternehmen seitens der Gesellschafter ein weniger risikoreiches Investitionsprogramm vorgeben, als ein sich im totalen Streubesitz befindendes Unternehmen.<sup>154</sup> Ferner ist zu beachten, dass durch die zusätzliche Haftungsbeschränkung der maximale Verlustbetrag auf das in der konzernabhängigen Gesellschaft eingebrachte Kapital beschränkt ist. Folglich weisen Investitionsprojekte einen höheren Erwartungswert bei einem geringeren Risiko auf.<sup>155</sup>

Infolgedessen ist davon auszugehen, dass sich die Haftungsbeschränkung auf Ebene der nachgeordneten Gesellschaft im faktischen Konzern grundsätzlich als zusätzliche Förderin der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft erweist. Freilich sind die Besonderheiten der konkreten Konzernverbindung zu beachten:

*b) Besonderheiten im faktischen AG-Konzern*

aa) Vergleichsweise erhöhte Risikoaversität der herrschenden Gesellschaft

Wie gezeigt wurde, liegt der gesetzlichen Konzeption des faktischen AG-Konzerns eine dezentrale Struktur zu Grunde. Der Tochtervorstand ist kein nachgeordneter Weisungsempfänger. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das herrschende Unternehmen *a priori* stärker risikoavers ist als in einem zentralistischen Unternehmen. Dies zeigt sich insbesondere in dem Fall, in dem die nachgeordnete AG eine Börsengesellschaft ist und der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt: Der Aufsichtsrat einer derartigen Gesellschaft stellt ein bedeutsames Gegengewicht zur Muttergesellschaft dar.<sup>156</sup> Dies führt dazu, dass die Tochter- oder Enkelvorstände das Eigeninteresse ihrer Gesellschaft betont zur Geltung bringen werden.<sup>157</sup> Die durch dieses Gegengewicht geschmälerete Möglichkeit der Einflussnahme der Muttergesellschaft führt dazu, dass diese vergleichsweise erhöht risikoavers ist. Die zusätzliche

---

<sup>153</sup> *Debus*, Haftungsregeln im Konzernrecht: Eine ökonomische Analyse, 1990, S. 166; *Temming* (Fn. 38), S. 867 f.

<sup>154</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 228.

<sup>155</sup> *Ebd.* S. 229.

<sup>156</sup> *Hommelhoff* (Fn. 134), S. 403.

<sup>157</sup> *Ebd.*

Haftungsbeschränkung leistet insoweit Bedeutsames, indem sie der erhöhten Risikoaversität entgegenwirkt.

bb) Vergleichsweise reduzierter Erwartungswert aufgrund der Nachteilsausgleichspflicht

Eine nachteilige Einflussnahme der Muttergesellschaft ist nach § 311 Abs. 1 AktG verboten, sofern die Nachteile nicht ausgeglichen werden. Das herrschende Unternehmen haftet bei nicht rechtzeitig erfolgtem Nachteilsausgleich nach § 317 Abs. 1 AktG auf Schadensersatz. Unerheblich hierbei ist, ob das herrschende Unternehmen Alleinaktionär ist oder die abhängige Gesellschaft über außenstehende Aktionäre verfügt.<sup>158</sup> Dies führt dazu, dass der – ursprünglich durch die zusätzliche Haftungsbeschränkung erhöhte – Erwartungswert der Investitionen abgeschwächt wird. Im faktischen AG-Konzern ist der zusätzliche Beitrag, den die beschränkte Haftung in der nachgeordneten AG zur Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft setzt, damit weniger gewichtig als der, den sie bereits auf der Ebene der Muttergesellschaft leistet.<sup>159</sup>

Freilich handelt es sich im Vergleich zum Vertragskonzern, bei dem das herrschende Unternehmen generell und unabhängig von einer tatsächlich erfolgten Einflussnahme für die Verluste der von ihr abhängigen Gesellschaft einzustehen hat<sup>160</sup>, um einen bedeutsamen Vorteil. Die Pflicht zum Verlustausgleich stellt im Vertragskonzern bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Aufbrechen der Haftungsbeschränkung dar, sodass keine Stimulation der Risikobereitschaft erfolgen kann. Gleiches gilt insoweit auch für den qualifiziert faktischen AG-Konzern, wenn man für diesen von einer analogen Anwendung der §§ 302 ff. AktG ausgeht<sup>161</sup>.

c) *Besonderheiten im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz*

aa) Vergleichsweise reduzierte Risikoaversität der herrschenden Gesellschaft

Die Einflussmöglichkeit der Muttergesellschaft ist aufgrund der §§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 1 GmbHG im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz im Vergleich zum faktischen AG-Konzern deutlich erhöht. Dies führt dazu, dass das herrschende Unternehmen im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz *a priori* weniger risikoavers ist als im

<sup>158</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack (Fn. 125), § 311 AktG Rn. 13.

<sup>159</sup> So im Ergebnis auch Trautmann (Fn. 16), S. 227.

<sup>160</sup> Emmerich/Habersack (Fn. 2), § 25 Rn. 2.

<sup>161</sup> Siehe dazu *ebd.*, § 28 Rn. 5 ff.

faktischen AG-Konzern. Gleichwohl ist die Risikoaversität nicht gänzlich ausgeschaltet, verbleiben doch auch hier nicht kontrollierbare Risiken.

bb) Vergleichsweise erhöhter Erwartungswert mangels Nachteilsausgleichspflicht

Die Rechtslage im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz unterscheidet sich grundlegend von der Rechtslage im faktischen AG-Konzern. Im faktischen AG-Konzern gelten die §§ 311 ff. AktG auch für die Einpersonen-AG und beschränken damit eine nachteilige Einflussnahme durch den Alleingesellschafter erheblich.<sup>162</sup> Dahingegen existiert im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz keine den §§ 311 ff. AktG vergleichbare Pflicht der Muttergesellschaft zum Nachteilsausgleich.<sup>163</sup> Ein strenges Schädigungsverbot gilt nach allgemeiner Meinung allein für konzernabhängige GmbH mit Minderheitsgesellschaftern, nicht hingegen für abhängige Gesellschaften im Alleinbesitz.<sup>164</sup> Die Konzernmutter hat im Interesse des Gläubigerschutzes lediglich die Grenzen der Kapitalerhaltung (§§ 30, 31 GmbHG) zu beachten, ferner kommt in bestimmten Fällen eine Haftung aus Existenzvernichtung<sup>165</sup> in Betracht.<sup>166</sup> Im Sinne eines effizienten Gläubigerschutzes ist richtigerweise davon auszugehen, dass die Konzernmutter der Tochter bereits dann haftet, wenn die Lage der Tochtergesellschaft aufgrund der Veranlassung der Mutter derart verschlechtert ist, dass die Gesellschaftsgläubiger die Rechtsbeziehung zu ihr außerordentlich kündigen können.<sup>167</sup> Den Veranlassungen der Mutter entsteht damit eine Grenze vor der Existenzvernichtungshaftung.<sup>168</sup> Doch selbst wenn man dies annimmt, ist der Erwartungswert nicht in der Weise geschmälert, wie es bei einer Nachteilsausgleichspflicht nach § 311 AktG der Fall wäre. Deshalb ist davon auszugehen, dass der zusätzliche Beitrag, den die Haftungsbeschränkung zur Erhöhung des Erwartungswertes leistet, im Vergleich zum faktischen AG-Konzern erhöht ist.

<sup>162</sup> *Ebd.*, § 24 Rn. 19; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG I (Fn. 136), Anh. § 13 Rn. 533.

<sup>163</sup> BGHZ 119, 257 (262); 122, 333 (336); 142, 92 (95); *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/Bayer, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, Rn. 8.38; *Hommelhoff* (Fn. 137), S. 539.

<sup>164</sup> Siehe statt aller *Hommelhoff* (Fn. 137), S. 539.

<sup>165</sup> BGHZ 173, 246 (246 f.); *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 32; *Steffek* (Fn. 56), S. 832 ff.

<sup>166</sup> *Bayer* (Fn. 1), S. 8.

<sup>167</sup> *Hommelhoff* (Fn. 137), S. 548; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 37.

<sup>168</sup> *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 37.

Gefährlich wird es indes dann, wenn man den qualifiziert faktischen GmbH-Konzern wieder aufleben ließe.<sup>169</sup> Da die hieraus folgende Verlustausgleichspflicht wirtschaftlich gesehen einer Durchbrechung der beschränkten Haftung gleichkommt, wäre die Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft de facto *ad acta* gelegt.

#### d) Zwischenergebnis

Es ergibt sich damit folgendes Bild: Die Haftungsbeschränkung auf Ebene der nachgeordneten Gesellschaft im faktischen Konzern kann grundsätzlich einen Beitrag zur Stimulation der Risikobereitschaft leisten. Im faktischen AG-Konzern ist das herrschende Unternehmen grundsätzlich besonders risikoavers, die Haftungsbeschränkung damit von hoher Bedeutung. Die Nachteilsausgleichspflicht reduziert den Erwartungswert gleichwohl in gewisser Weise. Im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ist der Erwartungswert dagegen weniger reduziert, da keine Nachteilsausgleichspflicht besteht. Allerdings ist das herrschende Unternehmen *a priori* weniger risikoavers. Sowohl im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als auch im faktischen AG-Konzern führt die zusätzliche Haftungsbeschränkung damit zu einer Steigerung der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft. Dies erhöht die Durchführung volkswirtschaftlich sinnvoller Projekte und ist wohlfahrtssteigernd.

### 3. Risiko- und Haftungssegmentierung

Dem faktischen Konzern liegt im Gegensatz zum Vertrags- oder Eingliederungskonzern eine abschottende Wirkung zugrunde.<sup>170</sup> Dies gilt sowohl für den faktischen AG-Konzern als auch für den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz: Über die Haftungsbeschränkung aus § 1 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. aus § 13 Abs. 2 GmbHG lassen sich die zahlreichen Risiken im gesamten Konzern innerhalb der jeweiligen einzelnen Gesellschaft einschließen.<sup>171</sup> Auf diese Weise kann der Gefahr begegnet werden, dass Risiken an einer Stelle im Konzern bei ihrem Eintritt dem gesamten Konzern Schaden

---

<sup>169</sup> Der BGH hat sich von diesem Ansatz gelöst, siehe nur BGHZ 149, 10 (16 f.); 151, 181 (186 ff.). Siehe aber *OLG Schleswig*, Urt. v. 29.9.2021 – 9 U 11/21 (juris).

<sup>170</sup> *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 400.

<sup>171</sup> *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 1; *Hommelhoff* (Fn. 77), S. 769; *Hommelhoff*, Ein europäisches Gruppenrecht für den Binnenmarkt, in: Geibel/Heinze/Verse, Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem, 2023, S. 107 (163).

zufügen und damit seine Existenz gefährden.<sup>172</sup> Treffend hat *Hommelhoff* formuliert, eine derartige konzerninterne Risiko- und Haftungssegmentierung<sup>173</sup> verhindere, dass ein Stubenbrand das ganze Haus entflamme.<sup>174</sup> Infolgedessen ist es der Muttergesellschaft möglich, neue risikoreiche Märkte zu erschließen, deren Gefahren sie nur eingeschränkt überblicken kann.<sup>175</sup> Dies hat insbesondere im Binnenmarkt und darüber hinaus Bedeutung.<sup>176</sup> Des Weiteren ist eine Risiko- und Haftungssegmentierung im Konzern auch für eine Volkswirtschaft insgesamt bedeutsam.<sup>177</sup> So könnte beispielsweise eine Strukturkrise, die lediglich ein einzelnes Produktfeld betrifft, die gesamte Existenz eines grundsätzlich erfolgreichen und gesamtwirtschaftlich bedeutenden Unternehmens gefährden.<sup>178</sup>

Es lässt sich festhalten, dass die Risiko- und Haftungssegmentierung einen herausragenden Vorzug der Haftungsbeschränkung im faktischen Konzern darstellt. Sie ist von gleich hoher Bedeutung für den faktischen AG-Konzern und den faktischen GmbH-Konzern. Insbesondere sind die Vorzüge auch dann relevant, wenn der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als zentralistischer Einheitskonzern geführt wird.

#### 4. Ermöglichung von Dezentralität und Arbeitsteilung

##### *a) Ermöglichung von Dezentralität und Arbeitsteilung im faktischen AG-Konzern*

Dezentralität und eine arbeitsteilige Konzernleitung zeichnen die gesetzliche Konzeption des faktischen AG-Konzerns aus.<sup>179</sup> Sie werden geradezu erst durch die Haftungsbeschränkung ermöglicht: Die Muttergesellschaft kann die Dezentralität im Konzern und die geteilte Leitung auf Augenhöhe nur deshalb akzeptieren, weil sie nicht für die Tochter- und Enkelverbindlichkeiten einstehen muss und die Risiken in der jeweiligen nachgeordneten Gesellschaft

---

<sup>172</sup> Vgl. BGHZ 166, 84 (98); *Blach* (Fn. 149), S. 175; *Hommelhoff*, in: Lutter/*Hommelhoff* (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 1.

<sup>173</sup> *Kallfass*, Ökonomische Analyse der Konzernbildung, in: Mestmäcker/Behrens, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S. 19 (33 ff.).

<sup>174</sup> *Hommelhoff*, Die qualifizierte faktische Unternehmensverbindung: ihre Tatbestandsmerkmale nach dem TBB – Urteil und deren rechtsdogmatisches Fundament, ZGR 1994, 396 (408).

<sup>175</sup> *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 398; *Hommelhoff* (Fn. 171), S. 163.

<sup>176</sup> *Hommelhoff* (Fn. 171), S. 163.

<sup>177</sup> Siehe dazu die treffende Formulierung von *Lutter*, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, 244 (247): „Die Risikotrennung [...] verhindert [...], daß sich der Brand eines Hauses zum Flächenbrand einer ganzen Stadt entwickelt“.

<sup>178</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 231.

<sup>179</sup> *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 389 f.

eingeschlossen bleiben.<sup>180</sup> Um Schaden von der Mutter abzuwehren, dürfte deren Geschäftsleitung den Geschäftsleitungen der nachgeordneten Gesellschaften bei unbeschränkter Haftung keine den faktischen AG-Konzern kennzeichnenden Handlungs- und Entscheidungsspielräume gewähren.<sup>181</sup> Ohne die Haftungsbeschränkung wäre eine arbeitsteilige Konzernleitung in Dezentralität mithin undenkbar.

*b) Ermöglichung von Dezentralität und Arbeitsteilung im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz?*

Der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz weist im Gegensatz zu dem faktischen AG-Konzern regelmäßig eine zentralistische Konzernstruktur auf, die einem faktischen Einheitskonzern gleichkommt. Freilich kommt der Arbeitsteilung auch im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz eine gewisse Bedeutung zu: Die Muttergeschäftsführung *muss* von ihrem Weisungsrecht keinen Gebrauch machen. Die arbeitsteilig einvernehmliche Konzernleitung steht zu ihrer Disposition.

*c) Vorteile von Dezentralität und Arbeitsteilung*

Die abgestimmte Arbeitsteilung und das abgestimmte Zusammenwirken der Geschäftsleitungen sind von herausragender Bedeutung für die gesamte Leistungskraft des Konzerns.<sup>182</sup> Sie führen zu einer ökonomisch äußerst sinnvollen Mehrzahl an Initiativzentren, die Produktivitätsgewinne der Arbeitsteilung bereits auf der Leitungsebene ermöglichen.<sup>183</sup> Die nachgeordneten Gesellschaften befinden sich des Weiteren im Wettbewerb um die Förderung der Konzernspitze.<sup>184</sup> Infolgedessen sind sie leistungsbereiter und bieten vermehrt innovative Lösungen an.<sup>185</sup> In vielen Konstellationen wird die Tochtergeschäftsführung die Risiken darüber hinaus präziser steuern können als die Mutter: So ist sie beispielsweise über lokale Herausforderungen regelmäßig besser informiert und für den Einsatz lokaler Ressourcen besser vorbereitet als

---

<sup>180</sup> *Ebd.*, S. 401.

<sup>181</sup> *Ebd.*, S. 402; *Hommelhoff* (Fn. 171), S. 164.

<sup>182</sup> *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 389 f.

<sup>183</sup> *Ebd.*

<sup>184</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 259.

<sup>185</sup> *Harms*, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1968, S. 115; *Hommelhoff* (Fn. 123), S. 231; *Trautmann* (Fn. 16), S. 259.

die Geschäftsleitung der Muttergesellschaft.<sup>186</sup> Die Dezentralität ermöglicht es dem Unternehmen damit, sich an konkreten Kunden-, Markt-, und Regionalverhältnissen zu orientieren.<sup>187</sup> Es kann festgehalten werden, dass die Ermöglichung von Dezentralität und Arbeitsteilung einen herausragenden ökonomischen Vorteil der beschränkten Haftung im faktischen Konzern darstellt.

## 5. Senkung des Kontroll- und Überwachungsaufwandes

Im Schrifttum wird teilweise pauschal angeführt, die Haftungsbeschränkung im Konzern bewirke eine Senkung der Überwachungskosten, da die Mutter- die Tochtergesellschaft nicht in demselben Maße überwachen müsse, wie dies bei Geltung einer unbeschränkten Haftung der Fall wäre.<sup>188</sup> Es eröffnet sich allerdings die Frage, inwieweit dies *in concreto* auf den faktischen AG-Konzern und den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz zutrifft. Zur Vereinfachung ist im Folgenden davon auszugehen, dass die Muttergesellschaft über einen Aufsichtsrat verfügt.

### a) Faktischer AG-Konzern

#### aa) Kontrollaufwand der Muttergeschäftsleitung

Wie weitgehend man die Konzernleitungspflicht<sup>189</sup> des Vorstands ausgestaltet und wie weit der Überwachungsauftrag des Aufsichtsrates an der Konzernspitze konkret geht, ist im Einzelnen umstritten. Es wird hier jedenfalls vertreten, dass sich der Kontrollaufwand der Muttergeschäftsleitung bei einer unbeschränkten Haftung für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im faktischen AG-Konzern regelmäßig erhöhen würde. Dies zeigt sich an dem Beispiel des echten Sanktionsdurchgriffs im Kartellrecht. Aufgrund des drohenden Risikodurchschlags ergeben sich für die Muttergeschäftsleitung qualifizierte Sorgfaltsanforderungen: Hinsichtlich des kartellrechtlich relevanten Geschehens im nachgeordneten Bereich ist die Kontrolle so zu intensivieren, als handle es sich bei der nachgeordneten Gesellschaft um eine bloße Betriebsabteilung.<sup>190</sup> Durch die jeweiligen Haftungsdurchbrechungen steigt damit der Kontrollaufwand der Muttergeschäftsleitung. Daraus folgt im Umkehrschluss,

<sup>186</sup> Schön (Fn. 51), S. 363; siehe dazu ferner die empirische Untersuchung bei Liu/Luo/Yue, Allocation of Decision Rights Between the Parent Company and Its Subsidiaries, J. Account. Audit. Finance 33 (2018), 355 (355 ff.).

<sup>187</sup> Trautmann (Fn. 16), S. 257.

<sup>188</sup> Habersack/Zickgraf (Fn. 56), S. 262 f.; Poelzig (Fn. 5), S. 99.

<sup>189</sup> Dazu grundlegend Hommelboff (Fn. 123), S. 43 ff.; siehe auch Hommelboff, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern? – eine Problemskizze –, ZGR 1996, 144 (149).

<sup>190</sup> Hommelboff (Fn. 134), S. 401.

dass das Prinzip der Haftungsbeschränkung jedenfalls zu einer gewissen Reduktion des Kontrollaufwandes beiträgt. Dies gilt namentlich für den Fall, dass dem faktischen AG-Konzern – seiner gesetzlichen Konzeption der §§ 311 ff. AktG entsprechend – eine dezentrale Konzernstruktur zugrunde liegt. Bei einer zentralisierten Konzernstruktur hingegen erfährt das Argument der Senkung des Kontrollaufwandes eine Abschwächung, hat hier die Muttergeschäftsleitung das Geschehen der nachgeordneten Gesellschaft doch bereits wie gegenüber einer bloßen Betriebsabteilung zu kontrollieren.<sup>191</sup>

bb) Überwachungsaufwand des Mutteraufsichtsrats

Ähnliches gilt für den Überwachungsaufwand des Aufsichtsrates der Mutter: Es ist an dieser Stelle davon auszugehen, dass in einer dezentralisierten Tochter- oder Enkel-AG der Aufsichtsrat der Mutter in die Überwachung des Tochter- oder Enkelgeschehens nicht wie in einem Einheitsunternehmen eingeschaltet werden muss.<sup>192</sup> Diese Aufgabe übernimmt vielmehr der jeweilige Aufsichtsrat allein, sodass im nachgeordneten Bereich Leitungsmacht und Überwachung einen Ausgleich finden.<sup>193</sup> Ginge die dezentrale Governance-Struktur jedoch mit einer unbeschränkten Haftung der Konzernmutter verloren, hätte der Mutteraufsichtsrat auch das intensiviertere Geschehen der Muttergeschäftsleitung in den nachgeordneten Gesellschaften zu überwachen. Es wird an dieser Stelle angenommen, dass dies im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu einem erhöhten Überwachungsaufwand durch den Aufsichtsrat führt. Folglich ist festzuhalten, dass die Haftungsbeschränkung im dezentral organisierten faktischen AG-Konzern im Vergleich zu dem Fall der unbeschränkten Haftung i. d. R. eine Senkung des Aufwandes der Überwachungsorgane bewirkt.

b) *Faktischer GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz*

aa) Kontrollaufwand der Muttergeschäftsleitung

Geht man davon aus, dass der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als zentralistischer Konzern strukturiert ist, so bilden Mutter und nachgeordnete Tochter- oder Enkel-GmbH in der *Corporate Governance* ein Einheitsunternehmen. Das Argument der Senkung des Kontrollaufwandes erfährt damit eine gewisse Abschwächung, da hier die

---

<sup>191</sup> Vgl. *ebd.*, S. 405.

<sup>192</sup> *Hommelhoff* (Fn. 134), S. 407; vgl. auch *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7. Aufl. 2020, § 4 Rn. 146.

<sup>193</sup> *Hommelhoff* (Fn. 134), S. 407

Muttergeschäftsleitung das Geschehen der nachgeordneten Gesellschaft wie gegenüber einer bloßen Betriebsabteilung kontrollieren muss.<sup>194</sup>

#### bb) Überwachungsaufwand des Mutteraufsichtsrates

Auch bezüglich der Senkung des Überwachungsaufwandes des Mutteraufsichtsrates wird hier der Standpunkt vertreten, dass sie in einem zentralistisch geführten faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz einen weniger gewichtigen Vorzug darstellt als in einem dezentral organisierten faktischen AG-Konzern. Dies zeigt sich dann, wenn man davon ausgeht, dass in einer derartigen Konzernverbindung der Aufsichtsrat der Mutter auch bei beschränkter Haftung deren Geschäftsleitung nicht anders zu überwachen hat als hinsichtlich des Geschehens im eigenen Unternehmen der Mutter.<sup>195</sup> Die Senkung des Überwachungsaufwandes aufgrund der beschränkten Haftung ist daher von geringerem Gewicht.

### 6. Differenzierte Finanzmittelversorgung

Die zusätzliche Haftungsbeschränkung führt schließlich zu risikodifferenzierten Angeboten auf dem Eigen- und Fremdkapitalmarkt.<sup>196</sup> Im faktischen AG-Konzern können die vorhandenen Präferenzen der Investoren durch die Risikosegmentierung effektiv genutzt werden: Sofern die AG nicht im Alleinbesitz des herrschenden Unternehmens steht, können potenzielle Anleger die ganze Bandbreite an Investitionsmöglichkeiten von einer regelmäßig risikoreichen Eigenkapitalbeteiligung an der nachgeordneten Gesellschaft bis hin zur regelmäßig sicheren Fremdkapitalbeteiligung an der Obergesellschaft nutzen.<sup>197</sup> Dies führt dazu, dass die Investoren ihr Risiko diversifizieren können.<sup>198</sup> Im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ist dieser Vorteil abgeschwächt: Hier ist lediglich die differenzierte Risikoneigung verschiedener Gläubiger in ihrer Rolle als Fremdkapitalgeber relevant.<sup>199</sup>

---

<sup>194</sup> Vgl. *ebd.*, S. 405.

<sup>195</sup> Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 134), S. 405; a. A. *Verse*, Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401 (413).

<sup>196</sup> *Bitter* (Fn. 50), S. 177; *Temming* (Fn. 38), S. 868.

<sup>197</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 277.

<sup>198</sup> *Ebd.*, S. 278.

<sup>199</sup> *Temming* (Fn. 38), S. 868.

## II. Ökonomische Nachteile

### 1. Gefahr der Risikoexternalisierung als wesentlicher Nachteil der Haftungsbeschränkung?

#### *a) Gefahr der Risikoexternalisierung im faktischen Konzern*

Auch im faktischen Konzern geht die Haftungsbeschränkung grundsätzlich nicht ohne die Gefahr einer Risikoexternalisierung einher. Die Risiken verschwinden nicht, sondern werden zu Lasten Dritter externalisiert. Im Vergleich zu der konzernfreien Kapitalgesellschaft ist diese Gefahr sogar erhöht, da aufgrund der zusätzlichen Haftungsbeschränkung mehr Unternehmungen in jenem Grenzbereich durchgeführt werden, in dem Projekte aus volkswirtschaftlicher Sicht ineffizient sind, aus Unternehmenssicht hingegen einen positiven Erwartungswert aufweisen.<sup>200</sup> Insbesondere der Vorzug der zusätzlichen Steigerung der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft scheint im faktischen Konzern ins Negative gewandt zu einer erhöhten Gefahr der Risikoexternalisierung zu Lasten Dritter zu führen.

Allerdings sollte erneut wie bei der konzernfreien Gesellschaft zwischen unfreiwilligen und freiwilligen Gläubigern unterschieden werden. Freiwillige Gläubiger werden regelmäßig wie auch in der konzernfreien Gesellschaft nicht von dem Externalisierungsrisiko betroffen sein. Im Vergleich zu der konzernfreien Gesellschaft kommen im Konzern Transparenzvorteile<sup>201</sup> hinzu, die die Informationsmöglichkeiten vertraglicher Gläubiger erhöhen. So tritt neben den Einzelabschluss als Zusatzinstrument der Konzernabschluss, der ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns als wirtschaftliche Einheit vermitteln soll (§ 297 Abs. 2 S. 2 HGB),<sup>202</sup> Für den faktischen AG-Konzern ist darüber hinaus der Abhängigkeitsbericht i. S. d. § 312 Abs. 1 AktG zu berücksichtigen. Zwar wird er in seiner Gesamtheit nicht publiziert.<sup>203</sup> Allerdings ist die Schlussklärung des Vorstands zum Abhängigkeitsbericht in den Lagebericht aufzunehmen (§ 312 Abs. 3 S. 3 AktG), der durch die Offenlegungspflichten nach § 325 HGB grundsätzlich auch den Gläubigern zugänglich ist.<sup>204</sup> Die Informationen ermöglichen es, den Risiken beim Vertragsschluss Rechnung zu tragen, indem die Vertragsgläubiger über den Vertragsschluss als solchen befinden oder über

---

<sup>200</sup> Trautmann (Fn. 16), S. 229.

<sup>201</sup> Ebd., S. 233.

<sup>202</sup> Siehe dazu *Wöhe/Mocke*, Die Handels- und Steuerbilanz, 7. Aufl. 2020, § 22 Rn. 20 ff.

<sup>203</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 102), § 312 Rn. 3.

<sup>204</sup> *Altmeyden*, in: MüKo-AktG VI, 6. Aufl. 2023, § 312 Rn. 7.

konzernspezifische<sup>205</sup> Sicherheiten oder Risikoprämien verhandeln.<sup>206</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, wie die Gefahr für schutzbedürftige Gläubiger, vor allem aus der Gruppe der unfreiwilligen Gläubiger, die von der Risikoexternalisierung betroffen sind, zu bewerten ist.

*b) Bewertung der Gefahr*

Zunächst ist zu beachten, dass auch im Konzern angesichts der Risikoeinpreisung durch die Vertragsgläubiger der Bereich, in dem der Erwartungswert für das Unternehmen zwar positiv ist, das Projekt aus volkswirtschaftlicher Sicht jedoch ineffizient ist, i. d. R. eingeengt ist.<sup>207</sup> Darüber hinaus liegt es im Interesse der Konzernmutter, einen Ausfall der Tochtergläubiger zu vermeiden, um den Gesamtkonzern vor Reputationsschäden zu schützen.<sup>208</sup> Der Muttergesellschaft lastet ferner das finanzielle Risiko an, ihre Beteiligung unmittelbar an der Tochter oder mittelbar an der Enkelgesellschaft zu verlieren.<sup>209</sup> Schließlich können gläubigerschützende Mechanismen der Gefahr der Externalisierung entgegenwirken. So führen Schutzmechanismen zu Gunsten der Gläubiger dazu, dass die Wahrscheinlichkeit eines Forderungsausfalls sinkt und damit die Gefahr der Risikoexternalisierung entschärft wird. Es sind deshalb die Mechanismen der konkreten Konzernierungsform genauer in den Blick zu nehmen:

*aa) Schutzmechanismen zu Gunsten der Gläubiger im faktischen AG-Konzern*

Zunächst ist hervorzuheben, dass die §§ 311 ff. AktG die abhängige Gesellschaft schützen und über diese mittelbar auch die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger.<sup>210</sup> So verbietet § 311 AktG jede nachteilige Einflussnahme und macht

---

<sup>205</sup> Siehe beispielsweise zur Patronatserklärung im Konzern *Emmerich/Habersack* (Fn. 2), § 20 Rn. 28 ff.

<sup>206</sup> *Hommelhoff* (Fn. 171), S. 165 f.

<sup>207</sup> *Trautmann* (Fn. 16), S. 229.

<sup>208</sup> *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 401; *Klabold/Kremer*, Compliance-Programme in Industriekonzernen, ZGR 2010, 113 (122); siehe zur Unternehmensreputation im Allgemeinen: *Klöhn/Schmolke*, Unternehmensreputation (Corporate Reputation), Ökonomische Erkenntnisse und ihre Bedeutung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, NZG 2015, 689 (689 ff.); siehe ferner *Peitsmeier*, Der Ruf der Allianz hat gelitten, FAZ v. 10.8.2023, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/allianz-ruf-hat-gelitten-skandal-um-us-fondstochter-19093475.html> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024), als aktuelles Beispiel aus der Wirtschaftspresse, das zeigt wie sich das Tochterverhalten reputationschädigend auf den Gesamtkonzern auswirken kann. Konkret ging es um den Betrug der Allianz Global Investors (AGI) als Tochter im Rahmen des Allianz-Konzerns.

<sup>209</sup> *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 401 f.

<sup>210</sup> *Ebd.*, S. 385 f.

davon nur eine Ausnahme, wenn das herrschende Unternehmen Nachteilsausgleich gewährt oder rechtsverbindlich zusagt.<sup>211</sup> Darüber hinaus knüpft § 317 AktG an die Nichterfüllung der Ausgleichspflicht eine Schadensersatzpflicht an. Die Berichtspflicht aus § 312 Abs. 1 AktG steht in unmittelbarem Zusammenhang dazu, indem sie die Durchsetzung der Ersatzansprüche aus § 317 AktG erleichtern soll. Von noch größerer Bedeutung ist gleichwohl die präventive Wirkung, die dem Abhängigkeitsbericht zukommt.<sup>212</sup> Außerdem wirken sich die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 57 ff. AktG auch im faktischen AG-Konzern gläubigerschützend aus.<sup>213</sup> Hierbei ist insbesondere an verdeckte Vermögensverlagerungen im Konzern und konzerninterne Leistungsbeziehungen zu denken.<sup>214</sup> Schließlich kommt als Hebel des Gläubigerschutzes noch die Existenzvernichtungshaftung in Betracht. Im faktischen AG-Konzern greifen damit verschiedene Mechanismen, die dem Gläubigerschutz zugutekommen und damit der Gefahr einer Risikoexternalisierung entgegenwirken.

bb) Schutzmechanismen zu Gunsten der Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Die nachgeordnete GmbH-Tochter im Alleinbesitz ist im Gegensatz zur Tochter-AG im faktischen AG-Konzern grundsätzlich offen für kompensationslose Nachteilszufügungen. Des Weiteren sind im Vergleich zur AG die Regeln zur Kapitalerhaltung weit weniger streng ausgestaltet.<sup>215</sup> Infolgedessen ist davon auszugehen, dass die Gefahr der Risikoexternalisierung zulasten der Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz höher ist als im faktischen AG-Konzern. Dennoch sollte die Gefahr nicht überbewertet werden, wenn man zutreffend davon ausgeht, dass die Gläubiger durch die Regeln des Kapitalschutzes in konzernspezifischer Fortschreibung, die Existenzvernichtungshaftung und deren Vorverlagerung im Falle des „Abbruch-Rechts“ geschützt sind.<sup>216</sup> Es ist weitaus effektiver, die bestehenden Mechanismen konzernspezifisch fortzuschreiben, indem beispielsweise den Mutterveranstaltungen schon vor der Existenzvernichtungshaftung eine Grenze gezogen wird, als die

---

<sup>211</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 125), § 311 AktG Rn. 4.

<sup>212</sup> *Hommelhoff*, Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht – Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Umfrage –, ZHR 156 (1992), 295 (295 ff.).

<sup>213</sup> *Bayer/Trölit-sch*, in: Lutter/Bayer, Holding-Handbuch (Fn. 163), Rn. 8.36 f.

<sup>214</sup> *Ebd.*, Rn. 8.37.

<sup>215</sup> *Ebd.*, Rn. 8.38.

<sup>216</sup> *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 39.

Haftungsbeschränkung mit all ihren Vorteilen aus Angst vor einer Externalisierungsgefahr aufzuweichen oder gar aufzugeben.

cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Externalisierungsgefahr insbesondere zu Lasten unfreiwilliger Gläubiger dem Grunde nach besteht, jedoch nicht überbewertet werden sollte. Vielmehr ist es dienlicher, die bestehenden Mechanismen konzernspezifisch fortzuschreiben und hierbei die Haftungsbeschränkung nicht aufzugeben.

## 2. Entfallen der Steuerungs- und Präventionsfunktion von Haftungsnormen?

Mit der Externalisierungsgefahr verzahnt ist die Frage, ob die Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz dazu führt, dass die mit Haftungsnormen einhergehende Steuerungs- und Präventionswirkung<sup>217</sup> entfällt. So wird teilweise angeführt, die Haftungsnormen könnten ihre präventivsteuernde Funktion nicht erfüllen, da sie aufgrund der Risikosegmentierung nur an die nachgeordnete Gesellschaft gerichtet seien und nicht das handlungsursächliche Steuerungszentrum der Muttergesellschaft träfen.<sup>218</sup>

Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass es der Konzeption von Dezentralität und Arbeitsteilung eklatant widersprechen würde, die Muttergesellschaft stets als handlungsursächliches Steuerungszentrum anzusehen, an welche die Steuerungs- und Präventionsimpulse zu richten sind. Die Konzernmutter ist regelmäßig nicht in der Lage, die Risiken so präzise wie die Tochtergesellschaft zu steuern. Indem man die Steuerungs- und Präventionsimpulse an die nachgeordnete Gesellschaft richtet, werden mögliche Schäden durch ein entsprechendes präzises Management der Tochter vermieden.<sup>219</sup> Dies zeigt sich namentlich in dem faktischen AG-Konzern, der als dezentraler Holding-Konzern konzipiert ist: Die Tochter-AG ist gerade kein nachgeordneter Weisungsempfänger, sondern tritt der Mutter auf Augenhöhe gegenüber. Aber auch in dem faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz wäre es verfehlt, pauschal an

---

<sup>217</sup> Vgl. BGHZ 190, 145 (164); 225, 316 (344); *Wagner*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette, ZIP 2021, 1095 (1096).

<sup>218</sup> *Taubner*, Die „Politik des Gesetzes“ im Recht der Konzernhaftung, in: FS Steindorff, 1990, S. 261 (266).

<sup>219</sup> *Hommelhoff* (Fn. 77), S. 770.

die Mutter als Steuerzentrum anzuknüpfen. So *mus*s diese von ihrem Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG nicht zwingend Gebrauch machen.

Freilich kann die Muttergesellschaft in bestimmten Situationen als handlungsursächliches Steuerzentrum bewertet werden, an welches damit die Steuerungs- und Präventionsimpulse zu richten sind. Dies ist im faktischen AG-Konzern dann der Fall, wenn der Schaden im Rahmen einer Handlung entstanden ist, zu der die Muttergesellschaft die nachgeordnete AG veranlasst hat.<sup>220</sup> Allerdings ist zu beachten, dass bei Vorhersehbarkeit der Rechtsverletzung der Schaden aufgrund eines nachteiligen Geschäftes i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG eingetreten ist und die Muttergesellschaft der nachgeordneten Gesellschaft deshalb den Betrag zu erstatten hat.<sup>221</sup> Diese Gefahr berücksichtigt die Mutter im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Rechnung, sodass die Steuerungs- und Präventionsimpulse der Haftungsnormen auch bei einer Haftungssegmentierung die Mutter treffen.<sup>222</sup> Im stark zentralistisch geführten faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz könnte dies allerdings nicht der Fall sein, da es keine Nachteilsausgleichspflicht gibt. Allerdings wurde bereits gezeigt, dass die Mutter aufgrund der sie betreffenden Reputationsrisiken Anreize zur Schadensvermeidung hat.<sup>223</sup> Bereits deshalb wäre es verfehlt, anzunehmen, dass die Steuerungs- und Präventionsimpulse der Haftungsnormen im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Mutter im Alleinbesitz nicht die handlungsursächliche Muttergesellschaft trafen.

Es lässt sich damit festhalten, dass ein mögliches Entfallen der Steuerungs- und Präventionsfunktion von Haftungsnormen nicht als Nachteil der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz angeführt werden kann.

### III. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Haftungsbeschränkung sowohl im faktischen AG-Konzern als auch im faktischen GmbH-Konzern zu einer Vielzahl an zusätzlichen ökonomischen Vorteilen führt. Ein Wegfall dieser Vorteile würde nicht nur dem Unternehmen, sondern der Volkswirtschaft insgesamt schaden. Es wäre verfehlt, an dieser Stelle den einen *zentralen* Vorzug herauszuarbeiten, kommt doch jedem der Vorteile eine außerordentlich hohe Bedeutung zu. Aufgrund der unterschiedlichen Strukturvorgaben sind die

---

<sup>220</sup> Trautmann (Fn. 16), S. 304.

<sup>221</sup> Ebd.

<sup>222</sup> Ebd.

<sup>223</sup> Siehe oben **D. II. 1. b).**

Vorzüge im zentral organisierten faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz teilweise unterschiedlich gewichtet. In der Summe ist sie gleichwohl in beiden Konzernierungsformen von äußerst hoher Bedeutung. Der angebliche Nachteil des Entfallens der Steuerungs- und Präventionsfunktion von Haftungsnormen ist nicht gegeben. Die Gefahr der Risikoexternalisierung ist schließlich von geringer Bedeutung. Es ist deshalb festzuhalten, dass die Haftungsbeschränkung aufgrund ihrer originären wirtschaftlichen Vorteile im faktischen AG-Konzern und im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ökonomisch notwendig ist.

#### **E. Die rechtliche Notwendigkeit einer Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz**

Nachdem die ökonomische Notwendigkeit eruiert wurde, stellt sich nun die Frage, ob die Haftungsbeschränkung in den zu untersuchenden Konzernierungsformen auch aus rechtlicher Perspektive notwendig ist.

#### **I. Die rechtliche Verankerung der Haftungsbeschränkung durch den Gesetzgeber**

Das kapitalgesellschaftsrechtliche Prinzip der beschränkten Haftung gilt sowohl im faktischen AG-Konzern als auch im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz: Nach § 1 Abs. 1 S. 1 AktG muss die Mutter im Rahmen des faktischen AG-Konzerns nicht für die Verbindlichkeiten der nachgeordneten AG eintreten. Auch im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz haftet die Mutter als Alleingesellschafterin nach § 13 Abs. 2 GmbHG nicht für die Verbindlichkeiten der Tochter-GmbH. Eine Haftungsdurchbrechung wie im aktienrechtlichen Eingliederungskonzern (§ 322 AktG) hat der Gesetzgeber gerade nicht ausdrücklich angeordnet.<sup>224</sup> Die Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz erfährt damit eine feste gesetzliche Verankerung.

Der europäische Gesetzgeber hat dagegen zur Haftungssegmentierung im Konzern keine ausdrückliche Regelung getroffen, sondern dies den Mitgliedstaaten überlassen (Art. 2 Abs. 2 der Einpersonengesellschafts-

---

<sup>224</sup> König (Fn. 19), S. 616.

Richtlinie).<sup>225</sup> Eine zunächst diskutierte Durchgriffshaftung, die Konzernmütter von Töchtern im Alleinbesitz getroffen hätte, hat er jedenfalls aufgegeben.<sup>226</sup>

## **II. Die rechtssystematischen Widersprüche bei dem Wegfall der Haftungsbeschränkung**

### **1. Der rechtssystematische Widerspruch im faktischen AG-Konzern**

Es wurde aufgezeigt, dass die gesetzliche Konzeption der §§ 311 ff. AktG von einer dezentralen Struktur im faktischen AG-Konzern ausgeht.<sup>227</sup> Die Tochtergesellschaft ist keine nachgeordnete Weisungsempfängerin (§ 76 Abs. 1 AktG). Die Risiko- und Haftungsdurchschläge führen dazu, dass die Muttergesellschaftsleitung die Risiken bereits in ihrer Entstehung steuern muss. Es entstünde damit ein Spannungsverhältnis zu § 76 Abs. 1 und §§ 311 ff. AktG. Ein breitflächiges Aufbrechen des Prinzips der beschränkten Haftung im faktischen AG-Konzern stellt damit einen eklatanten Widerspruch zu der grundlegenden gesetzlichen Konzeption des faktischen AG-Konzerns als dezentralen Holding-Konzern dar, der nicht hinnehmbar ist. Das Gesetz hat dem Muttervorstand gerade kein umfassendes Weisungsrecht wie im aktienrechtlichen Eingliederungskonzern (§ 323 Abs. 1 S. 1 AktG) eingeräumt.

### **2. Der rechtssystematische Widerspruch im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz**

Der Muttergesellschaft als Alleingeschafterin steht im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz durch das Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG eine weitreichende Einflussmöglichkeit zu. Die Muttergesellschaft *kann* das Weisungsrecht ausüben, *muss* es aber nicht. Breitflächige Haftungsdurchbrechungen würden folglich dazu führen, dass aus der bloßen Möglichkeit eine Pflicht erwächst, obwohl dies im Gesetz nicht angelegt ist.<sup>228</sup> Es liegt damit auch bei dem faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ein durch die Haftungsdurchbrechungen ausgelöster systemsprengender Widerspruch vor.

### **3. Der rechtssystematische Widerspruch auf unionsrechtlicher Ebene**

Auf unionsrechtlicher Ebene ist darauf hinzuweisen, dass die Muttergesellschaft bei breitflächigen Haftungsdurchbrechungen daran gehindert wäre, von ihrer

---

<sup>225</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, S. 1047 f.; Hommelhoff (Fn. 171), S. 162 Fn. 154.

<sup>226</sup> Hommelhoff (Fn. 171), S. 162 Fn. 154.

<sup>227</sup> Siehe oben C. I.

<sup>228</sup> Vgl. Trautmann (Fn. 16), S. 309.

Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) in der Weise Gebrauch zu machen, wie eine wettbewerbsfähige ökosoziale Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV) im Binnenmarkt (Art. 26 AEUV) es gebietet.<sup>229</sup> Folglich kommt es auch auf dieser Ebene zu einem rechtssystematischen Widerspruch. Freilich ist hiervon nur der Fall der grenzüberschreitenden Konzernierung betroffen.

### III. Die Haftungsbeschränkung als logische Folge des Konzernrechts als *enabling law*

Ein modernes Konzernrecht darf sich nicht lediglich als bloßes Schutzrecht verstehen (*protecting law*), sondern muss ein stabiles Fundament bereitstellen, um Konzerne rechtssicher etablieren und praktizieren zu können (*enabling law*).<sup>230</sup> Mit anderen Worten muss es „Gewährleistungs- und Schutzrecht“<sup>231</sup> zugleich sein. Diese Ermöglichungsfunktion liegt dem faktischen GmbH-Konzern zugrunde: Dies hat der MoMiG-Gesetzgeber mit der Regelung des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG mittelbar zum Ausdruck gebracht.<sup>232</sup> So ist es nur dann sinnhaft, dem *cash pooling* einen rechtssicheren Boden zu geben, wenn das organisatorische Konstrukt, dem die Finanzierung nützt, rechtlich abgesichert ist.<sup>233</sup> Dies betrifft auch den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz. Auf der anderen Seite liegt die Ermöglichungsfunktion auch dem faktischen AG-Konzern zugrunde: Die §§ 311 ff. AktG gestatten dem herrschenden Unternehmen eine nachteilige Einflussnahme, wodurch sie die Einbindung der abhängigen Gesellschaft in das Konzerninteresse gestatten und damit die Konzernbildung ermöglichen.<sup>234</sup> Eine Aufweichung des Prinzips der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern und im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz steht der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts diametral entgegen. Die Haftungssegmentierung ist eine notwendige Bedingung dafür, den faktischen Konzern rechtssicher gewährleisten und zu fördern. Schließlich ließe sich ohne die Haftungsbeschränkung weder der faktische AG-Konzern noch der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz sinnvoll leiten.

### IV. Kein entgegenstehendes Postulat von Herrschaft und Haftung

Eine Haftungsbeschränkung auf der Ebene der nachgeordneten Gesellschaft könnte aus rechtlicher Sicht deshalb nicht hinnehmbar sein, da sie dem Postulat

---

<sup>229</sup> Hommelhoff (Fn. 171), S. 165.

<sup>230</sup> Hommelhoff (Fn. 137), S. 538.

<sup>231</sup> *Ebd.*

<sup>232</sup> Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 7.

<sup>233</sup> *Ebd.*

<sup>234</sup> Habersack, in: Emmerich/Habersack (Fn. 125), § 311 AktG Rn. 2.

von Herrschaft und Haftung widersprechen würde.<sup>235</sup> Im faktischen AG-Konzern, der über Minderheitsgesellschafter verfügt, greift dieser Einwand bereits deshalb nicht, weil ein Minderheitsgesellschafter im Konzern nur über einen geringen Einfluss verfügt. Aber auch, wenn das herrschende Unternehmen Alleinaktionär ist, ist zu beachten, dass die Tochter-AG nicht verpflichtet ist, seinen Weisungen Folge zu leisten. Im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ist die Lage aufgrund des § 37 Abs. 1 GmbHG anders. Dennoch wäre es auch hier verfehlt, der Muttergesellschaft rechtstheoretisch eine umfängliche Herrschaftsmacht zuzusprechen. Schließlich gilt auch hier, dass § 37 Abs. 1 GmbHG lediglich die Ausübung des Weisungsrechts ermöglicht. Vor allem aber gibt es einen Grundsatz des Gleichlaufes von Herrschaft und Haftung im deutschen Korporationsrecht gerade nicht.<sup>236</sup>

#### V. Zwischenergebnis

Es lässt sich festhalten, dass die Haftungsbeschränkung für den faktischen AG-Konzern und den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz rechtlich fest verankert ist. Sie ist aus Rechtsgründen bereits deshalb geboten, um systemsparenden Wertungswidersprüchen zu entgehen. Darüber hinaus ist sie logische Folge der Anerkennung des Konzernrechts als *enabling law*. Ein Postulat des Gleichlaufes von Herrschaft und Haftung, das dem deutschen Gesellschaftsrecht fremd ist, vermag daran nichts zu ändern. Die Haftungsbeschränkung ist im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz rechtlich notwendig.

#### F. Gesamtergebnis und Ausblick

Die Untersuchungen haben ergeben, dass die Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz sowohl ökonomisch als auch rechtlich notwendig ist. Die Ausgangsfrage nach deren Legitimation lässt sich damit eindeutig bejahen. Die Haftungsbeschränkung ist mithin rechtspolitisch gerechtfertigt. Aber nicht nur dies, die eruierte ökonomische und rechtliche Notwendigkeit hat vielmehr gezeigt, dass der Grundsatz der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im

---

<sup>235</sup> In diese Richtung gehend *Pohmer*, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, in: Raiser/Sauermann/Schneider, Das Verhältnis von Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, 1964, S. 57 (64).

<sup>236</sup> Siehe dazu *Lutter* (Fn. 177), S. 266.

Alleinbesitz zwingend ist. Vergegenwärtigt man sich dies, erscheinen die neusten Tendenzen der Haftungsdurchbrechungen insbesondere auf unionsrechtlicher Ebene als äußerst bedrohlich. Es sollte deshalb mit Nachdruck in der Wissenschaft auf die rechtliche und ökonomische Notwendigkeit der beschränkten Haftung hingewiesen werden und dies insbesondere auch in andere Rechtsgebiete, namentlich das Kartellrecht, getragen werden. Es muss allgemein verstanden werden, dass der faktische Konzern kein furchteinflößender Krake<sup>237</sup>, sondern *die* organisatorische Schöpfung des 20. Jahrhunderts ist.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Zum Bild der Krake siehe *Damler*, Konzern und Moderne, 2016, S. 303 ff.

<sup>238</sup> *Druey*, Corporate Governance im Konzern: ein Vorschlag, SZW 2012. 414 (416); zustimmend *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 399 und *Trautmann* (Fn. 16), S. 370.