

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

arbeitet und damit den Fortbestand des Unternehmens stützt.<sup>42</sup> Erkennt der Berater die Insolvenzzreife und das Fehlen eines gebotenen Insolvenzantrags, so müsste er nach dieser Ansicht das Mandat sofort niederlegen.

Nach der gleichen Logik müsste indes auch der Pförtner, dessen Lohn in letzter Zeit stockend gezahlt wurde, dem die Zahlungsunfähigkeit bewusst ist und der ferner weiß, dass der Geschäftsführer bisher keinen Antrag eingereicht hat, seine Arbeit einstellen, denn drückte er morgens auf den Knopf zur Öffnung der Schranke, so förderte er den Fortgang des Unternehmens. Beide Ergebnisse sind ebenso abstrus wie evident interessenswidrig. Legte tatsächlich jeder Berater in der Krise des Unternehmens sein Mandat nieder, wenn sich der Geschäftsführer weigerte, einen Insolvenzantrag zu stellen, dann würde dem Betrieb gerade in dieser Situation jede weitere Beratung entzogen.

<sup>42</sup> Vgl. – Beihilfe ablehnend – OLG Köln v. 3.12.2010 – III-1 Ws 146/10 (128), DStRE 2011, 1109; s. auch LG Stuttgart v. 16.7.2010 – 14 StL 3/10, BeckRS 2011, 03075.

Das Wichtigste aber ist Folgendes: Berater sind Berater sind Berater. Aufgabe von Beratern ist es nicht und kann es nicht sein, die aus ihrer Sicht gebotenen Handlungen ihrer Mandanten selbst – und ggf. gegen den Widerstand des Mandanten – auszuführen. Berater sind nicht Geschäftsführer, sondern sie erteilen aufgrund ihrer fachlichen Expertise Rat, was dieser zu tun oder zu lassen habe. Es ist das Recht jedes Mandanten, die Beratung zu missachten und die Folgen zu tragen. Niemand könnte daraus einem Berater ein Vorwurf gemacht werden. Wer dies anders sieht, verkennet ganz grundlegend die Struktur und Funktionsweise der beratenden Berufe. Leider sind derartige krasse Missverständnisse derzeit an vielen Orten Deutschlands festzustellen, bei Insolvenzverwaltern, bei Staatsanwälten und sogar bei unterinstanzlichen Richtern. Auch das: Ein Thema, von dem zu hoffen ist, dass der BGH in Kürze Gelegenheit erhält, ein Machtwort zu sprechen und den Spuk der psychischen Beihilfe ein für allemal zu beenden. Es bleibt viel zu tun für den IX. Zivilsenat, im Insolvenz- wie auch im Berufshaftungsrecht.

*Prof. Dr. Jörg Rodewald / Sarah Paulat, LL.M.\**

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

### – Möglichkeiten und Grenzen in Deutschland und ausgewählten EU-Staaten –

*Die Steuerung von Unternehmensfunktionen in einer Unternehmensgruppe erfolgt meist nicht (nur) innerhalb der rechtlichen Einheiten (Gruppengesellschaften). Regelmäßig wird die Notwendigkeit gesehen, über rechtliche Einheiten hinweg zu steuern oder den Gruppengesellschaften – zwecks einheitlichen Auftretens der Unternehmensgruppe in unterschiedlichen Ländern – einheitliche Vorgaben zu machen. Besteht kein Vertragskonzern, so kann die Steuerung der Unternehmensgruppe über Weisungen an die (Geschäftsführer der) Tochtergesellschaften erfolgen. Ob das deutsche System der Gesellschafterweisung auch in anderen EU-Staaten anzutreffen ist und damit Weisungen auch zur Steuerung internationaler (GmbH-) Unternehmensgruppen geeignet sind, soll nachfolgend untersucht werden.*

#### I. Einleitung

Die Gesellschafterweisung als Instrument der Unternehmensführung kann in unterschiedlichen Bereichen Wirkung entfalten. Im Bereich der Beschaffung kann etwa die Notwendigkeit bestehen, den Tochterunternehmen bestimmte Lieferanten und Konditionen vorzugeben, die zuvor in Rahmenvereinbarungen mit den Vertragspartnern der Unternehmensgruppe verhandelt wurden. Auch Vertriebsaktivitäten werden nicht selten zentral gesteuert. Die Betreuung von Schlüsseln Kunden erfolgt ebenfalls oft zentral. In diesem Zusammenhang werden auch Preise und andere Konditionen verhandelt.

Ein wichtiges Instrument zur Führung von Gruppengesellschaften hinsichtlich der Vorgabe derartiger Preis- und

Liefer- bzw. Beschaffungskonditionen ist die Weisung der Muttergesellschaft an den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft. Bei aus Deutschland gesteuerten Unternehmensgruppen mit Tochtergesellschaften im Ausland stellt sich die Frage, wie dieses Weisungsrecht ausgestaltet werden sollte und welchen inhaltlichen Grenzen es in der jeweils maßgeblichen ausländischen Rechtsordnung unterliegt. Des Weiteren sollen die Folgen unrechtmäßiger Weisungen beschrieben und insbesondere die Haftungsrisiken für den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft sowie für die anweisende Muttergesellschaft aufgezeigt werden. In einem ersten Schritt wird hierzu die Rechtslage in Deutschland dargestellt (II.). Dieser Darstellung wird die Rechtslage in sieben ausgewählten europäischen Staaten gegenüber gestellt; Großbritannien (III.1.), Österreich (III.2.), den Niederlanden (III.3.), Polen (III.4.), Ungarn (III.5.), Rumänien (III.6.) und Tschechien (III.7.). Steuerliche Fragen insbesondere mit Blick auf die Angemessenheit von Lieferkonditionen und Verrechnungspreisen bleiben außer Betracht.

#### II. Rechtliche Situation in Deutschland

##### 1. Steuerung von GmbH-Gruppenunternehmen ohne Beherrschungsvertrag

Bei Unternehmensgruppen, die ohne Beherrschungsvertrag geführt werden, spricht man von einem faktischen Konzern, wenn das Führungsunternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf die Gruppengesellschaften ausüben kann. Dabei wird gemäß § 17 Abs. 2 AktG, der für die GmbH analog anwendbar ist,<sup>1</sup> vermutet, dass eine Gesell-

\* Prof. Dr. Jörg Rodewald ist Rechtsanwalt und Partner, Sarah Paulat ist Rechtsanwältin, beide bei Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin.

<sup>1</sup> Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh zu § 13 Rz. 6.

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

schaft abhängig ist, wenn an ihr ein anderes (herrschendes) Unternehmen mehrheitlich beteiligt ist. Gemäß § 18 Abs. 1 S. 3 AktG wird weiter vermutet, dass abhängige und herrschende Gesellschaft einen Konzern unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens bilden.<sup>2</sup>

Während im Vertragskonzern die einheitliche Leitung durch das herrschende Unternehmen – also die Muttergesellschaft – auf den mit den abhängigen Konzerngesellschaften abgeschlossenen Unternehmensverträgen beruht,<sup>3</sup> übt das herrschende Unternehmen in einem faktischen Konzern die einheitliche Leitung durch den Einsatz faktischer Herrschaftsinstrumente aus, die ihm durch seine Beteiligung an den abhängigen Gesellschaften zur Verfügung stehen.<sup>4</sup> Neben der personenidentischen Besetzung von Geschäftsführerpositionen in herrschendem und abhängigem Unternehmen hat der Gesellschafter einer GmbH darüber hinausgehende weitreichende Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung der Gesellschaft. Ihm obliegen z.B. gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG die Bestellung, die Abberufung und die Entlastung der Geschäftsführer. Vor allem aber hat er das Recht, der Geschäftsführung gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG jederzeit allgemeine oder spezielle Weisungen zu erteilen.<sup>5</sup>

### 2. Gesellschafterweisungen in Deutschland

#### a) Möglichkeit von Gesellschafterweisungen

Der Geschäftsführer hat das Recht, die Unternehmensgeschäfte zu führen und die Gesellschaft zu leiten (§ 35 Abs. 1 GmbHG – Vertretungs- und Geschäftsführungsbezugnis)<sup>6</sup>. Die Geschäftsführer sind gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche durch den Gesellschaftsvertrag sowie durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgelegt werden. Aus der Möglichkeit der Gesellschafterversammlung, die Rechte des Geschäftsführers durch Beschlüsse einzuschränken, wird eine ausdrückliche, den Geschäftsführer bindende Weisungsbefugnis des Gesellschafters hergeleitet.<sup>7</sup>

#### b) Grenzen der Weisungsbefugnis

Diese Weisungsbefugnis besteht jedoch nicht schrankenlos. An (inhaltliche) Grenzen stoßen Weisungsrechte dort, wo sie dem Interesse der Allgemeinheit oder der Gläubiger zuwiderlaufen.<sup>8</sup> Solche Weisungen sind insbesondere dann unzulässig, wenn sie die unentziehbaren Kompetenzen der Geschäftsführer betreffen<sup>9</sup> oder wenn ihre Befolgung zu

einem Verstoß gegen zwingende gesetzliche Vorschriften führen würde.<sup>10</sup> Insofern sind bestimmte Bereiche den Gesellschafterweisungen entzogen. Dies gilt z.B. für die Pflichten gegenüber dem Handelsregister gemäß §§ 7 ff. GmbHG, die Pflichten zur Erhaltung des Stammkapitals gemäß §§ 30 ff. GmbHG, das Verbot des Erwerbs eigener Anteile gemäß § 33 GmbHG, die Buchführungspflicht gemäß § 41 GmbHG, die Publizitätspflichten gemäß § 325 HGB, das Verbot der Leistung von Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung oder der Erbringung von Leistungen an Gesellschafter gemäß § 64 GmbHG,<sup>11</sup> die Pflicht zur Erfüllung der steuerlichen Pflichten gemäß § 34 AO und der Abführung von Sozialversicherungsabgaben (insbesondere wenn die Nichtleistung zu einer Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266a StGB führen würde) sowie die Pflicht zur Erfüllung sonstiger öffentlich-rechtlicher und handelsrechtlicher Anmeldepflichten.<sup>12</sup>

Entsprechendes gilt für Weisungen, die auf existenzvernichtende Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen gerichtet sind.<sup>13</sup> Diese dürfen im Interesse eines zwingenden Gläubigerschutzes nicht befolgt werden, da hierdurch notwendigerweise gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG verstoßen werden würde.<sup>14</sup> Bei Weisungen, die für die Gesellschaft objektiv nachteilig sind, besteht für den Geschäftsführer ein besonderer Prüfungsbedarf, weil eine vorsätzliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens den Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB erfüllen kann.<sup>15</sup> Zwar wird die Pflichtwidrigkeit des Handelns als Merkmal des Untreuetatbestands und damit die Tatbestandsmäßigkeit der Untreue durch das Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens ausgeschlossen.<sup>16</sup> Bei juristischen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten, bei der GmbH die Gesamtheit ihrer Gesellschafter.<sup>17</sup> Allerdings findet die tatbestandsausschließende Wirkung der Gesellschafterweisung bei Vermögensverfügungen ihre Grenzen, wenn gegen zwingendes Recht (etwa § 30 GmbHG) verstoßen wird.<sup>18</sup> Außerhalb dieser Grenzen muss der Geschäftsführer

2 Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh zu § 13 Rz. 9.

3 Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh zu § 13 Rz. 46; Emmerich in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, Anhang § 13 Rz. 134.

4 Emmerich in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, Anhang § 13 Rz. 65.

5 Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh zu § 13 Rz. 1.

6 Lenz in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 35 Rz. 31; Stephan/Tieves in Münch.Komm.GmbHG, 2012, § 37 Rz. 4.

7 Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 37 Rz. 20; Stephan/Tieves in Münch.Komm.GmbHG, 2012, § 37 Rz. 66, 107 ff.; In der Literatur wird teilweise vertreten, dass das Weisungsrecht ausdrücklich in der Satzung verankert sein müsse, wenn es eine gewisse Intensität überschreite, so z.B. Hommelhoff, ZGR 1978, 119 (127 ff.).

8 Stephan/Tieves in Münch.Komm.GmbHG, 2012, § 37 Rz. 118.

9 Stephan/Tieves in Münch.Komm.GmbHG, 2012, § 37 Rz. 118,

m.w.N.; BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258 (278) = NJW 1960, 285 (289) = GmbHR 1960, 43 u. 63 m. Anm. Pleyer.

10 Wellhöfer in Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 26; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 37 Rz. 18; BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258 (278) = NJW 1960, 285 (289) = GmbHR 1960, 43 u. 63 m. Anm. Pleyer.

11 BGH v. 27.8.2010 – 2 StR 111/09 – Trienekens, ZIP 2010, 1892 (1895) = GmbHR 2010, 1164 m. Komm. M. Hoffmann, Tz. 34; Stephan/Tieves in Münch.Komm.GmbHG, 2012, § 37 Rz. 118, m.w.N.

12 Wellhöfer in Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 25.

13 Wellhöfer in Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 29.

14 Wellhöfer in Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 29, m.w.N.

15 Wellhöfer in Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 29, m.w.N.

16 BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331 (342); v. 31.7.2009 – 2 StR 95/09, BGHSt 54, 52 (57) = GmbHR 2009, 1202 m. Komm. Bittmann; v. 27.8.2010 – 2 StR 111/09, BGHSt 55, 266 (278) = GmbHR 2010, 1164 m. Komm. M. Hoffmann; v. 30.8.2011 – 3 StR 228/11, GmbHR 2012, 30.

17 BGH v. 30.8.2011 – 3 StR 228/11, GmbHR 2012, 30 (st. Rspr.).

18 BGH v. 30.8.2011 – 3 StR 228/11, GmbHR 2012, 30.

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

rer letztendlich aber auch solche Weisungen befolgen, die der Gesellschaft abträglich sind.<sup>19</sup> Bezogen auf die eingangs erwähnten Bereiche der Steuerung von Einkaufs- oder Verkaufsaktivitäten einer Tochter-GmbH durch den Gesellschafter ermöglicht dies also die Vorgabe von Ein- oder Verkaufskonditionen, auch wenn diese im Einzelfall nachteilig für die Tochtergesellschaft sind.

Bei satzungswidrigen Weisungen ist zu differenzieren. Wenn der Geschäftsführer angewiesen wird, die durch die Satzung gezogenen Grenzen seiner Geschäftsführungsbezugnis zu überschreiten, ist dies rechtmäßig, wenn sich die Weisung im Kompetenzbereich der anweisenden Gesellschaft bewegt. Denn damit liegt in der Sache lediglich eine Delegation der Ausführung ihrer **eigenen**, kompetenzgemäßen Entscheidung an die **Geschäftsführer** vor.<sup>20</sup> Wenn aber die Weisung einen Bereich betrifft, den die Satzung den Geschäftsführern vorbehält, ist wieder entscheidend, ob der Beschluss, der der Weisung zugrunde liegt, wirksam ist.<sup>21</sup>

### c) Folgen unrechtmäßiger Weisungen

Wie oben ausgeführt, sind Weisungen, die einen Verstoß gegen zwingende Normen<sup>22</sup> nach sich ziehen, nichtig. Werden also der Tochter-GmbH im Verkauf Preise vorgegeben, die unter Marktpreisniveau und nicht kostendeckend sind und führt die Preisvorgabe absehbar zur Überschuldung der Tochter-GmbH, so muss der Geschäftsführer eine solche Weisung nicht befolgen. Nichtig Weisungen müssen nämlich vom Geschäftsführer nicht ausgeführt werden.<sup>23</sup> Alle sonstigen „grenzüberschreitenden“ Beschlüsse sind anfechtbar.<sup>24</sup> Schwebend unwirksame Beschlüsse sind von den Geschäftsführern nicht auszuführen.<sup>25</sup> Bei wirksamer Anfechtung des Weisungsbeschlusses ist die Weisung endgültig unbeachtlich.<sup>26</sup> Für den Zeitraum der Anfechtbarkeit, also den Zeitraum zwischen der Fassung des anfechtbaren Beschlusses und seiner Unanfechtbarkeit, ist zu differenzieren. Da sich der Geschäftsführer wegen Nichtdurchführung notwendiger Maßnahmen schadensersatzpflichtig machen kann oder ein durchgeführter, aber nachträglich für nichtig erklärter Beschluss keine haftungsbefreiende Wirkung hat,<sup>27</sup> muss er die Rechtslage, d.h. die Wahrscheinlichkeit der Begründetheit einer Anfechtung prüfen und unter Berücksichtigung des

Ergebnisses dieser Prüfung seine Entscheidung fällen.<sup>28</sup> Dem Geschäftsführer dürfte insoweit ein gewisser Ermessensspielraum zuzubilligen sein.<sup>29</sup> Ist der Beschluss lediglich anfechtbar, ist er auszuführen, wenn er – z.B. durch Zeitablauf – unanfechtbar geworden ist.<sup>30</sup>

### 3. Haftung und Enthaltung der Geschäftsführer

Aufgrund der bindenden Natur der Weisungen kann sich der Geschäftsführer haftbar machen, wenn er einer Weisung nicht folgt.<sup>31</sup> Dies impliziert umgekehrt jedoch auch, dass er nicht haftbar ist, wenn er aufgrund einer wirksamen Weisung gehandelt hat.<sup>32</sup> Der Geschäftsführer ist in diesem Fall auch dann entlastet, wenn es sich um eine für die Tochtergesellschaft objektiv schädliche Weisung handelt.<sup>33</sup>

Der Gesellschafterbeschluss darf allerdings nicht nichtig sein, weil er den Geschäftsführer dann von vornherein nicht binden konnte.<sup>34</sup> Eine nichtige Weisung darf vom Geschäftsführer nicht befolgt werden.<sup>35</sup> Ansonsten unterliegt er gegenüber der Gesellschaft (im Innenverhältnis) ggf. der Haftung des § 43 Abs. 2 GmbHG. Bei Verstoß gegen das Verbot der Rückzahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens gemäß § 30 GmbHG oder gegen das Verbot des Erwerbs eigener Anteile gemäß § 33 GmbHG besteht das Risiko der strengen Haftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG.<sup>36</sup> Es kommt auch eine Haftung gemäß § 64 S. 1 u. 3 GmbHG bei Zahlungen des Geschäftsführers nach Insolvenzzureife bzw. bei Zahlungen in Betracht, die zur Illiquidität der Gesellschaft führen mussten. Neben der Organhaftung besteht die allgemeine deliktische Haftung nach §§ 823 BGB ff.<sup>37</sup>

Nach außen, also gegenüber den Gesellschaftern und Dritten, haftet der Geschäftsführer beim Schadenseintritt aufgrund der Befolgung einer nichtigen Weisung **grundsätzlich** nicht (sog. Grundsatz der Haftungskonzentration).<sup>38</sup> Ausnahmen bilden jedoch z.B. die Haftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG bei Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste, nach § 31 Abs. 6 GmbHG bei Zahlungen die das Stammkapital beeinträchtigten sowie die deliktische Haftung nach §§ 823 ff. BGB.

Am Verschulden kann es fehlen, wenn die Nichtigkeit der Weisung, aufgrund derer der Geschäftsführer gehandelt hat, für diesen nicht erkennbar war.<sup>39</sup>

19 *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 43 Rz. 7; *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 32.

20 *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 37 Rz. 17.

21 *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 37 Rz. 16.

22 Hierunter fallen insbesondere die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30 ff. GmbHG; *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 26.

23 *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 26.

24 *Wälzholz* in GmbH-Handbuch, Stand Nov. 2012, Rz. I 1699.

25 *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 26; *Ziemons* in Oppenländer/*Trörlitzsch*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 22 Rz. 25.

26 BGH v. 11.2.1980 – II ZR 41/79, BGHZ 76, 160 f. = GmbHR 1981, 186; *Marsch-Barner/Diekmann* in Münch.Hdb.GesR, Bd. III: GmbH, 4. Aufl. 2012, § 44 Rz. 70.

27 *Zöllner/Noack* in Baumbach/*Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 37 Rz. 20, § 43 Rz. 35.

28 *Zöllner/Noack* in Baumbach/*Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 37 Rz. 20.

29 *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 27.

30 *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 27.

31 *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 43 Rz. 7.

32 BGH v. 31.1.2000 – II ZR 189/99, GmbHR 2000, 330; *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen* GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 43 Rz. 7.

33 *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 43 Rz. 7.

34 *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 43 Rz. 7, m.w.N.

35 *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 26.

36 *Zöllner/Noack* in Baumbach/*Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rz. 48; *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 9 Rz. 26.

37 *Zöllner/Noack* in Baumbach/*Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rz. 75 ff.

38 *Wellhöfer* in Wellhöfer/*Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 10 Rz. 1.

39 *Zöllner/Noack* in Baumbach/*Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rz. 35.

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

### 4. Haftung des Gesellschafters

Die Muttergesellschaft haftet beim faktischen Konzern unter Gläubigerschutzgesichtspunkten für existenzvernichtende Eingriffe.<sup>40</sup> So lösen missbräuchliche Eingriffe des Gesellschafters in das Vermögen der Tochtergesellschaft, die zur Insolvenz führen oder diese vertiefen, eine Haftung aus.<sup>41</sup> Dies stellt eine Innenhaftung auf Schadensersatz gemäß § 826 BGB dar.<sup>42</sup> Daneben besteht ein Haftungsrisiko gemäß § 30 i. V. m. § 31 Abs. 1 bzw. Abs. 3 GmbHG.

Eine Durchgriffshaftung des Gesellschafters unter Durchbrechung des § 13 Abs. 2 GmbHG im Außenverhältnis ist neben der deliktischen Haftung nach § 826 BGB nur in Sonderfällen möglich.<sup>43</sup> Ein solcher Ausnahmetatbestand liegt vor, wenn ein Missbrauch der Rechtsform vorliegt, bei dem die Funktionsbedingungen der Gläubigerschutzregelungen unterlaufen wurden und der Gesellschafter deswegen die Berechtigung verliert, sich auf § 13 Abs. 2 GmbHG zu berufen.<sup>44</sup> Dies wird von Literatur und Rechtsprechung diskutiert für die Bereiche der Vermögensvermischung, der Sphärenvermischung und der Unterkapitalisierung.<sup>45</sup>

Weiter ist ein Haftungsrisiko des Gesellschafters als „faktischer Geschäftsführer“ im Innen- und im Außenverhältnis denkbar. Die Stellung als faktischer Geschäftsführer kann dann begründet werden, wenn der Gesellschafter (z.B. durch Weisungen) rein tatsächlich die Entscheidungen trifft, die an sich durch die Geschäftsführer zu treffen sind und er durch seinen Einfluss auf die Geschäftsführer die rechtsgeschäftlichen Handlungen der Gesellschaft bestimmt oder jedenfalls nachhaltig prägt.<sup>46</sup> Mit Blick auf die Haftung gilt, dass, wer de facto die Stellung eines Geschäftsführers einnimmt, sowohl der Gesellschaft als auch Dritten gegenüber wie ein Geschäftsführer haftet.<sup>47</sup>

### III. Die Rechtslage in ausgewählten EU-Staaten

Im Folgenden soll die Rechtslage zur Weisungsbefugnis der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft im faktischen Konzern, sowie deren Grenzen und Rechtsfolgen in ausgewählten EU-Staaten skizziert werden. Dabei entspricht die Rechtsform der ausländischen Gesell-

schaften weitgehend der einer deutschen GmbH. Wo es auf die Frage der Gesetzmäßigkeit von Weisungen ankommt, ist jeweils auf die entsprechende Rechtsordnung abzustellen und eine abschließende, tiefergehende Untersuchung aufgrund des vorliegend begrenzten Rahmens nicht möglich.

#### 1. Großbritannien

##### a) Gesellschafterweisungen in Großbritannien

###### aa) Möglichkeit von Gesellschafterweisungen

Wie in Deutschland ist der Geschäftsführer einer englischen Limited (Ltd.) nach dem Recht von England und Wales für die Durchführung der laufenden Geschäfte zuständig.<sup>48</sup> Die Satzung räumt dem Geschäftsführer in der Regel hierfür die volle Leitungsbefugnis ein.<sup>49</sup> Er ist danach üblicherweise frei und befugt, ohne Beeinflussung durch die Gesellschafter zu handeln, soweit er seinen Verpflichtungen im Rahmen der Satzung und des Companies Act 2006<sup>50</sup> ausführt.<sup>51</sup> Es gibt hier hingegen kein gesetzliches Weisungsrecht.<sup>52</sup> Vielmehr sind Weisungen der Muttergesellschaft an den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft nur möglich, wenn und soweit dies durch den Gesellschaftsvertrag oder einen separaten Gesellschaftervertrag vorgesehen ist. Es ist jedoch die Regel, dass die Satzung einer englischen Ltd. vorsieht, dass die Gesellschafter den Geschäftsführer durch Beschluss (mit 75 % der Mehrheit) anweisen können, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen.<sup>53</sup>

###### bb) Grenzen der Weisungsbefugnis

Soweit die Satzung eine Weisungsbefugnis vorsieht, besteht diese auch hier nicht grenzenlos. Die Schranken der Weisungsbefugnis lassen sich schwer eindeutig eingrenzen, da weder Literatur noch Rechtsprechung Hinweise für eine genauere Begrenzung geben. Allerdings ist davon auszugehen, dass kein Gericht eine Weisung aufrechterhalten wird, die als illegal, deliktisch, nicht mit der öffentlichen Ordnung zu vereinbaren oder als sonst unrechtmäßig anzusehen ist. Dasselbe gilt für den Fall, dass durch eine Weisung Rechte eventuell vorhandener Minderheitsgesellschafter beeinträchtigt werden. De facto wird also insoweit die Grenze für Gesellschafterweisungen durch die Rechtsordnung und die allgemeinen Rechtsgrundsätze gezogen.

Weisungen, die unrechtmäßige Dividenden, unrechtmäßige Kapitalrückzahlungen an die Muttergesellschaft oder Betrug zulasten der Gesellschaftsgläubiger nach sich ziehen, verstoßen folglich gegen die o.g. Grenzen. Weisun-

40 Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh zu § 13 Rz. 20.

41 Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh zu § 13 Rz. 20.

42 Mit der Trihotel-Entscheidung (BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 – Trihotel, GmbHR 2007, 927 m. Komm. Schröder) hat der BGH die Rechtsfigur aus dem Bremer Vulkan-Urteil (BGH v. 17.9.2001 – II ZR 178/99 – Bremer Vulkan, GmbHR 2001, 1036), dass der existenzvernichtende Eingriff eine Außen- bzw. Durchgriffshaftung darstellt, aufgegeben; s. hierzu auch BGH v. 28.4.2008 – II ZR 264/06 – Gamma, GmbHR 2008, 805 (806 f.) m. Komm. Ulrich; v. 9.2.2009 – II ZR 292/07 – Sanitary, GmbHR 2009, 601 m. Komm. Podewils; s. auch Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rz. 25 ff.; Bitter in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 13 Rz. 156.

43 Bitter in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 13 Rz. 130.

44 BGH v. 13.12.2004 – II ZR 256/02, GmbHR 2005, 299 (300); Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rz. 11.

45 Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rz. 18 ff.

46 Stephan/Tieves in Münch.Komm.GmbHG, 2012, § 35 Rz. 38, m.w.N.

47 Stephan/Tieves in Münch.Komm.GmbHG, 2012, § 35 Rz. 38.

48 Kadel, MittBayNot 2006, 102 (104); Just, Die englische Limited in der Praxis, 3. Aufl. 2008, V.3. Rz. 144.

49 Vgl. Just, Die englische Limited in der Praxis, 3. Aufl. 2008, V.3. Rz. 144.

50 Online zu finden unter: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents).

51 Servatius in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, Internationales Gesellschaftsrecht Rz. 141; vgl. auch Pegel, Neue Pflichten für directors einer limited durch den Companies Act 2006, DStR 2007, 2069 (2071).

52 Servatius in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, Internationales Gesellschaftsrecht Rz. 144.

53 Vgl. zur erforderlichen Beschlussmehrheit Just, Die englische Limited in der Praxis, 3. Aufl. 2008, IV.2. Rz. 115.

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

gen, welche für die englische Tochtergesellschaft nachteilig sind – wie z.B. der Verkauf von Waren zu einem zu niedrigen Preis (unter Marktpreisniveau) oder der Ankauf zu einem erhöhten Preis (über Marktpreis) – dürften hingegen solange rechtmäßig sein, wie die o.g. Schwelle nicht erreicht ist. Eine Besonderheit gilt hier jedoch, wenn sich die Tochtergesellschaft in der Krise befindet. Dann stehen nicht mehr die Interessen der Gesellschafter an erster Stelle, sondern vielmehr diejenigen der Gesellschaftsgläubiger. Wenn eine Gesellschaft insolvent ist oder insolvent zu werden droht, hat der Geschäftsführer – wenn er dies erkennt oder erkennen muss – daher vor allem die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu wahren.<sup>54</sup> In einer derartigen Situation ist es Sache des Geschäftsführers zu entscheiden, wann er die Geschäfte einstellt. Auf die Haltung der Gesellschafter kommt es nicht an. Eine Weisung der Gesellschafter, die Geschäfte in einer Situation der Insolvenz oder drohenden Insolvenz fortzuführen, obwohl der Geschäftsführer dies für nicht angebracht hält, wäre also unzulässig.<sup>55</sup>

### cc) Folgen unrechtmäßiger Weisungen

Wie oben zu den Weisungsgrenzen ausgeführt, kann davon ausgegangen werden, dass kein Gericht eine Weisung aufrechterhalten würde, welche illegal oder unrechtmäßig ist oder sonst gegen die öffentliche Ordnung verstößt. Selbiges gilt für eine betrügerische oder sonstwie arglistige Ausführungshandlung.

### b) Haftung und Enthaltung der Geschäftsführer

In Ermangelung einschlägiger Rechtsprechung ist es schwierig, die Haftung bzw. Enthaltung des Geschäftsführers bei Befolgung einer unrechtmäßigen Weisung zu definieren. Eine eindeutige Situation ist allerdings gegeben im Falle der (drohenden) Insolvenz. Hier muss der Geschäftsführer entscheiden, wie lange die Gesellschaft am Geschäftsverkehr teilnimmt. Selbst wenn er aufgrund einer Gesellschafterweisung handelt, unterliegt der Geschäftsführer dem Haftungsrisiko für Insolvenzverschleppung („wrongful trading“), falls die Gesellschaft am Geschäftsverkehr teilnimmt, obwohl der Geschäftsführer wusste oder hätte wissen müssen, dass die Insolvenz der Gesellschaft unvermeidbar ist.<sup>56</sup> Von dieser Ausnahme abgesehen ist grundsätzlich anzunehmen, dass – falls die Satzung die Gesellschafterweisungen als bindend einstuft – der Geschäftsführer bei Befolgung einer wirksamen Weisung enthaftet wird.<sup>57</sup>

### c) Haftung des Gesellschafters

Die Muttergesellschaft muss bei der Weisungserteilung Vorsicht walten lassen, da sie hierdurch die Stellung eines „shadow directors“ („Quasi-Geschäftsführer“) erhalten

könnte und so vielen Verpflichtungen und Haftungsrisiken unterläge – sei es in zivilrechtlicher sowie in strafrechtlicher Hinsicht – wie der ordnungsgemäß bestellte Geschäftsführer.<sup>58</sup> Nach englisch-walisischem Recht ist „shadow director“ ein „Nicht-Geschäftsführer“, nach dessen Leitung der bestellte Geschäftsführer für gewöhnlich handelt.<sup>59</sup> Je mehr Weisungen die Muttergesellschaft der Tochter also erteilt, umso höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie als „shadow director“ angesehen wird. Weiter ist in außergewöhnlichen (missbräuchlichen) Fällen eine Durchgriffshaftung der Muttergesellschaft denkbar, falls die Existenz der Tochtergesellschaft z.B. nur eine „Fassade“ darstellt oder der Verschleierung von Fakten dient.

Darüber hinausgehend ist die Haftung des Gesellschafters auf die Höhe seines Anteils beschränkt. Etwas anderes gilt nur, wenn der Gesellschafter vertraglich eine Entschädigung zusagt oder eine Garantie übernimmt.<sup>60</sup>

## 2. Österreich

Autorin: Rita Wittmann<sup>61</sup>

### a) Gesellschafterweisungen in Österreich

#### aa) Möglichkeit von Gesellschafterweisungen

Der Gesellschafter einer österreichischen GmbH hat – wie der deutsche Gesellschafter – ein gesetzliches Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung nach § 20 des österreichischen GmbH-Gesetzes („öGmbHG“).

#### bb) Grenzen der Weisungsbefugnis

Weisungen dürfen auch in Österreich weder gegen gesetzliche Bestimmungen noch gegen den Gesellschaftsvertrag verstoßen. So sind z.B. Weisungen, die eine Einlagenrückgewähr nach sich ziehen, wegen Gesetzesverstößes unzulässig. In Österreich ist das gesamte Gesellschaftskapital (nicht nur das eingetragene Stammkapital) vom Verbot der Einlagenrückgewähr umfasst. § 82 öGmbHG verbietet grundsätzlich jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter ohne fremdübliche Gegenleistung, sofern eine solche Zuwendung nicht Gewinnverwendung ist oder im Zuge einer Kapitalherabsetzung erfolgt.<sup>62</sup> Auch Weisungen, die auf den Erwerb eigener Anteile gerichtet sind, sind gemäß § 81 S. 1 öGmbHG grundsätzlich verboten.<sup>63</sup> Weisungen dürfen weiter nicht gegen zwingende Vorschriften der Rechnungslegung, Abgabenvorschriften oder Publizitätspflichten verstoßen. Beispielsweise wären Gesellschafterweisungen in Bezug auf nachteilige Einkaufs- oder Verkaufskonditionen an eine österreichische Tochtergesellschaft wegen Gesetzeswidrigkeit (insbesondere wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr) unzulässig, wenn der Einkauf oder Verkauf konzernintern

54 Schall, DStR 2006, 1229 (1230).

55 Vgl. hierzu Schall, DStR 2006, 1229 (1230), wonach eine nachträgliche Genehmigung der Gesellschafter eine Haftung des Geschäftsführers in diesen Fällen nicht ausschließen kann. Die muss dann konsequenter Weise auch für Handeln aufgrund von Weisungen gelten.

56 Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 10 Rz. 67; Heinz/Hartung, Die englische Limited, 3. Aufl. 2011, 7. Rz. 56; Just, Die englische Limited in der Praxis, 3. Aufl. 2008, V.6. Rz. 182 ff.

57 Pegel, DStR 2007, 2069 (2074) (Bestätigung der Direktorenhandlung durch Beschluss).

58 Heinz/Hartung, Die englische Limited, 3. Aufl. 2011, 7. Rz. 47 f.; Kasolowsky/Schall in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 4 Rz. 34.

59 Vgl. section 251(1) CA 2006; Just, Die englische Limited in der Praxis, 3. Aufl. 2008, V.2. Rz. 142.

60 Heinz/Hartung, Die englische Limited, 3. Aufl. 2011, 6. Rz. 48 f.

61 Rita Wittmann ist Rechtsanwältin bei Schönherr, Wien.

62 S. z.B. die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs v. 22.10.2003 – 3 Ob 287/02 f.

63 Es bestehen hier sehr eingeschränkt Ausnahmen nach § 81 öGmbHG (z.B. Erwerb im Exekutionswege nach § 81 S. 2 öGmbHG).

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

stattfindet und/oder der Gesellschafter von den Konditionen in der Weise profitiert, dass von einer (mittelbaren) Zuwendung der Tochter an den Gesellschafter auszugehen ist.

### cc) Folgen rechtswidriger Weisungen

Rechtswidrige Weisungen können auch nach der österreichischen Rechtslage nichtig oder anfechtbar sein, wobei in Literatur und Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist, welche Verstöße zur Nichtigkeit und welche zur bloßen Anfechtbarkeit führen.<sup>64</sup>

Nach herrschender Literaturmeinung sind Weisungen nichtig, die Verstöße gegen folgende Vorschriften nach sich ziehen: Verbot der Einlagenrückgewähr, zwingende Abgabenvorschriften, Verbot des Erwerbs eigener Anteile, Gläubigerschutzvorschriften, Insolvenzantragspflicht sowie sonstige Vorschriften, die dem Schutz öffentlicher Interessen dienen. Selbiges gilt für Weisungen, die die Vornahme einer strafbaren Handlung auftragen oder mit dem Wesen der GmbH unvereinbar sind.<sup>65</sup> Nichtige Weisungen binden den Geschäftsführer nicht und dürfen von diesem nicht befolgt werden. Die Befolgung nichtiger Weisungen zieht Haftungsfolgen nach sich (s. dazu sogleich unter III.2.b)).

Sonstige rechtswidrige Weisungen sind nach der herrschenden Literatur damit grundsätzlich bloß anfechtbar. Dies gilt auch für Weisungen, die (lediglich) gegen den Gesellschaftsvertrag verstoßen.<sup>66</sup> Der Geschäftsführer hat insoweit im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eine Abwägung – zwischen der Erfolgswahrscheinlichkeit einer Anfechtung einerseits und den Konsequenzen einer Weisungsbefolgung bzw. ihrer Unterlassung für die Gesellschaft andererseits – durchzuführen.<sup>67</sup> An anfechtbare Gesellschafterbeschlüsse ist die Geschäftsführung nach einer erfolgreichen Anfechtung nicht gebunden. Inwiefern eine Bindung vor der Anfechtung besteht, ist umstritten.<sup>68</sup> Wird eine Weisung angefochten oder ist mit einer Anfechtungsklage zu rechnen, so haben die Geschäftsführer nach pflichtgemäßem Ermessen die Erfolgsaussichten der Klage zu beurteilen und danach die Weisung auszuführen oder dies zu unterlassen. Erfolgt keine Anfechtung innerhalb der Anfechtungsfrist, muss nach Fristablauf die (vormals anfechtbare) Weisung grundsätzlich befolgt werden. Der Geschäftsführer darf die Befolgung eines durch Ablauf der Anfechtungsfrist oder durch rechtskräftige Entscheidung unanfechtbar gewordenen Beschlusses jedoch grundsätzlich dann verweigern, wenn eine Gefährdung der Gläubiger vorhanden ist oder sich die tatsächlichen Umstände in der Zwischenzeit geändert haben.

64 Aus diesem Grunde ist den Geschäftsführern regelmäßig die Anfechtung von solchen Weisungen zu empfehlen, welche sie für rechtswidrig erachten; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2007, § 41 Rz. 7 ff.

65 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2007, § 20 Rz. 9 sowie § 41 Rz. 12 ff.; *Enzinger* in Straube, GmbHG, § 41 Rz. 21 ff.; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2008, Rz. 4/189.

66 *Enzinger* in Straube, GmbHG, § 41 Rz. 43 u. 48.

67 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2007, § 20 Rz. 9; *Torggler* in Straube, GmbHG, § 20 Rz. 31.

68 *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2008, Rz. 4/189.

### b) Haftung und Enthftung der Geschäftsführer

Der Geschäftsführer ist grundsätzlich verpflichtet, Gesellschafterbeschlüssen Folge zu leisten (§ 20 Abs. 1 öGmbHG). Daher hat eine wirksame Weisung durch Gesellschafterbeschluss gesellschaftsintern in der Regel haftungsbefreiende Wirkung.<sup>69</sup> Nichtige Weisungsbeschlüsse sind hingegen nicht verbindlich und lassen die Haftung des Geschäftsführers daher unberührt.<sup>70</sup>

Die Haftung des Geschäftsführers bleibt allerdings bei wirksamen Weisungen auch bestehen, soweit die Ersatzansprüche der Gesellschaft zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind.<sup>71</sup> Die Befolgung von Weisungen, die mit hohen Risiken und potentiellen Nachteilen für die Gesellschaft verbunden sind (z.B. Abschluss von Beschaffungsverträgen zu nachteiligen Konditionen, Veräußerung von Waren zu geringem Preis), kann eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers begründen. Nach § 25 Abs. 1 öGmbHG hat der Geschäftsführer die Pflicht, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters anzuwenden. Gemäß § 25 Abs. 2 u. 3 öGmbHG haftet er gegenüber der Gesellschaft für die Schäden, die durch die Verletzung dieser objektiven Sorgfaltspflicht entstehen. Insofern muss der Geschäftsführer eine Risikoabwägung vornehmen und die Weisung ggf. anfechten.<sup>72</sup> Der Geschäftsführer haftet jedoch nicht, wenn er sich bei Ausführung (oder Nichtausführung) des Beschlusses im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens hält.

### c) Haftung des Gesellschafters

Der Gesellschafter unterliegt gegenüber der Gesellschaft selbst sowie gegenüber allfälligen Mitgesellschaftern einer Treuepflicht. Maßstab sind hierbei Treu und Glauben, der redliche Verkehr, das Gebot der guten Sitten sowie das Schädigungsverbot. Ein Verstoß gegen diese Treuepflicht kann eine Schadenersatzpflicht hervorrufen.<sup>73</sup> So begründet etwa eine Weisung an eine Tochtergesellschaft, die eine existenzvernichtende Maßnahme impliziert, ein Haftungsrisiko für die Mutter.

Ein Haftungsrisiko des Gesellschafters besteht ferner bei faktischer Geschäftsführung.<sup>74</sup> Eine solche liegt vor, wenn der Gesellschafter dauerhaft bestimmend Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt, insbesondere wenn er durch Weisungsbeschlüsse das Unternehmen faktisch leitet. Es treffen den Gesellschafter dann nach herrschender Meinung und Rechtsprechung dieselben Sorgfaltspflichten

69 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2007, § 25 Rz. 4.

70 *Reich-Rohrwig* in Straube, GmbHG, § 25 Rz. 187 u. 190 f.; Entscheidung des Obersten Gerichtshofs v. 22.10.2003 – 3 Ob 287/02 f.

71 § 25 Abs. 5 öGmbHG regelt insofern: „Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.“; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2007, § 25 Rz. 19; *Reich-Rohrwig* in Straube, GmbHG, § 25 Rz. 187 ff.

72 Darüber hinaus hat der Geschäftsführer im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht die Gesellschafter auf nicht evidente Risiken angemessen hinzuweisen; s. *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2008, Rz. 4/190.

73 Treuwidrige Beschlüsse sind anfechtbar; s. *Enzinger* in Straube, GmbHG, § 41 Rz. 47.

74 *Aicher/Kraus* in Straube, GmbHG, § 61 Rz. 63 f.; *Straube/Ratka/Stöger/Völkl* in Straube, GmbHG, § 15 Rz. 8 f.

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

(und damit auch Haftungsrisiken) gegenüber der Gesellschaft, wie den bestellten Geschäftsführer.<sup>75</sup>

Ob eine Durchgriffshaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch direkt gegenüber den Gesellschaftsgläubigern besteht, ist noch nicht abschließend geklärt.

### 3. Niederlande

**Autoren:** *Lejla Lagumdžija / Ayolt M. Zoer*<sup>76</sup>

#### a) Gesellschafterweisungen in den Niederlanden

##### aa) Möglichkeit von Gesellschafterweisungen

Nach niederländischem Recht kann der Gesellschafter einer „Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid“ („BV“) dem Geschäftsführer Weisungen nur dann erteilen, wenn dies in der Satzung vorgesehen ist.<sup>77</sup>

##### bb) Grenzen der Weisungsbefugnis

Gemäß Art. 239 Abs. 4 des 2. Buches des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches („DCC“) muss die Unternehmensführung im Einklang mit den Weisungen des weisungsberechtigten Gesellschaftsorgans handeln, soweit diese Weisungen nicht gegen das Interesse der Gesellschaft und dessen Geschäftsbetrieb verstoßen. Auch Weisungen, die im Widerspruch zum Gesellschaftsvertrag stehen, sind grundsätzlich unzulässig. Der Geschäftsführer muss daher stets einen unabhängigen Interessenausgleich vornehmen und darf den Anweisungen nicht „sklavisch“ folgen.<sup>78</sup> Das bedeutet, dass die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft innerhalb eines Konzerns überprüfen muss, ob die Weisungen der Muttergesellschaft im Interesse der Tochtergesellschaft liegen.<sup>79</sup> Das Interesse der Tochtergesellschaft umfasst auch das Interesse ihrer Geschäftspartner und Angestellten. Nachteilige Einkaufs- oder Verkaufskonditionen und -preise sind für sich allein genommen nicht im Interesse der niederländischen Tochtergesellschaft. Diesbezügliche Weisungen muss der Geschäftsführer in den Niederlanden ablehnen. Anders sieht es möglicherweise dann aus, wenn auf das Gesamtkonzerninteresse abgestellt wird und die Muttergesellschaft mit der Tochtergesellschaft verbindliche finanzielle Zusagen zum Ausgleich der Verluste oder Nachteile macht, die aufgrund der Weisung entstehen.

Auch Gläubigerschutzgesichtspunkte können die Einschränkung der Weisungsbefugnis begründen. So dürfen Weisungen, welche eine Reduzierung des Stammkapitals erfordern oder den Erwerb eigener Anteile implizieren, nur ausgeführt werden, wenn die Gesellschaft weiterhin in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> Entscheidung des Obersten Gerichtshofs v. 12.4.2001 – 8 ObA 98/00 w: Danach kommt ein Haftungsdurchgriff im (faktischen) Konzern auf die Muttergesellschaft dann in Betracht, wenn die Muttergesellschaft von ihrem Weisungsrecht Gebrauch macht und dabei die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt.

<sup>76</sup> *Lejla Lagumdžija* ist Rechtsanwältin, *Ayolt M. Zoer* ist Rechtsanwalt und Partner, beide bei *VMW Taxand*, Amsterdam.

<sup>77</sup> *P. van Schilfgaarde*, *Van de BV en de NV*, 2009, p. 155.

<sup>78</sup> *G. van Sollinge & M. P. Nieuwe Weme*, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. 2. Rechtspersonenrecht. Deel 2-II. De naamloze en besloten vennootschappen, 2009, p. 500.

<sup>79</sup> Begründung des Gesetzesentwurfs zur Änderung des 2. Buches des DCC betreffend die Änderung der Regelungen über niederländische private Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

<sup>80</sup> S. Art. 207 u. 208 des 2. Buches des DCC.

In den Niederlanden gibt es zwingende Normen für die Rechnungslegung, die Erstellung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses,<sup>81</sup> der Steuerzahlung<sup>82</sup> sowie für gewisse Pflichten gegenüber dem Handelsregister nach dem niederländischen Handelsregistergesetz. Durch die Befolgung von Weisungen, die einen Verstoß gegen solche Normen nach sich ziehen, kann sich der Geschäftsführer strafbar machen. Daher sind auch Weisungen, die eine solche Handlung zum Gegenstand haben, unzulässig.

##### cc) Folgen rechtswidriger Weisungen

Weisungen, die gegen das Gesellschaftsinteresse verstoßen oder aus sonstigen Gründen unzulässig sind, sind für den Geschäftsführer nicht bindend. Falls der Geschäftsführer eine Weisung befolgt, die nicht im Einklang mit der Satzung steht, ist die hierauf gerichtete Rechtshandlung gemäß Art. 14 des 2. Buches des DCC nichtig.<sup>83</sup> Im Fall der Insolvenz ist eine *actio pauliana* („Paulianische Anfechtungsklage“) gegen Geschäftsführerhandlungen denkbar, die aufgrund unzulässiger, gläubigerschädigender Weisungen vorgenommen wurden. Der bestellte Insolvenzverwalter kann jedes Rechtsgeschäft der Geschäftsführung für unwirksam erklären, welches vor der Insolvenz ausgeführt wurde, sofern die Geschäftsführung zum Zeitpunkt der Ausführung wusste oder hätte wissen müssen, dass die Gläubiger der Tochtergesellschaft – als Konsequenz der Handlung – geschädigt werden würden.<sup>84</sup>

##### b) Haftung und Enthaltung der Geschäftsführer

Wenn der Geschäftsführer Weisungen ausführt, die gegen das Gesellschaftsinteresse verstoßen, kann das eine Pflichtverletzung begründen und eine persönliche Haftung des Geschäftsführers nach sich ziehen. Auch bei Ausführung einer Weisung die dazu führt, dass die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr bedienen kann oder die ein Wirtschaftsdelikt begründet, kann der Geschäftsführer persönlich hierfür haftbar gemacht werden.

##### c) Haftung des Gesellschafters

Die anweisende Muttergesellschaft kann auch nach niederländischem Recht als faktischer Geschäftsführer haftbar sein. Im Übrigen kann es eine Pflichtverletzung des Gesellschafters begründen und zu dessen Haftung führen, wenn er den Geschäftsführer anweist, für die Tochtergesellschaft nachteilige Geschäfte auszuführen oder eine Handlung vorzunehmen, die ein Wirtschaftsdelikt begründet.

Welche Voraussetzungen für die Haftung der Muttergesellschaft im Einzelnen gegeben sein müssen, insbesondere ob neben der Organhaftung noch ein allgemeines Haftungsrisiko besteht, ist allerdings unklar, da das hierfür maßgebliche niederländische GmbH-Gesetz erst im Oktober 2012 eingeführt wurde.<sup>85</sup> Es ist jedoch denkbar, dass eine solche

<sup>81</sup> S. u.a. Art. 240, 10 u. 294 des 2. Buches des DCC.

<sup>82</sup> Art. 36 des Gesetzes über die Eintreibung von Staatssteuern 1990.

<sup>83</sup> *P. van Schilfgaarde*, *Van de BV en de NV*, 2009, p. 294.

<sup>84</sup> Art. 42 des niederländischen Insolvenzgesetzes.

<sup>85</sup> Dies war allerdings bereits früher umstritten: Nach der Literatur[0] begründeten lediglich konkrete Weisungen ein Haftungsrisiko. Die Rechtsprechung machte – wie auch die neue Rechtslage – keine Unterscheidung nach konkreter bzw. „allgemeiner“ Weisungen.

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

Haftung begründet werden kann, wenn die Mutter andauernde und konkrete Weisungen erteilt.

### 4. Polen

Autorin: Dr. Joanna Schubel<sup>86</sup>

#### a) Gesellschafterweisungen in Polen

##### aa) Möglichkeit von Gesellschafterweisungen

Gemäß Art. 207 des polnischen Gesetzbuches für Handelsgesellschaften („HGGB“) unterliegen die Geschäftsführer einer polnischen „Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością“ („sp. z o.o.“) den Beschränkungen, die in den Vorschriften des HGGB, den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages sowie den Gesellschafterbeschlüssen festgelegt sind. Daraus folgt, dass die Gesellschafter auch in Polen befugt sind, gegenüber dem Geschäftsführer durch Beschluss bindende Weisungen zu erteilen.<sup>87</sup> Dies ergibt sich des Weiteren aus einem Umkehrschluss zu Art. 219 § 2 HGGB, der ausdrücklich vorsieht, dass der Aufsichtsrat keine bindenden Weisungen an die Geschäftsführer erteilen darf. Eine entsprechende Norm fehlt für die Gesellschafterversammlung.

##### bb) Grenzen der Weisungsbefugnis

Nach der wohl unterdessen in Polen überwiegenden Meinung können die Gesellschafterbeschlüsse die Geschäftsführung der Gesellschaft betreffen.<sup>88</sup> Die Weisungsbefugnis ist aber wie in Deutschland nicht schrankenlos. Unzulässig sind nämlich Weisungen, die gegen das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verstoßen.<sup>89</sup> Eine Weisung ist daher z.B. dann unzulässig, wenn ihre Befolgung einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregel aus Art. 189 HGGB oder gegen die gesetzliche Pflicht der Geschäftsführung, den Antrag auf Insolvenz der Gesellschaft zu stellen, bedeuten würde.<sup>90</sup>

Die Frage, ob für die Tochtergesellschaft nachteilige Weisungen, z.B. in Bezug auf Einkaufs- und Verkaufskonditionen, zulässig sind, ist bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Rechtslehre entschieden worden.

##### cc) Folgen unrechtmäßiger Weisungen

Eine Weisung, die gegen den Gesellschaftsvertrag oder die guten Sitten verstößt und dem Gesellschaftsinteresse zuwi-

der läuft bzw. die Schädigung der ggf. vorhandenen Minderheitsgesellschafter bezweckt, kann gemäß Art. 249 § 1 HGGB durch das Gericht aufgehoben werden. Eine Weisung, die gegen das Gesetz verstößt, kann für unwirksam erklärt werden (Art. 252 § 1 HGGB). Die Aufhebung bzw. Unwirksamkeitserklärung können insbesondere einzelne Geschäftsführer durch eine Klage anstrengen.

##### b) Haftung und Enthaltung der Geschäftsführer

Der Geschäftsführer haftet gemäß Art. 293 § 1 HGGB für jeden Schaden, welcher der Gesellschaft durch seinen Verstoß gegen die gesetzlichen oder durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Pflichten entsteht. Von der Haftung kann sich der Geschäftsführer nur durch den Nachweis befreien, dass er ohne Schuld gehandelt hat. Aus dieser Haftungsregelung ergibt sich, dass sich ein Geschäftsführer zum einen dann haftbar machen kann, wenn er eine zulässige Weisung der Gesellschafter nicht ausführt.<sup>91</sup> Zum anderen aber kann die Befolgung einer Weisung, die gegen das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verstößt, auch zur Geschäftsführerhaftung führen.<sup>92</sup> Der Umstand, dass der Geschäftsführer einem Gesellschafterbeschluss gefolgt ist, reicht nämlich nicht aus, um die Schuld und damit die Haftung auszuschließen. Die Rolle des Geschäftsführers besteht gerade darin, in seiner Tätigkeit die Konformität mit den Rechtsvorschriften, dem Gesellschaftsvertrag und dem Gesellschaftsinteresse zu wahren.<sup>93</sup> Daher wird nach polnischem Recht von ihm erwartet, dass er beim Vorliegen von Gesellschafterbeschlüssen nicht unkritisch handelt, sondern – falls erforderlich – die Ausführung der Weisung verweigert und eine Klage auf Aufhebung bzw. Unwirksamkeitserklärung des Beschlusses erhebt (s. oben).<sup>94</sup>

##### c) Haftung des Gesellschafters

Wenn durch die Befolgung von Weisungen ein Schaden entsteht, trifft das Haftungsrisiko gemäß Art. 293 HGGB grundsätzlich nur den Geschäftsführer (s. oben). Ein Haftungsrisiko der Muttergesellschaft bei unrechtmäßigen Weisungen kann jedoch nicht prinzipiell ausgeschlossen werden. Zwar gibt es hierzu weder gesetzliche Regelungen, noch wurde bisher eine solche Haftung der Muttergesellschaft für die Schädigung der Tochtergesellschaft durch die Rechtsprechung herausgearbeitet. In besonders „krassen“ Fällen wäre es allerdings denkbar, dass die Muttergesellschaft auf Grundlage der allgemeinen Regeln zur Haftung herangezogen wird, z.B. – wie bereits eine Entscheidung des polnischen Bezirksgerichts von 2008 zeigt – zu einer deliktsrechtlichen Schadenersatzhaftung gegenüber den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft.<sup>95</sup>

86 Dr. Joanna Schubel ist Rechtsanwältin bei DZP Domański Zakrzewski Palinka sp.k., Warschau.

87 Dies ist allerdings im Einzelnen streitig. Die unterdessen überwiegende Meinung bejaht die Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführung – so u.a. Szumański in Soltysiński, Szajkowski, Szumański, Tarska, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 151–300, Band 2, 2. Aufl. 2005, Art. 207 Rz. 7. Von einem Teil des rechtswissenschaftlichen Schrifttums wird aber betont, dass eine Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf die Geschäftsführung nur dort zulässig sei, wo das Gesetz dies selbst vorsehe oder ausdrücklich eine derartige Regelung im Gesellschaftsvertrag gestatte; *ad hoc* Weisungen sollen generell unzulässig sein – vgl. dazu nur Pabis in Bieniak (Hrsg.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, 2. Aufl. 2012, Art. 207 Rz. 2.

88 Vgl. Szumański, aaO (Fn. 84), Art. 207 Rz. 6.

89 Was sich aus der Haftungsregelung in Art. 293 HGGB ergibt, s.u.; so Strzelczyk in Siemiątkowski/Potrzeszcz (Hrsg.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Band 2, 2011, Art. 293 Rz. 8.

90 Vgl. dazu Szumański, aaO (Fn. 84), Art. 207 Rz. 9; Rachwał in Włodyka (Hrsg.), Prawo spółek handlowych, Band 2, 2. Aufl. 2012, S. 805.

91 Vgl. Kidyba, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz, 5. Aufl. 2009, Art. 207 Rz. 2; Strzelczyk, aaO (Fn. 86), Art. 293 Rz. 8.

92 Vgl. Strzelczyk, aaO (Fn. 86), Art. 293 Rz. 8.

93 Szumański, aaO (Fn. 84), Art. 207 Rz. 9; Szajkowski/Tarska, aaO (Fn. 84), Art. 293 Rz. 5.

94 Szumański, aaO (Fn. 84), Art. 207 Rz. 9, Strzelczyk, aaO (Fn. 86), Art. 293 Rz. 8.

95 Das Oberste Gericht Polen hat zwar diese Entscheidung des Bezirksgerichts aus prozessualen Gründen aufgehoben, den deliktsrechtlichen Ansatz aber grundsätzlich gebilligt (Urt. des Obersten Gerichts v. 24.11.2009 – V CSK 169/09). Zu möglichen Ansätzen für eine Konzernhaftung im polnischen Recht s. Schubel, Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen im polni-



## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

### 5. Ungarn

Autor: Dr. Attila Fest<sup>96</sup>

#### a) Gesellschafterweisungen in Ungarn

##### aa) Möglichkeit von Gesellschafterweisungen

Gemäß § 22 Abs. 4 des ungarischen Gesetzes über Wirtschaftsgesellschaften („GWG“)<sup>97</sup> nimmt der Geschäftsführer einer ungarischen „Korlátolt Felelősségű Társaság“ („Kft.“) seine Aufgaben selbständig wahr. Die Befugnisse des Geschäftsführers werden allerdings eingeschränkt durch Rechtsnormen, die Satzung sowie durch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung als oberstem Gesellschaftsorgan. Das Erteilen von Weisungen hat bei Einpersonen-Gesellschaften, wie der Einpersonen-Kft., vom Alleingesellschafter an den Geschäftsführer laut § 22 Abs. 5 GWG schriftlich<sup>98</sup> zu erfolgen. Solche Weisungen muss der Geschäftsführer durchführen; er wird in diesem Fall allerdings von der Haftung befreit.

##### bb) Grenzen der Weisungsbefugnis

Es gibt in der ungarischen Rechtsordnung keine abschließende Beschreibung von Bereichen, in welche durch Weisungen nicht eingegriffen werden darf. Allerdings wird der Weisungsspielraum auch in Ungarn jedenfalls durch Rechtsvorschriften und die Satzung eingeschränkt. Auch hier kommt es daher für die Beantwortung der Frage, wann diese Grenzen im Einzelnen überschritten sind, in erster Linie auf die ungarische Rechtsordnung an. In Bezug auf die Weisungen im Bereich Ein- und Verkauf ist die Situation ähnlich wie in Polen.

##### cc) Folgen unrechtmäßiger Weisungen

An Weisungen ist der Geschäftsführer gebunden. Sofern der Geschäftsführer seine Tätigkeit aufgrund eines Auftragsvertrages<sup>99</sup> nach dem ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuch (uBGB) ausführt, trifft ihn, falls Weisungen unzumutbar oder unsachgemäß sind, die Pflicht den Gesellschafter hierauf hinzuweisen.

Nach § 45 Abs. 2 GWG kann – u.a. vom Geschäftsführer – eine gerichtliche Überprüfung von Gesellschafterbeschlüssen angestrengt werden.

##### b) Haftung und Enthaltung der Geschäftsführer

Nach § 22 Abs. 5 GWG haftet der Geschäftsführer einer Einpersonen-Kft. nicht für Schäden, die durch die Befolgung einer schriftlichen Weisung eingetreten sind. Allerdings ist der Geschäftsführer persönlich für die eingetretenen Schäden verantwortlich und haftbar, wenn er seiner oben genannten Hinweispflicht nicht nachkommt.

### c) Haftung des Gesellschafters

Im Falle der Erteilung unsachgemäßer oder unzumutbarer Weisungen und entsprechendem Hinweis durch den Geschäftsführer haftet der Gesellschafter für die sich hieraus ergebenden Schäden. Dasselbe gilt, wenn der Gesellschafter einen Beschluss fasst, von dem er wusste oder von dem er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte wissen müssen, dass dadurch wesentliche Interessen der Gesellschaft verletzt werden (§ 20 Abs. 7 GWG).

Wenn die Muttergesellschaft, die über eine qualifizierte Mehrheit<sup>100</sup> in der Tochtergesellschaft verfügt, in Bezug auf die Tochtergesellschaft dauerhaft eine nachteilige Geschäftspolitik betreibt und dadurch die Gefahr begründet wird, dass Letztere ihre Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann, kann das Handelsgericht auf Antrag eines Gläubigers der Tochter die Muttergesellschaft zur Leistung einer Sicherheit verpflichten. Falls aufgrund einer solchen dauerhaft nachteiligen Geschäftspolitik die Zwangsliquidation der Gesellschaft erfolgt, besteht ein Haftungsrisiko des Gesellschafters gemäß § 54 Abs. 2 GWG und § 63 Abs. 2 des Konkurs- und Liquidationsgesetzes für die Verbindlichkeiten der Tochter. Es kann dann gerichtlich das Bestehen der uneingeschränkten Haftung des Alleingesellschafters für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, deren Befriedigung im Liquidationsverfahren nicht durch das Vermögen des Schuldners gedeckt war, festgestellt werden.

### 6. Rumänien

Autoren: Christian Weident / Mihail Macovei<sup>101</sup>

#### a) Gesellschafterweisungen in Rumänien

##### aa) Möglichkeit von Gesellschafterweisungen

Vorweggeschickt sei, dass das rumänische Recht die Differenzierung zwischen faktischem Konzern und Vertragskonzern nicht kennt.

Nach Art. 70 des rumänischen Gesetzes über Handelsgesellschaften Nr. 31/1990 („HGG“), sind die Geschäftsführer einer rumänischen „Societate cu răspundere limitată“ („Srl“) befugt, alle die für die Erfüllung des Geschäftszwecks der Gesellschaft erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Diese Befugnisse können durch Gesellschafterbeschluss oder Bestimmungen in der Satzung bzw. Geschäftsordnung eingeschränkt werden. Hieraus leitet die Lehre ein allgemeines Prinzip ab, wonach Weisungen an den Geschäftsführer grundsätzlich möglich sind.<sup>102</sup>

##### bb) Grenzen der Weisungsbefugnis

Prinzipiell ist der Geschäftsführer verpflichtet, das Gesellschaftsinteresse zu wahren (*interesul social*).<sup>103</sup> Andererseits ist er gemäß Art. 73 HGG verpflichtet, die Gesell-

schen Vertragskonzernrecht, 2010, S. 204 ff., 247 ff., 271 ff., 291 ff.

96 Dr. Attila Fest ist Rechtsanwalt und Partner bei Walde, Fest & Partners, Budapest.

97 Im Gegensatz zu der jetzigen Regelung werden die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ab dem 15.3.2014 ins neue Bürgerliche Gesetzbuch eingegliedert.

98 Társasági törvény, cégtörvény 2006, Redakteur: Tamás Sárközy, HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., 2006, S. 91.

99 Dieses Rechtsverhältnis wird im Gesellschaftsrecht als sog. „Gesellschaftsrechtsverhältnis“ bezeichnet.

100 Die qualifizierte Mehrheit bedeutet das direkte oder indirekte Halten von mindestens 75 % der Stimmen in der Tochtergesellschaft von der Muttergesellschaft, wodurch eine Anmeldepflichtung der Muttergesellschaft gegenüber dem Handelsgericht entsteht.

101 Christian Weident ist Rechtsanwalt und Partner, Michail Macovei ist Rechtsanwalt, beide bei Stalfort, Bukarest.

102 Piperea, Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale, 1998, S. 116 ff.

103 Vgl. Piperea, aaO (Fn. 98), S. 120 ff.

## Führung von Gruppengesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern

schafterbeschlüsse zu beachten (lit. d) und seine Verpflichtungen nach Gesetz und Satzung einzuhalten (lit. e). Hieraus entstehende Diskrepanzen können jedenfalls insoweit gelöst werden, als dass nach allgemeinem Prinzip, das aus dem Aktienrecht stammt (Art. 132 i.V.m. Art. 196 HGG), eine Weisung auch hier nicht gegen das Gesetz verstoßen darf. Weisungen, die einen Verstoß gegen die Buchhaltungspflichten nach sich ziehen, sind z.B. aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 73 lit. c HGG, wonach der Geschäftsführer für die Korrektheit der Buchhaltung haftet, rechtswidrig. Auch ist das Weisungsrecht der Gesellschafter aufgrund der o.g. Art. 132 u. 196 HGG den Grenzen unterworfen, die durch die Gesellschaftssatzung gezogen werden. Freilich sind die Gesellschafter berechtigt, durch die Gesellschafterversammlung die Satzung im vom Gesetz zulässigen Umfang zu ändern.

Bei Weisungen, die gegen das Gesellschaftsinteresse verstoßen (z.B. Geschäfte mit nachteiligen Auswirkungen) oder die kapitalgefährdende bzw. existenzbedrohende Maßnahmen erfordern, ist nach rumänischem Recht die obige Schwelle grundsätzlich nicht überschritten. Auch die Herbeiführung einer Überschuldung, die in Rumänien kein Insolvenzgrund ist, wäre nicht rechtswidrig. Die Überschuldung müsste jedoch zeitnah wieder beseitigt werden, ansonsten ist die Gesellschaft aufzulösen. Die Grenze ist allerdings dort erreicht, wo eine Weisung einer Handlung des Geschäftsführers bedarf, die die Insolvenz der Gesellschaft nach sich zieht oder wodurch der Geschäftsführer gegen seine Insolvenzantragspflicht verstößt. Diese Tatbestände würden einen Gesetzesverstoß begründen. Bezogen auf die Ausgangslage von Weisungen etwa in den Bereichen Ein- und Verkauf wären also bis zur Grenze einer Insolvenz der rumänischen Tochtergesellschaft durchaus Weisungen z.B. in Bezug auf (zu hohe) Einkaufspreise und (zu niedrige) Verkaufspreise möglich, solange sie den rechtlichen Rahmen im Übrigen beachten. Hinzuweisen ist auch darauf, dass u.a. gläubigergefährdende Rechtsgeschäfte bis zu drei Jahre vor einem etwaigen Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter anfechtbar sind (vgl. Art. 80 des Insolvenzgesetzes Nr. 85/2006).

### cc) Folgen unrechtmäßiger Weisungen

Die Folgen einer unrechtmäßigen Weisung für den Geschäftsführer sind in Rumänien gesetzlich nicht eindeutig geregelt. Allerdings dürfte eine rechtswidrige Weisung nicht wirksam und damit nicht bindend für den Geschäftsführer sein.<sup>104</sup> Ebenso ist davon auszugehen, dass der Geschäftsführer nicht verpflichtet ist, satzungswidrige Weisungen zu befolgen. Art. 132 Abs. 6 HGG ist insoweit nicht eindeutig, jedoch dahingehend auszulegen, dass der Geschäftsführer rechtswidrige Weisungen gerichtlich anfechten kann.<sup>105</sup>

### b) Haftung und Enthaltung der Geschäftsführer

Der Geschäftsführer haftet in einigen gesetzlich festgelegten Fällen persönlich, so z.B. für die Korrektheit der Buchhaltung (Art. 73 lit. c HGG). Er haftet bei der Überschreitung seiner Befugnisse in den meisten Fällen jedoch nicht gegenüber Dritten.<sup>106</sup> Vielmehr haftet die (Tochter-) Ge-

sellschaft, die grundsätzlich Regress nehmen kann. Eine Ausnahme gilt z.B. im Falle der Insolvenzverursachung durch den Geschäftsführer. Hier haftet er persönlich nach außen und unterliegt dem Risiko strafrechtlicher Konsequenzen.

### c) Haftung des Gesellschafters

Bis auf eine besondere Ausnahme (der Insolvenzverursachung, wie in Art. 138 des Insolvenzgesetzes 85/2006 geregelt) haftet die Muttergesellschaft im Außenverhältnis den Vertragspartnern der Tochtergesellschaft gegenüber nicht. Dies ergibt sich aus der Natur der Srl.<sup>107</sup>

## 7. Tschechien

**Autoren: Thilo Hoffmann / Michaela Koblasova<sup>108</sup>**

### a) Gesellschafterweisungen in Tschechien

#### aa) Möglichkeit von Gesellschafterweisungen

Das tschechische Handelsgesetzbuch Nr. 513/1991 („tHGB“) bestimmt, dass sich der Geschäftsführer einer tschechischen „Společnost s ručením omezeným“ („s.r.o.“) nach den von der Gesellschafterversammlung erteilten Weisungen zu richten hat.

#### bb) Grenzen der Weisungsbefugnis

Die Grenzen dieses Weisungsrechts werden gezogen durch die Gesetze, den Gesellschaftsvertrag sowie durch die Pflichten des Geschäftsführers (z.B. die Pflicht zur Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns)<sup>109</sup>. Im Übrigen hängen die Weisungsgrenzen davon ab, ob ein faktischer Konzern oder ein Vertragskonzern vorliegt.<sup>110</sup> Beim faktischen Konzern ist – anders als in den oben untersuchten Rechtsordnungen – eine umfassende Einschränkung der Weisungsbefugnis gegeben: Es sind hier solche Weisungen unzulässig, die in die Geschäftsleitung – also die Organisation und die unternehmerischen Entscheidungen – eingreifen. Dies gilt nicht beim Vertragskonzern. Besteht ein Vertragskonzern, ist die Muttergesellschaft gemäß § 190b Abs. 2 tHGB berechtigt, auch solche Weisungen zu erteilen, die für die Tochtergesellschaft nachteilig sind, falls dies im Interesse der Muttergesellschaft oder des Konzerns liegt. Hierbei darf allerdings trotzdem nicht gegen Gesetz, Satzung oder sonstige Pflichten verstoßen werden. In einem faktischen Konzern hingegen darf die Muttergesellschaft keine Weisungen erteilen, durch welche der Tochtergesellschaft ein Vermögensnachteil entsteht. Deshalb sind z.B. Weisungen zur Vornahme nachteiliger Geschäfte – etwa in Gestalt der Vorgabe von nachteiligen Einkaufs- oder Verkaufskonditionen – unstatthaft.<sup>111</sup>

<sup>106</sup> Vgl. *Schiau/Prescure*, *Legea Societăților Comerciale* nr. 31/1990, 2007, zu Art. 73.

<sup>107</sup> *Cârpenaru/David/Predoiu/Piperea*, aaO (Fn. 99), Art. 2 Rz. 6.

<sup>108</sup> *Thilo Hoffmann* ist Rechtsanwalt und Partner, *Michaela Koblasova* ist Rechtsanwältin, beide bei Weinhold Legal, Prag.

<sup>109</sup> Beschluss des Obersten Gerichtshofs der Tschechischen Republik v. 27.3.2008 – 5 Tdo 1412/2007.

<sup>110</sup> *Stanislava Černá*, *Koncernové právo v Nemecku, Evropské Unii a České republice* (Das Konzernrecht in Deutschland und in der EU und in der Tschechischen Republik), 1999.

<sup>111</sup> *Miroslav Černý*, *České koncernové právo dle evropského vzoru* (Das tschechische Konzernrecht nach dem europäischen Vorbild), online zu finden unter: [EPRAVO.cz](http://EPRAVO.cz) – [www.epravo.cz/](http://www.epravo.cz/)

<sup>104</sup> Vgl. *Cârpenaru/David/Predoiu/Piperea*, *Legea societăților comerciale – Comnetariu pe Articole*, 3. Aufl. 2006, Art. 132 Rz. 18.

<sup>105</sup> *Cârpenaru/David/Predoiu/Piperea*, aaO (Fn. 99).

## Gesellschaftsrecht

**cc) Folgen rechtswidriger Weisungen**

Unzulässige Weisungen sind nichtig und der Geschäftsführer ist hieran nicht gebunden.

**b) Haftung und Enthaltung der Geschäftsführer**

Falls der Geschäftsführer Weisungen befolgt, die die o.g. Grenzen überschreiten, haftet er unbegrenzt und ist zum Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verpflichtet. Umgekehrt haftet der Geschäftsführer nicht gegenüber der Gesellschaft, wenn er zulässige Weisungen des Gesellschafters ausführt.<sup>112</sup>

**c) Haftung des Gesellschafters**

Die Muttergesellschaft unterliegt der Pflicht, bei Weisungserteilung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu beachten. Falls sie diese Sorgfalt außer Acht lässt, ist sie zum Ersatz des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Im faktischen Konzern darf die Muttergesellschaft ihren Einfluss nicht derart ausüben, dass der s.r.o. ein Vermögensschaden entsteht. Falls dies doch geschehen sollte, regelt das tHGB, dass die Mutter diesen Schaden bis zum Ende des Geschäftsjahres, in dem der Schaden entstanden ist, zu decken hat. Ansonsten ist die Muttergesellschaft zum Schadensersatz nach den allgemeinen Regeln im tHGB verpflichtet (Schadensersatz aufgrund Pflichtverletzung).

**IV. Fazit**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Struktur der Einflussnahme der Konzernmutter in den insgesamt acht untersuchten europäischen Staaten – mit Ausnahme von Tschechien – ähnlich ausgestaltet ist.

Weisungen der Muttergesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer der Tochtergesellschaft sind in der Regel möglich – sei es aufgrund Gesetzes oder aufgrund einer grundsätzlich in der Satzung vorhandenen entsprechenden Klausel. Dies erlaubt der Mutter auch ohne Bestehen eines Beherrschungsvertrags eine weitreichende Einflussnahme auf die Leitung des abhängigen Unternehmens. Das Weisungsrecht unterliegt dabei prinzipiell zumindest den Grenzen, die durch Gesetze sowie die Satzung der Tochtergesellschaft gezogen werden. Die Folgen einer Weisung, welche diese Grenzen überschreitet, sind nicht in allen Fällen eindeutig bestimmbar. So sind unrechtmäßige Weisungen teilweise nichtig, teilweise anfechtbar. Insgesamt dürfte jedoch gelten, dass der Geschäftsführer solche Weisungen, welche eine Handlung erfordern, die gegen zwingende Rechtsnormen verstößt oder durch welche er sich strafbar machen könnte, nicht befolgen muss. Der besondere Fall einer für die Tochtergesellschaft nachteiligen Weisung wird in den untersuchten Rechtsordnungen nicht einheitlich behandelt. Das deutsche Modell der grundsätzlich zulässigen nachteiligen Weisung findet sich auch in anderen EU-Staaten. Vereinzelt wird dem Geschäftsführer aber auch abverlangt, dass er bei jeder Weisung prüft, ob diese im Interesse der Gesellschaft ist (Niederlande). Einzig in Tschechien sind außerhalb des Vertragskonzerns Weisungen nur sehr eingeschränkt möglich.

Handelt der Geschäftsführer aufgrund einer wirksamen Weisung der Gesellschaftsversammlung, so hat dies grundsätzlich die Enthaltung zur Folge. Hinsichtlich ihrer Wirksamkeit zweifelhaft und erst recht eindeutig rechtswidrige Gesellschafterweisungen hat der Geschäftsführer aber zu beanstanden und in einigen Jurisdiktionen einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Unterbleibt dies und werden rechtswidrige Weisungen ausgeführt, so bleibt es bei der Haftung des Geschäftsführers. Auch die Muttergesellschaft kann ein Haftungsrisiko treffen, falls sie unrechtmäßige Weisungen erlässt und durch deren Ausführung ein Schaden bei der Gesellschaft entsteht.

Zusammenfassend gilt, dass aufgrund der weitergehenden Weisungsmöglichkeiten in den betrachteten EU-Jurisdiktionen der faktische Konzern eine attraktive Alternativkonstruktion gegenüber dem Vertragskonzern ist. Über Gesellschafterweisungen lässt sich – so wurde es für den Bereich Einkauf und Verkauf untersucht – ein GmbH-Konzern mit Tochtergesellschaften in den untersuchten Ländern (Ausnahme: Tschechien) hinreichend steuern.

**Rechtsprechung****Gesellschaftsrecht****Gesellschafter: Haftung wegen Verkaufs von Vermögensgegenständen einer GmbH an Schwestergesellschaft**

InsO § 133 Abs. 1; BGB § 826; GmbHG a.F. §§ 32a, 32b, 30 f. analog

**Zu den anfechtungs- und gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen des Insolvenzverwalters einer schuldnerischen Gesellschaft aus dem Verkauf ihrer Vermögensgegenstände an eine, dem Gesellschafter gleichgestellte Person.**

BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 52/10

## ► Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kläger (Kl.) macht als Insolvenzverwalter über das Vermögen der D-GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) Ansprüche unter den rechtlichen Gesichtspunkten der Insolvenzanfechtung, des existenzvernichtenden Eingriffs sowie des Verstoßes gegen eigenkapitalersatzrechtliche Bindung geltend. Die Schuldnerin befasste sich mit der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Replikationsanlagen zur Herstellung optischer Datenträger. Einen Bestandteil dieser Anlagen bildete jeweils eine Spritzgussmaschine, welche die Schuldnerin von einem japanischen Hersteller zukaufte. Die Beklagte (Bekl.) zu 1) ist eine Beteiligungsgesellschaft. Sie gehörte seit dem Jahr 1997 zur Unternehmensgruppe der Bekl. zu 2), welche eine Mehrheit von 96,81 v.H. der Aktien der Bekl. zu 1) erworben hatte. Die Bekl. zu 1) erwarb ihrerseits ab Juli 1998 Anteile an der Schuldnerin. Ab Mai 1999 hielt sie Geschäftsanteile an der Schuldnerin im Nennbetrag von 411.500 DM bei einem Stammkapital i.H.v. 500.000 DM.

[2] Am 13.7.1999 vereinbarte die Bekl. zu 2) mit der Schuldnerin deren Übernahme in ihr Cash-Management. Ausweislich der auf unbestimmte Zeit geschlossenen und

top/clanky/?pg=5&typ=clanky&s1=3&s2=0&s3=0&s4=0&s5=0&s6=3&m=1&recid\_cl=10001 v. 28.6.2001.

112 Gesetz Nr. 513/1991 Sig., tHGB §§ 373 ff.