



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Die Legitimation der beschränkten Haftung im Konzern“**

Dissertation vorgelegt von Theresa Trautmann

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

## Wesentliche Erkenntnisse der Arbeit

”“

von Theresa N. Trautmann

Zusammenfassend hat die Untersuchung insbesondere die folgenden Thesen ergeben.

1. Die Haftungsbeschränkung ist ein Instrument des Gesetzgebers zur Stimulierung unternehmerischer Aktivität und das Kernelement von Aktiengesellschaft und GmbH. Eine Analyse der Figur der juristischen Person als solcher zeigt, dass die Haftungsbeschränkung im Spezialfall der Kapitalgesellschaft zugleich notwendige Voraussetzung zur Verleihung der eigenen Rechtsfähigkeit, und dementsprechend der Anerkennung als juristischer Person ist.
2. Die Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft stellt im Zusammenspiel mit dem geltenden Schutzrecht das nach derzeitigem Erkenntnisstand optimale Haftungsmodell dar.
3. Die Gefahr der Risikoexternalisierung, die immer dann besteht, wenn der Erwartungswert aus Unternehmenssicht positiv, aus gesamtwirtschaftlicher Sicht jedoch bereits negativ ist, und den wesentlichen Nachteil der Haftungsbeschränkung ausmacht, ist faktisch wohl nicht übermäßig groß.
4. Der Grundsatz vom Gleichlauf von unternehmerischer Entscheidungsmacht und rechtlicher Verantwortung - kurz Herrschaft und Haftung - steht der Haftungsbeschränkung nicht entgegen.
5. Auch im Konzern ist die Haftungsbeschränkung volkswirtschaftlich wünschenswert. Zwar gelten im Konzernzusammenhang nicht alle der Legitimationsansätze für die Haftungsbeschränkung bei Konzernfreiheit gleichermaßen stark, jedoch wiegen andere umso stärker und werden um weitere wesentliche Aspekte ergänzt.
6. So hat die Kapitalsammelfunktion der Haftungsbeschränkung im Konzern hinsichtlich des Mehrheitsgesellschafters keine eigenständige Bedeutung, sondern deckt sich mit dem Beitrag, den sie zur Optimierung des Investitionsprogramms leistet. Allerdings verbleibt die eigenständige Funktion hinsichtlich der Minderheitsgesellschaftler.
7. Weitaus bedeutender ist allerdings, dass die Beibehaltung der Haftungsbeschränkung im Konzern zusätzlich zur Durchführung von volkswirtschaftlich wünschenswerten Projekten motiviert. Dementsprechend ist angesichts der natürlichen Risikoaversion von Entscheidungsträgern nicht davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung die Risikoaversion bereits in der konzernfreien Gesellschaft vollständig beseitigt. Im Konzern überschneidet sich der Beitrag, den die Beibehaltung der Haftungsbeschränkung zur Optimierung des Investitionsprogramms leistet, dann stark mit dem Vorteil der Haftungssegmentierung, dem wesentlichen Vorteil des faktischen Konzerns. Erst die Möglichkeit zur unternehmensinternen Haftungssegmentierung macht die Risiken steuerbar und motiviert daher zur Durchführung besonders riskanter, dennoch volkswirtschaftlich erwünschter Projekte.
8. Neben der Haftungssegmentierung, die gerade nur im faktischen Konzern möglich ist, liegt ein weiterer zentraler Vorteil, den sämtliche Konzernmodelle gemein haben, - und damit womöglich der zentrale Konzernvorteil per se – im Spannungsverhältnis von Einheit und Vielheit der Unternehmensglieder und dem damit möglichen Zusammenspiel von Zentralität und Dezentralität. Denn die rechtliche Eigenständigkeit der Unternehmensglieder verbessert nicht nur die unternehmensinterne Transparenz. Sie stärkt auch die Leistungsbereitschaft und Eigeninitiative der jeweiligen Handlungsträger und lässt eine größere Autonomie und Flexibilität der Untereinheiten zu, die nicht nur die unternehmensinterne Koordination verbessert, sondern auch eine umfangreichere

Berücksichtigung von und Reaktion auf unternehmensexterne, insbesondere lokalspezifische Einflüsse, ermöglicht. Die Synergieeffekte, die in einem Unternehmen allein aufgrund einer gewissen Größe möglich sind, können mit dessen rechtlicher Untergliederung dann deutlich weiter ausgeschöpft werden. Mit anderen Worten lassen sich die Größenvorteile im Konzern in diverser Individualität intensivieren. So lässt allein die Konzernorganisation die individuelle Ausgestaltung der Entscheidungszentren nach Rechtsform und Leitungsintensität, sowie deren flexible Änderung in den Grenzen des Rechts zu. Daneben schafft die konzerntypische Kombination von Zentralität und Dezentralität weitere Vorteile, wie Verbesserungen in der Markenstrategie, Effizienzsteigerungen in Vertragsbeziehungen zu Dritten sowie vor allem Finanzierungsvorteile.

9. Nicht zuletzt erleichtert und ermöglicht häufig erst die Konzernorganisation die besonders vorteilhafte grenzüberschreitende Betätigung.
10. Den zahlreichen Vorteilen, die die Organisationsform Konzern erbringt, stehen die teilweise beobachteten Konglomeratsabschläge nicht entgegen.
11. Die optimale Unternehmens- und Konzernorganisation hängt von den Umständen des Einzelfalls, wie insbesondere dem Unternehmensgegenstand, ab. In der Theorie können die meisten Konzernvorteile wohl mit der faktisch konzernierten Gesellschaft im Alleinbesitz erreicht werden.
12. Die Zwangsgläubiger einer Konzerngesellschaft können rechtlich womöglich besser geschützt werden als die eines vergleichbaren rechtlichen Einheitsunternehmens.
13. Das Privileg der Haftungsbeschränkung kann Konzerngesellschaften nicht entzogen werden, ohne die Funktionsfähigkeit der Haftungsbeschränkung im Allgemeinen in erheblicher Weise zu beeinträchtigen.
14. Die Konzerngefahren, die unter Berücksichtigung des Schutzrechts de lege lata und den Schutzmöglichkeiten de lege ferenda bestehen, sind faktisch wohl vergleichsweise gering. Dies ergibt sich bereits aus einer isolierten Betrachtung der geltenden und möglichen Schutzregelungen und erhält mit Berücksichtigung des natürlichen Gleichlaufs der Einzelinteressen der konzernverbundenen Gesellschaften zusätzlichen Nachdruck. Überdies ist davon auszugehen, dass den Konzerngefahren im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung künftig noch besser begegnet werden kann.
15. Die Anerkennung der Haftungsbeschränkung im Konzern bedarf es auch aus rein rechtlicher Perspektive. Der Gesetzgeber ordnet die Geltung des Trennungsprinzips auch für den Fall der Konzernierung an. Auch eine konzernabhängige Gesellschaft erfüllt die Voraussetzungen zur Verleihung eigener Rechtspersönlichkeit.
16. Das Postulat des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung steht auch der Haftungsbeschränkung im Konzern nicht entgegen.
17. Für die Konstruktion seines Unternehmens als Aschenputtel-Gesellschaft hat der Mehrheitsgesellschafter persönlich einzustehen. Es ist davon auszugehen, dass Aschenputtel-Konstruktionen in der Praxis ausreichend rechtssicher identifizierbar sind und dem Legitimationsfundament der Haftungsbeschränkung im Konzern damit nicht entgegenstehen.
18. Die Haftungsbeschränkung im Konzern ist sowohl juristisch als auch ökonomisch zwingend. Das gilt für eine jede Konzernierungsform mit Ausnahme der Aschenputtel-Gesellschaft. Ein alternatives Haftungsmodell für den Konzern, das gleichermaßen ökonomisch wie juristisch vorteilhaft ist, wurde seither nicht entwickelt.
19. Das Recht hat den Konzern als Organisationsform zu schützen und zu fördern, und den Konzerngefahren mittels präziser, gefahrenspezifischer Sondernormen zu begegnen. Zu fordern ist einzig eine Konzernverhaltens- und keine Konzernzustandshaftung.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. auch *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 400, 405.

Im Einzelnen bedeutet dies für die Haftungsbeschränkung im Allgemeinen Folgendes:

- Weitaus wichtiger als Spekulationen über das Wesen der juristischen Person im philosophischen Sinne, ist die Klärung des logischen – und damit rechtsökonomischen sowie rechtlich-funktionalen - Zusammenhangs von eigener Rechtspersönlichkeit und Haftungsbeschränkung, die sodann die notwendigen Voraussetzungen zur Anerkennung als juristische Person offenlegt. In dieser Hinsicht wird mittlerweile häufig betont, dass die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen mit Anerkennung der Kapitalgesellschaft als juristischer Person „eigentlich selbstverständlich“ sei, weil jede Person – egal ob natürlicher oder juristischer Art - nur mit ihrem eigenen Vermögen hafte.<sup>2</sup> Allerdings war dies nicht immer so - wurde noch bis weit ins 19. Jahrhundert vertreten, dass die Haftungsbeschränkung, anders als die eigene Rechtspersönlichkeit, gerade kein notwendiges Merkmal der Aktiengesellschaft sei.<sup>3</sup> In der jüngeren Vergangenheit werden jene Überlegungen zunehmend wieder aufgegriffen, und die Eigenschaft der Haftungsbeschränkung als Wesensmerkmal der juristischen Person in Zweifel gezogen. Eine Diskussion um das Wesen der juristischen Person entbehrt jedoch nicht nur eines jeglichen Zweckes. Der Gesetzgeber hat die Haftungsbeschränkung außerdem gerade bewusst als rechtspolitisches Instrument zur Stimulierung unternehmerischer Aktivität geschaffen.<sup>4</sup> Stützt man seine Untersuchung daher ausschließlich auf einen historischen Vergleich zu früheren Rechtsformen, läuft man außerdem Gefahr, seine Argumentation auf solche historischen Besonderheiten zu stützen, die aufgrund anderer Spezifika oder Eigenarten der Zeit überhaupt nicht vergleichbar sind. Entscheidend ist ausschließlich die Funktion, die die Haftungsbeschränkung nach der Vorstellung des Gesetzgebers erfüllen soll. Dies entspricht nicht nur dem erläuterten Zusammenhang von Rechts- und Wirtschaftsordnung, sondern auch allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, nach denen der ratio legis entscheidendes Gewicht zukommt. Eine historische Betrachtung hilft daher lediglich bei Offenlegung jener Funktion. Die Debatte um die Eigenschaft der Haftungsbeschränkung als Wesensmerkmal der juristischen Person erklärt sich daher maßgeblich daraus, dass nicht nur die ökonomische Instrumentalfunktion im Speziellen, sondern auch die ratio legis im Allgemeinen, die heute maßgeblich für das Verständnis und die Auslegung von Normen ist, erst seit dem 19. Jahrhundert in der Auslegung berücksichtigt wird.<sup>5</sup> Dementsprechend mag die Argumentation mit dem Wesen eines Instituts zwar früher den Grundsätzen juristischer Methodik entsprochen haben. In der modernen Diskussion ist jene Argumentationslinie jedoch stark von dem

---

<sup>2</sup> BVerfG, Urt. v. 24.1.1962 – 1 BvR 845/58 -, NJW 1962, 435; *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, § 13 Rn. 55; in diese Richtungweisend auch *Heider*, in: MüKo AktG, § 1 Rn. 46.

<sup>3</sup> *Wiedemann*, GesR, Bd. I, § 4 I 3 (S. 203); *Großfeld/Ebke*, AG 1977, 57, 64 m.w.N.

<sup>4</sup> Vgl. auch die Bemerkung *Pohmers*: „Die Auswahl einer unter mehreren in Betracht kommenden Rechtsfiguren (z.B. der Unternehmensform) (...) sind nicht ökonomisch belanglose „juristische Formalitäten“ oder gar Spielereien, sondern der Ausdruck wirtschaftlicher Ziele.“, *Pohmer*, in: *Raiser/Sauermann/Schneider* (Hrsg.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft*, S. 57, 59; vgl. auch aus der US-amerikanischen Literatur: *Bainbridge/Henderson*, *Limited liability*, S. 5: „The law creates the fictional entity merely as a means of facilitating a less costly, and more efficient mechanism for individual humans to produce things, whether it is making computers, publishing ideas, or providing public goods, like schools and parks for citizens.“; *Posner*, 43 U. Chi. L. Rev. (1975), 499, 502: „The basic principle of corporation law is that the shareholders of a corporation are not personally liable for corporation’s debts unless they agree to assume such liability“.

<sup>5</sup> Zuvor wurden Rechtsfragen hauptsächlich philologisch gelöst; vgl. *Coing*, in: *Raiser/Sauermann/Schneider* (Hrsg.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft*, S. 1, 5.

Funktionsgedanken einer Regel als rechtspolitischem Instrument überlagert.<sup>6</sup> Um die Legitimation der Haftungsbeschränkung zu bestimmen, muss die Frage daher nicht nach dem Wesen der Kapitalgesellschaft oder gar juristischen Person, oder ihrer rechtsphilosophischen Konstruktion gestellt werden.<sup>7</sup> Vielmehr gilt es den *Funktionszusammenhang* von eigener Rechtspersönlichkeit und Haftungsbeschränkung zu klären.

- Eine juristische Person ist eine organisierte Einheit, in deren Namen besondere Funktionsträger zum Zwecke der ihr zugewiesenen Aufgaben rechtserheblich handeln, und dieser Rechte und Pflichten zuordnen können.<sup>8</sup> In dieser eigenen Rechtsfähigkeit liegt das wesentliche Charakteristikum der juristischen Person.<sup>9</sup> Die juristische Person verfolgt einen überindividuellen Zweck, der sich von den einzelnen persönlichen Zwecken ihrer Mitglieder unterscheiden und sogar mit ihnen kollidieren kann. Demgegenüber verfolgen die Gesellschafter einer Gesamthand gleichläufige, einzelpersonliche Zwecke.<sup>10</sup> Zur Sicherung der überindividuellen Zweckverfolgung der juristischen Person können die Gesellschafter in die Widmung des Kapitals zum Gesellschaftszweck dann auch nicht mehr nachträglich eingreifen.<sup>11</sup> Einer der ursprünglichen Zwecke, der hinter der Schaffung der juristischen Person stand, war die reine Bestandssicherung eines Vermögens - ursprünglich vor allem eines Familien-, Feudal- und Kirchenvermögens. In diesem Zusammenhang sprach man häufig auch von der Unsterblichkeit des Vermögensträgers.<sup>12</sup> Die juristische Person ist daher ein Instrument zur Verfolgung eines überindividuellen Zwecks, für welche die Bestandssicherung der Vermögensmasse regelmäßig erforderlich ist. Kapitalgesellschaftsformen sind daher Instrumente zur Verfolgung eines bestimmten, typisierten, überindividuellen Zwecks: der Durchführung wirtschaftlicher Projekte eines bestimmten Typs, insbesondere einer gewissen Kapitalintensität. Dieser Zweck lässt sich gerade nur mit einer bestimmten Vermögensmasse erreichen, für dessen Bildung und Bestand das Privileg der Haftungsbeschränkung – wie die ökonomische Untersuchung der Arbeit zeigt - gerade zwingend notwendig ist. Für die juristische

---

<sup>6</sup> Vgl. Wiedemann, GesR, Bd. I, § 4 I 1 (S. 192 f.) m.w.N.: „In jüngster Zeit überwiegen die reinen „Instrumentalisten“, die in der juristischen Person ein technisches Hilfsmittel des positiven Rechts sehen, um die Behandlung komplexer Rechtsbeziehungen zu vereinfachen.“; vgl. auch Coing: „Das Recht der privatrechtlichen Organisationen, also insbesondere der Aktiengesellschaft, ist lange Zeit am juristischen Modell des Personenzusammenschlusses im Verein orientiert gewesen. Gerade hier ist es aber zum Verständnis der wirklich vorliegenden Zusammenhänge entscheidend, daß der Jurist die Funktion der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Organisationsformen in der modernen Wirtschaft versteht. Hier wird ihn die Wirtschaftswissenschaft oft sicherer führen können als die juristischen Modelltheorien.“; Coing, in: Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, S. 1, 4; vgl. Jahr, in: Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, S. 14, 16 f.; „Die Entstehung verschiedener Rechtsfiguren ist (jedenfalls in fortgeschritteneren Rechten) wesentlich funktional bestimmt und gleiches gilt für die Ausgestaltung einer Rechtsfigur in ihren Einzelheiten“.

<sup>7</sup> Dementsprechend bedarf es auch keiner Analyse etwaiger Wesenseigenschaften unter Bezug auf die historischen und funktionalen Gegebenheiten einer „instrumentalen Theorie“ zur juristischen Person; vgl. hierzu Wiedemann, GesR, Band I, § 4 I 1 (S. 192 f.) m.w.N.

<sup>8</sup> Kübler, GesR, S. 29; Wiedemann, GesR, Bd. I, § 4 I 2 (S. 196); Wieacker, in: FS Huber, S. 339, 358; Raiser, AcP 199 (1999), 105.

<sup>9</sup> Wiedemann, GesR, Bd. I, § 4 I 2 (S. 196); Raiser, AcP 199 (1999), 105, 116.

<sup>10</sup> Wieacker, in: FS Huber, S. 339, 353 f.

<sup>11</sup> Westermann, in: Bürgers/Körber, AktG, § 1 Rn. 4; vgl. auch Wiedemann, Bd. I, GesR, § 4 I 2 (S. 198).

<sup>12</sup> Wiedemann, GesR, Band I, § 4 I 3 (S. 201) m.w.N.

Person im Spezialfall der Kapitalgesellschaft ist die Haftungsbeschränkung überdies sogar für eine ordnungsgemäße Vermögensverwaltung erforderlich – und dies nicht nur aus rechtspraktischen, sondern auch aus fundamentalen rechtstheoretischen Gründen, lässt sich doch der notwendige Gleichlauf von Herrschaft und Haftung nur mit gegebener Haftungsbeschränkung wahren.<sup>13</sup> Der Blick auf das rechtlich-funktionale Konzept zeigt daher: Die Kapitalgesellschaft ist eine juristische Person, deren typisierter Zweck in der Durchführung von solchen wirtschaftlichen Projekten liegt, die gerade nur unter beschränkter Gesellschafterhaftung durchgeführt werden können, oder deren Durchführung die Haftungsbeschränkung jedenfalls wesentlich erleichtert. Die eigene Rechtspersönlichkeit, durch die sich die Figur der juristischen Person gerade charakterisiert, erleichtert die Zweckverfolgung dabei. Dies zeigt erneut: Darauf, dass das Instrument, das der Gesetzgeber mit der Kapitalgesellschaft zu dem genannten Zweck schaffen wollte, gleichsam als juristische Person qualifiziert werden kann, kam es dem Gesetzgeber nicht an. Sein Schaffensprozess begann mit dem Zweckgedanken. Dass die eigene Rechtspersönlichkeit zur sinnvollen Verwaltung und Nutzung der besonderen Vermögensmasse „Kapitalgesellschaft“ erforderlich ist, ist dann bereits bei allgemeiner – von der Kapitalgesellschaft losgelöster - Betrachtung nur logisch.

- Bereits jene Instrumentalfunktion der juristischen Person zeigt, dass die Haftungsbeschränkung auch zwingend aus der Anerkennung der Kapitalgesellschaft als juristischer Person folgt. Anders gewendet, ist die Haftungsbeschränkung im Spezialfall der Kapitalgesellschaft zugleich notwendige Voraussetzung zur Verleihung eigener Rechtsfähigkeit und Anerkennung als juristischer Person. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Vorläufer der modernen Kapitalgesellschaft zwar über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügten, die Haftung ihrer Gesellschafter jedoch nicht beschränkt war. Vielmehr mögen die jeweils unterschiedlichen Regeln, denen die verschiedenen Rechtsformen unterlagen und unterliegen, belegen, dass diese jeweils – wenn auch nur geringfügig - unterschiedlichen Zwecken dienten. Ein solch unterschiedlicher Zweck hindert dann gerade die Vergleichbarkeit der Funktionszusammenhänge. Auch ein Verweis auf die für Sonderkonstellationen vorgeschriebene unbeschränkte Gesellschafterhaftung steht der Notwendigkeit der Haftungsbeschränkung in der Kapitalgesellschaft nicht entgegen. Vielmehr tritt die persönliche Einstandspflicht in solchen Fällen als zusätzliche Haftungsandrohung aufgrund eines separaten Verhaltensvorwurfes zur grundsätzlichen Haftungsbeschränkung hinzu.<sup>14</sup>
- In der Untersuchung wird ersichtlich, dass die Haftungsbeschränkung sowohl in der Aktiengesellschaft als auch in der GmbH zu einer Vielzahl volkswirtschaftlicher Vorteile führt.<sup>15</sup> Ganz natürlich ist dabei mit jeder Chance auch ein Verlustrisiko verbunden. So gelingt es selbst dem fähigsten Unternehmer nicht, sämtliche unternehmerische Risiken zu steuern und zu beseitigen. Vielmehr gehört die Konkursgefahr in der Wettbewerbswirtschaft zum Wirtschaften dazu.<sup>16</sup> Manifestiert

---

<sup>13</sup> Wiedemann, GesR, Bd. I, § 4 I 3 (S. 201).

<sup>14</sup> Gedacht sei beispielsweise an §§ 278 Abs. 1 BGB, 322 AktG oder §§ 105 Abs. 1 S. 1 GenG, 302 AktG; so aber *Grigoleit*, in: *Grigoleit*, AktG, § 1 Rn. 18; ebenfalls in diese Richtungweisend auch *Wiedemann*, GesR, Bd. I, § 4 I 3 (S. 203).

<sup>15</sup> So auch *Adams*, Eigentum, S. 90.

<sup>16</sup> *Hommelhoff*, ZIP 1990, 761, 768; vgl. hierzu auch *Wüst*, JZ 1985, 817: „*Meine betriebswirtschaftlichen Kollegen hatten mir damals entgegengehalten (...), daß erfolgreiches Wirtschaften aber nicht auf bremsendem Sicherheitsbestreben, vielmehr auf unternehmerischem Wagen*

sich bei Durchführung eines Projekts mit positivem Erwartungswert im Einzelfall der mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartete Verlust, so war dessen Durchführung aus der maßgeblichen ex ante-Sicht dennoch nicht ineffizient und dementsprechend ökonomisch unerwünscht. Der maßgebliche Nachteil der Haftungsbeschränkung liegt lediglich darin, dass sie in einem - wohl schmalen - Bereich dazu führen kann, dass sich für ein Projekt aus Unternehmenssicht noch ein positiver Erwartungswert ergibt, während dieser aus Sicht der Volkswirtschaft bereits negativ ist. Werden bei der Durchführung eines solchen volkswirtschaftlich ineffizienten Projekts Ansprüche Dritter begründet, die ihre Gefahrübernahme nicht im Vorhinein entsprechend einpreisen konnten, und reicht das Gesellschaftsvermögen nicht zur Begleichung ihrer Ansprüche aus, so manifestiert sich an dieser Stelle die mit der Haftungsbeschränkung begründete Externalisierungsgefahr. Allerdings stellt die Arbeit die begründete These auf, dass der Bereich, in dem sich für volkswirtschaftlich nachteilige Projekte aus Unternehmenssicht noch ein positiver Erwartungswert ergibt, nicht nur äußerst schmal ist, sondern die Projekte, deren Chancen-Risiko-Profil in diesem Bereich liegen, angesichts der natürlichen Risikoaversion von Wirtschaftssubjekten faktisch nur selten durchgeführt werden. Die hiernach verbleibende Externalisierungsgefahr wird dann außerdem mittels branchenspezifischer Sonderpflichten weiter begrenzt. Da ein pauschales Verbot zur Durchführung gesamtwirtschaftlich ineffizienter Geschäfte wohl nicht durchführbar ist ohne übermäßige Kosten zu erzeugen und den (potentiellen) Wirtschaftsakteuren gleichzeitig den Anreiz zur unternehmerischen Betätigung zu nehmen, ist die verbleibende Externalisierungsgefahr daher als allgemeines Lebensrisiko hinzunehmen. An dieser Stelle gebührt dem mit der Haftungsbeschränkung geschaffenen, bedeutend großen Effizienzgewinn vor der vergleichsweise geringen Gerechtigkeitseinbuße der Vorzug. Hiervon zu trennen sind die Fälle des Rechtsformenmissbrauchs, für die die Gesellschafter aufgrund eigenen schuldhaften Verhaltens persönlich einzustehen haben.

- Da der Beweis der Effizienz einer Rechtsregel nur unter Vergleich mit der hypothetisch bestehenden Lage bei Geltung alternativer Rechtsregeln möglich ist, und dieser Vergleich in Anbetracht der Vielzahl an Faktoren, die zu diesem Zwecke hinzu und hinweggedacht werden müssten, technisch nicht zu führen ist, kann auf Basis der theoretischen Ergebnisse lediglich eine Effizienzvermutung getroffen werden.<sup>17</sup> Dennoch: Entsprechend der Theorie schafft die Haftungsbeschränkung einen absoluten Effizienzgewinn mit der Folge, dass sie nicht nur ökonomisch gerechtfertigt, sondern sogar ökonomisch zwingend ist.<sup>18</sup> Zwar ist die Haftungsbeschränkung umso schwieriger zu legitimieren, je kleiner der betreffende Gesellschafterkreis ist und je

---

*beruhe. (...) Wer in der Wirtschaft keine schlechten Geschäfte riskiere, komme überhaupt nicht dazu, gute zu machen.“*

<sup>17</sup> Vgl. auch Millon, 56 Emory L. J. (2007), 1305, 1317. Da der Nutzen als Grad der Bedürfnisbefriedigung nicht messbar ist, beinhaltet die Bewertung einer Rechtsregel und ihrer sozialen Funktion notwendigerweise eine Wertung. Schäfer/Ott bezeichnen eine Theorie wertungsfreier sozialer Entscheidung als „unerreichbar“, vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 12, zum Mangel empirischer Beweise vgl. auch Hofstetter, Haftungsregeln, S. 77 m.w.N.

<sup>18</sup> I.E. für einen Effizienzgewinn ebenfalls Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung, S. 169; Bainbridge/Henderson, Limited Liability, S. 40; Easterbrook/Fischel, 52 U. Chi. L. Rev. (1985), 89, 104; Lehmann, ZGR 1986, 349, 354 f.; Vandervoort, 3 DePaul Bus. & Com. L.J. (2004), 51, 55; Schumpeter, The Economist v. 29.09.2016; a.A. für die Gesellschaft mit beschränktem Gesellschafterkreis: Halpern/Trebilcock/Turnbull, 30 U.Tor.L.J. (1980), 117, 148; Stone, Yale 90 L.J. (1980), 1, 72; in diese Richtungweisend wohl auch Teubner, in: FS Steindorff, S. 261, 268 f.; weniger weitgehend auch Millon, 56 Emory L. J. (2007), 1305, 1315.

wahrscheinlicher und stärker gesetzliche Gläubiger betroffen werden.<sup>19</sup> Jedoch wäre die Erstellung einer unternehmensangepassten Haftungsregelung übermäßig kostenintensiv und scheidet daher bereits von vornherein als effizientes Haftungskonzept aus.<sup>20</sup> Auch eine Haftungsregel, die in adäquater Weise zwischen vertraglichen und gesetzlichen Gläubigern differenziert ohne übermäßige Effizienzeinbußen zu verursachen, ist schwierig zu konstruieren und wurde jedenfalls seither noch nicht entwickelt.<sup>21</sup> Die Entscheidung kann daher nur zwischen der total beschränkten und total unbeschränkten Gesellschafterhaftung erfolgen.<sup>22</sup> Insbesondere ist eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung für gesetzliche Gläubiger abzulehnen, führte diese doch dazu, dass sie den bedeutendsten Vorteil der Haftungsbeschränkung per se – die Förderung unternehmerischer Initiative – weitgehend beseitigte. Gleichzeitig beeinträchtigte eine solche Regel auch die Verteilungsgerechtigkeit zu Lasten der Vertragsgläubiger. Ebenso wenig in Betracht kommt eine einzelfallspezifische Abwägung der ökonomischen Vor- und Nachteile der Haftungsbeschränkung, schaffte eine solche doch eine untragbare Rechtsunsicherheit, die die Vorteile der Haftungsbeschränkung wohl ebenfalls aufzehrte.<sup>23</sup> Sinnvoller erscheint es daher, zu untersuchen, ob branchenspezifische, von der Haftungsbeschränkung unabhängige Gefahren eine zusätzliche Gesellschafter- oder Geschäftsleiterhaftung erfordern.

- Da die volkswirtschaftlichen Vorteile der Haftungsbeschränkung immens sind, eine Kompensation der Benachteiligten möglich ist und auch die Kompensationskosten wohl vergleichsweise gering sind, ist davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung absolut effizient und damit auch effizienter als die unbeschränkte Haftung ist.<sup>24</sup> Im Ergebnis rechtfertigt sich die Haftungsbeschränkung daher auch gegenüber den gesetzlichen Gläubigern, sodass die Haftungsbeschränkung nicht nur ökonomisch gerechtfertigt, sondern auch ökonomisch zwingend ist.<sup>25</sup> Die Effizienz der Haftungsbeschränkung wird nicht zuletzt durch ihre langjährige Existenz und beständige Wahl zur Unternehmensorganisation bekräftigt, wenngleich ihre Beliebtheit gleichzeitig auch den Anreiz zur kritischen Hinterfragung der Geeignetheit der Rechtsform hemmen mag.<sup>26</sup> Der Gesetzgeber *erreicht* daher den Zweck, den er seinerseits mit der Einführung der Haftungsbeschränkung angestrebt hat.

---

<sup>19</sup> Bainbridge/Henderson, Limited Liability, S. 11 f.

<sup>20</sup> Vgl. Bainbridge/Henderson, Limited Liability, S. 11: „In addition, the line-drawing problem that would arise by trying to craft another default rule would be significant – how closely held is closely held enough to rebut the normal limited liability rule? So the default rule in this case looks like a penalty default: parties are encouraged to bargain around a rule that may be plainly inferior in most cases.“

<sup>21</sup> Bainbridge/Henderson, Limited Liability, S. 12; Hofstetter, Haftungsregeln, S. 98; vgl. auch die Ausführungen unter § 11 (S. 225).

<sup>22</sup> In diese Richtungweisend auch Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 719.

<sup>23</sup> In diese Richtung weist jedoch die Formulierung von König, AcP 217 (2017), 611, 626: „Es lässt sich deshalb allgemein nur festhalten, dass (...) Gesetzgeber und Rechtsprechung (...) in Hinblick auf konkrete Fallgruppen zu untersuchen haben, ob und ggf. unter welchen Umständen eine Gesellschafterhaftung geboten sein kann.“

<sup>24</sup> Adams geht davon aus, dass das Prinzip der Haftungsbeschränkung nur angesichts „bedeutender Nachteile“ eingeschränkt werden dürfe; vgl. Adams, Eigentum, S. 90.

<sup>25</sup> Demgegenüber verlangen Hansmann/Kraaman für gesetzliche Gläubiger eine unbeschränkt persönliche Gesellschafterhaftung pro rata; vgl. Hansmann/Kraaman, 100 Yale L. J., (1991), 1879, 1880.

<sup>26</sup> Zur Indizwirkung durch die Praxis vgl. Posner, 43 U. Chi. L. Rev. (1976), 499, 509; Easterbrook/Fischel, 52 U. Chi. L. Rev. (1985), 89, 103; zur Gefahr der Glorifizierung des status quo vgl. Hofstetter, Haftungsregeln, S. 107; Hansmann/Kraakman, 100 Yale L. J. (1991), 1879, 1925; Macey, 73 Wash. U. L. Q. (1995), 433, 454; die Ansicht von Easterbrook/Fischel, dass die Vorteile



Für die Haftungsbeschränkung im Konzern ergibt sich im Einzelnen:

- Das Konzernrecht bringt die im Zuge der Konzernierung geschaffenen Vor- und Nachteile sowie Chancen und Risiken für jede einzelne Konzernierungsform wohl geeignet in Ausgleich. Je weiter die Leitungsmacht und dementsprechend die Gefahren nach der Art der Konzernierung reichen, desto umfangreicher sind auch die Pflichten, die das Konzernunternehmen in diesem Fall treffen. Unter notwendiger Berücksichtigung des Konzernrechts *de lege lata* sowie der Schutzmöglichkeiten *de lege ferenda*, betrifft die wesentliche Konzerngefahr dann lediglich den faktischen Konzern und liegt dort „einzig“ in der unterlassenen Durchsetzung des Nachteilsausgleichs mangels ausreichendem Interesse der Anspruchsberechtigten im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung und mangelnder Rentabilität im Zeitpunkt der Unternehmensinsolvenz.<sup>27</sup> *De lege ferenda* kommt in diesem Zusammenhang insbesondere eine sachgerechte Ausweitung der Dokumentations- und Publizitätspflichten in Betracht. Bedenkt man überdies den natürlichen Interessengleichlauf im Konzern, erscheint jedoch auch das Ausmaß jener Gefahr jedenfalls nicht übermäßig groß. Dementsprechend zeigt auch die Praxis, dass das Schutzsystem funktioniert.<sup>28</sup>
- Zwar mag die Haftungsbeschränkung im Konzern einen weniger großen Effizienzgewinn begründen als in der konzernfreien Gesellschaft. Entsprechend ökonomischer Grundsätze rechtfertigt sich die Haftungsbeschränkung jedoch auch im Konzern bereits dann, wenn diese die Verteilung der volkswirtschaftlichen Ressourcen irgendwie verbessert und den Nutzen der Allgemeinheit auf diese Weise erhöht. Die Untersuchung zeigt, dass der Konzern sowohl zahl- als auch weitreichende Effizienzvorteile schafft und das geltende Konzernrecht den in diesem Zuge begründeten Gefahren auf geeignete Weise begegnet. Unter gleichzeitiger Berücksichtigung des natürlichen Interessengleichlaufs im Konzern wurde sodann die begründete These aufgestellt, dass die nach dem Schutzrecht verbleibenden und damit eigentlichen Konzerngefahren faktisch jedenfalls nicht als übermäßig groß zu bewerten sind. Da primär das Konzernunternehmen von den Konzernvorteilen profitiert, verlangen die Grundsätze der Verteilungsgerechtigkeit sowie folglich auch die der Effizienz, jedenfalls den Großteil der mit den Schutzbestrebungen anfallenden Kosten den Konzernen aufzuerlegen und diese zu den Adressaten der gesetzlichen Sorgfalts- und Haftungsnormen zu machen. All dies ist der Fall. Nicht zuletzt deshalb führt dann auch das vermeintliche Gegenargument zur Haftungsbeschränkung, dass die Konzernmutter angesichts ihrer ausgeweiteten Möglichkeiten zur Risikodiversifikation

---

einer gesetzlichen Festlegung der Haftungsbeschränkung gegenüber dem Fall der vertraglichen Haftungsbeschränkung nicht übermäßig weit reichen, kann nicht geteilt werden. Zwar mag in Einzelfällen die bilaterale Verhandlung der Haftungsbeschränkung kostengünstig möglich sein, allerdings kann dies – auch für die Gesellschaften mit engem Gesellschafterkreis – wohl nicht als Regelfall zugrundegelegt werden. Jedenfalls für die Gesellschaften mit großem Publikumskreis räumen sie an späterer Stelle selbst ein, dass die vertragliche Vereinbarung der Haftungsbeschränkung nur unter hohem Transaktionskostenaufwand möglich ist. Vgl. *Easterbrook/Fischel*, 52 U. Chi. L. Rev. (1985), 89, 102 f.

<sup>27</sup> Vgl. *Wiedemann*, ZGR 1986, 656, 667 m.w.N.

<sup>28</sup> *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 397 m.w.N.; *Geiger*, Ökonomische Analyse des Konzernhaftungsrechts, S. 212.

möglicherweise besser zur Risikotragung geeignet sei als die gesetzlichen Gläubiger,<sup>29</sup> nicht weiter. Vielmehr trägt der Konzern die unternehmerischen Risiken bereits zu einem ganz wesentlichen Teil selbst. Ihm sämtliche allgemeine Wirtschaftsrisiken in voller Höhe aufzuerlegen, beseitigte die Effizienzvorteile in ganz wesentlichem Maße. Vor allem aber kommt hinzu, dass die unternehmerischen Risiken auch bei Entzug des Haftungsprivilegs ausschließlich zugunsten der gesetzlichen Gläubiger bereits nicht mehr steuerbar und daher nur deutlich schlechter diversifizierbar wären als unter derzeit geltendem Recht. Vielmehr bedarf es zur Entstehung des Diversifikationseffekts auf Seiten des Konzerns gerade auch gegenüber den gesetzlichen Gläubigern der Haftungsbeschränkung der Konzerngesellschafter. Damit geht das Diversifikationsargument der Gegenansicht ins Leere. Das Privileg der beschränkten Gesellschafterhaftung sollte daher auch im Konzern beibehalten werden und erst hierauf aufbauend ein funktionierendes, gefahrenspezifisches Schutzsystem entwickelt werden, wie es im Wesentlichen bereits derzeit schon besteht. Mit anderen Worten gilt auch an dieser Stelle das Übermaßverbot: effizientes und damit volkswirtschaftlich wünschenswertes Verhalten darf nicht über das notwendige Maß hinaus beseitigt werden.<sup>30</sup>

- Zwar sind Transaktionskosten größtenteils nicht messbar. Angesichts der in der Theorie bestehenden, umfangreichen Konzernvorteile und der vergleichsweise wohl nur geringen Kosten, die dem Konzern in der Theorie durch Steuerabgaben und die Erfüllung der konzernspezifischen Pflichten entstehen, ist allerdings bereits aus diesem Blickwinkel davon auszugehen, dass dem Konzern auch nach Erfüllung jener Pflichten und dementsprechend erfolgter Kompensation der durch die Haftungsbeschränkung Benachteiligten noch ein Effizienzgewinn verbleibt. Dies gilt noch viel mehr, als rationale, betriebswirtschaftlich geschulte Unternehmensleiter ihre Unternehmen wohl weniger häufig als Konzern organisierten, wenn die mit den Konzerngefahren verbundenen Kosten, mit denen die Konzernunternehmen gerade nahezu vollumfänglich belastet sind, die Organisationsvorteile überwiegen.<sup>31</sup>
- Grundsätzlich ist die Haftungsbeschränkung im Konzern auch aus rechtlicher Perspektive gerechtfertigt. Dies gilt für alle Konzernierungsformen, wobei die Haftungsbeschränkung im faktischen Konzern - aufgrund ihrer dort gegebenen Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung der Figur der juristischen Person im Allgemeinen - noch dringender erforderlich ist als schon im Vertragskonzern. Mit Fokus auf den Gleichlauf von Herrschaft und Haftung ist die Haftungsbeschränkung für den Fall der Geschäftsführung durch den Alleingesellschafter am wenigsten erforderlich. Da der Konzern die grenzüberschreitende Betätigung erleichtert, fördert der deutsche Gesetzgeber mit der Zulassung der Haftungsbeschränkung im Konzern wohl außerdem den europäischen Binnenmarkt und trägt auf diese Weise zur Erreichung der unionsrechtlichen Ziele bei.

---

<sup>29</sup> In diese Richtung weist aber *Hofstetter*, Haftungsregeln, S. 79; selbiges Argument nutzt *Blumberg* im Kontext mit großen Institutionen und Finanzintermediären; vgl. *Blumberg*, 11 J. Corp. L. (1985 – 1986), 573, 613.

<sup>30</sup> Vgl. zu dieser Forderung auch *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 400.

<sup>31</sup> In diesem Sinne vertraten schon *Coase* und *Gibbons* die These, dass bereits die Existenz von Unternehmen beweise, dass diese die vorhandenen Ressourcen effizienter allozieren als der Markt. Dies vermutet auch *Kirchner*, vgl. *Kirchner*, ZGR 1985, 214, 223, 230.

- Im Ergebnis lässt sich damit festhalten: Die Haftungsbeschränkung im Konzern ist legitim und vielmehr noch zwingend - und das in jeglicher Hinsicht.<sup>32</sup> So erfordern nicht nur die Rechtsökonomie, sondern reflexiv auch Rechtstheorie und -praxis die Beibehaltung der Haftungsbeschränkung für eine jede der untersuchten Konzernierungsformen – mit Ausnahme der Aschenputtel-Konstruktionen. Aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebens und der Vielzahl normativer Gesichtspunkte, die ein entwickeltes Rechtssystem berücksichtigen muss, besteht in einem lebendigen, angewandten Rechtssystem kaum eine Norm – und noch weniger ein Prinzip -, dem in jeder denkbaren Konstellation ausnahms- und einschränkungslos dieselbe Legitimationskraft zukommt.<sup>33</sup> So verdichten sich auch die Legitimationsaspekte für die Haftungsbeschränkung nicht hinsichtlich einer jeden Unternehmensorganisation gleichermaßen stark. Allerdings trägt das Konzernrecht *de lege lata* mit den zusätzlichen Schutzmöglichkeiten *de lege ferenda* den Umständen und dem Gefahrenpotential des Einzelfalls auf geeignete Weise Rechnung und bringt insbesondere Herrschaft und Haftung für eine jede Konzernierungsform angemessen in Ausgleich.

---

<sup>32</sup> i.E. auch *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 26*; *U. H. Schneider*, *ZGR* 1980, 511, 542; *Lutter*, *ZIP* 1985, 1425, 1432; für den faktischen Konzern vgl. *Hommelhoff*, *ZGR* 2019, 379, 399; Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, KOM(2003) 284 endg., 21.05.2003, S. 21; Abschlussbericht der Hocharangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, 4.11.2002, S. 102; [http://www.europeanprivatecompany.eu/working\\_papers/download/High%20Level%20Group-DE.pdf](http://www.europeanprivatecompany.eu/working_papers/download/High%20Level%20Group-DE.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.06.2020).

<sup>33</sup> Vgl. auch *Lehmann*, *ZGR* 1986, 345; *Lutter*, *ZIP* 1985, 1425, 1432 f.