

Bedenkt man die zusätzliche Belastung des Verwalters mit den weiterhin laufenden bereits eröffneten Verfahren, den § 4a-InsO-Verfahren und eventuell noch Verbraucherinsolvenzverfahren, müsste eine solche Arbeitsbelastung bei Beachtung der Verfahrensherrschaft des Insolvenzverwalters als absolutes Maximum angesehen werden, wobei einzelne „Großverfahren“ bei einigen Verwaltern dazu führen müssen, dass für diese eine solche absolute Zahl weiter abgesenkt werden müsste.

III. Fazit

1. Die vom BVerfG den Insolvenzrichtern überantwortete Aufgabe, für die Insolvenzverwalter-Vorauswahl-Listenaufnahme Kriterien zu entwickeln und zu verifizieren, erlaubt auch die Ermittlung einer gerichts- oder abteilungsspezifischen „Bedarfszahl“. Diese ist transparent und nachvollziehbar zu begründen, soweit ablehnende Bescheide darauf gestützt werden. Gerichtlich überprüfbar ist in diesem Rahmen nur der Ermessensfehl- oder -missbrauch des Insolvenzrichters. Vorauszusetzen ist, dass die Vorauswahl-Liste aus tatsächlich zu bestellenden Verwaltern besteht. Einer gesetzlichen Regelung bedarf es nicht, sie ist gerichtsspezifisch auch nicht möglich.

2. Die ermessensgestützte Setzung einer Bedarfszahl ist in anderen Rechtsgebieten bei der Vergabe von Aufträgen oder Ämtern anerkannt. Eine Bedarfszahl-Setzung dient im Bereich der InsO der

Sicherung des Instituts der qualitätsvollen Insolvenzverwaltung (Funktionsfähigkeit, Arbeitsbelastung), garantiert die Überschaubarkeit der Vorauswahl-Liste und die professionelle Tätigkeit der gelisteten Verwalter (Erfüllungsmöglichkeit der Qualitätserwartung).

3. Die Bedarfszahl-Setzung führt nicht zu einer „geschlossenen Liste“, sofern der Insolvenzrichter in Zusammenarbeit mit den Rechtspflegern innerhalb der gelisteten Verwalterschaft eine kontinuierliche Qualitätskontrolle durchführt und zunächst abgelehnte Bewerber dadurch die Chance erhalten, später bei Abgängen aus der Liste aufgenommen zu werden. Die Möglichkeit einer Veränderung der Listenzusammensetzung innerhalb der gefundenen Bedarfszahl muss innerhalb eines mitzuteilenden Zeitrahmens der jeweiligen Prüfungen garantiert sein („atmende Liste“). Insofern bedingen sich Bedarfskontrolle und Qualitätskontrolle unmittelbar.

4. Die Bedarfszahl-Setzung ist unter Berücksichtigung der jeweiligen gerichtlichen Eingangszahlen in Unternehmensinsolvenzverfahren unter Verarbeitung der Zahlen für Eröffnungen und sonstige „Aufträge“ zu ermitteln und mit der bundesweiten Durchschnittspraxis zu vergleichen und nach den Parametern „Arbeitsbelastung“ und „ordnungsgemäße Verfahrensdurchführung“ durch die bisher gelisteten Verwalter zu kontrollieren. Die gerichtliche Bedarfszahl ist somit den jeweiligen Schwankungen der „insolvenzgerichtlichen Konjunktur“ unterworfen.

Gläubigerschutz in der Insolvenz von abhängigen Konzerngesellschaften

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch und Dipl.-Finw. Sven Adam, Hamburg*

In Zeiten vielfach bestehender und neu hinzukommender Unternehmensverbindungen sieht sich der Insolvenzverwalter im Falle der Insolvenz eines in seiner Geschäftsleitung abhängig geführten Unternehmens immer häufiger vor die Aufgabe gestellt, insbesondere auch aus diesen gesellschaftsrechtlichen Beziehungen verwertbare Ansprüche für die Insolvenzmasse zu ermitteln. Die vorliegende Abhandlung widmet sich daher den insolvenzrechtlichen Problemstellungen und Besonderheiten des konzernrechtlichen Gläubigerschutzes unter besonderer Beachtung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages.

I. Konzernstruktur

1. Ausgangslage

Für die genaue Ermittlung der jeweils anwendbaren Rechtsgrundlagen ist zunächst die Bestimmung der Art der Unternehmensverbindung von entscheidender Bedeutung (s. §§ 15 ff. AktG), welche wiederum maßgeblich durch die (soweit vorhanden) zugrunde liegenden Unternehmensverträge gekennzeichnet ist (vgl. §§ 291 f. AktG). Die derzeit wohl häufigste Form verbundener Unternehmen stellt eine Kombination aus Beherrschungsvertrag (§ 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AktG) und Gewinnabführungsvertrag (§ 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG) dar.¹ Dabei handelt es sich nicht selten um ein klassisches Steuerungselement für das herrschende Unternehmen. Hiervon ausgehend bilden diese Unternehmensverträge den Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchungen.

2. Vertragsteile

Entsprechend dem Anwendungsbereich des § 291 Abs. 1 AktG kann Vertragspartei der Unternehmensverträge zunächst jede im Inland ansässige AG oder KGaA als Untergesellschaft (Tochtergesellschaft) sein. Darüber hinaus können in Anlehnung an die aktienrechtlichen Konzernbestimmungen deren Grundgedanken auch auf den GmbH-Vertragskonzern angewandt werden.² Bei dem anderen Vertragsteil (Mutterunternehmen) kann es sich rechtsformneutral³ um jedes „Unternehmen“ auch mit Sitz im Ausland handeln.⁴

3. Rechtsnatur und Zweck

Charakteristisch handelt es sich bei diesem Konstrukt um einen Vertragskonzern, welcher sich in der genannten Form als sog. „Un-

terordnungskonzern“⁵ i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG darstellt. Durch Vereinbarung solcher „Organisationsverträge“⁶ wird das leitende Unternehmen ermächtigt, einen beherrschenden Einfluss auf die untergeordnete Gesellschaft in der Weise auszuüben, dass diese zwar rechtlich selbstständig bleibt, in ihren wesentlichen Funktionen wie z.B. Unternehmensplanung, Geschäfts- oder Firmenpolitik aber vom Willen des Mutterunternehmens abhängig und damit wirtschaftlich unselbstständig wird (vgl. § 17 Abs. 1 AktG). Dem übergeordneten Unternehmen obliegt aus dem abgeschlossenen Beherrschungsvertrag ein Weisungsrecht i.S.d. § 308 AktG, welches gegenüber der beherrschten Gesellschaft ohne entgegenstehende Abmachung auch zu deren Lasten gebraucht werden (§ 308 Abs. 1 Satz 2 AktG) oder in einer Nichtausübung bestehen kann. Die Leitungsbefugnis der Tochtergesellschaft (§ 76 Abs. 1 AktG) wird also zur vorrangigen Ausübung an das Mutterunternehmen abgetreten.

* Rechtsanwalt Henning Sämisch ist als Insolvenzverwalter in der Sozietät SHNF in Hamburg tätig, Dipl.-Finw. Sven Adam ist dort als wissenschaftlicher Mitarbeiter beschäftigt. Nähere Informationen s. unter www.sluf.de.

1 Die Wahl speziell dieser Verbindungsart beruhte zumindest bislang überwiegend auf steuerrechtlichen Anerkennungsvoraussetzungen als sog. „Organisationsgesellschaft“ (vgl. z.B. §§ 14, 17, 18 KStG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG, § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG).

2 Vgl. BGHZ 103, I, 4; BGHZ 105, 324, 330 f.; BGHZ 116, 37, 39 f.

3 So BGHZ 69, 334, 338.

4 *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 54 Rn. 15; Beck'sches Handbuch der AG/Liebscher, § 14 Rn. 103.

5 *Henn*, Handbuch des Aktienrechts, Rn. 297, 304; *Bokelmann*, in: Berliner Rechtshandbücher, Die AG, Rn. 621; *Nirk*, in: Nirk/Ziemons/Binnewies, Handbuch der AG, I Rn. 2225.

6 *Geffler*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 291 Rn. 14.

Den hiernach augenscheinlich drohenden Interessenkollisionen zwischen den ungleich gewichteten Unternehmenspositionen ist es schließlich geschuldet, durch die §§ 300 ff. AktG besondere gesetzliche Schutzvorkehrungen für die abhängige Gesellschaft sowie für deren Gläubiger zu treffen. Konkret lässt sich dies einerseits als Kompensation für die konzernspezifisch außer Kraft gesetzten Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 57, 58 und 60 AktG ansehen (vgl. § 291 Abs. 3 AktG).⁷ Gleichmaßen konnte hierdurch jedoch auch ein ausgleichendes Korrelat für die seitens des herrschenden Unternehmens gewonnenen umfassenden Eingriffsrechte in Form einer gesteigerten Verantwortlichkeit eingeführt werden.⁸

Diesen Sicherungsbestimmungen der §§ 300 ff. AktG lassen sich im Falle der Insolvenz der abhängigen Gesellschaft letztlich auch verschiedene insolvenzrechtlich relevante Ansprüche entnehmen.

II. Gläubigerschutz durch Verlustübernahme (§ 302 AktG)

Die wichtigste Funktion zum Schutze der abhängigen Gesellschaft und damit zur Wahrung der Haftungsmasse der Gläubiger übernimmt § 302 AktG. Diese Vorschrift soll die bilanzmäßige Substanz des beherrschten Unternehmens so erhalten, wie sie zu Vertragsbeginn bestand, und damit eine Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens verhindern. Der Tochtergesellschaft muss damit also selbst bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens mindestens noch deren bilanzielles Anfangsvermögen wie zu Beginn der Unternehmensverträge zur Verfügung stehen.

1. Grundfall

Nach dem Wortlaut des § 302 Abs. 1 AktG hat das herrschende Unternehmen jeden während der Dauer des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages entstehenden Jahresfehlbetrag der abhängigen Gesellschaft zu tragen, soweit dieser nicht durch Entnahmen aus ebenfalls während der Vertragsdauer gebildeten Gewinnrücklagen wieder ausgeglichen wird. Als ausgleichspflichtiger Jahresfehlbetrag gilt dabei der in einer Vorbilanz zum eigentlichen Jahresabschluss zu ermittelnde negative Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung i.S.d. § 275 Abs. 2 Nr. 20 bzw. Abs. 3 Nr. 19 HGB. Über den Zeitpunkt von Entstehung und Fälligkeit dieses Verlustübernahmeanspruchs herrschte in Rechtsprechung und Literatur zeitweilig Uneinigkeit.⁹ Nach heute überwiegender Ansicht muss beides jedoch bereits zum frühest möglichen Zeitpunkt, also dem Stichtag der Jahresbilanz, gegeben sein, da nur auf diese Weise ein Schutz der abhängigen Gesellschaft gegen eine Anspruchsverschleppung durch Verzögerung der Bilanzfeststellung seitens des herrschenden Unternehmens gewährleistet ist.¹⁰ Mit dem Bilanzstichtag steht der Jahresfehlbetrag zwar noch nicht buchmäßig, durch den Abschluss des Wirtschaftsjahres aber dem Grunde nach bereits fest. Diese Anschauung wird auch am ehesten dem Kerngedanken der Sicherung der gesellschaftlichen Kapitalausstattung gerecht.

Geschuldet wird von dem Mutterunternehmen grds. Geldersatz.¹¹ Der Anspruch ist gem. §§ 352 f. HGB ab Fälligkeit zu verzinsen.¹² Die Regelungen des § 302 Abs. 1 AktG sind aufgrund ihres Schutzzwecks in allen Teilen bindend und können auch nicht durch entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen abgeändert werden.¹³

Irrelevant ist letztlich noch, auf welchen Begebenheiten der Jahresfehlbetrag beruht. Das herrschende Unternehmen trägt stets das volle geschäftliche wie außergeschäftliche Risiko, wodurch eine universelle Verlustübernahmepflicht unabhängig von einem eigenen (geschäftsführenden) Zutun besteht.¹⁴

2. Insolvenzzrechtliche Sonderprobleme

Nach dem bisher Gesagten kann aufgrund der jährlichen Verlustübernahmepflicht – Solvenz des herrschenden Unternehmens

vorausgesetzt – eine Überschuldung der abhängigen Gesellschaft i.S.d. § 19 InsO während der Vertragslaufzeit prinzipiell nicht eintreten. Vorstellbar wäre allenfalls ein zwischenzeitlicher Liquiditätsengpass der Tochtergesellschaft, welcher bereits allein oder auch im Zusammentreffen mit anderen Einflüssen (wie bspw. Forderungsausfällen, Kursverlusten, Marktschwankungen, negativen konjunkturellen Entwicklungen oder höherer Gewalt) bekanntermaßen schnell zu einer Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 InsO und damit einem Insolvenzantrag führen kann. Einige Stimmen in der Literatur wollen der abhängigen Gesellschaft in diesen Fällen drohender Zahlungsunfähigkeit deshalb auch schon während des laufenden Geschäftsjahres einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gegenüber dem herrschenden Unternehmen einräumen.¹⁵

Ist es dessen ungeachtet dennoch zu einem Insolvenzantrag wegen glaubhaft gemachter Zahlungsunfähigkeit oder bereits zur Eröffnung des Verfahrens gekommen, erhält in diesem Zusammenhang eine gesellschaftsrechtlich umstrittene Frage insolvenzrechtlich besondere Bedeutung. Dabei geht es darum, wann Verluste als i.S.d. § 302 Abs. 1 AktG „während der Vertragsdauer entstanden“ anzusehen sind bzw. spezieller, wann im Falle der Insolvenz der beherrschten Gesellschaft Unternehmensverträge enden und welche (weiteren) Verluste durch das herrschende Unternehmen zu tragen sind.

a) Vertragsende

Grds. hat das Mutterunternehmen nach § 302 Abs. 1 AktG alle Verluste der Tochtergesellschaft zu übernehmen, deren Bilanzstichtag sich noch innerhalb der Vertragslaufzeit befindet. Dabei wird es sich im Regelfall bei nicht vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahren um den Stichtag 31.12. handeln (vgl. § 242 HGB i.V.m. § 7 Abs. 4 KStG). Auf eben diesen Zeitpunkt wird für gewöhnlich wohl auch jedes reguläre Vertragsende terminiert werden, sei es allein aus Gründen der Abrechnungsvereinfachung. Schwieriger gestaltet sich die Lage dagegen bei Vertragsbeendigungen während eines laufenden Geschäftsjahrs. In der Praxis wird sich diese Problematik dem Insolvenzverwalter naturgemäß spätestens dann auftun, wenn über das Vermögen der abhängigen Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und sich damit die Frage stellt, ob diese Tatsache eine außerordentliche Kündigung des anderen Vertragsteils i.S.d. § 297 Abs. 1 AktG rechtfertigt oder gar einen eigenen, unmittelbaren Beendigungsgrund für die Unternehmensverträge darstellt.

Hierfür ist zunächst zu berücksichtigen, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Gesellschaft sich deren Gesellschaftszweck dergestalt verändert, dass an die Stelle der (hier fremdgelakten) gewerblichen Tätigkeit ein reiner Abwicklungszweck tritt. Die Gesellschaft hört also auf, in ihrer Funktion als wirtschaftliches Unternehmen zu bestehen und wird analog zur Insolvenzeröffnung aufgelöst (vgl. § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG).

7 So BGHZ 107, 7, 18; MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 302 Rn. 8; Raiser/ Veil (Fn. 4), § 54 Rn. 53.

8 Vgl. Begr. RegE bei Kropff, AktG, 1965, S. 391: „Wer die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann oder ihren ganzen Gewinn erhält, muss auch für Verluste einstehen.“; s. auch BGHZ 116, 37, 41; MünchKomm-AktG/ Altmeppen, § 302 Rn. 10 f.; Raiser/Veil (Fn. 4).

9 Umfassender Überblick über den Meinungsstand bei Kleindiek, ZGR 2001, 479, 485 ff.

10 Klären BGHZ 142, 382, 385 f.; BGH, DB 2005, 937; Hüffer, AktG, § 302 Rn. 15; Emmerich, in: Emmerich/Sonnenschein/Habersack, KonzernR, § 302 Rn. 40.

11 Liebscher (Fn. 4), Rn. 135; Nirk (Fn. 5), I Rn. 2257.

12 OLG Oldenburg, NZG 2000, 1138, 1140.

13 MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 302 Rn. 3; Kölner Kommentar zum AktG/Koppensteiner, § 302 Rn. 7.

14 BGHZ 116, 37, 41 f.; Emmerich (Fn. 10), § 302 Rn. 30.; Raiser/Veil (Fn. 4), § 54 Rn. 53; Gefßler (Fn. 6), § 302 Rn. 3.

15 Vgl. z.B. MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 302 Rn. 36, 71; Emmerich (Fn. 10), § 302 Rn. 41; Raiser/Veil (Fn. 4), § 54 Rn. 58; Priester, ZIP 1989, 1301, 1307 f.; Kleindiek, ZGR 2001, 479, 492 ff., 496; anders wohl noch die Rspr., vgl. BGHZ 105, 168, 184.

Dieses berücksichtigend kann von dem genannten Zeitpunkt an wegen der Unvereinbarkeit von Insolvenzziel und Vertragszielen sowie dem damit einhergehenden Wegfall eines ursprünglichen Vertragspartners nicht mehr von dem Bestand wirksamer Gesellschaftsbeziehungen ausgegangen werden. Die Insolvenzeröffnung stellt danach einen unweigerlichen Beendigungsgrund für Unternehmensverträge dar.¹⁶

Doch selbst ohne Annahme einer solchen Zwangsbeendigung ist in der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der abhängigen Gesellschaft doch zumindest ein außerordentliches Kündigungsrecht der Muttergesellschaft „aus wichtigem Grunde“ i.S.d. § 297 Abs. 1 Satz 1 AktG zu sehen,¹⁷ welches bei regelmäßig anzunehmendem Gebrauch ebenfalls zu einer unmittelbaren Beendigung der Vertragsbeziehungen führt. I.E. verbleibt es damit in beiden Fällen bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung und der sich daran anschließenden Fragestellung bzgl. des Umfangs der weiteren Verlustübernahmepflicht.

b) Übernahme von Verlusten des letzten Vertragsjahres

Ein Anspruch auf Verlustübernahme könnte sich hier zunächst für denjenigen Fehlbetrag ergeben, welcher zwischen dem letzten Bilanzstichtag und dem Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung erwirtschaftet wurde. Eine solche Verlustübernahmepflicht ist nicht unumstritten, stellt aber i.E. die konsequente Umsetzung der konzernrechtlichen Gläubigerschutzgrundsätze dar und bildet folgerichtig heute die h.M.¹⁸

Vereinzelte Gegenstimmen¹⁹ sehen in der Beendigung der Unternehmensverträge auch ein gleichzeitiges Ende sämtlicher aus diesen Verträgen resultierender bzw. sich daran anschließender gesetzlicher Verpflichtungen. Gestützt wird die Ansicht auf den Wortlaut des § 302 Abs. 1 AktG, nach welchem lediglich ein „Jahresfehlbetrag“ durch das herrschende Unternehmen auszugleichen sei, welcher ohne planmäßigen Jahresabschluss nicht vorliegen könne.

Diese Auffassung verkennt jedoch den durch die gesetzlichen Schutzbestimmungen in das konzernrechtliche System eingefügten Grundgedanken des Ausgleichs von Eingriffsrechten und Verantwortlichkeit. So hat das herrschende Unternehmen während der letzten Zeitspanne zwischen Bilanzstichtag und vorzeitiger Vertragsbeendigung mithin noch die Geschicke der abhängigen Gesellschaft leiten können und ist daher wenigstens als mitverantwortlich für die eingetretene wirtschaftliche Lage anzusehen.

Als fortdauernde Wirkung dieses „Gleichlaufs zwischen Herrschaft und Haftung“²⁰ muss die Verlustübernahmepflicht somit auch noch über einen starren Bilanzstichtag hinauswirken, deren dortige Fixierung ohnehin mehr Gründen der Praktikabilität denn „dogmatischer Konsequenz“²¹ geschuldet ist. Dieses ist dem Grunde nach auch unbedingt erforderlich, da sich das herrschende Unternehmen anderenfalls in ungünstigen Wirtschaftsjahren durch vorzeitige Kündigung vor dem planmäßigen Bilanzstichtag bewusst seiner Verlustausgleichspflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft entziehen könnte.

Nach alldem sind also auch die laufenden Verluste des letzten Geschäftsjahrs bis zum Beendigungszeitpunkt der Unternehmensverträge von dem herrschenden Unternehmen zu tragen. Praktisch hat dies durch die Bildung eines Rumpfwirtschaftsjahrs und die Aufstellung einer Zwischenbilanz zu erfolgen. Fraglich ist diesbezüglich jedoch, nach welchem Bewertungsmaßstab die Höhe dieses „letzten“ Verlustausgleichs anzusetzen ist. Denkbar wäre z.B. eine bilanzmäßige Ermittlung auf der Basis von Liquidationswerten i.S.d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Diese Überlegung steht dabei in untrennbarem gedanklichen Zusammenhang mit der Frage, inwieweit das herrschende Unternehmen nach Beendigung der Unternehmensverträge noch insolvenzbedingte Abwicklungsverluste der abhängigen Gesellschaft zu tragen hat.

c) Übernahme von Abwicklungsverlusten

Ob eine solche Übernahmespflicht späterer Abwicklungsverluste prinzipiell existiert und wie deren Ausgestaltung zu erfolgen hat wird unterschiedlich beurteilt.

Die bisher wohl überwiegende Meinung lehnt eine solche Pflicht noch ab.²² Nach dieser Auffassung dürfen Verluste, welche erst nach Vertragsbeendigung eingetreten sind, nicht mehr zulasten des Mutterunternehmens gehen. Denn ohne tatsächliche Eingriffsbefugnisse sei kein neutralisierendes Korrelat mehr erforderlich und eine weiterhin bestehende Verlustausgleichspflicht damit nicht länger zu rechtfertigen.

Die im Vordringen befindliche entgegenstehende Ansicht gelangt zu dem Schluss, dass auch Abwicklungsverluste durch das leitende Unternehmen mindestens auf Grundlage einer Zerschlagungsbilanz zu übernehmen sind.²³ Begründet wird diese Auffassung dadurch, dass das herrschende Unternehmen anderenfalls seinen leitenden Einfluss dahingehend ausnutzen könnte, eine Insolvenzeröffnung der abhängigen Gesellschaft herbeizuführen, um damit weiteren drohenden Zahlungspflichten zu entgehen. Zusätzlich sei eine Insolvenz der abhängigen Gesellschaft auch i.a.R. dem herrschenden Unternehmen zuzurechnen, sei es aufgrund bestimmter (eigener bzw. unterlassener) Geschäftsleitungsmaßnahmen oder durch die zwangsläufige Auferlegung auch sämtlichen außergeschäftlichen Risikos.²⁴

Dieser Ansicht ist zu folgen, da nur sie dem Gläubigerschutzgedanken des § 302 Abs. 1 AktG ausreichend Rechnung trägt. Zwar ist der h.M. zunächst erneut der Wortlaut des § 302 Abs. 1 AktG zugute zu halten, nach welchem lediglich während der Vertragsdauer entstehende Jahresfehlbeträge und nicht nachfolgende Abwicklungsverluste auszugleichen sind. Doch wie bereits zuvor ist auch hier wieder verstärkt auf die wesentlichen Motive der Norm abzustellen, nach welchen die bilanzielle Kapitalerhaltung und die ausgleichenden Verantwortlichkeiten vorrangig zu bewahren sind. Diese Grundgedanken berücksichtigend muss in der Ausübung der Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen während der Vertragslaufzeit bereits eine kausale Verursachung der Insolvenz der abhängigen Gesellschaft und damit zusammenhängend auch der Abwicklungsverluste gesehen werden. Diese Argumentation ist auch durch den Wortlaut der Norm nicht ausgeschlossen. Anders wäre eine Sicherung der vorvertraglichen Kapitalsubstanz der abhängigen Gesellschaft sonst nicht möglich. Gefestigt wird dieser Aspekt noch durch den engen systematischen Bezug des § 302 zu § 303 AktG (Gläubigerschutz nach Vertragsende).

16 Vgl. BGHZ 103, 1, 6; BayOLG, AG 1999, 43; OLG Hamburg, AG 2002, 406, 407; *Emmerich* (Fn. 10), § 302 Rn. 38 und § 297 Rn. 51; *Raiser/Veil* (Fn. 4), § 54 Rn. 106, 119; *Gefller* (Fn. 6), § 302 Rn. 9; *Liebscher* (Fn. 4), Rn. 174; *Bokelmann* (Fn. 5), Rn. 641; *K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 527 ff.; *ders.*, später kritischer in „Wege zum Insolvenzrecht d. Unternehmen“, S. 224 ff.; a.A. *Koppensteiner* (Fn. 13), § 302 Rn. 19 und § 297 Rn. 47.

17 So dann auch *Koppensteiner* (Fn. 13), Rn. 46.

18 Aus der Rspr. bspw. BGHZ 103, 1, 9 f.; BGHZ 105, 168, 182; aus der Lit. vgl. statt vieler MünchKomm-AktG/Altmeyden, § 302 Rn. 24 m.w.N.

19 So z.B. noch OLG Schleswig, AG 1988, 382 als Vorinstanz zu BGHZ 103, 1; *Werner*, AG 1967, 122, 124; *Peltzer*, AG 1975, 309, 311; differenzierend *Meister*, WM 1976, 1182, 1183 f.

20 Vgl. Begr. RegE bei *Kropff* (Fn. 8); s. auch BGHZ 116, 37, 41; MünchKomm-AktG/Altmeyden, § 302 Rn. 10 f.; *Raiser/Veil* (Fn. 4); weiter dazu *Bitter*, ZIP 2001, 265, 270.

21 Aus MünchKomm-AktG/Altmeyden, § 302 Rn. 24 (dort Fn. 47).

22 BFH, WM 1968, 409 (zum Abwicklungsgewinn); OLG Düsseldorf, AG 1999, 89, 91; *Koppensteiner* (Fn. 13), § 302 Rn. 19; *Gefller/Hejermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, § 302 Rn. 15; *Mertens*, ZGR 1984, 542, 551 f.; *Lwowski/Groeschke*, WM 1994, 613, 615 f.

23 OLG Celle, WM 1984, 494, 497 f.; *Meister*, WM 1976, 1182, 1186 f.; MünchKomm-AktG/Altmeyden, § 302 Rn. 39; *ders.*, DB 1999, 2453, 2456; i.E. wohl auch *Raiser/Veil* (Fn. 4), § 54 Rn. 56; tendenziell schon *K. Schmidt*, ZGR 1983, 513, 533.

24 BGHZ 116, 37, 41 f.; *Emmerich* (Fn. 10), § 302 Rn. 30; *Raiser/Veil* (Fn. 4), § 54 Rn. 53; *Gefller* (Fn. 6), § 302 Rn. 3.

Auch dem Argument, mangels vertraglicher Leitungsmacht eine Verlustübernahmepflicht nicht länger verantworten zu können, ist entgegenzutreten. Hier bestehen zwar keine aktuellen Eingriffsrechte mehr, diese wurden jedoch bereits zu Vertragszeiten zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft ausgenutzt und haben damit deren aktuelle Situation maßgeblich beeinflusst. Die Verlustübernahmepflicht muss hier als postwirksamer Ausgleich für die ursprüngliche Machtausübung und deren nachfolgende Ausstrahlungswirkung verstanden werden.

Ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang ist, dass die wirtschaftlichen Folgen nachteiliger Weisungen des herrschenden Unternehmens auf das Vermögen der abhängigen Gesellschaft rechnerisch oftmals gar nicht fassbar sind²⁵ und diese sich daher zu Zeiten der Vertragslaufzeit häufig einer laufenden Ausgleichspflicht nach § 302 Abs. 1 AktG entziehen. Somit kann eine abschließende Verantwortungsübernahme seitens des herrschenden Unternehmens im Falle der Insolvenzeröffnung der Tochtergesellschaft nur durch Auferlegung auch der weiteren Abwicklungsverluste erfolgen.

I.E. sollte das Mutterunternehmen damit neben den laufenden Verlusten des letzten Vertragsjahres auch die Verluste aus der Abwicklung der Tochtergesellschaft tragen. Praktisch müsste dies zunächst durch die Aufstellung einer Zwischenbilanz erfolgen, welche ihren Verlust mangels positiver Fortführungsprognose (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) auf der Grundlage von Zerschlagungswerten auszuweisen hat. Sollten sich über jenen absehbaren Fehlbetrag hinaus noch weitere insolvenzbedingte Abwicklungsverluste ergeben, sind diese nach der o.g. Begründung wohl ebenfalls von dem herrschenden Unternehmen auszugleichen. Der Insolvenzverwalter ist für die Verhandlung mit dem Mutterunternehmen gut beraten, eine großzügige Prognose unter Einschluss der Masseverbindlichkeiten für die Insolvenzabwicklung, den Sozialplan etc. zu erstellen.

3. Verzicht und Vergleich (§ 302 Abs. 3 AktG)

Vergleiche über bestehende Ausgleichsansprüche bzw. ein Verzicht hierauf sind seitens der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen gem. § 302 Abs. 3 Satz 1 AktG frühestens drei Jahre nach Bekanntmachung der Eintragung der Vertragsbeendigung in das Handelsregister (§ 10 HGB) gestattet. Zuvor durchgeführte Vergleiche oder Verzichtserklärungen sind nichtig nach § 134 BGB.

Durch diese Bestimmung sollen übereilte Vermögensanordnungen ohne Möglichkeit einer ausreichenden Bewertung sämtlicher Vertragsauswirkungen sowie der weiteren Konsequenzen von Verzicht und Vergleich unterbunden werden.²⁶ Unter einem Vergleich sind dabei alle Handlungen i.S.d. § 779 Abs. 1 BGB sowie Prozessvergleiche zu verstehen, als Verzicht gilt jedes Verhalten, dass zu einem Wegfall des Ausgleichsanspruchs führt.²⁷

Von der zeitlichen Begrenzung ausgenommen sind nach § 302 Abs. 3 Satz 2 AktG diejenigen Fälle, in denen eine Verzichts- oder Vergleichsvereinbarung mit dem herrschenden Unternehmen zur Abwendung oder Beseitigung eines dortigen Insolvenzverfahrens z.B. im Rahmen eines Insolvenzplanes getroffen wird. Hierdurch soll die abhängige Gesellschaft zum Erhalt ihres Vertragspartners und damit der weiteren Aufrechterhaltung ihrer Unternehmensverträge beitragen können. Notwendig ist jedoch stets ein Sonderbeschluss der (soweit vorhanden) außen stehenden Aktionäre und keine Ausübung des Minderheiten-Widerspruchsrechts (§ 302 Abs. 3 Satz 3 AktG). Zum Nachweis der Abwendung einer Insolvenzgefahr sind an das Mutterunternehmen jedoch hohe Anforderungen zu stellen, denn die Behauptung zum Entzug der Zahlungsverpflichtungen ist schnell aufgestellt.

III. Vertragsbeendigung bei drohender Insolvenz

Besondere Würdigung verdient im Zusammenhang mit der drohenden Insolvenz für eines der beteiligten Konzernunternehmen

neben den soeben genannten Vergleichs- und Verzichtsmöglichkeiten noch die Beurteilung einer ggf. bestehenden vorzeitigen Vertragsbeendigung durch das Mutterunternehmen in Form der Aufhebung (§ 296 AktG) oder Kündigung (§ 297 AktG). Dies kann jedoch nicht im Wege von Weisungen gegenüber der Tochtergesellschaft erzwungen werden (vgl. § 299 AktG), anderenfalls droht Nichtigkeit (§ 134 BGB).

1. Beendigungsmöglichkeiten

a) Vertragsaufhebung bei drohender Insolvenz (§ 296 AktG)

Die Aufhebung von Unternehmensverträgen i.S.d. § 296 Abs. 1 AktG hat grds. als einvernehmliche vertragliche Vereinbarung zu erfolgen und fällt als Geschäftsführungsmaßnahme in den Aufgabenbereich des Vorstands der abhängigen Gesellschaft. Dieser kann aufgrund des Weisungsverbots aus § 299 AktG durch das herrschende Unternehmen nicht dazu bestimmt werden, einer solchen Vertragsaufhebung zuzustimmen. Der Vorstand könnte jedoch von sich aus die betreffende Angelegenheit nach § 119 Abs. 2 AktG der eigenen Hauptversammlung (§ 118 Abs. 1 AktG) zur Entscheidung vorlegen und wäre anschließend gem. § 83 Abs. 2 AktG an deren Beschluss gebunden. Da das herrschende Unternehmen im Regelfall deutlich mehrheitlich an der abhängigen Gesellschaft beteiligt ist und damit auch die Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung auf sich vereint, könnte auf diese Weise so letztlich doch eine „einvernehmliche“ Vertragsaufhebung im Interesse des Mutterunternehmens erreicht werden. Hierbei ist allerdings umstritten, inwieweit dem herrschenden Unternehmen ein Weisungsrecht aus § 308 Abs. 1 AktG gegenüber dem abhängigen Vorstand zusteht, diesen zu einer entsprechenden Vorlage an die Hauptversammlung zu bestimmen.²⁸ I.E. ist eine derartige Weisungsbefugnis wohl mit dem Argument abzulehnen, dass anderenfalls eine Umgehung des § 299 AktG durch das herrschende Unternehmen nur allzu leicht möglich wäre und der Schutzvorschrift damit letztlich zu wenig tatsächlicher Anwendungsbereich verbliebe. Die gleiche Problemstellung findet sich i.Ü. auch bei einer durch das Mutterunternehmen über die Hauptversammlung der Tochtergesellschaft fremdbestimmten Kündigung der Unternehmensverträge wieder.

Ungeachtet der Art und Weise seines Zustandekommens muss der Aufhebungsvertrag jedenfalls immer in schriftlicher Form geschlossen werden (§ 296 Abs. 1 Satz 3 AktG), ansonsten ist er wegen Formmangels nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Eine Aufhebung ist aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit immer nur zum Ende eines Geschäftsjahres bzw. des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraumes möglich (§ 296 Abs. 1 Satz 1 AktG), eine rückwirkende Vertragsaufhebung ist generell unzulässig (§ 296 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Letztlich bleibt in Bezug auf die Vertragsaufhebung festzuhalten, dass § 296 AktG auch bei drohender Insolvenz für eines der beteiligten Unternehmen keinerlei diesbezügliche Sonderregelungen vorsieht.

b) Vertragskündigung bei drohender Insolvenz der Tochtergesellschaft (§ 297 Abs. 1 Satz 1 AktG)

Denkbar wäre jedoch, dass dem Mutterunternehmen aufgrund drohender Insolvenz der Tochtergesellschaft nach § 297 Abs. 1 Satz 1 AktG ein außerordentliches Kündigungsrecht „aus wichti-

25 So BGHZ 103, 1, 5; *Nirk* (Fn. 5), I Rn. 2237.

26 *Koppensteiner* (Fn. 13), § 302 Rn. 6; *Emmerich* (Fn. 10), § 302 Rn. 49; kritisch hingegen *MünchKomm-AktG/Altmeppen*, § 302 Rn. 85.

27 *MünchKomm-AktG/Altmeppen*, § 302 Rn. 86; *Hüffer* (Fn. 10), § 302 Rn. 27; *Emmerich* (Fn. 10), § 302 Rn. 50.

28 Dafür *Emmerich* (Fn. 10), § 296 Rn. 10 und § 299 Rn. 7; dagegen *MünchKomm-AktG/Altmeppen*, § 296 Rn. 20, § 299 Rn. 18; *Hüffer* (Fn. 10), § 299 Rn. 6; *Koppensteiner* (Fn. 13), § 299 Rn. 5.

gem Grunde“ zusteht. Als wichtige Gründe i.S.d. Vorschrift gelten solche Tatsachen, die eine Fortsetzung der Unternehmensverträge bis zu ihrem regulären Ende bzw. bis zu dem nächsten ordentlichen Kündigungstermin unter Abwägung beidseitiger Interessenlagen wegen ernsthafter und nicht (angemessen) behebbarer Schwierigkeiten als unzumutbar erscheinen lassen.²⁹ Ob eine wirtschaftliche Krise der abhängigen Gesellschaft allein als untragbarer Zustand für das herrschende Unternehmen angesehen werden kann und dieses damit zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt wird, erscheint allerdings fraglich. Dieses vor allem im Hinblick darauf, dass dem herrschenden Unternehmen grds. das universelle betriebliche und außerbetriebliche Risiko der Unternehmensverbindung obliegt,³⁰ wovon zwangsläufig auch ökonomische Defizite der Tochtergesellschaft mit umfasst sind. Ein solcher von der gewöhnlichen Risikosphäre gedeckter Umstand kann dann jedoch nicht zu einem von diesem Normalzustand abweichenden Kündigungsgrund des herrschenden Unternehmens führen. Im Gegenteil hat das Mutterunternehmen gerade in Zeiten finanzieller Notlagen der abhängigen Gesellschaft aufgrund seiner Erhaltungspflicht aus den Unternehmensverträgen besondere Sorge dafür zu tragen, eine tatsächliche Insolvenzeröffnung der Tochtergesellschaft zu verhindern. Sollte dies nicht gelingen, enden die Unternehmensverträge sodann automatisch.³¹ Es besteht damit für das solvente Mutterunternehmen keinerlei außerordentliches Kündigungsrecht i.S.d. § 297 Abs. 1 Satz 1 AktG aufgrund drohender Insolvenz der Tochtergesellschaft.

c) Vertragskündigung bei drohender Insolvenz des Mutterunternehmens (§ 297 Abs. 1 Satz 2 AktG)

Anders könnte sich die Situation dagegen darstellen, wenn dem herrschenden Unternehmen selbst z.B. durch die permanente Verlustübernahmeverpflichtung die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens droht.

§ 297 Abs. 1 Satz 2 AktG sieht in den Fällen, in denen der leitende Vertragspartner voraussichtlich nicht mehr in der Lage sein wird, seine Vertragspflichten zu erfüllen, die namentliche Aufzeigung einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund.

Hinsichtlich einer Unternehmensverbindung zählt die Verlustübernahme aus § 302 Abs. 1 AktG zu den elementaren Verpflichtungen des herrschenden Unternehmens. Gerät das Unternehmen nun selbst in eine wirtschaftliche Krise, besteht die Gefahr der Nichterfüllbarkeit zukünftiger Verlustausgleichspflichten. Diese Sachlage bildet somit einen außerordentlichen Kündigungsgrund nach § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG. Kündigungsberechtigt sind dabei beide Vertragsseiten.³² Entsprechend dem Wortlaut der Norm („voraussichtlich“) genügt zu diesem Zweck grds. bereits die Prognose einer eintretenden Störung der Vertragserfüllung. Hieran sind jedoch im Falle der Kündigungsaussprache durch das Mutterunternehmen im Interesse der Sicherung der abhängigen Gesellschaft erhöhte Anforderungen zu stellen. So dürften bspw. lediglich zeitweilige und damit absehbare finanzielle Unregelmäßigkeiten eine fristlose Kündigung durch das herrschende Unternehmen nicht zu rechtfertigen vermögen.³³ Ein solches vorzeitiges Beendigungsrecht sollte dem Mutterunternehmen vielmehr nur dann zustehen, wenn die eigene unternehmerische Existenz z.B. durch ein bevorstehendes Insolvenzverfahren aktuell wesentlich bedroht ist und diese Gegebenheiten hinreichend glaubhaft gemacht werden. Dies entspräche auch den zu § 297 Abs. 1 Satz 1 AktG aufgestellten Unzumutbarkeitsgrundsätzen für wichtige Kündigungsgründe. Denn die fortgesetzte Bindung an einen freiwillig geschlossenen Unternehmensvertrag kann für den übergeordneten Vertragsteil wohl nur in dem Fall als unzumutbar angesehen werden, in welchem ein weiteres Festhalten zu dessen eigener Vernichtung führen würde.³⁴

Für das Mutterunternehmen besteht somit ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 297 Abs. 1 Satz 2 AktG, sofern dessen ei-

gene wirtschaftliche Existenz gefährdet ist. Selbiges ist in einem drohenden Insolvenzverfahren zu sehen. Der Nachweis der drohenden Insolvenz ist jedoch durch entsprechende Planrechnungen zu belegen, sodass eine mutwillige und nicht notwendige Entledigung von unliebsamen Verpflichtungen aus dem Vertrag ausgeschlossen werden kann.

2. Auswirkungen der Vertragsbeendigung

a) Auswirkungen der Vertragsaufhebung (§ 296 AktG)

Eine Aufhebung wird stets zu dem i.S.d. § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG vorgegebenen Zeitpunkt wirksam. Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft hat die gem. § 298 AktG erforderlichen Angaben der Vertragsaufhebung zur Eintragung in das Handelsregister anzu-melden. Nach erfolgter Aufhebung kommen für die ehemals beteiligten Vertragsparteien die Verzichts- oder Vergleichsmöglichkeiten aus § 302 Abs. 3 AktG in Betracht. Auch ist im Falle der Vertragsaufhebung den Altgläubigern der abhängigen Gesellschaft binnen einer sechsmonatigen Meldefrist durch das herrschende Unternehmen Sicherheit zu leisten (§ 303 Abs. 1 Satz 1 AktG) oder es hat sich für die Forderungen zu verbürgen (§ 303 Abs. 3 AktG). Die Gläubiger sind dabei in der Handelsregistereintragung zur Vertragsbeendigung auf deren Recht auf Sicherheitsleistung hinzuweisen (§ 303 Abs. 1 Satz 2 AktG). Jeder Gläubiger sollte im Falle der Vertragsaufhebung sorgfältig auf alle Eintragungen im Handelsregister achten, um auf diese Weise durch das Mutterunternehmen entsprechende Sicherheiten erhalten zu können.

b) Auswirkungen der Vertragskündigung (§ 297 AktG)

Die Kündigung bedarf wie die Aufhebung der Schriftform (§ 297 Abs. 3 AktG), anderenfalls ist sie nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Durch Erklärungszugang werden die Unternehmensverträge unmittelbar beendet, die diesbezüglich vorgeschriebene Eintragung ins Handelsregister (§ 298 AktG) hat hierfür lediglich deklaratorische Wirkung.³⁵ Eine fristlose Kündigung im laufenden Geschäftsjahr wird die Aufstellung einer Zwischenbilanz der abhängigen Gesellschaft auf den Beendigungsstichtag erforderlich machen. Weiterhin besteht hier erneut die Möglichkeit von Verzichts- und Vergleichsvereinbarungen i.S.d. § 302 Abs. 3 AktG sowie ein Anspruch der Altgläubiger auf Sicherheitsleistung durch das herrschende Unternehmen nach den Bestimmungen des § 303 AktG. Auch hier gilt die Empfehlung für die Gläubiger entsprechende Eintragungen im Handelsregister zu beachten.

c) Gläubigerschutz nach § 303 AktG

Nach erfolgter Vertragsbeendigung eröffnen sich den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft und, wie zu zeigen sein wird auch dem Insolvenzverwalter, häufig speziell insolvenzrechtlich geprägte Problemfelder betreffend Anspruchsvoraussetzungen und -durchsetzung des § 303 Abs. 1 AktG.

Für eine Anspruchsbegründung setzt § 303 Abs. 1 Satz 1 AktG grds. voraus, dass der Gläubiger eine vor Bekanntmachung der

29 Vgl. BGHZ 122, 211, 232 zu § 297 Abs. 2 AktG; MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 297 Rn. 18; Koppstein (Fn. 13), § 297 Rn. 17.

30 BGHZ 116, 37, 41 f.; Emmerich (Fn. 10), § 302 Rn. 30.; Raiser/Veil (Fn. 4), § 54 Rn. 53; Geßler (Fn. 6), § 302 Rn. 3.

31 Vgl. BGHZ 103, 1, 6; BayOLG, AG 1999, 43; OLG Hamburg, AG 2002, 406, 407; Emmerich (Fn. 10), § 302 Rn. 38 und § 297 Rn. 51; Raiser/Veil (Fn. 4), § 54 Rn. 106, 119; Geßler (Fn. 6), § 302 Rn. 9; Liebscher (Fn. 4), Rn. 174; Bokelmann (Fn. 5), Rn. 641; K. Schmidt, ZGR 1983, 513, 527 ff.; ders., später kritischer in „Wege zum Insolvenzrecht d. Unternehmen“, S. 224 ff.; a.A. Koppstein (Fn. 13), § 302 Rn. 19 und § 297 Rn. 47.

32 Emmerich (Fn. 10), § 297 Rn. 2; Geßler (Fn. 6), § 297 Rn. 21; Peltzer, AG 1975, 309, 310.

33 Hüffer (Fn. 10), § 297 Rn. 4; Emmerich (Fn. 10), § 297 Rn. 21.

34 Vgl. auch Koppstein (Fn. 13), § 297 Rn. 10.

35 Hüffer (Fn. 10), § 297 Rn. 21.

Vertragsbeendigung (§ 10 Abs. 2 HGB) gegenüber der abhängigen Gesellschaft begründete Forderung innehat und sich zum Zwecke der Inanspruchnahme einer Sicherheitsleistung an das herrschende Unternehmen wendet. Hierzu wird dem Gläubiger eine sechsmonatige Anmeldefrist beginnend ab dem benannten Bekanntgabestichtag gewährt.

Die Geltendmachung bei dem herrschenden Unternehmen kann formlos erfolgen, sie hat entsprechend dem Wortlaut des § 303 Abs. 1 Satz 1 AktG „zu diesem Zweck“ jedoch wenigstens den Grund der Inanspruchnahme anzugeben. Das herrschende Unternehmen hat sodann ein Wahlrecht, entweder Sicherheit zu leisten (z.B. Hinterlegung von Geld, Verpfändung von Forderungen oder Sachen, Bestellung von Hypotheken etc.) oder sich für die Forderungen der Gläubiger zu verbürgen (§ 303 Abs. 3 Satz 1 AktG).

Kennzeichnend für § 303 AktG ist der Ausdruck eines gesteigerten Vertrauensschutzes für die Gläubiger. So ist z.B. eine tatsächliche Kenntnis von der Vertragsbeendigung dem Wortlaut nach für die Anspruchsbegründung oder den Fristablauf völlig irrelevant und auch die Ausnahmeregelungen des § 15 Abs. 1 und Abs. 2 HGB finden in diesem Zusammenhang keine Anwendung.³⁶ Danach ist es dem herrschenden Unternehmen also u.a. verwehrt, potenzielle Gläubiger der Tochtergesellschaft durch schlichte Mitteilung der Vertragsbeendigung „bösgläubig“ i.S.d. § 15 Abs. 1 Satz 1 letzter HS HGB zu machen, um damit Ansprüche aus § 303 Abs. 1 AktG abzuwehren. Auch hat das herrschende Unternehmen stets das Risiko einer verzögerten Anmeldung zum Handelsregister (§ 298 AktG) samt der ggf. daraus resultierenden späteren Eintragung und Bekanntmachung zu tragen.³⁷

Eine unterlassene Hinweispflicht des Registergerichts auf die bestehenden Gläubigerrechte (§ 303 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 10 Abs. 1 HGB) ist für den Beginn oder den Ablauf der sechsmonatigen Ausschlussfrist zwar unbeachtlich, vermag in diesem Fall jedoch ggf. eine Schadensersatzpflicht wegen Amtspflichtverletzung i.S.d. Art. 34 GG, § 839 BGB zu begründen.³⁸ Abzustellen ist nach alledem ausschließlich auf die Bekanntmachungen des Handelsregisters unabhängig von dem jeweiligen Kenntnisstand des betroffenen Gläubigers. Dies muss i.E. konsequenterweise so weit führen, dass Gläubiger trotz positiver Kenntnis von einer Beendigung der Unternehmensverträge ohne die erforderliche Bekanntmachung quasi uneingeschränkt Ansprüche aus § 303 Abs. 1 AktG gegenüber dem herrschenden Unternehmen begründen können. Man sollte sich dabei vor Augen führen, dass in der Vergangenheit das Mutterunternehmen z.T. maßgeblich an den wirtschaftlichen Erfolgen der Tochtergesellschaft über die Gewinnabführungspflicht partizipiert hat.

Anspruchsinhaber ist hier stets der Altgläubiger, für welchen sodann eine Hauptforderung gegenüber der Tochtergesellschaft und gleichzeitig ein Anspruch auf Sicherheitsleistung (bzw. Bürgschaft) gegenüber dem Mutterunternehmen besteht. Der gegen das herrschende Unternehmen gerichtete Anspruch kann sich dabei unter bestimmten Umständen auch in einen unmittelbaren Zahlungsanspruch wandeln. Hierzu sind vorwiegend diejenigen Situationen zu rechnen, in denen die Inanspruchnahme von Sicherheitsleistungen insofern sinnlos ist, da deren Umwandlung in einen direkten Zahlungsanspruch bereits feststeht. Diese Konstellation ergibt sich regelmäßig mit Eintritt des Sicherungsfalles, z.B. bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Tochtergesellschaft.³⁹

Aus der ursprünglichen Innenhaftung des Mutterunternehmens für die Verbindlichkeiten bzw. Fehlbeträge der Tochtergesellschaft wird dann eine echte Außenhaftung gegenüber den Gläubigern.

Hieran schließt sich die Fragestellung an, wer im Falle der Insolvenz der Tochtergesellschaft überhaupt ermächtigt ist, diese Ansprüche tatsächlich durchzusetzen. Zunächst hat wie gewohnt für die Hauptforderung eine Anmeldung zur Insolvenztabelle durch den Gläubiger selbst zu erfolgen. Aufgrund des gegen das

Mutterunternehmen bestehenden Anspruchs auf Sicherheitsleistung bzw. Zahlung müsste die Forderung wohl vergleichbar mit anderen aus- und absonderungsberechtigten Forderungen für den Ausfall festgestellt werden. Die Durchsetzung des Anspruchs gegenüber dem Mutterunternehmen könnte sodann in analoger Anwendung des § 171 Abs. 2 HGB dem Insolvenzverwalter obliegen.⁴⁰

Dieser Vorgehensweise ist aus Vereinfachungsgründen und unter Gesichtspunkten der Effektivität der Gläubigersicherung (man denke bspw. den nachteiligen Fall einer unterlassenen Gläubigerinformation i.S.d. § 303 Abs. 1 Satz 2 AktG) durch Bündelung aller bestehenden Gläubigeransprüche in der Person des Insolvenzverwalters im Gegensatz zu einer gläubigerbezogenen Einzeldurchsetzung der Vorzug zu gewähren. Auch entspricht eine solche Durchsetzungsweise dem Grundgedanken des § 93 InsO. Wird darüber hinaus auch über das Vermögen des Mutterunternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet, hat die dortige Anmeldung der Gläubigeransprüche ebenfalls durch den Insolvenzverwalter der Tochtergesellschaft zu erfolgen.

IV. Übertragung von Unternehmensverträgen

Ist das Mutterunternehmen (wie häufig) an dem Gesellschaftsvermögen seiner Tochtergesellschaft unmittelbar beteiligt und will es sich von dieser Unternehmensverbindung durch Veräußerung aller Gesellschaftsanteile trennen, so stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie die bestehenden Unternehmensverträge samt den daraus resultierenden Verpflichtungen auf den Erwerber übergehen können. Aus strategischen Gründen dürfte die Trennung von einer „unrentablen“ Tochtergesellschaft eine weit verbreitete Alternative sein, die vielfach einer Liquidation der Tochtergesellschaft vorgezogen wird. Dies insbesondere, weil die Abwicklung häufig mit auf den ersten Blick hohen Liquidationskosten verbunden ist. So mag man den Verkauf einer unrentablen Tochtergesellschaft auch als „entledigenden Verkauf“ bezeichnen, bei welchem nicht selten dem Erwerber noch erhebliche Summen für die „Abgabe“ der Verantwortung mitgegeben werden.

I. Übertragungsweise

Veräußert das Mutterunternehmen seine Anteile an der Tochtergesellschaft an einen Dritten, hat dies allein zunächst keine Auswirkungen auf die vorhandenen Unternehmensverträge. Denn solche Kontrakte können auch ganz ohne Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der abhängigen Gesellschaft bestehen.⁴¹ Die ursprünglichen Vertragsbeziehungen und damit einhergehend auch die verbundenen Pflichten würden somit wie gewohnt weiter bestehen. Ist dem übergeordneten Unternehmen dagegen an einem „entsorgenden Verkauf“ seiner Gesellschaftsanteile samt zugehöriger Unternehmensverträge gelegen, muss dies neben den schuldrechtlichen Veräußerungsabreden ferner noch in ergänzender vertraglicher Ausgestaltung erfolgen. Zu denken wäre hier einerseits an eine Änderung der Unternehmensverträge durch bloßen Austausch des leitenden Vertragsteils (§ 295 AktG) oder andererseits an eine Vertragsbeendigung unter gleichzeitigem Neuabschluss mit dem erwerbenden Dritten (§§ 296 bzw. 297 AktG). Ausgeschlossen ist indessen erneut die Ausübung eines diesbezüglichen Weisungsrechts durch das herrschende Unternehmen (§ 299 AktG).

36 Vgl. BGHZ 116, 37, 44; MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 303 Rn. 119; Koppstein (Fn. 13), § 303 Rn. 13; Emmerich (Fn. 10), § 303 Rn. 13, 16.

37 Hüffer (Fn. 10), § 303 Rn. 4.

38 MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 303 Rn. 23; Koppstein (Fn. 13), § 303 Rn. 18.

39 Dazu BGHZ 95, 330, 346 f.; BGHZ 105, 168, 183; BGHZ 115, 187, 200; BGHZ 116, 37, 42; ausdrücklich auch MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 303 Rn. 43.

40 Zum Meinungsstand s. Emmerich (Fn. 10), § 303 Rn. 25.

41 MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 291 Rn. 16; Hüffer (Fn. 10), § 291 Rn. 5; Koppstein (Fn. 13), § 291 Rn. 5.

a) Vertragsänderung (§ 295 AktG)

Voraussetzung für eine Vertragsänderung nach § 295 AktG ist aufgrund des Weisungsverbots des § 299 AktG (ähnlich der Vertragsaufhebung) zunächst die Mitwirkung des abhängigen Vertragsteils. § 295 Abs. 1 Satz 1 AktG verlangt hierfür die Zustimmung der Hauptversammlung zu der begehrten Änderung. Dazu ist gem. §§ 295 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. 293 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Stimmenmehrheit von drei Vierteln des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich. Diese Anforderung dürfte für das regelmäßig überwiegend an der Tochtergesellschaft beteiligte Mutterunternehmen kein Hindernis darstellen. Da eine Vertragsänderung (im Gegensatz zur Vertragsaufhebung) über § 295 Abs. 1 Satz 1 AktG unmittelbar in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung fällt, kann diese den Vorstand gem. § 83 Abs. 2 AktG auch gegen seinen Willen anweisen, die von dem herrschenden Unternehmen begehrte Änderung vorzunehmen.⁴² Ist diese Vereinbarung für die abhängige Gesellschaft nachteilig, hat der Vorstand sie zur Vermeidung von Schadensersatzpflichten (§ 93 Abs. 2 AktG) gem. §§ 243 Abs. 2, 245 Nr. 4 AktG anzufechten.

Kommt eine Vertragsänderung trotz alledem zustande, hat die abhängige Gesellschaft mittels § 295 Abs. 1 Satz 2 AktG diese Übernahme samt Firma des neuen Vertragspartners zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 294 Abs. 1 AktG). Die Änderung wird hiernach auch erst mit der Eintragung wirksam (§ 294 Abs. 2 AktG).

b) Vertragsbeendigung und Neuabschluss (§ 296 bzw. § 297 AktG)

Setzt man dagegen statt einer schlichten Änderung der Unternehmensverträge deren Beendigung mitsamt gleichzeitigem Neuabschluss voraus, bieten sich dem herrschenden Unternehmen für eine Vertragsbeendigung die Optionen der Aufhebung (§ 296 AktG) oder der Kündigung (§ 297 AktG). Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung wird dabei für das Mutterunternehmen jedoch abgesehen von dem Fall eigener wirtschaftlicher Existenzbedrohung⁴³ tatsächlich eher selten in Betracht kommen. Insbesondere ist in der bloßen Veräußerung der gehaltenen Gesellschaftsanteile kein wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 297 Abs. 1 Satz 1 AktG zu sehen. Dies lässt sich bereits daran ausmachen, dass Unternehmensverträge genauso ohne Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der abhängigen Gesellschaft bestehen können. Ferner ist eine Fortführung von Unternehmensverträgen nach Veräußerung sämtlicher Gesellschaftsanteile unter Achtung der Schutzinteressen der Tochtergesellschaft auch nicht als unzumutbarer Zustand für das Mutterunternehmen zu werten. Schließlich ist das herrschende Unternehmen durch die Veräußerung seiner Gesellschaftsanteile ebenfalls nicht daran gehindert, seine Verpflichtungen aus den Unternehmensverträgen zu erfüllen (§ 297 Abs. 1 Satz 2 AktG). Damit verbleibt dem Mutterunternehmen i.d.R. nur die Möglichkeit der Vertragsaufhebung nach § 296 AktG. Ist diese gegeben, gelten die Formvorschriften der §§ 296 Abs. 1, 298 AktG. Für den Neuabschluss der Unternehmensverträge mit dem Erwerber finden schließlich wie üblich die §§ 291 ff. AktG Anwendung.

2. Würdigung und Auswirkungen

I.V.m. dem Anteilsverkauf sind für die parallele Übertragung der Unternehmensverträge also üblicherweise zwei Konstellationen denkbar: Entweder erfolgt diese im Wege einer schlichten Vertragsänderung oder durch Aufhebung und Neuvereinbarung.

Für die Annahme einer schlichten Vertragsänderung spricht, dass es sich bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen unter gleichzeitiger Übertragung von Unternehmensverträgen wirtschaftlich betrachtet um einen einheitlich zu beurteilenden Geschäftsvorfall handelt, bei welchem lediglich an die Stelle des veräußernden Unternehmens die Person des Erwerbers tritt. Demnach könnte

sich diese Betrachtungsweise auch rechtlich als einfache Vertragsumgestaltung i.S.d. § 295 Abs. 1 AktG widerspiegeln.⁴⁴

Gegen diese Auffassung und für das Erfordernis einer vorherigen Vertragsbeendigung spricht jedoch, dass der Unternehmensvertrag als „Organisationsvertrag“ speziell für die abhängige Gesellschaft von elementarer Bedeutung ist und ein Austausch des Vertragspartners einen wesentlichen Eingriff in diese Verbindung darstellt. Nach einer solchen Auswechslung des herrschenden Vertragsteils ist anschließend kaum noch von dem Fortbestand desselben Unternehmensvertrages auszugehen. Auch ist eine derartige Umgestaltung angesichts ihrer Wichtigkeit wohl nicht mit herkömmlichen Abänderungsfällen i.S.d. § 295 AktG vergleichbar (wie evtl. Änderungen der Vertragslaufzeit oder andere Modalitäten). Ausschlaggebend für die Befürwortung dieser zweitgenannten Ansicht ist schließlich jedoch die umfassendere Wahrung des Gläubigerschutzes. Die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft konnten bei den Geschäftsabschlüssen stets darauf vertrauen, hinter ihrem direkten Vertragspartner auch das ihnen bekannte leitende Unternehmen zu wissen. Dieses Vertrauen in die Kreditwürdigkeit einer Konzernverbindung bildet einen nicht unerheblichen Gesichtspunkt für die Entfaltung von Geschäftsbeziehungen und ist daher im Interesse der gefährdeten Vertragspartei unbedingt schutzwürdig. Könnte nun das konzernleitende Mutterunternehmen durch schlichte Vertragsänderung ausgetauscht werden, würde den Gläubigern der Tochtergesellschaft mitunter eine entscheidende Kreditsicherheit genommen. Überdies bestünde für sie wohl keine Möglichkeit der Einforderung einer Sicherheitsleistung von dem ursprünglichen Mutterunternehmen nach § 303 Abs. 1 Satz 1 AktG, da diese Regelung ihrem Wortlaut zufolge nur bei Beendigungen von Unternehmensverträgen zur Anwendung kommt. I.E. ist also für die Übertragung von Unternehmensverträgen deren vorherige Beendigung mit anschließendem Neuabschluss zu fordern.

Folgte man dagegen der in der Praxis wohl gängigeren Auffassung und bejahte eine schlichte Vertragsänderung, wäre zumindest an eine analoge Anwendung des § 303 Abs. 1 AktG zugunsten der ansonsten benachteiligten Gläubiger zu denken.⁴⁵

Nichtsdestotrotz wird wohl in beiden Fällen die Aufstellung einer Zwischenbilanz zum Änderungs- bzw. Beendigungszeitpunkt unentbehrlich sein, um eine genaue rechnerische Abgrenzung der noch von dem bisherigen Mutterunternehmen zu tragenden Verluste vornehmen zu können.

3. Übertragung als „existenzvernichtender Eingriff“?

Abschließend soll an dieser Stelle noch die Überlegung angestellt werden, ob ein „entsorgender Verkauf“ sämtlicher Gesellschaftsanteile der Tochtergesellschaft unter gleichzeitiger Übertragung der dazugehörigen Unternehmensverträge eine (ggf. weitere) Haftung des Mutterunternehmens aufgrund eines sog. „existenzvernichtenden Eingriffs“ begründen kann.

Dieses bekanntermaßen durch die Rechtsprechung geformte Institut hat seine historischen Wurzeln in der Begründung einer Haftungsgrundlage für den qualifiziert faktischen Konzern.⁴⁶ Es sicherte im Interesse des Gläubigerschutzes eine Einstandspflicht der herrschenden Gesellschafter vergleichbar den Vorschriften der

42 Hüffer (Fn. 10), § 299 Rn. 6; Koppensteiner (Fn. 13), § 299 Rn. 4; Emmerich (Fn. 10), § 299 Rn. 6; Gefler/Hefernehl/Eckardt/Kropff (Fn. 22), § 299 Rn. 12.

43 S. schon oben „Vertragskündigung bei drohender Insolvenz des Mutterunternehmens“.

44 Vgl. BGHZ 119, 1, 6 ff., 16 zum Beitritt herrschender Unternehmen; MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 295 Rn. 4; Hüffer (Fn. 10), § 295 Rn. 5; Koppensteiner (Fn. 13), § 291 Rn. 52; Überblick bei Priester, ZIP 1992, 293, 300.

45 So MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 303 Rn. 10; Emmerich (Fn. 10), § 303 Rn. 14.

46 BGHZ 95, 330 „Autokran“; BGHZ 107, 7 „Tiefbau“; BGHZ 115, 187 „Video“; BGHZ 122, 123 „TBB“.

§§ 302 und 303 AktG auch ohne bestehende Unternehmensverträge. Hieraus entwickelte sich schließlich das heute von der Rechtsprechung gebräuchliche Haftungsmodell des „existenzvernichtenden Eingriffs“.⁴⁷

Für die Annahme eines solchen existenzvernichtenden Eingriffs wurden durch die aktuelle Rechtsprechung bestimmte Grundkriterien aufgestellt. Hiernach muss zunächst ein Zugriff auf das untergeordnete Gesellschaftsvermögen erfolgen, der die aufgrund der Zweckbindung dieses Vermögens gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der abhängigen Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten in gewichtiger Weise vermissen lässt.⁴⁸ Dieser Eingriff muss i.E. sodann die Insolvenzreife der beherrschten Gesellschaft nach sich ziehen.⁴⁹ Als solche Eingriffe kommen hierfür u.a. der Entzug von Geschäftschancen, die Verlagerung bestimmter Geschäftsbereiche auf andere (Konzern-)Unternehmen, existenzgefährdende Einwirkungen auf die Marktstellung der Gesellschaft oder gar deren vollständiger Rückzug vom Wirtschaftsverkehr in Betracht. Nicht hierunter zu fassen ist dagegen das sich aus einer üblichen Unternehmensführung realisierende gewöhnliche Geschäftsrisiko.⁵⁰ Zwischen dem Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen und der Existenzgefährdung muss auch ein Kausalzusammenhang bestehen.⁵¹ Schließlich ist noch zu beachten, dass eine derartige Inanspruchnahme nur dann in Betracht kommt, soweit gesetzliche Kapitalerhaltungsregeln nicht eingreifen oder keinen ausreichenden Schutz gewähren.⁵²

Die bislang in dieser Abhandlung ergründeten Rechtsbeziehungen unterscheiden sich vorliegend von dem genannten Haftungsmodell jedoch insoweit, als dass für sie jeweils Unternehmensverträge bestanden und es sich daher vom Ansatz her stets um Vertragskonzerne handelte. Bei dieser Sachlage sind die Anwendungsbereiche der §§ 302 und 303 AktG allerdings grds. unmittelbar eröffnet und bilden somit einen vorrangigen gesetzlichen Ausgleichsmechanismus. Nicht so dagegen, wenn bestimmte Ausgestaltungen eine direkte Anwendung dieser Sicherungsvorschriften verhindern. Denkbar wäre hier u.a. der Fall, dass sich das Mutterunternehmen nach Veräußerung seiner Gesellschaftsanteile und Übertragung der Unternehmensverträge im Wege der schlichten Vertragsänderung (§ 295 AktG) unter Berufung auf den Wortlaut des § 303 Abs. 1 Satz 1 AktG (mangels „Beendigung“ der Unternehmensverträge) auf diese Weise einer drohenden Inanspruchnahme durch die Gläubiger zu entziehen versucht. In diesen Fällen könnte mithin ein Haftungsdurchgriff auf die Vermögenssphäre des herrschenden Unternehmens nach den richterrechtlichen Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs auch im (ursprünglichen) Vertragskonzern zur Anwendung gelangen.

Die erforderliche Existenzgefährdung könnte hier in dem Verkauf aller Gesellschaftsanteile samt Übertragung der Unternehmensverträge zum Zwecke deren „Entledigung“ zu sehen sein. Allein in der Änderung der Kreditwürdigkeit des nunmehr hinterstehenden Mutterunternehmens kann bereits eine Verschlechterung der Geschäftschancen und damit eine Gefährdung der Marktstellung der abhängigen Gesellschaft liegen. Mit Eintritt der Insolvenzreife hat sich diese Gefahr jedenfalls spätestens verwirklicht. Sodann ist auch von der Aufgabe der werbenden Tätigkeit der Tochtergesellschaft sowie von deren Rückzug vom Geschäftsverkehr auszugehen. Der entsorgende Verkauf stellt sich mithin als Verhinderung einer abschbaren und erforderlichen Auflösung nebst Liquidation der Tochtergesellschaft und damit als Benachteiligung der Gläubiger durch fortlaufenden Verzehr des Gesellschaftsvermögens als Haftungssubstrat dar. Das herrschende Unternehmen nimmt auf diese Weise in Kauf, dass die Gesellschaftsgläubiger ihrer potenziellen Zugriffsmasse verlustig gehen und somit oftmals keine realistische Aussicht auf vollständige Befriedigung ihrer Forderungen mehr haben.

Gelangt man auf diesem Wege zu einer Haftung des herrschenden Unternehmens für die Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft, ist die weitere Durchsetzung dieser Ansprüche im Rahmen

des Insolvenzverfahrens der Tochtergesellschaft entsprechend § 93 InsO Angelegenheit des Insolvenzverwalters.⁵³

V. Zusammenfassung

Wie gesehen, können also im eröffneten Insolvenzverfahren der Tochtergesellschaft den konzernrechtlichen Schutzvorschriften und Rechtsgedanken verschiedene Ansprüche zugunsten der Insolvenzmasse entnommen werden.

Vorab bestehen die Verlustausgleichsansprüche für bereits abgeschlossene, zurückliegende Geschäftsjahre aus der aktiven Konzernverbindung gem. § 302 Abs. 1 AktG. Eine unterjährige Auflösung dieser Verbindung kann neben der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als unweigerlichem Beendigungsgrund grds. nur noch bei drohender Insolvenz des Mutterunternehmens durch außerordentliche Kündigung (§ 297 Abs. 1 Satz 2 AktG) erfolgen. In diesen Fällen vorzeitiger Vertragsbeendigung hat das herrschende Unternehmen auch die Verluste des letzten, unvollendeten Vertragsjahres bis zum Beendigungszeitpunkt zu übernehmen. Hierzu wird die Aufstellung einer Zwischenbilanz erforderlich, welche ihr Ergebnis angesichts der negativen Fortführungsprognose auf der Grundlage von Liquidationswerten auszuweisen hat (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Darüber hinausgehende weitere Abwicklungsverluste müssen im Interesse eines möglichst umfassenden Gläubigerschutzes für das herrschende Unternehmen ebenfalls ausgleichspflichtig sein. Vergleiche über diese Ansprüche (bzw. Verzicht hierauf) sind nach Vertragsbeendigung innerhalb der einschränkenden Dreijahresfrist des § 302 Abs. 3 Satz 1 AktG nur zum Zwecke der Abwendung einer Insolvenz des Mutterunternehmens ausnahmsweise zulässig.

Weiterhin besteht für die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft nach Vertragsbeendigung ein Anspruch auf Sicherheitsleistung bzw. bei Insolvenz der Gesellschaft ein unmittelbarer Zahlungsanspruch gegenüber dem herrschenden Unternehmen (§ 303 Abs. 1 Satz 1 AktG). Diese Ansprüche sollten im Rahmen des Insolvenzverfahrens entsprechend § 171 Abs. 2 HGB, § 93 InsO durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

Entledigt sich das Mutterunternehmen im Wege eines „entsorgenden Verkaufs“ seiner konzernrechtlichen Verpflichtungen durch Veräußerung der Gesellschaftsanteile an der Tochtergesellschaft und gleichzeitiger Übertragung der Unternehmensverträge, ist zumindest in den Fällen einer möglichen Unanwendbarkeit des gesetzlichen Sicherungssystems der §§ 302, 303 AktG an eine Einstandspflicht des herrschenden Unternehmens nach den Grundsätzen über den existenzvernichtenden Eingriff zu denken. Auch diese Durchsetzung obläge sodann dem Aufgabenkreis des Insolvenzverwalters.

I.Ü. bleibt jedem Gläubiger der Tochtergesellschaft zu raten, die Eintragungen in das Handelsregister bzgl. Änderungen von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen zu beobachten und den Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen die Muttergesellschaft zu verfolgen. Herrschende Unternehmen sollten dem verlockenden Verkauf einer defizitären Tochter immer eine genaue Prognose der Abwicklungskosten bei einer Liquidation gegenüberstellen, um dem Risiko der späteren Insolvenz der Tochtergesellschaft zu entgehen.

47 BGHZ 149, 10 „Bremer Vulkan“; BGHZ 151, 181 „KBV“.

48 LS aus BGHZ 151, 181; ähnlich schon BGHZ 149, 10; präzisierend BGH, ZIP 2005, 250, 251 f.

49 *Habersack*, in: Emmerich/Sonnenschein/Habersack, KonzernR, Afn. § 318 Rn. 40.

50 Vgl. BGH, ZIP 2005, 250, 251 f.; *Habersack* (Fn. 49), Anh. § 318 Rn. 37 f.

51 BGH, ZIP 2005, 117, 118.

52 *Keßler*, GmbHR 2002, 945, 950.

53 I.E. wohl auch BGHZ 151, 181, 187; *Habersack* (Fn. 49), Anh. § 318 Rn. 45; *Altmeyen*, ZIP 2002, 1553, 1559 f.; *Keßler*, GmbHR 2002, 945, 950; *Ulmer*, JZ 2002, 1049, 1050.