

ALEXANDER WILHELM

# Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht

*Schriften zum  
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

37

---

**Mohr Siebeck**

# Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

herausgegeben von den Direktoren  
des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht  
der Bucerius Law School in Hamburg

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

37





Alexander Wilhelm

# Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht

Zur Anwendung der allgemeinen mitglied- und organschaftlichen  
Verhaltensbindungen auf Außenstehende  
unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter  
Corporate Governance-Probleme

Mohr Siebeck

*Alexander Wilhelm*, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und der University of the West of England, Bristol; 1. Staatsexamen 2009, Mag. iur. 2010; Refendariat im Bezirk des OLG Frankfurt a. M.; 2. Staatsexamen 2011; Promotion durch die Juristische Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität Mainz 2016; seither Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Prof. Dr. Peter O. Mülbert).

ISBN 978-3-16-155081-2 / eISBN 978-3-16-158837-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2019  
ISSN 2193-7273 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Meinen Eltern  
und Großeltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten im Wesentlichen bis September 2016, vereinzelt auch noch darüber hinaus berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem verehrten Lehrer und Doktorvater, Herrn Professor Dr. Peter O. Mülbert, der die Arbeit angeregt und ihre Entstehung vorbildlich begleitet hat. Entstanden ist sie während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, wo ich nun schon einige schöne und lehrreiche Jahre verbringen durfte. Der Inhaber unseres Nachbarlehrstuhls, Herr Professor Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford), hat nicht nur die Mühen des Zweitgutachtens auf sich genommen, sondern die finale Fassung durch eine Reihe wertvoller Anmerkungen bereichert. Ihm bin ich ebenso verpflichtet wie den Herausgebern der Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe. Der Johannes Gutenberg-Universität Mainz danke ich zudem für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Verbunden bin ich ferner meinen (teils ehemaligen) Kollegen am Mainzer Lehrstuhl, die mir über die Jahre in unterschiedlicher Form Hilfestellung geleistet haben. Neben der Sekretärin des Lehrstuhls, Frau Sandra Sandri, sind insbesondere Dr. Annemarie Grimm, Professor Dr. Lars Leuschner, Alexander Sajnovits und Andreas Küppers zu nennen, deren Kollegialität, Sachkunde und stete Diskussionsbereitschaft ich sehr zu schätzen wusste (und weiß). Gleiches gilt für meinen besten Freund Markus Ritterath, der zum Gelingen der Arbeit u. a. durch zahlreiche Hinweise aus der anwaltlichen Praxis – teils am Lagerfeuer in Ostafrika erteilt – beigetragen hat.

Danken möchte ich sodann Frau Christa Schumacher, ferner meiner Schwester Verena Pawlitz und ihrer Familie. Gerade in Phasen der Frustration und Selbstzweifel, die beim Schreiben einer Arbeit wie der vorliegenden kaum ausbleiben, konnte ich mich immer auf sie und ihren liebevollen, motivierenden Zuspruch verlassen.

Den größten Dank schulde ich jedoch meinen Eltern, Anita und Edgar Wilhelm, sowie meinen leider bereits verstorbenen Großeltern. Sie haben mir nicht

nur meine Ausbildung ermöglicht, sondern mich auf meinem bisherigen Lebensweg, jede(r) auf seine bzw. ihre Weise, auch sonst vorbehaltlos unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Mainz, im Dezember 2016

Alexander Wilhelm

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
Kapitel 1: Einführung . . . . .	1
§ 1 Problemaufriss . . . . .	1
A. Corporate Governance und die wachsende Bedeutung externer Dritter . . . . .	1
B. Typenbildung und Konfliktfelder . . . . .	2
C. Reaktionen . . . . .	4
D. Primat der Regulierung? . . . . .	5
§ 2 Gang der Untersuchung, Arbeitsthese und Methode . . . . .	5
Kapitel 2: Mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen . . . . .	9
§ 3 Grundlegungen . . . . .	9
A. Kurze Bestandsaufnahme . . . . .	9
B. Konkretisierung des Ausgangspunkts . . . . .	10
C. Der Gegensatz von Verkehrsschutz und Mitgliederschutz als Weichenstellung . . . . .	12
I. Gegenüberstellung . . . . .	12
1. Verkehrsschutz . . . . .	12
2. Mitgliederschutz . . . . .	14
II. Korrelationen . . . . .	15
III. Folgerungen für den Problemzugriff . . . . .	16
1. Die Erstreckung von Verkehrsschutzregeln: Ein Problem der Gesetzesumgehung . . . . .	16
2. Die Erstreckung von Mitgliederschutzregeln: Ein Problem der Rechtsgeschäftslehre und der Lehre von den rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen . . . . .	17
D. Gang der Darstellung . . . . .	18

§ 4	Mitgliedschaftliche Verkehrsschutzregeln	19
A.	Überblick	19
I.	„Echte“ Dritterstreckung	19
II.	„Unechte“ Dritterstreckung	20
III.	Weitere Vorgehensweise	21
B.	Echte Dritterstreckung	21
I.	Konzeptionelle Grundlagen	21
1.	Problemaufriss	21
2.	Keine zwingend-rechtliche Konzeption des Gesetzes	22
3.	Funktionale Betrachtung	25
a)	Die Gläubigerperspektive	25
b)	Die Perspektive der potenziellen Normadressaten	34
4.	Weitere Begrenzungen	36
5.	Folgerungen	36
II.	Die Gründerhaftung für falsche Angaben	37
1.	Der Grundtatbestand im Überblick	37
2.	Einbeziehung der Hintermänner	39
a)	Vermögensinteresse	39
b)	Einwirkungsmacht	40
3.	Weitere wichtige Beobachtungen und Folgerungen	42
a)	Unzumutbarkeit eines mittelbaren Haftungszugriffs	42
b)	Verallgemeinerung der Haftungskriterien für andere „mittelbare Gesellschafter“	42
c)	(Atypisch) Stille Beteiligte?	43
III.	Die Körperschaftliche Finanzverfassung	46
1.	Einführung	46
2.	Regelungsbereiche und Rechtsgrundlagen im Überblick	47
a)	GmbH	47
b)	Aktiengesellschaft	49
c)	Kapitalgesellschaft & Co. KG	50
d)	Insbesondere: Gesplittete Einlage und Finanzplankredit	52
e)	Keine gesetzlichen Vorgaben zur Einbeziehung Dritter (mehr)	54
3.	Rechtsprechungslinien	55
a)	Mittelbare Gesellschafter	56
aa)	Treugeber	56
bb)	Atypische Pfandgläubiger	58
cc)	Nießbraucher	60
dd)	Gesellschafter-Gesellschafter	61
ee)	Nahe Angehörige?	65
ff)	Rechtsberater?	66
gg)	Franchisegeber?	67
b)	Faktischer Gesellschafter kraft direkter Nähe zur Gesellschaft	68
aa)	Atypisch stille Beteiligte	69
aaa)	GmbH & Co. KG	70
bbb)	GmbH	73
ccc)	Aktiengesellschaft	75

bb) Genussrechts- und Darlehensgläubiger? . . . . .	76
cc) Weitere Fallgruppen? . . . . .	77
4. Das Meinungsbild im Schrifttum . . . . .	79
a) Überwiegende Akzeptanz der Fallgruppen	
im Grundsätzlichen . . . . .	80
aa) Mittelbare Gesellschafter . . . . .	80
aaa) Treugeber . . . . .	81
bbb) Nießbraucher . . . . .	82
ccc) Gesellschafter-Gesellschafter . . . . .	82
ddd) Atypische Pfandgläubiger . . . . .	84
eee) Nahe Angehörige . . . . .	85
fff) Stellvertreter, Bevollmächtigte; Franchisegeber . . . . .	85
bb) Faktischer Gesellschafter kraft direkter Nähe	
zur Gesellschaft . . . . .	86
b) Grundpositionen bei der Formulierung allgemeiner	
Einbeziehungskriterien . . . . .	87
aa) Die herrschende Lehre . . . . .	88
bb) Die Lehre von der Risikoexposition . . . . .	88
cc) Die Position <i>Habersacks</i> . . . . .	90
dd) Die Gegenpositionen von <i>Servatius, Holger Fleischer</i>	
und anderen . . . . .	91
ee) Vermittelnde Ansichten . . . . .	92
ff) Insbesondere: Die Lehre von der Innen-KG . . . . .	94
c) Schwierigkeiten bei der Präzisierung der Kriterien . . . . .	95
aa) Vermögenskomponente . . . . .	95
bb) Einwirkungskomponente . . . . .	97
aaa) Umfang und Bezugspunkt der Befugnisverlagerung	
bbb) Instrumente (Art und Weise) der	
Befugnisverlagerung . . . . .	99
5. Eigene Konzeption . . . . .	103
a) Bewertung der Rechtsprechungslinien im Grundsätzlichen . . . . .	104
aa) Mittelbare Gesellschafter . . . . .	104
aaa) Treugeber . . . . .	104
bbb) Nießbraucher, Unterbeteiligte . . . . .	106
ccc) Gesellschafter-Gesellschafter . . . . .	107
ddd) Atypische Pfandgläubiger . . . . .	111
eee) Nahe Angehörige . . . . .	113
fff) Rechtsberater, Franchisegeber . . . . .	114
bb) Faktischer Gesellschafter kraft direkter Nähe	
zur Gesellschaft . . . . .	114
aaa) Atypisch stille Beteiligte . . . . .	114
bbb) Genussrechts- und Darlehensgläubiger . . . . .	116
b) Ergänzende Anmerkungen zu den abweichenden	
Konzeptionen . . . . .	118
c) Präzisierung des Vermögenskriteriums . . . . .	121
d) Präzisierung des Einwirkungskriteriums . . . . .	124

aa)	Umfang und Bezugspunkt . . . . .	124
aaa)	Erster Schritt . . . . .	124
bbb)	Zweiter Schritt . . . . .	126
ccc)	Dritter Schritt . . . . .	127
(1)	Gleichstellung mit einem Kommanditisten . . . . .	128
(2)	Gleichstellung mit einem GmbH-Gesellschafter . . . . .	129
(3)	Gleichstellung mit einem Aktionär . . . . .	130
bb)	Instrumente (Art und Weise) . . . . .	132
aaa)	Unproblematisches und Problematisches . . . . .	132
bbb)	Faktische/wirtschaftliche Einwirkungsmacht . . . . .	134
(1)	Definitionsprobleme . . . . .	135
(2)	Beweisprobleme und typisierte Betrachtung . . . . .	137
ccc)	Schuldvertragliche Einwirkungsmacht und statutarische Absicherung . . . . .	140
(1)	Einbeziehung jedenfalls selbstexekutiver bzw. zwangsweise durchsetzbarer Rechte . . . . .	140
(2)	Mittelbare Gesellschafter: Entbehrlichkeit einer statutarischen Absicherung . . . . .	143
(3)	Atypisch stille Beteiligte: Erfordernis differenzierter Betrachtung . . . . .	144
(4)	Atypisch stille Beteiligte: Folgerungen . . . . .	146
(i)	Statutarische Verankerung . . . . .	146
(ii)	Rein schuldrechtliche Befugnisse . . . . .	148
e)	Die Ausfallhaftung (§ 24 GmbHG) im Besonderen . . . . .	151
6.	Technische Folgefragen . . . . .	152
a)	Kleinbeteiligungsprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO n. F.) . . . . .	152
aa)	Mittelbare Gesellschafter . . . . .	153
bb)	Atypisch stille Beteiligte . . . . .	154
cc)	Sonstige Dritte im Besonderen . . . . .	155
b)	Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4 S. 2 InsO n. F.) . . . . .	156
7.	Zusammenfassung und weiterführende Überlegungen . . . . .	157
IV.	Personengesellschaftsrechtliche Außenhaftung . . . . .	159
1.	Überblick . . . . .	159
2.	Unbeschränkte Außenhaftung analog § 128 HGB . . . . .	160
a)	Rechtsprechung . . . . .	160
b)	Das Meinungsbild im Schrifttum . . . . .	161
c)	Stellungnahme . . . . .	162
aa)	Treugeber . . . . .	162
aaa)	Ausgangspunkt und von vornherein fehlgehende Erwägungen . . . . .	163
bbb)	Die kritische Unterscheidung von <i>institutionellem</i> und <i>personenbezogenem</i> Vertrauen . . . . .	163
(1)	Kapitalgesellschaften: Institutionelles Vertrauen . . . . .	164
(2)	<i>GbR</i> und <i>OHG</i> : Personenbezogenes Vertrauen . . . . .	165
bb)	Sonstige Dritte . . . . .	167

3. Kommanditistengleiche Außenhaftung analog §§ 171 ff. HGB . . . . .	167
a) Rechtsprechung . . . . .	168
aa) Treugeber . . . . .	168
bb) Atypisch stille Beteiligte . . . . .	169
cc) Sonstige Fallgruppen? . . . . .	170
b) Das Meinungsbild im Schrifttum . . . . .	171
c) Stellungnahme . . . . .	172
V. Vorbelastungs-(Unterbilanz-) und Verlustdeckungshaftung . . . . .	175
1. Grundlagen und Überblick . . . . .	175
2. Eckpunkte des Haftungskonzepts . . . . .	176
3. Anwendung auf gesellschaftergleiche Dritte:	
Der Meinungsstand . . . . .	178
4. Stellungnahme . . . . .	179
a) Ausgangspunkt . . . . .	180
b) Die Unterscheidung von Alt- und Neugläubigern . . . . .	180
c) Folgerungen . . . . .	182
VI. Haftung bei wirtschaftlicher Neugründung . . . . .	183
1. Überblick . . . . .	183
2. Das Konzept des BGH . . . . .	183
a) Das Offenlegungserfordernis . . . . .	183
b) Die Haftung bei unterbliebener Offenlegung . . . . .	185
3. Erstreckung der Haftung auf Nichtgesellschafter . . . . .	186
a) Ausgangspunkt . . . . .	186
b) Mittelbare Gesellschafter . . . . .	187
c) Sonstige Dritte, insbesondere atypisch stille Beteiligte . . . . .	188
VII. Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 3 InsO) . . . . .	189
1. Überblick . . . . .	189
2. Keine Anwendung auf Nichtgesellschafter . . . . .	190
C. Unehnte Dritterstreckung . . . . .	191
I. Überblick . . . . .	191
II. Verhaltenszurechnung . . . . .	192
1. Zurechnung kraft Veranlassung . . . . .	192
a) Allgemeines . . . . .	192
b) Besonderes . . . . .	193
2. Mittelbare Begünstigung . . . . .	195
a) Erfüllung oder Übernahme einer Verbindlichkeit . . . . .	195
b) Zuwendungen an Beteiligungsgesellschaften . . . . .	196
c) Würdigung . . . . .	198
III. Identitätszurechnung aufgrund wirtschaftlicher Einheit . . . . .	199
1. Mittelbare Stellvertreter . . . . .	200
2. Verbundene Unternehmen . . . . .	202
a) Rechtsprechung . . . . .	202
b) Schrifttum . . . . .	204
3. Nahe Angehörige . . . . .	206
4. Würdigung . . . . .	207
a) Kapitalaufbringung . . . . .	207

b) Kapitalerhaltung . . . . .	208
aa) Haftung des Gesellschafters . . . . .	208
bb) Haftung des Dritten . . . . .	209
aaa) Allgemeine Bedenken . . . . .	209
bbb) Spezielle Bedenken . . . . .	210
(1) Verbundene Unternehmen . . . . .	210
(2) Nahe Angehörige . . . . .	212
c) Recht der Gesellschafterdarlehen . . . . .	214
D. Zwischenfazit . . . . .	215
§ 5 Mitgliedschaftliche Mitgliederschutzregeln . . . . .	216
A. Einführung und Überblick . . . . .	216
B. Mitgliedschaftliche Beitragspflichten . . . . .	217
I. Allgemeines . . . . .	217
II. Erstreckung auf Nichtgesellschafter? . . . . .	220
C. Mitgliedschaftliche Treuepflicht . . . . .	221
I. Überblick . . . . .	221
II. Entwicklung . . . . .	222
III. Funktionsweise . . . . .	223
1. Allgemeines . . . . .	223
2. Einzelne Ausprägungen . . . . .	225
3. Ausnahmen und Abbedingung . . . . .	227
IV. Normative Fundierung . . . . .	229
1. Rechtsethische Fundierung . . . . .	230
a) Meinungsbild . . . . .	230
b) Bewertung . . . . .	232
2. Rechtsdogmatische Fundierung . . . . .	235
a) Meinungsbild . . . . .	236
aa) Personengesellschaften . . . . .	236
bb) Kapitalgesellschaften . . . . .	237
b) Bewertung . . . . .	239
aa) Vorüberlegungen . . . . .	239
bb) Defizite der bisherigen Konzeptionen . . . . .	242
aaa) Richterliche Rechtsfortbildung . . . . .	242
bbb) Deliktsrechtliches Modell . . . . .	242
ccc) Vertragstheorien . . . . .	243
ddd) Organisationsrechtliche Sonderverbindung . . . . .	246
c) Die Einordnung der Treuepflicht als gesetzliches Begleitschuldverhältnis zum Gesellschaftsvertrag . . . . .	246
aaa) Weichenstellung . . . . .	246
bbb) Nebenpflicht statt Haupt(leistungs)pflcht . . . . .	248
V. Erstreckung auf Nichtgesellschafter . . . . .	249
1. Rechtsprechung . . . . .	250
a) Gesellschafter-Gesellschafter . . . . .	250
b) Treuhandverhältnisse . . . . .	251
c) Stimmrechtsvertreter . . . . .	252

2. Lehre . . . . .	253
a) Gesellschafter-Gesellschafter . . . . .	253
b) Treuhandverhältnisse . . . . .	255
c) Stimmrechtsvertreter . . . . .	256
d) Treupflichtdimensionen in der Kapitalgesellschaft & Co. KG . . . . .	258
e) Unterbeteiligte, Nießbraucher, stille Beteiligte . . . . .	259
f) Vor- und nachmitgliedschaftliche Treupflichten . . . . .	260
3. Eigene Konzeption . . . . .	263
a) Allgemeine Feststellungen . . . . .	263
b) Das Einwirkungskriterium . . . . .	265
aa) Weichenstellung . . . . .	265
bb) Soziale Treupflicht . . . . .	267
aaa) Umfang und Bezugspunkt . . . . .	268
bbb) Art und Weise (Instrumente) . . . . .	269
cc) Individuelle Treupflicht . . . . .	271
aaa) Umfang und Bezugspunkt . . . . .	271
bbb) Art und Weise (Instrumente) . . . . .	272
c) Das Vertrauenskriterium . . . . .	272
aa) Soziale Treupflicht . . . . .	272
bb) Individuelle Treupflicht . . . . .	274
d) Folgerungen für einzelne Fallgruppen . . . . .	275
aa) Gesellschafter-Gesellschafter . . . . .	275
bb) Treuhandverhältnisse . . . . .	276
cc) Stimmrechtsvertreter . . . . .	277
aaa) Einwirkungskriterium . . . . .	277
bbb) Vertrauenskriterium . . . . .	279
(1) Personen- versus Kapitalgesellschaften . . . . .	279
(2) Private versus professionelle Stimmrechtsvertreter . . . . .	280
(3) Keine Treubindung bei Befolgung konkreter Weisungen . . . . .	282
ccc) Folgerungen: <i>Girmes</i> als Missgriff? . . . . .	282
dd) Treupflichtdimensionen in der Kapitalgesellschaft & Co. KG . . . . .	285
ee) Stille Beteiligte . . . . .	285
ff) Nießbraucher, Unterbeteiligte und sonstige . . . . .	286
gg) Vormitgliedschaftliche Treupflichten . . . . .	287
 § 6 Zwischenfazit: Die Grundlinien einer allgemeinen Einbeziehungslehre für die mitgliedschaftlichen Verhaltensbindungen und deren Bedeutung für den Fortgang der hiesigen Überlegungen . . . . .	 289
A. Das Aufgreifkriterium . . . . .	289
B. Eingriffskriterien . . . . .	290
I. Verkehrsschutz . . . . .	291
II. Mitgliederschutz . . . . .	291

C. Erste Konsequenzen für den Fortgang der Überlegungen . . . . .	292
I. Covenant-gesicherte Kreditgeber . . . . .	292
II. Stimmrechtsberater . . . . .	293
 Kapitel 3: Mitgliedschaftsnahe Spezialtatbestände im Besonderen . . . . .	295
 § 7 Das Recht des faktischen Aktienkonzerns . . . . .	295
A. Grundlagen . . . . .	295
I. Der Regelungsgehalt im Überblick . . . . .	296
II. Regelungsziele . . . . .	297
B. Anwendung auf Nichtgesellschafter . . . . .	299
I. Mittelbare Abhängigkeit und verwandte Fälle . . . . .	300
II. Das Meinungsbild im Übrigen . . . . .	301
III. Stellungnahme . . . . .	303
C. Folgerungen . . . . .	305
 § 8 Existenzvernichtung und qualifiziert-faktischer Konzern . . . . .	306
A. Einführung . . . . .	306
B. Hintergründe . . . . .	307
C. Entwicklung der Rechtsprechung . . . . .	309
I. Frühere Konzepte . . . . .	309
II. Die <i>Trihotel</i> -Entscheidung . . . . .	311
III. Übertragung auf die AG? . . . . .	313
D. Das Meinungsbild im Schrifttum . . . . .	314
I. Rezeption der <i>Trihotel</i> -Judikatur und Übertragung auf die AG . . . . .	314
II. Weitergehender Schutzbedarf bei der AG? . . . . .	315
E. Erste Stellungnahme . . . . .	317
I. GmbH-Recht . . . . .	318
1. Grundsatzerwägungen . . . . .	318
2. Dogmatische Fundierung im Detail . . . . .	320
3. Haftungsumfang . . . . .	323
II. Aktienrecht . . . . .	323
F. Einbeziehung Dritter . . . . .	324
I. Existenzvernichtungshaftung . . . . .	325
1. Rechtsprechung . . . . .	325
2. Schrifttum . . . . .	326
3. Stellungnahme . . . . .	328
II. Qualifiziert-faktischer Konzern und qualifizierte Nachteilszufügung bei der AG . . . . .	330
G. Folgerungen . . . . .	331
 § 9 Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung . . . . .	332
A. Grundlagen . . . . .	333
I. Rechtsprechung . . . . .	333

II. Das Meinungsbild im Schrifttum . . . . .	334
III. Stellungnahme . . . . .	336
1. Treupflichtbasierte Lösung? . . . . .	336
2. Partielle Analogie zu §§ 128, 176 Abs. 1 HGB . . . . .	337
3. Natur der Haftung und Übertragung auf andere Rechtsformen . . . . .	338
B. Anwendung auf Dritte; Folgerungen . . . . .	339
§ 10 Deliktshaftung nach § 117 AktG . . . . .	341
A. Überblick . . . . .	342
B. Bewertung für den Fortgang der Überlegungen . . . . .	345
 Kapitel 4: Organschaftliche Verhaltensbindungen . . . . .	 347
§ 11 Die Lehre vom faktischen Geschäftsleiter . . . . .	348
A. Überblick . . . . .	348
B. Dogmatische Grundlagen . . . . .	350
I. Personengesellschaften . . . . .	350
II. Kapitalgesellschaften . . . . .	352
1. Überblick . . . . .	352
2. Einheitlicher Geltungsgrund? . . . . .	353
a) Mitgliederschutz: Geltungsgrund Privatautonomie . . . . .	354
b) Gläubiger- und Verkehrerschutz: Geltungsgrund aus objektivem Gesetzesrecht . . . . .	355
C. Erstreckung der Geschäftsleiterpflichten auf Dritte . . . . .	356
I. Personengesellschaften . . . . .	356
II. Kapitalgesellschaften . . . . .	358
1. Rechtsprechung . . . . .	359
2. Meinungsbild im Schrifttum . . . . .	361
3. Bewertung . . . . .	363
a) Grundsätzliche Überlegungen . . . . .	363
b) Normspezifische Kriterienbildung im Detail . . . . .	365
aa) Gesellschafterschutz . . . . .	366
bb) Gläubigerschutz . . . . .	369
cc) Sonstige im öffentlichen Interesse bestehende Pflichten . . . . .	371
D. Zusammenfassung und Folgerungen . . . . .	373
 § 12 Dritte als außerordentliche Organ-, namentlich Beiratsmitglieder . . . . .	 374
A. Überblick . . . . .	374
B. Die Haftung obligatorischer und fakultativer Aufsichtsräte . . . . .	375
C. Die Haftung des „Beirats“ . . . . .	376
I. Rechtsprechung . . . . .	377
II. Das Meinungsbild im Schrifttum . . . . .	377
1. Schuldrechtlicher Beirat . . . . .	377
2. Beirat auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage . . . . .	378

a) GmbH . . . . .	378
b) GmbH & Co. KG . . . . .	379
III. Stellungnahme . . . . .	379
1. Grundsätzliches . . . . .	379
2. Schuldrechtlicher Beirat . . . . .	381
3. Beirat als Gesellschaftsorgan . . . . .	382
IV. Einordnung der Ergebnisse in ein Gesamtsystem der Beirats- und Aufsichtsratshaftung . . . . .	383
D. Folgerungen . . . . .	385
Kapitel 5: Herleitung spezieller Lösungsansätze aus dem Erarbeiteten . . . . .	387
§ 13 Covenant-gesicherte Kreditgeber . . . . .	387
A. Überblick . . . . .	387
B. Bestandsaufnahme . . . . .	388
I. Begriff und praktische Bedeutung . . . . .	388
II. Erscheinungsformen . . . . .	391
1. Affirmative Covenants . . . . .	391
2. Negative Covenants . . . . .	392
3. Financial Covenants . . . . .	392
III. Spannungsfelder . . . . .	393
IV. Regelungsvorschläge . . . . .	395
C. Eigene Ansätze . . . . .	397
I. Vorüberlegungen . . . . .	397
II. Lösungsansätze im Spannungsfeld zwischen den Gläubigergruppen 1. Umqualifizierung des Kredits in Haftkapital . . . . .	398
2. Weitere Ansätze . . . . .	400
III. Lösungsansätze im Spannungsfeld zur Gesellschaft und ihren Mitgliedern . . . . .	401
D. Fazit . . . . .	403
§ 14 Institutionelle Stimmrechtsberater . . . . .	403
A. Überblick . . . . .	403
B. Bestandsaufnahme . . . . .	404
I. Kerngeschäft und praktische Bedeutung . . . . .	404
II. Spannungsfelder . . . . .	406
1. Gefahr der Einflussnahme zum Schaden der Gesellschaft . . . . .	406
2. Interessenkonflikte . . . . .	408
III. Regelungsvorschläge, Reaktionen . . . . .	409
1. Bürgerliches Recht . . . . .	409
2. Kapitalmarktrecht . . . . .	411
3. Gesellschaftsrecht . . . . .	412
4. Regulierung de lege ferenda, Reaktionen der Praxis . . . . .	413

C. Eigene Ansätze . . . . .	415
I. Vorüberlegungen . . . . .	415
II. Aktivierung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht . . . . .	416
1. Das Aufgreifkriterium . . . . .	416
2. Das Eingriffskriterium . . . . .	419
III. Rechtsfolgen . . . . .	420
1. Haftung für die Gesellschaft schädigende Abstimmungsempfehlungen . . . . .	420
2. Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten . . . . .	421
3. Pflicht zur Ermöglichung von Stellungnahmen durch die Emittenten . . . . .	422
D. Fazit und weitergehende Überlegungen . . . . .	422
 Kapitel 6: Schluss . . . . .	 425
 § 15 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Kernthesen . . . . .	 425
 Literaturverzeichnis . . . . .	 429



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung
AktG	Aktiengesetz
al.	alii
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
AT	allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Der Betriebsberater
Bearb.	Bearbeitung/Bearbeiter
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
BT-Drucks.	Verhandlungen des Deutschen Bundestags/Drucksachen
bzw.	beziehungsweise
CFL	Corporate Finance Law
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
dens.	denselben
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht

EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECL	European Company Law
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einl.	Einleitung
ESMA	European Securities and Markets Authority
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FB	Finanz-Betrieb
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GWR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRA	Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung
i. d.	in diesem
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
KapAEG	Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz
KG	Kommanditgesellschaft; bei Zitaten Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
MaRisk	Rundschreiben 10/2012 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk
Mio.	Millionen
m.N.	mit Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mißbräuchen

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	Oberlandesgericht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite; bei Gesetzesziten Satz
sog.	so genannte
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
t.v.A.	teilweise vertretene(r) Ansicht
Tz.	Teilziffer
u. a.	und andere; unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	von/vom
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil
zzgl.	Zuzüglich
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess



## Kapitel 1

### Einführung

#### § 1 Problemaufriss

##### *A. Corporate Governance und die wachsende Bedeutung externer Dritter*

„Corporate Governance ist unser Schicksal“ – mit dieser durchaus fatalistischen Prognose leitet *Holger Fleischer* einen Beitrag ein, der im Frühjahr 2012 in der *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* erschien.<sup>1</sup> Inhaltlich steht er mit dieser Formel keineswegs allein, fügt sie sich doch nahtlos in eine ganze Reihe bildhafter Sentenzen, mit denen die Wissenschaft in jüngerer Zeit die besondere Bedeutung der Corporate Governance beschrieb.<sup>2</sup>

Tatsächlich ist festzustellen, dass der Begriff „Corporate Governance“ trotz seines schillernden, immer noch recht unklaren Gehalts<sup>3</sup> im aktuellen gesellschaftsrechtlichen Diskurs geradezu ubiquitär begegnet. Nach konventioneller Lesart gemeint sind bestimmte „qualitative Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung“, zu denen insbesondere „Kompetenzen, Kompetenzschränken und materiale Verhaltensregeln“ zählen.<sup>4</sup> Andere sprechen von der „Unternehmensverfassung als Gesamtheit der Regeln der Unternehmensleitung und -überwachung“.<sup>5</sup> Nachdem die Disziplin als Aufgabe und Forschungsthema zunächst im angelsächsischen Raum in Erscheinung trat, stößt sie heute in nahezu sämtlichen Industriestaaten auf Interesse. In Deutschland und Europa steht die Corporate Governance als solche etwa seit der Jahrtausendwende auf der rechtspolitischen Agenda.<sup>6</sup>

Versuche, die Unternehmensverfassung deutscher Gesellschaften zu verbessern, sind mittlerweile Legion, obschon bislang primär die (börsennotierte) AG

---

<sup>1</sup> *Fleischer*, ZGR 2012, 160, 161.

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235, 236; *Rode*, Kodex, S. 49 („Corporate Governance in aller Munde“); *K. Schmidt*, WPg 2003, S141 („Alle sprechen von Corporate Governance“).

<sup>3</sup> Dazu schon *Mülbart/A. Wilhelm*, ZHR 176 (2012), 286, 320 f.; *Wernsmann/Gatzka*, NZG 2011, 1001 f.

<sup>4</sup> So schon *Mülbart/A. Wilhelm*, ZHR 176 (2012), 286, 321 mit Verweis auf *K. Schmidt*, AG 2006, 597, 601 und andere; ähnlich *Grützner/Jakob* in *Grützner/Jakob*, Corporate Governance.

<sup>5</sup> *MK-GmbHG/Stephan/Tieves*, § 37 Rn. 36; ähnlich *Bachmann*, AG 2011, 181 („Mechanismen [...], um eine angemessene Kontrolle und Steuerung großer, insbesondere börsennotierter Aktiengesellschaften ins Werk zu setzen“).

<sup>6</sup> *Wilsing*, ZGR 2012, 291, 292; zu den Ursachen dieser Verspätung etwa *Spahlinger/Wegen/Carl*, Rn. 1503; *Wernsmann/Gatzka*, NZG 2011, 1001 f.; *Seibert* in *FS Hommelhoff*, S. 1111, 1112 f.

im Mittelpunkt stand. Einen Meilenstein bildete insofern der Deutsche Corporate Governance Kodex, der in seiner Urform im Februar 2002 vorgelegt wurde, doch hat es immer wieder auch formalgesetzliche Eingriffe des Gesetzgebers gegeben, um bestimmte Zielvorstellungen zu verwirklichen.<sup>7</sup> Zudem hat die Wissenschaft früh darauf hingewiesen, dass die Grundprobleme der Corporate Governance keinesfalls auf Aktiengesellschaften beschränkt,<sup>8</sup> sondern auch bei der GmbH<sup>9</sup> und – nach manchen – sogar bei Personengesellschaften<sup>10</sup> von Bedeutung sind. Inhaltlich lag der Schwerpunkt zunächst ganz auf der Organisation und den Pflichten der Verwaltungsorgane, bei der AG also des Vorstands und des Aufsichtsrats. Kernthemen waren und sind z. B. die mangelnde Effizienz und angeblich zu homogene Besetzung der Gremien, die Notwendigkeit einer Karenzphase für den Wechsel von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat oder die Fehlanreize, die allzu kurzfristig ausgerichtete Vergütungssysteme im Unternehmensmanagement bewirken.<sup>11</sup>

In den letzten fünf bis zehn Jahren sind daneben freilich noch weitere Facetten hinzugekommen. Beispielsweise wird diskutiert, das Schichtwerk der Corporate Governance stärker auch in Richtung der Anteilseigner und ihrer Aufgaben zu verdichten. Insoweit stehen vor allem die seit dem Ende der sog. Deutschland-AG in erhöhter Konzentration auftretenden<sup>12</sup> institutionellen Investoren – Versicherungen, Kreditinstitute etc. – in Rede, denen stärker als bisher eine Rolle als „verantwortungsvolle Eigentümer“ zuzudenken sei.<sup>13</sup> Zum anderen ist zu beobachten, dass als Protagonisten im Unternehmensgeflecht zunehmend auch Außenstehende in Erscheinung treten, die mit der Gesellschaft organisatorisch nicht verbunden sind, die aber gleichwohl – unmittelbar oder mittelbar – Einfluss auf ihre Geschicke nehmen.

## B. Typenbildung und Konfliktfelder

Typologisch lassen sich die Letztgenannten in verschiedene Kategorien einsortieren. Angesprochen sind zunächst gewisse Personen, die dem Unternehmen offen und aus erkennbar eigenem, autonomem Antrieb als Geschäftspartner entgegenreten. Dies betrifft namentlich Kreditgeber, insbesondere Kreditinstitute (Ban-

<sup>7</sup> So vor allem dann, wenn sich die Verankerung entsprechender Vorgaben im Kodex aus Sicht des Gesetzgebers als praktisch ungenügend erwies; näher zu diesem Phänomen mit zahlreichen Beispielen – sowie zum Deutschen Corporate Governance Kodex überhaupt – *Mülbert* in *Fleischer/Kalss/Vogt*, S. 23, 26 f.; *Kremer*, ZIP 2011, 1177, 1179.

<sup>8</sup> S. schon *Hopt* in FS Mestmäcker, S. 909, 913.

<sup>9</sup> Prägnant *K. Schmidt*, WPg 2003, S141; *MK-GmbHG/Fleischer*, Einleitung Rn. 295 ff.

<sup>10</sup> *MAH-PersGesR/Arnhold/Rohner*, § 3 Rn. 39; für die GmbH & Co. *KG Binz/Sorg*, § 10 Rn. 10.

<sup>11</sup> Statt vieler *Wilsing*, ZGR 2012, 291, 292; *Bachmann*, AG 2011, 181, 187 ff. Speziell zum Vergütungsthema zuletzt *Mülbert/A. Wilhelm* in *Busch/Ferrarini*, Rn. 6.16 ff., 6.77.

<sup>12</sup> S. zuletzt *Seibert*, AG 2015, 593, 596.

<sup>13</sup> Statt vieler *Seibert* in FS Hoffmann-Becking, S. 1101, 1103; *Fleischer*, ZGR 2011, 155, 162 ff.

ken). Obschon es im Grunde nichts Neues ist, dass Kreditgeber aus ihrer wirtschaftlichen Stellung heraus mitunter erheblichen Einfluss auf eine finanzierte Gesellschaft nehmen (können) und sich entsprechende Kompetenzen über sog. Covenants – d. h. schuldrechtliche Nebenabreden zum Kreditvertrag – sogar teils rechtlich zusichern lassen,<sup>14</sup> scheint die Rolle von Kreditgebern unter dem Aspekt der Corporate Governance noch immer nicht vollständig geklärt.<sup>15</sup> Daneben begegnen Akteure, die im Hinblick auf die Geschicke des Verbands weniger als Widerpart mit evident eigenständigen Interessen, sondern als *Hilfspersonen* der Verwaltung und/oder der Gesellschafter agieren. Seit jeher geht es insofern um den Abschlussprüfer, der sich funktional als Agent des Aufsichtsrats qualifiziert<sup>16</sup> und als solcher – für die AG – sowohl in das gesetzliche Regelungssystem als auch in einzelne Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex eingebunden wurde.<sup>17</sup> In ähnlicher Weise sind institutionelle Stimmrechtsvertreter – Depotbanken etc. – seit Längerem bekannt und in § 135 AktG punktuell reguliert.

Unklarer erscheinen die Rollen anderer, teils relativ neuartiger Hilfspersonen, wobei es sich vor allem um *Beraterklassen* handelt. Zu denken ist zunächst an Rechtsberater, d. h. Anwälte oder Steuerberater, die je nach Konstellation die Gesellschaft, ihre Organe oder die Gesellschafter beraten und so zum Teil erheblichen, mindestens faktischen Einfluss ausüben. Sodann geht es um institutionelle Stimmrechtsberater, die ein vergleichsweise neues Phänomen bilden: Ihr Geschäft ist es, die Aktionäre vor allem börsennotierter Gesellschaften bezüglich der Ausübung ihres Stimmrechts in den Hauptversammlungen zu beraten und nach vorheriger Analyse entsprechende Empfehlungen abzugeben.<sup>18</sup> Ebenfalls recht neu im Rampenlicht stehen Vergütungsberater, die namentlich bei der AG eine Rolle spielen, soweit es um die Entscheidungsfindung über Art und Umfang der vom Aufsichtsrat festzusetzenden Vorstandsbezüge geht,<sup>19</sup> oder Wirtschaftsprüfer, soweit sie sich in der Krise eines Mandanten als Sanierungsberater betätigen<sup>20</sup>. Schließlich sind Vermögensverwalter zu nennen, die mit der Verwaltung der Beteiligungen ihrer Kunden betraut sind, was auch die stellvertretende Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten umfassen kann.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> Hierzu sowie zu den korrelierenden Rechtsfragen liegt mittlerweile eine ganze Reihe von Monographien vor: s. etwa *Servatius*, Covenants; *Bochmann*, Covenants; *Fettes*, Covenants; *Heinrich*, Covenants; *Majic*, Covenants.

<sup>15</sup> So auch GK-AktG/*Kort*, § 117 Rn. 69.

<sup>16</sup> Vgl. nur *Seibert* in FS Hommelhoff, S. 1111, 1118: „Hilfsorgan des Aufsichtsrats“; *Wilsing*, ZGR 2012, 291.

<sup>17</sup> Im DCGK ist der Abschlussprüfung gleich eine ganze Passage (Ziff. 7.2) gewidmet.

<sup>18</sup> Sog. *proxy advisors*. Frühzeitig zu diesen *U.H. Schneider*, EuZW 2006, 289; *ders./Anzinger*, NZG 2007, 88.

<sup>19</sup> Zu diesen nur *Fleischer*, BB 2010, 67; *Weber-Rey/Buckel*, NZG 2010, 761.

<sup>20</sup> Hierzu etwa *Frege*, NZI 2006, 545; *Gräfe*, DStR 2010, 618 und 669; *Nerlich* in FS Görg, S. 317 ff.

<sup>21</sup> S. hierzu nur *Seibert* in FS Hoffmann-Becking, S. 1101, 1109 ff.

Unter dem Blickwinkel der Corporate Governance erscheint das Auftreten dieser Personen nicht unproblematisch. Da und soweit sie zwar vielfach nicht rechtlichen, mindestens aber faktischen Einfluss auf die Gesellschaft, deren Organe und/oder die Gesellschafter nehmen (können), stellt sich sogleich die Frage nach den hiermit verbundenen Gefahren. Beispielsweise mag man besorgen, dass die Akteure bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in Ermangelung einer hinreichenden Risikoexposition die erforderliche Sorgfalt vermissen lassen, etwa auf unzureichender Informationsgrundlage oder zu schematisch agieren, was sich zum Schaden der Gesellschaft und/oder der Anteilseigner auswirkt; Derartiges wird vor allem Stimmrechtsberatern nachgesagt. Außerdem stehen Interessenkonflikte zu befürchten, die sich ergeben, soweit ein Berater auf verschiedene Weise für mehrere Auftraggeber, etwa unterschiedliche Gesellschaftsorgane ein und desselben Unternehmens parallel tätig wird; auch dies soll vor allem bei Stimmrechtsberatern vorgekommen sein.<sup>22</sup>

### C. Reaktionen

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum hat das Phänomen in den letzten Jahren mit einer Fülle von Beiträgen aufgegriffen und kritisch begleitet. Dies gilt vor allem für das Auftreten der teils neuartigen Beraterklassen, deren Geschäft in engem Zusammenhang mit den Corporate Governance-Entwicklungen seit der Jahrtausendwende gesehen wird und nach dem Dafürhalten mancher eine veritable „Corporate Governance-Industrie“ hat entstehen lassen.<sup>23</sup> Infolgedessen mangelt es auch nicht an Vorschlägen, wie den korrelierenden Problemen in concreto Herr zu werden sei. Manche bemühen sich um die Entwicklung von Lösungen aus dem geltenden Recht,<sup>24</sup> doch wird wohl überwiegend unterstellt, dass der EU- und/oder Bundesgesetzgeber auf die eine oder andere Weise intervenieren müsse.<sup>25</sup>

In der Tat steht nunmehr zumindest für einen Teilbereich ein gesetzgeberischer Regulierungszugriff in Aussicht. Bereits in ihrem Grünbuch vom 4. April 2011 hatte die EU-Kommission erwogen, Stimmrechtsberatern eine Pflicht zur Herstellung von Transparenz, namentlich zur Offenlegung der von ihnen eingesetzten Analysemethoden sowie etwaiger Interessenkonflikte, und/oder eine Pflicht zur Trennung der Stimmrechtsberatung von sonstigen Beratungsdiensten aufzu-

<sup>22</sup> *Fleischer*, ZGR 2011, 155, 170 ff.; *Langenbucher* in FS Hoffmann-Becking, S. 733 ff. S. aber auch *Kumpan*, Interessenkonflikt, S. 146 (mit Blick auf Vergütungsberater).

<sup>23</sup> *Fleischer*, ZGR 2012, 160, 188; *ders.* ZGR 2011, 155; *Leyens*, ZEuP 2016, 388, 416 m. w. N.

<sup>24</sup> Exemplarisch *Vaupel*, AG 2011, 63 ff.; *Langenbucher* in FS Hoffmann-Becking, S. 733 ff. (für Stimmrechtsberater).

<sup>25</sup> Dies gilt vor allem für Stimmrechtsberater; s. einstweilen nur *Langenbucher* in FS Hoffmann-Becking, S. 733, 744 f.; *Habersack*, Gutachten E zum 69. DJT, S. E 97 f.; *Wünschmann*, Stimmrechtsberater, S. 349 ff.; *Bachmann*, AG 2012, 565, 578; gegen jede Regulierung *Wilsing*, ZGR 2012, 291, 306.

erlegen.<sup>26</sup> Eine umfangreiche Transparenzregel, ergänzt um Pflichten zur Gewährleistung von Sorgfalt und zur Behandlung von Interessenkonflikten, fand anschließend Eingang in den Kommissionsentwurf zur Abänderung der sog. Aktionärsrechterichtlinie vom 9. April 2014.<sup>27</sup> Im Übrigen bewendet es einstweilen bei mittelbaren Formen der Regulierung: Beispielsweise soll der Aufsichtsrat einer börsennotierten AG gemäß Ziff. 4.2.2 Abs. 3 DCGK bei der Hinzuziehung eines Vergütungsberaters auf dessen Unabhängigkeit vom Vorstand bzw. vom Unternehmen achten.

#### *D. Primat der Regulierung?*

Obschon das Interesse an einer Disziplinierung der Einwirkungspotenziale Dritter im Grundsatz nachvollziehbar ist, lässt sich die bisherige Entwicklung mit einem gewissen Störgefühl verfolgen. Dies gilt namentlich für den Umstand, dass das geltende (nationale) Gesellschaftsrecht offenbar als zur Lösung der einschlägigen Konflikte ungeeignet angesehen wird: Man fragt sich, ob unserem Gesellschaftsrecht tatsächlich ohne weiteres die – wenn man so will – Wehrhaftigkeit gegen das Eindringen externer Dritter in die Unternehmensverfassung abgesprochen werden kann, es also einer Intervention des Gesetzgebers bedarf. Mit Blick auf manche der Stellungnahmen, die in der bisherigen Debatte um Rechtsanwälte oder institutionelle Stimmrechtsberater, teilweise aber auch sub specie der Rolle und Disziplinierung einflussreicher Kreditgeber zu verzeichnen sind, liegt jedenfalls die Vermutung nahe, dass das Kompendium des Gesellschaftsrechts möglicherweise nicht in all seinen Facetten auf die zur Verfügung stehenden Kautelen untersucht wurde. Das Konfliktlösungspotenzial der Materie bleibt daher möglicherweise (partiell) ungenutzt.

## § 2 Gang der Untersuchung, Arbeitsthese und Methode

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, vor dem Hintergrund der jüngeren Corporate Governance-Debatte einen Beitrag zur Vergewisserung der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen zu leisten. Es soll beleuchtet werden, ob und unter welchen Bedingungen die allgemeinen Pflichten, Verhaltensbindungen und Haftungsregeln, die das Gesellschaftsrecht für Gesellschafter und Organmitglieder aufstellt, auch auf Dritte, d. h. Nicht-Gesellschafter und Nicht-Organmitglieder

---

<sup>26</sup> Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen vom 5.04.2011, KOM(2011) 164 endg. (Frage 18 und 19).

<sup>27</sup> Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung, KOM(2014) 213 final v. 9.04.2014 (Art. 3i); hierzu nur *Verse* in 50 Jahre AktG, S. 303, 320 f.

angewandt werden können, und welche Ansätze zur Bewältigung der einschlägigen Probleme hieraus gegebenenfalls resultieren.

Obschon die meisten der soeben skizzierten Fragen vor allem bei (börsennotierten) Aktiengesellschaften begegnen, kann die Betrachtung kaum auf diese Rechtsform beschränkt bleiben. Abgesehen davon, dass die Grundprobleme der Unternehmensverfassung tatsächlich auch bei der GmbH und in Teilen sogar bei Personengesellschaften auftreten,<sup>28</sup> etwaige Lösungsansätze also auch dort als Blaupause dienen mögen, erschiene die Gewinnung grundlegenderer Erkenntnisse bei einer entsprechenden Verengung des Blickfelds aussichtslos. Zu weit gediehen ist das Bemühen der Wissenschaft um eine rechtsformübergreifende Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht, die vor allem *Karsten Schmidt* in seinem großen Lehrbuch als solche beschrieben hat.<sup>29</sup> Auch die Rechtsprechung hat sich wiederholt solcher Überlegungen und Begründungsansätze bedient, die über die einzelnen Verbandstypen hinaus Geltung beanspruchen, wie etwa die sukzessive Anerkennung mitgliederschaftlicher Treupflichten (auch) im Recht der Kapitalgesellschaften<sup>30</sup> oder das Ringen um eine Lösung des Problems existenzvernichtender Eingriffe<sup>31</sup> illustrieren.

Zugleich versteht sich, dass die vorliegende Arbeit ohne eine thematische Begrenzung nicht auskommt. So sollen die Überlegungen zunächst ganz auf den Geltungsbereich des deutschen Sachrechts beschränkt, internationale Bezüge also ausgeklammert werden.<sup>32</sup> Zudem ist im Wesentlichen auf den Kernbereich mitglied- und organschaftlicher Verhaltensbindungen zu konzentrieren, während spezielle Materien, etwa das Umwandlungs-, das Übernahme- und das gesellschaftsrechtsnahe Kapitalmarktrecht, soweit wie möglich ausgeblendet bleiben. Zu betrachten sind erstens (Kapitel 2) die allgemeinen mitgliederschaftlichen Pflichten des Gesellschafters, etwa die Regeln der körperschaftlichen Finanzverfassung – Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, Recht der Gesellschafterdarlehen –, die Bestimmungen zur Außenhaftung bei Personengesellschaften oder die mitgliederschaftliche Treuepflicht. Insoweit ist ganz auf die GmbH, die AG, die „klassischen“ Personenverbände – GbR, OHG, KG – und, soweit erforderlich, die Kapitalgesellschaft & Co. als Mischform abzustellen. Anschließend (Kapitel 3)

<sup>28</sup> Bereits oben, § 1 A. (S. 2).

<sup>29</sup> *K. Schmidt*, GesR, etwa S. 53 f.; s. auch *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 232 ff.

<sup>30</sup> Im Einzelnen unten, § 5 C. (S. 221 ff.).

<sup>31</sup> Unten, § 8 (S. 306 ff.).

<sup>32</sup> Insoweit wäre etwa zu beachten, dass einzelne der im Folgenden interessierenden Vorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts unter kollisionsrechtlichen Aspekten gegebenenfalls als Bestandteil des nationalen Insolvenzstatuts (*lex fori concursus*) qualifiziert werden und daher anders als das nationale Gesellschaftsrecht (*lex societatis*) auch bei Gesellschaften, die aus anderen EU-Mitgliedstaaten nach Deutschland zugezogen sind (etwa eine englische „Limited“), Anwendung finden können. S. zuletzt EuGH NJW 2016, 223 = NZG 2016, 115 – *Simona Kornhaas/Thomas Dithmar* mit Blick auf die hier unter § 11 B. II. (S. 352 f.) aufzugreifende Vorschrift des § 64 S. 1 GmbHG n. F.

ist der Blick auf einige sozusagen mitgliedschaftsnahe Sondertatbestände zu richten, die in engem Zusammenhang mit den mitgliedschaftlichen Pflichten stehen, qualitativ gewissermaßen als „Annex“ derselben begriffen werden können. Auch bei ihnen ist zu vermuten, dass sie unter dem Aspekt der Corporate Governance Bedeutung entfalten; gemeint sind z. B. das Recht des faktischen Aktienkonzerns oder § 117 AktG. Im vierten Kapitel geht es dann um die Dritterstreckung organ-schaftlicher Verhaltensbindungen, wobei vor allem die Lehre vom faktischen Organ im Zentrum steht. Schließlich (Kapitel 5) sollen die gewonnenen Erkennt-nisse anhand zweier der vorstehen<sup>33</sup> skizzierten Gruppen und Konfliktlagen er-probt, d. h. darauf untersucht werden, ob sich aus ihnen konkrete Lösungsansätze ergeben. Exemplarisch sind die besonders kontrovers diskutierten Covenant-gesi-cheren Kreditgeber und institutionellen Stimmrechtsberater herauszugreifen.<sup>34</sup>

Im Ausgangspunkt lautet die These, dass sich die gesellschaftsrechtlichen Ver-haltensbindungen stärker als vielfach unterstellt dazu eignen, Ansätze zur Lösung moderner Corporate Governance-Probleme zu eröffnen, namentlich eine Diszip-linierung externer Einwirkungspotenziale im Interesse der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und Stakeholder – z. B. Arbeitnehmer, Gläubiger – zu leisten. Aus methodischer Sicht erforderlich ist allerdings ein differenziertes Vorgehen: So-weit die Dritterstreckung mitglied- und organschaftlicher Pflichten nicht im Ge-setz geregelt ist und sich vielfach nur durch die Bildung von Analogien erreichen lässt, impliziert das hiesige Programm eine nähere Beleuchtung der normativen Wertungsgrundlagen, wobei an geeigneter Stelle auch funktionale und ökonomi-sche Erwägungen einfließen. Die so zu gewinnenden Erkenntnisse weisen in Teil-en über das eigentliche Untersuchungsziel hinaus, so dass sie im Idealfall (auch) als ein Beitrag zur Entwicklung allgemeinerer Lehren i. S. einer Institutionen-bildung fungieren. Katalysator ist das dogmatisch besonders lehrreiche Kapitel 2, auf dem folglich auch der Schwerpunkt liegt.

---

<sup>33</sup> § 1 B. (S. 2 ff.).

<sup>34</sup> Im Idealfall werden sich die Ergebnisse für andere Fälle freilich sinngemäß fruchtbar ma-chen lassen. Weiterführend zu den Problemen, die z. B. Rechtsanwälte im Kontext der Corporate Governance aufwerfen, etwa einer allfälligen Indienststellung als „Whistleblower“, u. a. von Fal-kenhausen in GS Winter, S. 117 ff.; Schürtle, ZGR 2014, 627 ff.; Fleischer/Schmolke, WM 2012, 1013 ff.; Knöfel/Mock, AnwBl. 2010, 230 ff.; Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit.



## Kapitel 2

# Mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen

## § 3 Grundlegungen

### A. Kurze Bestandsaufnahme

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen auf außenstehende, nicht der Gesellschaft angehörende Dritte angewandt werden können, beschäftigt Rechtsprechung und Wissenschaft immer wieder. Mittlerweile lässt sich fast von einem „Standardproblem“ sprechen. Freilich nicht geht es insoweit, was man zunächst meinen könnte, um das hinlänglich bekannte Problem des Scheingesellschafters, d.h. die Rechtsscheinhafung wegen – oftmals betrügerischer – Vorspiegelung einer in Wahrheit nicht gegebenen Gesellschafterstellung.<sup>1</sup> Vielmehr ist von Interesse, wann eine „Dritterstreckung“ mitgliedschaftlicher Verhaltensbindungen gerade nach den *tatsächlichen* Gegebenheiten in Betracht kommt.

Im Mittelpunkt stehen zumeist das GmbH- und Aktienrecht und hier vor allem das gesetzliche Kapitalschutzsystem, namentlich die Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie die Vorschriften über (eigenkapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen.<sup>2</sup> Dort wird die Frage überwiegend mit Blick auf ganz bestimmte Akteure thematisiert, die, ohne selbst Gesellschafter zu sein, diese Rechtsstellung bei „wirtschaftlichen Betrachtung“<sup>3</sup> als „faktische“<sup>4</sup> oder „Quasi-“<sup>5</sup> Gesellschafter beziehen, indem sie der Gesellschaft oder einem ihrer Mitglieder in bestimmter Weise nahe stehen<sup>6</sup>. Besonders häufig finden sich Überlegungen zur Behandlung von Treuhandverhältnissen, Unterbeteiligten, Familienmitgliedern, verbundenen Unternehmen, Pfandgläubigern, Nießbrauchern und stillen Beteiligten.<sup>7</sup> Auch die Verhaltensbindungen im vor- und nachmitgliedschaftlichen Bereich sind bereits eingehend untersucht worden.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Hierzu nur MK-HGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 260; MüHdBGesR 1/Gummert, § 18 Rn. 14 m. w. N.

<sup>2</sup> Meist findet sich hier die programmatische Problembeschreibung „Leistungen durch und an Dritte“; s. nur Hüffer/Koch, § 57 Rn. 17 ff.; ähnlich FK-InsO/Bornemann, § 39 Rn. 71.

<sup>3</sup> MK-AktG/Bayer, § 57 Rn. 113; ausführlich Cahn in FS K. Schmidt, S. 157 ff.

<sup>4</sup> Etwa MK-AktG/Bayer, § 57 Rn. 113 ff.

<sup>5</sup> Etwa Priester in FS Helmrich, S. 721; MK-GmbHG/Ekkenga, § 30 Rn. 160.

<sup>6</sup> S. schon Canaris in FS Rob. Fischer, S. 31, 35; ferner etwa R/A/Altmeyen, § 30 Rn. 31.

<sup>7</sup> Überblick bei MK-HGB/K. Schmidt, Vor § 230 („Mittelbare Teilhabe am Unternehmen“).

<sup>8</sup> Z. B. von M. Weber, Treubindungen, passim; Canaris in FS Rob. Fischer, S. 31, 32 f.; Wittkowski,

Ungleich seltener thematisieren Judikatur und Schrifttum das Personengesellschaftsrecht<sup>9</sup> oder die Verhaltensbindungen jenseits der körperschaftlichen Finanzverfassung. Zu nennen sind etwa die – in ihrem Kern für alle Gesellschaftsformen gleichermaßen anerkannte – mitgliedschaftliche Treuepflicht mit ihren verschiedenen Ausprägungen<sup>10</sup> oder die haftungsbewehrten Pflichten im Gründungsstadium von GmbH und AG, namentlich die Rechtsprechungsregeln zur Verlustdeckungs- oder Unterbilanz- bzw. Vorbelastungshaftung<sup>11</sup>. Vielleicht gerade deshalb bereitet die Formulierung allgemeiner, für sämtliche Personen-, Gesellschafts- und Normgruppen geltender Einbeziehungskriterien nach wie vor Schwierigkeiten. Nicht selten kommen mit Blick auf den jeweiligen Einzelfall ganz unterschiedliche Kriterien zur Anwendung oder werden miteinander vermengt;<sup>12</sup> von einer „allgemeinen Einbeziehungslehre“ ist bislang nirgends die Rede.

Dabei ist die Fokussierung auf die körperschaftliche Finanzverfassung jedenfalls aus praktischer Sicht verständlich. Dass sich gerade in diesem Bereich eine relativ reichhaltige Judikatur entwickeln konnte, dürfte zum einen der großen rechtstatsächlichen Bedeutung entsprechender Verbandstypen, insbesondere der GmbH,<sup>13</sup> geschuldet sein. Vor allem aber dürfte sie darin gründen, dass Verstöße gegen die Kapitalschutzregeln – z. B. im Gegensatz zu Verstößen gegen das allgemeine Schädigungsverbot kraft mitgliedschaftlicher Treuepflicht – besonders häufig gerichtlich geltend gemacht werden (können), und zwar namentlich im Insolvenzverfahren<sup>14</sup>. Nahezu sämtlichen wichtigen Entscheidungen in diesem Bereich liegt ein entsprechender Sachverhalt zugrunde.

### B. Konkretisierung des Ausgangspunkts

Die Frage nach der Geltung mitgliedschaftlicher Verhaltensbindungen für externe Dritte impliziert auf den ersten Blick ein streng lineares Untersuchungsprogramm. Obgleich der diesbezügliche Normenbestand des positiven Rechts ä-

---

GmbHR 1990, 549 ff.; s. auch Scholz/*Verse*, § 30 Rn. 33; *K. Schmidt*, GesR, S. 588; *Mülbert/Kiem*, ZHR 177 (2013), 819, 844.

<sup>9</sup> S. aber etwa *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885 ff. (zur Treugeberhaftung in Personenverbänden).

<sup>10</sup> Mit besonders strengem Befund (für Treuhandverhältnisse im GmbH-Recht) *L/H/Bayer*, § 14 Rn. 43 („hat bislang keine Beachtung gefunden“); s. aber z. B. *Armbrüster*, Treuhand, S. 338 ff.; *ders.*, ZIP 2009, 1885, 1889 (für Treuhandverhältnisse); *Hölters/Laubert*, § 53a Rn. 15 (für die AG); *Scholz/Seibt*, § 14 Rn. 52; *GK-GmbHG/Ulmer/Lübbe*, § 2 Rn. 70; *GK-GmbHG/Raiser*, § 14 Rn. 86 (GmbH). Näher unten, § 5 C. (S. 221 ff.).

<sup>11</sup> S. aber BGH NJW 2001, 2092 = WM 2001, 903 (für die GmbH); *Wicke/Wicke*, § 14 Rn. 7. Allgemein dazu etwa *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 256 sowie im Einzelnen unten, § 4 B. V.

<sup>12</sup> S. hierzu mit Blick auf die 30 GmbHG und § 57 AktG bereits *Mülbert/A. Wilhelm* in FS Hommelhoff, S. 747, 752 f. Für einen konsistenten Versuch der Systembildung aber etwa *Koppensteiner* in FS K. Schmidt, S. 927 ff.

<sup>13</sup> Statt aller *L/H/Lutter/Hommelhoff*, Einl. Rn. 1 ff.; *R/S-L/Schmidt-Leithoff*, Einl. Rn. 3.

<sup>14</sup> Vgl. *Beck/Depré/Depré/Büterowe*, § 31 Rn. 1; auch *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 254.

## Sachverzeichnis

- Abschlussprüfer 3  
Abspaltungsverbot 221, 251, 356  
actio pro socio 23, 219  
Aktionärsrechterrichtlinie 5, 414 f.  
allgemeine Einbeziehungslehre 10, 19, 87 ff., 289 ff.  
allgemeines Aufgreifkriterium 19, 266, 289 f., 399, 416 ff.  
Angehörige, nahe 9, 65 f., 85, 113, 136, 138, 206 f., 209 f., 212 ff., 343  
Anleihen *siehe* Schuldverschreibungen  
Aufsichtsrat 2 f., 5, 45, 63, 125, 131, 133, 142, 212, 269, 296 f., 303, 307, 342, 345, 347, 355, 362, 365 ff., 369, 372 f., 374 ff., 383 f.  
Ausfallhaftung 47, 82, 151 f., 158, 239, 290  
Außenhaftung, personengesellschaftsrechtliche 12 f., 15, 23, 26 f., 29 f., 36, 109, 159 ff., 180 f., 332 f., 336 ff.  
– beschränkte (des Kommanditisten) 29 f., 167 ff.  
– unbeschränkte 160 ff., 337 f.  
– Verhaltensdisziplinierung als Normziel 26 f., 29 f.  
  
Befugnisverlagerung und mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen *siehe auch* Herrschaft als Haftungskriterium  
– Instrumente (Art und Weise) 117, 132 ff., 265 ff., 269 f., 271, 272  
– körperschaftliche Finanzverfassung 124 ff., 151 f.  
– mitgliedschaftliche Treuepflicht 265 ff.  
– Umfang und Bezugspunkt 124 ff., 151 f., 265 ff., 268 f., 271  
– Verdichtung zum allgemeinen Aufgreifkriterium 289 f.  
Beherrschungsvertrag *siehe* Unternehmensverträge  
  
Beirat und Beiratshaftung 44 f., 59, 69 ff., 132 f., 147, 272 f., 374 ff.  
– Abgrenzung von Beirat und Aufsichtsrat 375, 376 f.  
– *Doberlug*-Entscheidung *siehe dort*  
– Erscheinungsformen des Beirats 374 f.  
– Gesamtsystem der Beirats- und Aufsichtsratschaftung 383 f.  
– schuldrechtlicher Beirat 100, 133 f., 374, 377 f., 381 f.  
– statutarischer Beirat 44 f., 133 f., 147, 374, 377 f., 381 f.  
Beitragspflichten, mitgliedschaftliche 14, 16, 216 f., 217 ff., 350  
– Abgrenzung zur Einlagepflicht 218  
– dogmatische Fundierung 16, 218  
– Erstreckung auf Nichtgesellschafter 220 f.  
Besserungsschein 97, 122  
Bestimmtheitsgrundsatz 15  
Business Judgement Rule 343  
  
Convertible Bonds *siehe* Wandelschuldverschreibungen  
Corporate Governance 1 ff., 342, 345 f., 404 ff.  
– Bedeutung externer Dritter im Allgemeinen 2 ff.  
– Begriff und Entwicklung 1  
– Corporate Governance-Industrie 4  
Covenants 3, 292 f., 305 f., 331 f., 341, 387 ff. *siehe auch* Kreditgeberhaftung  
– Begriff 388 ff.  
– CRD IV 390  
– Erscheinungsformen 391 ff.  
– Regelungsvorschläge 395 ff.  
– Spannungsfelder 393 ff.  
culpa in contrahendo 217, 221, 261, 264 f. *siehe auch* rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

- Deliktshaftung nach § 117 AktG 7, 36, 341 ff., 365, 403
- Derivate *siehe* Finanzderivate
- Direktiven *siehe* Weisungsrechte
- Doberlug-Entscheidung 133, 376, 380
- Dritterstreckung
- Begriff 19 ff.
  - echte *siehe* echte Dritterstreckung
  - unechte *siehe* unechte Dritterstreckung
- Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung 13, 332 ff., 401
- echte Dritterstreckung 19 f., 21 ff. *siehe auch* faktischer Gesellschafter
- Ehegatten *siehe* Angehörige, nahe
- Eingriffskriterien 19, 289, 290 ff.
- enabling law 298 f., 304 f.
- Entherrschungsabrede 108, 138
- Equity Kicker 96, 122
- Existenzvernichtungshaftung 6, 13, 14, 306 ff., 333, 335, 400
- dogmatische Fundierung 318 f., 320 ff.
  - Einbeziehung Dritter 325 ff., 400
  - Entwicklung der Rechtsprechung 309 ff.
  - funktionaler Charakter 312
  - Haftungsumfang 312, 323
  - Hintergründe 307 ff.
  - Schrifttum 314 ff.
  - Tatbestand 312
  - *Trihotel*-Judikatur 311 ff., 333, 400
  - Übertragung auf die Aktiengesellschaft 313 ff., 323 f.
- faktische Einwirkungsmacht 99 ff., 108 f., 134 ff., 269 f., 288, 301 ff., 343, 399 f., 415 ff.
- Beweisprobleme und typisierte Betrachtung 137 ff.
  - Definitionsprobleme 135 ff.
  - Vermutung einflusskonformen Verhaltens *siehe dort*
- faktischer Geschäftsleiter 137, 347, 348 ff., 356 ff., 396 f.
- Abgrenzung zur Figur des faktischen Gesellschafters 349 f., 365
  - Außenauftritt 360, 362 f., 368, 370
  - dogmatische Grundlagen 350 ff.
  - Geltungsgrund bei Kapitalgesellschaften 353 ff.
  - *Herstatt*-Entscheidung 360
  - Insolvenzverschleppungshaftung 359 f., 361, 371
  - Mitglieder- versus Gläubiger- und Verkehrerschutz 354 ff., 363 ff.
  - öffentliches Interesse (Legalitätspflicht) 352 f., 355 f., 371 ff.
  - Personengesellschaften 350 ff., 356 ff.
  - Reichweite der Figur und Kriterien im Einzelnen 356 ff.
  - Strafrecht 359 f., 363
- faktischer Gesellschafter 9, 19, 21 ff., 220 f., 249 ff.
- Abgrenzung zur Figur des faktischen Geschäftsleiters 349 f., 365
  - funktionale Betrachtung (Verkehrerschutz) 25 ff.
  - konzeptionelle Grundlagen 21 ff. (Verkehrerschutz), 263 ff. (Mitgliederschutz)
  - kraft direkter Nähe zur Gesellschaft 43, 55, 68 ff., 86 ff., 96 f., 102, 114 ff., 144 ff., 155, 188 f., 285 ff., 301 ff.
  - mittelbarer Gesellschafter *siehe dort*
- faktischer Konzern
- enabling law *siehe dort*
  - Gesellschafter-Gesellschafter *siehe dort*
  - Grundlagen 62, 64, 210 f., 295 ff.
  - kombinierte Beherrschung 109 f., 135, 285
  - Konzernprivileg 105 f., 110, 298 f., 345
  - Mehrmütterherrschaft 110, 133, 285
  - mittelbare Abhängigkeit 110 f., 276, 300 f.
  - Nichtgesellschafter 299 ff.
  - Regelungsziele 295 ff.
- Familienmitglieder *siehe* Angehörige, nahe
- Finanzderivate 123 f., 155, 157, 398, 403
- Finanzierungsfolgenverantwortung 30 ff., 49
- Finanzplankredit und gesplittete Einlage 13, 14, 52 ff., 55, 71, 73, 86, 115 f., 167, 188, 398
- Förderpflicht, allgemeine 14, 216 f., 237 f., 244, 251, 350
- Franchise 67 f., 85, 114, 141, 143, 155, 302, 305
- Freiburger Schule 27

- Genussrechte 76 f., 86 f., 97, 116 ff., 122, 155, 158, 398
- Geschäftsleiterpflichten 329, 345, 350 f., 352 f.
- Erstreckung auf Dritte *siehe* faktischer Geschäftsleiter
  - Legalitätspflicht *siehe* dort
- Gesellschafterdarlehen *siehe* körperschaftliche Finanzverfassung
- Gesellschafter-Gesellschafter 43, 61 ff., 67 f., 82 f., 88, 89, 107 ff., 122, 133, 151, 157, 162, 167, 170, 187, 202 ff., 250, 253 f., 275 f., 285, 325, 327, 328, 330, 331, 340 *siehe* auch faktischer Konzern
- Gesellschaftererschutz *siehe* Mitgliederschutz
- Gesellschaftsinteresse 90, 224, 227, 267, 272 ff., 281, 307, 336 f., 413
- Gesellschaftszweck 52, 71, 126, 218, 223 f., 227, 267, 273, 321, 337, 350
- Gesetzesumgehung 16 f., 47, 65, 85, 135, 159, 191, 214, 216
- gesplittete Einlage *siehe* Finanzplankredit und gesplittete Einlage
- Gewinnabführungsvertrag *siehe* Unternehmensverträge
- Gewinnschuldverschreibung 122
- Girmes*-Entscheidung 223, 252, 256 ff., 271, 277 ff., 282 ff., 420, 422 *siehe* auch Stimmrechtsvertretung
- Glass Lewis 405
- Gläubigerschutz *siehe* Verkehrsschutz
- Gruppenlehre 12, 219, 236, 240
- Gründerhaftung für falsche Angaben 13, 26, 34 f., 37 ff., 158, 290, 293
- Grundtatbestand 37 f.
  - Haftung der Hintermänner 39 ff., 158
  - Unzumutbarkeit eines mittelbaren Haftungszugriffs 42
  - Verallgemeinerung der Haftungskriterien 42 f., 81, 104, 171, 339 f.
- Herrschaft als Haftungskriterium (mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen) 22 ff., 25 ff., 36, 40 f., 70, 87 ff., 97 ff., 108 f., 124 ff., 253 ff., 265 ff.
- Heumann/Ogilvy*-Entscheidung *siehe* *Werbeagentur*-Entscheidung
- Identitätszurechnung *siehe* wirtschaftliche Einheit
- Initiativrechte *siehe* Weisungsrechte
- Innen-KG 94 f., 99, 120 f., 148, 159, 169, 260, 286
- Informationsrechte, mitgliedschaftliche 103, 132 *siehe* auch Covenants, Erscheinungsformen
- Insolvenzantragspflicht
- mitgliedschaftliche 13, 26, 36, 189 ff., 401
  - organschaftliche 353, 371, 396 *siehe* auch Geschäftsleiterpflichten
- Insolvenzprophylaxe 26, 124, 267 f.
- Insolvenzverschleppung *siehe* Insolvenzantragspflicht
- Institutionenbildung 6 f.
- Investoren, institutionelle 2, 283 f., 404 ff.
- Institutional Shareholder Services (ISS) 405
- Kapitalaufbringung *siehe* körperschaftliche Finanzverfassung
- Kapitalerhaltung *siehe* körperschaftliche Finanzverfassung
- Kernbereichslehre 15
- Kleinbeteiligungsprivileg 34, 49, 152 ff.
- Kommanditistenhaftung *siehe* Außenhaftung, personengesellschaftsrechtliche
- Kontinuitätslehren 31
- Konzern
- Eingliederungskonzern 64, 204 f., 298, 345
  - faktischer Konzern *siehe* dort
  - Gesellschafter-Gesellschafter *siehe* dort
  - Konzernkonflikt (Konzerngefahr) 35 f., 297
  - Konzernprivileg *siehe* faktischer Konzern
  - konzernrechtlicher Unternehmensbegriff 64, 105, 108, 300
  - qualifiziert-faktischer Konzern *siehe* dort
  - unechte Dritterstreckung 196 ff., 202 ff., 207 ff., 210 ff. *siehe* auch dort
  - Vertragskonzern *siehe* Unternehmensverträge
- körperschaftliche Finanzverfassung 9 f., 13, 46 ff., 191 ff., 293, 398

- echte Dritterstreckung 46 ff.
- ehemaliger Gesellschafter 77 f., 79
- Einwirkungskriterium 124 ff., 151 f., 289 f.
- künftiger Gesellschafter 77, 79 f.
- Rechtsprechungslinien 55 ff.
- Regelungsbereiche und Rechtsgrundlagen 25 ff., 47 ff.
- Schrifttum 79 ff.
- unechte Dritterstreckung 20 f., 191 ff.  
*siehe auch dort*
- Verhaltensdisziplinierung als Normziel 25 ff., 111, 124, 138, 165, 340
- Vermögenskriterium 121 ff., 291
- Zessionsfälle 78 f.
- Kreditgeber und Kreditgeberhaftung 43, 76 f., 86, 91, 116 ff., 266, 292 f., 303, 305 f., 327, 331 f., 343 f., 347 f., 374, 385, 387 ff. *siehe auch* Covenants
- Lebenspartner *siehe* Angehörige, nahe  
Legalitätspflicht 145 f., 269, 351 ff., 356, 371 ff.
- bei Personengesellschaften 351 f., 357 f.
- Erstreckung auf Dritte 357 f., 371 ff.
- externe und interne 145, 351
- Legalitätskontrollpflicht 352 f., 356, 357, 371 ff.
- normative Fundierung 355 f., 357 f.
- Liquidationsbeschluss 33 f., 99, 124
- Liquidationsentscheidungsmacht 33 f., 91, 99 *siehe auch* Liquidationsbeschluss
- Lufttaxi-Entscheidung 48, 56 ff., 104, 163, 325 f., 328 *siehe auch* Treuhand
- Minderheitenschutz *siehe* Mitgliederschutz  
Mitgliederschutz 14 f., 17 f., 216 ff., 291 f., 354 f., 366 ff.
- Mitgliedschaft 11 f., 91, 175, 217, 220, 228, 242 f., 356
- mittelbarer Gesellschafter 42, 55, 56 ff., 80 ff., 102, 104 ff., 143 f., 153 f., 156, 162, 167, 187 f., 301
- mittelbare Stellvertretung 199 ff., 214 f., 207 ff.
- modifizierte Normentheorie 18, 237, 244 f.
- moral hazard 358, 372
- nahe Angehörige *siehe* Angehörige, nahe  
Neugründung, wirtschaftliche *siehe*  
wirtschaftliche Neugründung
- Nießbrauch 9, 43, 60 f., 82, 89, 96, 102, 106 f., 121 f., 141, 162, 167, 259 f., 286 f., 329 ff., 340
- Nießbraucher-Entscheidung 60 f., 67, 90, 128, 141, 278
- Organkredit 65, 138, 212 ff.
- organschaftliche Verhaltensbindungen
- Beiratshaftung *siehe dort*
- faktischer Geschäftsleiter *siehe dort*
- Geschäftsleiterpflichten *siehe dort*
- Personalkompetenz 58 f., 99, 125, 131, 148, 303, 365
- Pfandgläubiger, atypische 9, 43, 58 ff., 84 f., 88, 90, 111 ff., 141, 170, 287, 398
- Pfandgläubiger-Entscheidung 58 ff., 67 f., 84, 92, 98, 111 ff., 128, 135 f., 141, 143, 398
- Prinzipal-Agenten-Konflikt 29, 32, 111, 393
- Privatautonomie 17 f., 216, 220, 354 f., 366, 369
- proxy advisors *siehe* Stimmrechtsberater,  
institutionelle
- proxy voting *siehe* Stimmrechtsvertretung
- qualifiziert-faktischer Konzern 13, 306 ff., 336, 401
- dogmatische Modelle und Rechtsfolgen 315 ff., 323 f.
- Einbeziehung Dritter 324 ff., 330 f.
- Entwicklung der Rechtsprechung 309 ff.
- Hintergründe 307 ff.
- qualifizierte Nachteilszufügung 308 f., 323 f.
- Tatbestand 308 f., 315 ff.
- Quasi-Geschäftsleiter *siehe* faktischer  
Geschäftsleiter
- Quasi-Gesellschafter *siehe* faktischer  
Gesellschafter
- Rechtsberater (Anwälte, Steuerberater) 3, 43, 66, 85, 114, 327, 329, 423
- Rechtsfortbildung 46, 184, 188, 238, 242, 309, 316

- rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse 17 f., 216 f., 221, 257, 264 *siehe auch* culpa in contrahendo  
 Rechtsgeschäftslehre 17 f.  
 Rechtsscheinhaftung 9, 161, 179, 348 f., 362 f.  
 Risikoexposition, Lehre von der 88 f., 118
- Sachwalterhaftung *siehe* rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse  
 Sanierungsberater 3, 423  
 Sanierungsprivileg 49, 115, 116, 156f.  
 satzungsdurchbrechende Beschlüsse 145, 321  
 Satzungsstrenge 45, 146, 221, 229, 256, 301, 303, 355, 376, 399  
 Schuldverschreibungen 122, 388 f., 397  
 Selbstorganschaft, Prinzip der 23, 131, 137, 148, 165, 218, 350, 352, 356  
 Sonnenring-Entscheidung 62, 250, 267, 325, 328  
 Spekulation zulasten der Gläubiger 25 ff., 34 ff., 78 f., 117, 273, 340 f., 398  
 Standardform-Kontrakt, Lehre vom 232 f., 235  
 statutarische Mitwirkungsrechte 23, 44 f., 69 ff., 83, 133 f., 140 ff., 269 f., 272, 285 ff., 374 ff., 399  
 statutarische Verankerung, Notwendigkeit 45, 100, 102, 133 f., 140 ff., 269 ff., 285 ff., 301, 399  
 stille Beteiligung 9, 43 ff., 55, 69 ff., 88 ff., 91, 98, 114 ff., 120, 121 f., 144 ff., 154 f., 156 f., 161 f., 169 ff., 188 f., 259 f., 285 f., 329 ff.  
 – atypische 43 ff., 69 ff., 88, 98, 114 ff., 121 f., 144 ff., 154 f., 156 f., 161 f., 169 ff., 188 f., 259 f., 285 f., 329, 331, 340  
 – eingliedrige und mehrgliedrige 70, 94, 121, 148 *siehe auch* Innen-KG  
 – Innen-KG *siehe dort*  
 Stimmbindungsverträge 33, 100, 109, 136, 141, 158, 301  
 Stimmrechtsberater, Institutionelle 3 ff., 293 f., 306, 332, 341, 374, 385, 403ff.  
 – faktische Standardsetzer 408  
 – Gesellschaftsrecht allgemein 412 f.
- Kerngeschäft und praktische Bedeutung 404 ff.  
 – mitgliedschaftliche Treuepflicht 332, 416ff.  
 – Haftung 420 f.  
 – Interessenkonflikte 408 f.  
 – Kapitalmarktrecht 411 f.  
 – Offenlegung von Interessenkonflikten 421 f.  
 – Pflicht zur Ermöglichung von Stellungnahmen 422  
 – Regelungsvorschläge im Schrifttum 409 ff.  
 – Regulierung 3 ff., 413 f., 415  
 – Selbstregulierung 414 f.  
 – Spannungsfelder 406 ff.  
 Stimmrechtsvertretung 3, 100, 252, 256ff., 277f., 301, 343, 413, 419 *siehe auch* Girmes-Entscheidung  
 Strohmänn *siehe* Treuhand
- Treuhaftpflicht, mitgliedschaftliche 6, 10, 35 f., 41, 211, 221ff., 293 f., 342, 357, 382, 396, 400 ff.  
 – Ausnahmen und Abbedingung 16, 227ff.,  
 – Ausprägungen 225 ff.  
 – dogmatische Fundierung 16, 217, 235ff.  
 – Entwicklung 222 f., 239 ff.  
 – Erstreckung auf Nichtgesellschafter 249 ff., 396  
 – Existenzvernichtungshaftung 228, 319 ff.  
 – Funktionsweise 223 ff.  
 – gesetzliches Begleitschuldverhältnis zum Gesellschaftsvertrag 246 ff.  
 – Kapitalgesellschaft & Co. KG 258, 285  
 – Krisensituation 219, 224, 227  
 – Nebenpflicht statt Haupt(leistungs)pflcht 248 f.  
 – normative Fundierung 229 ff.  
 – qualifiziert-faktischer Konzern 317, 323 f., 329 f.  
 – rechtsethische Fundierung 230 ff.  
 – Schranken- und Ergänzungsfunktion 223 f.  
 – soziale (vertikale) und individuelle (horizontale) 222 f., 233 ff., 267 ff., 401 f.  
 – Stimmrechtsberater 412 f., 415 ff.  
 – umgekehrt-vertikale 223, 238

- Vermögensvermischung 336 f.
- vor- und nachmitgliedschaftliche 9, 260 ff., 287 ff.
- Treuepflicht, organschaftliche 352, 354, 377
- Treuhand 9, 39 ff., 42, 55, 56 ff., 81 f., 88 ff., 101 f., 104 ff., 121 f., 136, 143, 151, 160 ff., 168 f., 171 ff., 178 ff., 220, 251, 255 f., 276 f., 326 f., 330 f., 339 f., 356 f.
- dogmatische Grundlagen 39 ff., 42, 56, 141
- Kettentreuhand 104
- Lufttaxi-Entscheidung *siehe dort*
- mittelbare Stellvertretung *siehe dort*
- qualifizierte 101 f., 161 f., 220, 251, 255, 276 f., 356 f.
- Treugeberhaftung 39 ff., 56 ff., 81 f., 88, 89, 104 ff., 151, 160 ff., 168 f., 171 ff., 178 ff., 220, 251, 255 f., 276 f., 326 f., 330 f., 339 f., 356
- Verwaltungs- und Nutzungstreuhand 57 f., 80, 255, 300
- Trihotel*-Judikatur *siehe* Existenzvernichtungshaftung
  
- Umgehungsschutz *siehe* Gesetzesumgehung
- unechte Dritterstreckung 20 f., 64, 191 ff.
- Verhaltenszurechnung kraft mittelbarer Begünstigung 195 ff.
- Verhaltenszurechnung kraft Veranlassung 192 ff.
- Identitätszurechnung aufgrund wirtschaftlicher Einheit *siehe* wirtschaftliche Einheit
- unentziehbare Gesellschafterrechte 23
- Unterbeteiligung 9, 42 f., 90, 102, 107, 121 f., 151, 167, 170, 259 f., 286 f., 301, 329 ff., 340
- Unterbilanzhaftung *siehe* Vorbelastungshaftung
- Unternehmensgegenstand 29, 44, 73, 94, 126, 184, 223 f., 271
- Unternehmensinteresse 145, 354, 372 f., 375, 377
- Unternehmensverträge 25 f., 45 f., 64, 150 f., 204 f., 212, 229, 285, 298, 310, 345, 401
  
- Verbandsautonomie (Verbandssouveränität) 44, 146 f., 377
- Verbandszweck *siehe* Gesellschaftszweck
- verbundene Unternehmen *siehe* Konzern
- Vergütungsberater 3, 5, 423
- Verhaltenszurechnung *siehe auch* unechte Dritterstreckung
  - kraft Veranlassung 192 ff., 198 f.
  - mittelbare Begünstigung 195 ff.
- Verkehrsschutz 12 ff., 19 ff., 291, 355 f., 369 ff.
- Verlustdeckungshaftung 10, 26, 28, 36, 175 ff.
- Vermögensinteressen als Haftungskriterium (mitgliedschaftliche Verhaltensbindungen) 22 ff., 25 ff., 34 ff., 39 f., 44, 70, 87 ff., 95 ff., 107, 117, 121 ff., 273 f., 276 f., 291 f., 340 f.
- Vermögensvermischung *siehe* Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung
- Vermögensverwalter 3
- Vermutung einflusskonformen Verhaltens 63 f., 108 f., 137 ff., 270, 272, 289, 416 ff.
- Vertrauen
  - Bedeutung für die Lehre vom faktischen Geschäftsleiter 366 ff.
  - Bedeutung für die mitgliedschaftliche Treuepflicht 18, 231 f., 233 ff., 254, 266, 272 ff., 279 ff., 286
  - institutionelles und personenbezogenes 163 ff., 174, 181, 186, 341
- Vetorechte 45, 102, 399
- Vollmachten 43, 60, 67, 74 f., 85, 100, 301 *siehe auch* Stimmrechtsvertretung
- Vorbelastungshaftung 10, 26, 28, 36, 175 ff.
- Vorbelastungsverbot 176
- Vorstand, Stellung und Verantwortung 1 ff., 63, 137, 142, 253, 297 f., 307, 370, 413 *siehe auch* Geschäftsleiterpflichten
- Vorstandsautonomie 63, 108 f., 137 f., 203, 205, 215, 253, 297 f., 303, 307, 370
- Vorzugsaktionäre 23, 29
  
- Wahrscheinlichkeit einflusskonformen Verhaltens *siehe* Vermutung einflusskonformen Verhaltens
- Wandelschuldverschreibungen 122

- Weisungsrechte 67, 83, 100 f., 108, 132 f.,  
142, 147, 150 f., 276, 300 f., 328, 399
- der GmbH-Gesellschafterversammlung  
38, 44, 108, 146, 254
- Werbeagentur*-Entscheidung 250, 267, 275
- Wertpapierübernahmerecht, Bezüge zum  
109, 138, 411 f.
- wirtschaftliche Einheit 20 f., 64, 199 ff.
- wirtschaftliche Einwirkungsmacht *siehe*  
faktische Einwirkungsmacht
- wirtschaftliche Neugründung 13, 26, 28,  
36, 183 ff.
- Zertifikate *siehe* Finanzderivate
- Zustimmungsvorbehalte 44, 67, 69, 75, 83,  
94, 102, 126 f., 132, 142, 147, 399
- Zweckförderpflicht *siehe* Förderpflicht,  
allgemeine